
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 82 | ГОДИНА LVIII | 2019

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

№ 82 | YEAR LVIII | 2019

НИШ, 2019.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2019.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Чланови Редакционог одбора

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

Др Марина Димитријевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

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

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

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног
факултета, Универзитет “Sakarya”, Турска

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

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

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Златан Мешкић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у
Зеници, Босна и Херцеговина

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

Др Драган Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

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

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

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 Небојша Раичевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

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

Др Драгољуб Тодић, научни саветник
Института за међународну политику и
привреду у Београду

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

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

Секретар Редакционог одбора: Др Милош Прица,
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2019

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Irena Pejić, LL.D, Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medivest Niš

Circulation: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>
Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

У ФОКУСУ / IN FOCUS

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО / *INTERNATIONAL PRIVATE LAW*

Hans van Loon,

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

Ка глобалној хашкој конвенцији о признању и извршењу пресуда у грађанским или трговачким стварима

Dr Spyridon Vrellis,

Questions on Protection of Cultural Heritage 37

Питања заштите културног наслеђа

Др Душан Николић,

Правци развоја права животне средине 61

Directions in the Development of Environmental Law

Др Жељко Баргуловић,

Ријечки пример развоја прописа о трговини и форми трговачког организирања до краја 18. века 81

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

Miloš Hrnjaz PhD,

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

Источна Европа пред светским судом:

"палчица" међународног правног поретка?

Др Миомира Костић, Појава и развој паметних градова у контексту криминолошке и криминалнополитичке визуре.....	119
<i>The Emergence and Development of Smart Cites from the perspective of Criminological and Crime Policy</i>	
Др Драган Јовашевић, Новчана казна у савременом кривичном праву	139
<i>A Fine in the Contemporary Criminal Law</i>	
Др Милица Ковач Орландић, Видео-надзор у просторијама послодавца: случај Антовић и Мирковић против Црне Горе.....	165
<i>Video Surveillance in the Employer’s Premises: The ECtHR judgment in Antović and Mirković v. Montenegro</i>	
Dr Mahir Muharemović, Zaštita temeljnih ljudskih prava pred međunarodnim investicijskim arbitražama kroz poseban osvrt na pravo na vodu.....	183
<i>Protecting fundamental human rights before international investment tribunals, with specific reference to the right to water</i>	
Др Наташа Рајић, Границе уставносудске контроле судске власти – нека отворена питања	207
<i>The Limits of the Constitutional Court Control over the Judicial Authority: Some Open Questions</i>	
Др Милан Пилиповић, Улога и разлози распуштања парламента у земљама региона.....	219
<i>The Role and Reasons for the Dissolution of Parliament in the Countries of the Region</i>	
Др Драгана Радовановић, Заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година у Републици Србији.....	245
<i>The Employment of a Person under the Age of 18 in Serbia</i>	

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / *PHD STUDENTS' PAPERS*

Бојан Јовић,

Однос законодавне и извршне власти –
моћ парламента и одговорност владе265

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

Марио Војнић Хајдук,

Основна правна анализа акредитива у
праву Републике Србије283

Basic Legal Analysis of the Letter of Credit in Serbian Law

III PRILOG / ANNEX

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

Упутство за ауторе..... 321

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Задовољство нам је да представимо нови број научног часописа који, почев од 2019. године, уређује и води нови Редакциони одбор Зборника радова Правног факултета у Нишу, а који чине истакнути научници и истраживачи из земље и иностранства. Својим професионалним ауторитетом и научним угледом чланови Редакционог одбора ће допринети афирмацији часописа на начин који подстиче истраживачку креативност и квалитет научне периодике.

У фокусу броја 82/2019 Зборника радова налазе се ауторизована предавања која су гостујући професори одржали на Правном факултету у организацији Центра за међународно приватно право хашких конвенција Правног факултета у Нишу. У овом броју објављујемо и нацрт Хашке конвенције о признању и извршењу страних судских одлука у грађанској и трговачкој материји који је представљен маја 2018. године. Остали радови резултат су истраживачког рада аутора из земље и региона у ужим научним областима права, као што су јавноправна, кривичноправна и грађанскоправна.

Такође, желимо да обавестимо заинтересоване читаоце и ауторе да смо почели са применом онлајн уређивања часописа у Асистент систему уређивања и публикавања. То значи да ће све активности од пријављивања рукописа и праћења рецензентског поступка, преко вођења и чувања евиденције, до доношења уредничких одлука и публикавања бројева бити вршене онлајн на посебној веб страници часописа. Часопис у овом тренутку омогућава отворен приступ свом целокупном садржају на својој интерној страни.

У Нишу, април, 2019.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

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

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

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

Niš, April 2019

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

І ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ
МЕЂУНАРОДНО
ПРИВАТНО ПРАВО

Hans van Loon,*

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

Member of the Institut de Droit International

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982015L

UDK: 341.24
341.9

*Рад примљен: 18.02.2019.
Рад прихваћен: 13.04.2019.*

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

1. Introduction

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

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

* hans.vanloon@ppl.nl

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

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

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

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

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

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

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

2. Background and Context

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

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

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

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

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

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

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

2.1.1. Interaction with the 1968 Brussels Convention

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.1. Mixed convention, traité simple, traité double

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

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

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

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

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

2.2.2. *The US v. the EU*

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

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

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

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

18 Hartley, Dogauchi, 2005: 860-863.

2.2.3. Six major challenges

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

2.3. The 2005 Choice of Court Convention

2.3.1. How the COCC deals with these challenges

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

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

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

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

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

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

2.3.2. *Interaction COCC and Brussels I recast*

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

3. Challenges for the future Convention

3.1. *Changed Dynamics*

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Judicial jurisdiction: the US compared with other States

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

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

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

26 For a recent overview see Silberman, 2019.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Impact on the 2018 Draft Convention

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

4.1. Contracts

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

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

4.2. Torts

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

4.3. Internet

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4. Intellectual Property

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

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

4.5. Consumers and employees

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

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

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

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

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

5. Other features of the 2018 Draft Convention

5.1. Exclusions/Inclusions

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

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

5.2. Exclusive bases for recognition and enforcement.

Recognition and Enforcement under national law

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

5.3. Refusal of recognition or enforcement and procedural matters

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

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

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

5.4. Judgments given by a common court

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

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

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

6. Conclusion

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

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

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

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

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

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

Literature/References

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CJEU, C-21-76, *Bierv. Mines de Potasse*, CJEU 30 November 1976. ECLI:EU:C:1976:166.

CJEU, *Bolagsupplysningen OU v. Svensk Handel AB*, 17 October 2017, ECLI:EU:C:2017:766.

CJEU, *eDate Advertising and Others*, 25 October 2011, C-509/09, ECLI:EU:C:2011:685.

CJEU, *Shevill v. Press Alliance*, 7 March 1995, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

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

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

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

Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court.

Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hans van Loon,

Бивши генерални секретар Хашке конференције о међународном приватном праву (1996-2013),

Члан Института за међународно право

КА ГЛОБАЛНОЈ ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ ПРЕСУДА У ГРАЂАНСКИМ ИЛИ ТРГОВАЧКИМ СТВАРИМА

Резиме

Дипломатска седница Хашке конференције о међународном приватном праву посвећена усвајању Конвенције о признању и извршењу пресуда у грађанским или трговачким стварима одржаће се у периоду од 18. јуна до 2. јула 2019. године. У овом раду дат је осврт на историју тог пројекта, који сеже до 1992. године, када су Сједињене Америчке Државе предложиле усвајање „мешовите конвенције“. С тим у вези, разматра се и динамика иницијалних преговора: разлози због којих преговори нису могли да изнедре конвенцију која би, осим признања и извршења пресуда, унификовала и основе директне међународне надлежности, већ су довели до отпочињања преговора о усвајању Конвенције о избору суда из 2005. године, чији је домаћај ограничен на споразуме о избору (искључиво) надлежног суда и признање и извршење пресуда донетих на основу таквих споразума. Аутор такође разматра околности под којима је дошло до актуелних преговора који су довели до израде Нацрта Конвенције о признању и извршењу пресуда (маја 2018. године), чије је поље примене ограничено само на признање и извршење пресуда. Упркос наведеном ограничењу, разлике које постоје између САД-а и других држава по питању судске надлежности и даље имају важан утицај на признање пресуда у материји уговора, деликата, активности на интернету, интелектуалне својине, права потрошача и запослених. У раду се наводи и неколико других карактеристика Нацрта Конвенције из 2018, које једним делом почивају на Конвенцији о избору суда а другим делом представљају новине. Напоследку, аутор закључује да ће будућа конвенција, иако је поље њене примене можда мање амбициозно од онога што је испрва планирано, ипак испунити дугогодишња очекивања на глобалном плану.

Кључне речи: *Нацрт Хашке конвенције о признавању и извршењу пресуда, Хашка конвенција о избору суда, Регулатива Брисел I (recast), динамика и изазови преговарачког процеса, основи директне и индиректне међународне надлежности, судска надлежност у САД и другим државама, уговори и деликти, интелектуална својина, разлози одбијања признања, билатерализација.*

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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982037V

UDK: 930.85
341.24
7.025

Рад примљен: 10.02.2019.
Рад прихваћен: 31.03.2019.

QUESTIONS ON PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE**

Introduction

1. The aim

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

* vrellis@law.uoa.gr

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

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

2. The risks

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

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

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

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

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

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

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

3. The main trends

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

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

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

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

Chapter 1: The protected items

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

1.1. How to define a cultural object

Two specific points require more attention:

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

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

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

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

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

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

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

There are many answers to this question.

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

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

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

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

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

8 See in Vrellis, 1996: 221-222.

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

10 See Vrellis, 2004: 1779-1788.

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

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

In order to protect a cultural object, various international instruments, like the UNESCO and the Unidroit Conventions, require that it must be of *importance* for archaeology, history, literature, art or science, etc.

This condition presents a twofold aspect: (a) the importance as a concept, and (b) the degree of the importance.

1.2.1. The importance as a concept

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

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

1.2.2. The degree of importance

Greek Law proceeds to specific and precise distinctions, making dependent the degree of protection reserved to a cultural object/monument on the degree of its importance: The importance of a monument mainly refers to its *age*¹³. *The general*

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

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

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

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

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

years old, archives more than 50 years old etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

Chapter 2: Cultural objects' protection on international level

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

2.1. The nationality of a cultural object

2.1.1. The importance of the question

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2. *Criteria of nationality*

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.3. Criteria established by Greek Law²³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Recovering stolen or illegally exported cultural objects

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

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

2.2.1. Refusing the recovery

Two well-known cases may enlighten the situation:

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

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

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

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

2.2.2. Efforts at facilitating the recovery

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(d) Another very interesting proposal aims at replacing the traditional conflict-of-laws rule of the *lex rei sitae* regarding cultural objects by a new one, designating as applicable either the law of the State where the object has been stolen (the *lex furti*)³⁷ or the law of the State of origin³⁸.

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

34 Bleckmann, 1974: 112-132.

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

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

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

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

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

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

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

40 *Government of the Islamic Republic of Iran v The Barakat Galleries Limited* [2007] EWCA Civ. 1374, as well as *L. v Chambre d’accusation du canton de Genève*, BGE 123 II 134, although the mention Unidroit Convention was not adopted by the interested States (the United Kingdom in the first case, and France and Switzerland in the second one).

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

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

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

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

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

Two other important points in the Unidroit Convention must be highlighted:

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

45 The EU Directive 2014/60/EU establishes a system of administrative cooperation between Central Authorities of Member States, using the *Internal Market Information System (IMI)*.

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

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

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

Conclusion

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

References

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

48 See also Asam, 2004: 1668.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr Spyridon Vrellis,

Проф. емеритус, Правни факултет, Универзитет у Атини, Грчка

Проф. др. х.ц. ЕЛТЕ Будимпешта

ПИТАЊА ЗАШТИТЕ КУЛТУРНОГ НАСЛЕЂА

Резиме

Циљ овог рада је прикаже настојања и предузете активности међународних организација и националних законодавстава, а нарочито грчког законодавства, у погледу заштите културног наслеђа одређене државе, које се такође одређује као културна баштина или културно добро. Од самог почетка, током и након стварања модерне државе, Грчка је веома посвећена заштити културних добара, нарочито у оквиру међународне заштите ових права, јер се често суочава са крађом и пљачком предмета своје културне баштине. Како би се повећала заштита отуђених културних добара, Грчка игра активну улогу на међународној сцени кроз борбу за реституцију украдених или незаконито извезених културних добара и њихов повраћај у земље поријекла.

Упркос напретку који је током последњих деценија остварен у погледу заштите културне баштине, још увек има доста спорних питања која се морају разрешити како би се постигао задовољавајући режим заштите културних добара. Они који ће се убудуће бавити овом материјом треба да посвете нарочиту пажњу следећим питањима: (1) омогућити изједначавање статуса незаконито извезених културних добара са статусом украдених добара, како би се повећао степен њихове заштите, у комбинацији са настојањем да се у одређеној мери ограниче категорије културних објеката који заслужују већи степен заштите; (2) осигурати ефикасније дејство сертификата о пореклу; (3) поправити или (још боље) укинути режим тзв. бона фиде куповине културних добара; и (4) наставити борбу за реституцију украдених или незаконито извезених културних добара и њихов безусловни повраћај у државу поријекла, без икаквих изговора и уступака.

Кључне речи: *Заштита културног наслеђа, културна баштина, културно добро, реституција.*

Др Душан Николић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982061N

UDK: 502.131.1
Раd примљен: 11.12.2018.
Раd прихваћен: 30.12.2018.

ПРАВЦИ РАЗВОЈА ПРАВА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ**

Апстракт: Човеков однос према природи као и према окружењу створеном људским радом је тек у последњих неколико деценија почео да постаје предмет посебне правне регулативе и посебних правних студија. Та проблематика је изучавана спорадично и фрагментарно, у оквиру традиционалних грана права. Седамдесетих година XX века почело се говорити о интегралној правној заштити. Тиме је отворен пут ка постепеном стварању нове, интегративне и синтетичке гране права, која је током протеклих неколико деценија добијала различите називе и различиту садржину. У новије време је најраспрострањенији назив Право животне средине. Она, у основи, обухвата две групе питања. Прва се односе на права и обавезе које човек има или може имати у вези са заштићеним добрима у свом окружењу, а друга на правну заштиту тих добара.

У овом раду су сумарно приказани предисторија права животне средине, правци у којима је оно развијано у протеклих пола века, основна обележја на садашњем нивоу развоја, као и пројекције развоја у ближој и даљој будућности.

Упоредноправна истраживања су показала да су важну улогу у настајању нове гране имали судови и то не само у англоамеричком, већ и у европском континенталном праву. Кроз њихову праксу су модификовани неки од постојећих правних института и постепено стварани нови, који су били усмерени на заштиту човекове животне средине. Органи законодавне власти су били мање инвентивни и недовољно ефикасни. Законска регулатива је неразвијена и касни за

* dnikolic@pf.uns.ac.rs

** У раду су изложени резултати истраживања вршених у оквиру научноистраживачког пројекта број 179079 *Биомедицина, заштита животне средине и право*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду, а који, у оквиру продуженог истраживачког циклуса, финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Србије. Поједини сегменти су засновани на истраживањима вршеним у оквиру научноистраживачког и развојног пројекта *Унапређење правног образовања у области права животне средине у Србији*, који је реализован у сарадњи са Универзитетом Колумбија у Њујорку.

променама у окружењу. Са сличним проблемима се суочава и савремена правна наука. Још увек постоје бројне недоумице и контрадикције, почев од термилошких и појмовних, до оних суштинских, које се односе на правну природу и функцију права животне средине. Очигледно је да постоји наглашена потреба за усаглашавањем правне терминологије, најпре на националном нивоу, а потом и на међународном плану. Такође, потребно је усагласити термине којима се служе правници са онима које користе припадници других професија. То је посебно важно због тога што ће се у наредном периоду све више развијати тзв. напредне (мултидисциплинарне и интердисциплинарне) студије, које треба да допринесу повезивању знања из различитих области науке и ефикаснијем деловању у сфери заштите животне средине и одрживог развоја. Правна наука и правна пракса се не могу развијати самостално и изоловано. Потребно им је одредити одговарајуће место у ширим контекстима који се успостављају ради (ре)интеграције уситњене науке и интегралног деловања у овој области. Право треба да допринесе томе да се промене токови у друштву који угрожавају заштићена добра у човековом окружењу, али притом и само мора доживети снажну трансформацију. У раду су наведени правци у којима се те промене одвијају.

Кључне речи: *животна средина; право; право животне средине; напредне студије.*

1. Увод

Протекло је готово пола века од како је започето детаљније бављење проблематиком правне заштите животне средине и одрживог развоја. У међувремену је настала нова, интегративна грана права, која на научном плану повезује знања из различитих правних дисциплина, а на регулативном, бројне институте, од којих је већина преузета из традиционалних грана. Њено обликовање још увек траје, уз мноштво недоречености, недоумица и проблема теоријске и практичне природе.

На страницама које следе изложени су предисторија, досадашњи правци развоја, садашње карактеристике права животне средине, као и пројекција његовог развоја у ближој и даљој будућности.

Чланак представља синтезу истраживања вршених у оквиру више комплементарних научноистраживачких и развојних пројеката и заснован је на већем броју радова који су објављивани током претходних година. (Николић, 2009; 2013: 61-80; 2018: 52-70; 2014: 85-101; 2015: 131-146).

2. Предисторија права животе средине: ка новој грани права

Човеков однос према природи, као и према окружењу које је створено људским радом, тек је у последњих неколико деценија почео да постаје предмет посебне правне регулативе и посебних правних студија. На то је утицао читав низ различитих околности. Док су људи на нижем нивоу друштвеног развоја живели у хармонији са природом и у складу са законима природе, већа потреба за правним правилима није ни постојала. Касније, када су се околности промениле, недостајала је свест о томе шта се догађа и шта би требало чинити. У тој епохи спорадично су настајала правна правила која су дотицала проблематику заштите човековог окружења, али само фрагментарно и посредно, кроз регулисање односа међу људима у вези са стварима и својином која је постојала на њима. Тако су нпр. стари Римљани установили посебну тужбу (*actio aquae pluviae arcendae*), која се могла користити уколико је власник суседног земљишта створио опасност од наступања штете тако што је изменио природни ток воде, ако је увећао брзину и снагу водотока сужавањем корита и сл. Одговорност је везивана само за поступке чије су се последице осећале на суседним непокретностима. Власник није одговарао за ширење (емитовање) штетних утицаја са своје непокретности у околину. Он је био одговоран само ако су ти утицаји допрли до суседне непокретности. Таква правила су била потпуно у складу са индивидуалистички конципираним римским правом.

Временом су људи постали свесни свог утицаја на природно окружење и на могуће последице својих поступака, али је недостајала политичка воља да се нешто битније промени. У периоду либералног капитализма, припадници владајућих слојева су сматрали да ствари треба да иду својим током (*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*) и да органи државне власти не треба да спутавају техничкомтехнолошки и привредни развој. Друштво је живело у складу са законима тржишта, следећи тежњу за што већим профитом. Приватни (појединачни и групни) интереси су често били изнад јавних (општих, друштвених). Услед тога је у високоиндустријализованим срединама дошло до екстремног загађења животне средине. Органи законодавне власти нису на то реаговали на адекватан начин, али су зато судови у појединим земљама почели да доносе одлуке које су наговестиле у ком правцу ће се развијати будућа правна регулатива. У креативности је предњачило француско правосуђе. Једну од кључних, тзв. историјских одлука у вези са заштитом животне средине, донео је Апелациони суд у Лиону 1856. године, поводом случаја Бадуа против Ондреа (*Badoit v. André*). Огист Бадуа, власник фабрике за експлоатацију минералне воде у Сан Галмиеру (*Saint-Galmier*), поднео је

тужбу против свог суседа и конкурента Ондреа, који је на свом поседу поставио црпну пумпу и масовним испумпавањем воде смањио за две трећине доток до тужиоачеве непокретности. У судском поступку је утврђено да тужени није користио ресурс за задовољење својих потреба, већ да је воду испуштао у оближњу реку. Суд је изнео став да је право својине ограничено у том смислу да власник мора да дозволи суседима да уживају своја права, односно да несметано користе своје ствари. Такође је утврдио да је тужени предузео наведене радње само да би исцрпео суседов извор и, што је у овом контексту посебно важно, да је тиме угрозио и само природно добро од посебног значаја. Суд је обавезао туженог да тужиоцу надокнади штету и да престане са испумпавањем воде на описани начин.¹ Тиме је дат додатни импулс развоју Теорије о злоупотреби права (*Théorie de l'abus de droit*), која је, како се најчешће наводи у литератури, заснована на одлуци у вези са случајем Дор против Келера (*Doerr v. Keller*), коју је годину дана раније донео Апелациони суд у Колмару.² Судови су деловали корективно (*correctrix legis*) уколико се субјективно право вршило у намери да се другоме нашкоди и ако није постојала лична корист за власника од таквог поступања. Тиме је несумњиво учињен значајан напредак у правцу морализације права и ка успостављању другачијих односа према окружењу. Међутим, понекад је било тешко доказати да се ради о злоупотреби. Зато је у пракси до изражаја дошао другачији приступ проблематици односа према окружењу, који је такође развијан још од средине XIX века. Касациони суд је донео низ одлука којима је постепено развијао идеју о томе да власник мора користити непокретност тако да не оптерећује своје суседе преко разумне мере. На тој основи изграђена је теорија о прекомерном узнемиравању суседства (*Théorie des troubles anormaux du voisinage*), која је у значајној мери ограничила право својине.³ На интернет страници Касационог суда Француске налази се податак да је њено обликовање започето 1844. године.⁴ Одлучујући о спору између грађана и фабрике која је стварала неподношљиву буку, Суд је исказао намеру да изнађе правичну равнотежу између потребе да се грађанима пружи одговарајућа заштита и да се у исто време индустрији омогући да унапреди свој рад и пословање.⁵ Већ наредне године, Касациони суд

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

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

3 Теорија о прекомерном узнемиравању суседства је у потпуности прихваћена у пракси судова у Белгији, Луксембургу и Монаку, а имала је утицаја и на развој права у Холандији. Вид. (Willisch, 1987: 182).

4 Cour de cassation, 27 novembre 1844.

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

је донео одлуку у којој је речено да је вршење права својине ограничено природном и законском обавезом да се не чини штета на туђој имовини.⁶ Одлуком од 4. фебруара 1971. године установљен је принцип објективне одговорности, односно одговорности без обзира на кривицу (*responsabilité sans faute*) за прекомерно узнемиравање суседа.⁷ Тиме је учињен значајан напредак у односу на теорију о злоупотреби права, јер тужилац више није морао доказивати да је тужени имао намеру да му нашкоди. У одлуци од 19. новембра 1986. године формулисано је начело да нико не може да проузрокује другом прекомерно сметање.⁸ Године 2010. расправљано је о превенцији ризика од наступања штете и о принципу превентивног ограничавања права својине (*prévention du risque de dommage*).⁹ Очигледно је да су француски судови у периоду дугом готово два века постепено градили и развијали институте грађанског права који су могли послужити као релативно ефикасно средство за заштиту животне средине. (Николић, 2014: 85-101). Међутим, протекло је и пропуштено много година, док људска друштва нису под притиском нарастајућих проблема почела да се мисаоно и делатно продубљеније и системски баве питањима заштите природних добара, а у том контексту и обликовањем одговарајућих правних правила.

Као што је већ речено, плански развој правне регулативе, научних истраживања и правног образовања у области заштите животне средине, започет је тек у другој половини XX века. Занимљиво је да су значајнији искораци на научном и образовном пољу направљени у англоамеричком правном подручју, које је карактеристично по казуизму, а не на простору континенталне Европе, познатом подубоким филозофским промишљањима, високом нивоу апстрактности, систематици и системизацији. Они који се баве упоредним правом знају да се то може објаснити чињеницом да у англоамеричком свету доминира тзв. *предметна систематика*. Наиме, правна правила су груписана по предмету правног регулисања. По истом моделу је конципирана већина научних и наставних дисциплина (нпр. право интелектуалне својине, право информација, спортско право, право

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

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

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

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

9 Вид.: Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, Bull. 2010, III, n° 53. Вид.: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/troisieme_partie_etude_risque_4213/livre_3_risque_prevenu_4266/anticipation_risque_4269/principe_precaution_22866.html (12. 11. 2014).

вирутелне стварности и др.). У континенталној Европи вековима постоји дискрепанција између начина на који се групишу норме и онога што је обухваћено појединим наставним предметима. Регулатива је углавном систематизована према предмету, а наставне дисциплине према тзв. методу правног регулисања, односно према диференцијалним начелима (Николић, 2017: 107-144) на којима се заснивају поједине гране и фамилије грана права.

На Старом континенту је проблематика правне заштите животне средине дуго изучавана спорадично и фрагментарно, у оквиру традиционалних грана права и њима посвећених научних и наставних дисциплина. Регулатива је такође била неразвијена и несистематизована. Тек седамдесетих година XX века почело се говорити о интегралној правној заштити. Тиме је трасиран пут за развој нове, интегративне, синтетичке гране права која је током протеклих неколико деценија добијала различите називе и различиту садржину.

3. Терминолошко, појмовно и садржинско усаглашавање

У почетку је у упоредном праву коришћен назив *право заштите животне средине (environmental protection law)* (Bocken, 1996.). Он је у основи одговарао до тада досегнутом нивоу развоја правне мисли и правне регулативе. Пажња правника је била сконцентрисана на проблематику заштите појединих добара у човековом окружењу. Међутим, временом је сазрела свест о томе да треба на адекватан начин уредити и питања која се тичу режима њиховог коришћења, односно употребе. Назив који се односио само на правну заштиту тада је постао сувише узак.

Временом је шире прихваћен нови назив – *еколошко право* (у Сједињеним Америчким Државама: *Ecology law*; у Русији: *екологическое право*). Он је и данас заступљен у правној литератури некадашњих чланица југословенске федерације. Већина правника под њим подразумева грану права која обухвата правила о употреби и заштити добара у човековом окружењу. Међутим, биолози и други научници који се баве природним наукама, сматрају да су назив и садржина само делимично подударни. (Вујић, 2005: 21). Наиме, екологија обухвата знатно ужу материју. Предмет изучавања и заштите су само биолошке врсте и њихова станишта, а не и вредности створене људским радом. Зато је правна наука почела да трага за новим називима и новим појмовима.

Од пре петнаестак година у широј употреби је назив *право животне средине* (у земљама англоамеричког правног подручја: *environmental law*; у Француској и Швајцарској: *droit de l' environnement*; у Немачкој: *umwel-*

trecht; у Италији: *diritto ambientale*; у Хрватској: *pravo okoliša*; у Словенији: *pravo okolja*).

У нормативном смислу, *право животне средине* је скуп начела и правних правила којима је регулисан човеков однос према природи, као и према окружењу које је створено људским радом. Реч је о посебном сегменту правног система са јасно одређеним предметом правног регулисања. Право животне средине у основи регулише две групе питања. Прва се односи на права и обавезе које човек има или може имати у односу на заштићена добра у свом окружењу. Друга се тиче правне заштите. Она постаје актуелна када неко поступи супротно обавези и тиме угрози или повреди заштићена добра.

Теоретичари већ дуже време без већег успеха покушавају да на адекватан начин одреде правну природу права животне средине. Највише забуне уноси то што се у њему налазе елементи више традиционалних грана из различитих правних области. Право животне средине садржи правила из домена уставног, управног, грађанског, привредног, кривичног, међународног јавног, међународног приватног права, грађанског процесног, кривичног процесног права и сл. Оно се због тога не може у целини уклопити ни у једну од (дихотомних) правних области. Право животне средине је истовремено и јавно и приватно (Pozzo, 1996: 9-15), материјално и процесно. Све то указује на чињеницу да нову грану права не треба посматрати у оквиру старог концепта и кроз призму традиционалне систематике. Поједини аутори су покушавали да оправдају настанак ове гране права тако што су тражили оно што је чини различитом у односу на сваку традиционалну грану понаособ. Међутим, решење се налази у ширем идејном контексту. Право животне средине је нова *синтетичка грана права* која има један нови квалитет и препознатљивост у оквиру правног система, управо због тога што обједињује сва начела и правна правила која се односе на исту проблематику. Оно је засновано на већ помињаној *предметној систематици* која добија све већи значај у савременом свету услед регионалних и глобалних интеграционих процеса и фузије англоамеричког и европског континенталног права. Право животне средине је *интегративна грана права* јер повезује различите гране и различите правне области. Уз све то, оно је самосвојно (*sui generis*) јер почива на нарочитој комбинацији разнородних правних начела. (Николић, 2009).

У правној терминологији је све ствар конвенције. Међутим, у овом тренутку ње нема. Правници се још увек нису усагласили међусобно, чак ни на националном нивоу. Упечатљив пример представљају поједини

тематски зборници радова посвећени човековом односу према окружењу, у којима аутори (ко-аутори) користе различите називе за исте категорије.¹⁰ У упоредном праву је конфузија сразмерно већа. Терминолошко и појмовно усаглашавање је један од приоритетних задатака савремене правне науке. Притом треба имати у виду чињеницу да правници понекад придају одређеним појмовима и називима значење које се разликује од онога које је прихваћено у другим научним областима и у широј јавности. Услед тога настају проблеми у комуникацији, како унутар правне струке и науке, тако и на ширем плану. Очигледно је да је при одређивању назива и појмова који се користе у праву потребно успоставити сарадњу са стручњацима из других научних области и подстицати мултидисциплинарност и интердисциплинарност.

4. Развој напредних студија: мултидисциплинарност и интердисциплинарност

Већ спомињани проблем фрагментације се може ублажити и већим делом превазићи, развијањем мултидисциплинарних и интердисциплинарних студија које повезују знања из више различитих традиционалних правних дисциплина, или омогућују попуњавање празнина које постоје међу њима (интерна мултидисциплинарност и интердисциплинарност). Међутим, као што је већ речено, потребно је остварити синтезу знања на ширем плану, повезивањем правних дисциплина са дисциплинама које припадају другим научним областима (екстерна мултидисциплинарност и интердисциплинарност). Тај задатак је неупоредиво сложенији од претходно наведеног. Светска наука је последњих деценија издељена на мноштво врло уских дисциплина у оквиру којих је створена енормна маса недовољно повезаних и несистематизованих података. Фрагментизовање науке је утицало на то да и образовање буде уско профилисано. Насупрот томе, брзе структурне промене друштва изискују од појединаца или колективитета да се брзо прилагођавају променама у окружењу, за шта су потребна шира знања. Неоспорно је да су глобалне информационе мреже допринеле томе да се створе услови за својеврсну демократизацију образовања, али је такође чињеница да нису утврђени критеријуми за вредносну селекцију и проверу расположивих информација.

10 Тако су нпр. аутори прилога у зборнику *Право и животна средина* (ед. Драгољуб Кавран – Гордана Петковић), објављеном у Београду 1997. године, користили различите називе за нову грану права: (Кавран, Петковић, 1997: 17:41); (Поповић, 1997: 59-80); (Јолџић, 1997: 81-125); (Вукићевић, 1997: 223-240); (Томић, 1997: 276-288).

Пред човечанством је нова велика синтеза знања. Овога пута је у питању процес који превазилази оквири појединих друштава. Реч је о глобалној синтези која представља одговор на изазове са којима се суочавају готово све развијене друштвене заједнице. У литератури се већ дуже време указује на чињеницу да у постојећим околностима недостају специјалисти за интердисциплинарност и универзалност који би били способни да, попут старих енциклопедиста, интегришу уситњену науку и реформишу традиционални концепт образовања. Зато је на појединим научним и високошколским институцијама посебна пажња посвећена реинтеграцији науке и обједињавању знања. Реч је о тзв. напредним студијама (*advanced studies*) које подстичу интердисциплинарни и мултидисциплинарни приступ у научним истраживањима и високом образовању. Таква развојна оријентација ће бити од кључног значаја за укључивање у савремене токове и један од главних предуслова за развој и стабилност многих институција и друштава којима оне припадају. (Николић, 2015: 131-146). Кад је у питању проблематика заштите животне средине и одрживог развоја напредне студије имају посебан значај. Она ће у значајној мери утицати на егзистенцију садашњих и будућих генерација, на квалитет њиховог живота и на опстанак многих других биолошких врста на Плавој планети.

5. Контекстуализација: правна наука и наука о систему планете Земље

Последњих година је дошло до значајних промена у погледу самог приступа проблематици заштите животне средине и одрживог развоја. Деценијама је сваки аспект разматран одвојено, понаособ. У новијим документима *Уједињених нација*, сачињеним у оквиру *Програма за животну средину и одрживи развој (United Nations Environment Programme – UNEP)*, заступљен је системски приступ. У студији *GEO5 Global Environment Outlook – Environment for the future we want*¹¹, објављеној 2012. године, поводом *UN RIO+20* конференције о одрживом развоју, говори се о *систему планете Земље (The Earth System)*, који представља егзистенцијалну основу свих људских друштава. Речено је да он делује као јединствена целина, коју чине физичке, хемијске, биолошке и људске компоненте. Међутим, констатовано је и да су човекове активности нарушиле склад земљиног система и способност саморегулације. О томе сведочи глобални раст температуре, као и раст нивоа мора и океана, под утицајем прекомерног емитовања карбондиоксида и метана у атмосферу, које изазива ефекат *стаклене баште*. Човек је, уз то, одговоран

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

за масовно крчење шума, за урбанизацију, претварање шумског земљишта у пољопривредне површине и за одузимање природних станишта другим биолошким врстама. Такве активности су допринеле драстичном смањењу биодиверзитета. Услед прекомерне употребе хемијских средстава у пољопривредној производњи, земљиште постаје мање плодно, а негде и потпуно неупотребљиво. Истовремено, шире се пустињски предели у којима нема услова за нормалан живот. (Николић, 2009: 16-23). Цена хране на светском тржишту перманентно расте. Савремена потрошачка друштва несразмерно и непотребно исцрпљују драгоцене ресурсе, не водећи довољно рачуна о међугенерациској солидарности, односно о томе да их треба чувати и за наредне генерације. (Николић, 2012: 781-788). Трагови људске деструкције су толико изражени да поједини аутори говоре о новој, антропогеној геолошкој епохи.¹²

Описани трендови су дуго посматрани изоловано и у територијалном смислу, као локални или регионални проблеми. Тек је у другој половини XX века уочено да се заправо ради о узајамно повезаним процесима који производе значајне последице на глобалном плану. Временом је сазрела свест о томе да читавој проблематици треба приступити на системски начин и да планету Земљу треба посматрати као сложен, динамички систем, на који се могу применити основне поставке *Опште теорије система*, а посебно оне које се односе на управљање системским целинама у кризним ситуацијама¹³.

Значајан напредак у том правцу представља и то што се на појединим универзитетима развија нова научна (и наставна) област под називом *Earth System Science*¹⁴.

Системски проблем изискује системски приступ. Као што су различити процеси у човековом окружењу међусобно повезани, тако би и одговор на њих морао да буде целовит, свеобухватан и заснован на сарадњи стручњака различитих профила. Међутим, стварност је другачија. Као што је већ речено, савремена наука је уситњена и недовољно развијена. У многим сегментима недостаје интегративни приступ. Још увек нема довољно мултидисциплинарних и интердисциплинарних пројеката који

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

13 *Општа теорија система (General system theory)* заснована је педесетих година XX века у радовима Лудвига фон Берталанфија (*Ludwig von Bertalanffy*). За свега неколико деценија прерасла је у фундаменталну дисциплину чији се принципи примењују у многим научним областима.

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

омогућују целовито сагледавање проблема. Осим тога, истраживања су, махом, ограничена на анализу постојећег стања. Евидентно је да у многим научним областима недостаје прогностичка компонента. То представља озбиљан проблем, јер у епохи брзих промена, постоји све израженија потреба за брзим доношењем одлука. Отуда би требало да савремена наука иде у сусрет догађајима. То посебно важи за тзв. *нормативне дисциплине*, чија знања треба да послуже као оријентир онима који креирају јавну политику и доносе одлуке од стратешког значаја.

Право знатно заостаје за променама у друштву. Оно у многим секторима не одражава чак ни постојеће стање, мада би по логици ствари требало да (до извесне мере) иде испред времена у ком живимо. Наиме, за разлику од обичајних правила која су настајала спонтано и дуготрајно, државна регулатива се доноси и важи *pro futuro*. (Allen, 1964: 1). Она представља инструментаријум за усмеравање релевантних процеса у друштву. Да би могли да се остваре одговарајући ефекти, морају постојати и одговарајући инструменти. Другачије речено, креатори јавних политика и они који те политике спроводе, морају имати на располагању алат који одговара стандардима савременог друштва. Међутим, традиционални правни институти нису у потпуности усклађени са практичним потребама. Уз то, многа правно релевантна питања уопште нису регулисана важећим прописима.

О стању правне регулативе у појединим секторима сликовито говори податак да се у Републици Србији, у домену суседских односа и даље примењују правна правила из *Грађанског законика за Кнежевину Србију* из 1844. године, који је формално престао да важи још 1946. године, на основу *Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације*¹⁵. *Питање је у којој мери таква правна регулатива може да одговори на изазове времена у ком живимо?*

Очигледно је да питања правне заштите човековог окружења треба сместити у много шири контекст и повезати са другим научним областима. Тиме ће се отворити нови угао посматрања целокупне проблематике, проширити сазнајни хоризонти и актуелизовати многа питања, а међу њима и она која се тичу објеката и субјеката правне заштите.

6. Одређивање објеката правне заштите и субјеката права

Протекло је готово пола века од како је започето обликовање права животне средине. Међутим, још увек није јасно шта је објект правне заштите (шта штитимо) и ко је субјект правне заштите (у чијем интересу то чинимо).

15 Закон је објављен у *Службеном листу ФНРЈ* број 86/1946.

Нова грана права је у почетку била заснована на тзв. *антропоцентричном* приступу (концепту) чију окосницу чини став да сваки појединац има право да живи у здравој животној средини. Та концепција је убрзо наишла на критику јер се показало да заштита окружења зависи од појединаца. *Штета се наноси човеку* и он одлучује о томе да ли ће тражити предузимање одређених мера или изрицање санкција. Савремено право животне средине је засновано на битно другачијем тзв. *екоцентричном* приступу. Забрањени су поступци којима се наноси *штета самом окружењу*. Сматра се да државни органи у таквим случајевима треба да делују независно од тога да ли су појединци или удружења поднели захтев за пружање заштите. У том контексту се поставља питање ко је субјект права? Поједини теоретичари сматрају да је то сама животна средина. Међутим, на садашњем нивоу развоја правне мисли, правне свести, правне науке и (нарочито) правне регулативе, такво становиште је тешко бранити. Наиме, субјект права може бити само онај ко има правни субјективитет. (Николић, 2010: 254). У савременом свету се то својство (за сада) признаје само људским бићима.

У правној теорији се већ дуже време воде расправе о томе да ли је право искључиво људски (антропогени) феномен и да ли и неке друге биолошке врсте могу имати правни субјективитет.

Стари Римљани су сматрали да постоји једно универзално природно право (*ius naturale*), „којим је природа поучила сва жива бића, јер то право није својствено само људском роду, него је заједничко свим живим бићима...”¹⁶ И неки наши савременици сматрају да право у рудиментарном облику постоји у заједницама других биолошких врста. (Николић, 1995). Ипак, у савременој науци и даље преовлађује мишљење да је оно искључиво људски феномен.¹⁷ У прилог том ставу наводи се да се људи, за разлику од свих других друштвених бића која следе једино своје инстинкте, приликом задовољавања већине потреба руководе културним обрасцима понашања. Као *разумно биће*, човек свесно потискује инстинктивне обрасце и заједно са осталим припадницима своје врсте установљава посебна друштвена правила. Но, да ли правилима која стварају људи може бити признат правни субјективитет животној средини, а тиме и правна способност (способност да буде носилац права и обавеза)? По шире прихваћеном мишљењу, животну средину чине природна добра и добра створена људским радом (зграде, путеви, улице, тргови итд.). До сада није било предлога да се грађе-

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

17 „Нека друга бића не долазе у обзир, јер је право искључиво друштвена манифестација“ (Вуковић, 1959: 240).

винским објектима призна субјективитет.¹⁸ Међутим, у новије време има све више залагања да се и животињама признају одређена права. То значи да оне не би представљале само објекте правних односа, као до сада, већ да би могле имати и неку врсту правног субјективитета. (Водинелић, 2012: 325, 327, 411–416.) Тој проблематици је у упоредном праву посвећена посебна научна и наставна дисциплина (*Право животиња; Animal Law*).¹⁹ Због свега тога су прихватљива једино становишта оних аутора који говоре о извесном померању, идејном кретању, од животне средине као објекта правне заштите ка субјекту правне заштите, уз напомену да се то односи само на поједине чиниоце човековог окружења. (Цветић, 2013: 117-129). До другачијег приступа ће можда доћи када право у већој мери буде прилагођено актуелним трендовима у другим научним областима.

7. Прилагођавање правне регулативе променама у животној средини

Организација уједињених нација је 2004. године, у оквиру *Развојног програма (United Nations Development Programme – UNDP)*, уз подршку Швајцарске, Канаде и Холандије, сачинила оквирни документ о политици прилагођавања на климатске промене, који представља својеврсни приручник за утврђивање развојне стратегије, јавних политика и одговарајућих мера у тој области (*Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures (Lim, Spanger-Siegfried: 2004)*). Он треба да омогући државама чланицама (пре свега онима у развоју) да лакше одреде националне приоритете и да сачине свеобухватне и кохерентне стратешке документе (*National Adaptation Strategies*).

Оквири стратешког планирања у тој области дефинисани су и на нивоу Европске уније. Европска комисија је 2007. године донела тзв. *Зелени папир* под називом *Прилагођавање на климатске промене у Европи – опције за деловање ЕУ (Green Paper „Adapting to climate change in Europe – options for EU Action“)*, а 2009. и *Бели папир* под називом *Прилагођавање на климатске промене: ка европском оквиру за деловање (White Paper „Adapting to climate change: Towards a European framework for Action“)*. Године 2012. усвојена је *Европска платформа за прилагођавање на климатске промене (European Climate Adaptation Platform)*. Тај документ је послужио као подлога за израду

¹⁸ У перспективи би се могле очекивати и такве иницијативе у вези са тзв. *паметним зградама* у којима ће све значајнију улогу имати уређаји са вештачком интелигенцијом.

¹⁹ Настава у тој области се изводи на око 120 универзитета у Сједињеним Америчким Државама. Интересовање за ту научну и наставну дисциплину постоји и на европским универзитетима.

главног стратешког документа. *Стратегија прилагођавања Европске уније (European Union Adaptation Strategy)* усвојена је априла 2013. године. Тиме је учињен значајан напредак, јер се ЕУ, по мишљењу појединих аналитичара, у претходне две деценије готово искључиво бавила питањима од значаја за смањење климатских промена²⁰, не уважавајући довољно потребу за прилагођавањем.

У документима Европске комисије се наводи да „прилагођавање подразумева очекивање негативних ефеката климатских промена и одговарајуће деловање у циљу превенције или умањења штете које они могу проузроковати, или коришћење прилика које могу наступити. Доказано је да добро испланирано, рано прилагођавање касније штеди новац и животе“²¹.

Циљ стратешког планирања у овој области је да се на основу краткорочних, средњорочних и дугорочних пројекција сагледају потенцијални ризици и да се утврде мере које ће допринети томе да европски простор буде мање осетљив на климатске промене. О значају стратегије прилагођавања сведоче подаци о актуелним и могућим збивањима у региону. Температура је у континенталној Европи у претходној деценији (2002–2011) била просечно виша за 1.3°C у односу на преиндустријски период. То значи да је у региону забележен бржи раст у односу на глобално загревање. Све чешће долази до екстремних природних догађаја, о чему сведоче учестали топлотни таласи, шумски пожари и суше у јужној и централној Европи. На северу пак расте ризик од великих поплава и ерозије тла. Процена је да ће бити све више катастрофалних догађаја који ће за последицу имати значајне економске губитке, разарања, здравствене проблеме и смрт већег броја лица²².

До сада је двадесетак држава чланица Европске уније утврдило *националну стратегију прилагођавања на климатске промене*. (Carina H. Keskitalo, 2010). У Републици Србији су започете припреме за израду таквог документа.

Европска платформа прилагођавања на климатске промене упућује на потребу да се организовано ради на развоју одговарајућих *транснационалних стратегија*.

20 В.: *Europe adapts to climate change: Comparing National Adaptation Strategies* (група аутора), Global Environmental Change 20/2010, стр. 440 и др.

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

22 В.: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, тачка 2.

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

Стратешко планирање у овој области на свим нивоима подразумева и одговарајућу правну регулативу којом се, на директан или индиректан начин, обезбеђује спровођење јавних политика у вези са климатским променама.

Стратегије прилагођавања на климатске промене ће додатно утицати на развој права на националном нивоу, али ће имати утицаја и на развој наднационалног права које обликују институције Европске уније.

У националним оквирима ће бити донети нови прописи за спровођење јавних политика у тој области. То значи да ће бити уведена нова правила и да ће настати и нови правни институти. У сваком случају, у појединим сегментима ће се изменити постојећи правни режим. Треба очекивати наглашенији државни интервенционизам у области својинских односа, уговорног права и сл. Традиционални правни институти ће, у извесној мери, бити редефинисани, а аутономија субјеката сужена у јавном интересу. То се посебно односи на начин остваривања појединих врста грађанских субјективних права. Уз то, треба очекивати и извесне промене у правцу хуманизације и морализације грађанскоправних односа. Посебан нагласак ће бити на јачању узајамности и солидарности при остваривању грађанских субјективних права и испуњавању обавеза у кризним ситуацијама.

8. Јачање улоге грађанскоправних института у оквиру права животне средине

Проблематика заштите животне средине је деценијама била најнепосредније везана за јавно право (управно и уставно). Међутим, околности су се последњих година битно измениле. Новија истраживања показују да приватно, а тиме и грађанско право има све значајнију улогу у тој области. (Vandenbergh, 2013: 129). Тај тренд се једним делом може приписати и чињеници да су неки грађанскоправни институти у међувремену усклађени са практичним потребама у домену заштите животне средине и одрживог развоја.

Захваљујући визионарству професора Михаила Константиновића, у Србији деценијама постоји могућност да се у оквиру грађанског права ефикасно штите интереси друштвене заједнице у вези са животном средином и одрживим развојем. *Законом о облигационим односима* из 1978. године, прописано је да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и да се уздржи од делатности од које произилази узнемиравање или опасност од штете, ако се такве последице не могу спречити одговарајућим

мерама. Осим тога, одређено је да ће суд, на захтев заинтересованог лица, наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете или узнемиравања, или да се отлони извор опасности, на трошак држаоца извора опасности, ако он то сам не учини. Најзад, прописано је и да се, ако штета настане у обављању општекорисне делатности, за коју је добијена дозвола надлежног органа, може захтевати само накнада оне штете која прелази нормалне границе, али да се и тада може тражити предузимање оправданих мера за спречавање наступања даљих штетних последица или за њихово смањење²³. На основу формулације законске норме се може закључити да је заправо реч о тзв. популарној тужби (*actio popularis*) којом се може тражити изрицање одређених грађанскоправних санкција (Николић, 1995) и мера ради заштите јавних интереса. Такво нормативно решење је у складу са актуелним тенденцијама о којима је било речи у претходним одељцима. Међутим, оно само по себи није довољно. Потребно је да дође и до одређених промена у тумачењу и примени законских норми. Наиме, у пракси се релативно ретко користе могућности које у домену заштите животне средине пружају одредбе *Закона о облигационим односима*.

Литература/References

Allen, C.A. (1964). *Law in the Making*, Oxford.

Bocken, H. (1996). *The Codification of Environmental Law*, одржане у Генту 1995, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston.

Vandenbergh, M.P. (2013). *Private Environmental Governance*, 1.

Водинелић, В.В. (2012). *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Службени гласник, Београд.

Вујић, А. (2005). *Заштита животне средине*, Нови Сад.

Вукићевић, М. (1997). *Услови за хармонизацију права животне средине ЕУ са правом животне средине СРЈ*, Право и животна средина, Београд, стр. 223–240.

Вуковић, М. (1959). *Опћи део грађанског права*, књига I, Школска књига, Загреб.

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

Јолџић, В. (1997). *О елементима неопходним за успостављање еколошког права као самосталне дисциплине правне науке*, Право и животна средина, Београд, стр. 81–125.

23 В.: члан 156 *Закона о облигационим односима*.

Кавран Д, Петковић, Г. (1997). *Место и улога права животне средине у правном систему Савезне Републике Југославије*, Право и животна средина, Београд, стр. 17–41.

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

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

Николић, Д. (1995). *Грађанскоправна санкција (генеза, еволуција и савремени појам)*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад.

Николић, Д. (2009). *Основе права животне средине*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад.

Николић, Д. (2013). *Климатске промене и грађанско право – Елементи за стратегију прилагођавања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4, 61–80.

Николић, Д. (2014). *Апсолутност својине у француском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4, 85–101.

Николић, Д. (2015). *Подела наука и њихова међусобна условљеност*, у: *Стратешки правци развоја Србије у XXI веку: Наука – стање, стратегија, перспективе*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2015, 131–146.

Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*, XIV измењено и допуњено издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад.

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

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

Поповић, С. (1997). *Основне карактеристике еколошког права*, Право и животна средина, Београд, стр. 59–80;

Томић, Н. *Веза и односи између управног и еколошког права*, Право и животна средина, Београд, стр. 276–288.

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

Dušan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law. University of Novi Sad

DIRECTIONS IN THE DEVELOPMENT OF ENVIRONMENTAL LAW

Summary

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

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

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

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

Др Жељко Бартуловић,*
Редовни професор Свеучилишта у Ријеци
Правни факултет

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982081B

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

Раd примљен: 20.12.2018.
Раd прихваћен: 25.01.2019.

РИЈЕЧКИ ПРИМЕР РАЗВОЈА ПРОПИСА О ТРГОВИНИ И ФОРМИ ТРГОВАЧКОГ ОРГАНИЗИРАЊА ДО КРАЈА 18. ВЕКА

***Апстракт:** Аутор истражује правно-повесни аспект развоја облика привредног пословања и утицаја државе на њега. Уз античке примере анализира неке средњовјековне облике поморског пословања на Јадрану. Они се развијају без утицаја власти, путем трговачке праксе. У континенталној Хрватској утицај владаоца на развој gospodarства види се на примјеру Златне буле загребачком Градецу 1242. Статут Ријеке из 1530. у нормама инсистира на сигурности трговине и брзом судском решавању спорова међу трговцима и поморцима. Актима о проглашењу слободе пловидбе Јадраном 1717, као и Ријеке и Трста слободним (бесцаринским) лукама, цар Карло VI даје потицај новом трговачком развоју. Средином века доноси се низ административно-привредних реформи које прати утемељење трговачких компанија, примитивних акционарских друштава те пораст броја трговаца појединаца. У развоју ријечке трговине важно мјесто имали су и српски трговци.*

***Кључне ријечи:** трговачки прописи, 18. век, Ријека, Срби.*

1. Увод – антички период

Хисторија даје бројне примере о различитим формама трговачких послова и повезивања трговаца. Држава својим прописима ограничава, усмерава или потиче привредне активности и њихове организационе форме. Повесна анализа интеракције gospodarства, државе и права као и интердисциплинарно истраживање економских аспеката врло је корисно. Трговина града и луке Ријека били су предмет различитих истраживања, али правних није било много.

* zeljko@pravri.hr

У старом Египту вањска трговина одвијала се посредовањем државе која ју је контролисала (Bartulović, 2014: 21). Хетитска држава осигуравала је заштиту трговаца па чл. 5 законика из 16. в. пр. н. е. „Убиство трговца“ одређује казну од 100 мина сребра (Кандић, 1983: 63).

Диоклецијан у 3. в. н. е. покушава превладати економску кризу државном регулацијом привреде. Цареви дају привилегије удружењима занатлија, трговаца (*collegia negotiatorum*) и поморских превозника (*navicularii*), али су их и контролисали. Гушење приватног предузетништва и интервенционизам државе назива се „војно-индустријски комплекс“ (Karaјović, 1997: 64–67, Бујуклић, 2016: 47, Boras, Margetić, 1998: 197–198).

2. Златна була Градецу 1242.

Сломом Рима долази до замирања робно-новчане привреде, уз неке изузетке, нпр. у доба каролиншке ренесансе. Нови узлет почиње за крсташких ратова када долази до директних контаката Запада и Истока па и трговине у 13. веку.

У континенталној Хрватској настају насеља која живе од занатства и трговине. Правна форма настанка урбаних насеља биле су и повеље о оснивању привилегованих слободних и краљевских градова, нпр. Вараждина 1220, Вировитице 1234, Самобора 1242, Крижеваца 1252, Бихаћа 1279, Копривнице 1356. итд. Златна Була Беле IV Градецу из 1242. садржи најопширнију листу привилегија. Краљ „гостима“ (*hospites*) даје право слободног насељавања (упореди модерно стицање држављанства и радне дозволе). Ако се не нађу пљачкаши, штету трговцима плаћа власт тог територија. Грађани не плаћају царине унутар државних граница (уп. данашње бесцаринске зоне). Краљ је досељеницима дао власништво над земљиштем и ослободио их свих обавеза идућих пет година (Margetić, Sirotković, Bartulović, 1989: 33–35, Margetić, 2000: 205–206). У Градецу се у 14. веку спомињу жене које послују самостално или као ортакиње, нпр. „госпођа Маргарета трговкиња“ (*domine Magarethe institricis*). Статут из 1425. спомиње „хљебарице“ и „соларице“, а грађа трговкиње, крчмарице и „угледне пословне жене“ и као кредиторе (Margetić, Apostolova Maršavelska, 1990: 105–106, Apostolova Maršavelski, 1986: 118–123).

3. Примери трговачких послова на Јадрану

До развоја трговине долази и у комунама на Јадрану. Глосатори буде успавану правну науку, а постглосатори проучавају и статуте северно-италијанских комуна јер садрже нове облике трговачких послова.

У Венецији настају нови облици поморског пословања и трговачког повезивања.

У *рогадију* (у Далмацији *rogancia*) прималац ствари, трговац, обавезује се обавити посао за власника, у његово име, а уз свој ризик. Његова зарада је у разлици продајне цијене и онога што преда власнику. *Collegantia* је најчешћи посао 12. века. Улагач (*stans, iactator*) даје двоструки износ капитала, а друга страна (*procertans, tractator*) путује и тргује. Добит деле по пола, а губитак сразмерно уложеном капиталу. Сплитски статут из 1312. познаје колеганцију, али и социјетет (*societas*) (књ. III, гл. 73). Маргетић пише да се ради о двострукој колеганцији у коју две стране уносе капитал. Такви уговори постоје и у Дубровнику у 13. веку. У Венецији термин колеганција означава двострану колеганцију док једнострана нема правни назив (Margetić, 1995: 205, Margetić, 1997: 263–284, Kostrenčić, 1915: 287, Veuc, 1988: 309, Statut Grada Splita, 1988).

Entega је уговор у којем једна страна улаже капитал или робу, друга страна брод, а морнари рад. То је најразвијенија форма социјетета, својеврсни средњовековни *joint venture*. Зарада се дели на трећине, а ван Јадрана због већег ризика већи дио примају власник брода и робе, тј. капитала. Регулира га и Дубровачки статут из 1272, а користи се до 16. века (Statut grada Dubrovnik, 1990, књ. VII, гл. 42–53).

Marinarii ad partem су морнари који не примају плату већ удео у заради при чему морнари преузимају и обавезе у одржавању и поправку брода (књ. VII, гл. 1) и штету која на терету ако брод није добро одржаван (књ. VII, гл. 6). У 16. и 17. веку ову форму пословања зову „пловити на дубровачки начин“. Разлог њеног постојања несигурност је поморских путовања.

Друштво каратиста настаје када се при градњи или коришћењу брода власнички удео идеално дели на 12 или 24 карата. Сувласници зависно о висини удела стичу право на удео у добити (Kostrenčić, 1914: 962, Šundrica, 1972: 15, Cvitanić, 1979: 222, Margetić, 1997: 263–279, Bartulović, Aflić, 2018: 15). То је облик примитивног акционарског друштва који се користио због ризика од пропасти брода.

У рибарској дружини једна страна даје брод, друга мреже, а рибари улажу радну снагу. Добит се дели у различитим размерима (Veuc, 1988: 309, Bartulović, 2008: 23).

4. Трговачки прописи у статуту Ријеке из 1530. године

Према Херкову, Ријека је у 16. веку била „угледан трговачки град“, па се са „обзиром на велике користи“ од трговине и заната „настојало разним

мјерама... унапредити и разним погодностима привући што већи број страних трговаца“ (Herkov, 1948: 109–110). Пропис књ. I, гл. 53, „О куповању трговачке робе и о исплатама трговцима за њихову робу“, објашњава: „У сврху да би наш град био што богатији и да нашем краљу порасту приходи од даћа множином трговаца, који ће долазити овамо у што већем броју својом робом ради брзе исплате њихове робе...“. Статут предвиђа исплату цене за продану робу у најкраћем року, истог или следећег дана, а у случају продаје на почек у договореном року, као и казну за онога тко не изврши преузете обавезе. Суди се у скраћеном поступку. Страном трговцу припада накнада за трошкове настале кашњењем исплате (књ. I, гл. 53). Уписи у трговачким књигама сматрају се веродостојнима (књ. I, гл. 15). Трговачки спорови суде се по скраћеном поступку до 15 дана (књ. I, гл. 3 и 9). Контролише се квалитета робе на тржишту и мере, а продаја је јавна (књ. III, гл. 39–41, књ. IV, гл. 14). Купци су на захтев тржишних инспектора морали показати робу и навести количину и цену купљенога. Трговачки и занатски послови забрањени су за благодане и празнике, осим за поткиваче и за набавку хране (књ. IV, гл. 1). Трговачки цехови (еснафи) контролисали су рад својих чланова. Статут прописује цене меса, рибе, круха и рада трхоноша (књ. IV, гл. 8, 10, 11 и 15) (Petranović, 2018: 36). Братовштина Св. Михаела окупља обућаре (*caligari e zavatini*), а братовштина Св. Николе морнаре и рибаре (Bartulović, 1995: 120, Torcoletti, 1954: 83–89, Kobler, 1996: 276–278).

5. Правни аспект привредног развоја Ријеке током 18. века

Ријека је као хабсбуршки посед била под јурисдикцијом дворских органа који брину о приходима и управљању имовином. Дворска комора, основана 1527, брине о приходима и расходима, контроли земаљских комора, финансирању двора и војске. Бечка градска банка (*Wiener Stadtbank*) основана 1705. и Опћа банка (*Universalbankalitat*, 1714) воде банкарство. Комерцијални колегиј за унапређење трговине основан је у Бечу 1666, а 1718. Главни комерцијални колегиј (*Haupt-Kommerzienkollegium*). За Хрватску и Угарску надлежна је Угарска комора која је до 1715. зависна о бечкој Комори. Она је контролисала приходе владоца и управу имања. Од 1772. преузела је финансирање администрације у Хрватској. Дворска комора управља земљиштем, а приходи иду за уздржавање крајишке војске (Weis, 1969: 29–31, Weis, 1985: 178–179).

Хабсбуршка монархија до 18. века није стимулисала поморску трговину и развој лука. Када на трон из Шпаније, ондашње поморске силе, долази цар Карло VI 1711, он жели искористити поморске потенцијале. Цар

слама монопол Венеције на пловидбу Јадраном и манифестом 2. јуна 1717. проглашава *ради промицања, уређења и увећања трговине у нашим насљедним земљама... да смо сматрали упутним и корисним опскрбити свим важим средствима, те прихватити и подупирати оне који би изразили жељу настанити се ондје и признати им међу свим другим средствима сигурну и слободну пловидбу Јадраном*. Користећи се ратним успехом против Турака склопио је политичко-трговачки уговор са султаном Ахмедом III о слободи трговине поданика на рекама, мору и копну 27. јула 1718. (Ilustrirana, 1975: 97 и 100, Lukežić, 2015: 12).

Нов корак је патент 18. марта 1719. којим су градови Трст и Ријека проглашени слободним лукама (т. 3). Истиче се право на досељавање и заштита страних бродовласника и трговаца (т. 1). Владар обећава поправити и саградити цесте, а трговци ће у свим лукама и водама пристајати без пратње или дозволе (т. 2). Тако је 1728. довршена цеста од Ријеке до Карловца названа према цару – Каролина. Она је спој с Купом, Савом и Дунавом – тзв. „житним путем“. Сваки трговац и поморац може слободно упловити, испловити и пословати уз плаћање заштитне таксе, узгредице, регалије и малтарине те 1,5 % конзуларне или адмиралитетне царине од вредности продане робе. Саградити ће се и карантена, што је учињено 1726. Брод који скриви насиље сматра се гусарским и надокнадити ће штету чак и ако отплови. Комора ће саградити трговачке магацине (т. 4). Основати ће се осигуравајућа банка или компанија за помоћ бродовима у случају потребе за новцем (т. 5). Трговцима ће судити посебан менични суд (т. 6) основан 20. маја 1722. Трговци се могу настанити унутар градова без посебних такси и пореза (т. 7). У случају рата трговци могу отићи у року од године дана с робом и не смеју се узаптити (т. 8). *Ius naufragii*, тј. право присвајања спашених ствари у случају бродолома је забрањено (т. 9). Трговци су изузети од уконачивања војске (т. 10). Бродови су ослобођени од прегледа ако су имали путне исправе и попис бродског товара (т. 11). Свака „нација“ могла је у граду или ван њега саградити јавну зграду за пословање, а трговцима се потврђују све могуће стварне и личне слободе (т. 12) (Herkov, 1979: 166–169, Бартуловић, Ранђеловић, 2012: 105).

Економисти од 16. века указују на потребу оснивања трговачких компанија којима ће владари давати концесије и надзирати их лакше него појединце – трговце-авантуристе (*merchant adventurers*). Оне имају већи капитал па ће лакше пословати и оружаном заштитом бродове. Најстарије су енглеске, руска компанија (*Moskovy Company*, 1554), левантска (1581), источноиндијска (1600) и холандска источноиндијска (1602) (Herkov, 1979: 30, Margetić, 1998: 151, Klingler, 2006: 16–18). Ријечке реформе део су учења меркантилиста,

богатство државе мери се количином новца, производња је подређена стицању новца, посебно извозом (Šišul, 2006: 77–99).

Оснива се *Царска привилегисана компанија (оријентална, источноиндијска)* 28. јула 1719, са седиштем у Бечу, ради трговине с Левантом и Далеким истоком, са филијалама у Ријеци, Бакру, Београду и Месини (Herkov, 1979: 30, Dubrović, 2018: 39). Капитал од 75.000 форинти требао је потакнути трговину с Турском, бродоградњу, дизање мануфактура и мрежу складишта. Компанија добива привилегију градње бродова у Трсту, Ријеци и Бакру. Бирократско пословање и слабе финансије доводе до стечаја 1731. и укидања 1742. Филијала у Ријеци имала је монопол трговине на велико у граду, а 1721. основала је радионицу за прераду воска и свећа и фабрику конопа. Директора, Естерајхера из Кемптена, Лукежић описује као *првог представника модерног манаџемента меркантилистичког типа у Ријеци*. Трговци и страни мајстори дају граду космополитску ноту (Lukežić, 2015: 13, Žic, 2003: 108, Žic, 1998: 47–48).

Део плана било је оснивање Индијске компаније у Остендеу, у Хабсбуршкој Холандији 1722, али краткотрајно јер су се Британци томе противили. Безуспешни покушаји настављају се до краја 18. века. Вилијам Болтс 1775. у Трсту оснива Азијску компанију уз помоћ банкара из Антверпена, која је трговала у југоисточној Африци, Индији и Кини на основу десетогодишње привилегије. Капитал је увећан 1781. јавном понудом 1.000 деоница, али 1785. компанија банкротира. Пословање је изазвало отпор Португалаца, Енглеза и Данаца који нису подржавали јачање хабсбуршке трговине (Herkov, 1979: 32, Dubrović, 2018: 39–40).

Због турских ратова и пиратске опасности размишљало се о градњи ратних бродова. Цар је 1733. хтио купити бродоградилиште у Трсту за потребе арсенала, али двор није имао капитала. Склопљен је „пријатељски уговор“ с пиратима 1748. јер нема обране од алжирских, туниских и триполитанских, тзв. *барбарески*. Држава намеће бродовласницима „јавно-приватно“ партнерство тражећи да сами наоружају своје бродове. Регулација пловидбе Едиктом о пловидби 1774. позитиван је правни корак у модернизирању пловидбе (Herkov, 1979: 31, 41–44, 92).

Двор оснива административно-привредне органе. Врховна трговачка интенданца (*Kommerzialhauptintendantz, Suprema Intendenza commerciale*) основана је у Трсту 1731. и подређена Комори крањској са задаћом развоја трговине на Аустријском приморју, али без политичке надлежности. Марија Тереза 1746. у Бечу оснива Трговачки директоријум (*Commerci-en Ober-Directorium*), преименован у Трговачки савет 1772, чиме држава централизира трговачку политику. У Трсту је 1749. гроф Висенхутен

именован интендантом Аустријског приморја и капетаном Трста, зависан о Врховном директоријуму у Бечу. Тиме је организација проширена на Аустријско приморје. У Ријеци је 26. јануара 1753. основано *Цесарско краљевско намесништво (Komerzasesorij)* за капетаније Ријеку, Трстат и Бакар које извршавају политику Интенданце. Судска власт у трговачким и меничним предметима пренесена је на *Менично-трговачки суд* и *Поморски конзулат (Tribunale cambio mercantile e Consolato di mare)*. Приморска трговинска провинција (*Provincia mercantile del Litorale, Аустријско приморје*) основана 1753. у Трсту обухваћа луке: Аквилеју, Трст, Ријеку, Бакар, Краљевицу, Сењ и Карлобаг. Потчињена је Интенданци, а интендант, капетан Трста, надлежан је за администрацију, трговину, поморство и здравство. Ријека и Трст задржали су режим „слободних лука“ (Bartulović, 2004: 15–16, Lukežić, 2015: 13, Faber, 2001: 78–81).

Након административних реформи за развој поморске трговине двор путем Трговачког директоријума у Бечу 1750. оснива Тршћанско-ријечку привилеговану компанију с концесијом трговине и прераде шећера у наследним земљама Монархије, с правом грађења зграда и складишта, ослобођење царина и даћа за увоз сировине у Ријеку и Трст, продају без царине само уз плаћање трошарине те градњу властитих бродова. Сви су запослени ослобођени кметских давања, работе и уконачивања војске. Капитал од 1.088.000 форинти подељен је у 1.364 акције међу 231 акционара. Највећи је био гроф де Фрис са 256 акција, а већину имају трговци и банкарни из Беча, Хамбурга и Антверпена, јер је Аустријска Холандија најразвијеније поморско-трговачко подручје оног доба. Марији Терези поклоњено је 13 акција. Холандски акционари имали су 43 гласа у скупштини акционара 1752, а аустријски 22. Акције су имале правни статус некретнина, а странац, власник најмање 20 акција био је у наследном праву изједначен с домаћим лицима. Акције странаца нису се могле конфисцирати ни у случају рата против њихове државе. Компанија је код подмирења потраживања имала право предности пред осталим повериоцима. Акционари претходне компаније који су ушли у нову добивали су за свој стари капитал акције новог друштва. На челу компаније је холандска трговачка кућа Арнолд из Антверпена, а скупштини дионичара председава градоначелник Антверпена Пјер Веленс. Холанђани су успели да Ријека буде седиште Компаније, иако је Беч опонирао. Запослено је око 1.000 радника, док су тадашње мануфактуре имале тек неколико десетина. За остареле и болесне раднике основана је сиромашка благајна. Као пример либерализма истиче се и оснивање масонске ложе *L'Ami Solitaire Inconnu a l'Orient de Fiume*. Компанија има монопол на трговину шећера и подружнице од Трста, Беча, Темишвара, Херсона, Цариграда, Солуна, Лисабона, Вера Круза, Крима,

Филаделфије (командитна кућа), Сантјаго де Чилеа итд. Због страха од губитка монопола на шећер компанија шири пословање рудницима угљена у Лабину, гвожђа у Трбижу и живе, оснива мануфактуре воска и поташе, бродоградилшта и талионицу гвожђа. Увозила је робу из Холандије (каву, чај, бибер, сушену рибу из Норвешке, индиго из Нанта итд.). Директори Компаније водили су комисионе послове Азијатског трговачког друштва *Царски орао (Der kaiserliche Adler)*. Плате стручних радника из Холандије и Хамбурга биле су двоструко веће него у њиховим земљама како би их привукли на долазак. Уз седиште је у Ријечи саграђена рафинерија шећера. Рафинерија је највећа фирма Монархије са привилегијом прераде шећера на 25 година, што је продужавано до 1828. Пропадање узрокују Наполеонови ратови и прерада репе уместо трске. Заштићено меркантилистичко пословање путем владарских привилегија потискује либерализација тржишта. Још 1762. тршћански интендант Ричи упозорава да монополи спречавају конкуренцију на тржишту, као и прекомерна заштита интереса радника. Компанија је ликвидирана одлуком угарског сабора у Пожуну 1825, а скупштина акционара продала је имовину на јавној аукцији 1829. (Dubrović, 2018: 19, 30–34, Тошева Карповић, 2015: 31–44, Лукежић, 2004: 19–20, Џиц, 2003: 101–103, Тркуља, 2006: 46).

Инвентивни појединци траже нове трговачке путеве. Гроф Перлез, први управитељ Баната, потиче везу с Ријеком. За трговину житом преко Ријеке основана је 1759. Темишварска компанија. Она добива десетогодишњу привилегију за извоз производа из Баната преко Ријеке и Трста, но због губитака 1763. ради се санациони елаборат и реструктурирање у Компанију Темишвар-Трст, али и она убрзо пропада. Ријечка компанија тражила је од Темишварске помоћ за отварање куће за продају шећера у Темишвару (Dubrović, 2018: 41–49).

Трговачка провинција је укинута, а Ријека реинкорпорисана Хрватској 14. фебруара 1776. Основана је Северинска жупанија и губерниј у Ријечи с Јозефом Мајлатом де Секељем као гувернером и жупаном. Оснивање губернија дало је потицај градњи луке и трговини житом из Паноније. Залагањем Мајлата основане су Трговачка бурза (*La borsa mercantile*) и Трговачки казино 1779. (Dubrović, 2018: 12–13, Tadić 2006: 143–144, Лукежић, 2015: 16).

Године 1778. основан је Бакарски муниципијум у чији састав улази Ријека. Бакар је био највеће хрватско насеље са 7.656 становника, док је Ријека имала 5.956, а Загреб 2.815. Ријечки патрицији страхују од тога да их већи Бакар и привредно „прогута“ па траже признање градских привилегија. Марија Тереза је 23. априла 1779. дефинисала Ријеку као *corpus separatum*

(посебно тело) директно припојено Угарској круни. То подстиче Угарску да Ријеку сматра својом. Јосиф II 20. марта 1786. укида Северинску жупанију и оснива Угарско приморје у који улази и Ријечки котар (срез). Ријека је у административним и привредним пословима, као и Хрватска, подређена Угарском намесничком већу (Lukežić, 2015: 14, Žic, 1988: 52–53, Hauptman, 1953: 209, Bartulović, 2008: 31). Крај овог доба означава смрт Јосифа II 1790. Угарском сабору упућен је анонимни предлог реорганизације *Projectum Articuli* према којем би „илирској нацији“ били препуштени Ријека, Бакар, Краљевица и Каролиншка цеста па би град с околином постао трговачки емпиријум (Toševa Karpowicz, 2015: 61–64).

Важан фактор у развоју привреде је квалитетна радна снага. Протестанти у Хрватској нису имали признат статус док Јосиф II 1781. није издао патент о верској толеранцији признајући их за равноправне грађане који се могу бавити привредом. Но у Ријечи су имали права па се, према Дубровићу, овде шири протестантска радна етика (Dubrović, 2018: 81, Milošević, 2006: 131–141).

Трговац Јаков Брадичић из Ријеке 1787. царским патентом добива привилегију извоза жита и друге робе на црноморском извозном правцу на десет година, али пропада због рата, па 1791. угарском сабору подноси Нацрт трговачко-родољубног угарског друштва са седиштем у Пешти. Андрија Људевит Адамић, пословни човек фасцинантних способности, предност даје ријечној рути. Он није основао јединствену трговачку кућу и остаје веран малим ортачким партнерствима и дионичким уделима у пословању, неким за једнократни потхват, тргује духаном, конопљом, храстовином, соли, али оснива и осигуравајућа друштва. Основао је фирму *Simone Adamich & Figlio* 1786. са оцем. Предлагао је оснивање трговачке кредитне и дисконтне банке 1791, а на сабору у Пожуну оснивање угарске националне компаније *Привилегисаног друштва за угарску трговину* са седиштем у Ријечи и филијалом у Пешти (Lukežić, 2005: 15–75, Dubrović, 2005: 86–89, Dubrović, 2005: 184–185, Röss, 2005: 187–221, Labus, 2005: 332–338).

У Ријечи су 1804–1806. постојале бројне фабрике и мануфактуре у власништву појединаца или ортака, као и 52 трговца појединца (Toševa Karpowicz, 2015: 39–40, Lukežić, 2015: 17). У пословном животу било је и жена. Јохана Катарина Виренделс рођ. Неф, Фламанка, жена директора Трговачке компаније Петера Јана Бернарда Виренделса, била је од 1783. до 1794. са Томасом Ђулијанчићем „тихи друг“ (*socia tacita*) трговачке куће Санта Сантарелија за трговину дрветом и конопљом (Lukežić, 2004: 21).

Енглески путописац Томас Воткинс 1789. пише: *Ријека је једна од ријетких лука које припадају аустријском цару који је многим мудрим повластицама и заштитним мјерама знатно унаприједио њезин трговачки промет. Лукежић цитира Ерцега: Ријека је била капиталистичка оаза у мору феудализма... излази из оквира државне заједнице, те израста у свјетски пословни субјект. Тому су знатно придонијели средишњи државни прописи и повластице, затим земаљске одлуке и локални прописи те, напokon, сами пословни људи својом пословношћу и новцем* (Lukežić, 2015: 15–16). Већ у XIX веку наступа нова генерација привредника која не сваштари него се концентрира на једну делатност проводећи *idea industriale* (Дубровић, 2018: 81).

6. Српски и други православни привредници у Ријеци

Трговачка важност Ријеке утиче на досељавање становника. Први православци у Ријеци били су Грци. Нотарски запис из 1450. спомиње Деметрија Грека из Венеције, а 1548. умрла је Лека Гркиња. Почетком 18. века неки грчки досељеници прелазе на католичку веру. Лекар Антонио Мољано/Дамуљано жени се 1719, а *каванар* Доменико де Паули 1734, док Константин Кандици 1736. крсти кћи по католичком обреду, а од 1730. и чланови грчке породице Дани постају грађани. Листа трговаца 1786. спомиње Манојла Канела са Крита, Атанасија Косту из Епира и Димитрија Мауриција из Ефеза. Крајем 18. века у Ријеку се доселио бродовласник Теодор Манастериоти, а касније и Георгиј Мелисино са Кефалоније (Lukežić, 2004: 24–27). Мелисино се жени као католик, али кћи и сина крсти у православној општини. Био је руски конзул у Ријеци од 1813. (Toševa Karpowitz, 2015: 76–79).

Ослобођење панонских простора од турске власти крајем 17. и почетком 18. века потицај је на њихово насељавање и развој трговине. Прометни положај Ријеке упућује је на Карловац и водени пут према дунавском сливу и Панонској низини. Државне промене, трговачке и прометне везе утичу на долазак Срба. Иницијативу даје и цар Карло VI, патентом 9. јуна 1717. обећајући досељеницима (208 породица) из „турске Далмације“ „у земљама нашег Аустријског приморја, било у старој или новој Краљевици или у крају који се зове Винодол или такођер покрај нашег града Ријеке, званог Код Светог Вида“ добивање земље за градњу кућа, неометану слободу вере и право на свештеника, итд. Препис акта од 3. маја 1719. Стефану Серафину, „изасланику неких православних обитељи из источних крајева“, који тражи дозволу за досељавање на јадрански простор у сврху трговања обећава то право (т. 1), одобрава да верске обреде и подуку обављају у „приватним кућама“ што изазива спорове јер не обухваћа градњу јавних храмова, да

примењују грегоријански календар и у посту (т. 3, ! оп. аут.), допушта се настан у дистрику Ријеке, али не и градња јавног храма (т. 4) и право трговине у Бакру и луци Букарица (Бакарац), али и другде (т. 6) (Pravoslavje, 2017: 7–13, 61, Костић, 1957: 39). Ипак, података да су се досељеници населили нема. Можда су незадовољни условима отишли даље (Milošević, 2006: 131). По наговору карловачког епископа доселили су се из Сарајева у Ријеку 1769. трговци: Ристо Петровић, Никола Рајовић, Вучен Вуковић, Томо Остојић и Крсто Рајовић (Костић, 1957: 40). Досељавају се православни трговци и из Требиња и других насеља у Босни, који извозе жито и угарске производе. Они чине важну трговачку колонију. Декларирали су се као „грко-источњаци“ а тек у 19. веку према националном кључу (Lukežić, 2004²: 292).

У иницијативи за оснивање ратног арсенала у Краљевици 1764, предлаже се за директора Митра Војновића из Трста, рођеног у Херцег-Новом, православца, који је радио код стрица Јована, бродовласника (Karaman, 1992: 35–36). Дванаест трговаца из Босне 23. октобра 1775, путем Ријечког губернија, тражили су од цара допуштење за насељавање у Ријечи и привилегију да изграде храм. Цар је то одобрио тек 1785. (Milošević, 2006: 138–139).

Патент о верској толеранцији Јосифа II аугсбуршким и хелветским верницима и „несједињеним (православним) Грцима“ у аустријским наследним земљама 1781. „допушта приватно исповиједање вјере свугдје гдје они већ немају право јавног исповиједања“. Дозвољава се градња богомоље, школе и покапање мртвих јавно, уз свештеника ако у месту живи 100 некатоличких породица (т. 1), али право наплате *штоле* (*мртвнине*) припада католичком жупнику (т. 4) и запослење својих учитеља (т. 2). Допуна Патента од 19. фебруара 1782. одређује да се „у вјерским размирицама ни једна страна не смије служити насиљем или настојати сама их отклонити, већ ствар треба препустити судској пресуди. Они који... псују због њихове вјере... сматрат ће се нарушитељима јавног реда и мира“ (т. 5) (Milošević, 2006: 133–134).

Јозефински попис 1785–87. потврђује да су постојале три некретнине у својини православаца (*denen Grüchen* – Грци), а спомиње и цркву, две куће православне Марије Трикупе, кућу трговца Арсенија Јовановића од Шакабента, рођака патријарха Арсенија IV и браћу Вуковић, Саву, Теодора и Алексија (Тошева Karpowitz, 2015: 33–38).

Црквена општина поновила је 2. јуна 1785. молбу цару за подизање цркве наводећи податак да вредност годишњег извоза духана православних трговаца износи 200.000 форинти. Ријечки Трибунал је 16. новембра 1786.

саставио попис трговаца с подацима о њима. Од 19 трговаца, 15 су Срби, тројица Грци и један Македонац. Најбогатији је Атанасије Михаиловић из Москопоља у Македонији, са капиталом од 35.000 форинти, а иза њега Јован Вуковић из Сарајева, са 33.000 форинти итд. Вредност капитала православаца износила је 238.360 форинти или трећину укупног извоза из Угарске за Ријеку. Трибунал подржава молбу јер „грчке нације располажу знатним новчаним средствима... што та нација не мало унапређује овдашњу трговину... и што би се дозволом слободне вероисповести и друге имућне породице исте вере на Ријеку домамиле“ (Костић, 1957: 44–46). Цар је градњу православне цркве у Риједи одобрио 10. септембра 1785. Храм је довршен 1790. Православна општина у Риједи саставила је Статут 1796, али нема доказа да је потврђен (Милошевић, 2006: 138–140). Ријечки патрицији нису подржали грађење цркве делом и зато што је то било против духа просветитељства. На Угарском сабору у Пожуну 1790. као делегат православне општине Ријеке био је Сава Вуковић, из Новог Сада који подноси елаборат о потреби градње нове цесте према Риједи (Тошева Карповић, 2015: 34–45).

Попис из 1793. спомиње ове велетрговце: *Attelievich* (браћа Димитрије и Алексије, из Сарајева, трговац на велико духаном, житом и кожом и Алексин син Крсто), *Circovic Cristoforo*, *Dani Antonio* и *Spiridone*, *Maurizi Demetrio*, *Ostoich Pietro*, *Petrovich Trifone*, *Rainovich Ignazio*, *Rajovich Teodoro*, *Gassevich Geremia*, *Sacabent Arsenio*, *Vucovich fr.(браћа) Vucovich e Nicolich* (Лукежић, 2015: 16).

Крајем 18. и почетком 19. века уписани трговци и власници мануфактура су: Бајовић (Бојовић) Јосиф и нећак Гавро, из Сарајева, трговци духаном, житом и кожом на велико, Бошковић из Сарајева, Чичић Андрија из Сарајева, Ђирковић Христофор, Дамјановић Остоја из Сарајева, Ђурковић (Ђурковић) Стеван из Шиклоша, Филиповић Јанко из Сарајева, Илић Лазар, Измајловић Константин, Јовановић Лазар из Сарајева, трговац ликерима и духаном, Јовановић од Шакабента Арсеније из Петровардина, трговац духаном, житом и воском на велико, Коста (Костић) Атанасије из Јањине, радионица капута, трговац духаном, житом и уљем на велико, Мамула Максим из Врбовског, Манастириоти Тодор, Матић Тодор, Мауризи Димитрије из Ефеза, *Melissino Giorgio*, власник трговачке фирме, Мијатовић Атанасије из Требиња, Михајловић из Скопја и брат Атанасије, Милодраговић Атанасије и Кристо из Мостара, Милошевић Дамјан из Сарајева, Мусулин Раде, Николић Јован, Остојић Јован, Петар, Јован из Сарајева, Паликућа Никола из Боке которске, Пантелић Гавро из Земуна, Павловић Тодор, Петровић Цветко из Сарајева, Петровић Кристо, Петровић Петар из Требиња и син Петар, Петровић Трифун из Требиња, Рајовић Димитрије, Драго, Ђорђе,

Ђуро, Лука и Тодор из Сарајева, Рашевић Јеремија из Сарајева или Требиња, Разиљ Јован, Секуља (Шекуља) Павле, Симић Лазар из Сарајева, Тодоровић Драго, Ђорђе и Петар из Сарајева, Томић Христофор, Трифић Гаврило, Вучинић Јован и Јаков из Моравица, Вуковић Алексије и Ђорђе из Мостара и Вуковић Тодор из Сарајева (Labus, 2006: 216–225).

7. Закључак

Рад истражује различите правне облике привредне активности и организирања пословних субјеката у поморском пословању и посебно у Ријеци од 16. до краја 18. века. Успешан развој привреде тражи синергију државе која својим прописима подржава привреду, инвентивне појединце и улагање капитала, уз геополитички положај који Ријека има. Ријека је, као „јужни пол Средње Еуропе“ доживела раст током 18. века, а зенит у доба Аустро-Угарске до 1918, као лука угарског дела Монархије.

Православни и српски трговци нису били безначајан фактор у привредној повести Ријеке и од почетка 18. века, путем царских привилегија, стичу право насељавања, трговине и слободе вере стварајући малу али имућну заједницу која је оставила трага у Ријеци. Споменимо још неке занимљиве примере. Срби су били активни у раду Народне читаонице од оснивања 1849/1850, нпр. парох Јован Шорак, сурађујући са Хрватима толико да су у спомен књизи читаонице названи „ступови хрватства у Ријеци“ (Споменкњига 1901: 5). Генерални конзулат Краљевине Србије у Ријеци основан је 1885. (Lukežić, 2004²: 292–302).

Литература/References

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

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

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

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

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

Bartulović, Ž. Aflič, M. (2018). Sailor's service from medieval time to modern maritime labour conventions, *Pomorski zbornik*. 55. 11-27.

Бартуловић, Ж. Ранђеловић, Н. (2012). Основи уставне историје југословенских народа. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Beuc, I. (1988). *Povijest država i prava na području SFRJ*, Zagreb: Pravni fakultet Zagreb.

Beuc, I. (1985). *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, Pravnopovijesne studije*. Zagreb: Pravni fakultet Zagreb.

Beuc, I. (1969). *Povijest institucija državne vlasti u Hrvatskoj (1527-1945)*. Zagreb: Arhiv Hrvatske.

Boras, M. Margetić, L. (1998). *Rimsko pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Бујуклић, Ж. (2016). *Римско приватно право*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

Cvitanić, A. (1979). Naše srednjovjekovno pomorsko pravo, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, XVI. 207-229.

Dubrović, E. (2018). *Rijeka – južni pol Srednje Europe*, Rijeka: Društvo povjesničara umjetnosti Rijeke.

Dubrović, E. (2005). Adamićevi planovi za osnutak prve banke u Rijeci, U: E. Dubrović (prir.) *Adamićevo doba 1780-1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 86-89). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Dubrović, E. (2005). Adamićevi prijedlozi za razvoj trgovine i izvoza preko riječke luke, U: E. Dubrović (prir.) *Adamićevo doba 1780-1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 184-185). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Faber, E. (2001). Carska gospodarska politika na Jadranu od 1717. do 1776. U: E. Dubrović (prir.), *Riječka luka: povijest, izgradnja, promet* (str. 67-88). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Herkov, Z. (1979). *Gradnja ratnih brodova u Kraljevici 1764-1767*. Pazin – Rijeka: Historijski arhiv Pazina i Rijeke.

Hauptman, F. (1953). Pregled povijesti Rijeke do Bachova apsolutizma. U: *Rijeka, zbornik* (str. 203-214). Zagreb: Matica hrvatska.

Herkov, Z. (1948). *Statut grada Rijeke*, Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.

Ilustrirana povijest jadranskog pomorstva (1975). Zagreb: Stvarnost.

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

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

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

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

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

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

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

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

Spomenknjiga (1901). Sušak: Narodna čitaonica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Željko Bartulović, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

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

Summary

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

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

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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982099H

UDK: 341.6(4-11)
Раđ примљен: 25.12.2018.
Раđ прихваћен: 22.02.2019.

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

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

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

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

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

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

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

(Lachs, 1987: 1, emphasis added)”

1. Introduction

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

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

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

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

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

2. Eastern European cases before the *World Court*

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

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

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

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

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

2.1 Cases before the PCIJ

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

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

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

ciently clear in itself⁴ (Fachiri, 1929). Article 32 of the Vienna Convention of Law of Treaties confirms the applicability of this principle by stipulating that preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion are supplementary means of interpretation. Additionally, cases such as *Jaworzina*⁵ and *Monastery of Saint Naoum*⁶ contributed to the understanding of the leading role given to territorial sovereignty in the interpretation of international treaties. After the 1930s, the PCIJ entered a new phase of the treaties' interpretation, which was demonstrated, *inter alia*, in the *Treatment of Polish Nationals*⁷ opinion (Spiermann, 2004: 348).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 The cases before the ICJ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 *Ibidem*, p. 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22 *Kosovo Advisory Opinion*, para. 51.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Still, the best known judge among those listed in Table 1 is Judge Manfred Lachs. He was a Polish writer, diplomat and jurist. Lachs had earned his law degree at the Jagiellonian University of Krakow and had graduated from the London School of Economics before the outbreak of World War II. After the War, he had held several professional positions at the Ministry of Foreign Affairs of Poland. In 1966, Lachs became a judge of the ICJ and remained in that position until 1993. No one in the history of the Court served as a judge for such a long period of time. He was also President of the Court from 1973 to 1976. Therefore, it is not strange that Edward MacWhinney decided to dedicate a book to his legacy (MacWhinney, 1995a). In the book, MacWhinney noted that, notwithstanding Lachs' intellectual cosmopolitanism and eclectic legal education

“the political constraints of being a national of, in his own terms *a nation on wheels*, squeezed between Germany and Russia and with continuing Soviet and military presence, may be evident in certain aspects of his approach to decision-making... Lachs' way of life as high level official and adviser in Communist Poland may have taught him to weigh his words and try to use his skills of persuasion rather than make an outright break with formal dissent” (Lachs had reported only two dissenting opinions during his office). (MacWhinney, 1995: 10)

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

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

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

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

4. Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

References

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prazmowska, A. J. (2011). *History of Poland* (2nd edition), London: Red Globe Press.

Spiermann, O. (2004). *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of International Judiciary*, Cambridge: Cambridge University Press.

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

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

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

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

(accessed 1.2.2019)

Judgments and Advisory Opinions of the PCIJ and ICJ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Др Милош Хрњаз,
Универзитет у Београду,
Доцент Факултета политичких наука

ИСТОЧНА ЕВРОПА ПРЕД СВЕТСКИМ СУДОМ: "ПАЛЧИЦА" МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВНОГ ПОРЕТКА?

Резиме

Источна Европа представља релативно мали регион у светским размерама. Показује се, међутим, да је значај овог региона у погледу изградње међународног правног поретка изразито несразмеран његовој величини. У раду се конкретније истражује утицај источноевропских питања и судија Светског суда који су дошли из овог региона на развој међународног права. Користећи више квалитативних и квантитативних индикатора попут броја пресуда овог Суда који се тичао Источне Европе, броја судија који су долазили из овог региона, периода током којих су источноевропске судије биле председници Суда, као и значаја појединих пресуда за изградњу међународноправног поретка, у раду се долази до закључка да је регион имао велики значај за развој међународног права.

Кључне речи: *Међународни суд правде, Стални суд међународне правде, Источна Европа, развој међународног права, судије Међународног суда правде.*

Др Миомира Костић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982119K

UDK: 343.97:316.33.56
Раđ примљен: 30.09.2018.
Раđ прихваћен: 25.01.2019.

ПОЈАВА И РАЗВОЈ ПАМЕТНИХ ГРАДОВА У КОНТЕКСТУ КРИМИНОЛОШКЕ И КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКЕ ВИЗУРЕ**

***Апстракт:** Термин паметни град први пут је употребљен деведесетих година 20. века и тада је фокус био усмерен на примену иновационих технологија, у склопу модерне инфраструктуре унутар градова. У данашње време, паметни град означава инструментализован, међусобно увезан и интелигентни град. Европски градови нису у довољној мери подношљиви, инклузивни или продуктивни за потребе модерног доба. Паметни градови садашњости и будућности треба да унапреде област друштвеног живота, али и организацију јавног превоза, на пример. Осим тога, политика развоја паметних градова треба да превенира тешкоће, пре него да налази начине да их решава. Стареење европског становништва, интеграција миграната, социјална искљученост или неодрживост природне околине, као и незапосленост, делинквенција и слаба локална економија, посматрају се као горуће тешкоће. Хумана или социјална екологија описује односе између људи који деле исто станиште или локалну територију и ти односи су јасно повезани са карактером саме територије. То је, у ствари, учење о друштвеној структури у односу на локално окружење. Тако су социолози, у каснијим годинама 20. века, екологију уврстили у студије о социјалном развоју или еволуцији људских институција и широко инкорпорирали тај концепт из домена природних у домен друштвених наука. Представници Чикашке школе у криминологији, у концепту еколошке теорије, тврдили су да постоји повезаност*

*kosticm@prafak.ni.ac.rs

** Овај рад представља резултат теоријског истраживања, као рад на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. пројекта 179046, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије. Раđ је, у виду усменог саопштења, изложен на Међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, одржаној 13. и 14. априла 2018. године, на Правном факултету Универзитета у Нишу.

између: школског беспосличења, млађих пунолетних учинилаца, смртности деце, туберкулозе, менталних поремећаја, као и других фактора и нивоа делинквенције и криминалитета одраслих и малолетника. Развој паметних градова, сам по себи, неће искључити делинквенцију. Стога је неопходно размотрити посебан концепт превенције криминалитета, који би се најпре односио на спречавање криминалног понашања у оквиру заједнице, унутар града.

Кључне речи: *паметни град, делинквенција, еколошка теорија, делинквентно подручје, превенција, становништво.*

1. Увод

Питања обухваћена објашњењима криминалне феноменологије односе се, између осталог, на динамику криминалитета, која обједињава настале промене у обиму криминалитета, као масовне друштвене појаве, у одређеном временском периоду и на одређеном простору. Поред динамике укупног криминалитета, могуће је посматрати и статистички пратити динамику појединих појавних облика криминалитета: привредног, политичког, имовинског, малолетничке делинквенције, криминалитета жена, или, пак, изучавати регионалну распрострањеност различитих типова криминалитета (географија криминалитета) у светским и националним размерама, на појединим националним и државним подручјима, у градовима и селима, односно, појединим деловима града (екологија криминалитета у градским насељима) (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2009: 30). Посебност у изучавању екологије¹ криминалитета наглашена је и у редовима класичне уџбеничке литературе из области социологије, чији је један од истакнутих представника Gidens, који користи термин екологија криминалитета да истакне утицај локалних услова на распоред криминалитета у сеоским и градским подручјима (Gidens, 2005: 586).

Изучавање регионалних карактеристика криминалитета, као једног од најважнијих подручја интересовања криминалне феноменологије (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2013: 94) јесте традиционално, криминолошко изучавање у друштвено-просторном смислу, и обухвата два централна питања: објашњење просторне дистрибуције делинквенције и објашњење просторне дистрибуције делинквената. Такође, овим темама

¹ Термин *екологија* преузет је из физичке науке и односи се на проучавање прилагођавања биљних и животињских организама спољашњој средини. Градови се територијално распоређују и по „природном реду“, кроз процесе конкуренције, инвазије и смењивања, дакле сличне процесе који се одвијају и у биолошкој екологији.

придодато је и изучавање просторне дистрибуције антисоцијалних понашања,² на нивоу града и села (Bottoms, 2007: 530).

У новијој домаћој криминолошкој књижевности (Костић, Константиновић-Вилић, 2008) приликом објашњавања феноменолошких карактеристика криминалитета, наводи се, већ у уводним текстовима, премиса да је „основна и дуго установљена криминолошка истина да је ниво криминалитета виши у урбаним него у руралним срединама“ (Cressey, 1964: ch. 3). С друге стране, криминолози/криминолошкиње, родно оријентисаног приступа, указују на родну перспективу дуго опстајуће контроверзе, по којој је „урбани стил живота, ма како тежак био, утицао на еманципацију жена више него сеоски живот или живот у субурбаним домаћинствима“ (Wilson, 1992: 10).

Емпиријска истраживања показују да се криминалитет и делинквенција повећавају с процесом урбанизације. Illich (Illich, 1980: 88) сматра да због непосредног индустријског развитка прете многобројне опасности савременом градском човеку. Индустријски раст, који прелази своје границе, прети праву човека на сједињење с околином, у којој је настао и угрожава право на човекову аутономију у деловању.

Осим феноменолошког приступа екологији криминалитета, у другом важном подручју криминологије, криминалној етиологији, као једно од основних објашњења истиче се еколошка теорија у оквиру правца криминалне социологије. Еколошка школа у криминологији тежи да објасни злочин као функцију друштвене промене, која се јавља у складу с променама околине. Другим речима, према одређењу о коме пише Reid (Reid, 2003: 120), еколошка школа је један приступ, или учење, о квантитативном односу између географског феномена и злочина.

Наведена питања су обимно разматрана у криминолошкој литератури, при чему се намеће нагласак на област виктимологије, као и на истраживања

2 Као илустрација овом научном ставу у криминологији може се навести новинарско истраживање о самоубиствима у Србији, урађено на почетку 20. века и објављено у дневном листу *Политика* 1929. године: „Од 1. јануара 1919. до 31. децембра 1928. године било је у Београду самоубистава 285 код мушких и 225 код женских. Код бројности самоубиства важе као општа правила: прво, да је редовно, свуда и свакада број самоубиства у градовима (два до три пута) већи него на селу, и друго, да је самоубиство у већим градовима многобројније него у мањим. У Београду пак од 1806. до 1900. године срачунато на 100.000 становника (јер их је Београд стварно тада имао само 59750-65598) било би 18 самоубица, а у осталој предкумановској Србији за исти период времена и на исти број становништва износило је свега 4 самоубице. Од године 1919. до 1928. у Београду је пак на 100.000 становништва падало од 30-33 самоубице“. Дневни лист *Политика*. (1929). „Сваке године убија се све више људи у Београду“, субота 13.4.1929., бр. 7526, година XXVI, стр. 7.

у области криминалне политике. Међутим, сви наведени примери, као примерене, доступне илустрације непрегледног штива објављених резултата теоријских и емпиријских истраживања у криминологији, ипак не наглашавају јављање паметног града, као концепта другачијег квалитета живота, у садашњости и у будућности. Теме обухваћене приступом криминолошке ретро перспективе не значе да новонастала тражења квалитетног битисања људских бића у градским агломерацијама не буду видљива већ сада.

У другој декади 21. века у литератури из области друштвено-хуманистичких наука, као и техничко-технолошких наука наводи се да је чак двадесетак година уназад концепт паметног града нашао своје значајно место у расправама на поменутих научним пољима, при чему је одређен и као међународно оријентисани правац промене начина живота у градовима (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 3).

Принципи делања и доношења одлука на нивоу градског живљења захтевају промене у светским оквирима. Постоји тврдња да европски градови нису у довољној мери одрживи, инклузивни или продуктивни за потребе људи модерног доба. Финансијске кризе или грешке у политици доношења одлука у многим областима живота треба да уче грађане томе како да осмисле нове принципе живљења.³

У својој књизи *The Death and Life of Great American Cities* ауторка Џејн Џејкобс (Jane Jacobs), као једна од најчувенијих филозофкиња урбаног живота данашњице, написала је: „Градови имају способност да пруже по нешто свима, једино и само онда када су створени од стране свих“ (Eggers, Guszcz, Green, 2017).

С друге стране, подсећање на ретро криминолошке напаве враћа пажњу криминолога на савременост управо класичних тема, као и опажања настала из њиховог теоријског и емпиријског изучавања, да је историја људске цивилизације, како истиче Морис (Morris, 1971: i), „великим делом процењивање човечијег напора да ослободи себе од ограничења наметнутих његовом природном околином; не само да он сада практично може да живи и ради под свим могућим климатским условима, већ може да настани огромне урбане агломерације које, будући да не могу да подрже саме себе, могу опстајати у смислу ингениозне технологије и ефикасног транспорта“. Међутим, оно што се изродило као последица, даље сматра Морис, јесте да је човек створио своје ново окружење које, за узврат, почиње

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

да испољава своја сопствена ограничења у односу на човека. Велики град или предграђе може поставити ограничења на људску активност која, иако потиче из сасвим другачијег смисла, није ништа мање реална од оне постављене у прошлости, у односу на планине и реке, пустиње и океане. Признање постојања разноликости између урбаног и руралног начина живота јесте уважавање основне асоцијације између образаца понашања и карактеристика локалне заједнице.

Дефиниције паметног града су многобројне. Примери различитог концептуалног приступа доводе до замене речи *паметан* речима *интелигентан* или *дигиталан*, тако да се тиме указује на неконзистентност назива. Првобитно, деведестих година прошлог века, употреба назива паметни град подразумевала је уградњу информационих технологија у градску средину. Међутим, показало се да је то сувише уско одређење. Смисао дефиниције паметног града је у начину како се управља градом, с нагласком на улогу друштвеног капитала и односа међу људима у урбаном развоју (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 4).

2. Урбана криминологија као део урбане социологије

Од самих почетака развоја Криминологије као самосталне науке издвајају се друштвено-просторне анализе криминалитета, из прве половине 19. века, с тим што се за потребе савремених криминолошких објашњења обично разматрају радови из периода између два светска рата, при чему се не занемарује допринос Чикашке школе у социологији.

Изучавање просторне дистрибуције криминалитета унутар градова довело је до осмишљавања појма делинквентног подручја, што представља природну област која постоји у граду, попут гета на пример, која настаје у процесу урбанизације и развоја и значајна је по својим карактеристичним обрасцима антисоцијалног понашања. Унутар граница делинквентног подручја, делинквентно или криминално понашање је нешто што се очекује, попут правила, међу њеним становницима. То утиче на развој непријатељског става код социјалних служби и код полиције, па се стога формира неки облик културне енклаве која одудара од остатка града. Формалне особине делинквентног подручја обично се испољавају као: физичко изопачење, пренасељеност, мобилност становништва, углавном према индустријским и трговачким зонама. С друге стране, социјалне карактеристике се највише огледају у једном малом броју неформалних служби социјалне контроле, услед чега опстају норме понашања прихваћене од стране ширег друштва (Morris, 1971: 19).

Концепт делинквентног подручја потиче непосредно из концепта природне области у еколошкој теорији, а епитет „делинквентан“ односи се на доминантни образац понашања исказан од стране великог броја становника те области.

Хумана или социјална екологија се сагледава кроз изучавање просторних и временских релација између људских бића на које утичу селективне, преносиве и прилагодљиве снаге околине (Bottoms, 2007: 530). Термин хумане екологије аналогно је преузет из ботанике, као субдисциплине екологије биљака (Bottoms, 2007: 531).⁴ Без обзира на ране радове из друге половине 19. века, који указују на однос околине и делинквентног понашања, треба нагласити да је развој модерне криминологије околине, односно интерес за изучавање односа између злочина и окружења почео да се увећава све више почев од седамдесетих година 20. века до данас. Званичне статистике су тада указивале на нагло повећање обима криминалитета, и то посебно од стране непријатељски настројених младих особа мушког пола које су живеле у небодерима унутар градских области. Истовремено, нарасло је незадовољство међу научницима и политичарима изазвано тражењем узрока злочина унутар појединца, а феминистички покрет окренут питањима виктимизације приближио се новоразвијеном левом реализму (Jones, 2008: 102).

Грађанско друштво, у својој основи, подразумева: друштвено ангажовање; политичку једнакост; солидарност, поверење и толеранцију; снажан друштвени живот. У том смислу, следећи ове основне поставке, Патнам (Putnam) је одредио значење идеје социјалне битности: „С обзиром на то да физичка битност упућује на физичке објекте, а људска битност на оно што појединац поседује, друштвена битност упућује на везе између појединаца – друштвену мрежу и на норму узајамности и поверења које из тога произилазе. У том смислу, друштвена битност је блиско повезана са оним што неки називају ‘грађанска снага’. Разлика је у томе што друштвена

4 Екологија је термин из области биологије и први пут га је употребио 1878. године немачки биолог и филозоф Ернест Хекел (Ernst Haeckel, 1878). Данац Варминг (Eugenius Warming, 1895) овај термин је ипак приближио много више друштвеним наукама у својој књизи „Друштво биљака“ (*Plant Communities*, 1895), тако што је скренуо пажњу на чињеницу да различите врсте биљака теже да расту заједно и, слично људским друштвима, имају временски почетак, искуствене промене и коначно ступају у период пропадања, при чему се постепено смењују другим биљкама. Управо је у томе тај облик испољавања динамичног аспекта екологије, што га је можда највише и приближило пољу социологије. Тако су социолози, у каснијим годинама 20. века, екологију уврстили у студије о социјалном развоју или еволуцији људских институција и широко инкорпорирали тај концепт из домена природних у домен друштвених наука (Morris, 1971: 3).

битност обраћа пажњу на чињеницу да је друштвена моћ најснажнија када је утиснута у мрежу свести узајамних друштвених односа. Друштво, састављено од честитих, али изолованих појединаца није неопходно богато друштвеном битношћу“ (Putnam, 2007). То значи да интеракција омогућава да људи изграђују друштвене заједнице, да се предају једни другима и да сами „спајају друштвени склоп“. Свест о припадању непосредном искуству о друштвеној умрежености може донети људима бројна преимућства.

Суштински, идеја о социјалној битности може имати функцију „друштвеног лепка“ који оснажује интеграцију и кохезију међу људима, с једне стране, али и обезбеђује „концептуално оруђе које креатори политике могу развити приликом промовисања снажних друштава“ (Crawford, 2007: 885).

Ипак, у многим политичким дебатама изнети су сагласни ставови о томе да је ланчани спој између друштвене битности и економске и људске битности често неразвијен. Извори друштвене битности су недовољно разликовани од добробити или повољних околности које из њега проистекну. Као што неки криминолози примећују: „Концентрисаност многоструких облика онога што представља мане тежи да умањи подељена очекивања за вођење колективне акције, поготову оне која се односи на децу“ (Crawford, 2007: 885).

Урбанизам, као начин живота, не обухвата у тој мери питања која се односе на унутрашњу диференцијацију градова, већ више на форму друштвене егзистенције унутар њих. Епитет „урбан“ уз реч „свет“ не односи се једино на пропорцију укупног становништва које живи у градовима. Социолози сматрају да су „утицаји које градови врше на друштвени живот човека већи од онога на шта проценат становништва у градовима упућује; јер, град није само место становања и рада модерног човека, већ и покретачки центар свеколиког економског, политичког и културног живота, који је најудаљеније заједнице света ставио у сферу свог деловања и сјединио различита подручја, народе и делатности у својеврсни космос“ (Wirth, 1938: 2).

Једно од првих детаљних поређења сеоског и градског становништва начинио је Ибн Халдун (Ibn Khaldun) у 14. веку. Овај чувени арапски историчар упоређивао је живот у граду са животом номадских племена. Тврдио је да номаде одликује лепо понашање, поштење и храброст, док су зло, корупција, лажи и кукавичлук раширени у граду, а исто тако град проузрокује труљење, онеспособљава иницијативу и чини људе отуђеним и слабим (Clinard, 1968: 98). Оваква поларизованост гледишта о утицају градова на квалитет друштвеног живота задржана је до 18. века, у време

настанка великих урбаних агломерација, али се таква схватања, скоро истом јачином аргументација, протежу све до данашњих дана.⁵

У написма који се баве анализом промене руралног у урбани начин живота, најчешће се истиче пример Британије, као прве земље која је била захваћена процесом индустријализације, па се веома рано из руралне развила у урбану средину. Године 1800. испод 20% британског становништва живело је у мањим или већим градовима с више од 10.000 становника. Те исте године у Лондону је живело око 1,1 милион становника, а већ на почетку 20. века тај број је нарастао на седам милиона. Gidens прави паралелу са ситуацијом у САД, у истом периоду, па примећује да је САД тада већином била рурална земља, у поређењу са водећим европским земљама тога времена. Између 1800. и 1900. године број становника Њујорка попео се, са 60.000 чак на 4,8 милиона. Сам процес ширења градова повезује се са порастом броја становника услед природног прираштаја, али и са миграцијом становништва из села и мањих градова, као и из сиромашних у економски богатије државе, односно регионе. Унутрашње миграције на релацији село–град поготову су карактеристичне за Европу. Сеоско становништво досељавало се/досељава се у градове превасходно зато што је могућност запослења у руралним областима мања, али и због очигледних предности градова, у којима су улице „поплочане златом“, јер је у њима сконцентрисана финансијска и индустријска моћ (Gidens, 2005: 585).

Стога је било важно укратко указати на почетке учења хумане екологије у криминологији, иако они датирају још из 19. века, па употреба термина модернизам хумане екологије заиста осликава актуелност већ изражених мишљења везаних за изучавање односа средине и понашања људи, била она дозвољена или не.

У периоду између двадесетих и четрдесетих година 20. века, у САД, један број криминолога представљао је у својим радовима идеје које су биле основ теоријског и емпиријског истраживања у оквиру урбане социологије. Чикашка школа, настала као резултат развоја ових идеја, има два своја концепта: један је еколошки приступ урбаној анализи, који је осмислио Роберт Парк (Robert Park), а други урбанизам као начин живота представио је Вирт (Gidens, 2005: 585). Парков рад је имао непосредан утицај на велики број америчких социолога, као и на теорију коју је осмислио Клифорд Шо

5 Неки аутори су мишљења да су градови оличење „врлине уљудности“, динамичности и културног стваралаштва. По њима, градови пружају највеће могућности за привредни и културни развој, као и за удобан и задовољавајући живот. Други описују град као задимљени пакао, у којем се тискају агресивне и неповерљиве гомиле људи, и у којем цвета криминал, насиље и поквареност (Gidens, 2005: 585).

(Clifford Shaw) и представио у књизи „Делинквентне области“ (Clifford Shaw, *Delinquency Areas*) (Morris, 1971: 3). Представници Чикашке школе су тежили да објасне однос између екологије и криминалитета у Чикагу. Град су посматрали као живу, растућу, органску целину, а различите области у граду као средства за остварење различитих функција. Студије о различитим областима Чикага, у којима се јављала висока стопа криминалитета и других форми девијантног понашања, указала је истраживачима на то да је чак и свет девијантности окарактерисан различитим социјалним улогама, које су одређене и стратифициране правилима која су наметнута.

Парк је пошао од разматрања социјалних промена и њених последица на досељено становништво. Од шездесетих година 19. века имигранти из читаве Европе почели су да насељавају области средњег запада САД. Брзина и јачина социјалних промена и драматичне тешкоће везане за јављање културног конфликта биле су друштвене чињенице које је било тешко не приметити, а које су имале утицај на касније формулисање социолошких теорија (Morris, 1971: 3). „Природна област“ је срж поимања града у Парковим радовима. Ову област чине блокови зграда, неминовне субзаједнице, одакле се уздижу груписане урбане области. Из овако формулисане идеје еколошког приступа може се закључити да су природне области производи сила које непрекидно делају тако да остварују свој утицај на уобичајену дистрибуцију становништва и функционишу унутар урбаног комплекса. Природне области носе тај епитет зато што нису испланиране и зато што поредак који се види није резултат неког дизајна, већ пре манифестација тенденција које су својствене урбаној ситуацији; тенденције које изискују да буду контролисане и кориговане (Smith, 1975: 8).

Градске карактеристике, социјалне промене и распоређеност људи и њихових поступака представници Чикашке школе посматрали су кроз призму концентричног круга. Теорија концентричног круга дели град на пет зона. Центар града је зона 1 или централна пословна област. Ову област карактерише лака мануфактура, ситна трговина и комерцијална забава. Зона 2, која окружује централну пословну област, јесте зона транзита од места становања до посла. Овај део града је популаран међу људима који на легалан начин зарађују свој новац и који живе у веома скупим, луксузним становима. Зона 3 је област кућа у којима живи радничка класа и која је у мањој мери 'искварена' него зона транзита, а насељена је у великој мери „радницима чији економски статус омогућава да приуште многе удобности, чак и неки облик луксуза који град има да понуди“ (Reid, 2003: 121). Зона 4, област средњег слоја градских становника, широко је

насељена професионалцима, свештеницима, власницима малих предузећа, менаџерима. На спољној ивици града је зона 5 или област несталног становништва. Ова зона обухвата сателитске градове и предграђа. Многи од њених становника напуштају област током дана и одлазе у град због посла.

Према мишљењу које заступа Парк, кључна област за објашњење криминалитета/делинквенције је зона 2, односно зона транзита. Због премештања послова у ову зону, она постаје непожељно место за живот. Становање се погоршава, легитиман начин живота у тој области се мења. Људи који су то могли себи да приуште се исељавају и не постоји напредак у побољшању становања у тој области без државне новчане помоћи. Популација у градовина је раслојена по економском статусу и по занимањима које обавља. Особе са ниским примањима, најчешће неквалификовани радници, живе у зони 2, па често то доводи до расне и етничке сегрегације. Ову зону карактеришу: стоваришта, залагаонице, јефтина позоришта, ресторани, као и потпуни слом у примени уобичајених институционалних метода социјалне контроле. Стога, истраживачи су изнели хипотезу да ће злочин, порок, као и остале врсте девијације наставити да се јављају у таквим социјално дезорганизованим окружењима (Reid, 2003: 121).

Клифорд Р. Шо и Хенри Д. Мекеј (Henry D. McKay), примарни истраживачи у концепту еколошке теорије, тврдили су да постоји повезаност између: школског беспосличења, млађих пунолетних учинилаца, смртности деце, туберкулозе, менталних поремећаја, као и других фактора и нивоа делинквенције и криминалитета одраслих (Petrović, Gorazd, 2008: 120).

Истакли су да „не постоји ни једна једина инстанца у којој не постоји преплитање између ових елемената... На основу презентованих чињеница, јасно је да делинквенција није изолован феномен“ (Reid, 2003: 121).

Из извесних критичких ставова на ова објашњења ипак јасно произилази да Шо и Мекеј нису тврдили да зона 2 проузрокује злочин, већ су упозорили да однос узрок-последича не треба претпоставити само због високе корелације између постојећих варијабли. Без обзира на то што зона 2 може привући или чак окупљати криминалце, следеће објашњење високе стопе криминалитета може бити повезано са мањим учинком рада припадника формалне друштвене контроле. Можда је полиција та која ће морати да обави много већи број хапшења у зони 2 него у неким другим зонама.

3. Савремени контекст – превенција криминалитета у граду/паментом граду

Развој ставова и схватања о превенцији криминалитета, или, по неким ауторима, превентивног менталитета (Crawford, 2007: 870), прошао је кроз многе фазе, заокрете и иновације „који су започели да исцртавају терен, фокус и технологије вођења превенције“.

Неопходно је нагласити да је појам „превенција криминалитета“ широко коришћен концепт са прилично слободно одређеним значењима која су у употреби. За неке ауторе, овај термин упућује на конвенционално деловање кривичног правосуђа. Опет, други, као Дијк (Dijk) и Вард (Waard) залажу се за одређење које помаже да се у жижу интересовања ставе алтернативни или посебни програми превенције криминалитета. Стога, они истичу да је превенција криминалитета „скуп свих личних иницијатива и државне политике, у већој мери него ретрибуција кривичног права, са циљем умањења штете изазване радњама које држава инкриминише као кривична дела“ (Dijk, Waard, 1991: 483). Овим одређењем обухваћени су и програми за умањење страха од криминалитета, пошто страх може бити посматран и као штета настала од криминалитета; затим, програми помоћи жртвама, због тога што се то може посматрати као облик контроле штете, као и превентивна активност полиције, попут сталног надзора и третмана или обуке садашњих/бивших делинквената. Из овог одређења превенције криминалитета изузети су истрага и вођење кривичног поступка против учинилаца, кажњавање и извршење конвенционалних казни.

Свеобухватност одговара на многобројна питања превенције криминалитета ипак се морају односити и на карактеристике настанка људских насеобина. Те насеобине увек су тежиле томе да буде обезбеђена сигурност, безбедност и добробит грађана, у смислу дизајнирања и близине доступности воде, хране и задовољавању других виталних потреба. Сигурност и безбедност увек су биле значајне ставке, историјски посматрано, од раног преисторијског доба и живота у пећинама, па све до настанка средњовековних и модерних градова. Међутим, с развојем нових технологија, насеља су постала погодна да се путем њих рефлектују нове и растуће претње усмерене на унапређивање и добробит живота становништва.

Те претње јавиле су се упоредо с процесима урбанизације и индустријализације, као и путем убрзаног непланског ширења градова, под утицајем капитализма, што је за последицу произвело: пренасељеност, загађење, сиромаштво, болест, криминалитет и аномију (Wirth, 1938: 2). Оваквом опису придодаје се и то да су градови постали „контејнери“ бесконачних

тешкоћа, с једне стране, као и места које краси виталност, узбуђење и уживање у животу, с друге стране. Парафразирајући Шекспирове стихове, Калвино (Calvino) пише: „С градовима исто је као и са сновима: све што се замисли, може бити одсањано, па је чак и најнеочекиванији сан ребус који скрива жељу, или обрнуто, страх. Градови су, као и снови, сачињени од жеља и страхова, и онда када је нит њиховог говора тајна, њихова правила апсурдна, њихова перспектива превртљива, и све је прикривање нечег другог“ (Calvino, 1972).

Теорија превенције криминалитета кроз изглед окружења (Clarke, 1989: 1) заснована је на једноставној идеји да злочин делом потиче из прилика које се налазе у физичком окружењу. То води ка закључку да би било могуће променити физичко окружење тако да постоји мања вероватноћа да се јави злочин.

Постоје три одвојена приступа или теорије које улазе у основни назив теорије превенције криминалитета кроз изглед окружења. Првобитна варијанта и сам назив теорије везују се за криминолога С. Реј Џефрија (S. Ray Jeffery), који је 1971. године објавио књигу у којој критикује социолошки оријентисане криминологе, зато што као узроке злочина посматрају искључиво ове факторе социјалне природе, при чему занемарују како биолошке, тако и детерминанте које потичу из околине. Стога, овај криминолог наводи да превенција треба да буде усмерена на биолошке факторе (оштећења мозга, на пример), с једне стране, и на отклањање прилика за вршење злочина, с друге стране.

Други приступ ове теорије јесте теорија „брањеног простора“ и везују се за Џејн Џејкобс (Jacobs, 1992), која је упућивала озбиљне критике послератном урбаном планирању, наглашавајући његову деструктивну компоненту у односу на природне процесе реда унутар суседства. Ипак, као њен утемељивач сматра се Њумен (Newman) (Newman 1972: 3), чија се мисао развила на основу критике ставова које је исказала Џејн Џејкобс. Њумен је успео да идентификује архитектонска решења која би обесхрабрила вршење кривичних дела, а оснажила превентивну друштвену контролу. Отуда је теорија брањеног простора „модел за резиденцијалну околину који спречава злочин тиме што ствара физички изглед друштвене структуре која брани саму себе“ (Newman 1972: 3). Њумен је тврдио да архитектонски облик може ослободити латентни смисао за територију и заједницу међу становницима, тако да ове карактеристике постану саставни делови онога што становници присвајају као део одговорности за очување безбедног окружења и за добробит живота у њему. Њумен је идентификовао неколико саставних елемената за добар дизајн околине којим се охрабрује

мрежа друштвене контроле: територијалност, стално надзирање, изглед и околина. Суштински, територијалност захтева физички простор који раздваја области контроле, док стално надзирање захтева облик зграда који дозвољава и омогућава лако осматрање територијалних области.

Пројекти масовног становања, из периода после Другог светског рата, истиснули су важне процесе социјалне контроле. На њихвом месту дошло је до „бујања“ „небрањеног простора“, што је укључило: анонимне стазе за пролаз пешака, пролазе, ходнике у којима су степеништа од приземља до највишег спрата куће, лифтове, дугачке тамне пролазе, а све то лако доступно. Они су тиме створили „збуњујуће“ области које никоме не припадају, о којима нико не води рачуна и које нико не надзире (Newman 1972: 3). Ове тезе су оштро критиковане од стране криминолога и других научника социолошки оријентисаних, који су га оптужили за „детерминизам окружења“ и за сувише поједностављено објашњење људског понашања на основу територијалног понашања код животиња (Clarke, 1980: 136).

Трећи приступ овог теоријског одређења проистекао је из криминолошког истраживања о ситуационој превенцији које је извршено за рачун и на захтев британске владе седамдесетих година 20. века. То би био један општи приступ за умањење прилика за вршење било ког облика криминалитета, који се јавља било где, као: отмице авиона, крађа социјалних фондова, упућивање узнемиравајућих телефонских позива, насиље у кафићима, насиље у породици, као и у случајевима вршења било ког облика крвних и сексуалних деликата, и који су починиле особе за које се не би уобичајено тврдило да су делинквентне (Clarke, 1980: 137).

Динамичност, заснована на ризику преступништва, такође је евидентна у неким превентивним програмима на нивоу заједнице. Пошто висок ниво криминалитета често коегзистира заједно са високим нивоом виктимизације, такви програми могу бити „решени“ тако што ће се усмерити на највулнерабилније друштвене групе, у смислу да се превенирање криминалитета усмери на „поновљену виктимизацију“. То може довести до скретања у пристрасност, али не и до обавезног елиминисања стигматизације потенцијала у таквим програмима. Заједнице могу развити репутацију која се тешко елиминира, у крајњем случају, као места која губе своју привлачност да се у њима живи.

Супротно од претпоставки везаних за строго комунитарни приступ истиче се да се „више заједништва“ не изједначава на било који једноставни начин са „мање злочина“. Једна локална заједница и нормативне вредности које деле њени чланови могу бити крајње криминогени. Чврсте социјалне

везе, мреже узајамних односа и међусобно поверење чине саму суштину организованог криминалитета, културе банди и злочина мржње. Супротно од тога, мањак јаких социјалних веза и карика у једној заједници не доводи неизбежно до непоштовања норми понашања. Области са ниском стопом криминалитета, у којима се исказује висок ниво цивилизованог понашања, уопште не приказују увек особине блискости њених становника, повезаност, узајамну подршку.

Претпоставке око природе заједнице и релација између заједнице и учинилаца стварају дилеме око имплементације стратегија превенције, с једне стране. Али, с друге стране, не постоји разлог који би оправдао да се досадашња искуства у превенцији криминалитета у градовима не примењују и у паметном граду, уз осмишљавање начина повезивања техничких достигнућа и начина живљења у паметном граду.

Превенција криминалитета унутар паметног града обавезно је повезана с употребом најсавременијих техничких достигнућа. Пример су развијене земље света, не само Западне Европе и америчког континента, већ и Азије. У Републици Кореји, концепт превенције криминалитета у паметним градовима заживео је у неколико градских агломерација. У граду Намјангџу, с популацијом од око 650.000 становника, континуирано се спроводи промовисање пројекта паметног града, почев од 2008. па све до 2020. године, и то првенствено у области смањења карбонских испарења у градском транспорту, који користи преко 60% становника. Упоредо с регулацијом саобраћаја, тако да се преко мобилних телефона прате оптимална укрштања у рутама долазака и одлазака аутобуса, поставило се и питање безбедности старијих грађана који користе јавни превоз. Најновији уређаји модерне технологије, ради превенције криминалитета, инсталирани су на рутама кретања јавног превоза, и на аутобуским стајалиштима, са звонима за хитно активирање центара за превенцију криминалитета. Ове системе прати одговарајући начин постављања уличне расвете, као и саобраћајна сигнализација, како би се што ефикасније користили бенефити садржаја који прате улице (Sang Keon Lee et al., 2016: 1).

4. Закључак

У криминолошкој литератури се истиче као парадоксално то да се савремени фокус на заједнице појавио у историјском тренутку у коме се емпиријски посматра опадање релевантности заједница као извора снажне повезаности њених чланова. У већем делу политичке реторике, усмерене на превенцију криминалитета у оквиру заједнице, постоји често

исказивање 'склизнућа' између заједнице, чији се смисао одавно изгубио и заједнице, као тачке око које се изграђују модерне демократске институције. Идеали једне заједнице – узајамност, интимност и поверење – као да имају неподесну конотацију у данашњим схватањима индивидуалности, слободе и мобилности. У складу са тим, иницијативе које треба да потекну из заједнице некада теже да задрже нереална очекивања о томе шта једна заједница може да учини на томе да смањи криминалитет. У литератури из области превенције криминалитета чак се истиче опасност од тога да заједнице постану страна око које могу да се покрену појединци и групе да преузму већу одговорност за своју сопствену добробит и сигурност. Ово губљење одговорности од стране државе има своје импликације о томе где цена обезбеђења сигурности треба да се налази у истој мери као и кривица за неуспех. Са развојем тржишта за обезбеђење сигурности и са растућим финансирањем додатних безбедносних патрола у заједницама јавља се забринутост да неке заједнице морају да буду још боље у начину на који ће носити тај терет, док у односу на друге може да се искаже прекор због своје неспособности да превенирају злочин.

Усмеравање пажње на то да заједнице буду те које ће сносити терет превенције носи у себи једно много важније питање: до које мере су комплементарни аспекти заједнице и друштва истог рационалног опсега управљања или диференцирања и потенцијалног нивоа компетентности управљања? Праведност једне заједнице не значи и друштвену праведност. Извесна решења у оквиру заједнице теже да буду партикуларна и локална, са мало обзира према спољном и ширем социјалном окружењу. Добро брањене локалне заједнице могу имати сврху да дислоцирају злочине у мање добро брањене области становања. Или, како тврде неки криминолози, „безбедност једне заједнице може бити на рачун друге“. Због тога би било пожељно да се сигурност као јавно добро не трансформише у локално нити у ексклузивно добро. Стога, сигурност у заједници је много мање погрешно употребљен назив уколико се тиме нуди простор за политичку и етичку колективну сигурност, што све заједно представља много више од појединачне безбедносне иницијативе.

Литература/References

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

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

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

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

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

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

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

Дневни лист *Политика*. (1929). „Сваке године убија се све више људи у Београду“, субота 13. 4. 1929., бр. 7526, година XXVI.

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

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

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

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

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

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

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

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

Костић, М., Константиновић-Вилић, С. (2008). Разлике у феноменолошким обележјима криминалитета на селу и криминалитета у граду. Зборник радова: *Село у транзицији*. XIV Међународни научни скуп: „Власински сусрети 2008“. Београд–Власотинце: Завод за проучавање села, Српско удружење за социологију села и пољопривреде, Балканска асоцијација за социологију села и пољопривреде. 482–495.

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

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

Petrović, B., Gorazd, M. (2008). *Kriminologija*, Sarajevo: Pravni fakultet.

Putnam, R. (2007). Social Capital and Civic Community. *Robert Putnam, social capital and civic community*.

Retrieved 25, August, 2018 from

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Miomira Kostić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

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

Summary

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

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

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

Др Драган Јовашевић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982139J

UDK:343.271
Раđ примљен: 17.01.2019.
Раđ прихваћен: 20.02.2019.

НОВЧАНА КАЗНА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: У структури криминалитета од најстаријих времена до данас, како у нашој, тако и у другим земљама, преовладава имовински криминалитет. Управо зато сва кривична законодавства у систему кривичних санкција прописују различите врсте имовинских кривичноправних мера као ефикасан одговор друштва према учиниоцима имовинских кривичних дела. У имовинске кривичноправне мере спадају: 1) имовинске казне: новчана казна и конфискација имовине, 2) имовинска мера безбедности одузимања предмета, 3) мера одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом и 4) одузимање имовине проистекле из кривичног дела. Иако спада у најстарије врсте казни, новчану казну предвиђају сва савремена кривична законодавства, као и неки међународни документи сматрајући је адекватном санкцијом према учиниоцима имовинских кривичних дела. Управо о појму, обележјима, концепцији, садржини, карактеристикама, врстама, природи, изрицању и извршењу новчане казне говори овај рад.

Кључне речи: имовински криминалитет, имовинске мере, казне, новчана казна, закон, одговорност.

1. Уводна разматрања

У структури криминалитета у свим савременим државама преовладава имовински (економски, финансијски) криминалитет, како по броју извршених кривичних дела и њихових учинилаца, тако и по проузрокованим последицама, обиму и интензитету испољене тежине и опасности, рецидиву и другим обележјима. У сузбијању криминалитета свих облика и видова испољавања, па и имовинског криминалитета примењују се различите мере, средства и поступци од стране различитих друштвених (у првом реду државних) органа на свим друштвеним нивоима. Све те

* jovas@prafak.ni.ac.rs

различите мере се могу поделити на : а) превентивне и б) репресивне (принудне). По свом значају, природи, садржини, карактеристикама и дејству међу овим мерама се издвајају кривичне санкције.

Оне су по свом карактеру истовремено и репресивне и принудне. Наиме, оне се састоје у одузимању или ограничавању одређених слобода и права учиниоцу кривичног дела. Примењују се против и мимо његове воље на основу одлуке суда у складу са условима, на начин и по поступку који је одређен Кривичним закоником. Сврха је кривичних санкција вишеструко одређена. У првом реду, оне имају за циљ заштиту друштва (друштвених вредности) од свих облика криминалитета или, како је то одређено у члану 4, став 2 Кривичног законика (КЗ)¹ – сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. У оквиру овако одређене сврхе, Кривични законик је посебно у члану 42 одредио сврху кажњавања као: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела, 2) утицање на друге да не чине кривична дела и 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (Чејовић, 2002: 433–435).

Када говоримо о сузбијању и спречавању имовинског криминалитета (који у структури укупног криминалитета заузима високо место), морамо да укажемо на неке његове основне карактеристике од којих зависи ефикасна и квалитетна борба против учинилаца ових дела. Као објект заштите код имовинских кривичних дела јавља се имовина другог (физичког или правног) лица или право на имовину. Та имовина се може јавити у облику покретне и непокретне имовине, али и као имовинска права и имовински интереси. Радња извршења се најчешће код ових дела јавља као чињење (позитивна, активна делатност) у виду одузимања, присвајања, прибављања. Она се предузима у намери да се себи или другом прибави противправна имовинска корист или да се другоме нанесе каква штета (Јовашевић, 2018: 113–134).

За поједина имовинска кривична дела Кривични законик одређује и посебан психички елемент испољен у виду побуде користољубља. Користољубље представља (Zlatarić, Damaška, 1966: 138) побуду која се састоји у безобзирном, егоистичком стремљењу да се постигне имовинска корист по сваку цену. Она се тако јавља као посебно субјективно, психичко обележје у облику намере (у смислу свесне и вољне управљености радње

1 „Службени гласник Републике Србије“, број: 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

на остварење циља чија представа делује као унутрашњи покретач сваке људске делатности).

И коначно, као резултат предузете радње извршења код имовинских кривичних дела јавља се, с једне стране, проузроковање штете по имовину, имовинска права или интересе пасивног субјекта (физичког или правног лица), односно, с друге стране, исто толики или већи износ прибављене противправне имовинске користи на страни извршиоца дела или другог лица (Јовашевић, 2018: 118–122).

Прописивање, изрицање и извршење свих кривичних санкција има за приоритетни циљ заштиту друштвених добара и вредности од свих облика повређивања и угрожавања. У остварењу тога задатка надлежни органи кривичног правосуђа (Стојановић, 1991: 79–81) примењују одговарајуће врсте и мере кривичних санкција. У борби против имовинског криминалитета та се друштвена активност своди, у првом реду, на примену специфичних кривичноправних мера и средстава који треба да одговоре захтевима и потребама криминалне политике (или антикриминалне политике) савремене државе (друштва), односно да буду адекватан, ефикасан и законит одговор на све специфичности које ова врста криминалитета носи са собом (Јовашевић, Костић, 2012: 69–71).

У систему кривичноправних мера реаговања друштва на облике и видове испољавања имовинског криминалитета по свом значају, садржини, карактеру, дејству и природи нарочито се издвајају кривичне санкције: а) новчана казна и б) мера безбедности одузимања предмета који су употребљени или намењени за извршење кривичног дела, односно који су настали извршењем кривичног дела и в) две посебне кривичноправне мере *sui generis*: а) одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом и б) одузимање имовине проистекле из кривичног дела (Turković et al., 2013: 60–65).

2. Новчана казна у кривичном праву Републике Србије

2.1. Појам, врсте и карактеристике новчане казне

Новчана казна (Horvatić, 2003: 168–174) представља имовинску казну која се историјски посматрано појавила веома рано и то у вези са системом композиције према коме је извршилац забрањеног, противправног дела плаћао одређену суму новца оштећеном или његовој породици као „накнаду за учињено злодело“ чиме се практично избегавала примена крвне освете. Данас новчана казна представља самосталну кривичну

санкцију имовинског карактера (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 178–181), која се састоји у обавези плаћања осуђеног лица одређеног новчаног износа у корист државе у одређеном року.

Она представља најчешће изричану кривичну санкцију у Републици Србији. Слична је ситуација и у другим земљама (Ђорђевић, Ђорђевић, 2016: 86–89). Ова је казна посебно погодна за лакша кривична дела (багателни криминалитет), али се њена примена практикује и на подручју „средњег“ криминалитета (Стојановић, 2000: 265). Изриче се најчешће нехатним, примарним и ситуационим делинквентима, па је у неким земљама њена примена толико раширена да је на подручју лакшег и средњег криминалитета у потпуности истиснула кратку казну лишења слободе. Осим у кривичном законодавству новчана казна представља и изузетно значајну санкцију која се изриче и учиниоцима других врста јавноправних деликата као што су: а) привредни преступи и б) прекршаји, и то без обзира да ли се као учинилац ових дела јавља физичко лице, правно лице, одговорно лице у правном лицу, или предузетник. Као кривична санкција она се може изрећи учиниоцу скривљеног кривичног дела и то као главна и као споредна казна. Шта више, она се може и кумулативно изрећи уз казну лишења слободе, наравно, под условима предвиђеним у Кривичном законнику.

Новчана казна је имовинска казна којом се за извршиоца кривичног дела утврђује обавеза да у одређеном року уплати пресудом одређени новчани износ у корист државе под претњом да у случају неиспуњења те обавезе ова казна може бити замењена казном затвора или казном рада у јавном интересу (Мрвић Петровић, 2005: 149–150). Изрицањем новчане казне између учиниоца кривичног дела и друштва-државе ствара се облигациони однос у коме се држава појављује као поверилац, а учинилац дела као дужник. Новчана казна се може изрећи као главна и као споредна казна – члан 44, став 2 КЗ (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 110–111). Као главна казна она се може изрећи када је у кривичном закон(ик)у одређена алтернативно са казном затвора. За кривична дела која су учињена из користољубља, новчана казна као споредна казна се може изрећи и када није изричито прописана законом, или када је законом прописано да ће се учинилац казнити затвором или новчаном казном, а суд као главну казну изрекне казну затвора (члан 48 КЗ). Кривични законик предвиђа два облика (форме) новчане казне: а) новчану казну у дневним износима и б) новчану казну у одређеном (фиксном) износу.

Лице коме је изречена новчана казна подлеже законској рехабилитацији (члан 98 КЗ), па му се под условима: а) да пре ове осуде није било осуђивано

(или се сматра неосуђиваним) и б) да у року од три године од дана извршене, застареле или опроштене казне не учини ново кривично дело даје законска рехабилитација. На новчану казну се примењује и институт застарелости њеног извршења (као општи основ гашења права државе на примену казне). Тако се ова казна не може више извршити према члану 105 КЗ ако је протекао рок од две године од правноснажности пресуде којом се казна изречена. Друга два основа гашења права државе на кажњавање – амнестија (члан 109 КЗ), односно помиловање (члан 110 КЗ) такође могу да обухвате за одређена лица потпуно или делимично ослобођење од извршења изречене сваке казне (па и новчане казне), односно замену изречене казне блажом казном. И коначно, према лицу коме је изречена новчана казна (члан 94 КЗ) не могу да наступе никакве законом предвиђене правне последице осуде (Бабић, Марковић, 2008: 394–397).

2.2. Изрицање и извршење новчане казне

Приликом одмеравања новчане казне (Novoselec, 2004: 362–370) суд је дужан да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности које су везане за кривично дело и личност учиниоца кривичног дела (предвиђене у члану 54 КЗ), али и околности везане за његово имовинско стање. Наиме, суд треба да процени укупну имовинску снагу учиниоца кривичног дела – његову имовину, имовинске приходе, али и имовинске расходе – обавезе. Но, домаћа је пракса забележила и случајеве кумулативног изрицања новчане казне уз условну осуду (као посебну врсту адмонитивних кривичних санкција). Када се оптуженом изрекне условна осуда којом се утврђује казна затвора, а уједно изрекне и новчана казна као споредна казна, не може се уз условну осуду поставити услов да осуђени плати споредну казну².

Код изрицања новчане казне треба указати и на одредбу члана 63 КЗ. Наиме, према овом законском решењу у новчану казну се обавезно урачунава и време које је учинилац кривичног дела провео у притвору, као и свако друго лишење слободе у вези са кривичним делом. Овакво решење се оправдава разлозима правичности. На исти начин се у изречену новчану казну урачунава и затвор или новчана казна коју је осуђени издржао, односно платио за извршени привредни преступ, прекршај или дисциплински преступ под условом да кривично дело за које је ова имовинска казна изречена обухвата својим обележјима и обележја привредног преступа и прекршаја, односно дисциплинског преступа. При оваквом урачунавању

2 Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1258/82 од 19. 4. 1983. године.

изједначава се дан притвора, дан лишења слободе, дан затвора и 1.000 динара новчане казне.

У вези са урачунавањем новчане казне која је изречена за привредни преступ или прекршај у новчану казну која је учиниоцу кривичног дела изречена под условом постојања објективног и субјективног идентитета треба указати и на одговарајућа решења присутна у нашој судској пракси. Ако је окривљеном за радње које садрже обележја кривичног дела и прекршаја изречена за кривично дело казна затвора и новчана казна, а за прекршај новчана казна, онда му треба изречену новчану казну за прекршај урачунати у изречену новчану казну за кривично дело без обзира што му је та казна изречена као споредна. Међутим, ако је та казна већа од новчане казне изречене за кривично дело, и тада одговарајући део казне треба урачунати у новчану казну, а остатак у казну затвора. Када суд учиниоца огласи кривим и изрекне му новчану казну за учињено кривично дело, а у ту казну му не урачуна новчану казну за учињени прекршај чија су обележја обухваћена радњом извршења за коју је оглашен кривим и осуђен на новчану казну, то не представља битну повреду кривичног закона јер се може донети посебно решење о урачунавању казне³.

На овом месту ћемо указати и на специфичну ситуацију која настаје приликом одмеравања казне за кривична дела извршена у стицају. Наиме, у оваквој ситуацији може се десити да суд истовремено кумулативно изрекне и казну затвора (као редовну врсту казне) и новчану казну. У случају да осуђени није у могућности да добровољно плати одмерени износ новчане казне у целисти или делимично, а није могуће принудно извршење исте, суд може и у овом случају да ненаплаћени део новчане казне замени казном затвора. То значи да у овом случају осуђени истовремено треба да издржи две казне затвора које се настављају једна на другу, али које су по својој природи и карактеристикама ипак различите (Чејовић, 1985: 273–274).

Када суд дође до уверења да је учиниоцу кривичног дела који је крив за учињено дело оправдано и правично изрећи новчану казну, он је у пресуди одмерава на један од два законом предвиђена начина: а) у дневном износу или б) у тачно одређеном (фиксном) износу (Selinšek, 2007: 264–268). При томе је суд дужан да одреди и рок (време) њеног плаћања. Овај рок не може да буде краћи од 15 дана ни дужи од три месеца. Овај рок плаћања суд ће одредити према конкретним околностима случаја, а првенствено у складу са имовинским могућностима осуђеног лица. Имајући у виду ове околности суд може у оправданим случајевима дозволити и оброчну отплату новчане казне (плаћање у ратама), с тим што је тада дужан да одреди број рата,

3 Пресуда Врховног суда Србије Кж. 53/96 од 19. 12. 1996. године.

висину појединих рата и време исплате које не може да буде дуже од једне године (члан 51 КЗ). Сви рокови које суд одреди за плаћање изречене новчане казне рачунају се од дана правноснажности првостепене пресуде ако жалба није изјављена, односно од дана достављања правноснажне пресуде жалбеног суда осуђеном (група аутора, 1995: 200–201).

Ако осуђено лице не плати новчану казну у одређеном року, суд ће је заменити казном затвора (суплеторни затвор) или казном рада у јавном интересу. У првом случају ће суд за сваких започетих 1.000 динара одредити један дан затвора, с тим да овако изречена казна затвора не може да буде дужа од шест месеци. Од овог ограничења закон предвиђа изузетак у случају да је изречена новчана казна у износу већем од 700.000 динара, када замењена казна затвора не може да буде дужа од једне године. Више закон не предвиђа могућност принудне наплате новчане казне (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 212–217), већ се она аутоматски замењује казном затвора или казном рада у јавном интересу. Уколико осуђено лице плати део новчане казне, тада суд остатак казне сразмерно замењује казном затвора а, ако пак осуђени исплати остатак новчане казне, извршење казне затвора се обуставља. Но, исто тако је закон предвидео могућност да се неплаћена новчана казна (Симић, Трешњев, 2010: 51–52) може уместо казном затвора заменити и казном рада у јавном интересу и то тако што ће за сваких започетих 1.000 динара новчане казне одредити осам часова рада у јавном интересу, с тим да овако одређени рад не може бити дужи од триста шездесет часова. После смрти осуђеног лица, новчана казна се не извршава.

Када се истовремено наплаћују трошкови кривичног поступка и новчана казна, онда наплата трошкова има првенство. У случају да се због извршене новчане казне имовина осуђеног смањи у толиком обиму да се не може остварити имовинскоправни захтев оштећеног (одштетни захтев), тај се захтев онда наплаћује из новчане казне, али највише до висине казне. На овом месту треба указати и на чињеницу да се сходно одредбама Закона о извршењу кривичних санкција (чл.187–193)⁴ на идентичан начин извршава и новчана казна која је изречена за привредни преступ и прекршај: правном лицу, предузетнику, одговорном лицу у правном лицу или физичком лицу. На тај начин је материја извршења кривичних санкција у нашој земљи уређена на јединствени начин, по јединственим начелима и поступку који у потпуности гарантује законитост, једнакост свих пред законом и правичност.

4 „Службени гласник Републике Србије“, број: 55/14.

Поред Кривичног законика, у Републици Србији могућност примене новчане казне за учињено кривично дело предвиђа и Закон о одговорности правних лица за кривична дела⁵. Наиме, правном лицу као учиниоцу кривичног дела се може изрећи новчана казна у распону од 100.000 до 500.000.000 динара (члан 14). При одмеравању износа новчане казне у сваком конкретном случају суд узима у обзир следеће околности: а) границе законом прописане казне за учињено кривично дело, б) сврху кажњавања и в) олакшавајуће и отежавајуће околности: степен одговорности правног лица за учињено дело, величину правног лица, положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело, мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела и мере које је правно лице предузело након учињеног кривичног дела према одговорном лицу (члан 15).

2.3. Новчана казна у дневним износима

Новчана казна у дневним износима⁶ – нем. Tagesbusse или енг. Day-fine или penal sum in daily amounts (члан 49 КЗ) први је облик (форма) новчане казне. Ову казну познају многа инострана кривична законодавства, иако судска пракса на њу гледа са извесном дозом подозрења⁷. На овај начин се новчана казна одмерава у две фазе: а) прво се утврђује број дневних износа и б) затим се утврђује висина једног дневног износа у новцу. До износа новчане

5 „Службени гласник Републике Србије“, број: 97/08.

6 Још у припреми, а нарочито после доношења Кривичног законика, у правној теорији су заступана гледишта да нема разлога за „брзоплето пресликавање“ система који се већ деценијама примењује у скандинавским земљама где је прецизно разрађен систем утврђивања имовног стања учиниоца кривичног дела. Сматра се, наиме, да за ову врсту новчане казне још увек не постоје услови у нашој земљи, нити је неопходно на брзину уводити овај облик новчане казне, а посебно не као основни, редовни начин њеног изрицања. Стога се предлаже, ако је већ законодаац усвојио овакво решење, да је требало одложити његову примену за одређено време (што иначе није непознато нашем законодавцу) како би се испитали и обезбедили неопходни услови да оно „не остане мртво слово на папиру“.

7 Бројни су инострани аутори који истичу да судска пракса није прихватила у потпуности примену новчане казне у дневним износима из следећих разлога: 1) ова је казна уведена у време када је у многим земљама дошло до великих друштвених промена које нису мимоишле ни правосудни систем где је велики број судија напустио правосудје, а то није погодвало примени новина у кривичном поступку, 2) број незапослених се стално повећава, 3) међу учиниоцима кривичних дела преовладавају лица из нижих социјалних слојева што свакако са незапосленошћу у великом обиму и промењеном социјалном статусу не погодује овој врсти новчане казне, 4) проблеми техничке природе отежавају њено израчунавање и 5) неинформисаност судија у погледу садржине и дејства ове казне утичу на недовољну примену ове новчане казне.

казне суд долази множењем утврђеног броја дневних износа са вредношћу једног дневног износа у новцу. Број дневних износа се креће од десет до триста шездесет, при чему суд одређује број дневних износа имајући у виду олакшавајуће и отежавајуће околности извршеног кривичног дела (објективне околности) и карактеристике личности његовог учиниоца (субјективне околности), имајући у виду сврху кажњавања (одређену у члану 42 КЗ). У другој фази висина једног дневног износа новчане казне се утврђује тако што се разлика између прихода и нужних расхода учиниоца кривичног дела у протеклој календарској години подели са бројем дана у години. Један дневни износ новчане казне не може бити мањи од 500 динара, нити већи од 50.000 динара.

У циљу утврђивања висине дневног износа новчане казне суд може да захтева податке од банака или других финансијских установа, државних органа и правних лица који су дужни да доставе тражене податке, при чему се не могу позивати на заштиту пословне или друге тајне. Уколико се не могу на овај начин прибавити тражени веродостојни подаци о приходима и расходима учиниоца кривичног дела или уколико он не остварује никакав приход, али је власник имовине или је носилац имовинских права, суд ће на основу расположивих података по слободној процени утврдити висину једног дневног износа новчане казне. Комбинацијом ове две фазе се индивидуализира коначан износ новчане казне који се изриче у донетој пресуди.

При томе је Кривични законик поставио правила (ограничења) за утврђивање висине дневних износа новчане казне у оквиру следећих распона: 1) до шездесет дневних износа за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три месеца, 2) од тридесет до сто двадесет дневних износа за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до шест месеци, 3) од шездесет до осамдесет дневних износа за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до једне године, 4) од сто двадесет до двеста четрдесет дневних износа за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до две године, 5) најмање сто осамдесет дневних износа за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године и 6) у оквиру прописаног броја дневних износа за кривична дела за која је као једина казна прописана новчана казна.

Новчану казну у дневним износима предвиђа и ново кривично законодавство свих земаља бивше СФР Југославије: Босна и Херцеговина (члан 46 КЗ БиХ)⁸ од пет до 360 дневних износа, при чему се висина дневног

8 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, број : 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 и 35/18.

износа креће од 1/60 до 1/3 задње званично објављене просечне месечне нето плате запослених у БиХ; Црна Гора (члан 40 КЗ)⁹ од десет до 360 дана новчане казне, при чему висина једног дана новчане казне може да износи од десет до 1.000 евра; Македонија (члан 38 КЗ)¹⁰ од пет до 360 дневних износа, при чему вредност једног дневног износа може да се креће од једног до 5.000 евра у денарској противвредности; Словенија (члан 47)¹¹ од 30 до 360 дневних износа, односно до 500 дневних износа за кривична дела из користољубља, при чему висина једног дневног износа може да износи најмање 1/30 последње званично објављене просечне месечне нето плате запослених лица у Републици и Хрватска (члан 42 КЗ)¹² од 30 до 360 дневних износа, односно до 500 дневних износа за кривична дела из користољубља, при чему висина једног дневног износа може да се креће од 20 до 10.000 куна.

2.4. Новчана казна у одређеном износу

Новчана казна у одређеном износу – енг. *penal sum in the determined amount* или итал. *pena pecuniaria fissa* (члан 50 КЗ) други је облик, форма новчане казне који суд може изрећи у два случаја: а) ако није могуће утврдити висину дневног износа новчане казне ни на основу слободне процене суда и б) ако би прибављање података о приходима и нужним расходима учиниоца кривичног дела знатно продужило трајање кривичног поступка¹³. У овом случају се новчана казна изриче у одређеном (фиксном) износу у оквиру најмање и највеће мере прописане новчане казне, односно у распону од 10.000 до 1.000.000 динара. Од овог општег максимума новчане казне постоји изузетак – када закон предвиђа општи максимум до 10.000.000 динара ако се ради о извршењу кривичног дела из користољубља.

Код изрицања новчане казне у одређеном износу Кривични законик је поставио одређена ограничења до следећих износа: 1) до 100.000 динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три месеца, 2) од 20.000 до 200.000 динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до шест месеци, 3) од 30.000 до 300.000 динара за кривична

9 „Službeni list Crne Gore“, број : 70/03, 47/06, 40/08, 25/10, 32/11, 40/13, 14/15, 42/15, 58/15, 44/17 и 49/18.

10 “Службен весник на Република Македонија”, број : 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 7/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14 и 132/14.

11 „Uradni list Republike Slovenije“, број: 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15, 6/16 и 38/16.

12 „Narodne novine Republike Hrvatske“, број : 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 и 101/17.

13 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 861/2006 од 25. 5. 2006. године.

дела за која се може изрећи казна затвора до једне године, 4) од 50.000 до 500.000 динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до две године, 5) најмање 100.000 динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године и 6) у оквиру прописаног износа за кривично дело за које је као једина казна прописана новчана казна.

Новчану казну у одређеном износу предвиђа и кривично законодавство појединих земаља бивше СФР Југославије: Босна и Херцеговина (члан 46, став 3 КЗ) у распону од 500 до 100.000 КМ, односно до 1.000.000 КМ за кривично дело које је учињено из користољубља; Црна Гора (члан 39 КЗ) у распону од 200 до 20.000 евра, односно до 100.000 евра за кривична дела учињена из користољубља; док Македонија, Словенија и Хрватска више не предвиђају овај облик новчане казне.

3. Новчана казна за привредне преступе у Републици Србији

Поред кривичних дела, у Републици постоје још две врсте казних дела. То су: а) привредни преступи и б) прекршаји. Стога је потребно да укажемо и на карактеристике новчане казне која се примењује према учиниоцима ових деликата.

Према Закону о привредним преступима (ЗПП),¹⁴ привредни преступ (Јовашевић, 2001: 34–36) као врста казног деликта у смислу члана 2 представља друштвено штетну повреду прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ. Учиниоцима ових деликата се изричу привреднопреступне или привредноказнене санкције (Вуклијаš, 1960: 189–194). То су законом одређене мере друштвеног реаговања против правног лица и његовог одговорног лица као учиниоца привредног преступа које примењују државни органи у циљу заштите привредног и финансијског пословања државе.

Закон о привредним преступима предвиђа више врста санкција (Јовашевић, 2000: 78–82) које се могу изрећи учиниоцима привредних преступа. То су (Врховшек, 1982: 178–183): а) новчана казна (чл. 17–19), б) условна осуда (члан 27) и в) заштитне мере (чл. 28–35).

Закон о привредним преступима познаје само једну врсту казне (Новаковић, 1976: 98–103). То је новчана казна (члан 17). Новчана казна је имовинска казна предвиђена за све учиниоце привредних преступа. Састоји се у обавези кажњеног лица да у одређеном року уплати у пресуди одређени

14 „Службени лист СФРЈ“, број: 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90.

новчани износ у корист државе. Новчана казна се може прописати на два начина. То су: а) у фиксном (одређеном) износу и б) у пропорционалном односу.

Законом или уредбом владе се према члану 18 Закона о привредним преступима може прописати новчана казна за правно лице у износу од 10.000 до 3.000.000 динара. За одговорно лице у правном лицу новчана казна се пак може прописати у распону од 2.000 до 200.000 динара. Но, висина новчане казне за правно лице као учиниоца привредног преступа се може прописати и у сразмери (пропорционално) са висином причињене штете, неизвршене обавезе или вредности робе или друге ствари која је предмет привредног преступа с тим да овако одређена новчана казна не може да пређе износ од двадесетоструког износа висине причињене штете, неизвршене обавезе или вредности робе или друге ствари.

Приликом одмеравања износа новчане казне правном лицу као учиниоцу привредног преступа суд је дужан да узме у обзир следеће околности (члан 20): 1) границе прописане казне за учињени или покушани привредни преступ у пропису и 2) олакшавајуће и отежавајуће околности које укључују, али се не ограничавају само на: а) тежину учињеног привредног преступа, б) последице које су наступиле или су могле да наступе, в) околности под којима је привредни преступ учињен и г) економску снагу правног лица. Када се ради о одмеравању новчане казне одговорном лицу у правном лицу тада је закон упутио на примену одредаба о одмеравању казне физичком лицу као учиниоцу кривичног дела, па је суд дужан да узме у обзир: а) границе законом прописане казне за конкретно кривично дело, б) олакшавајуће и отежавајуће околности и в) сврху примене казне.

4. Новчана казна за прекршаје у Републици Србији

Према Закону о прекршајима (ЗОП)¹⁵ (члан 2) прекршај је противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана прекршајна санкција. Прекршајне санкције су законом одређене мере друштвеног реаговања против учиниоца прекршаја које примењују државни органи у циљу заштите друштва, односно његових добара и вредности (Јовановић, Јелачић, 1997: 117-121). Ове санкције имају сврху одређену чланом 5 ЗОП, а то је да грађани поштују правни систем и да се убудуће не чине прекршаји. Домаће прекршајно право предвиђа више врста прекршајних санкција (Јовашевић, Миладиновић, 2018: 89–90): а) казне, б) казни поени, в) опомена, г) заштитне мере и д) васпитне мере. Међу овим санкцијама

15 „Службени гласник Републике Србије“, број: 65/13, 13/16 и 98/16.

се по значају, природи и садржини издвајају казне, а међу њима новчана казна. Новчана казна се може прописати на два начина и то у: а) фиксном (одређеном) износу и б) сразмери, односно у проценту са проузрокованом последицом прекршаја.

Законом или уредбом се може прописати новчана казна у следећим распонима (члан 39 ЗОП): 1) од 5.000 до 150.000 динара за физичко лице или одговорно лице у правном лицу, 2) од 50.000 до 2.000.000 динара за правно лице и 3) од 10.000 до 500.000 динара за предузетника (Јовановић, Јелачић, 1997: 212–214). Одлукама скупштине аутономне покрајине, скупштине општине, скупштине града Београда, односно скупштине града могу се прописати новчане казне од минималног износа до половине највишег износа прописаног распона новчане казне. Изузетно се новчана казна може прописати у фиксном износу за физичко лице и одговорно лице од 1.000 до 10.000 динара, за предузетника од 5.000 до 50.000 динара, а за правно лице у износу од 10.000 до 100.000 динара. Овако изречена новчана казна се плаћа у року од 15 дана.

Изузетно од наведених распона, закон је предвидео виши износ општег максимума новчане казне за прекршаје у области јавних прихода, јавног информисања, царинског, спољнотрговинског и девизног пословања, животне средине, промета роба и услуга и промета хартијама од вредности у сразмери са висином причињене штете или неизвршене обавезе, вредности робе или друге ствари која је предмет прекршаја, али до двадесетоструког износа тих вредности с тим да не пређе петоструки износ највећих новчаних казни које се могу изрећи према закону.

5. Новчана казна у упоредном законодавству

У савременом кривичном законодавству у примени су различити системи за прописивање и одмеравање новчане казне учиниоцу кривичног дела.

5.1. Право балтичких држава

Специфична решења у погледу одређивања новчане казне садрже нова законодавства балтичких држава : Естоније, Летоније (Латвије) и Литваније.

Кривични законик Естоније¹⁶ из 1992. године са новелама до 2001. године (Запевалов, Манцев, 2001: 7–10) у члану 28 предвиђа новчану казну као главну или споредну казну и то новчану казну у дневним износима. Она се

16 Karistusseadustik (Luhend Kar S) RT I 2001, 61, 364, (dated 6. June 2001)..... RT I 2017, 30, 3 (dated 13. Decembre 2017).

може изрећи у распону од 30 до 500 дневних износа. Законом је одређено да се висина једног дневног износа новчане казне у новцу одређује у сразмери са просечним дневним приходом осуђеног лица, при чему тај износ не може да буде нижи од 50 кроноса (новчана јединица у Естонији). Просечан дневни приход осуђеног лица се израчунава на основу прихода које је он остваривао у години пре отпочињања кривичног поступка а, ако су ти подаци непознати или их није могуће утврдити на други релевантан начин, као основа за ово израчунавање се узимају подаци за осуђено лице из претходне календарске године. Закоником је даље предвиђена и могућност плаћања новчане казне у ратама (ставкама) ако суд на основу захтева осуђеног лица нађе да је то оправдано. При томе суд цени његову породичну ситуацију и професионалне обавезе. У том случају суд је дужан да одреди висину месечне рате и рок њеног плаћања који не може да траје дуже од годину дана.

Неплаћена новчана казна (у целости или делимично) може се заменити казном затвора и то тако што се неплаћена три дневна износа новчане казне замењују једним даном затвора (члан 43, став 4 КЗ), с тим да тако изречена казна затвора (суплеторни затвор) не може да траје краће од десет дана. Интересантно је решење естонског законодавца према коме се новчана казна може изрећи и малолетном учиниоцу кривичног дела (што је изузетак од правила да се према овој категорији учинилаца кривичних дела примењују посебне врсте кривичних санкција – васпитне мере, а не казне). Претпоставка за ову изузетну законску могућност јесте да малолетник има сопствене приходе. У том случају му се може изрећи новчана казна у дневним износима у распону од 30 до 250 дневних износа. За правно лице је прописана могућност изрицања само новчане казне у фиксном (одређеном) износу у распону од 50.000 до 250.000.000 кроноса.

Кривични законик Летоније¹⁷ из 1998. године са новелама до 2001. године (Lukashov, Sarkisova, 2001: 15–19) у члану 41 предвиђа новчану казну као главну или споредну (допунску) казну. Ову казну може да изрекне суд, али и јавни тужилац (што у правној теорији са оправданим разлозима критикују будући да казне могу изрицати само судски органи после законито спроведеног кривичног поступка, а не и органи кривичног гоњења које представља јавни тужилац). При изрицању новчане казне као главне казне суд примењује мешовити систем. Наиме, законодавац је поставио два правила за одмеравање новчане казне у сваком конкретном случају. Прво се примењује систем дневних износа. Тако се ова казна може изрећи у распону од три до двеста минималних месечних плата у Републици. И друго, при изрицању новчане казне у сваком конкретном

17 Krimallikums, Latvian Vestnesis No. 199/200 – 1998.....No. 61/4867 – 2013.

случају суд примењује њено пропорционално одмеравање. Наиме, висину новчане казне одређује судско веће у сразмери са: а) тежином извршеног кривичног дела (природа дела; врста, интензитет и обим проузроковане последице; значај објекта напада; начин и средство извршења дела; степен кривице учиниоца и др.) и б) економском ситуацијом учиниоца кривичног дела (која зависи од висине прихода учиниоца и чланова његове породице, али и висине њихових расхода). Када новчану казну као главну казну изриче јавни тужилац, она не може да буде у већем износу од половине максималног износа новчане казне који је одређен у посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела.

Уколико се ради о изрицању новчане казне као споредне казне, законодавац је одредио да се она може изрећи у распону од три до сто минималних месечних плата у Летонији. Но, суд или јавни тужилац могу у оправданим случајевима да дозволе осуђеном лицу плаћање новчане казне у ратама, али најдуже до једне године. У том случају се одређује висина, рок и начин плаћања сваке поједине рате. Ако осуђено лице у потпуности или делимично не плати изречену новчану казну, она се може заменити казном затвора из члана 39 КЗ (краткотрајно затварање осуђеног лица на време од три дана до шест месеци) и то само под условом да неплаћени износ новчане казне не прелази тридесет минималних месечних плата. У том случају се једна минимална месечна плата замењује са четири дана затвора (суплаторни затвор) који не може да траје дуже од три месеца. Уколико је изречена новчана казна неплаћена у износу који је већи од тридесет минималних месечних плата, тада се она замењује казном лишења слободe из члана 38 КЗ (лишење слободe у трајању од шест месеци до петнаест година), и то тако што се једна минимална месечна плата замењује са четири дана лишења слободe, при чему ова казна не може такође да траје дуже од годину дана. И законодавац у Летонији предвиђа могућност изрицања новчане казне према малолетном учиниоцу кривичног дела (члана 65, став 4) под условом да он поседује сопствене приходе. Овом лицу се новчана казна може изрећи у распону од једне до педесет минималних месечних плата у Републици.

Кривични законик Републике Литваније¹⁸ из 2003. године (Богдашич, 2003: 1–2) познаје два вида новчане казне: а) новчана казна за физичка лица (члан 47) и б) новчана казна за правна лица (члан 43). И законодавац у Литванији познаје новчану казну у просечним личним дохоцима. То је варијанта система одмеравања новчане казне који је близак начину одмеравања казне у Летонији (где се изриче новчана казна у минималним месечним платама запослених у Републици). То значи да се учиниоцу

18 Criminal Code, No. VIII-1968.....No.XII-1649.

кривичног дела изриче новчана казна у распону од једног до максималног износа просечног личног дохотка у Литванији према званичним статистичким подацима у протеклој календарској години. За разлику од тачно одређеног минимума ове врсте казне, Законик на различите начине одређује општи максимум ове врсте казне зависно од врсте, тежине и природе учињеног кривичног дела. Та подела кривичних дела је уређена чланом 11 – врсте кривичних дела. Тако се за преступ може изрећи новчана казна у висини до педесет минималних износа просечних личних доходака, за лакше кривично дело до стотину минималних износа просечних личних доходака, за мање тешко кривично дело до две стотине минималних износа просечних личних доходака и за нарочито тешко кривично дело до три стотине минималних износа просечних личних доходака.

На крају је законодавац одредио да се у случају извршења нехатног кривичног дела било које врсте, природе и тежине, новчана казна може изрећи само до максималног износа до 75 минималних износа просечних личних доходака. Правном лицу као учиниоцу кривичног дела се у смислу члана 43 КЗ може изрећи новчана казна у износу до 10.000 минималних износа просечних личних доходака (што представља интересантно решење будући да највећи број савремених кривичних законодавстава за правна лица прописује новчану казну у фиксном – одређеном износу, а не у систему минималних износа просечних личних доходака). У случају да осуђено физичко лице не плати изречену новчану казну у целисти или делимично, будући да нема средстава (дакле, из оправданих разлога, ако је незапослено, нема приходе или има недовољно прихода или нередовне приходе и сл.), тада се неплаћена новчана казна замењује казном рада у општем интересу (који у смислу члана 46 може да траје од 10 до 40 часова за време од једног месеца до годину дана). Но, ако осуђено лице избегава да плати изречену новчану казну, она се замењује казном краткотрајног затвора – *агест* (члан 49) који може да траје најдуже колико је прописано за одређену врсту учињеног кривичног дела.

5.2. Право источноевропских држава

Од источноевропских држава анализираћемо примену новчане казне у законодавству: Белорусије, Бугарске, Руске федерације и Украјине.

Кривични законик Републике Белорусије из 2001. године¹⁹ у члану 50 прописује новчану казну чија висина зависи од: а) карактера и степена опасности учињеног кривичног дела и б) имовинског стања учиниоца. Она се изриче у распону од тридесет до 1.000 основних стопа чији се

19 Criminal Code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2001.

износ утврђује у време изрицања пресуде. Ненаплаћена новчана казна се замењује казном рада у јавном интересу. Интересантно је решење према коме се новчана казна може изрећи и малолетном учиниоцу кривичног дела ако има своју имовину. У том случају висина новчане казне се одређује у распону од 20 до 100 основних стопа.

Кривични законик Републике Бугарске²⁰ из 1968. године са новелама до 2017. године²¹ у члану 47 предвиђа новчану казну (глобу). Она се изриче у одређеном износу, при чему се наводи само општи минимум од сто лева. При изрицању казне у сваком конкретном случају се узимају у обзир следеће околности: степен друштвене опасности кривичног дела, мотиви учиниоца и друге олакшавајуће и отежавајуће околности, при чему закон не наводи у чему се оне састоје, као и имовинско стање (приходи, расходи и породичне обавезе) осуђеног лица. Специфично је решење које допушта извршење правоснажно изречене новчане казне и после смрти осуђеног лица (што је реткост у кривичном праву које сматра да је казна личног карактера, па се гаси смрћу осуђеног лица).

Кривични законик Руске Федерације из 1996. године са новелама до 2014. године у члану 46 предвиђа новчану казну која се може изрећи као главна и као споредна казна у складу са системом просечних личних доходака у држави, федералној јединици или административној територијалној јединици, односно у зависности од просечног личног дохотка осуђеног лица. Она се може изрећи на два начина: а) у одређеном износу од 5.000 до милион рубаља и б) у зависности од просечног износа дохотка – зараде или другог прихода осуђеног лица у периоду од две седмице до пет година или у зависности од висине противправно прибављене имовинске користи или примљеног мита. Висину новчане казне суд одређује на основу: тежине учињеног кривичног дела, имовинског стања осуђеног лица и његове породице, висине зараде и других прихода осуђеног лица (Рапог, 2008: 315–317).

Ако се ради о учиниоцу тешког или нарочито тешког кривичног дела, тада се новчана казна може изрећи у износу од 500.000 рубаља или у зависности од висине зараде или другог прихода осуђеног лица које је остварио у периоду од три године. У случају пропорционалног одмеравања новчане казне тада се њена висина одређује до стоструког износа вредности остварене противправне имовинске користи, али се може кретати у распону од 250.000 до 5.000.000 рубаља. Изречена новчана казна се може платити и у ратама, при чему тај рок не може бити дужи од пет година од

20 State Gazette No. 26/1968.....No.85/2017.

21 Сборник наказатељни закони, Наказателен кодекс, Софија: Софи-Р, 2010, 24–25.

дана правноснажности судске одлуке (Рарог, Есаков, Чучаев, Степалин, 2007: 143–145).

И малолетном учиниоцу кривичног дела (члан 88) може се изрећи новчана казна ако поседује имовину или друге приходе (зараду) када се њена висина креће у распону од 1.000 до 50.000 рубаља или у зависности од просечне зараде или других прихода малолетника које је остварио у периоду од две седмице до шест месеци. Но, овако изречена новчана казна малолетнику се може наплатити и од његових родитеља или законских заступника.

Кривични законик Републике Украјине²² из 2003. године у члану 53 предвиђа новчану казну као главну или споредну казну. Она се изриче у распону од четири до 1.000 минималних неопорезивих личних доходака у Републици. Њена висина у сваком конкретном случају зависи од: а) тежине учињеног кривичног дела и б) имовинског стања учиниоца. У случају њеног неоправданог плаћања у целости или делимично, суд је замењује казном рада у јавном (општем) интересу тако што се један минимални лични доходак замењује са десет часова рада, односно са казном поправног рада где се четири минимална лична дохотка замењују са месец дана поправног рада који не може да траје дуже од две године. И овај законик дозвољава могућност изрицања новчане казне малолетном учиниоцу кривичног дела који има сопствене приходе, личне финансије или имовину у ком случају се ова казна може изрећи до износа од 500 минималних неопорезивих личних доходака.

5.3. Право јужноевропских држава

Од јужноевропских држава анализираћемо примену новчане казне у законодавству: Грчке, Италије и Шпаније.

Кривични законик Грчке (Lolis, Mangakis, 1973: 56) у члану 57 прописује: а) новчану казну у одређеном износу. Она се може изрећи за злочин у распону од 50.000 до пет милиона драхми и б) глобу која се изриче за преступ у износу од 10.000 до 200.000 драхми. При одређивању висине новчане казне учиниоцу конкретног кривичног дела суд узима у обзир имовинско стање учиниоца и обавезе које има према члановима породице које издржава.

22 Криминалниј кодекс Украјине, Официјне виданија, Верховна рада Украјине, Киев: Парламентске видаництво, 2003, 16.

Кривични законик Италије²³ из 1930. са новелама до 2009. године²⁴ према учиниоцима злочина и преступа прописује новчану казну. Она се јавља у два облика и то: а) у фиксном износу и б) пропорционално са вредношћу учињеног кривичног дела. Према одредби члана 24 новчана казна се учиниоцу злочина изриче у распону од 50 до 50.000 евра, а учиниоцу преступа од 20 до 10.000 евра. У члану 27 прописано је пропорционално изрицање новчане казне зависно од висине противправно прибављене имовинске користи или проузроковане штете учињеним кривичним делом. У оправданим случајевима, када то економске прилике осуђеног лица захтевају, новчана казна се може изрећи у ратама и то од три до 30 месечних рата, при чему минимални износ једне рате може да износи 15 евра. У случају неоправданог неплаћања новчане казне закон прописује могућност њене замене казном затвора и то тако што се 250 евра замењује са једним даном затвора.

Кривични законик Шпаније из 1995. године (Кузњецова, Решетникова, 1998: 26) у члану 50 предвиђа новчану казну која се јавља у два облика. Први облик новчане казне се изриче у дневном износу од десет дана до две године, односно до пет година за правна лица као учиниоце кривичних дела. Висина једног дневног износа може да се креће од два до 400 евра, односно од 30 до 5.000 евра за правно лице. При одређивању висине једног дневног износа новчане казне суд узима у обзир финансијско стање осуђеног лица, његове приходе и породичне обавезе, као и друге околности које се односе на личност учиниоца. У оправданим случајевима суд може дозволити и плаћање новчане казне у ратама и то најдуже до две године од дана правноснажности пресуде. Други облик новчане казне је прописан у члану 52 – пропорционална новчана казна. У законом прописаним случајевима новчана казна се може изрећи у пропорцији (сразмери) са висином штете, вредношћу кривичног дела или добити која је стечена кривичним делом.

5.4. Право средњоевропских држава

Од средњоевропских држава анализираћемо примену новчане казне у законодавству: Аустрије, Немачке, Француске и Швајцарске.

Кривични законик Аустрије из 1974. са новелама до 2004. године²⁵ у члану 19 прописује новчану казну у дневним износима (стопама) од најмање два дневна износа без одређења њеног максимума (Triffterer, 1994: 117).

23 Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20.3.2016. No. 20 e 8. Marzo 2017. No. 24.

24 Compendio di Diritto Penale, Parte generale e speciale, Napoli: Simone, 2009, 271.

25 Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB. BGBl 1974/60.

Висина дневног износа новчане казне се одређује према личним приликама и способношћу за привређивање учиниоца кривичног дела. Она може да се креће од четири од 5.000 евра (раније 30 до 4.500 шилинга). У случају да осуђени не плати изречену казну у целости или делимично, она се замењује казном затвора при чему један дан затвора замењује два дневна износа новчане казне (Foregger, Serini, 2004: 19–20).

Кривични законик Немачке²⁶ са новелама до 2013. године у члану 40 предвиђа новчану казну у дневним глобама (износима) у распону од пет до 360 дневних глоба. При одређивању овог броја суд узима у обзир личне и финансијске прилике учиниоца дела и висину личног дохотка (зараде) коју он може да оствари у току једног радног дана. Висина једног дневног износа (глобе) се креће од једног до 30.000 евра (раније од 2.000 до 10.000 DM). Но, суд може да изрекне учиниоцу кривичног дела и новчану казну као споредну казну уз казну затвора и када није прописана за учињено кривично дело ако се ради о делу којим је учинилац прибавио или покушао да прибави противправну имовинску корист (Gropp, 1998: 95).

Кривични законик Француске из 1992. са новелама до 2013. године²⁷ у члану 131-5. предвиђа новчану казну у дневним износима. Она је иначе прописана кумулативно (и ретко алтернативно) уз казну затвора за највећи број кривичних дела. Може се изрећи највише до 360 дневних износа (без одређења минимума), при чему висина једног дневног износа новчане казне не може да буде већа од 1.000 евра. Број дана новчане казне се одређује зависно од околности извршења кривичног дела (Geninet, 2012: 78).

Кривични законик Швајцарске Конфедерације²⁸ из 1937. са новелама до 2000. године у члану 48 прописује новчану казну. Она се јавља у два облика: а) новчана казна у дневним износима (где није одређен минимум) и то највише до 360 дневних износа чији се број утврђује према степену кривице учиниоца, тежини учињеног кривичног дела и имовинском стању учиниоца. Један дневни износ новчане казне може да достигне 3.000 франака и б) новчана казна у одређеном износу – до 40.000 франака, при чему није одређен њен минимум, с тим што у случају извршења кривичног дела из користољубља суд није везан прописаним максимумима ове казне (Серебреникова, Кузњецова, 2000: 24). Новчана казна се мора уплатити у року од месец до годину дана, с тим што се у оправданим случајевима може дозволити и плаћање казне у ратама. У случају избегавања њеног

26 Strafgesetzbuch, StGB, 50. Auflage, Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2012, 21.

27 Code penal du France, Version consolidee au 7 aout 2017, Paris: Dalloz, 2013, 78.

28 Schweizerisches Strafgesetzbuch. StGB, 7. Auflage, Zurich: Liberialis, 2013, 33.

плаћања, она се извршава принудно а, ако то није могуће, тада се неплаћена новчана казна замењује казном затвора (члан 36), при чему један дневни износ новчане казне се замењује једним даном затвора.

6. Закључак

У сузбијању различитих облика и видова криминалитета (али и других врста деликата као што су: привредни преступи и прекршаји) друштву стоји на располагању више средстава, мера и поступака. Једно од тих средстава представљају и кривичноправне мере. Њих у кривичном праву Републике Србије има више врста. Ту су кривичне санкције, али и друге кривичноправне мере *sui generis*. У спречавању и сузбијању имовинског криминалитета (који преовладава у структури, динамици и обиму криминалитета од најстаријих времена до данашњих дана, како у другим земљама, тако и код нас) у оквиру широке лепезе различитих друштвених мера реаговања на криминалитет, по свом значају, природи, садржини, карактеру и дејству издваја се новчана казна као једина имовинска казна и једна од најстаријих казни уопште (настала у доба претварања приватне реакције – освете у композицију – откупнину).

Иако се овде првенствено ради о принудној, ретрибутивној мери која се примењује према учиниоцу кривичног дела управо због извршеног дела и против његове воље, не може се спорити и њихов превентивни значај (како са аспекта специјалне или посебне превенције који је више истакнут, тако и са аспекта генералне или опште превенције). Пошто се овом казном од учиниоца кривичног дела одузимају имовинска права или имовинска корист, односно имовина (најчешће покретна због природе и карактера изречене казне), то се њоме друштво на најефикаснији и најрационалнији начин супротставља управо учиниоцима имовинских кривичних дела. Применом ове казне учиниоцу кривичног дела се настоје сузбити побуде, жеље, намере да вршењем противправних дела може увећати имовину или спречити њено умањење.

Тако се може рећи да новчана казна (чија два облика предвиђа наше кривично законодавство): а) новчана казна у дневним износима и б) новчана казна у одређеном износу) управо делује дестимулативно на учиниоца кривичног дела, али и на широке масе грађана јасно манифестујући решеност и одлучност друштвене заједнице да нико не може да има користи од вршења кривичних дела, односно од свог противправног понашања. Но, сигурно је, такође у криминалној политици често истицано схватање да се спречавање и сузбијање криминалитета било ког облика и вида испољавања, па и имовинског не може ефикасно спровести само применом

кривичних санкција. Слични облици новчане казне су предвиђени и за учиниоце привредних преступа, односно прекршаја у Републици Србији.

Наиме, у тој борби са учиниоцима кривичних дела, поред репресивних мера (без којих се ипак на садашњем нивоу друштвеног развоја не може), треба широко примењивати различите мере и средства опште и специјалне превенције на свим друштвеним нивоима које би предузимали не само органи кривичног правосуђа и не само државни органи, већ и сви друштвени фактори, па и појединци у друштву. Само јединственом, планском, систематском и континуираном активношћу ових субјеката у земљи, али и окружењу може се остварити успех у спречавању или сузбијању криминалитета уопште.

Литература/References

Бабић, М., Марковић, И. (2008). Кривично право. Општи део. Бања Лука: Правни факултет.

Богдашич, О. В. (2003). Уголовниј кодекс Литовској републики. Санкт Петербург: Јуридическиј центр Пресс.

Bukljaš, I. (1960). Krivična djela, prekršaji i prijestupi. Zagreb: Narodne novine. Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB.BGBI 1974/60.

Врховшек, М. (1982). Систем санкција и услова одговорности за привредне преступе у СФРЈ. Београд : Службени лист.

Geninet, B.(2012). Droit penal general. Pari : Studyrama.

Grozđanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). Kazneno pravo. Opći dio. Rijeka: Pravni fakultet.

Gropp,W. (1998). Strafrecht. Allgemeiner teil. Berlin: Beck.

Група аутора. (1995). Коментар КЗ СР Југославије. Београд: Савремена администрација.

Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2016). Кривично право. Београд: Пројурис.

Запевалов, В. В., Манцев, Н. И. (2001). Уголовниј кодекс Естонској републики. Санкт Петербург: Јуридическиј центр Пресс.

Zlatarić, B., Damaška, M. (1966). Rječnik krivičnog prava i postupka. Zagreb: Informator.

Јовановић, Љ., Јелачић, М. (1997). Привредни преступи и прекршаји. Београд: Полицијска академија.

Јовашевић, Д. (2000). Привредни преступи. Београд: Интермекс.

Јовашевић, Д., Костић, М. (2012). Политика сузбијања криминалитета. Ниш: Правни факултет.

Јовашевић, Д. (2018). Кривично право. Општи део. Београд: Досије.

Јовашевић, Д., Миладиновић Стефановић, Д. (2018). Прекршајно право. Ниш: Правни факултет.

Karistusseadustik. (Luhend Kar S) RT I 2001. 61, 364, (dated 6. June 2001.)..... RT I 2017. 30. 3 (dated 13. Decembre 2017.).

Krimallikums. Latvias Vestnesis No. 199/200 – 1998.....No. 61/4867 – 2013.

(2003). Kriminalnij kodeks Ukraini. Oficijne vidanija. Verhovna rada Ukraini. Kiev: Parlamentske vidanictvo.

Кузњецова, Н. Ф., Решетникова, Ф. М. (1998). Уголовниј кодекс Испании. Москва: Зерцало.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). Komentar Krivičnog zakonika. Cetinje: Obod.

Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20. 3. 2016. No. 20 e 8. Marzo 2017. No. 24.

Lolis, N., Mangakis, G. (1973). Greek Penal code. London: Sweet-Maxwel.

Lukashov, A. I., Sarkisova, E. A. (2001). The Latvian Penal code. Saint Petersburg: Juridičeskij centr Press.

Мрвић Петровић, Н. (2005). Кривично право. 2005. Београд: Службени гласник.

„Narodne novine Republike Hrvatske“. Br. 125.2011, 144.2012, 56.2015, 61.2015 i 101.2017.

Новаковић, Љ. (1986). Привредни преступи кроз судску праксу. Београд: Службени лист.

Novoselec, P. (2004). Opći dio kaznenog prava. Zagreb: Pravni fakultet.

Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.

Рарог, А. И., Есаков, Г. А., Чучаев, А. И., Степалин, В. П. (2007). Уголовное право России. Части обшјаја и особеннаја. Москва: Проспект.

Рарог, А. И. (2008). Уголовное право России. Обшјаја част. Москва: Проспект. (2010). Сборник наказателни закони. Наказателен кодекс. Софија: Софи-Р.

Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo. Opšti дел ин основе посебнега дела. Ljubljana: Založba GV.

Серебrenикова А. В., Кузнецова, Н. Ф. (2000). Уголовниј кодекс Швецјари. Москва: Зерцало.

Симић, И., Трешњев, А. (2010). Кривични законик са краћим коментаром. Београд: Инг про.

„Службен весник на Република Македонија“. Бр. 37.1996, 80.1999, 4.2002, 43.2003, 19.2004, 81.2005, 60.2006, 7.2008, 114.2009, 51.2011, 135.2011, 185.2011, 142.2012, 166.2012, 55.2013, 82.2013, 14.2014, 27.2014, 28.2014, 41.2014, 115.2014 и 132.2014.

„Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“. Бр. 3.2003, 32.2003, 37.2003, 54.2004, 61.2004, 30.2005, 53.2006, 55.2006, 32.2007, 8.2010, 47.2014, 22.2015, 40.2015 и 35.2018.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 85.2005, 88.2005, 107.2005, 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014 и 94.2016.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 97.2008.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 65.2013, 13.2016 и 98.2016.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 55.2014.

„Службени лист СФРЈ“. Бр. 4.1977, 36.1977, 14.1985, 74.1987, 57.1989 и 3.1990.

„Službeni list Crne Gore“. Бр. 70.2003, 47.2006, 40.2008, 25.2010, 32.2011, 40.2013, 14.2015, 42.2015, 58.2015, 44.2017 и 49.2018.

State Gazette No. 26/1968, No.85/2017.

Стојановић, З. (1991). Политика сузбијања криминалитета. Нови Сад: Правни факултет.

Стојановић, З. (2000). Кривично право. Општи део. Београд: Правна књига. (2012). Strafgesetzbuch. StGB. 50. Auflage. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag.

- (2013). Schweizerisches Strafgesetzbuch.StGB. 7.Auflage. Zurich: Liberalis.
- Triffterer, O. (1994). Osterreichisches Strafrecht. Allgemeiner teil. Wien – New York: ETC Publishing.
- Turković et al. (2013). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.
- (2014). Уголовниј кодекс Россијској Федерацији. Москва: Ексмо.
- „Uradni list Republike Slovenije“. Br. 55.2008, 66.2008, 39.2009, 91.2011, 50.2012, 54.2015, 6.2016 i 38.2016
- Foregger, E., Serini, E. (2004). Strafgesetzbuch. Wien: Manzsche Verlag.
- Horvatić, Ž. (2003). Kazneno pravo. Opći dio. Zagreb: Pravni fakultet.
- (2017). Code penal du France. Version consolidee au 7 aout 2017. Paris: Dalloz.
- (2008). Compendio di Diritto penale. Parte generale e speciale. Napoli: Simone.
- (2001). Criminal code of the Republik of Belarus. Official text. Minsk.
- Criminal code. No. VIII-1968, No.XII-1649.
- Чејовић, Б. (1985). Кривично право у судској пракси. Општи део. Београд: Научна књига.
- Чејовић, Б. (2002). Кривично право. Општи део. Београд: Службени лист.

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

A FINE IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

Since times immemorial, crimes against property have always been the most frequent offences, both in the national and comparative law systems. For this reason, all criminal legislations prescribe different types of punishment and property-related criminal measures as an efficient social response to crimes against property. In the criminal law of the Republic of Serbia, the property-related penalties and measures that affect the perpetrator's property include: 1) a fine and confiscation of property (as envisaged penalties); 2) a safety measure involving the confiscation of objects, 3) the measure of confiscation of financial benefit derived from the commission of a criminal offence; and 4) the measure of confiscation of property derived from the commission of a criminal offence. A fine is one of the oldest forms of punishment, which has been envisaged in all modern criminal legislations (including the Serbian legislation) and in some international documents as the adequate sanction (penalty) against the perpetrators of property-related crimes. In this paper, the author discusses the concept, characteristics, content, types, legal nature, effects, and the process of imposing and execution of this criminal penalty.

All contemporary criminal laws provide various penalties and measures for suppression and prevention of crime in general, and crimes against property in particular. Nowadays, property-related crimes are prevalent in the structure of modern criminality. Criminal sanctions depend on the specific nature and distinctive characteristics of crimes against property and their perpetrators. A fine is a specific kind of sanction that may be prescribed as a principal and/or assessor property-related penalty, which has a repressive but also highly preventive impact. In all contemporary states, crimes against property prevail in terms of the total number of committed acts, their perpetrators, consequences, the scope and intensity of social danger, recidivism, and other features. In order to suppress crime in general, and crimes against property in particular, various social (primarily state) agencies at all social levels have applied different measures, instruments and procedures. All of them may be divided into preventive and repressive ones. The Serbian criminal legislation envisages two forms of fine: a) a fine in daily amounts, and b) a fine in fixed/specified amount (the Criminal Code 2005), which may be awarded to the perpetrators of property-related crimes depending on the nature, characteristics, significance and effects of the committed criminal act.

Key words: crimes against property, property measures, penalties, fine, legislation, liability.

Др Милица Ковач Орландић,
Сарадник у настави Факултета правних наука,
Универзитет Доња Горица, Подгорица, Црна Гора

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982165K

UDK: 621.397:342.7(497.16)
Раđ примљен: 25.12.2018.
Раđ прихваћен: 09.04.2019.

ВИДЕО-НАДЗОР У ПРОСТОРИЈАМА ПОСЛОДАВЦА: СЛУЧАЈ АНТОВИЋ И МИРКОВИЋ ПРОТИВ ЦРНЕ ГОРЕ

Апстракт: Због могућих посљедица, видео-надзор се сматра једним од најгрубљих начина повреде приватног живота, па отуда његово увођење подлијеже строгим ограничењима. Будући да је радни однос по много чему специфичан, постоји потреба да се питање увођења видео-надзора на радном мјесту посебно аланизира. Полазећи од претпоставке да се запослени доласком на посао не одриче своје приватности, аутор у овом раду настоји да укаже на обавезу послодавца да поштује принципе легалитета, легитимности, сразмјерности и транспарентности онда када жели да, путем видео-надзора, надгледа радно мјесто. Кроз анализу случаја Антовић и Мирковић против Црне Горе, у раду се жели указати и на то да је за давање одговора на бројна сложена питања која се могу јавити у вези са увођењем видео-надзора на радном мјесту потребно боље познавање садржине појма приватног живота, али и начина на који се општи принципи ограничења права на приватни живот примјењују у радном односу.

Кључне ријечи: право на поштовање приватног живота, видео-надзор, радни однос, принципи легалитета, легитимности, сразмјерности и транспарентности.

1. Увод

Право на приватност, односно право на поштовање приватног живота спада у једно од најрањивијих права данашњице. У питању је људско право којим се, у првом реду, штити психички интегритет и достојанство личности и које се може повриједити на безброј начина. Развој информационих технологија до неслућених размјера додатно је погоршао ситуацију и

* milica.kovac@udg.edu.me

омогућио да се до бизарне мјере обистини она чувена Орвелова синтагма *Велики брат те посматра*. Ово, прије свега, захваљујући видео-надзору, који се због могућих посљедица сматра једним од најгрубљих начина повреде приватног живота. Континуирана изложеност видео-надзору ствара осјећај нелагоде и сталне напетости која се негативно одражава на ниво стреса и анксиозност, а што у дужем временском периоду може довести до озбиљнијег нарушавања здравља (Ковач-Орландић, 2018: 135). Неспорно је да слика неке особе представља важан дио њене личности, са јединственим карактеристикама, на основу којих се разликује од свих других особа, због чега заштита такве слике представља једну од суштинских компоненти развоја личности и подразумијева право на контролу над таквом сликом.¹ На другој страни, забринутост за безбједност учинила је да видео-надзор постане један од најчешћих начина контроле понашања појединаца. Тако је, примјера ради, страх од тероризма претворио данашње друштво у друштво надзирања, па се, с правом, поставља питање *Ко ће нас чувати од чувара?* (Marković, 2009: 216). Неопходно је, отуда, довести у равнотежу лична права и слободе, на једној страни, са потребом за јавном сигурношћу, на другој страни (Lygutas, 2009: 147).

Са развојем идеје о хоризонталном дејству људских права, право на приватност појединац почиње уживати и у односу на трећа лица, а што је одлучујуће утицало на заштиту права на приватни живот запосленог у односу на послодавца (Weiss, Geck, 1995: 2). У складу са тим, данас је доминантно увјерење о томе да запослени задржава својство грађанина на радном мјесту који се, доласком на посао, не одриче своје приватности, те да, у том смислу, ужива заштиту приватног живота у односу на послодавца, с тим да се право запосленог на приватност, баш као и свако друго људско право, може под одређеним условима, односно уз примјену одговарајућих принципа, ограничити (Ковач-Орландић, 2018: 4). Дакле, међу бројним ограничењима управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца на радном мјесту, налази се и обавеза поштовања основних људских права, а што укључује и право запосленог на приватност, па отуда одлука послодавца да као власник средстава за рад уведе видео-надзор на мјестима рада подлијеже одређеним ограничењима.²

1 *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no.70838/13.

2 Више о заштити грађанских слобода и права запослених на радном мјесту види у: Љ. Ковачевић (2013). Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења. *Теме*. Број 4.

Послодавац, прије свега, мора имати легитиман разлог (*принцип легитимности*) за увођење видео-надзора, с тим да се надзору просторијама послодавца уводи на транспарентан начин (*принцип транспарентности*), у мјери у којој је то неопходно ради задовољења легитимног циља (*принцип сразмјерности*), а у највећем броју случајева разлози за увођење видео-надзора морају бити прописани законом (*принцип легалитета*).³ Штавише, када је у питању увођење видео-надзора, захтијева се нешто строжа и досљеднија примјена ових принципа него што је то случај код неких других видова ограничења приватног живота запосленог, будући да је у питању поступање којим се тешко вријеђа достојанство запосленог. Њихова примјена је од изузетне важности, узме ли се у обзир да је видео-надзор постао опште присутан на мјестима рада, те да се послодавци, без много размишљања, одлучују за ову врсту надзора. Треба имати на уму и то да видео-надзор није само један од најчешћих метода надзора на мјестима рада, већ да представља и један од могућих начина психичког узнемиравања запослених.

Због бројних специфичности радног односа, опште принципе ограничења људских права није увијек једноставно примјенити у односу запослени–послодавац. Ово из разлога што *правна субординација, лично извршавање рада, добровољност и плаћеност рада*, као битна обиљежја радног односа, представљају додатне генераторе ризика по приватни живот запосленог који отежавају примјену основних принципа ограничења права на приватност (Ковач-Орландић, 2018: 49). Треба отуда имати у виду да између права запосленог на приватни живот и послодавчеве власти постоји одређена спрега јер, поред тога што је власт послодавца омеђена обавезом поштовања људских права на радном мјесту, она уједно представља и основни ризик по приватни живот запосленог. Ништа мање није значајно ни то што се добровољно ступање у радни однос и потчињавање управљачким, нормативним и дисциплинским овлашћењима послодавца не тумачи као *a priori* одрицање запосленог од права на приватност, с тим да се може тумачити као давање сагласности послодавцу да, изузетно, када је то оправдано, и у мјери у којој је неопходно за несметано функционисање посла, ограничи приватност запосленог (Ковач-Орландић, 2018: 52).

Увођење видео-надзора на мјестима рада отвара и нека друга питања својствена односу радника и послодавца. Тако, прекомјеран или непотребан надзор могао би се сматрати кршењем *обавезе старања* коју послодавац

³ Више о принципима легитимности, сразмјерности и транспарентности види у: Article 29 Data Protecting Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context 5062/01/EN/Final WP 48 (2001).

има према запосленом (енг. *duty of care*), или, штавише, као кршење уговорне обавезе поступања у *доброј вјери* на основу које је послодавац обавезан да води рачуна о достојанству запосленог и онда када врши надзор над његовим радом.⁴ Видео-надзор над запосленим могао би се сматрати и кршењем уговора о раду, јер је овакав надзор у супротности са уговорном обавезом повјерења коју запослени и послодавац очекују од друге уговорне стране (Hendrickx, 2002: 26). У радном односу послодавац треба да поштује личност и индивидуалност запосленог и да посвети дужну пажњу заштити његовог здравља и поштовању морала, док на другој страни запослени дугује послодавцу марљивост, лојалност и заштиту легитимних пословних интереса (Hendrickx, 2002: 257).

Ситуацију у вези за могућношћу увођења видео-надзора на радном мјесту додатно компликује чињеница да не постоје одредбе које посебно регулишу видео-надзор на мјестима рада, већ да се на ово питање примјењују одредбе општих прописа о заштити личних података и приватног живота. Но, за давање одговора на бројна сложена питања која се могу јавити у вези са увођењем видео-надзора на радном мјесту није довољно имати у виду опште законске прописе, већ је потребно упознати се ближе са појмом и садржином приватног живота, али и начином на који се општи принципи ограничења овог права примјењују у радном односу, а о чему свједочи и случај *Антовић и Мирковић против Црне Горе*. Подносиоци представке у наведеном предмету сматрали су да им је послодавац незаконитим постављањем и употребом видео-надзора у амфитеатрима у којима су држали предавања повриједио право на поштовање приватног живота, односно прекршио члан 8 Европске конвенције о људским правима, према коме „свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке”.

У вези са прихватљивошћу представке подносилаца предлога у наведеном предмету, најприје је требало утврдити да ли је члан 8 Конвенције примјенљив на чињенице из овог предмета, односно да ли је држање предавања у амфитеатрима обухваћено појмом приватног живота будући да је држава тврдила да све професионалне и пословне активности не спадају у оквир приватног живота, те да је универзитет јавна институција, а држање предавања дјелатност од јавног интереса. Надаље, требало је оцијенити легитимност и законитост разлога за увођење видео-надзора, али и то да ли је увођење надзора представљало сразмјеран одговор на изазове са којима се послодавац суочавао. Ово је у вези са ставом 2 члана 8 Конвенције према коме се „јавне власти неће мијешати у вршење овог

4 *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 236). Geneva: International Labour Office. Vol. 12. Broj 1.

права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбједности, јавне безбједности или економске добробити земље, ради спрјечавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“

2. Појам приватног живота

По својој садржини право на приватност је сложено право, јер се појам *приватности* и *приватног живота* широко тумачи и не може се исцрпно дефинисати (Крстић, 2006: 7). Из тог разлога, ЕСЉП у сваком конкретном случају утврђује да ли је дошло до повреде члана 8 Конвенције, имајући у виду околности сваког случаја понаособ, а што му даје одређени степен флексибилности, а тиме и могућност да адекватно одговори на све друштвене промјене које су превасходно условљене технолошким развојем (Крстић, 2006: 15). Право на приватност, дакле, није апсолутно, већ се његове границе увијек одређују према околностима случаја. За утврђивање обима приватне сфере, и *разумно очекивање по питању приватности* може представљати важан, мада не обавезно и одлучујући фактор (Рид, 2007: 514). Ваља, отуда, овдје напоменути и то да професионалне и пословне активности нису нужно искључене из појма приватног живота.⁵ У складу са тим, Суд је и у предмету *Антовић и Мирковић* истакао да би било сувише рестриктивно ограничити појам приватног живота на унутрашњи круг у којем појединац може да живи свој лични живот онако како сам изабере, и из њега искључити читав спољашњи свијет који није обухваћен тим кругом. Право гарантовано чланом 8 Конвенције подразумијева могућност приступа другима како би се успоставиле и развиле везе с њима. Појам приватни живот може, дакле, укључити професионалне активности или активности које се врше у јавном контексту, будући да постоји зона интеракције са другима која се, чак и у јавном контексту, може сврстати под појам приватног живота (Mantouvalou, 2009: 133).

Додатно, ЕСЉП примјећује да су амфитеатри радна мјеста професора у којима они, поред тога што подучавају студенте, ступају у интеракцију са студентима, и тиме развијају заједничке односе и граде њихов друштвени идентитет. Без обзира на то што, у конкретном случају, није у питању тајни видео-надзор, не постоји разлог да се одступи од става по коме се видео-надзор запосленог на радном мјесту сматра значајним ометањем његовог приватног живота, будући да садржи документацију о понашању лица која је забиљежена и која се може репродуковати, а што запослени, због уговорне обавезе да ради на таквом мјесту, не може избјећи. У складу

5 *Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, no.13710/88/01.

са тим, Суд је закључио да се подаци сакупљени путем оспореног видео-надзора односе на приватни живот подносилаца представке. Ово тим прије што запослени нису имали могућност да контролишу процесуирање података којима је само декан имао приступ, а што отвара сумњу по питању сврхе прикупљања таквих података.

Овдје, међутим, не треба узети у обзир само *мјесто рада* подносилаца представке, већ је потребно размотрити и *природу дјелатности* која се обављала под видео-надзором и њене особености. Ово из разлога што универзитетске сале нису ни приватна ни јавна мјеста, већ мјеста гдје наставници сријећу студенте са којима су у међусобној интеракцији, које подучавају и са којима обликују однос током цијелог периода предавања.⁶ У таквој интеракцији, наставник може очекивати да оно што се дешава у учионици буде праћено само од стране оних који су уписани да похађају часове, без нежељене пажње осталих.⁷ У академском окружењу, активности предавања и учења су покривене академском слободом, па се очекивање приватности може сматрати разумним.⁸

Мишљења о ширини појма приватног живота, а самим тим и о оправданости увођења видео-надзора у амфитеатрима као мјестима рада нису, међутим, јединствена. Ово из разлога што је појам приватног живота непримјенљив на мјестима која су слободно доступна јавности и која се користе за активности које се не односе на приватни живот, због чега нормална употреба безбједносних камера, било на јавним улицама или просторијама, као што су шопинг центри или полицијске станице, као таква не покреће питање на основу члана 8 Конвенције.⁹ Према појединим схватањима, неопходно је направити разлику између *видео-надзора као таквог*, на једној, и *снимања, процесуирања и употребе тако добијених података*, на другој страни, будући да видео-надзор, односно надгледање само по себи не значи мијешање у приватни живот запосленог. У складу са тим, видео-надзор у универзитетским салама, гдје су подносиоци представке предавали као професори, не покреће питање везано за приватни живот, имајући у виду да није било аудио снимања, да су видео-снимци били доступни само декану, да нису били накнадно употребљавани, те да су аутоматски брисани након 30 дана.¹⁰ Као додатан аргумент наводи се и то

6 Joint concurring opinion of judges Vučinić and Lemmens, *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no. 70838/13.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Peck v. the United Kingdom*, Judgment of 28 January 2003, no. 44647/98.

10 Joint dissenting opinion of judge Spano, Bianku and Kjolbro, *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no. 70838/13.

да су универзитетски професори укључени у професионалну активност у квазијавним околностима, те да је, у складу са тим, њихово разумно очекивање приватности, уколико је уопште постојало, било ограничено.¹¹ Према овом становишту, у предмету *Антовић и Мирковић*, појам приватног живота је превише проширен, до мјере која нема основа у пракси Суда, и која није довољно подржана убједљивом правном аргументацијом.

2.1. Обавеза поштовања права на приватни живот

Премда члан 8 Конвенције по својој конотацији више упућује на негативну обавезу државе за заштиту приватног живота запосленог, од изузетног значаја је то што се под обавезом поштовања права на приватни живот, поред ове превасходно негативне, подразумејева и позитивна обавеза државе. Другим ријечима, држава, поред обавезе да се уздржи од мијешања у приватни живот, има обавезу и да, предузимањем одговарајућих радњи, обезбиди стварно поштовање права на приватни живот (Ditertr, 2006: 227). Прави се, међутим, разлика између случајева у којима повреду права запосленог на приватни живот чини послодавац у приватном сектору и оних у којима таква повреда долази од државе као послодавца. Разлика се састоји у томе што се, у случају када је јавна власт умјешана у повреду права на приватни живот, питање повреде овог права анализира искључиво из угла негативне обавезе државе. Супротно томе, у случају када се питање повреде права на приватни живот запосленог поставља у приватном сектору, онда се улога и обавеза државе анализирају из позитивног угла, односно из угла онога што је могло бити учињено да до повреде права запосленог на приватни живот не дође.

У предмету *Антовић и Мирковић* од значаја је то што се универзитет доживљава као јавна институција, па самим тим се полази од негативне обавезе државе, односно од обавезе државе да се уздржи од залажења у приватни живот запослених, осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву ради задовољења легитимних циљева, при чему се појам *неопходно*, у складу са принципом сразмјерности, тумачи уско и не може се поистовјетити са појмовима *пожељно* или *корисно*.¹² На другој страни, транспарентност може бити кључна у давању одговора на питање да ли је послодавац увођењем видео-надзора повриједио право на приватни живот запосленог. Ово из разлога што се видео-надзор само

11 *Ibid.*

12 На примјер случај *Joung, Jamesand Websterv. United Kingdom*. Више о томе види у: Лубарда, Б. (2004: 60–67). *Европско радно право*. Подгорица: ЦИД.

изузето може спроводити тајно, и без *a priori* упознавања запосленог да ће оваквој врсти надзора бити изложен на радном мјесту (Ray, Rojot, 1995: 7).

И онда када су испоштовани сви наведени принципи, послодавац мора осигурати да систем видео-надзора буде заштићен од приступа неовлашћених лица и да се лични подаци из евиденције о видео-надзору чувају у ограниченом периоду.¹³ Сасвим оправдано, могућност увођења видео-надзора је искључена у погледу гардероба, лифтова, санитарних просторија, у просторијама предвиђеним за странке и посјетиоце и сл.¹⁴

3. Законитост и легитимност увођења видео-надзора у просторијама послодавца

Општи прописи о заштити података о личности, у принципу, не забрањују увођење видео-надзора на мјестима рада, али разлоге његовог увођења искључиво везује за заштиту безбједности лица или имовине или тајних података и пословних тајни.¹⁵ Додатни разлози који би евентуално могли оправдати видео-надзор на радном мјесту тичу се потребе да се надгледа компликован и опасан процес производње, као и потребе да се открију починиоци крађе на радном мјесту.¹⁶ Други могући разлози (интереси) на страни послодавца у довољној мјери не оправдавају употребу континуираног видео-надзора, јер постоје други (мање агресивни) начини да послодавац контролише извршавање рада, намјенску употребу средстава за рад и да оцијењује рад запослених.¹⁷

У случају *Антовић и Мирковић* донијета је одлука о увођењу видео-надзора у седам амфитеатара и испред деканата, а као *разлози* увођења надзора наведени су сигурност имовине и лица, те праћење извршавања наставних активности. Премда *разлози везани за безбједност имовине*

13 Према чл. 37, ст. 3 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12, овај период не може бити дужи од годину дана.

14 Чл. 36, ст. 2 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

15 Чл. 36, ст. 1 Закона о заштити података о личности *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

16 *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 120).

17 У Италији је, у принципу, забрањено увођење аудиовизуелног и сличног надзора у намјери да се контролишу активности запослених. Уколико је то неопходно за организацију рада или сигурност на радном мјесту, овај вид надзора се уводи на основу сагласности синдикалних представника или савјета запослених. Уколико сагласност није дата, послодавац се може обратити инспекцији рада која може одлучити о опреми за надзор и начину на који ће се користити. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 63).

и лица представљају законите и легитимне разлоге за увођење видео-надзора, потребно је да је опасност која пријети имовини и лицима стварна и конкретна, односно да није чисто теоријске природе. Подносиоци представке су, отуда, с правом указали на то да, у конкретном случају, није било стварне опасности, будући да је амфитеатар у коме су држали предавања био закључан прије и послје предавања, да су једина имовина били фиксирани столови, столице и табле, те да није постојао разлог за страх за било чију безбједност. Није, дакле, било доказа да пријети било каква непосредна опасност за безбједност људи и имовине. Додали су и то да би постављање камера изнад улаза у универзитетску зграду могло бити адекватан облик обезбјеђивања такве сигурности. Ово из разлога што јавне установе могу вршити видео-надзор приступа службеним просторијама,¹⁸ док, на другој страни, опрема за видео-надзор може бити постављена у службеним и пословним просторијама уколико циљеви везани за безбједност не могу бити постигнути на другачији начин,¹⁹ а што у конкретном предмету није био случај.

Далеко је, међутим, спорнији други разлог увођења видео-надзора који се тиче *праћења извршавања наставних активности*, будући да га закон не предвиђа као оправдан разлог за увођење видео-надзора, па се не може сматрати ни да је сам надзор уведен у складу са законом, а што је неопходан услов за ограничење права на поштовање приватног живота у складу са чланом 8. став 2 Конвенције. У питању је разлог који се односи на тзв. пословне интересе и који, заједно са контролом намјенске употребе средстава за рад, спада у најчешће разлоге због којих се послодавац одлучује да надзире рад запослених. Легитимност овог разлога за увођење надзора је спорна, јер послодавац ове интересе може задовољити на други начин, односно примјеном других метода који нужно не подразумевају нарушавање приватности запосленог.

Будући да један од наведених разлога за увођење видео-надзора није предвиђен законом, ЕСЉП је, у случају *Антовић и Мирковић*, закључио да предметно мијешање у приватни живот запослених (подносилаца представке) није било у складу са законом и да представља кршење члана 8 Конвенције, без потребе да разматра испуњеност других услова предвиђених ставом 2 истог члана. Интересантно је, међутим, то што се домаћи судови, и поред дога што је надлежна агенција²⁰ утврдила да предметно мијешање у приватни живот запослених није у складу са

18 Чл. 35, ст. 1 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

19 Чл. 35, ст. 1 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

20 Према чл. 50 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12, Агенција за заштиту личних података, између осталог, врши надзор над спровођењем

законом, нису упустили у оцијену законитости. Ово из разлога што су сматрали да активности професора у амфитеатрима као мјестима рада не спадају у домен њиховог приватног живота, те да им, самим тим, право на поштовање приватног живота не може бити повријеђено.

Треба додати и то да се разлози које Директива 95/46/ЕЗ²¹ одређује као релевантне за обраду личних података, а који се могу примјенити у контексту радног мјеста, тичу чињенице да је радни однос базиран на уговору о раду између запосленог и послодавца, те да ради испуњења уговора, послодавац мора обрађивати одређене личне податке. Исто тако, радна законодавства, по правилу, намећу послодавцу обавезе за чије испуњење је потребна обрада личних података. Трећи разлог односи се на потребу балансирања интереса радника и послодавца, и он би у принципу могао бити основ увођења видео-надзора на радном мјесту, с тим да у случају *Антовић и Мирковић* нису постојале околности на основу којих би се предност требала дати важним интересима послодавца и који би увођење надзора учинили легитимним.

Може се закључити да начело легалитета представља обавезан елемент дозвољеног видео-надзора, осим у случају када држава не регулише питање видео-надзора и оправдане разлоге за његово увођење, у ком случају се примјеном принципа легитимности, сразмјерности и транспарентности утврђује да ли предметни надзор представља повреду права запосленог на приватни живот или не, при чему је значај овог принципа нешто већи у случају када се држава јавља у улози послодавца и када је њена обавеза поштовања права запосленог на приватни живот превасходно негативна.

Поред законом утврђених легитимних разлога за увођење видео-надзора у просторијама послодавца, ове разлоге би заједнички могли утврдити и социјални партнери онда када то налаже оправдан интерес послодавца. Но, моћ колективног дјеловања радника није значајније коришћена за заштиту њихових основних људских права на раду, укључујући и право на приватност. Имајући у виду да је савремена технологија омогућила послодавцу да на веома брз и лак начин прикупља и обрађује податке о запосленом и да их континуирано надзире, било би добро да представници радника редефинишу своју улогу у погледу заштите права радника. Добар примјер представља рјешење које долази из аустријског права, према

заштите личних података, рјешава по захтјевима за заштиту права и даје мишљење у вези са примјеном овог закона.

21 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. *Official Journal* L 281, 23. 11. 1995.

коме послодавац не може без сагласности савјета запослених доносити одлуке у вези са увођењем система контроле, система за прикупљање, обраду и саопштавање личних података о запосленима, при чему се систем контроле тумачи широко и укључује сваки онај који је погодан да контролише укупно понашање запосленог, независно од тога да ли се спроводи уз помоћ техничке опреме или не.²² Исто тако, у Белгији су путем колективног уговора регулисана бројна питања везана за увођење видео-надзора у просторијама послодавца, тестирање запослених на присуство алкохола и дрога и сл. У Црној Гори послодавац је дужан, прије доношења одлуке о увођењу видео-надзора, прибавити мишљење репрезентативног синдиката,²³ односно представника радника, а што у случају *Антовић и Мирковић* није учињено. Укључивањем представника радника у поступак увођења видео-надзора на мјестима рада постиже се већа транспарентност али и легитимности таквог надзора.

4. Транспарентност и сразмјерност увођења видео-надзора у просторијама послодавца

Принцип транспарентности представља важан (конститутиван) услов дозвољеног видео-надзора, будући да послодавац има обавезу да запослене унапријед информише о увођењу оваквог надзора.²⁴ Његов значај произилази из чињенице да у радном праву није могуће унапријед, законским путем, предвидјети све ситуације у којима би послодавац могао да ограничи приватни живот запосленог, због чега начело транспарентности има за циљ и да надокнати дефицит начела легалитета. Захваљујући овом принципу запослени разумно очекује приватност на радном мјесту онда када га послодавац није унапријед информисао о увођењу видео-надзора.

У случају *Антовић и Мирковић*, послодавац није унапријед, у писаном облику, обавијестио запослене о увођењу видео-надзора, чиме је практично надзор неколико недјеља вршен без њиховог знања, односно тајно. За разлику од јавног видео-надзора: који се на радном мјесту уводи под одређеним условима, *тајни видео-надзор* се, у принципу, сматра забрањеним, па га је

22 Право савјета запослених да саодлучује у овим питањима предвиђено је аустријским Законом о колективним радним односима (*Collective Labour Relations Act*). *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 107).

23 Чл. 36, ст. 4 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

24 Запослени који раде у простору под видео-надзором морају, у писаном облику, бити обавијештени о вршењу видео-надзора, чл. 35, ст. 5 Закона о заштити података о личности, *Сл. лист ЦГ*, 79/08, 70/09, 44/12.

могуће увести само у изузетним околностима и у ограниченом трајању. Овакав видео-назор оправдан је у веома малом броју случајева и тумачи се као изузетак од правила. Аргументи који би оправдали тајни видео-назор (*суспензију начела транспарентности*) запослених морају бити чврсти и недвосмислени, будући да се овим путем у већој мјери нарушава приватност запослених, али и њихов морални интегритет и достојанство. Увођење тајног видео-надзора обично се везује за постојање озбиљне сумње о преварним или другим недозвољеним радњама код послодавца и не може се увести ради супервизије запослених.²⁵ Потребно је, међутим, да тајни видео-назор нема алтернативу.²⁶ У сваком случају, мора бити ограничен по трајању и може се користити само као дио одговарајуће истраге.

О томе свједочи и новији случај *Лопез Рибалда и др. против Шпаније*, у коме је увођење тајног видео-надзора на мјесту рада означено као кршење члана 8 Конвенције, без обзира на то што је послодавац имао озбиљан и оправдан разлог за његово увођење.²⁷ Оно што је одлучујуће утицало на овакву одлуку јесте чињеница да је снимљени материјал био достављен на увид већем броју лица прије него што су запослени били обавијештени о томе да видео-назор постоји, као и то да су запослени, имајући у виду, законску регулативу, разумно очекивали приватност на радном мјесту. Од утицаја је и то што надзор није био ограничен по трајању, па у том смислу није био ни сразмјеран циљу који се желио постићи, посебно имајући у виду да је интерес послодавца, бар до одређене мјере, могао бити задовољен на други начин. Отуда у наведеном предмету домаћи судови нису успоставили фер баланс између права запосленог на поштовање његовог приватног живота и послодавчевих својинских права. Но, за разлику од овог, у случају *Копке против Немачке*, Суд, и поред веома сличног чињеничног стања, није утврдио повреду члана 8 Конвенције.²⁸ Ово из разлога што је у случају Копке надзор био временски ограничен на период од двије недјеље и што се односио само на два радника.

Принцип сразмјерности интегрисан је у ставу 2 члана 8 Конвенције кроз захтјев да се мијешање у приватни живот може дозволити само онда када је то неопходно у демократском друштву. Другим ријечима оно је могуће само онда када нема другог начина да се избјегну нежељене посљедице,

25 *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice* (1997). Geneva: International Labour Office.

26 *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 183).

27 *Lopez Ribalda and others v. Spain*, Judgment of 9 January 2018, no. 8567/13.

28 *Köpke v. Germany*, Judgment of 5 October 2010, no.420/07.

односно остваре важни легитимни циљеви. Подразумијева се да ни обим мијешања не смије бити већи од оног који је неопходан у демократском друштву. Овај принцип треба да осигура да ограничење приватности запосленог буде сразмјерно циљу који се жели постићи, и не односи се само на *обим* ограничења, већ и на *начин* на који се то ограничење врши. У случају видео-надзора, овај принцип помаже и у доношењу одлуке о томе да ли је надзор постављен на одговарајући начин, односно да ли је опсег таквог надзора прекомјеран, те да ли је он по свом трајању био сразмјеран циљу који се жели постићи.

5. Закључак

Захваљујући продору људских права у свијет рада, послодавац је дужан да поштује право на приватни живот запосленог. Ова обавеза, међутим, није апсолутна, будући да послодавац може, под одређеним условима, ограничити право запосленог на приватни живот. Таква могућност, у великој мјери, зависи и од начина на који се приватни живот ограничава, при чему видео-надзор спада у ред оних која најтеже погађају достојанство човјека, због чега се у случају његовог увођења захтијева строжија примјена принципа легитимности, сразмјерности и транспарентности. У његовом увођењу кључну улогу игра и принцип легалитета, посебно онда када се држава јавља у улози послодавца и када је њена обавеза поштовања права на приватни живот преваходно негативна.

Пресуда ЕСЉП у предмету *Антовић и Мирковић против Црне Горе* представља само још један прилог тврдњи да се људска права и људско достојанство морају поштовати и на пољу радних односа. Она је и потврда идеје о потреби широког тумачења појма приватног живота чија се садржина стално проширује, у намјери да се осигура стварно поштовање права на приватни живот. Право на поштовање приватног живота, између осталог, подразумијева и могућност приступа другима како би се успоставиле и развиле везе с њима. Може укључити и професионалне активности или активности које се врше у јавном контексту, будући да постоји зона интеракције са другима која се, чак и у јавном контексту, може сврстати под појам приватног живота. У складу са тим, појам приватног живота може укључити и оно што се дешава у амфитеатрима као мјестима рада професора у којима они, поред тога што подучавају студенте, ступају у интеракцију са њима, и тиме развијају заједничке односе и граде њихов друштвени идентитет. Право на приватни живот професора док бораве у амфитеатрима могло би се, одута, ограничити путем видео-надзора само онда када то налажу законом предвиђени разлози који се тичу сигурности

имовине и лица, док на другој страни разлози попут праћења наставних активности не оправдавају увођење видео-надзора у амфитеатрима.

Да би се овакав надзор сматрао оправданим, потребно је и да је уведен на транспарентан начин, односно да је запослени унапријед, писаним путем, упознат са његовим увођењем, те да је сразмјеран циљу који се, у конкретном случају, жели остварити. Једино је уз одговарајућу примјену свих ових принципа могуће ефикасно заштити достојанство запосленог на раду.

Литература/Reference

Article 29 Data Protecting Working Party, *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*, 5062/01/EN/Final WP 48, adopted on 13 September 2001.

Ditertr, Ž. (2006). *Izvod iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*. Službeni glasnik.

Ковачевић, Љ. (2013). Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења. *Теме*. Број 4.

Ковач-Орландић, М. (2018). *Право запосленог на приватност и његова заштита*, Докторска дисертација (необјављена). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Крстић, И. (2006). *Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8 Европске конвенције о људским правима*. Београд: Београдска иницијатива за људска права.

Лубарда, Б. (2004). *Европско радно право*. Подгорица: ЦИД.

Lygutas, A. (2009). Human rights in the context of counter-terrorism measures: United States of America. *Jurisprudence*. Број 3.

Mantouvalou, V. (2009). Private life and dismissal. *Industrial Law Journal*. Vol. 38, Број 1.

Marković, S. (2009). Terorizam i druga krizna stanja savremenog društva i njihov uticaj na ograničavanje ljudskih prava i demokratiju. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Vol.16. Број 1.

Protection of worker's personal data, An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

Ray, J-E., Rojot, J. (1995). Worker privacy in France. *Comparative Labour Law & Policy Journal*. Fall.

Rid, K. (2007). *Evropska konvencija o ljudskim pravima*. (prev. L. Budimlić, N. Dobrković). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Hendrickx, F. (2002). *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*. University of Leuven, University of Tilburg.

Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, International Labour Office, Geneva, vol.12, broj 1, 1993.

Weiss, M., Geck, B. (1995). Worker Privacy in Germany. *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall.

Правни извори

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (*Official Journal* L 281, 23. 11. 1995, стр. 31-50).

Закон о заштити података о личности. *Службени лист ЦГ*. Бр. 79/08, 70/09, 44/12.

Судска пракса

Пресуда ЕСЉП у случају Нимитс (Niemietz) против Њемачке од 16. децембра 1992. године (поднесак бр. 13710/88/01).

Пресуда ЕСЉП у случају Антовић и Мирковић (Antovic and Mirkovic) против Црне Горе од 28. новембра 2017. године (поднесак бр. 70838/13).

Пресуда ЕСЉП у случају Пек (Peck) против Уједињеног Краљевства од 28. јануара 2003. године (поднесак бр. 44647/98).

Пресуда ЕСЉП у случају Лопез Рибалда и др. (Lopez Ribalda and others) против Шпаније од 09. јануара 2018. године (поднесак бр. 8567/13).

Пресуда ЕСЉП у случају Копке (Körke) против Њемачке од 05. октобра 2010. године (поднесак бр. 420/07).

Milica Kovač-Orlandić, LL.D.

Junior Teaching Associate,

Faculty of Law, University of Donja Gorica, Podgorica, Montenegro

VIDEO SURVEILLANCE IN THE EMPLOYER'S PREMISES: THE ECtHR JUDGMENT IN ANTOVIĆ AND MIRKOVIĆ V. MONTENEGRO

Summary

Owing to the fact that the fundamental human rights have been introduced into the labour law relations, each employer is bound to respect the private lives of their employees. However, this obligation is not absolute, considering that the employer may, under certain circumstances, limit the employee's right to respect for private life. This possibility greatly depends on how the employee's right to privacy has been limited. Video surveillance is a measure that most severely affects human dignity, due to which its implementation requires stricter application of the principles of legitimacy, proportionality, and transparency. In this implementation, the key role is played by the principle of legality, especially when the state appears in the role of employer and when its obligation to respect the right to privacy is predominantly negative.

The ECtHR judgement in Antović and Mirković v. Montenegro (2017) is another proof that human rights and human dignity have to be respected in the field of labour relations. This judgement is a confirmation that the notion of private life has to have wider interpretation and application in order to ensure the protection of the right to respect for private life. The right to respect for private life, among other things, implies the possibility to access other people in order to establish and develop relations with them. It may involve professional activities or the activities performed in a public context because, even in a public context, there is a zone of interaction with other people, which may be categorised under the notion of private life. Pursuant to the aforementioned, the notion of private life may include activities taking place in auditoria as places where professors, apart from teaching students, interact with them, develop mutual relations and build their social identities. Thus, the right to respect for private life of professors, while in auditoria, may be limited by video surveillance only under legally prescribed circumstances related to the safety of people and property.

On the other hand, the surveillance of teaching activities is not among the legitimate grounds for the introduction of video surveillance. In order for this surveillance to be justified, it should be introduced in a transparent manner, i.e. employees must be made familiar with the introduction of video surveillance in advance and in writing,

and such surveillance must be proportionate to the specific objective that needs to be accomplished. Only with an appropriate application of all of these principles can we efficiently protect employees' dignity in the workplace.

Key words: *right to respect for private life, video surveillance, labour relations, principles of legality, legitimacy, proportionality and transparency.*

Dr Mahir Muharemović,*
Naučni saradnik
Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu
Konrad Adenauer fondacije

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982183M

UDK: 347.7
342.7:347.9

Раđ примљен: 20.12.2018.
Раđ прихваћен: 02.04.2019.

ZAŠTITA TEMELJNIH LJUDSKIH PRAVA PRED MEĐUNARODNIM INVESTICIJSKIM ARBITRAŽAMA KROZ POSEBAN OSVRT NA PRAVO NA VODU

Apstrakt: *Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Upravo ljudska prava predstavljaju jednu "kočnicu" razvoju neoliberalnog ekspanzionizma, otjelotvorenog u režimu zaštite stranih investicija putem međunarodnih investicijskih ugovora. Kada države uđu u takve ugovore, oni unose u iste svoje prethodno preuzete obaveze, a naročito obaveze zaštite ljudskih prava. Međutim, ta obaveza nije samo rezultat postojećih međunarodnih ugovora, nego države moraju poštovati u svom ponašanju i norme međunarodnog prava višeg ranga (ius cogens norme), u koje spadaju i temeljna ljudska prava, sa ishodištem u pravu na život. U takvom pravnom okviru je primjetan porast sukoba između zaštite prava stranog investitora u međunarodnim investicijskim sporovima i zaštite temeljnih ljudskih prava. Pravo na vodu, kao indirektno pravo na život, poseban je indikator navedenog sukoba u praksi međunarodnih investicijskih tribunala. Postavlja se pitanje prvenstva prava, odnosno pitanje koje obaveze za države, po međunarodnom pravu, imaju prioritet: zaštita stranih investicija ili zaštita temeljnih ljudskih prava, a naročito prava na vodu? Dosadašnja praksa međunarodnih investicijskih tribunala je raznovrsna i nekonzistentna po tom pitanju, odnosno ne daje jasan odgovor na ovo ključno pitanje.*

Ključne riječi: *Međunarodne investicijske arbitraže, temeljna ljudska prava, pravo na vodu, ius cogens norme, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, suprematija.*

* mahir.muharemovic@kas.de

1. Uvod

Iako se, na prvi pogled, u ovom radu spaja „nespojivo“, odnosno stavljaju se u korelaciju međunarodni investicijski ugovori sa ljudskim pravima, tokom izlaganja ove, nadasve, interesantne materije, argumentovano će se prikazati da ljudska prava i te kako igraju važnu ulogu unutar međunarodnog investicijskog režima. Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Zbog navedenog, ljudska prava imaju svoje mjesto u sferi međunarodnog investicijskog prava. Štaviše, ljudska prava su posebno bitna u međunarodnoj trgovini i stranim ulaganjima, u kojima se kao ključni akteri pojavljuju države i moćne multinacionalne korporacije, bez efektivnog učešća pojedinaca, odnosno grupa, koji su potencijalno pogođeni sporazumima iz oblasti trgovine i investicija.

Države se u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama nalaze u pasivnoj ulozi, jer su uvijek tužena strana¹. Shodno tome, države mogu samo reagovati na tvrdnje stranog investitora te iznositi svoje razloge i opravdanja za postupanje koje je okarakterisano od strane investitora kao kršenje investicijskog ugovora i prava investitora. Međutim, kako Sornarajah (2015: 300) primjećuje jednu očiglednu „kočnicu“ razvoju neoliberalnog ekspanzionizma predstavlja „otkriće“ novih pravnih argumentacija tuženih država pred međunarodnim investicijskim arbitražama. Zbog navedenog, noviji ugovori su počeli da prepoznaju odbrane zasnovane na potrebi države da reguliše u javnom interesu, s ciljem da stvore ravnotežu u ugovorima između zaštite ulaganja i regulatornog prostora države-domaćina radi djelovanja u javnom interesu. Diskusija i priznavanje ovih odbrana od odgovornosti u posljednjih nekoliko odluka arbitražnih tribunala ima za posljedicu neizvjesnost zaštite investitora. Ovim je učinjen pomak sa pozicije apsolutne zaštite investitora do pozicije kvalifikovane zaštite investitora (Sornarajah, 2015: 302). Odbrane koje se pojavljuju su rezultat sukoba interesa, odnosno sukoba do sada fragmentiranih režima. U ovom sudaru vrijednosti na kojima su nastala pojedina područja međunarodnog prava u periodu njegove fragmentacije, reintegracija ovih fragmentiranih područja u zajedničke principe je nužna, a na osnovu konstruisanja jasne hijerarhije vrijednosti. U neoliberalnom periodu, veću vrijednost je imala zaštita stranih investicija, kao osnov ekonomskog razvoja. Ta teza više nije održiva. Kao rezultat toga, razvija se pravo koje nastoji demontirati vrijednosti neoliberalizma. Dakle, prava investitora, zagarantovana bilateralnim ugovorom, ne mogu se koristiti kako bi se kršili principi prava ljudskih prava (Sornarajah, 2015: 319). Tako, država porijekla investitora

1 Samo nekoliko bilateralnih investicijskih ugovora (BIU) dozvoljava državi da pokrene postupak pred međunarodnom investicijskom arbitražom, ali takvi postupci do sada nisu pokrenuti (Kube & Petersmann, 2016: 80).

ne može štiti prava svog državljana koji krši ljudska prava. Vrhovni sud SAD je priznao nadležnosti sudova za američke multinacionalne korporacije koje krše međunarodno pravo dok posluju u stranim državama (vidi: *Sosa V. Alvarez-Machain et al.*, (03-339) 542 U.S. 692 (2004); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. (2013)). Također, engleski sudovi su utvrdili građansku odgovornost matičnih kompanija čije podružnice u inostranstvu svojim poslovanjem prouzrokuju štetu u stranim državama (vidi predmete protiv kompanija: *Tonkolili Iron Ore Ltd*, *Equion Energia Ltd* i dr.²). Sami državljani, koji su djelovali u suprotnosti sa principima ljudskih prava, ne mogu tražiti zaštitu po investicijskim ugovorima od strane države svog porijekla. Nadalje, bilo bi teško tvrditi da država porijekla investitora nema obavezu da spriječi svoje korporacije da saučestvuju u kršenju ljudskih prava. Ako to kršenje ljudskih prava uključuje kršenje *ius cogens* normi, jasno je da neće biti odgovornost u državi domaćina. Umjesto toga, odgovornost stranih investitora treba da se utvrdi pred posebnim tribunalima, a ne pred investicijskim arbitražama. Tako u slučaju *Desert Line v. Yemen* uključena je bila i mogućnost genocida. Prethodna praksa arbitražnih tribunala ukazuje da su investicijski ugovori koji uključuju ropstvo ili podmićivanje ništavni po svojoj prirodi (Sornarajah, 2015: 321). S druge strane, treba konstatovati da se nije do sada jasno, konzistentno i jednoobrazno, kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža, razvilo stajalište prema kojem strani investitor koji krši *ius cogens* norme ne uživa zaštitu (De Wet & Vidmar, 2012: 498).

Zbog svega navedenog, predmet ovog istraživanja je, upravo, situacija kada su prava investitora suprostavljena temeljnim ljudskim pravima. U radu je, radi boljeg i jasnijeg razumijevanja tematike, pravo na vodu uzeto kao primjer temeljnog ljudskog prava koje se narušava ponašanjem pojedinih stranih investitora. Ovo pravo će biti analizirano kako kroz svoju teorijsku dimenziju (definiciju i položaj u međunarodnom pravu), tako i kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža (predmeti u kojima je pravo na vodu tangirano). Cilj istraživanja je određivanje hijerarhijskog odnosa (u međunarodnom pravu) temeljnih ljudskih prava (kroz primjer prava na vodu) prema pravima investitora u režimu međunarodnih investicija.

2. Odnos prava investitora i ljudskih prava

Uobičajan je pristup da se sistem za zaštitu investitora i sistem za zaštitu ljudskih prava promatraju kao dva odvojena režima u međunarodnom pravu. Naime, zajednički je osjećaj da su ljudska prava tipičan atribut pojedinaca, ljudskog bića. Strani investitori mogu, naravno, biti pojedinci, ali najčešće se radi o kompani-

² Izvor: <http://conflictflaws.net/2016/uk-court-on-tort-litigation-against-transnational-corporations/> (pristup: 01. 10. 2018).

jama ili, općenito, o pravnim licima (Dupuy et al., 2009: 45), koje imaju kapacitet da zaključe međunarodne sporazume. To je, vjerojatno, jedan od razloga zašto norme koje se tiču ljudskih prava nisu tako često predmet raspravljanja pred investicijskim arbitražama. Ipak, ne može se poreći činjenica da se sve više pitanja vezanih za zaštitu ljudskih prava postavlja pred investicijskim arbitražama, a sve u interakciji sa međunarodnim investicijskim pravom (Berzero, 2014:18–19). Ovdje treba primijetiti da su ljudska prava koja su zaštićena u vodećim konvencijama o ljudskim pravima i nacionalnim ustavima fokusirana na građanske i političke slobode. U većini slučajeva njihov originalni cilj bio je da zaštiti pojedince i grupe protiv zloupotrebe vlasti od strane vlada. Stoga, postavlja se opravdano pitanje kako ova građanska i politička prava mogu imati ikakve veze sa pitanjima kao što su garancije poslovnih kredita i sl. (Collins, 2012: 2). Međutim, s druge strane, međunarodno investicijsko pravo, kao cjelina, ne može predstavljati zaseban i nezavisan režim, odvojen od općeg međunarodnog prava (Braun, 2013: 39). Tako je bitno istaći, prema Simma-u (2011: 584), da se prilikom tumačenja odredbi BIU, barem indirektno prilikom definisanja smisla pojedinih pojmova BIU, trebaju uzeti u razmatranje međunarodni ugovori o ljudskim pravima (ako su obje strane potpisnice BIU i potpisnice relevantnog međunarodnog ugovora o ljudskim pravima), a sve prema odredbama člana 31(3) (c) *Bečke konvencije o pravu ugovora*.

Iako su oba pravna režima (investicijsko pravo i ljudska prava) razvila na proceduralnom nivou skoro suprotstavljene karakteristike (ljudska prava se odnose na sva ljudska bića dok su prava investitora rezervisana za investitore na osnovu državljanstva; ne postoji obaveza kod investitora da iscrpi sve domaće pravne lijekove prije obraćanja arbitraži; mehanizam izvršenja je u arbitražnim postupcima efikasniji i dr.), određene materijalno pravne odredbe (standardi) u međunarodnom investicijskom pravu imaju karakteristike ljudskih prava (npr. pravo na kompenzaciju u slučaju eksproprijacije; pravo na pošten i pravičan tretman, bez diskriminacije i dr.), dok su druge u fazi kretanja prema ljudskim pravima (Klein, 2012: 206). Tako u predmetu *Biloune v. Ghana* (UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, Oct. 27, 1989) investitor, pored tvrdnji o nepoštivanju ugovornih odredbi, istakao i tvrdnju da su mu prekršena ljudska prava, jer je neosnovano i arbitrarno lišen slobode (u ovom slučaju arbitražni tribunal se oglasio nenadležnim po pitanju kršenja ljudskih prava). Slično u predmetima *Corona Materials v. Dominican Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3) i *Philip Morris v. Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7) u kojima se investitor pozvao na grubo kršenje prava na “pristup pravdi” zbog odluka upravnih organa države-domaćina, a u predmetima *Philip Morris v. Uruguay* i *Rusoro Mining v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), investitor je istakao prigovor kršenja prava na imovinu nezakonitom eksproprijacijom.

Tokom konstantne evolucije BIU primijećena je određena neravnoteža između prava i obaveza stranaka u BIU, pa je danas uspostavljeni režim u BIU podložan kritikama, jer se stranim investitorima daju široke ovlasti i prava u odnosu na državu-domaćina, konkretnije, u odnosu na same građane te države (Berzero, 2014: 7–9). Ipak, treba primijetiti da u slučajevima investicijskih arbitraža baziranih na BIU, arbitri se moraju pozvati na druge sisteme, kao npr. na ljudska prava, jer nije moguće odrediti sadržinu prava vezanih za eksproprijaciju ili pošten i pravičan tretman analizirajući samo odredbe bilateralnih investicijskih ugovora (Castillo, 2012: 67). U tom smislu, primjer iz arbitražne prakse je predmet *Tecmed vs Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2). U spomenutom predmetu arbitražni tribunal se pozvao na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) kako bi odredio opravdanost eksproprijacije investitora od strane države, koristeći se analizom proporcionalnosti mjera javne vlasti. Isto tako u predmetu *Azurix vs The Argentine Republic*, 2006 (ICSID Case No. ARB/01/12) arbitražni tribunal se referisao na praksu ESLJP kako bi odredio šta se podrazumijeva pod eksproprijacijom.

3. Međunarodni investicijski ugovori i kršenja ljudskih prava

Što se tiče same interakcije ljudskih prava i prava investitora, u teoriji postoje dva oprečna stajališta. Tako, Fry (2007) tvrdi da arbitražni tribunali primjenjuju zakone koji su kompatibilni i podržavaju ljudska prava. Međutim, njegova analiza se bavi raspravom iz perspektive osnovnih prava koja pripadaju investitorima. Svi slučajevi koje analizira spomenuti autor bave se situacijama u kojima su prava investitora bila narušena, odnosno u kojima se raspravljalo o pitanjima opravdanosti eksproprijacija pozivanjem na razloge javnog interesa i sl.

S druge strane, javni interes može implicirati pitanja koja su od zajedničkog interesa za cijelo čovječanstvo. Primjeri ovog uključuju pitanja zaštite okoliša i ljudskih prava. U tom kontekstu, pitanja od javnog interesa mogu se izjednačiti sa ekonomskim pojmom javnih dobara. Dakle, predmet javnih usluga zaštite okoliša, opskrbljivanja vodom za piće i dr. su javna dobra (Choudhury, 2008: 791), što je ujedno i predmet pojedinih investicijskih ugovora putem koncesija i sl. Postalo je jasno da je regulatorna funkcija država u tim segmentima ugrožena (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 6).

Problem je otežan obeshrabrujućim efektima odluka arbitražnih tijela kojima su države kažnjene dosuđivanjem ogromnih iznosa na ime naknade štete investitorima za donošenje propisa za zaštitu okoliša, sigurnosti hrane, pristup generičkim lijekovima i smanjenje pušenja, pristup pitkoj vodi i sl. Posmatrači

su primijetili nazadovanje u zaštiti prava, uključujući prava na život ³, hranu (Human Rights Council, Doc. A/ HRC/ 25/ 57), vodu i kanalizaciju, zdravlje, stanovanje, obrazovanje, kulturu, standarde rada, nezavisno sudstvo, čist okoliš i pravo da čovjek ne bude podvrgnut prisilnom preseljenju. Dakle, primjetan je trend sve većeg broja investicijskih sporova u kojima su investitori osporili osjetljive nacionalne zakonodavne i administrativne mjere. To uključuje i sporove u okviru NAFTA-e u kojima su investitori osporili ekološke i socijalne regulacije država (Spears, 2011: 272).

Nadalje, postoje ozbiljne zamjerke i na rad arbitražnih tribunala u pogledu zaštite ljudskih prava, pa tako se navodi da je među glavnim prijetnjama za demokratski i pravedan međunarodni poredak rad arbitražnih tribunala koji se ponašaju kao da su iznad međunarodnog režima ljudskih prava, te da su te arbitraže čuvari korporativnog interesa umjesto javnog interesa (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 9). U 2009. godini švedski energetske konglomerat *Vattenfall* tužio je Njemačku na osnovu Evropske energetske povelje, tražeći isplatu na ime naknade štete od 1,4 milijarde eura, jer je Njemačka država svojim propisima nastojala zaštititi rijeku Elbu od nekontrolisanog ispuštanja vode za hlađenje iz postrojenja navedene kompanije. Tek nakon što je Njemačka vlada pristala da spusti ekološke standarde, postignut je sporazum. Međutim, nakon katastrofe u Fukušimi njemačka javnost je počela zagovarati zatvaranje svih atomskih centrala, a kojem zahtjevu su njemačke vlasti udovoljile odlukom o zatvaranju svih atomskih centrala, što je dovelo do nove tužbe *Vattenfall*-a u iznosu od 4 milijarde eura na ime naknade štete. Slučaj *Aguas del Turani S. A. protiv Republike Bolivije* ticao se ugovora kojim je privatizirana opskrba vode u gradu Cochabamba, u vidu četrdesetogodišnje koncesije. Navedeni ugovor je sklopljen pod patronatom Svjetske banke kao uvjet za kredit. Većinski vlasnici navedene kompanije-koncesionara bile su američka kompanija *Bechtel* i španjolska kompanija *Spanish multinational Abengoa*. Nakon potpisivanja ugovora o koncesiji, došlo je do naglog povećanja cijene vode, što je dovelo do masovnih demonstracija stanovništva koje je tražilo svoje pravo na pristup pitkoj vodi pod prihvatljivim cijenama. Odgovor vlade je bio brutalan, te su uz pomoć vojske razbijene demonstracije, a tek nakon smrti jednog sedamnaestogodišnjeg tinejdžera vlada je raskinula ugovor o privatizaciji sa kompanijom *Aguas*, što je dovelo sa druge strane do podizanja tužbe pred međunarodnom arbitražom u vrijednosti od 50 miliona dolara (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 11–12). U tom kontekstu ističe se tvrdnja da „najvažnije

3 Pravo na život je uvijek ugroženo kada jedna osoba umire zbog neadekvatnog pristupa lijekovima jer su farmaceutske kuće privatizirale pojedine lijekove putem patentiranja, što otežava proizvodnju jeftinijih generičkih lijekova. Pravo na život je, također, povrijeđeno kada se farmerima i drugim radnicima uništavaju kroz slobodnu trgovinu izvori prihoda, bez adekvatne regulatorne zaštite države.

pravo države-domaćina – pravo da reguliše nije sastavni dio poklona datog u obliku investicijskog ugovora“ (Subedi, 2008: 170).

Na kraju, treba istaći zanimljivu empirijsku analizu Bodea & Ye (b. d.) prema kojoj države koje ratifikuju veći broj BIU-a imaju lošiju zaštitu ljudskih prava, te da time BIU negativno utiču na zaštitu ljudskih prava u nedemokratskim državama.⁴

4. Primjena ljudskih prava pred međunarodnim investicijskim arbitražama

Tokom mnogih postupaka pred investicijskim tribunalima, ponekad od strane tužitelja (strani investitori)⁵ a ponekad od strane tužene države⁶, iznijeta je argumentacija o primjenjivosti ljudskih prava u konkretnim sporovima. U tom pogledu, investicijski tribunali su ponudili razne razloge zbog kojih imaju rezervirani pristup u primjeni instrumenata ljudskih prava u investicijskim sporovima. Ti razlozi uključuju nedostatak dovoljno razrađenih argumenata od strane stranaka, nedostatak nadležnosti i razlike između dviju grana međunarodnog prava (Baetens, 2013: 89). Generalno govoreći, međunarodni arbitražni tribunali nemaju jurisdikciju da utvrđuju povrede ljudskih prava. Kao tribunali ograničene jurisdikcije arbitraže mogu samo utvrditi da li je određena odredba investicijskog ugovora povrijeđena. Međutim, ovo ne znači da se međunarodno pravo ljudskih prava ne može primjenjivati i da se odredbe investicijskih ugovora ne mogu tumačiti u skladu sa ljudskim pravima. Postoji rastuća spoznaja da investicijski sporovi nisu „izolirani od dinamike i napetosti ostatka pravnog svemira, i stoga imaju potencijal da utiču na ljudska prava“ (Meshel, 2015: 278).

Jasno je, naime, da međunarodne arbitraže, kao međunarodna tijela, ne egzistiraju samostalno, van međunarodnopravnog okvira, a u koji spadaju, svakako, međunarodno priznata ljudska prava. Međunarodne arbitraže su formirane međunarodnim ugovorima, po pravilima Bečke konvencije i međunarodnog običajnog prava, a države potpisnice pored obaveza iz investicijskih ugovora imaju i druge obaveze po međunarodnom pravu. Ipak, praksa arbitraža po tom pitanju nije ujednačena.

Već 1980-ih godina jedno međunarodno arbitražno tijelo je priznalo činjenicu da druge međunarodne obaveze država, uspostavljene drugim ugovorima, mogu biti relevantne prilikom iznošenja opravdanja za kršenje investicijskih ugovora

4 Analiza dostupna na: http://wp.peio.me/wpcontent/uploads/PEIO9/102_80_1432544970788_Bodea_Ye_25_05_2015_peio.pdf

5 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Yukos v. Russia* ili *Desert Line Projects v. Yemen*.

6 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Southern Pacific Properties Limited v. Egypt* ili *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*.

na štetu investitora. Riječ je, naime, o slučaju *SPP v. Egypt (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3, Award of May 20, 1992, 32 I.L.M. 933 (1993), par. 154). U tom slučaju arbitri su ozbiljno razmatrali pitanje da li obaveze Egipta po UNESCO-voj Konvenciji o zaštiti kulturnog naslijeđa imaju relevantnost u predmetnom slučaju kršenja obaveza iz investicijskog ugovora. Iako navedena arbitraža nije usvojila na kraju ovaj prigovor Egipta, jer je investicijski ugovor ranije potpisan, prije stupanja na snagu same Konvencije, ipak je ovaj prigovor ozbiljno razmatran kao legitimna odbrana države pred međunarodnom arbitražom. Dakle, i po samoj Bečkoj konvenciji (član 31.3. c.) arbitri su dužni tumačiti investicijske ugovore u svjetlu relevantnih pravila međunarodnog prava primjenjivih u odnosu na ugovorne strane. Iako arbitri često ne koriste ove odredbe Bečke konvencije, po međunarodnom pravu bi bili dužni učiniti to (Peterson, 2009: 22). Primjer navedenog predstavlja odluka arbitražnog tribunala u predmetu *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America*. NAFTA Award (12 January 2011) koji je odbio uzeti u razmatranje druge izvore međunarodnog prava prilikom tumačenja odredbi NAFTA-e. Tako i Đajić (2015) primjećuje da se u međunarodnoj investicijskoj praksi odstupa od općeg pravila o tumačenju te da postoji tendencija davanja prednosti pojedinim metodima tumačenja kao što je to ciljno tumačenje. Isti autor kritikuje ovu tendenciju i smatra da nisu ubjedljivi razlozi arbitražnih sudova koji prednost daju ciljevima iz preambule u odnosu na dispozitivni dio međunarodnih ugovora, i da su protivni općem pravilu o tumačenju. Na kraju, navedeni autor smatra da opredjeljivanje arbitražnih sudova da ciljno tumače međunarodne ugovore o zaštiti stranih ulaganja, uglavnom, vodi ka proinvestitorskom stavu u njihovim odlukama. Nadalje, Peterson (2009: 21) primjećuje da arbitraže uopće nemaju u vidu druge međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, pogotovo odredbu o poštivanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda sadržanu u *Povelji Ujedinjenih nacija iz 1945. godine* (Povelja UN-a). Ipak, u predmetu *Chevron Corporation (U. S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador* (PCA Case No. 34877, Interim Award, para.244, Dec. 1, 2008), arbitražni tribunal konstatuje (iako se kasnije u odluci ne bavi ovim pitanjem) da "...interpretacija odredbi BIU treba biti u svjetlu pravila međunarodnog prava..." Slično navedenom, iako je primjena međunarodnog prava eksplicitno navedena u predmetnom BIU, arbitražni tribunal u predmetu *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon* (ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, Sept. 11, 2009) bavio se pitanjem koji međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava se odnose na tuženu državu, posebno ističući Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

Iako su neki arbitražni tribunali odbacili tvrdnje ove vrste pozivajući se na nadležnost, i ovi tribunali su ipak naglašavali važnost ljudskih prava i njihovu

potencijalnu relevantnost u investicijskim sporovima. Ipak, pojedini arbitražni tribunali su utvrdili da takve tvrdnje ipak spadaju u okvire njihove nadležnosti. U seriji arbitraža između *Yukosa i Rusije* (vidi: UNCITRAL, PCA Case No. AA 227), na primjer, Tribunal je utvrdio da, iako nije bio "sud za ljudska prava", da pitanja ljudskih prava ipak spadaju u okvir njegove nadležnosti, odnosno da, konkretno, razmotri navode uznemiravanja i zastrašivanja kao srž koji formira činjenične tvrdnje tužitelja. Do sličnog zaključka su došli i arbitražni tribunali u predmetu *Desert Line Projects v. Yemen*, gdje je Tribunal utvrdio da su rukovodioci investitora "maltretirani i protivpravno zadržani", ili u predmetu *Funnkotter v. Zimbabwe*, gdje su protivpravne uzurpacije zemljišta od strane ratnih veterana dovele do napuštanja investitora zemlje (Meshel, 2015: 279). Suprotno navedenoj praksi, u predmetima *Quasar de Valors SICAV S.A. v. Russia* (SCC Case No. 24/2007, Award, para. 25, July 20, 2012) i *Veteran Petroleum v. Russia* (PCA Case No. AA 228, Final Award, para. 765, July 18, 2014) arbitražni tribunali su naglasili da ne postoji obaveza tribunala da se referiše na ljudska prava i praksu ESLJP, ali uz konstataciju da će se pitanjem ljudskih prava baviti kada je to potrebno.

Treba istaći i činjenicu da nisu sve međunarodne obaveze sadržane u ugovorima, nego da su neke sadržane i u običajnom međunarodnom pravu, koje obavezuje sve države bez obzira na njihov pristanak (*erga omnes* dejstvo). U tom kontekstu sadržinu običajnog prava u oblasti ljudskog prava je teško odrediti u cijelosti, jer je to oblast koja se stalno širi, ali zasigurno postoje ljudska prava koja su dostigla status običaja u međunarodnom pravu (Peterson, 2009: 22). Dakle, iako većina investicijskih ugovora ne sadrži odredbe o ljudskim pravima, to ne znači da ista nisu relevantna i primjenjiva u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama.

U velikom broju novijih slučajeva, arbitri su pribjegli sudskoj praksi sudova i tribunala za ljudska prava u toku tumačenja klauzula o eksproprijaciji u investicijskim ugovorima. Tako u slučaju *Mondev protiv SAD* (2002), po odredbama NAFTA-e, tribunal se susreo sa tvrdnjom investitora da sudovi SAD nisu istog tretirali u skladu sa "međunarodnim pravom", te uvažavajući ovakvu tvrdnju, tribunal se osvrnuo na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u pogledu prava na pristup sudu iz člana 6 (1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u svom obrazloženju. Dok u slučaju *CMS Gas Transmission protiv Republike Argentine* (2005) arbitri su odbacili prigovor Argentine o nužnosti mjera poduzetih protiv investitora uslijed finansijske krize, a radi zaštite ljudskih prava svojih građana.

U slučaju *Tecmed vs Mexico*, tužitelj Tecmed (španska firma) podnijela je tužbu protiv Meksika. U toj tužbi tužitelj je tvrdio da je izvršena eksproprijacija suprotno važećem BIU. Naime, tužitelj je osporio mjere Meksika, koje su bile

usmjerene ka zaštiti životne sredine, te kojim mjerama je bila zabranjena daljnja aktivnost tužitelja. Kako bi se ispitala pravičnost i proporcionalnost takve mjere, arbitražni tribunal je, pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ECHR), izvršio test proporcionalnosti (Castillo, 2012: 68).

U predmetu *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Indonesia*, tužilac je tvrdio da termin "osnovna prava" koji se koristi u investicijskom ugovoru uključuje i ljudska prava (vidi u: Kube & Petersmann, 2016: 75–78).

Dakle, kako se može vidjeti, investitori ističu usku primjenjivost ljudskih prava, vezanu za imovinska prava investitora i pravo na pravično suđenje, a raznovrsni arbitražni tribunali po pitanju primjenjivosti takvih ljudskih prava zauzimaju različita stajališta. S druge strane, u slučajevima kada države istaknu pitanje ljudskih prava, uvijek se radi o ugrožavanju ljudskih prava trećih lica, tj. građana države koja je poduzela mjere protiv investitora radi zaštite individualnih prava svojih građana.

5. Pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo

Nesporno je da se sva ona ljudska prava čije narušavanje dovodi do narušavanja prava na život mogu smatrati općim i temeljnim ljudskim pravima. Tako je i Evropski sud za ljudska prava ne samo okarakterizirao pravo na život, spomenuto u členu 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, kao najfundamentalniju odredbu Konvencije, nego je isto pravo podigao na najvišu vrijednost u hijerarhiji ljudskih prava (Klein, 2008: 486). Dakle, time Evropski sud za ljudska prava prihvata hijerarhiju ljudskih prava, na čijem vrhu se nalazi pravo na život, kao *ius cogens* pravo, ali ujedno kao i izvor svih drugih ljudskih prava.

Temeljna ljudska prava su navedena u *Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima UN-a* iz 1948. godine. Iako navedena Deklaracija formalno-pravno nije obavezujuća, ona je zasigurno postala obavezujuća kao dio međunarodnog običajnog prava (vidi: Alston & Goodman, 2012: 158), Tome u prilog ide i konstatacija Generalne skupštine UN-a izražena u Rezoluciji 2625 iz 1970. godine, prema kojoj „Principi koji su zapisani u važećoj Deklaraciji čine temeljne principe međunarodnog prava“, a imajući, pri tome, u vidu da su opći principi prava *ius cogens* karaktera (Montpellier, 2012: 17). Prema Betlehemu (2016) suprematija međunarodnog prava ogleda se, upravo, u obavezi zaštite ljudskih prava koja krše države. Ovdje treba naglasiti da postoji opće mišljenje da Povelja Ujedinjenih nacija čini ne samo osnovu savremenog međunarodnog prava već i glavni materijalni izvor normi *jus cogens-a* (Jović, b. d., s. 187).

Dakle, sva ona ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, koja štite samu egzistenciju čovjeka, a koja po automatizmu čine *ius cogens*

norme, čine korpus temeljnih ljudskih prava. Dakle, ta temeljna ljudska prava se *a priori* i *in concreto* definišu kroz pravo na život. Samim time, racionalno je argumentacijom *a maiore ad minus* izvući zaključak da ona ljudska prava koja potpadaju pod temeljna ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, spadaju u hijerarhijski nadređene norme u odnosu na ostale norme međunarodnog prava.

Imajući u vidu sve navedeno, jasno je da pravo na vodu spada u temeljno ljudsko pravo, jer navedeno pravo direktno utiče na pravo na život, a koju vezu je, također, potvrdila Američka komisija za ljudska prava u svom *Izvještaju o stanju ljudskih prava u Ekvadoru* (1997).

Pravo na vodu možda nije pravno obavezujuće pravo, ali se spominje u nekoliko važnih univerzalnih i regionalnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava (Dupoy *et al.* 2009: 488). Ipak, ovo pravo se pojavljuje već u Ženevskim konvencijama sa protokolima u kojima je navedeno da se ratnim zarobljenicima mora obezbijediti dovoljna količina pitke vode⁷, te da je zabranjeno uništavanje infrastrukture povezane sa snabdjevanjem stanovništva pitkom vodom.⁸ Također, ovo pravo se spominje u *Konvenciji za eliminaciju diskriminacije protiv žena* (1979) u kojoj se države potpisnice obavezuju (vidi član 14-2h) da osiguraju ženama u ruralnim područjima adekvatan životni standard, a posebno pristup pitkoj vodi. Članovi 24(1) i 2(c) *Konvencije o pravima djeteta* (1989) indirektno sadrže ovo pravo, u sklopu obaveze državama da obezbijede sve uslove u borbi protiv bolesti i nehranjenosti djece.

Tijela Ujedinjenih nacija sve više naglašavaju pravo na vodu kao ljudsko pravo, što se može zaključiti iz nekoliko međunarodnih dokumenata kao npr. *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* ili *Konvencije o pravima djeteta*. Tako *UN Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava* u svom Komentaru broj 15 (2002, para. 3) na odredbe člana 11 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine ističe „da pravo na vodu zasigurno spada u kategoriju garancija koje su esencijalne za osiguranje adekvatnog standarda života, posebno što je to pravo jedno od najfundamentalnijih preduslova za preživljavanje“, te posebno naglašava (2002, para. 12) da „voda i vodosnabdjevanje moraju biti dostupni svakome, bez diskriminacije, unutar jurisdikcije države potpisnice“. Shodno tome, države moraju osigurati da prilikom sklapanja međunarodnih ugovora (posebno investicijskih) takvi ugovori negativno ne utiču na ostvarivanje prava na vodu (2002, para. 35). Tako i Generalna skupština UN-a, Rezolucijom broj 64/292 od 28. jula 2010. godine,

7 Vidi Ženevsku konvenciju III, član 29.

8 Vidi član 54 Protokola I (1977) na Ženevsku konvenciju iz 1949. godine i član 14 Protokola II (1977).

priznaje pravo na sigurnu i čistu pitku vodu kao ljudsko pravo koje je esencijalno za pravo na život i sva druga ljudska prava. U tom duhu, nekoliko mjeseci kasnije, Vijeće za ljudska prava UN-a (HRC Res. 15/9 od 30. septembra 2010. godine) ističe da „pravo na pitku i sanitarnu vodu proističe iz prava na adekvatan standard života i da je neizbježno povezano sa pravom na najviši dostupni standard fizičkog i mentalnog zdravlja, kao i sa pravom na život i ljudsko dostojanstvo“. Da bi se pravo na vodu u punom kapacitetu realizovalo, a kako je navedeno u spomenutim dokumentima, voda mora biti: dostupna u dovoljnim i stalnim količinama za svakodnevne potrebe čovjeka, fizički pristupačna za svakoga u neposrednoj blizini mjesta boravka, dostupna po prihvatljivoj cijeni za sve ljude i mora biti prihvatljiva sa aspekta njene upotrebe (Marrella, 2010: 341). Na kraju, bitno je naglasiti i da novija praksa Evropskog suda za ljudska prava, širim tumačenjem odredbi Evropske konvencije, ima tendenciju kristalizacije obaveze država-potpisnica da obezbijede zdravu životnu sredinu, što uključuje i moguću pristup pitkoj vodi (vidi više u: Vučić, 2017: 521–522).

6. Relevantna praksa pred međunarodnim arbitražama vezana za pristup pitkoj vodi

Pred međunarodnim investicijskim arbitražama sve češće se postavlja pitanje narušavanja prava na pristup pitkoj vodi uslijed ponašanja stranih investitora. U posljednjoj dekadi postojalo je dvanaest javno dostupnih takvih predmeta, od toga deset protiv Argentine, a ostala dva protiv Bolivije i Tanzanije.⁹ U nastavku ćemo analizirati neke od značajnijih.

⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/01/12); *Aguas del Tunari S. A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case no. ARB/02/3); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/03/30); *SAUR International v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/04/4); *Anglian Water Group v. Argentine Republic*, UNCITRAL arbitration filed in 2003; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case no. ARB/05/22); *Impregilo S. p. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/17); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/26).

6.1. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic*

Jedan od najpoznatijih slučajeva pred međunarodnim arbitražama, a vezanih za pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo, jeste slučaj *Aguas Argentinas S. A. protiv Republike Argentine* koji je proistekao iz činjenice da je Argentina ograničila maksimalnu cijenu vode, jer je investitor (konglomerat od nekoliko stranih kompanija), nakon privatizacije vodosnabdjevanja, povećao cijene pitke vode što je u velikoj mjeri ugrozilo pravo velikog broja stanovništva, a koje je bilo pogođeno teškom finansijskom krizom, na pristup pitkoj vodi. U navedenom sporu Argentina, i nekolicina nevladinih organizacija, pojavljujući se u svojstu *amicus curiae*, istakli su da se obaveze po predmetnom investicijskom ugovoru moraju sagledati u kontekstu drugih međunarodnih obaveza Argentine, posebno u smislu zaštite ljudskih prava. Dakle, Argentina je pravdala indirektnu eksproprijaciju investitora (zamrzavanja cijene vode) svojom obavezom po međunarodnom pravu da zaštiti temeljna ljudska prava svojih građana, te da je time takva reakcija bila legitimna i srazmjerna po međunarodnom pravu, a ne indirektna eksproprijacija po bilateralnom investicijskom ugovoru (Peterson, 2009, s. 28). Nadalje, Argentina je istakla da nije prekršila ni odredbu o „poštenom i pravičnom tretmanu“ investitora, jer su poduzete mjere bile rezultat vanrednog stanja uzrokovanog finansijskom krizom, a koje su za cilj imale da obezbijede velikom dijelu svog stanovništva pristup vodi (u ekonomskom i fizičkom smislu), a kao jednom od temeljnih ljudskih prava (Peterson, 2009, s. 30). Na kraju, Argentina je istakla da nije prekršena ni odredba o pravu „legitimnog očekivanja“ investitora, jer isto pravo ne može postojati u uslovima nagle inflacije domaće valute i povećanja cijene vode.

Međutim, arbitražni tribunal nije prihvatio argumentaciju Argentine u smislu superiornosti ljudskih prava u konkretnom slučaju, ističući da obaveze Argentine po međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima nisu nekonzistentne i u kontradiktornosti sa obavezama iz predmetnog investicijskog ugovora, te da je Argentina mogla ispoštovati i jedne i druge obaveze (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic*, 2010, para. 260–262). Arbitri su striktno tumačili istaknutu odbranu krajnje nužde od strane Argentine kako bi ista opravdala svoj neuspjeh da revidira tarifu vode prema odredbama ugovora o koncesiji, te su zaključili da Bečka konvencija o pravu ugovora za primjenu ovog instituta (krajnje nužde) postavlja stroge uslove koji prevazilaze po ozbiljnosti jednu finansijsku krizu, a kako bi poduzete mjere države, u konačnici, mogle se smatrati opravdanim u smislu krajnje nužde.

„Jačina krize, bez obzira na stepen, nije dovoljna kako bi se država pozvala na institut krajnje nužde s ciljem ekskulpiranja od obaveza iz ugovora. Međunarod-

no običajno pravo, kako je navedeno i u članu 25 Nacrta članova o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, postavlja dodatne uslove. Razlog tome leži u činjenici da sve države, velike i male, povremeno se suočavaju sa krizama raznih razmjera, te ako bi se svakoj od njih dozvolilo da u takvim situacijama izbjegnu svoje ugovorne obaveze došlo bi do ugrožavanja samih temelja međunarodnog prava i stabilnosti međunarodnih odnosa“ (para. 258).

„...Tribunal smatra neosnovanim pozivanje Argentine na stanje krajnje nužde ...jer mjere kojima je Argentina prekršila odredbe BIU nisu bile jedine moguće mjere kako bi se zaštitio javni interes i Argentina je sama doprinijela nastanku vanredne situacije u periodu od 2001. do 2003. godine“ (para. 265).

Ipak, kako je vidljivo iz samog obrazloženja ove odluke, arbitražni tribunal priznaje postojanje i drugih međunarodnih obaveza država koje treba uzeti u obzir zajedno sa obavezama iz samih investicijskih ugovora. Međutim, prilikom donošenja ovog zaključka, Tribunal se nije direktno bavio pitanjem prava na vodu ili njegovog statusa u međunarodnom pravu. Također, ne spominje se ni veza između prava na vodu i prava na život.

6.2. SAUR International v. Republic of Argentina

U predmetu SAUR International v. Republic of Argentina, činjenično stanje bilo je skoro identično kao u predmetu *Aguas v. Argentina*, s tom razlikom da je arbitražni tribunal u ovom predmetu zauzeo bitno drugačiji stav. Naime, ovaj tribunal je pokazao veće razumijevanje važnosti prava na vodu, kako iz perspektive države, koju je Tribunal definisao kao “javni servis prvorazredne nužnosti”, tako i iz perspektive stanovništva, za koje je voda “temeljno pravo”. U ovom scenariju, arbitražni tribunal izričito je priznao da, s obzirom na samu prirodu prava na vodu, jedan pravni sistem mora ostaviti široke ovlasti javnim vlastima kako bi to pravo zaštitile. Arbitražni tribunal nije ostao na tome: nakon što je prihvatio da su prerogativi suverene države “kompatibilni” sa pravima investitora pod BIU, Tribunal je smatrao da pravo na vodu i prava investitora pod BIU se nalaze na različitim nivoima, i da kada strani investitori upravlja takvim javnim servisom “prvorazredne nužnost”, isti se nužno nalazi u situaciji “ovisnosti” od javne vlasti, koja ima, i dužna je, da svoje posebne ovlasti koristi kako bi garantovala uživanje “temeljnog prava na vodu”.

Ipak, pojedinosti o ovom slučaju nisu dozvolile državi-domaćinu da izbjegne plaćanje naknade štete investitoru, s obzirom na to da je argentinska pokrajina koristila svoje legitimne ovlasti tek nakon što je prekršila svoje obaveze iz ugovora o koncesiji. Data pokrajina nije prekršila prethodno odredbe tog ugovora, postojala bi velika mogućnost da arbitražni tribunal mjere države-domaćina svrsta u kategoriju legitimnih regulatornih ovlasti, nužne kako bi se osiguralo

uživanje temeljnih prava; a što ne bi onda dovelo do plaćanja naknade štete investitoru.

“Temeljno pravo na vodu i pravo investitora na koristi od zaštite koju nudi BIU funkcionišu na različitim nivoima. Koncesionar javne službe od vitalnog značaja se nalazi u situaciji ovisnosti od javne uprave, koja ima posebne ovlasti kako bi garantovala uživanje temeljnog prava na vodu” (para. 331).

6.3. Urbaser v. Argentina

Investicijski arbitražni tribunali rijetko ispituju suštinski argumente države-domaćina koji se temelje na međunarodnom pravu ljudskih prava. U predmetu ICSID arbitraže *Urbaser v. Argentina* prvi put je data detaljna diskusija na istaknute protivzahtjeve tužene države koji se temelje na pravu ljudskih prava. Spor u *Urbaser v. Argentina* je nastao kao rezultat finansijske krize u Argentini u periodu 2001–2002. Tužilac je bio dioničar u jednom koncesionaru koji pruža usluge vodovoda i kanalizacije u Buenos Airesu. Hitne mjere Argentine, izazvane finansijskom krizom, dovele su do finansijskog kolapsa i gubitka koncesije koncesionara. Tužilac je pokrenuo pred ICSID-om arbitražni postupak protiv Argentine zbog kršenja bilateralnog investicijskog ugovora (BIU) između Španije i Argentine. Argentina je podnijela protivtužbu na osnovu člana 46 ICSID Konvencije. Protivtužba tužene strane se temeljila na tvrdnji da neuspjeh koncesionara da pruži potrebnu razinu investicija u koncesiji je doveo do kršenja ljudskog prava na vodu. Tribunal u *Urbaser v. Argentina* je prvi arbitražni tribunal koji je prihvatio nadležnost za protivtužbu baziranu na tvrdnji kršenja ljudskih prava. Na taj način, pojednostavio je uslove za uspostavljanje nadležnosti kod ovakvih protivtužbi (Guntrip, 2017).

Navedeni Tribunal je utvrdio da postoji dovoljna veza između zahtjeva iz tužbe i zahtjeva iz protivtužbe države na osnovu toga što postoji očigledna činjenična veza između ta dva zahtjeva, jer oba zahtjeva proističu iz iste investicije (*Urbaser v. Argentina*, para. 1151). Ova pozicija je u suprotnosti sa odlukama ranijih arbitraža koje su tražile pravnu vezu između zahtjeva (npr. *Saluka v. Czech Republic*). Dozvoljavajući činjenične veze, Tribunal potencijalno omogućuje podnošenje širokog spektra protivtužbi od strane tužene države (Guntrip, 2017). Tribunal je odbacio stav da pitanja ljudskih prava ne spadaju u njegovu nadležnost, jer nije bio uvjeren da istaknuti protivzahtjevi i sam investicijski spor se međusobno isključuju (*Urbaser v. Argentina*, para. 1154). Stoga, ako su odredbe arbitražnog sporazuma dovoljno široke, protivzahtjev koji se temelji na ljudskim pravima nije automatski isključen iz djelokruga člana 46 ICSID Konvencije. Nadalje, Tribunal je samo zahtijevao da država prezentuje *prima facie* činjenice koje bi bile dovoljne za uspostavljanje nadležnost (Guntrip, 2017).

„Podnositelji zahtjeva posebno tvrde da je bilo koji zahtjev podnesen pred ovim Tribunalom putem protivtužbe na temelju navodne povrede ljudskih prava izvan nadležnosti Suda...“ (para. 1154).

Tribunal zaključuje da je nadležan da se bavi zahtjevom iz protivtužbe u skladu sa članovima 25 i 46 ICSID Konvencije i članom X BIU-a, te da je taj zahtjev dopušteno ispitati u meritumu“ (para. 1155).

Arbitražni tribunal je uzvratio argument tužioca da BIU ne predviđa nikakve obaveze za investitora (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1182). Tribunal je ispitao arbitražnu klauzulu (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1187), klauzulu o važećem pravu (ibid., para. 1188) i član VII (1) BIU između Španjolske i Argentine (klauzulu o povoljnijem pravu) [ibid., para. 1192], od kojih sve klauzule dozvoljavaju pozivanje na izvore prava izvan BIU, uključujući druge ugovore i opšte međunarodno pravo. Shodno tome, Tribunal je utvrdio da BIU nije dio “zatvorenog sistema” (ibid., para. 1191). Umjesto toga, dati BIU omogućava tuženoj strani da se pozove na određene pravne izvore izvan BIU pri utvrđivanju obaveza koje bi vezale tužioca. Nadalje, Tribunal je odbacio tvrdnje tužioca da, kao nedržavni akter, nije vezan obavezama zaštite ljudskih prava (ibid., para. 1194). Tribunal smatra da su korporacije, uzimajući u obzir da su primaoci prava iz BIU, subjekti međunarodnog prava i mogu imati obaveze po međunarodnom pravu (ibid., para. 1195). Tribunal se, pri tome, pozvao na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (eng. skrać. UDHR) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (eng. skrać. ICESCR) kako bi utvrdio da je u konkretnom slučaju postojala obaveza iz spektra ljudskih prava, povezana sa pravom na vodu [ibid., para. 1196–1197]. Pored ovih prava, Tribunal je, koristeći se odredbama člana 30 UDLJP i člana 5 (1) ICESCR, utvrdio da su i privatna lica vezana obavezama iz ljudskih prava. Koristeći se terminologijom iz navedenih odredbi, Tribunal je zaključio da, pored ljudskih prava, u vidu prava na vodu, tu je i “obaveza koja se odnosi na sve, javne ili privatne subjekte, da ne učestvuju u aktivnostima koje su usmjerene na uništavanje takvih prava” (ibid., para. 1199). U smislu ove obaveze, prema tumačenju odredbi člana 30 UDHR i člana 5 (1) ICESCR navedenog Tribunala, tužilac (strani investitor) se ne može pozivati na svoja prava iz BIU kako bi kršio ljudska prava.

Međutim, Guntrip (2017) ističe ovdje da ova obaveza ne može proisteći iz tih odredbi. Član 30 UDHR i član 5 (1) ICESCR imaju za cilj sprečavanje namjernog pogrešnog tumačenja jedne obaveze iz spektra ljudskih prava da bi se opravdalo kršenje drugih ljudskih prava. Tako isti autor, ispravno, konstatuje, da je interpretacija prema kojoj se dejstvo člana 5(1) ICESCR proširuje na prava iz drugih ugovora, kao što su to BIU, u suprotnosti sa terminima korištenim u navedenom Paktu. Također, ovaj arbitražni tribunal nije razriješio koja to ljudska prava vežu

strane investitore. U skladu sa navedenim, Specijalni predstavnik UN za ljudska prava, nakon izvršene analize Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, dvije glavne UN-ove Konvencije o ljudskim pravima i drugih ključnih ugovora UN-a o ljudskim pravima, zaključio je da svi navedeni instrumenti za zaštitu ljudskih prava ne nameću nikakve direktne pravne obaveze korporacijama (Dupuy *et al.*, 2009: 87).

Do danas, nema poznatih slučajeva investicijskih sporova u kojima je država iznijela odbranu u kojoj tvrdi da je djelovala kako bi zaštitila temeljno ljudsko pravo (kao npr. pravo na vodu), kao pravo višeg reda. U predmetu *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic* (2009), arbitražni tribunal izrazio je mišljenje da se zaštita investitoru "ne bi trebala dati za investicije kojima za krše najosnovnija pravila za zaštitu ljudskih prava, kao što su investicije učinjene pod okolnostima mučenja ili genocida ili podrške ropstva ili trgovine ljudskim organima" (para. 78).

7. Zaključak

Kako je detaljno izloženo u ovom radu, prava stranih investitora, ponekad, mogu biti u direktnom sukobu sa ljudskim pravima, a koja je država domaćin dužna štiti, kako temeljem svog unutrašnjeg pravnog uređenja, tako, a na čemu je bio fokus ovog rada, temeljem preuzetih međunarodnih obaveza. Dakle, vidljivo je da odluke arbitražnih tribunala mogu uticati na ljudska prava pojedinaca, čime odluke arbitražnih tribunala ne djeluju samo *inter partes*.

Iz navedenih razloga nužno je staviti akcenat na zaštitu ljudskih prava i u segmentu međunarodnih investicijskih ugovora. Kako je u ovom radu detaljno analizirana praksa međunarodnih arbitražnih tijela u investicijskim sporovima, a kao jedini relevantni pokazatelj i odraz postojećeg međunarodnog investicijskog prava, nije teško doći do zaključka da postoji veliki deficit u zaštiti ljudskih prava pred međunarodnim arbitražnim tijelima, a što je u ovom radu empirijski prikazano kroz slučajeve ugrožavanja jednog od temeljnih ljudskih prava – prava na vodu.

Jasno je iz prethodne analize, da međunarodne investicijske arbitraže nemaju nadležnost da utvrđuju povrede ljudskih prava kao glavno pitanje, ali one moraju to pitanje uzeti u razmatranje kao argument i primjenjivo pravo prilikom odlučivanja o tome da li treba usvojiti zahtjev investitora za isplatu naknade štete, odnosno da li je država kršeći odredbe međunarodnog investicijskog ugovora postupala shodno međunarodnom pravu, odnosno višim pravnim normama koje regulišu temeljna ljudska prava sadržana u *ius cogens* normama.

U skladu sa navedenim, nadležne međunarodne investicijske arbitraže, u svakom pojedinačnom slučaju u kojem se istaknu od strane tužene države tvrdnje kršenja

temeljnih ljudskih prava, u većem obimu, od strane stranog investitora, naročito prava na vodu, trebale bi, kao prethodno pitanje, utvrditi postojanje činjenica koje bi potvrdile ili opovrgnule tvrdnje tužene države u tom pogledu. Ukoliko bi se utvrdilo postojanje odgovornosti stranog investitora za kršenja temeljnih ljudskih prava, međunarodni investicijski tribunali bi trebali odbacivati takve tužbe investitora, u formi odluke o nenadležnosti, jer ne postoji arbitrabilnost spora zbog prethodnog nedopuštenog kršenja normi međunarodnog prava višeg reda, a što je pitanje međunarodnog javnog prava, a ne međunarodnog trgovinskog prava. Alternativno, međunarodne arbitraže bi se mogle upustiti u meritum spora, te svojom meritornom odlukom utvrditi da su pojedine odredbe međunarodnih investicijskih ugovora ništavne (slučaj kršenja *ius cogens* normi) ili neprimjenjive u datim okolnostima jer je reakcija države bila usmjerena ka zaštiti temeljnih ljudskih prava, štiteći tako norme višeg ranga u međunarodnom pravu, što bi sve dovelo do odbijanja tužbenog zahtjeva stranog investitora. Takva praksa arbitražnih tijela u takvim slučajevima dovela bi do oslobađanja država od plaćanja enormnih naknada šteta investitorima kada države djeluju u skladu sa svojim prioritetnim međunarodnim obavezama, tj. kada štite temeljna ljudska prava.

Literatura/ References

Alston, P., Goodman, R. (2012). *International Human Rights - The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. Oxford: Oxford University Press.

Baetens, F. (ur.)(2013). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.

Berzero, R. (2014). *The Double-Edged Sword of Human Rights Treaties as a 'Lock-In Formula' for Countries Seeking Foreign Investments: The Extent to Which Host States Can Invoke Human Rights Provisions as a Defense against Foreign Investors*. (doktorska disertacija). Rim: Scuola Dottorale in Scienze Politiche.

Betlehem, D. (2016). *The Supremacy of International Law-Part One / Part Two*.

Bodea, C. & Ye, F. (b. d.). *Bilateral Investment Treaties (BITs): The Global Investment Regime and Human Rights*.

Braun, T. R. (2013). Globalization-driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights. *Jean Monnet Working Paper 04/13*.

Castillo, J. (2012). The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 47–84.

Choudhury, B. (2008). Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 775–832.

Collins, H. (2012). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 7

Đajić, S. V. (2015). O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, 577.

De Wet, E., Vidmar J. (2012). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Dupuy, P. M., Francioni, F. & Petersmann, E.U. (ur.) (2009). *Human rights in international investment law and arbitration*. New York: Oxford University Press.

Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, 77.

Garcia, L.G. (2013). The Role of Human Rights in International Investment Law.

Guntrip, E. (2017). Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?

Jović, Nj. (b. d.). Jus Cogens kao osnov ništavosti i kao osnov prestanka dejstva međunarodnog ugovora. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 183–200.

Klein, E. (2008). Establishing a hierarchy of human rights: Ideal or Fallacy? *ISR. L. REV.*, 41, 477–488.

Klein, N. (2012). Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right? *Goettingen Journal of International Law*, 4(1), 199–215.

Kube, V. & Petersmann, E.U. (2016). Human Rights Law in International Investment Arbitration. *AJWH*, 11 (1), 65–114.

Marrella, F. (2010). On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review*, 12, 335–359.

Meshel, T. (2015). Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, 6 (2), 277–307.

Montpellier, M. (2012). *Introduction au Droit International Public*. Moscow: CUF.

Peterson, E. L. (2009). *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*. Rights & Democracy: Montreal.

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights? *ICLQ*, 60, 573–596.

Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Spears, S. (2011). Making way for the public interest in international investment agreements. U: Brown S. i Miles K. (ur), *Evolution in investment treaty law and arbitration* (ss. 271–298). Cambridge: Cambridge University Press.

Subedi, S.P. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing.

Vučić, M. (2017). Ljudsko pravo na vodu između plemenite ideje i surove realnosti. *Pravni život*, 9, 515–528.

Relevantni međunarodni dokumenti:

Charter of the United Nations (1945).

Charter of Economic Rights and Duties of States. General Assembly resolution 3281 (XXIX)

New York, 12 December 1974. *European Energy Charter Treaty* (Dec. 17, 1994).

ESCR Committee (2002). *The Right to Water, General Comment No. 15*. UN Doc. E/C.12/2002/11.

Inter-American Commission on Human Rights. (1997). Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, doc 10 rev 1 ch VIII.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. (1966).

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. (1966).

North American Free Trade Agreement (Dec. 17, 1992, stupio na snagu 1. januara 1994).

The Universal Declaration of Human Rights (1948).

UN General Assembly (2010). *Dokument: Res. 64/292*.

UN Human Rights Council (2015). *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas*. Dokument: A/HRC/30/4.

UN Human Rights Council (2010). *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*. Dokument: Resolution No. 15/9.

Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969).

Popis relevantne prakse međunarodnih arbitraža i sudova:

AAPL v Sri Lanka, (Merits) 4 ICSID Rep 250.

AES Corporation v Argentina, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, ICSID Case No ARB/02/17.

AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sept. 23, 2010.

Al-Jedda v The United Kingdom. (2011). ECHR, applic no 27021/08, Judgment of 7 July 2011

Azurix Corp. v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/01/12.

Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (Oct. 27, 1989), 19 Y.B. Comm. Arb. 11 (1994).

Chevron Corporation (U.S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador (PCA Case No. 34877, Interim Award, 2, 3, 207 Dec. 1, 2008).

CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic (2003). Final Award, Separate Opinion of Sir Ian Brownlie. UNCITRAL.

Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3), Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016.

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2), Award, 4 April 2016.

EDFI v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23 Award, June 11, 2012.

EnCana v Ecuador (Merits) 12 ICSID 427, 476/184.

Enron and Ponderosa v Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3.

Feldman v. Mexico, Award of 16 December 2002, 18 ICSID-Rev.- FILJ 488 (2003).

Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America. NAFTA Award (12 January 2011).

Joy Mining Machinery, Ltd. v. The Arabic Republic of Egypt. Award on Jurisdiction. ICSID case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 569 U. S. (2013).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/02/1, Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/621>

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000.

Methanex v. United States, Transcripts for Merits, Hearing (2004).

Mondev International Ltd. v. USA. (2002). ICSID Case no. ARB/(AF)/99/2.

Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II) (PCA Case No. 2012-16), Partial Final Award. May 2016.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) JUDGMENT OF 20 FEBRUARY 1969. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.

Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, July 1, 2004.

Peter A. Allard v. The Government of Barbados (PCA Case No. 2012-06), Award, 27 June 2016.

Philip Morris International v. Australia. (2015).

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Award, 8 July 2016.

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic. (2009). ICSID Case No. ARB/06/5, April 15, 2009.

Revere Copper and Brass, Inc v Overseas Private Investment Corporation (Award, 24 August 1978) AAA Case No. 16/10/0137/76, 17 ILM 1321).

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), Award, 22 August 2016.

Salini Construttori SpA v. Marocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

Saluka Investments BV v. Czech Republic. (2006). Permanent Court of Arbitration.

S.D. Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL (First Partial Award of 13 November 2000).

SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan, ICSID case No. ARB/01/13, decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. the Republic of the Philippines, ICSID case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

Sosa V. Alvarez-Machain et al., (03-339) 542 U. S. 692 (2004).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt. (1992). ICSID Case no. ARB/84/3.

Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran before the Iran-US Claims Tribunal (Interlocutory Award, 4 Iran-US CTR, p. 122; 85 ILR).

SAUR International v. Republic of Argentina. ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Liability of 6 June 2012.

Suez, Societed General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic (2010). ICSID Case No. ARB/03/19. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/1057>

Total v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, Dec. 27, 2010.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon. ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (Sept. 11, 2009).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/documents/1088>.

Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama. (2016). Preuzeto sa: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf>

Quasar de Valors SICAV S. A. et al. v. Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, July 20, 2012.

Urbaser v Argentina. ICSID Case No. ARB/07/26.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany. (2012). ICSID Case No. ARB/12/12.

Veolia Propreté vs. Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/12/15.

Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. AA 228, Final Award (July 18, 2014).

Vivendi v Argentina (Annulment) 6 ICSID Rep 340, 365/96, 367/101.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

Mahir Muharemović, LL.D.

Research Associate,

Rule of Law Program South East Europe,

Konrad Adenauer Foundation

**PROTECTING FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BEFORE
INTERNATIONAL INVESTMENT TRIBUNALS, WITH
SPECIFIC REFERENCE TO THE RIGHT TO WATER**

Summary

The concept of human rights penetrates into all spheres of law, acting as a protective mechanism against the abuse of rights by States and other entities. Human rights are a “counterweight” to the development of the neoliberal expansionism, embodied in the regime of foreign investment protection through international investment contracts. When states enter into such contracts, they bring along the previous commitments, in particular the obligation of protecting human rights. However, this obligation is not merely the result of existing international treaties because states are also obliged to respect the higher rank norms of international law (jus cogens norms), which include the fundamental human rights, concentrated around the right to life. In such a legal framework, there is a notable increasing conflict between the protection of foreign investors’ rights in international investment disputes and the protection of fundamental human rights. The right to water, as an indirect right to life, is a special indicator of this conflict in the practice of international investment tribunals. The issue of supremacy of rights is raised, particularly concerning the question which obligations have priority under international law: the protection of foreign investments or the protection of fundamental human rights, and especially the right to water? The hitherto practice of international investment tribunals is diverse and inconsistent in this regard; as such, it does not provide a clear answer to this key question.

Key words: *international investment arbitration, fundamental human rights, right to water, jus cogens norms, Universal Declaration of Human Rights, supremacy.*

Др Наташа Рајић,*
Асистент са докторатом Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982207R

UDK: 342.52:342.565.2
347.9

Раd примљен: 17.12.2018.
Раd прихваћен: 19.02.2019.

ГРАНИЦЕ УСТАВНОСУДСКЕ КОНТРОЛЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ – НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА

Апстракт: У већини држава централизованог система контроле уставности, у већој или мањој мери, присутан је проблем прецизног раздвајања судске и уставносудске власти. На линији реалних односа овај проблем се рефлектује у виду напетости или чак отвореног сукоба између уставног суда и редовних судова. Извориште ове напетости налази се у уставном положају уставног суда и правном дејству његових одлука. Могућност касације судске одлуке у поступку по уставној жалби ставља у прилично незавидан положај судску власт која, речју Устава, слови за независну и самосталну. Сама могућност уставносудске контроле пак отвара простор за уставносудски активизам. У том смислу, рад има за циљ да укаже на нека проблемска места као и границе које је Уставни суд Србије себи поставио у испитивању судских одлука у области утврђивања чињеничног стања и примене меродавног (материјалног и процесног) права, као есенцијалног домена судске власти.

Кључне речи: судови, уставни суд, уставна жалба, судске одлуке, уставна права.

1. Увод

Уставносудска контрола над судском влашћу своје утемељење налази у начелу супрематичности устава као основног закона, односно успостављању посебног уставног органа који је надлежан за његову заштиту (Ненадић, 2014: 102). Сама концепција модерног уставног судства почива на тежњи да се вршење целокупне државне власти подведе под границе устава (Ненадић, 2014: 105). У том смислу, ни судска власт не представља изузетак.

* nrajić@pf.uns.ac.rs

Међутим, процес прихватања контроле уставности судских аката није текао глатко ни безрезервно. Томе је погодовала не само ненавикнутост навиших судова на било какав вид правне контроле и непосредну примену уставних норми, него и сам недостатак нормативног оквира који би на релативно заокружен начин дефинисао дomet и границе уставносудске контроле аката судске власти (Ненадић, 2014: 106–17). Почетна напетост у односима уставних судова и судова опште надлежности често се развијала у правцу отвореног сукоба, док је тек у малом броју држава ривалство замењено прихватљивим обликом коегзистенције ова два органа.

Ни процес успостављања уставне контроле судских аката у Републици Србији није био поштеђен ломова и отворене конфронтације. Најочигледнији доказ томе представља одлука о неуставности закона којим се судске одлуке изузимају од могућности поништавања у поступку по уставној жалби. Чињеница да је ова одлука донета у поступку који је покренут на иницијативу самог Уставног суда већ довољно говори сама за себе. Управо је у овој одлуци Уставни суд изложио своје разумевање односа уставносудске и судске власти. Уставни суд је тада нагласио да својом одлуком (по уставној жалби) не врши „позитивну“ корекцију судске одлуке, нити да поништавањем судске одлуке, која је повредила „специфично уставно право“, задире у „право судске власти да преиспита и коригује властиту одлуку“, те изричито подвукао да уставно правосуђе не може преузимати надлежност редовног суда у смислу коначног решавања конкретних спорова.¹

Уставни суд је, такође, низом својих одлука, подвукао да у поступку одлучивања по уставним жалбама не залази у област чињеничних и правних питања, односно да не поступа као суд више инстанце. Тиме је, чини се, поставио основну граничну линију у уставносудском испитивању аката судске власти. Пракса, међутим, показује да уставносудско испитивање ипак у одређеној мери захвата и ову област. У том смислу, рад има за циљ да укаже на нека проблемска места као и границе које је Уставни суд себи поставио у испитивању аката судске власти у домену утврђивања чињеничног стања и примене меродавног (материјалног и процесног) права.

2. Судство и уставно судство у модерној држави

У модерној уставној држави функције судовања и уставног судовања претрпеле су извесне промене у односу на свој првобитни облик. Промене се састоје не толико у њиховој природи (функцији примене права,

1 Одлука Уставног суда IУз-97/2012.

односно функцији контроле уставности) колико у начину на који се оне остварују, с обзиром на сложеност система правних норми (националних и наднационалних), као и друштвених односа које оне последично нормирају.

Изворно, судска функција је у најопштијем смислу функција примене права. За разлику од законодавства, које се састоји у постављању општих правила, судство се састоји у њиховом примењивању на конкретне случајеве – другим речима, подвођењу једног посебног случаја под једно опште правило (Јовановић, 1922: 237). У класичној правној теорији, судска власт, која претпоставља постојање спора о праву, обухвата власт изрицања права, тј. власт тумачења, као и власт доношења извршне одлуке, која поприма ауторитет пресуђене ствари (Марковић, 2008: 506–507). Схватање судске функције у време њеног институционалног осамостаљивања најјасније је изражено у ставу Монтескјеа према коме су судије „само уста која изговарају речи закона“.² Нововековно схватање ове функције претпоставља правни силогизам, подвођење конкретног чињеничног стања под апстрактну правну норму и изрицање пресуде (Hasanbegović, 1993: 1129).

Функција примене права у модерној држави квалитативно се удаљава од поједностављене максиме према којој судије представљају „уста која изговарају речи закона“. Судска функција, посредством које се остварује примарна заштита људских права, не своди се само на просту примену одредби закона на утврђено чињенично стање у конкретном случају, него претпоставља „симултану примену“ законских, уставних и одредби наднационалног права (Ненадић, 2014: 117). Наиме, уставни принцип владавине права претпоставља да суд у конкретном случају претходно изврши тумачење меродавног права у границама уставно могућег, што далеко превазилази просту, механичку примену закона. Оно подразумева систематско тумачење целине правног система, уз уважавање ставова заузетих у уставносудској пракси. Укључивање наднационалног права у већој или мањој мери додатно усложњава поступак примене права.

Функција уставносудске контроле још се више удаљила од основне замисли њеног творца. Првобитно је осмишљена као функција тзв. негативног законодавца, чија је превасходна улога била заштита уставом успостављеног система хијерархије правних норми. Постепено је проширена низом нових овлашћења, укључујући и контролу уставности аката судске власти у поступку по уставној жалби. Уставносудска контрола данас трпи озбиљне критике да је функцију тзв. негативног, заменила

² „(...) народне судије су само уста која изговарају речи закона, беживотна бића која не могу да му ублаже ни снагу ни строгост.“ (Монтескје, 2011: 133).

функцијом активног нормотворца, те да свој активизам испољава не само према законодавној, него и према уставотворној власти. Критике се односе на различите облике поступања уставних судова, као што су доношење интерпретативних одлука, попуњавање законских празнина, оглашавање неуставним дела текста законске одредбе (након којег остатак поменуте одредбе поприма сасвим другачији смисао) и друго.³

3. Границе уставносудског испитивања аката судске власти - нека проблемска места

Судска функција подразумева примену права на конкретно утврђено чињенично стање и доношење појединачног акта, односно судске одлуке. То чини саму суштину вршења судске власти и њен искључиви домен. Начело супрематије устава налаже да судска власт, као уставом установљена власт, своју надлежност остварује у складу са уставом, односно највишим правом. Начело поделе власти, као основна одредница модерних устава, подразумева да уставом опредељен домен судске власти буде заштићен од уплива других органа, што укључује и сам уставни суд. У том смислу, кључно питање јесте у којој мери се уставни суд може упуштати у испитивање правних недостатака судских одлука у поступку по уставној жалби, а да притом остане у границама своје надлежности. Одговор на поменуто питање опредељује да ли се овај суд креће у границама своје надлежности или се, пак, претвара у суд више инстанце (Nenadić, Manojlović Andrić, 2010: 122).

Оно што заокружује сложеност односа уставносудске и судске власти у овој области јесте чињеница да су начин и услови остваривања највећег броја Уставом зајемчених права уређени законом. Дакле, нормативни оквир поступања Уставног суда у области заштите појединих уставних права не задржава се само и искључиво на тексту Устава, већ укључује и одговарајуће одредбе закона. У том смислу чини се неизоставним да Уставни суд, у поступку по уставној жалби, закорачи у област примене права и испита да ли су правилно примењене одредбе одговарајућих процесних и материјалних прописа у поступку доношења судске одлуке која је предмет уставне жалбе (Nenadić et al. 2010: 122). Питање је, дакле, до које мере Уставни суд то може да чини, а да не узурпира надлежност редовних судова и не изађе из оквира сопствене надлежности.

Одговор би се могао наћи у следећем: испитивање правних недостатака судских одлука у поступку по уставној жалби мора се вршити „(..) у оној

³ О различитим облицима уставносудског активизма видети (Brewer-Carias, 2013: 5-191).

мери у којој је то неопходно да би се утврдило да ли је дошло до повреде или ускраћивања уставних права и слобода означених у уставној жалби, у границама разлога који су у жалби наведени.“ (Nenadić et al. 2010: 122). Међутим, та мера није прецизно одредива, као што није одредива ни граница између „специфичног уставног права“ и „обичног законског права“ (Nenadić et al. 2010: 123). Уопште, тешко је прецизно одредити обим овлашћења уставног суда, а тиме и домет уставних права у овој области уставносудске контроле, али је несумњиво да „(...) тежиште уставносудског испитивања судских одлука мора да буде на интерпретацији, правном становишту које је редовни суд заузео или је требало да заузме о значењу основних права, њиховом нормативном домету и њиховим границама.“ (Stojanović, Vučić, 2009: 891). Уставносудској интервенцији би било места у случају да су интерпретационе грешке редовних судова такве природе да „(...) суштински значе повреду, ускраћивање или супстанцијално губљење једног уставом гарантованог права.“ (Stojanović et al. 2009: 891).

Чињеница да се у поступку по уставној жалби у извесној мери морају испитати правни недостаци судских одлука природно налаже да се Уставни суд строго држи принципа самоограничења како не би зашао у простор уставносудског активизма. У том смислу, анализа праксе може бити добар показатељ какве је принципе Уставни суд успоставио у овој области уставне контроле.

Уставни суд Србије је у својој пракси формулисао одговарајуће ставове у области испитивања правних недостатака судских одлука у поступку по уставној жалби. Овај суд је, најпре, изразио став „(...) да није надлежан да преиспитује закључке и оцене редовних судова у погледу утврђеног чињеничног стања, као ни начин на који су редовни судови применили право у поступку одлучивања о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе.“⁴ Тиме је јасно подвукао да, у поступку по уставној жалби, не поступа као суд више инстанце нити да његова улога подразумева отклањање правних и чињеничних недостатака судских одлука.⁵ Наведени став, практично, осликава уставом успостављену поделу надлежности судске и уставносудске власти, према којој контрола законитости судских одлука припада судовима унутар система судске гране власти.

4 Став је наведен према Одлуци Уставног суда Уж-1671/2014. Сличну формулацију става Уставни суд је поновио у низу својих одлука донетих у поступку по уставним жалбама.

5 Пракса, нажалост, показује да је огроман број подносилаца уставних жалби управо на тај начин и перципирао улогу Уставног суда у заштити људских права, тражећи да својом одлуком отклони правне и чињеничне недостатке судских одлука поводом којих су улагали своје уставне жалбе.

Међутим, свестан да и само вршење судске власти у свом изворном, супстанцијалном облику, може бити злоупотребљено или пак, очигледно неправилно вршено, и за последицу имати повреду неког од Уставом гарантованих права, Уставни суд је у одређеној мери релативизовао претходно наведени став, истичући да има места испитивању „(...) да ли је примена процесног и/или материјалног права била произвољна или дискриминациона, чиме би указала на очигледну арбитрерност и неправичност у поступању редовних судова, а на штету подносиоца уставне жалбе.“⁶ Овај критеријум изграђен је са ослонцем на праксу Европског суда за људска права на коју се Уставни суд позива.

Произвољна или арбитрерна примена материјалног права представља објективни критеријум који би био применљив уколико је одлучено о праву и обавези подносиоца уставне жалбе, а да уопште није примењен закон (што је најређи случај у пракси); затим, уколико је судска одлука (која је предмет уставне жалбе) заснована на закону који више не важи; на закону који је ретроактивно примењен или на закону за чију примену нису дати разлози који би је разумно оправдали. Произвољна и арбитрерна примена материјалног права би могла да укључи и одступање суда од дотадашње праксе у примени неке материјалноправне норме без икаквог образложења (Манојловић Андрић, 2013: 177–178). Питању правилне примене материјалног права би било места и у случају када поступајући суд, у колизији два уставна права, неосновано да примат једном праву на рачун другог (Манојловић Андрић, 2013: 178).

Концепт произвољне и арбитрерне примене меродавног права обухвата како материјално, тако и процесно право које редовни судови примењују у поступку доношења својих одлука. Уставни суд прихвата тај концепт с ослонцем на праксу Европског суда за људска права у којој се каже да се правичност суђења тј. искључење произвољности у поступању и одлучивању редовних судова остварује с ослонцем на обавезу придржавања утврђених процесних правила у току спровођења поступка.⁷

Како примена материјалног и процесног права у поступку судског одлучивања увек претпоставља утврђивање чињеничног стања у конкретном случају, уставносудско испитивање у извесној мери може захватити и сам чињенични супстрат судске одлуке. То се може уочити у оквиру уставносудског испитивања гаранције права на образложену судску одлуку, која чини сегмент права на правично суђење. Поменута гаранција (права на образложену судску одлуку) није изричито прописана

6 Наведено према Одлуци Уставног суда Уж-1671/2014.

7 Одлука Уставног суда Уж-9346/2012.

Уставом Републике Србије нити Европском конвенцијом за заштиту права и основних слобода, али неизоставно чини супстрат правичности суђења, будући да стоји у блиској и непосредној вези са остваривањем права на правно средство. *Ratio legis* постојања образложења судске одлуке управо се и састоји у могућности странака да побијају одлуку правним леком, при чему основ побијања, поред повреде процесног закона која се односи на недостатке образложења, могу бити и чињенични недостаци судске одлуке (Ilić, 2011: 229–230).

Образложење представља саставни елемент судске одлуке у којем суд појашњава правно-логички процес помоћу којег је дошао до одлуке у конкретном судском поступку.⁸ У том смислу, образложење неизоставно мора да укључи и чињенични основ одлуке, односно чињенично стање које је, у правом регулисаном поступку одлучивања, подведено под материјално право. Образложење судске одлуке, дакле, обухвата чињенични и правни супстрат одлучивања у поступку, па испитивање евентуалне повреде права на образложену судску одлуку као гаранције правичности суђења неизоставно приморава Уставни суд да се у одређеној мери упусти у ова питања.

Уставни суд је, у испитивању права на образложену судску одлуку заузео одговарајуће ставове, са изричитим ослонцем на ставове Европског суда за људска права који су успостављени у овој области. Са тим у вези, Уставни суд наводи да гаранција права на правично суђење укључује обавезу судова да „(...) између осталог, аргументовано и довољно образложе своје одлуке. (...) да ова обавеза не може бити схваћена тако да се у одлуци морају дати одговори на све изнете чињеничне и правне тврдње странака, те да мера у којој ова обавеза постоји зависи од природе одлуке, али да судови у сваком случају морају да образложе своју одлуку на тај начин што ће навести јасне и разумљиве разлоге на којима су ту одлуку засновали (...) да судска одлука не може да буде без икаквог образложења, нити оно сме да буде лапидарног карактера (...) Обавеза образложења судске одлуке не значи да се у одлуци морају дати детаљни одговори на све изнете аргументе (...) међутим до повреде права на правично суђење може доћи ако судови не утврде и не образложе кључне аргументе за доношење пресуде, а повреда права на правично суђење такође постоји и ако у образложењу нису са довољном прецизношћу наведени разлози на којима се одлука заснива (...)“⁹

Пажљивија анализа напред наведених ставова показује да они делом могу значити објективну, а делом еластичнију границу уставносудског

8 О прецизном појмовном одређењу образложења судске одлуке видети (Ilić, 2011: 229).

9 Наведено према Одлуци Уставног суда Уж-7203/2013.

испитивања. Ово је разумљиво ако се узме у обзир то да су поменути ставови настали са ослонцем на праксу Европског суда, који Европску конвенцију посматра као „живи“ инструмент, и који, са друге стране, државама уговорницама признаје извештан простор слободне процене. Управо због тога поменути ставови могу представљати поље унутар којег Уставни суд може лако заћи у област уставног судског активизма.

Анализа праксе Уставног суда показује да постоји неслагање уставних судија у погледу разумевања граница уставног судског испитивања повреде права на образложену судску одлуку.¹⁰ У издвојеним мишљењима на одлуку Уставног суда истиче се да Уставни суд није властан да се изјашњава о потреби извођења одређених доказа у судском и управном поступку¹¹; да се неоправдано упушта у инстанционо одлучивање, а делимично и у оспоравање чињеничног стања, које је на валидан начин утврђено у правноснажно окончаном судском поступку¹²; да поништава судску одлуку која је у свему разумљива и аргументовано образложена, са изложеним правним ставовима који су засновани на уставноправно прихватљивој примени меродавног права¹³ и др.

Питање граница уставног судског испитивања судских одлука у утврђивању повреде права на образложену судску одлуку отворило се и из угла разлога који су означени у уставној жалби. Да ли је Уставни суд властан да испитује повреду права на правично суђење из разлога недовољне образложености судске одлуке у случају када се уставном жалбом тај разлог изричито не наводи као разлог повреде права?¹⁴ Узгред, проблем везаности Уставног суда разлозима истакнутим у уставној жалби није непознаница у пракси овог Суда, што потврђују и примери поступања по уставним жалбама у којима су наведени разлози очигледно указивали на повреду неког другог уставног права, а не оног које је у жалби означено.¹⁵

10 Видети Одлуку Уставног суда Уж-819/2008, Одлуку Уставног суда Уж-7203/2013, Одлуку Уставног суда Уж-4668/2015, Одлуку Уставног суда Уж-8670/2012, као и издвојена мишљења на ове одлуке.

11 Заједничко издвојено мишљење др Босе Ненадић и Катарине Манојловић-Андрић на Одлуку Уставног суда Уж-819/2008.

12 Издвојено мишљење др Милана Шкулића на Одлуку Уставног суда Уж-4668/2015.

13 Заједничко издвојено мишљење Предрага Тетковића, Катарине Манојловић Андрић и др Босе Ненадић на Одлуку Уставног суда Уж-8670/2012.

14 Издвојено мишљење проф. др Драгана М. Стојановића на Одлуку Уставног суда Уж-7203/2013.

15 О томе више: (Манојловић Андрић, 2013: 173).

Став проф. Стојановића јесте да је за очување коректних односа са редовним судовима неопходно „(...) да се Уставни суд строго ограничи само на оцењивање разлога и навода изнетих у уставној жалби. (...) Као што у нормативној контроли важи претпоставка да је закон у складу са Уставом, тако у поступку по уставној жалби важи претпоставка да је судска одлука сагласна Уставом гарантованим правима. Неприхватљиво је да се Уставни суд не изјашњава и експлицитно не оцењује уставноправну снагу понуђених разлога у уставној жалби, него у ствари сам посредно уводи у „игру“ „нове“, констатацијом да је образложење недовољно, те да се тиме и вређа Уставом гарантовано право на правично суђење. У уставносудском поступку начелно не би требало да постоје разлози и чињенице побијања о којима Уставни суд води рачуна по службеној дужности. Супротно овом принципијелном ставу, изгледало би да је квалитет и потпуност образложења баш она чињеница о којој Суд *ex offio* мора да води рачуна, па и онда када се у уставној жалби изричито не наводи.“¹⁶

На супротној линији размишљања би се могле наћи судије које уставној жалби не прилазе као строго формалном правном средству, већ као средству чијем подносиоцу треба пружити што темељнију заштиту уставних права која су му актом судске власти повређена.

3. Закључак

Уставна жалба, као супсидијарно правно средство у заштити права померила је поље односа уставног суда и редовних судова. Могућност да одлуке највиших судских инстанци постану предмет уставносудске контроле заострила је односе ових органа, али и отворила низ питања о дOMETИМА такве контроле. Чини се да се основни проблем концентрише око питања да ли Уставни суд, поступајући по уставној жалби, сме да залази у област утврђивања чињеничног стања и примене меродавног (материјалног и процесног) права, као есенцијалног домена судске власти, и ако сме, у којој мери му је то допуштено.

Оно што нужно приморава уставни суд да, поступајући по уставним жалбама, захвати у домен судске власти јесте чињеница да су начин и услови остваривања највећег броја Уставом зајемчених права уређени законом. У том смислу чини се да уставносудска контрола може (али и мора) у извесној мери за предмет имати правне недостатке судске одлуке како би у суштинском смислу испунила своју сврху – испитивање повреде „специфичног“ уставног права.

¹⁶ Издвојено мишљење проф. др Драгана М. Стојановића на Одлуку Уставног суда Уж-7203/2013.

Ставови које је Уставни суд заузео у својој пракси, начелно, показују јасну уздржаност у овој области, уз могућност уставносудске реакције само у случајевима грубе повреде процесног и материјалног права. Уставни суд, наиме, подвлачи да у поступку по уставној жалби није надлежан да преиспитује поступање редовних судова у погледу утврђеног чињеничног стања, као ни примене права, али уз ограду да јесте надлежан да санкционише очигледну арбитрерност и неправичност у примени права. Анализа одлука Уставног суда, као и издвојених мишљења појединих уставних судија, међутим, показују да поменута уставносудска уздржаност није доследно испоштована у сваком конкретном случају.

Чини се да проблем односа уставног суда и редовних судова у овој области не може бити решен искључиво на нивоу позитивног права. Овај проблем се нужно мора посматрати у ширем уставноправном контексту који укључује низ питања: какав је квалитет законских норми које судови примењују у вршењу своје надлежности; да ли постоји спремност судова да прописе које примењују тумаче са ослонцем на устав и у границама уставно могућег; да ли постоји спремност да реагују у случају сумње у њихову уставност; у којој су мери образложења уставносудских одлука јасно аргументована; да ли ставови Уставног суда представљају јасну инструкцију о томе како треба разумети садржину одређених људских права, као и разлоге за њихово ограничење и друго. Дакле, питање односа уставног суда и редовних судова, поред нормативног оквира, претпоставља одговарајући степен уставне културе, као нужног услова за његово развијање и побољшавање.

Литература/References

Brewer-Carias, A. R. (2013). *Constitutional Courts as Positive Legislators – A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press.

Плић, Р. Г. (2011). *Pravo na obrazloženu sudsku odluku. Crimen (II)*. 2. 227–244.

Јовановић, С. (1922). *О држави – основи једне правне теорије*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.

Манојловић Андрић, К. (2013). Поступак и обим испитивања уставне жалбе. У Ненадић, Б. М. (Прир.). *Улога и значај Уставног суда у остваривању владавине права 1963–2003*. Београд: Уставни суд. 161–180.

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник“.

Dr Nenadić, B., Manojlović Andrić, K. (2010). Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu. U Dr Roos, S. R. i Dr Nenadić, B. (Prir.). *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi. Zbornik referata sa regionalne konferencije ustavnih sudija*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 106–125.

Ненадић, М. Б. (2014). Општи осврт на контролу уставности судске власти. У Одри, К. А., Безбрадица, Р., Бабић, Б., Лубарда Д. (Прир.). *Положај и перспектива уставног судства*. Београд: Уставни суд Републике Србије, Јавно предузеће „Службени гласник“. 101–120.

Монтескје, д. Ш. (2011). *О духу закона*. Београд: Завод за уџбенике.

Stojanović, D., Vučić, O. (2009). Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana. *Pravni život*. 14/2009. 879–895.

Hasanbegović, J. (1993). Sudstvo. U: *Enciklopedija političke kulture*. Beograd: Savremena administracija, 1124–1134.

Одлука Уставног суда Уж-819/2008. *Службени гласник РС*. Бр. 10. 2011.

Одлука Уставног суда ИУз-97/2012. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2013.

Одлука Уставног суда Уж-8670/2012. *Службени гласник РС*. Бр. 96. 2016.

Одлука Уставног суда Уж-1671/2014. *Службени гласник РС*. Бр. 7. 2018.

Одлука Уставног суда Уж-9346/2012. *Службени гласник РС*. Бр. 51. 2015.

Одлука Уставног суда. Уж-7203/2013. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2017.

Одлука Уставног суда Уж-4668/2015. *Службени гласник РС*. Бр. 26. 2018.

Заједничко издвојено мишљење др Босе Ненадић и Катарине Манојловић-Андрић на Одлуку Уставног суда Уж-819/2008.

Заједничко издвојено мишљење Предрага Ћетковића, Катарине Манојловић Андрић и др Босе Ненадић на Одлуку Уставног суда Уж-8670/2012.

Издвојено мишљење проф. др Драгана М. Стојановића на Одлуку Уставног суда Уж-7203/2013.

Издвојено мишљење др Милана Шкулића на Одлуку Уставног суда Уж-4668/2015.

Nataša Rajić, LL.D.,
*Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad*

**THE LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL COURT CONTROL OVER
THE JUDICIAL AUTHORITY: SOME OPEN QUESTIONS**

Summary

In most states that have a centralized system of constitutional control, there is tension in the relations between the Constitutional Court and ordinary courts. The fundamental question raised in this regard is whether the Constitutional Court, acting on a constitutional complaint, may enter into the domain of application of law. The manner and conditions for exercising the constitutional rights are regulated by the law. In this respect, it seems that the Constitutional Court may, to a certain extent, examine the legal shortcomings of a court decision in order to substantively assess the alleged violation of the specific constitutional right stipulated in the constitutional complaint.

The legal attitudes formulated by the Constitutional Court of Serbia clearly show that the Constitutional Court has exercised self-restraint in this area. The Constitutional Court can act only in cases of gross violation of procedural and substantive law. However, the analysis of Constitutional Court decisions as well as the separate opinions of constitutional court judges shows that the self-restraint of the Constitutional Court has not been consistently applied in each particular case. The problem of the relations between the Constitutional Court and ordinary courts must necessarily be viewed in a broader constitutional context and cannot be solved at the normative level only.

Key words: *courts, Constitutional Court, constitutional complaint, court decisions, constitutional rights.*

Др Милан Пилиповић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Бањој Луци

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982219P

UDK: 328.174:342.4
Раđ примљен: 05.12.2018.
Раđ прихваћен: 31.01.2019.

УЛОГА И РАЗЛОЗИ РАСПУШТАЊА ПАРЛАМЕНТА У ЗЕМЉАМА РЕГИОНА

Апстракт: Успостављање равнотеже између легислативе и егзекутиве, уз постојање уставом утврђених средстава њиховог међусобног утицаја, представља суштинско обиљежје парламентаризма. Институт распуштања парламента управо обезбјеђује остваривање неопходног баланса између законодавне и извршне власти. У вези тог института као основна питања постављају се овлашћења органа за његово распуштање као и разлози. Улога распуштања парламента не своди се искључиво на отклањање сукоба између владе и парламента што припада класичној доктрини, већ се питање распуштања парламента поставља и кад парламент изгуби подршку бирачког тијела. Савремена схватања говоре о потреби стављања механизма распуштања парламента у друштвено-политички контекст, и објашњавања и анализирања овог института у конкретној друштвено-политичкој стварности, узимајући у обзир, притом, и улогу политичких странака. У посљедњој деценији, распуштање парламента у земљама региона, ако би под тим подразумевали подручје бивше Југославије, јавља се као све чешћа појава. Када се сагледају разлози и околности који су до тога довели, односно уставнополитичка стварност, намеће се питање да ли се ту ради о сукобу парламента и владе или сукобу политичких странака, да ли је циљ распуштања рјешавање тог сукоба, учвршћивање власти или нешто треће? Покушаћемо дати одговоре на та питања анализирајући овај институт у неким од држава насталим на подручју бивше Југославије, стављајући уставноправне норме у друштвено-политичку стварност и околности које су и довеле до учесталости ове појаве.

Кључне ријечи: распуштање, парламент, влада, шеф државе, политичка странка, Словенија, Србија, Македонија, Хрватска.

* milan.pilipovic@pf.unibl.org

1. Увод

Полазећи од начела подјеле власти, као једног од основних принципа правне државе, традиционална теорија разликује предсједнички и парламентарни систем власти. Иако оба система власти почивају на принципу репрезентације, природа представничког система је различита. Док се предсједнички систем заснива на крутој подјели власти и потпуној одвојености носилаца различитих државних функција, парламентарни систем се појављује прије као систем сарадње, тј. равнотеже између законодавне и извршне власти. Чињеница да су и законодавна и извршна власт у предсједничком систему изабране непосредно од стране грађана искључује било какву међузависност, а самим тим не оставља простора ни за распуштање парламента. Као суштинска обиљежја парламентарног система власти обично се наводе: „равноправност легислативе и егзекутиве, сарадња између те двије власти и постојање средстава узајамног утицаја једне од тих власти на другу (Марковић, 2017: 196).¹ Кад се говори о средствима међусобног утицаја законодавне власти на извршну, као основно средство путем којег парламент врши утицај на владу јесте покретање питања политичке одговорности владе. Наиме, влада се у парламентарном систему појављује као израз парламентарне већине и њен опстанак је условљен постојањем подршке од стране парламента, односно парламентарне већине. Парламент може ускратити то повјерење увијек када се не слаже са владином политиком.² Због тога се парламентаризам уобичајено дефинише као систем власти у којем је влада политички одговорна пред парламентом. Међутим, уколико би влада била лишена било каквих овлаштења према парламенту онда би било доведено у питање и само функционисање парламентарног система власти. Према томе, влада није и не смије бити лишена инструмената утицаја на парламент, јер је успостављање равнотеже између легислативе и егзекутиве циљ којем тежи парламентарни систем. Установа распуштања парламента управо обезбјеђује остваривање неопходног баланса између

1 Равноправност између легислативе и егзекутиве у парламентарном систему огледа се у чињеници да постоји прецизна и јасна подјела надлежности између носилаца законодавне и извршне власти. С друге стране, подјела надлежности не значи и одсуство међусобне сарадње. Та сарадња се остварује у различитим аспектима, кроз институт посланичке владе, право министара да присуствују сједницама парламента, владино право законодавне иницијативе, а, с друге стране, и у постојању различитих овлаштења парламента према влади, као што су посланичко питање, усвајање буџета, подношење интерпелације и слично.

2 И сама влада може поставити питање свог повјерења у парламенту. На такав потез влада ће се одлучити уколико жели да изврши притисак на парламент како би добила подршку за неки акт који намјерава предузети.

законодавне и извршне власти. Дакле, уколико се влада не слаже са парламентарном већином, стоји јој на располагању могућност да предложи распуштање парламента. Право распуштања парламента, према С. Лоу, је „једна врста казне, ако су чланови владине већине јако недисциплиновани, а опозиција прави сувише тешкоћа у раду“ (Ло, 1929: 117). Распуштањем, извршна власт „дисциплинује парламент крајњом мјером, износећи њихов политички сукоб пред бираче“ (Орловић, 2018: 223).

Распуштање парламента је карактеристика парламентарног система власти, а узвези тог института се као основна питања постављају овлашћења органа за његово распуштање као разлози за тај чин. У посљедњих десетак година, распуштање парламента се у земљама региона јавља као све чешћа појава, али када се сагледају разлози и околности који су до тога довели, намеће се питање да ли је посредни сукоб парламента и владе или политичких странка, да ли је циљ рјешавање тог сукоба или учвршћивање власти? Покушаћемо дати одговоре на та питања анализирајући овај институт у неким од држава насталим на подручју бивше Југославије.

2. Распуштање парламента као карактеристика парламентарног система власти

У конституционалној теорији дуго се водила расправа у погледу права егзекутиве да распусти парламент, односно да ли је право распуштања парламента битно обиљежје парламентарног система власти. У том погледу су се појавила два супротна гледишта. С једне стране, присталице монистичког схватања истичу да је суштинско обиљежје парламентаризма политички одговорна влада. Несумњиво је да се на тај начин признаје извјесна превласт парламента у односу на извршну власт. С друге стране, дуалисти тврде да је суштина парламентарног система у успостављању равнотеже власти. Право владе на распуштање парламента, насупрот политичкој одговорности владе пред парламентом, управо обезбјеђује равнотежу двију власти. У конституционалној теорији данас су присутна и нека умјерена мишљења, која не споре значај установе распуштања парламента, али истичу да постоје и други инструменти који обезбјеђују равнотежу власти.

Данас је већина аутора сагласна у томе да политички одговорна влада није једина одлика парламентаризма, а парламентарни систем се одређује као систем равнотеже власти. Наиме, влада произилази из парламента и одговорна му је за свој рад због чега парламент може изгласати неповјерење влади. Равнотежа се постиже тиме што може доћи до распуштања парламента, о чему одлучује шеф државе, било на приједлог владе, било

самостално што је најчешћи случај.³ Стога, „распуштање парламента представља један од кључних елемената у одржавању равнотеже у парламентарном систему“ (Пејић, 2011: 177). Распуштање парламента „је класично овлашћење владе (шефа државе) у парламентарном систему којим се дисциплинује парламент, којем је пандан одговорност владе и министарска одговорност пред парламентом, којим парламент контролише владу и министре“ (Марковић, 2017: 316).

Легислатива и егзекутива имају своја посебна овлашћења, али функционирање система подразумева њихову повезаност и комуникацију. Евентуални сукоб између владе и парламента, дакле, може довести до распуштања парламента при чему ће бирачи и јавност имати улогу судије изражавајући свој став на новим изборима. Наиме, распуштањем парламента „престаје мандат свих посланика прије истека мандатног периода на који су посланици изабрани“ (Пајванчић, 2005: 110), што повлачи за собом расписивање избора⁴ за нови састав парламента. Проф. В. Петров истиче да се „улога распуштања парламента не своди искључиво на отклањање сукоба између владе и парламента. Питање распуштања парламента поставља се и кад парламент изгуби подршку бирачког тијела. Тада распуштање није одбрамбено `средство` владе у односу на парламент, јер ова два чиниоца не морају бити у сукобу. У сукобу су народ и његово представништво... ту се распуштање парламента указује као најефикасније средство да се суверени народ и његово представништво доведу у склад“ (Петров, 2015: 143). „Може се десити да је парламент, било због дугог трајања или неког другог разлога стварно престао бити прави израз народне воље. Ако такав један парламент изјави влади неповјерење или ако влада има озбиљног разлога да верује да она боље погађа данашње народне жеље и потребе, него ли постојећи парламент, она има једно средство у рукама, да избјегне своје одступање и повлачење и поред неповјерења које је добила у парламенту. То је средство распуштање парламента и апел на народ, путем нових избора“ (Марковић, 1991: 34). Професор Р. Марковић истиче да се у вези са распуштањем парламента поставља неколико правних питања: ко је носилац права распуштања парламента; из којих се разлога парламент може распустити, каква је правна природа распуштеног парламента (Марковић, 2017: 317). Остављајући по страни правну природу

3 Према томе, овлашћење владе да распусти парламент појављује се као *differentia specifica* парламентарног система власти и обилежје које управо парламентарни систем одваја од скупштинског система власти.

4 Избори се расписују непосредно након распуштања парламента, у уставом предвиђеним роковима, који су обично краћи од рокова за одржавање редовних избора, након истека мандатног периода.

распуштеног парламента, овом приликом ћемо говорити о овлашћењу и разлозима распуштања парламента.

3. Овлашћење за распуштање парламента

Кад говоримо о *овлашћењу распуштања парламента*, требамо истаћи да оно не постоји у предсједничком систему власти, него само у парламентарном систему власти који се заснива на гипкој подјели власти. У европским парламентарним системима, углавном извршна власт има уставно овлашћење да распусти парламент.⁵ Када то овлашћење има један од два органа извршне власти – шеф државе или влада, могуће су различите варијанте у појединим уставним системима. Најчешћи случај јесте да одлуку о распуштању парламента доноси шеф државе на приједлог владе, али има уставних система (нпр. Француска) у којима одлука о распуштању парламента представља самостални акт шефа државе. У компаративној уставности се рјеђе налази рјешење по којем одлуку о распуштању парламента доноси сама влада.⁶ Осим распуштања парламента вољом органа извршне власти, у једном броју уставних система, парламент се распушта на основу сопствене одлуке (самораспуштање).⁷ Одлуку доноси сам парламент, уставом одређеном већином посланика (било апсолутном, било квалификованом), али треба нагласити да „престанак на основу самосталне одлуке парламента није шире заступљен у упоредним рјешењима“ (Кутлешић, 2002: 71). Стога се у науци уставног права „обично прави разлика између двије врсте распуштања скупштине. Једно је распуштање одлуком егзекутиве, а друго је оно до којег долази по сили устава (*ex constitutione*). Прва врста распуштања скупштине је распуштање у правом смислу, јер се ту ради о механизму за рјешавање сукоба између владе и скупштине. Друга врста подразумијева да скупштини прије времена престаје мандат усљед наступања околности које су уставом изричито предвиђене“ (Петров, 2007: 168).

5 Међутим, има и изузетака. У неким системима (Аустрија, Хрватска, Македонија) парламент може и сам донијети одлуку о самораспуштању, а у Норвешкој пријевремено распуштање парламента уставом није допуштено.

6 То је предвиђао Устав СР Југославије (члан 83), а данас такво рјешење предвиђа Устав Црне Горе.

7 Од источноевропских земаља, такве случајеве имамо нпр. у Бугарској, Мађарској, Пољској. Шире види: Кутлешић, 2004: 78–82.

4. Разлози за распуштање парламента

Разлози за распуштање парламента могу бити наведени у уставу, у смислу наступања околности прописаних уставом. „У компаративној пракси најчешће се као разлози за распуштање парламента наводе немогућност избора владе у уставом прописаном року након спроведених избора и конституисања новог парламентарног сазива, неизгласавања буџета, одсуства кворума на сједницама парламента у одређеном временском периоду и изгласавање неповјерења влади“ (Пајванчић, 2005: 110), односно очигледан недостатак подршке парламента. Ови разлози врло често буду наведени у уставу, али исто тако, у компаративној уставности разлози распуштања парламента могу бити наведени уопштено и неодређено – ако парламент дуже времена не обавља функције – односно да и не буду наведени.⁸

Распуштање парламента може бити узроковано и сукобом између шефа државе и парламента из разлога што шеф државе не припада истој политичкој групацији која чини парламентарну већину, тј. не одговара му парламентарна већина. Тако у полупредсједничком систему, у случају подијељене већине у смислу различите политичке оријентације предсједника и парламентарне већине, распуштајући парламент са којим не може да сарађује, предсједник износи спор пред грађане који ће на изборима арбитражи о томе ко треба да добије примат у оквиру егзекутиве“ (Симовић, 2009: 281). Примјер за то налазимо у Француској, у којој предсједник Републике има овлаштење (члан 12 Устава Француске) да распусти Националну скупштину, односно Доњи дом парламента, уз претходне консултације са првим министром и предсједницима оба дома парламента. Специфичност распуштања парламента у Француској огледа се управо у томе што то није условљено чињеницом да је влада изгубила повјерење парламентарне већине. Овдје пак шеф државе може распустити скупштину чак и уколико влада има већину у парламенту, а питање повјерења се не поставља.⁹ „Дакле, овде није влада та која, поражена у

8 Тако нпр. Устав Републике Српске у члану 72, ст. 7 утврђује да „предсједник Републике може, пошто саслуша мишљење предсједника Владе и предсједника Народне скупштине, одлучити да Народна скупштина буде распуштена.“ Устав Републике Српске (седмо издање), приредили и уредили Мидраг Н. Симовић и Миле С. Дмичић, Бања Лука, 2007.

9 Иако је првобитна намјена распуштања била да се оно користи као средство за рјешавање озбиљних криза, тако што би се тражило мишљење народа, или као начин рјешавања или спречавања несугласица са парламентом, установа распуштања се из поменутих разлога користила само два пута, 1962. и 1968. године. У преостала три случаја предсједник је користио распуштање парламента или на почетку мандата у циљу добијања „своје“ већине у Националној скупштини, а која би подржавала његову

парламенту, тражи од шефа државе заштиту и овај јој ту заштиту пружа распуштањем парламента. Овде шеф државе сам, дискреционо, доноси одлуку о распуштању“ (Јовичић, 1984: 151). Несумњиво је да овакво овлашћење председника представља изузетно моћно оружје путем којег он може остварити утицај на бирачко тијело и на тај начин преокренути изборе у своју корист. Тиме је председнику дата могућност да цијени политичку ситуацију и чека повољну прилику за распуштање парламента. Наравно, могуће је да та процјена буде и погрешна. Тако је председник Ширак 1997. године распустио скупштину са намјером да побиједи на изборима, али се то није десило (Симовић, 2008: 109).

Одређивање распуштања парламента као битног елемента парламентарног система и инструмента за отклањање спора између извршне и законодавне власти припада класичној доктрини и схватању о мјесту и улози распуштања парламента у уставном систему, које је и данас присутно. Међутим, „последњих деценија јавила су се и друкчија схватања. Једно од најважнијих је оно које механизам распуштања ставља у друштвено-политички контекст и објашњава га примјеном тзв. функционалне теорије. ... присталице функционалистичког приступа распуштање парламента анализирају у конкретној друштвено-политичкој стварности, проучавају које функције је уставотворац намијенио распуштању и које су конкретне посљедице примјене овог механизма у уставној стварности. Они посебно наглашавају улогу политичких странака у уставном систему које својим дјеловањем одређују садржину и конкретне ефекте уставних институција. Тако, и ако је могуће говорити о распуштању парламента као средству за рјешавање спорова, то без сумње нису спорови између законодавне и извршне власти него између релевантних политичких странака“ (Петров, 2015: 144).

5. Распуштање парламента у уставу и уставно-политичкој пракси у земљама региона

У посљедних десетак година, у државама региона су учестала распуштања парламента. Тако је у појединим државама насталим на подручју бивше Југославије, тачније Србији, Словенији, Хрватској, Македонији, од 2008. године до данас више пута долазило до распуштања парламента. Поставља се питање, који су разлози ове појаве, који су то услови и које околности доводиле до распуштања парламента, односно који је био циљ распуштања парламента? Да ли су то сукоби законодавне и извршне власти и рјешавање

политику, као што је то било 1981. и 1988. године (Јовановић, 1991: 203), или ради расписивања избора у тренутку када осјети да има предност (1997. године).

парламентарне кризе, о чему говори теорија парламентаризма, сукоби релевантних странака или нешто треће, о чему ће бити ријечи у наставку рада. Најприје, ћемо приказати нормативни аспект – како су устави наведене четири државе регулисали институт распуштања, а затим анализирати распуштање парламента у посљедњој деценији, у конкретној друштвено-политичкој стварности и уставној пракси.

5.1. Распуштање парламента – Државног збора – у Републици Словенији

У парламенту Републике Словеније постоји Државни збор (Државно вијеће) и Државни савјет. Устав Републике Словеније¹⁰ утврђује дводомни састав парламента, и то кроз специфичну варијанту бикамерализма, јер посланички (представнички) дом и „у суштини, има улогу и функцију парламента. Положај и функција другог дома нису такви да био он могао бити дефинисан као прави правцати Горњи дом“ (Батавељић, 2002: 96). Наиме, Државни савјет је заступништво носилаца социјалних, привредних и локалних интереса и, као такав, има претежно савјетодавно-иницијаторску улогу и има суспензивни вето на законе Државног збора који је носилац легислативне функције у Словенији.¹¹ Стога је и институт распуштања Уставом предвиђен само за Државни збор, а односи се превасходно на случајеве неизбора владе Словеније у Уставом утврђеним роковима. Први случај се односи на редовни избор, па ако је он безуспјешан послје три покушаја долази до распуштања.¹² Други, да је влада изгубила подршку у парламенту, без обзира да ли је до гласања дошло на иницијативу парламента (гласање о неповјерењу) или на захтјев владе (гласање о повјерењу)¹³ и да, након тога, у утврђеним роковима, није дошло до избора новог предсједника владе или поновног изгласавања повјерења дотадашњем. Према томе, Влада, по Уставу Словеније, нема могућности да распусти Државни збор, нити Државни збор има уставни основ да се сам распусти. Предсједник Републике, осим што нема никакве важније улоге у законодавном поступку и у процесу обликовања државне политике, нема ни могућност распуштања парламента по својој дискреционој оцјени у случају парламентарне кризе настале због сукоба Владе и Државног збора.

10 Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije št. 33/91, br. 42/97; 66/2000; 24/2003; 69/04; 68/06; 47/13.

11 Члан 96 Устава Републике Словеније.

12 Члан 111 ст. 4 и 5 Устава.

13 Члан 117 Устава.

Имајући у виду уставну могућност вишеструких покушаја избора владе, у протеклом периоду од настанка Словеније као самосталне државе, 1991. године,¹⁴ до 2011. године и није било случајева распуштања парламента, да би од 2011. до данас, три пута долазило до распуштања Државног збора и нових избора. Економска криза која је захватила европске земље није мимоишла ни Словенију, што је био додатни притисак на коалициону владу, изабрану 2008, састављену од више политичких странака.¹⁵ Распади коалиција имали су за посљедицу губљење повјерења Влади, тј. изгласавању неповјерења и настанку парламентарне кризе која је 2011. године довела и до распуштања парламента и првих пријевремених избора од самосталности Словеније. Наиме, у 2011. години наступила је криза Владе у парламенту након одбијања законских приједлога Владе у области пензионе реформе. Владу су напустила два од четири коалициона партнера. Осим тога, више законских приједлога Владе одбили су и грађани на референдуму. Предсједник Словеније почетком јуна 2011. изјављује да: „Кад бих имао могућност распустити парламент, данас бих био јако близу таквој одлуци“,¹⁶ потврђујући тиме величину политичке кризе у држави, која је трајала више мјесеци. Будући да се у уставном року нису успјеле формирати коалиције странака које би чиниле парламентарну већину из које би произашла и нова Влада, у Словенији, први пут од њене самосталности, дошло је до распуштања Државног збора и расписивања пријевремених избора, што је предсједник Републике био дужан учинити.¹⁷

Пријевремени избори одржани су 4. 12. 2011. године, а Државни збор одбија приједлог предсједника Републике за избор мандатара за састав нове Владе.¹⁸ То показује да актуелни шеф државе нема ту снагу и политичку

14 У протеклих 20 година у Словенији је било случајева изгласавања неповјерења Влади, али није долазило до распуштања парламента и пријевремених избора, јер се у уставном року успијевао изабрати нови премијер који је водио Владу до редовних избора.

15 Економска криза али и сумња у законитост дјеловања појединих министара па и предсједника Владе, утицале су негативно на њену стабилност.

16 <http://www.jutarnji.hr/slovenija-danilot-rk.politicka-kriza-potresa-zemlju-nakon-propasti-referendum/951703/>

17 Будући да је парламентарна криза трајала више од пола године, могло би се рећи да би у оваквим ситуацијама била „на мјесту нека дискреција предсједника републике, који би у таквим примјерима својом интервенцијом (распуштањем Државног збора и расписивањем нових избора) недвосмислено помогао лакшем и бољем дјеловању државе... лакшем и бољем разрјешавању спора између владе и парламента и омогућила већи утицај избора на та дешавања“ Pogorelec, 2006: 240, 241.

18 На изборима на којима највише гласова добија Позитивна Словенија (28%) чији је лидер З. Јанковић, те СДСЈ. Јанше, са 26 гласова. Предсједник Републике је предложио

моћ да може стварно до краја да утиче на формирање владе, а да у парламенту има доста манервисања и тактизирања између политичких партија. Наиме, након одбијања мандатара којег је предложио шеф државе, те још једног неформалног приједлога мандатара, пет странака десног центра потписује коалицију и користећи своје уставно право, предлажу Ј. Јаншу за мандатара за састав нове владе. Иако је предсједник Републике сматрао да не би могао бити мандатар због оптужби за корупцију, Државни збор, 26. јануара на ванредној сједници, за предсједника Владе бира Јанеза Јаншу а 10. фебруара 2012. године, бира и Владу. Опстанак претходних Влада у Словенији, па тако и ове, зависио је од њених потеза и подршке странака из коалиције које је подржавају и из које је произашла, али и од тога у којој ће мјери странке, поготово опозиционе али и из владајуће коалиције, захтијевати одржавање законодавног референдума.¹⁹ Рјешење проблема у односима између Владе и Државног збора, прецизније између парламентарних странака, све више се пребацивало на саме грађане у виду (не)потврђивања усвојених закона²⁰. Да ли ће Државни збор подржавати или блокирати Владу, зависи од странака и страначких инструкција које добију посланици. Одговори на питања и дилеме функционисања Владе и њеног опстанка, стигли су веома брзо, почетком 2013. године, када је због сумње у корупцију, тражена оставка предсједника Владе. Предсједник Владе је одбио да поднесе оставку, због чега је владајућа коалиција почела да се распада. Влада је остала без подршке три коалиционе странке чиме је изгубила подршку парламентарне већине, али предсједник Владе, изложен још и притиску јавности, није поднио оставку, већ је наставио да води мањинску владу. Имајући у виду да предсједник Владе није поднио оставку у складу са чл. 111 Устава, нити је поставио питање повјерења Владе у Државном збору (нпр. вежући га за избор нових министара сходно чл. 117 Устава), парламентарне странке, у складу са чланом 116 Устава, приступиле су изгласавању неповјерења Влади, истовремено предлажући А. Братушек, из Позитивне Словеније, за новог мандатара за састав Владе, да би убрзо

3. Јанковића за мандатара за избор нове владе, међутим, парламент је то одбио, јер је умјесто неопходних 46 добио 42 гласа.

19 Законодавни референдум утврђен је Уставом Словеније (чл. 90). Државни збор је обавезан расписати законодавни референдум ако то захтијева најмање трећина посланика Државног збора, Државни савјет или 40.000 бирача.

20 У парламентарним демократијама, грађани – бирачи су арбитри у рјешавању сукоба између владе и парламента, али превасходно путем избора, редовних или пријевремених, а не путем референдума о низу закона око чијег усвајања не постоји шира сагласност, као што је то постала пракса у Словенији претходних година.

била изабрана нова Влада.²¹ Дакле, У Словенији, поред фрагментације парламента која је присутна током цијелог периода, од 2008. године на сцени је разноликост формалних и неформалних коалиција, које се нису показале стабилним. То је имало за посљедицу и нестабилност влада тако да су од краја 2008. године до прве половине 2013. године, изабране три владе, од којих једна након ванредних парламентарних избора.²² Међутим, ни ова влада, изабрана у марту 2013, није дочекала крај мандата. Наиме, предсједник Владе А. Братушек, је поражена на унутарстраначким изборима гдје је изгубила у борби за предсједника Позитивне Словеније, због чега напушта ту странку и оснива своју странку, дајући притом оставку на мјесту предсједника Владе. То је опет изазвало кризу у парламенту, што је за посљедицу имало да у уставним роковима уопште није било приједлога о кандидату за мандатара нове владе, због чега у јуну 2014. поново долази, по сили устава, до распуштања Државног збора, а у јулу и до пријевремених избора. На пријевременим парламентарним изборима убједљиву побједу односи новоформирана странка М. Церара који је изабран за предсједника Владе. Међутим, при крају мандата и он, односно Влада подноси оставку, наводећи као главни разлог незадовољство одлуком Врховног суда о поништавању резултата референдума на којем су прошле године Словенци подржали његов закон о градњи стратешке жељезничке пруге. С обзиром да су се убрзо требали одржати редовни парламентарни избори, то нико, од уставом одређених предлагача, није поднио приједлог кандидата за мандатара за састав Владе, те је, по сили устава, шеф државе распустио парламент и расписао пријевремене изборе.

Дакле, у Словенији је од 2011. године три пута долазило до распуштања парламента (2011, 2014, 2018). Са формалноправног аспекта, до распуштања је долазило, по сили устава, због неизбора владе у уставом утврђеним роковима, њене оставке, односно изгласаног неповјерења. Међутим, кад распуштање парламента ставимо у друштвено-политички контекст и када сагледамо стварне разлоге и околности које су довеле до тога, могли би рећи да је само у једном случају, и то у оном из 2011, у извјесној мјери до распуштања дошло због сукоба законодавне и извршне власти, јер је парламент одбио приједлоге закона о Влади и пензионој

21 Позитивна Словенија је склопила коалицију са још три странке, па је Државни збор 27. 2. 2013. године именовао А. Братушек, из Позитивне Словеније за новог предсједника Владе, а 20. 3. 2013. године, изабрана је и нова влада, једанаеста по реду од 1990. године и првих парламентарних избора.

22 Нова коалициона влада изабрана након пријевремених избора 2012. године, већ након годину дана постала је мањинска због губљења подршке коалиционих партнера из разлога економске кризе и оптужбе јавности за корупцију, да би јој убрзо било изгласано и неповјерење.

реформи. Остали случајеви парламентарне кризе су резултат (унутар) партијског сукоба, персоналних проблема и сујета лидера партија, односно председника влада (пораз на изборима за шефа партије, сумња у корупцију, неприхватање одлука највиших судских инстанци...), што иде у прилог тезе да је неопходан функционалистички приступ у сагледавању института распуштања парламента.

5.2. Распуштање парламента – Хрватског сабора – у Републици Хрватској

Устав Републике Хрватске из 1990. године утврђује да је државна власт у Републици Хрватској устројена на начелу подјеле власти на законодавну, извршну и судску, те да начело подјеле власти укључује облике међусобне сарадње и узајамне контроле носилаца власти прописане уставом и законом.²³ У Републици Хрватској институт распуштања парламента је у узрочно-посљедичној вези са избором Владе и њеним статусом у парламенту. Први случај се односи на неизбор Владе из два покушаја након одржаних парламентарних избора,²⁴ а други на неизбор Владе у року од 30 дана након што јој је Сабор изгласао неповјерење. Међутим, треба истаћи да Сабор не може бити распуштен због чињенице што је изгласао неповјерење Влади, већ због тога што није након изгласавања неповјерења у одређеном року изабрао нову Владу. Одлуку о томе самостално доноси председник Републике, али на основу уставне обавезе, тако да се може рећи да председник својим актом само констатује наступјеле чињенице. За разлику од тога, ако Влада постави питање свог повјерења у Сабору, па Сабор изгласа неповјерење Влади, тада председник, на приједлог Владе и уз сапотпис председника Владе а након савјетовања са представницима клубова заступника парламентарних странака, *може* распустити Хрватски Сабор.²⁵ На исти начин председник Републике може распустити Сабор и у случају када у року од 120 дана од дана предлагања не донесе буџет.²⁶ У ова два случаја, до распуштања не долази аутоматски, њиховим наступањем, „већ су они претпоставка да се до одлуке о распуштању дође, при чему су наведене консултације у парламенту, нарочито са владајућом већином, кључ одлуке“ (Кутлешић, 2002: 150). Имајући у виду да је потребан

23 Члан 4 Устава Републике Хрватске. Устав Републике Хрватске (пречишћени текст), Народне новине бр. 85/10.

24 Члан 110–112 Устава.

25 Члан 104 Устава.

26 Члан 104, ст.1 Устава, с тим да је у ставу 2 предвиђено да Председник не може на приједлог владе распустити Хрватски сабор док траје поступак за утврђивање његове одговорности за повреду устава.

приједлог Владе и сапотпис председника Владе, може се рећи да су ова два случаја инструмент владе а не председника који је више формални доносилац акта. Према овом члану Устава право председника да може распустити Сабор „у великој мјери се ограничује тако што су наведена сва ограничења која постоје у било којем уставу чистог парламентарног или полупредседничког система“ (Сокол, Смердел, 1998: 264). Дакле, ако је до утврђивања чињенице неповјерења дошло на захтјев Владе, може доћи до распуштања Сабора, док Сабор не може, као што смо већ рекли, бити распуштен кад је по својој иницијативи изгласао неповјерење влади. Неки аутори сматрају да „ово представља сужавање и ограничавање стандардног модела односа владе и парламента у парламентарном моделу, и то на штету владе, односно олакшавање парламенту да покреће питање повјерења влади или њеном члану, без страха у виду владине реакције у виду распуштања“ (Кутлешић, 2002: 150), а други пак, као нпр. проф. Смердел, сматрају да је распуштање Сабора углавном у складу са парламентарном традицијом равнотеже законодавне и извршне власти (Смердел, 2010: 22).

Устав Хрватске допушта могућност самораспуштања Сабора, ради расписивања пријевремених избора, ако то одлучи већина свих заступника, што може и да значи – кад год процијени да ће новим пријевременим изборима остварити бољи изборни резултат.²⁷ Овакво рјешење о самораспуштању Сабора „теоретски не одговара парламентаризму, већ је традиционалан елемент скупштинског система владавине“ (Фира, 1999: 258). Ближе парламентарном моделу је право председника да распусти Сабор које је Уставом утврђено.

Међутим, управо на такав начин, тј. доношењем одлуке о (само)распуштању, у посљедњој деценији распуштена су три сазива Сабора: пети сазив сабора распуштен је 12. октобра 2007, шести сазив, конституисан у јануару 2018, распушта се 28. октобра 2011, те седми сазив (конституисан у децембру 2011) распушта се 28. септембра 2015. Интересантно је да одлука о распуштању не садржи образложење већ се у њој само констатује да се Сабор распушта и да одлука ступа на снагу даном доношења.²⁸

Након избора у новембру 2015, осми сазив Сабора конституисан је крајем децембра. ХДЗ-ова коалиција релативни је изборни побједник с освојених 59 мандата, а изненађење избора је Мост независних листа с 19 мандата, чији су представници, заједно са још неким другим странкама, формирали

27 Овакав концепт самораспуштања у духу је и у складу са британском парламентарном праксом, мада није раширен у другим државама.

28 Вид. Одлуку објављену у Народним новинама бр. 104/07.

већину из које је крајем јануара 2016. изабрана нова влада. Међутим, тој влади, Сабор је већ након непуних пет мјесеци изгласао неповјерење, што је најкраћи мандат једне владе у хрватској држави. Будући да коалиција на челу са ХДЗ, као релативним побједником избора, није успјела у законском ропку од 30 дана да формира парламентарну већину за избор нове владе, и након што се видјело да од „прегруписивања“ странака неће бити ништа, то су поједине партије сакупљале потписе за распуштање. Сабор је 20. јуна донио одлуку о (само)распуштању што је довело до пријевремених избора који су одржани у септембру 2016, да би девети сазив сабора био конституисан у октобру 2016.

Дакле, у Хрватској је у посљедњој деценији четири пута распуштен Сабор и одржани пријевремени избори 2007, 2011, 2015, 2016, при чему је само 2016. био разлог сукоб Владе са Сабором, тачније сукоб странака у Сабору које за више од пола године нису успјеле постићи договор око парламентарне већине из које би произашла и Влада, док су остали случајеви распуштања били из тактичких и техничких разлога, “куповина времена”, без видљивих формалних разлога и објашњења.

5.3. Распуштање парламента – Народне скупштине – у Републици Србији

Устав Републике Србије²⁹ експлицитно одређује да уређење власти у Србији почива на подјели власти на законодавну, извршну и судску, те да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли, стим да је судска власт независна.³⁰ Кад је у питању распуштање парламента у Србији, из одредби Устава се може закључити да то овлашћење припада предсједнику Републике, с тим да је у четири случаја предсједник дужан да распусти парламент, а да у једном случају то може учинити на основу образложеног приједлога Владе. Устав Србије разликује четири случаја распуштања Народне скупштине, по сили устава – чим наступе такви случајеви. Први случај је повезан са конституисањем Народне скупштине и избором Владе. Устав је одредио да се Влада мора изабрати у року од 90 дана од дана конституисања парламента, у супротном, Народна скупштина се распушта.³¹ Други и трећи случај се односи такође на избор Владе у року од 30 дана након изгласивања неповјерења од стране Народне скупштине, односно након неизгласивања повјерења Влади када је она поставила

29 Устав Републике Србије (Сл. гласник Републике Србије бр. 98/06)

30 Члан 4 Устава Републике Србије.

31 Члан 109, ст. 3 Устава.

питање повјерења,³² а четврти на неизбор Владе у року од 30 дана од дана констатације оставке председника Владе.³³

Осим наведених, Уставом предвиђених ситуација када председник Републике мора да распусти Скупштину и распише нове изборе (распуштање парламента по сили Устава), Устав предвиђа и распуштање парламента на основу уставног овлашћења шефа државе. Наиме, чл. 109 утврђује да „председник Републике може на образложени предлог Владе, распустити Народну скупштину.“³⁴ Из овакве одредбе неспорно се може закључити да „без образложеног предлога Владе не може бити ни распуштена легислатура, баш као што се парламентарни сазив не може распустити, уколико такву одлуку није донио председник Републике“ (Кузмановић, 2010: 286). Устав не наводи разлоге због којих Влада може предложити (тражити) од председника Републике распуштање парламента, што значи да је Влада слободна у изношењу разлога у поднесеном приједлогу. Међутим, исто тако и председник Републике има слободу да прихвати или одбије Владин приједлог за распуштање. Дакле, за разлику од наведених случајева, у овој ситуацији распуштање Народне скупштине искључиво зависи од одлуке председника Републике, његове оцјене приједлога Владе. Влада не може предложити распуштање Народне скупштине ако је претходно у Скупштини већ поднесен приједлог да јој се изгласа неповјерење или ако је сама Влада поставила питање свог повјерења.³⁵ Треба истаћи да „ограничавање права Владе да затражи распуштање Народне скупштине од председника Републике примјењује се само док се одвија поступак покренут подношењем приједлога за гласање о повјерењу“ (Пајванчић, 2009: 172).

Од доношења Устава Србије 2006. године, на основу наведеног уставног овлашћења председника Републике, до распуштања Народне скупштине дошло је већ 2008. године, при чему је председник Републике

32 Члан 130, ст. 4 Устава и чл. 131, ст. 4 Устава.

33 Члан 132, ст. 5 Устава.

34 И ранији Устав Републике Србије из 1990 године, у члану 89, садржавао је одредбу да „председник Републике на образложени приједлог Владе може одлучити да се Народна скупштина распусти“. На основу ове одредбе председник Републике је два пута распустио парламент, 1992. и 2000. године.

35 Овом одредбом се спречава могућност да Влада преухитри парламент и издејствује његово распуштање прије него што Скупштина одлучи о њеној судбини. „Наведеном уставном формулацијом, по узору на Устав Савезне Републике Југославије од 1992. године, спутава се могућност да се злоупотреби институт распуштања парламента као што је то био случај 1993. и 2003. године. Тада је Народна скупштина распуштена упркос покренутом поступку за изгласавање неповјерења Влади“ (Радојевић, 2009: 342).

истовремено и расписао изборе за народне посланике. Након одржаних избора у јануару 2007, првих након (поновног) конституисања Србије као самосталне државе, Уставом из 2006. године, изборни резултати су условили различит коалициони потенцијал појединих странака и могуће комбинације за састав владе. Разговори око формирања владе трајали су четири мјесеца да би били окончани пред сам истек уставног рока за њено формирање. Наиме, 15. маја 2007. године, В. Коштуница и Б. Тадић, су се „као кључни актери преговора, уз Динкићеву асистенцију, коначно договорили“ (Стојиљковић, 2008: 143), а радикали остали изван извршне власти. Формирана је нова влада са В. Коштуницом на челу. Међутим, „дуготрајно преговарање о формирању владе и обрти у том процесу само су потврдили дубину расцијепа између Демократске странке и Демократске странке Србије, који је брижљиво `грађен и његован` и много прије октобра 2000. године. Оно што се колоквијално називало демократским блоком, послје ових избора, суштински не постоји. Влада представља савез из нужде; творевину истрошене петооктобрске инерције... скуп неискрених партнера усмјерених прије против радикала и једних против других, него окренутих пословима који их чекају. Све то наговјештава да ће ова влада имати кратак рок употребе и да јој и најмање, наизглед баналне разлике, могу врло брзо скратити мандат“ (Јовановић, 2007: 164). Ова предвиђања проф. Милана Јовановића су се показала тачним, јер већинска коалициона влада, једва изабрана 2007. године, „пала“ је већ након 10 мјесеци, тачније 8. марта 2008. године. Концепцијске несугласице које су још од 2000. стајале између ДС и ДСС су скоро блокирале рад нове Владе, а питање односа према европским интеграцијама је дијелило друштво на двије половине.³⁶ Убрзо, предсједник Владе Србије, В. Коштуница, због несугласица у коалицији предложио је предсједнику Републике Б. Тадићу да распусти Скупштину и распише ванредне парламентарне изборе за 11. мај 2008. Директни узроци несугласица у коалицији, или тачније речено између предсједника Републике и предсједника Владе, били су косовска криза и питање европске перспективе Србије, тј. несугласица о условима евроинтеграција. Било је евидентно да владајућа коалиција више није могла да контролише унутрашње спорове, те се већина парламентарних партија сагласила са одлуком о расписивању нових избора (Стојиљковић 2008: 148, 149). На парламентарним изборима 6. маја 2012, највише гласова је добила СНС, а послје њих ДС, која је по снази и броју освојених мандата била друга парламентарна странка. Србију су очекивали тешки преговори око статуса Косова те наставак пута ка ЕУ, али није дошло до стварања „велике коалиције“ ДС и СНС као двије најјаче парламентарне странке,

36 У таквим условима одржани су и предсједнички избори (јануар-фебруар 2008) на којима је Борис Тадић (ДС) тијесно побиједио Томислава Николића (СРС).

већ „напредњака“ и социјалиста. После двоипомесечних преговора владу Србије је формирала коалиција око Српске напредне странке.³⁷ Међутим, већ крајем јануара 2014, непуне две године по одржавању претходних, редовних парламентарних избора, Влада упућује приједлог председнику Републике да распусти Скупштину, зарад „провере воље народа“ и „добиања политичког легитимитета“. Влада је званичан приједлог за распуштање Скупштине и расписивање ванредних избора усвојила и упутила председнику Републике, који је наредног дана потписао указ о распуштању Народне скупштине Републике Србије и званично расписао изборе. По увођењу вишестраначја, ово су десети парламентарни избори (седми ванредни) који су свакако, већ према начину расписивања, разлозима и у контексту који је довео до тога, били неуобичајени. Томе у прилог иде и изјава председника Владе да се „свакако, Скупштина не распушта зато што је Влада лоше радила. Ово је најуспешнија влада од 2000. године и одлука о изборима не треба да баца сенку на наше резултате,“³⁸ па се поставља питање због чега се онда тражило распуштање парламента. Наиме, уобичајена слика уочи распуштања Народне скупштине била би губитак парламентарне већине која би, потом, изгласала неповерење извршној власти. То би се, прво, назирало кроз (не)обезбеђивање кворума, (не)гласање по појединим законским предлозима и све веће раскораке у јавним наступима. Међутим, то није био случај јер је овај пут Влада затражила распуштање парламента позивајући председника Србије да указом то и озваничи, и то уз образложење да је већина парламентарца сложна да се „поново консултује изборна воља грађана.“ Зашто? „.... Са циљем остварења услова за изјашњавање грађана о будућем правцу државне политике и остваривања што шире друштвене подршке за убрзане реформе и модернизацију друштва предлагемо да се Народна скупштина распусти, одрже нови избори за народне посланике и сагласно вољи народа изабере нова Влада“, наводи се у образложењу приједлога Владе који је упућен председнику Републике Србије за распуштање парламента.³⁹ Дакле, одговор на питање: шта је, онда, опредјелило Владу да саму себе укине смо добили – свеобухватне реформе за које је неопходан најшири друштвени консензус. Даље остваривање започетих циљева и реформи Владе налаже предузимање мера које, по оцени представника више парламентарних група, изискују највишу политичку подршку грађана Србије“, и сл. Након одржаних пријевремених избора, на којима

37 За премијера је изабран лидер социјалиста И. Дачић.

38 <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:475241-Vlada-utorak-raspusta-Skupstinu>, приступљено 29. 11. 2018.

39 <http://www.intermagazin.rs/vlada-srbije-zatrabila-raspustanje-narodne-skupstine/>

је победила коалиција окупљена око СНС, и конституисања десетог сазива Нароне скупштине, 27. априла 2014. је изабрана и нова Влада са А. Вучићем као предсједником Владе. Постојала је до избора нове владе 11. августа 2016, након ванредних парламентарних избора одржаних 24. априла исте године. Наиме, предсједник Владе А. Вучић упутио је 3. марта 2016. предлог предсједнику Републике Т. Николићу да распусти Народну скупштину и распише изборе за народне посланике, иако није било сукоба између Владе и парламента, већ, напротив, Влада је имала стабилну већину. Циљ је био повећање парламентарне већине, останак и учвршћивање власти у наредном периоду, што је видљиво из образложења Владе у приједлогу за распуштање,⁴⁰ али и изјава предсједника Народне скупштине.⁴¹ Предсједник Републике Србије Томислав Николић, 4. марта 2016. године, потписао је Указ о распуштању Скупштине Републике Србије и Одлуку о расписивању парламентарних избора који су одржани 24. април 2016. године, а на којима поново побјеђује коалиција окупљена око СНС-а. Према томе, и 2014. и 2016. године, на приједлог Владе, предсједник Републике је распустио Скупштину. Распуштање је било из тактичких разлога. Наиме, Влада је имала већину у парламенту, тј. није се постављало питање повјерења Влади, имала је и подршку шефа државе. Распуштање је тражено у повољном амбијенту за Владу, у циљу добијања већег броја

40 У образложењу је наведено: "Влада Републике Србије, у непуне две године, успела је да спречи колапс јавних финансија, да тешким економским реформама изведе земљу из рецесије, као и да отвори прва поглавља на путу Србије ка Европској унији. Србија је данас и политички и економски стабилна земља са јасним перспективама напретка и просперитета. Све те резултате Влада Републике Србије успела је да постигне захваљујући поверењу грађана и њиховом јединству у подршци остварењу прокламованих циљева Владе. Влада Републике Србије сматра да је прва фаза у успостављању другачије, модерне и успешне Србије окончана тиме што су у потпуности стабилизоване економске и политичке прилике, те да је за обезбеђивање европског животног стандарда и утврђивање јасног и недвосмисленог пута наше земље у будућност потребна нова снага уједињене Србије са јасним мандатом да се реформе заврше и да омогуће нашој држави да буде на улазним вратима европске породице народа. У складу са наведеним, Влада Републике Србије предлаже предсједнику Републике да распусти Народну скупштину и распише изборе за народне посланике", http://www.rtv.rs/sr_lat/izbori-2016/republicki/predlog-za-raspustanje-skupstine-u-toku-dana_695092.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+RtvSveVesti+%28RTV+poslednje+vesti%29

41 Предсједница Скупштине Србије Маја Гојковић поручила је посланицима на крају седнице да могу да буду поносни на урађено, будући да је усвојено више од 600 закона и других аката. Гојковић је рекла да се радило 232 дана и ноћи и да посланици могу да буду задовољни учињеним. Актуелни сазив републичког парламента конституисан је 16. априла 2014. године. <https://www.blic.rs/vesti/politika/zavrshena-sednica-usvojeno-deset-akata-i-za-kraj-raspustena-skupstina/n3m19tt>

гласова на изборима и продужењу трајања власти. Распуштање је служило као средство за учвршћивање власти, односно продужетак останка на власти. То је видљиво и из образложеног приједлога Владе упућеног предсједнику Републике.

5.4. Распуштање парламента – Собрања – у Републици Македонији

У Републици Македонији, ни предсједник државе нити било који други орган, осим самог Собрања, нема могућност да „разријешити ситуацију када је прекинут тројни консензус између парламента, владе и шефа државе. Генерално посматрано, са аспекта начела подјеле власти, извршна власт нема основно средство за равнотежу моћи у односу на Собрање, а то је могућност распуштања Собрања“ (Тренеска, 2005: 367).⁴² Према Уставу Републике Македоније⁴³ Собрање може само себе да распусти.

Стабилност неколико влада у периоду од 2002. године до данас, није резултат сличних идеологија, односно компатибилних програма коалиционих партнера, већ заснованости на етнопартијским (македонско-албанским) компромисима консоцијативног карактера. Двије највеће партије, СДСМ и ВМРО–ДПМНЕ редовно улазе у предизборне коалиције са мањим партијама, као и у постизборне коалиције са неком од албанских партија. Након непуне четири године опозиционог дјеловања, ВМРО–ДПМНЕ и њени партнери у коалицији „За бољу Македонију“ победили су на редовним парламентарним изборима одржаним 5. јула 2006. године. Лидер ВМРО–ДПМНЕ Н. Груевски формирао је коалициону владу која је обухватила представнике четири остале странке. Осма македонска влада изабрана је августа 2006. године, а подржале су је још неке парламентарне странке. У свим демократским земљама, парламентарни избори се одржавају сваке четири године, гдје странка са највише освојених гласова на регуларно спроведеним изборима добија мандат за састав владе. Али, 2006. године, када је владајућа гарнитура ВМРО–ДПМНЕ дошла на власт, није пуно чекала до расписивања пријевремених парламентарних избора 2008. године, желећи да ојача своју позицију и продужи вријеме останка на власти. Пријевремени парламентарни избори су одржани 1. јуна 2008, када је коалиција „За бољу Македонију“ на челу са владајућом странком ВМРО–ДПМНЕ опет победила и обезбиједила 63 мандата у парламенту

42 Рената Тренеска, *Мешовитиот модел на организација на власта: Франција и Македонија*, Меѓународната конференција „македонско – француски денови на правото – 2000. години од Code Civil“, Скопје 2005, 367.

43 Члан 63 Устава. Устав на Република Македонија (Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/911, бр. 91/01; 1/92; 31/98; 84/03; 107/05; 3/09)

који има 120 чланова, што је било значајно више мандата у односу на прије двије године, што је и био циљ поменуте коалиције који се желио постићи распуштањем парламента. Иако је ВМРО-ДПМНЕ имао натполовичну већину у парламенту и шефа државе из својих редова,⁴⁴ ипак није успио у свим својим плановима. Политичка криза и бојкот парламента од стране главне опозиционе странке, те економска стагнација и вањскополитички неуспјеси резултирали су новим пријевременим парламентарним изборима у Македонији, одржаним 5. јуна 2011. године. На њима је поновно победила странка десног центра ВМРО-ДПМНЕ. Очито је да у Македонији постоје изразита политичка превирања с обзиром да владајућа странка не може до краја извршити мандат.⁴⁵ Н. Груевски је изабран за мандатара 2011. године, односно остао је на функцији премијера. Међутим, односи у владајућој коалицији су нарушавани, прије свега, због политичких сукоба македонских владајућих партија ВМРО-ДПМНЕ и албанске Демократске уније за интеграцију.⁴⁶ Са циљем да из тог сукоба свака странка изађе као побједник, македонски посланици су 5. марта 2014. једногласно гласали⁴⁷ за распуштање парламента, чиме је отворена могућност да превремени парламентарни избори могу бити одржани 27. априла, када буде одржан други круг председничких избора мада је редовни термин био планиран за лето 2015. године. Послије ванредних избора, однос снага није значајније промијењен, те су двије највеће странке у земљи македонски ВМРО-ДПМНЕ и албански ДУИ, опет чиниле власт имајући у Собрању већину са 80 од укупно 123 посланичка мјеста. Нова влада изабрана је 10. маја 2014. године. Највећа опозициона странка – Социјалдемократски савез Македоније / СДСМ/ не учествује у раду Собрања, незадовољна изборним процесом. Бојкот учествовања у раду парламента се наставио и током 2014. године,

44 На предсједничким изборима, у априлу 2009. године, победио је Ђорђе Иванов, кандидат ВМРО-ДПМНЕ, који је функцију шефа државе почео обављати 12. маја 2009.

45 Ово су иначе други пријевремени избори од независности Македоније, и други у низу, када ВМРО-ДПМНЕ поново побеђује СДСМ, али са мањом разликом у односу на прошле изборе, тачније изгубила је апсолутну већину у парламенту. ВМРО је прије избора имала 63 мјеста у парламенту, а сада ће имати 56. СДСМ је добио 42 мандата.

46 Лидер ДУИ-ја А. Ахмети желио је да Македонија промијени Изборни закон како би се предсједник државе бирао у Парламенту, што би омогућило да етнички Албанац буде изабран за македонског предсједника. Непосредним изборима то је немогуће, јер етнички Албанци чине између трећине и четвртине становништва. Када су Ахметијеви захтјеви одбијени, позвао је етничке Албанце да бојкотују предсједничке изборе.

47 Инцијативу за распуштање Собрања поднела је албанска мањинска странка у власти, Демократска унија за интеграцију, која се противила предлогу главне странке у власти ВМРО-ДПМНЕ да се Ђорђе Иванов поново кандидује за предсједника. Владајућа ВМРО-ДПМНЕ и опозициони Социјалдемократски савез Македоније прихватили су инцијативу

чиме се политичка криза наставља,⁴⁸ уз пораст етничких тензија. Због притиска опозиције и повећаних политичких тензија посланици четири највеће политичке партије⁴⁹ су изгласали распуштање Собрања 17. октобра 2016. Пријевремени избори су два пута отказивани јер је и Уставни суд био суспендовао предизборне активности, да би коначно били одржани у децембру. ВМРО-ДПНЕ је освојио веома тијесну побједу у односу на СДСМ (нешто више од једног процента гласова), али до тада опозициони СДСМ прави коалицију са албанским странкама, а из те парламентарне већине је произашла нова влада чији је председник З. Заев, лидер СДСМ-а. Међутим, и даље је присутна дубока подијељеност у Македонији у вези евроинтеграција и промјене назива државе, о чему македонске највеће странке имају супротна стајалишта. Управо су сукоби водећих и највећих политичких странака у Македонији, уз присуство етничких тензија македонског албанског становништва, и доводили до парламентарних криза и самораспуштања Собрања.

6. Закључак

Једно од суштинских обиљежја парламентарног система јесте постојање реципрочне политичке контроле између владе и парламента. Право распуштања парламента у уставима европског парламентаризма представља дискреционо овлашћење извршне власти. Егзекутиви, тј. шефу државе или влади је остављена могућност да цијени политичке прилике и да сходно томе одлучи да ли ће предложити распуштање парламента и, на тај начин, рјешавање спора између ње и парламента препустити бирачком тијелу. Овлашћење извршне власти да распусти парламент треба разликовати од обавезног распуштања парламента на основу самог устава. У првом случају распуштање парламента је вољни акт извршне власти, док у другом случају до распуштања долази вољом уставотворца. У једном броју уставних система, парламент се распушта на основу сопствене одлуке (самораспуштање). Одлуку доноси сам парламент, уставом одређеном већином посланика (било апсолутном, било квалификованом). Одређивање

48 Македонија је у политичкој кризи од фебруара 2015. и избијања скандала са прислушкивањем, када је опозиција оптужила владајуће конзервативце да су прислушкивали 20.000 људи, укључујући полицајце, судије, новинаре и дипломате, што бивши премијер Н. Груевски негира. Криза је додатно продубљена када је македонски премијер Ђ. Иванов одлучио да помилује оптужене за прислушкивање чиме је обустављен кривични поступак против више десетина политичара укључујући Груевског.

49 За распуштање парламента гласало је 110 од 123 посланика, без иједног гласа против.

распуштања парламента као битног елемента парламентарног система и инструмента за отклањање спора између извршне и законодавне власти припада класичној доктрини и схватању о мјесту и улози распуштања парламента у уставном систему, што је и данас присутно и у земљама региона. Међутим, функционалистичким приступом анализи овог института у неким од држава насталим на подручју бивше Југославије (Словенији, Хрватској, Србији и Македонији), стављајући уставноправне норме у друштвено-политичку стварност и околности које су и довеле до учесталости ове појаве, може се закључити да овај институт добија једну другачију димензију и сврху у односу на класичне доктринарне ставове. Наиме, у већини случајева распуштању парламента није претходило сукоб са владом, већ су разлози и циљеви били другачијег карактера. Распуштање парламента је служило као средство за учвршћивање власти, односно продужетак останка на власти; разлози су били сукоби политичких странака, унутарстраначки сукоби у виду пораза на изборима за шефа партије, персонални проблеми појединих лидера партија, односно председника влада и сумња у њихову корумпираност, неприхватање одлука највиших судских инстанци, или су одлуке о распуштању биле тактичке и техничке природе, без образложења. У сагледавању и анализи института распуштања парламента, поред уставних норми, мора се имати функционалистички приступ, који подразумева да се ова појава анализира у конкретној друштвено-политичкој стварности, да се проучава које функције је уставотворац намијенио распуштању парламента и које су конкретне последице примјене овог механизма у уставној стварности. Притом, посебно треба узети у обзир улогу политичких странака у уставном систему једне државе јер оне својим дјеловањем одређују садржину и конкретне ефекте уставних институција.

Литература/References

Батавељић, Д. (2002). *Упоредна анализа законодавне власти бивших југословенских земаља*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Јовановић, М. (2007). Парламентарни избори у Србији 21. јануара 2007. године. Београд: *Српска политичка мисао бр. 3-4/2007*.

Јовановић, П. Б. (1991). *Савремени политички систем*, II део, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Јовичић, М. (1984). *Велики уставни системи – елементи за једно упоредно уставно право*, Београд: Светозар Марковић.

Кузмановић, Р. (2010). *Нови есеји о уставности и државности*, Бања Лука: АНУРС.

Кутлешић, В. (2004). *Устави бивших социјалистичких држава Европе – упоредноправна студија*. Београд: Факултет политичких наука у Београду.

Кутлешић В. (2002). *Организација власти – упоредна студија устава бивших социјалистичких држава Европе*, Београд.

Ло, С. (1929). *Енглески парламентаризам*, Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.

Марковић, Л. (1991), *Парламентарно право*, Зрењанин: Екопрес.

Марковић, Р. (2017). *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Орловић, П. С. (2018), *Уставно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Пајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*. Београд: Фондација Конрад Адеануер.

Пајванчић, М. (2005). *Парламентарно право*. Београд : Фондација Конрад Адеануер

Пејић, И. (2011). *Парламентарна влада – осцилације у равнотежи*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу

Петров, В. (2015). *Парламентарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Петров, В. (2007). Институти парламентарног права у новом уставу Републике Србије – конституисање и распуштање скупштине, *часопис Правна ријеч*, бр. 10/2007, Бања Лука: Удружење правника Републике Српске.

Pogorelec, J. (2006) *Politična odgovornost*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Радојевић, М. (2009). Подела власти у Уставу од 2006. године – скица система организације власти, *часопис Правна ријеч*, бр. 18/2009. Бања Лука: Удружење правника Републике Српске.

Симовић, Д. (2009). Полупредсједнички систем – модел кога (не) треба избегавати, *часопис Правна ријеч* бр. 18/2009, Бања Лука: Удружење правника Републике Српске.

Симовић, Д. (2008). *Полупредсједнички систем*, Београд: Службени гласник.

Smerdel, B. (2010). *Parlamentarni sustav i stabilnost hrvatskog ustava – slijede li nakon predsjedničkih izbora nove promjene ustrojstva vlasti?* Zagreb: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*.

Sokol, S. Smerdel, B. (1998). *Ustavno pravo*. Zagreb: Informator.

Стојиљковић, З. (2008). Изборне коалиције и процес формирања власти у Србији (1990–2008) у: *Око избора (Парламентарни избори у Републици Србији, 11. мај 2008. године)*, (ур. Срећко Михаиловић), Београд: ЦеСИД.

Тренеска, Р. (2005). Мешовитиот модел на организација на власта: Франција и Македонија, *Меѓународната конференција „македонско – француски денови на правото – 2000. години од Code Civil“*, Скопје 2005.

Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije št. 33/91, br. 42/97; 66/2000; 24/2003; 69/04; 68/06; 47/13.

Устав Републике Хрватске – пречишћени текст, Народне новине бр. 85/10.

Устав Републике Србије (Сл. гласник Републике Србије бр. 98/06).

Устав на Република Македонија (Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/911, бр. 91/01; 1/92; 31/98; 84/03; 107/05; 3/09).

Устав Републике Српске (седмо издање), приредили и уредили Миодраг Н. Симовић и Миле С. Дмичић, Бања Лука, 2007.

Фира, А. (1999). *Енциклопедија Уставног права бивших југословенских земаља (том III)*, Нови Сад: САНУ и Матица српска.

Milan Pilipović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, Banja Luka University,

Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

THE ROLE AND REASONS FOR THE DISSOLUTION OF PARLIAMENT IN THE COUNTRIES OF THE REGION.

Summary

Establishing a balance between the legislative and the executive power, including the presence of constitutional mechanisms of mutual control, is an essential feature of parliamentarism. The institute of the dissolution of Parliament provides for exercising the necessary balance between the legislative and the executive power. The key questions arising in relation to that institute are, inter alia, the authorities of certain bodies in charge of the dissolution of parliament, as well as the reasons for the dissolution. The rationale for the dissolution of Parliament cannot be solely based on eliminating the conflict between the Government and Parliament, which falls within the scope of the classical doctrine; the issue of dissolution of Parliament must also be raised in situations when Parliament loses the support of the electoral body.

Modern conceptions speaks in favour of placing the mechanism of dissolution of Parliament into a socio-political context, rationalising and analysing this institute in a concrete socio-political reality, taking into consideration, among other things, the role of political parties. In the last decade, the dissolution of parliaments in the countries of the region (former SFRY republics) has become an increasingly common phenomenon. When reasons and circumstances leading to dissolution are reviewed, including the socio-political situation, we may pose the question whether it is about a conflict between the Government and Parliament or a conflict between political parties, and whether the objective of the dissolution is to resolve the conflict, to reinforce the governing power, or something else. The answers to these questions will be sought through the analysis of this institute in the countries created in the region of ex-Yugoslavia, by placing the constitutional norms in the context of socio-political reality and circumstances that influenced the rise of this phenomenon.

Key words: *dissolution, Parliament, Government, head of state, political party, Slovenia, Serbia, Macedonia, Croatia.*

Др Драгана Радовановић,
Доцент Правног факултета за привреду и правосуђе,
Универзитет Привредна академија, Нови Сад

СТРУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982245R

UDK: 331.5-053.2
Раđ примљен: 08.09.2018.
Раđ прихваћен: 13.04.2019.

ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА СА ЛИЦЕМ МЛАЂИМ ОД 18 ГОДИНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Због недовршеног психофизичког, моралног, друштвеног и интелектуалног развоја, лице млађе од 15 година не може бити запослено, а лице узраста од 15 до 18 година може засновати радни однос под рестриктивним условима, дизајнираним тако да се заштити његова личност и интереси које има у вези са избором запослења и занимања, здравље, морал и образовање. Лице које је напунило 15 година, наиме, може засновати радни однос, уколико рад не угрожава његово здравље, морал и образовање, односно ако рад није забрањен законом, уз писану сагласност законског заступника и на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да је способно да обавља послове за које заснива радни однос и да ти послови нису штетни за његово здравље. Ако испуњава ове услове, оно заснива радни однос закључењем уговора о раду.

Кључне речи: лице млађе од 18 година, услови за заснивање радног односа, поступак за заснивање радног односа, начин закључења уговора о раду.

1. Претходне напомене

Заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година налази се у жижи интересовања научне, стручне, али и шире јавности. Према превладавајућем схватању, лице млађе од 18 година не би требало да обавља било коју економску активност, већ да се посвети свом образовању, игри, спортским, рекреативним, културним и другим активностима конзистентним његовим развојним потребама и интересовањима, како би достигло најпотпунији физички, ментални, духовни, морални, интелектуални и друштвени развој (Петровић, 2009: 237). Чињеница је, међутим, да неки

* draganarado@sbb.rs

облици рада, уколико су регулисани на одговарајући начин, могу имати повољне ефекте на лице млађе од 18 година и на друштво у целини. Између осталог, могу олакшати преношење професионалних знања са једне генерацију на другу и бити важан чинилац сазревања младе особе (Ковачевић, Новаковић, 2016: 667). Чињеница је, такође, да искорењивање сиромаштва, најјаче покретачке снаге која нагони лица млађа од 18 година да раде, представља дугорочни циљ чије испуњење мора бити утемељено на имплементацији програма усмерених ка запошљавању одраслих, смањењу сиромаштва и уклањању економских и социјалних корена дечијег рада уопште (Међународна организација рада, 2001: 356). Из тог разлога, радна легислатива омогућава заснивање радног односа и лицу млађем од 18 година, али у мери у којој запослење не угрожава његову личност и интересе у вези са избором запослења и занимања, здравље, морал и образовање.

Анкете, спроведене претходних година, показују да је стопа запошљавања лица млађих од 18 година веома ниска – она одлажу запослење због примарне оријентације ка образовању¹ или не могу засновати радни однос због тога што не поседују радно искуство и не испуњавају остале посебне услове за заснивање радног односа утврђене општим актом послодавца (Арандаренко et al., 2012: 38). Њихове изгледе за запослење умањује и висока стопа незапослености и стереотипи да су недисциплинована, неодговорна, површна, немарна, неозбиљна итд. (Ристић, Павловић, 2012: 27). Из тих разлога, већина радно ангажованих лица млађих од 18 година сконцентрисана је у неформалној економији, где остварује зараде испод минималних и не ужива никакву сигурност и заштиту, што има негативне импликације на њихову професионалну каријеру и на живот уопште (Ристић, Павловић, 2012: 8).

2. Национални стандарди о заснивању радног односа са лицем млађим од 18 година

Забрана дечијег рада и посебна заштита омладине на раду представља једно од фундаменталних уставних начела и начела радног права. Устав Републике Србије, наиме, утврђује да “деца млађа од 15 година не могу бити запослена, нити, ако су млађа од 18 година, могу да раде на пословима штетним по њихово здравље или морал” (чл. 66, ст. 4 Устава, *Сл. гласник РС*, 98/06). Полазећи од уставом утврђених принципа, Закон о раду (*Сл.*

¹ Лица млађа од 18 година одлажу запослење и због непостојања институционалне подршке за лакше усклађивање рада и образовања (Арандаренко, Жарковић Ракић, Владисављевић, 2012: 7).

гласник РС, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14), који је системски закон у области радних односа, детаљније уређује заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година, изражавајући недвосмислени став да млада особа мора бити заштићена од свих ризика својствених пословима за које заснива радни однос. Национални стандарди о заснивању радног односа са лицем млађим од 18 година, притом, снажно су надахнути међународним стандардима о забрани (и постепеном укидању) дечијег рада, првенствено онима инкорпорираним у конвенцијама Међународне организације рада (Конвенцији број 138 о минималним годинама старости за заснивање радног односа и Конвенцији број 182 о најгорим облицима дечијег рада), као и у препорукама ове организације које дају смернице за примену наведених конвенција (Препоруци број 136 о минималним годинама живота за заснивање радног односа и Препоруци број 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада). Такође, ослањају се на регулативу Уједињених нација, Савета Европе и Европске уније у овој области.

3. Услови за заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година

Услови за заснивање радног односа, “правном нормом утврђене претпоставке способности субјеката да заснују радни однос”, “морају бити како резултат постојања одређених послова, њихове садржине, природе и карактера, тако и у функцији њиховог извршавања, односно остваривања права на рад, и обављања друштвено-потребног и корисног рада” (Шундерић, 1986: 88). Када се ради о лицу млађем од 18 година, услови за заснивање радног односа морају имати и заштитну функцију. Вулнерабилност овог лица, наиме, намеће потребу да се, прописивањем услова за заснивање радног односа, заштити његова личност и интереси које има у вези са избором запослења и занимања, здравље, морал и образовање, и представља разлог због чега се не могу сматрати дискриминаторским, иако узрокују диференцијални третман кандидата за запослење на основу година старости (Ковачевић, Новаковић, 2017: 665). У том смислу радни однос може се засновати са лицем које има најмање 15 година и испуњава остале услове утврђене законом: ако рад не угрожава његово здравље, морал и образовање, односно ако рад није забрањен законом, уз писану сагласност родитеља, усвојиоца или стараоца и на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да је способно да обавља послове за које заснива радни однос и да ти послови нису штетни за његово здравље (чл. 25, ст. 1 и 2 Закона о раду). Радни однос може се засновати и ако лице са најмање 15 година испуњава услове утврђене општим актом послодавца, на пример, поседује захтевану врсту

и степен стручне спреме, односно образовања, оспособљено је за рад на рачунару, зна страни језик, итд. Ти услови имају посебан домашај, односно везују се за поједина радна места и лица која ће на њима радити, а утврђују се према природи послова и захтевима конкретног радног места (Кулић, Перић, 2016: 104).

3.1. Минималне године старости за заснивање радног односа

Општи услов за заснивање радног односа тиче се минималних година старости за запослење², односно навршених 15 година живота (чл. 24, ст. 1 Закона о раду). Ова старосна доб одређена је с обзиром на антрополошке (медицинске, психолошке и социолошке) и друге стандарде о узрасту на којем се стиче радно-правна способност, а у уверењу да је фактичка радна способност, стечена у ранијем узрасту, потребна, али не и довољна за заснивање радног односа: заснивање радног односа условљено је и способношћу (личног) обављања рада и способношћу у физичком и менталном смислу, будући да се рад у радном односу обавља под мање или више тешким условима, који могу имати угрожавајући ефекат на развој лица млађег од 18 година (Јовановић, 2015: 1471). Виши узраст за запослење утврђује се с обзиром на важност послова за које се заснива радни однос³, као и повећану опасност од повређивања, професионалних или других обољења својствену пословима за које се заснива радни однос⁴,

2 Период након Другог светског рата одликује недостатак одредаба о минималним годинама старости за запослење. Ипак, сматрало се да радни однос може засновати лице које има најмање 14 година, јер је лице овог узраста могло бити и ученик у привреди према Закону о ученицима из 1946. године. Уредба о радним књижицама из 1952. године повезивала је запослење са регистарским бројем личне карте, која се издавала лицима старијим од 16 година, те се узраст од 16 година сматрао минималним за запослење. На такав закључак упућивала је и Уредба о одређивању и превођењу пензија и инвалиднина из 1952. година, према којој се у радни стаж за пензије није рачунало време проведено у радном односу пре навршене 16. године. Кардинални заокрет учињен је 1957. године, када је донет Закон о радним односима, који је узраст од 15 година утврдио минималним за запослење (Шундерић, 1986: 118). Овај узраст утврђен је за минимални за запослење и важећим Закону о раду, али и радном легислативом Аустрије, Белгије и Кубе. Нижи узраст (14 година) утврђен је радним законодавством Анголе, Аргентине и Венецуеле, а виши (16 година) радним законодавством Албаније и Алжира (Међународна организација рада, 2012).

3 Као државни службеник може се запослити пунолетни држављанин Републике Србије који има прописану стручну спрему и испуњава остале услове (чл. 45, ст. 1 Закона о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, бр. 79/05, 81/05 - испр., 64/07, 67/07 - испр., 11/08, 104/09, 99/14, 94/17).

4 Запослени између навршене 18. и 21. године може обављати послове са повећаним ризиком на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да такви

док утврђивање нижег узраста није допуштено ни када би млада особа обављала лакше послове.

Општи услов за заснивање радног односа одређен је апстрактно, а везује се за сва лица која траже запослење и за сва радна места (Ковачевић, 2016: 98). Овај услов, наиме, мора испунити свако ко се жели запослити, односно нико испод тог узраста не може засновати радни однос ни за обављање најједноставнијих и најлакших послова. Послодавац са својством правног лица или предузетник који радно ангажује лице млађе од 15 година чини прекршај за који је прописана новчана казна (чл. 274 Закона о раду), а поступак у коме се утврђује његова одговорност покреће инспектор рада (чл. 270 Закона о раду), који и доноси решење да лице млађе од 15 година престане са радом. Са друге стране, радно-правна теорија заузела је став да лице млађе од 15 година обавља фактички рад на основу којег остварује одређена права (право на новчану накнаду за обављени рад, право на одмор и право на посебну заштиту на раду, на пример) и испуњава одређене обавезе (Јовановић, 2012: 188).

Општи услов за заснивање радног односа и значај који има може се сагледати са више аспеката. Значај овог услова произилази из улоге коју има у заштити младе особе од прераног обављања рада у радном односу – лице млађе од 15 година поседује психофизичке способности испод иоле прихватљивих граница, због чега не може засновати радни однос ни за рад на најједноставнијим и најлакшим пословима. Када напуни 15 година, достиже потребну зрелост и стиче психофизичке способности неопходне за обављање рада у радном односу. Али, у процес рада мора бити уведено у складу са развојним способностима, с обзиром на то да његов развој може угрозити и, за њега, дуготрајни и исцрпљујући рад и/или неадекватни и претерани напори на раду (Ивошевић, Ивошевић, 2014: 73). Значај овог услова сагледава се и са аспекта његове улоге у заштити младе особе од обављања рада у радном односу до окончања основног образовања⁵ и отклањања свих ризика који могу угрозити уживање користи које пружа ово образовање.⁶ У том смислу узраст на којем се стиче

послови не штете његовом здрављу (чл. 85 Закона о раду).

5 Основно образовање остварује се у основној школи, обавезно је и бесплатно, а траје осам школских година (чл. 3, 4 и 30 Закона о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, 55/13, 101/17).

6 Основно образовање је од суштинског значаја за лични развој ученика, добијање приступа даљем образовању и активно учешће у друштву. Између осталог, циљ овог образовања је: пун интелектуални, емоционални, социјални, морални и физички развој сваког ученика, у складу са његовим узрастом, развојним потребама и интересовањима; развој стваралачких способности, способности за тимски рад и

право на рад одређује се с обзиром на трајање основног образовања, а трајање основног образовања један је од критеријума на основу којег се одређује минимални узраст за запослење. Подударане ова два узраста има потенцијала да предупреди и настанак других проблема у друштву – ако би се основно образовање завршило пре стицања права на рад, настао би период доколице, која би млада особа могла превазићи асоцијалним понашањем (Петровић, 2009: 242). Значај општег услова за заснивање радног односа сагледава се и из угла његове улоге у остваривању права на рад. Овај услов, наиме, редуциран је на оно што је нужно да би човек могао обављати било који рад, због чега омогућава великом броју лица да сопственим, слободно изабраним и прихваћеним радом, обезбеде себи и члановима породице материјалну и социјалну сигурност (Јовановић, 2015: 1473).

Ступањем на рад, лице са навршених 15 година стиче сва права и преузима све обавезе и одговорности из радног односа. С тиму вези, стиче и пословну способност (да самостално располаже зарадом и правима из радног односа) и процесну способност (да самостално покрене и да самостално учествује у поступку за заштиту права из радног односа). Али, пословна и процесна способност стечена заснивањем радног односа је ограничена (односи се на права, обавезе и одговорности из радног односа) и условна (зависи од радног односа – престаје ако младој особи престане радни однос пре стицања пунолетства) (Јовановић, 2015: 188).

3.2. Сагласност законског заступника за заснивање радног односа

Лице млађе од 18 година поседује психофизичка својства која утичу на процену сопственог понашања, усмеравање личних поступака и могућност правилног схватања догађаја. Из тог разлога, а у циљу заштите његове личности и интереса које има у вези са избором запослења и занимања,

способности самовредновања; развој свести о себи, самоиницијативе, критичког мишљења, као и изражавања свог мишљења; развијање кључних компетенција за целоживотно учење и међупредметних компетенција, у складу са развојем савремене науке и технологије; оспособљавање за доношење важних одлука о избору даљег образовања и занимања, сопственог развоја и будућег живота; развијање осећања солидарности, разумевања и конструктивне сарадње са другима и неговање другарства и пријатељства; развијање компетенција за сналажење и активно учешће у савременом друштву које се мења (чл. 21 Закона о основном образовања).

може засновати радни однос уз писану сагласност законског заступника⁷ – родитеља, усвојиоца или стараоца⁸ (чл. 25, ст. 1 Закона о раду).

Законски заступник се може, а не мора сагласити са запослењем лица млађег од 18 година. Уколико процени да запослење није у најбољем интересу лица млађег од 18 година, његова је обавеза да ускрати сагласност за заснивање радног односа.⁹ Али, ако сагласност ускрати без

7 Сагласност законског заступника представља један од додатних механизма заштите лица млађег од 18 година од пренагњених и непромишљених одлука и експлоатације његовог рада. Оправданост овог механизма, међутим, доводи се у питање, будући да постоје и други правни механизми заштите лица млађег од 18 година од непромишљених поступака (писана форма уговора о раду, право да откаже уговор о раду из било ког разлога и у било које време) и да ниједан извор међународног права не условљава заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година писаном сагласношћу законског заступника. Изузетак у том погледу представља комунитарно радно право и у његовим оквирима Директива Савета 94/33/ЕЗ, која омогућава запошљавање лица млађег од 18 година у области културе, уметности, спорта и рекламне делатности уз сагласност инспекције рада, министарства надлежног за послове рада или другог надлежног органа. Чињеница је, међутим, да радно законодавство неких земаља не искључује сваки утицај законског заступника на запошљавање лица млађег од 18 година. На пример, радно законодавство Словачке обавезује послодаваца да о заснивању радног односа са лицем млађим од 18 година обавести лице које се о њему стара (Ковачевић, Новаковић, 2017: 682). Из тих разлога, као и због чињенице да корпус права детета утврђен породичним законодавством превазилази обим права утврђен Законом о раду (лице које је напунило 15 година и привређује самостално располаже зарадом и имовином коју је стекло зарадом), одредбе Закона о раду које омогућавају заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година уз писану сагласност законског заступника требало би изменити тако да оно може засновати радни однос без писане сагласности родитеља, усвојиоца или стараоца (Вујовић, Дејановић, Јовановић, Пејаковић, Петровић, 2006:18).

8 Лице млађе од 18 година заснива радни однос уз обострану сагласност родитеља ако родитељи врше родитељско право заједничко и споразумно, али и ако је њихов брак престао разводом, јер родитељ који након развода не врши родитељско право, има право да одлучује о битним питањима која се тичу детета, а таквим питањем сматра и оно које се тиче његовог запослења (Ковачевић, Новаковић, 2017: 673). Али, уколико је други родитељ умро, или није познат, или је потпуно лишен пословне способности, односно родитељског права, лице млађе од 18 година заснива радни однос уз сагласност родитеља који врши родитељско право. Лице млађе од 18 година заснива радни однос уз сагласност усвојиоца ако је усвојено, будући да усвојеник и усвојилац имају једнака права и дужности као дете и родитељ, а уз сагласност стараоца ако се не налази под родитељским старањем, јер је старатељ дужан да се стара о штићенику (чл. 104 и чл. 135, ст. 1 Породичног закона, *Сл. гласник*, 18/05, 72/11 и др. закон, 6/15).

9 Родитељ или усвојилац који се сагласи са запослењем лица млађег од 18 година, и поред тога што рад угрожава његово здравље, морал и образовање, делимично се лишава родитељског права (одузимањем овлашћења да се сагласи са запослењем свог детета или усвојеника) због несавесног вршења родитељског права. Родитељ

оправданог разлога, оно се може обратити органу старатељства захтевом за постављање колизијског старатеља, који ће, након утврђивања свих околности, донети одлуку да (не) може засновати радни однос. Питање је, међутим, у којој је мери ова могућност реално остварива, с обзиром на менталитет људи нашег поднебља (Вујовић, et. al., 2006: 18).

Родитељ, усвојилац или старалац мора се сагласити са запослењем лица млађег од 18 година у писаној форми.¹⁰ Писана форма сагласности је утврђена законом (чл. 25, ст. 1 Закона о раду) и представља њен битан елемент. Из тог разлога, сагласност не производи правно дејство ако је законски заступник да у усменој форми или ако се из његовог понашања може закључити да је сагласан са запослењем лица млађег од 18 година.

Законски заступник мора се сагласити са запослењем лица млађег од 18 година пре закључења уговора о раду, будући да је његова сагласност конститутивни услов за постојање радног односа лица млађег од 18 година. Али, уколико се лице млађе од 18 година запосли без сагласности законског заступника, уговор о раду биће рушљив. Чињеница је, међутим, да се закључени уговор о раду може конвалидирати, накнадним давањем сагласности законског заступника (Симоновић, 2016: 31).

Законски заступник може повући сагласност подношењем захтева за престанак радног односа лица млађег од 18 година (чл. 175 Закона о раду), уколико процени да је даљи останак у радном односу противан најбољем интересу његовог детета, усвојеника или штићеника. Подношење овог захтева резултира анулирањем, стављањем ван снаге правног дејства

или усвојилац се и потпуно лишава родитељског права ако своје дете или усвојеника охрабрује или упућује на рад који угрожава његово здравље, морал и/или образовање, односно рад који је забрањен законом, као што старатељ може бити разрешен своје дужности (Вујовић, et. al., 2006: 15). Са друге стране, сагласност законског заступника за заснивање радног односа за рад на пословима који угрожавају здравље, морал и образовање лица млађег од 18 година не производи правно дејство. Али, ако оно, ипак, заснује радни однос, послодавац са својством правног лица, односно предузетник чини прекршај санкционисан новчаном казном (чл. 274 Закона о раду), а поступак у коме се утврђује његова одговорност покреће инспектор рада (чл. 270 Закона о раду), који и доноси решење да лице млађе од 18 година одмах престане са радом.

¹⁰ Писана форма "приморава" законског заступника да добро размисли о запослењу лица млађег од 18 година живота и увиди значај сагласности која се од њега захтева, а олакшава и доказивање чињенице да је сагласан са запослењем лица млађег од 18 година живота. Сматра се да је задовољена уколико је сагласност написана ручно, компјутером или другим техничким средством и ако је законски заступник својеручно потпише. Корисно би било да потпис законског заступника овери надлежни државни орган ако је сагласност дао на посебном писмену, а не на уговору о раду (Ивошевић, 2016: 86).

дате сагласности (и одсуством конститутивног услова за постојање радног односа лица млађег од 18 година), због чега послодавац мора донети решење о престанку радног односа лица млађег од 18 година декларативног карактера. Лице млађе од 18 година не може својим противљењем утицати на престанак радног односа, али се и овом приликом може обратити органу старатељства захтевом за постављање колизијског старатеља (Вујовић, et. al., 2006: 18).

3.3. Заштита лица млађег од 18 година од рада који угрожава његово здравље, морал и образовање

Лице млађе од 18 година може засновати радни однос уколико рад не угрожава његово здравље, морал и образовање (чл. 25, ст. 1 Закона о раду).

Заштита лица млађег од 18 година од рада на пословима који угрожавају његово здравље снажно је надахнута цивилизацијским захтевима за хуманизацијом рада, а свој смисао налази у унапређивању и очувању здравља младог човека (и достизању потпуног физичког, психичког и социјалног благостања), остваривању продуктивног и задовољавајућег радног века, заштити биолошког и демографског интегритета друштва, итд. Из тог разлога, формулисана је у најширем смислу и имплицира заштиту од рада на пословима који могу штетно и са повећаним ризиком утицати на његов живот и здравље, на основу налаза надлежног здравственог органа, и заштиту од рада на пословима са повећаним ризиком (чл. 84 Закона о раду).

Заштита лица млађег од 18 година од рада на пословима који могу штетно и са повећаним ризиком утицати на његов живот и здравље, на основу налаза надлежног здравственог органа, има релативни, условни карактер и примењује се на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да лице млађе од 18 година није способно да обавља послове за које заснива радни однос и да ти послови могу штетно и са повећаним ризиком утицати на његов живот и здравље (Јовановић, 2012: 267). Оваква заштита конципирана је у уверењу да и послови који одрасле не излажу повећаној опасности од повређивања, професионалних обољења и обољења у вези са радом, и поред имплементације мера заштите, могу штетно и са повећаним ризиком утицати на живот и здравље лица млађег од 18 година, с обзиром на то да, због недовршеног развоја, не поседује психофизичке способности какве поседују одрасли (Ковачевић, Новаковић, 2017: 665). Због тога, свако лице млађе од 18 година мора бити подвргнуто лекарском прегледу пре закључења уговора о раду, како би надлежни здравствени орган, пажљиво и у складу са правилима професионалне етике, утврдио

да ли је способно да обавља послове за које заснива радни однос и да ли ти послови могу штетно и са повећаним ризиком утицати на његов живот и здравље. Налаз овог органа мора превазилазити издавање уверења о добром здравственом стању лица млађег од 18 година (Петровић, 2009: 276) и има обавезујући карактер – лице млађе од 18 година не може засновати радни однос уколико се лекарским прегледом утврди да није способно да обавља послове за које заснива радни однос и да ти послови могу штетно и са повећаним ризиком утицати на његов живот и здравље. Трошкове лекарског прегледа сноси републичка организација надлежна за запошљавање ако се лице млађе од 18 година “налази” на њеној евиденцији незапослених лица (чл. 25, ст. 3 Закона о раду).

Лице млађе од 18 година не може радити на пословима на којима се обавља нарочито тежак физички рад, рад под земљом, под водом или на великој висини, као и на пословима који укључују излагање штетном зрачењу, или излагање средствима која су отровна, канцерогена или узрокују наследна обољења и на пословима који укључују ризик по здравље због хладноће, топлоте, буке или вибрације (чл. 84 Закона о раду), с обзиром на то да такви послови, и поред имплементације одговарајућих мера заштите, излажу и одрасле повећаној опасности од повређивања, професионалних обољења и обољења у вези са радом. Из тог разлога, заштита од рада на таквим пословима¹¹ има апсолутни карактер и мора бити примењена у сваком појединачном случају заснивања радног односа, независно од воље лица млађег од 18 година и воље послодавца и налаза надлежног здравственог органа (Јовановић, 2012: 267).

Заштита лица млађег од 18 година од рада који угрожава његов морал одражава став да радно окружење, продукујући неисправну слику о понашању у друштву, може имати пресудан утицај на личност младог човека, његов карактер и особине, деловање, суд о себи и другима; вођено жељом да буде прихваћено на радном месту, оно може прихватити неморалне ставове и вредности колега и, у крајњој линији, постати креатор и промотер таквих вредности и ставова. Из тог разлога, не може радити

11 Радна места на којима се обављају послови са повећаним ризиком и на којима лица млађа од 18 година не могу радити утврђују се актом о процени ризика, а у складу са Уредбом о утврђивању опасног рада за децу (*Сл. гласник РС*, бр. 53/17). Ова уредба, снажно надахнута Конвенцијом Међународне организације број 182 о забрани најгорих облика дечијег рада, донета је ради заштите деце од опасног рада који она обављају у формалном или неформалном сектору, у породичном или пољопривредном домаћинству, или на стручном оспособљавању, у складу са прописима којима се уређују права детета, прописима из области рада, безбедности и здравља на раду, здравствене заштите и образовања.

у клубу, казину, кладионици, месту где раде хостесе, или где се продају и служе алкохолна пића, итд. (Међународна организација рада, 2001: 399).

Заштита лица млађег од 18 година од рада који угрожава његово образовање остварује се забраном заснивања радног односа ако рад утиче на способност усвајања знања из наставног процеса и/или редовно присуство у школи. Заштита од таквог рада, снажно надахнута потребом да се лицу млађем од 18 година обезбеди најбоље могуће образовање и васпитање, конципирана је у уверењу да младог човека треба подстицати и охрабривати да, након завршетка основног образовања, настави образовање и упише средњу школу (гимназију, стручну, уметничку или мешовиту средњу школу), у складу са својим интересовањима и способностима, како би уживало све користи које пружа средње образовање. Ово образовање, наиме, није обавезно,¹² али је од кључног значаја за живот човека и за друштво у целини.¹³ Очекује се да ће користи које пружа средње стручно образовање бити још веће увођењем дуалног образовања,¹⁴ обликованог према

12 Република Србија, потписивањем Агенде Уједињених нација о одрживом развоју, преузела је обавезу да уведе обавезно средње образовање до краја 2030. године.

13 Средње образовање има кључни значај за лични развој младог човека, добијање приступа даљем образовању и/или запошљавању и остваривање активне улоге у друштву. Ово образовање, наиме, има за циљ: развој свести о значају здравља и безбедности, укључујући безбедност и здравље на раду; оспособљавање за тимски рад, комуникацију и решавање проблема; поштовање расне, националне, културне, језичке, верске, полне и узрасне равноправности, толеранције и уважавање различитости; развој мотивације за учење и способности за самостално учење, самоиницијативе, самовредновања и изражавање мишљења; развој стручних компетенција неопходних за запошљавање и оспособљавање за самостално доношење одлуке о избору занимања и даљег образовања; развој кључних компетенција неопходних за даље образовање и активну улогу грађана за живот у савременом друштву (чл. 2, ст. 1 Закона о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, 55/13).

14 Дуално образовање има за циљ: обезбеђивање услова за стицање, усавршавање и развој компетенција у складу са потребама тржишта рада; допринос јачању конкурентности привреде Републике Србије; обезбеђивање услова за запошљавање по завршеном образовању и даље образовање и целоживотно учење; развијање предузимљивости, иновативности и креативности сваког појединца ради његовог професионалног и каријерног развоја; обезбеђивање услова за лични, економски и општи друштвени развој; развијање способности за тимски рад и осећај личне одговорности у раду; развијање свести о важности здравља и безбедности, укључујући безбедност и здравље на раду; развијање способности самовредновања и изражавања сопственог мишљења, као и самосталног доношења одлука; поштовање међусобних права и обавеза ученика и послодавца (чл. 4 Закона о дуалном образовању). Из тих разлога, а имајући у виду страх од непознатог, било би корисно промовисати дуално образовање и истицати користи које оно пружа, установити тела која би пружала подршку и помоћ ученицима и послодавцима у превазилажењу проблема са којима се суочавају, а послодавцима који уђу у систем дуалног образовања обезбедити пореске

немачком и швајцарском моделу. Овај модел реализације наставе у систему средњег стручног образовања примењиваће се од школске 2019/2020. године, а његова примена омогућиће ученицима да, кроз теоријску наставу и вежбе у школи и учење кроз рад (у реалној радној околини код једног или више послодаваца, а под вођством и надзором инструктора и координатора), стекну компетенције за ефикасан и продуктиван рад у одређеном занимању или групи занимања (чл. 2 Закона о дуалном образовању).

4. Поступак за заснивање радног односа

Поступак за заснивање радног односа са лицем млађим од 18 година уређен је правилима строго формалне природе, која се морају применити у сваком појединачном случају заснивања радног односа, независно од животне доби кандидата за запослење¹⁵.

Кандидат је дужан да, приликом заснивања радног односа, послодавцу достави исправе и друге доказе о испуњености услова за рад на пословима за које заснива радни однос, утврђених правилником о организацији и систематизацији послова (чл. 26. ст. 1. Закона о раду). Лице млађе од 18 година има обавезу да достави и исправе и друге доказе о испуњености услова за рад утврђених законом, и то: извод из матичне књиге рођених, којим доказује испуњеност општег услова за заснивање радног односа, писану сагласност законског заступника и налаз надлежног здравственог органа којим се утврђује да је способно за обављање послова за које заснива радни однос и да ти послови нису штетни за његово здравље. У противном,

олакшице и финансијске стимулације. Противници дуалног образовања, међутим, истичу да ће дуално образовање обезбедити прилив јефтине радне снаге (ученици ће имати право на накнаду по сваком сату проведеном на учењу кроз рад у висини најмање 70% од минималне цене рада), да увођење дуалног образовања неће створити веће изгледе за запошљавање (послодавац нема обавезу да ученицима након завршетка образовања понуди посао), итд. (Euler, 2015: 27 и даље).

15 Правила поступка за заснивање радног односа садржана су, првенствено, у Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Сл. гласник РС*, 36/2009), а у односу на раније важећа умногоме су поједностављена. Послодавац, наиме, може запослити лице и без посредовања републичке организације надлежне за запошљавање, али потребу за заснивањем радног односа мора пријавити овој организацији како би је објавила на својој огласној табли и/или веб презентацији, као и публикацији "Послови", а ако послодавац захтева, и у средствима јавног информисања (Јовановић, 2012: 195). Није предвиђена ни могућност оспоравања послодавчеве одлуке о избору кандидата, изјављивањем жалбе, али спор поводом заснивања радног односа може решити надлежни суд (Кулић, Перић, 2016: 113).

његова пријава за запослење сматра се непотпуном и послодавац је неће узети у разматрање (Албинезе, Новаковић, 2014: 32).

Послодавац је дужан да, пре закључења уговора о раду, упозна кандидата са пословима за које заснива радни однос, условима рада, правима и обавезама из радног односа, дисциплином рада (чл. 27 Закона о раду).

Послодавац не може од кандидата да захтева податке о брачном и породичном статусу и планирању породице, као и исправе и друге доказе који нису од непосредног значаја за обављање послова за које се заснива радни однос (чл. 26, ст. 2 Закона о раду). Његова овлашћења, наиме, лимитирана су на место рада и на радно време, због чега може прикупљати само оне податке који су у директној вези са пословима за које се заснива радни однос, а мора се уздржати од сваког уплитања у приватни живот кандидата. Друкчије поступање представља повреду права на приватност кандидата, а може претходити и дискриминацији (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 89).

Послодавац не може условити заснивање радног односа тестом трудноће, осим ако се радни однос заснива ради обављања послова код којих постоји знатан ризик за здравље жене и детета, утврђен од стране надлежног здравственог органа (чл. 26, ст. 3 Закона о раду). Чињеница је, међутим, да трудноћа не може имати утицај на доношење одлуке о избору кандидата због тога што траје краће од радног односа и не може се изједначити са болешћу; жена током трудноће ужива посебну заштиту на раду, а након истека породичског одсуства (и одсуства ради неге и посебне неге детета), може обављати послове од којих је уживала заштиту за време трудноће.

Послодавац не може условити заснивање радног односа давањем изјаве о отказу уговора о раду од стране кандидата (чл. 26, ст. 4 Закона о раду), не само због тога што радни однос не може престати пре заснивања, већ и зато што послодавац не може манипулисати вољом кандидата и злоупотребити његову (не)зрелост, тешку породичну и/ил материјалну ситуацију, итд. (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 90).

5. Начин заснивања радног односа

Радни однос са лицем млађим од 18 година заснива се закључењем уговора о раду. Овај двострани правни акт којим се заснива радни однос, али и уређују и права обавезе и одговорности из радног односа,¹⁶ закључује се

16 Уговор о раду не може садржати одредбе којим се утврђују мања права и неповољнији услови рада од права и услова рада утврђених законом, колективним уговором и правилником о раду. Уколико, ипак, садржи такве одредбе, оне ће бити

на начин утврђен законом: у најмање три примерка¹⁷, у писаној форми¹⁸, пре ступања запосленог на рад¹⁹, на неодређено и одређено време²⁰ и са пуним и непуним радним временом²¹. Чињеница је, међутим, да лица млађа од 18 година најчешће закључују уговор о раду на одређено време (ради обављања сезонских послова током летњег распуста) и са непуним радним временом (како би имала више времена да се посвете спортским, културним и другим активностима).

7. Уместо закључка

Радно законодавство Републике Србије штити добробит и несметан развој лица млађег од 18 година тако што утврђује минималне године живота за заснивање радног односа и установљава низ мера у циљу заштите његове личности и интереса које има у вези са избором запослења и занимања, здравља, морала и образовања. Наша земља, међутим, мора и даље чинити напоре ка потпуном укидању дечијег рада, прогресивним повећањем минималних година живота за заснивање радног односа и имплементацијом економских и социјалних програма усмерених ка уклањању узрока дечијег рада.

Литература/References

Алибинезе, Ж. и Новаковић, С. (2014). *Коментар Закона о раду, Пето измењено и допуњено издање*, Београд: Пословни биро.

ништаве, а уместо њих примениће се одговарајуће одредбе закона или другог општег акта (чл. 9 Закона о раду).

17 Послодавац предаје један примерак уговора о раду запосленом, а остале задржава за себе (чл. 30, ст. 4 Закона о раду) – један примерак мора држати у седишту, а други у простору где запослени ради (чл. 35 Закона о раду). Овакав начин депоновања примерака уговора о раду доприноси ефикаснијем сузбијању рада на црно, с обзиром на то да инспектори рада, вршећи надзор над применом закона, лакше могу утврдити да ли је послодавац са лицима затеченим на раду закључио уговор о раду.

18 Уколико уговор о раду није закључен у писаној форми, сматра се да је радни однос заснован на неодређено време, даном ступања запосленог на рад (чл. 32, ст. 2 Закона о раду).

19 Ако уговор о раду није закључен пре ступања запосленог на рад, сматра се да је запослени засновао радни однос на неодређено време, даном ступања на рад (чл. 32, ст. 2 Закона о раду).

20 У уговору о раду мора се означити време на које се закључује, а ако се закључује на одређено време и основ заснивања радног односа (чл. 33 Закона о раду). У противном, сматра се да је закључен на неодређено време (чл. 31 Закона о раду).

21 У уговору о раду мора бити означено радно време (чл. 33 Закона о раду).

Арандаренко, М., Жарковић Ракић, Ј., Владисављевић М. (2012). *Од неактивности до запослености: анализа утицаја јавних политика и фактора који утичу на неактивност*, Београд: Фонд за развој економске науке.

Вујовић, Р., Дејановић, В., Јовановић, В., Пејаковић, Љ., Петровић, Н. (2006). *Дечији рад у Србији: анализа законодавства, праксе и појавних облика дечијег рада*. Београд: Центар за права детета.

Euler, D. (2015). *Dulano srednje stručno obrazovanje u Srbiji* (Electronic version). Retrived 15. November 2007 from: www.pks.rs/.../GIZ%20VET%20-%20Dulano%20%20obrazovanje%20STUDIJA%20SRPSKI%20WEB

Ивошевић И., Ивошевић, М. (2016). *Коментар Закона о раду, Треће издање*, Београд: Службени гласник.

Јовановић, П. (2012). *Радно право, Шесто измењено и допуњено издање*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.

Јовановић, П. (2015). Посебна радно-правна заштита појединих категорија радника. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 4/2015, стр. 1459–1485.

Ковачевић, Љ. (2016). *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*. Београд: Правни факултет.

Ковачевић, Љ., Новаковић, У. (2017). *Сагласност законског заступника за заснивање радног односа са малолетником*. *Право и привреда*, 4-6/2017, стр. 662 –690.

Кулић, Ж., Перић, С. (2016). *Радно право*. Београд: Завод за уџбенике.

Лубарда, Б. (2013). *Уводи у радно право са елементима социјалног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Међународна организација рада (2002). *Смернице о радном законодавству*. Женева: Међународна организација рада.

Међународна организација рада (2002). *Искорењивање најгорих облика дечијег рада: практичан водич за примену Конвенције број 182*. (Electronic version). Retrived 1. November 2017, from: <http://www.ilo.org/ipecinforproduct/download.pdf>

Петровић, А. (2009). *Међународни стандарди рада*. Ниш: Правни факултет у Нишу, Центар за правне публикације.

Ристић, З., Павловић, Љ. (2012). *Потребе тржишта рада и положај младих незапослених лица*. Београд: Унија послодаваца Србије.

Симоновић, Д. (2013). *Радно право, треће ажурирано издање*. Београд: Пројурис.

Шундерић, Б. (1986). *Услови за заснивање радног односа радника*. Београд: Научна књига.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006).

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013), 75 (2014).

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Службени гласник РС*. Бр. 36 (2009).

Закон о основном образовању и васпитању. *Службени гласник РС*. Бр. 55 (2013), 101 (2017).

Закон о средњем образовању и васпитању. *Службени гласник РС*. Бр. 55 (2013).

Закон о дуалном образовању. *Службени гласник РС*. Бр. 101 (2017).

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 15 (2005), 72 (2011) - и др. закон, 6 (2015).

Уредба о утврђивању опасног рада за децу. *Службени гласник РС*. Бр. 53 (2017).

Dragana Radovanović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University Business Academy, Novi Sad

THE EMPLOYMENT OF A PERSON UNDER THE AGE OF 18 IN SERBIA

Summary

Considering their incomplete psychophysical, ethical, social and intellectual development, minors under the age of 15 may not be employed. Young persons aged 15 to 18 are allowed to enter into an employment agreement under restrictive conditions, designed in such a way as to protect their personality and interests concerning the choice of job or employment, health, morality, and education. A person who has turned 15 is allowed to sign an employment contract if the type of work does not endanger his/her health, ethics or education, i.e provided that such work is not prohibited by law; moreover, an employment relationship may be established only with a written consent of a legal representative and on the basis of the findings of the authorized health authority confirming that the younger person is able to perform the job as described in the agreement, and that the job is not harmful for his health. If these conditions are fulfilled, the employment relationship is established by signing an employment agreement.

Key words: *employment contracts; person under the age of 18; terms and conditions, procedure and method of signing an employment agreement.*

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Бојан Јовић*

Докторанд Правног факултета

Универзитет у Београду,

Млађи саветник у Уставном суду Републике Србије

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1982265J

UDK:342.4/6

Раđ примљен: 10.02.2019.

Раđ прихваћен: 09.04.2019.

ОДНОС ЗАКОНОДАВНЕ И ИЗВРШНЕ ВЛАСТИ – МОЋ ПАРЛАМЕНТА И ОДГОВОРНОСТ ВЛАДЕ –

Апстракт: У првом делу рада аутор се пре свега бави начелом поделе власти и односом између законодавне и извршне гране власти, са посебним освртом на гледишта Слободана Јовановића (Политика је, пре свега другог, вештина утицања на народ). Потом укратко представља карактеристике председничког и парламентарног система, као и однос легислативе и егзекутиве у Уједињеном Краљевству, колевци парламентаризма, и Сједињеним Америчким Државама, типичном представнику председничког система. У средишњем делу рада језгровито приказује функције парламента, али је тежиште рада усмерено ка контролној функцији, као једној од најзначајнијих функција законодавне власти, кроз формулисање института посланичког питања и интерпелације, са националног (теоријског и позитивноправног) и упоредноправног гледишта. На крају рада аутор разматра и питање природе односа легислативе и егзекутиве у модерним парламентарним системима, питање тежње извршне власти да доминира над осталим гранама власти, а указује и на недостатке српског решења института интерпелације.

Кључне речи: законодавна власт, извршна власт, начело поделе власти, интерпелација, посланичко питање.

1. Уводна разматрања

О начелу поделе власти, односу законодавне и извршне власти, председничком и парламентарном систему, функцијама парламента, посланичком питању и интерпелацији се доста писало, како у домаћој, тако и страниј правној и политичкој литератури. Побројани правни институти уједно представљају и преглед питања којима се бавимо у

*bojan.boki.jovic@gmail.com.

раду, а која изнова привлаче пажњу истраживача и теоретичара широм света. Транспарентно и професионално вршење власти, без злоупотреба, јесте идеал бројних држава већ више од пола века. У том истом периоду су органи извршне власти преузели знатне законодавне надлежности, због чега су многе државе увеле додатне механизме који би спречили даљу „ерозију“ функција парламента, онемогућили злоупотребу и узурпацију власти, и успоставили избалансирани правни систем. Свему томе може допринети и афирмисање контролне функције парламента као његове „нове“ кључне функције, што би законодавном органу, поред учвршћивања свеобухватније контроле над радом егzekутиве, омогућило и враћање дела узурпираних надлежности.

Неспорно је да савремено управљање државом ставља органе извршне власти у први план, дајући им доминантан положај у системима организације власти, али то никако не сме довести до опадања значаја функције народних посланика и смањења улоге народног представништва. Зато ћемо у раду, детаљнијом анализом наведених правних института, указати на потенцијалне модалитете њиховог развоја, побољшања и заштите.

2. Начело поделе власти кроз однос законодавне и извршне власти

Много држава и народа је кроз историју, са мање или више успеха, тежило ограничавању власти појединаца. Од давнина је постојала тежња да се ограничавањем појединаца или група које су желеле да пригрле сву власт дође до бољег државног уређења и друштва у целини. Управо у тој тежњи да се једним правним актом поставе правила и ограничења којима се морају повиновати сви друштвени чиниоци, пре свега они који заповедају људима, настао је Устав, темељни и кровни акт сваког друштва. Још је Жан Жак Русо сматрао да „онај ко заповеда људима, не треба да заповеда законима и обрнуто“ (Јовановић, 2011: 315), док је Аристотел истицао да је „закон ум без пожуде, због чега би и требало да влада закон, а не људи“.

Три елемента творе сваку државу: територија, становништво и суверена власт, или речима С. Јовановића – земљиште, људи који на том земљишту станују и власт која над њима господари. Од непосредног значаја за тему којом се бавимо јесте државна (суверена) власт, која речима Жана Бодена „подразумева власт која споља не зависи ни од које друге власти, а унутра је виша од сваке друге власти“. Сувереност је својство државне власти које заправо подразумева да је на некој територији та државна власт недељива, највиша и неограничена, а као својства државне власти се могу издвојити независност, непрекидност и недељивост. Ова својства

нам указују да је државна власт пре свега оригинерна и да стално траје, иако се њени носиоци мењају, те да је јединствена и да се само дели на више функција (детаљније Марковић, 2010: 151). Бројни теоретичари су се бавили питањем носиоца суверености у држави, тј. питањем коме та (таква) сувереност припада, што је довело до настанка разних теорија које се баве сувереношћу – теократска, легитимистичка, марксистичка, али и теорија друштвеног уговора (теорије народне и националне суверености) (вид. Марковић, 2010: 153 и даље).

Теорија поделе власти која је ударила темеље правној држави (*Rechtsstaat*), касније је постала и неизоставни елемент принципа владавине права (*Rule of law*) (вид. Carroll, 2009: 43–49). Као творци теорије поделе власти у науци се најчешће спомињу Аристотел, Џ. Лок, М. Падовански, али и Ш. Монтескје чије име се најчешће везује за ову теорију. Иако је државна власт целовита, она не сме бити оличена у једном органу. Физички је неизводљиво да се она врши непосредно од стране свих грађана, те је стога неопходно да је врши држава преко својих изабраних органа. Суверена власт се налази код законодавних органа, а управни и судски органи само извршавају и примењују суверену власт, не стварајући је (Јовановић, 2011: 180 и даље). Због тога се државна власт дели на одређене функције, како би се делатности које имају истоветна обележја усмериле ка истом правном циљу, те би тако обједињене образовале једну функцију државе. Имајући у виду да се државна власт врши у циљу вишеструких делатности државе, то доводи до тога да постоји више државних функција. Сагласно броју државних функција, разликујемо следеће теорије о државним функцијама (дуалистичке, тријалистичке, квадријалистичке, као и теорију пет власти Сун Јат Сена, која заправо осликава све особености кинеске цивилизације) (детаљније Марковић, 2010: 166; Марковић, 1980: 11 и даље). Законодавна, извршна и судска су три основне функције државне власти, које се најчешће називају властима, а њихово раздвајање начело поделе власти (деоба власти је заправо деоба функција) (Јовановић, 2011: 315).

Иако се државна власт дели на више функција, мора постојати копча међу њима, јер се у суштини ради о „једној“ недељивој власти. Суштинско питање које се поставља јесте однос међу тим функцијама на којима почива начело поделе власти. Да ли између њих мора да постоји веза или не? Ако веза постоји, како она треба да изгледа? Да ли законодавна власт треба да даје правац другим двома властима, јер доноси законе које управа извршава, а судство примењује (Јовановић, 2011: 315), или то пак мора да чини извршна власт која је знатно оперативнија и која може да усмерава законодавну, док би судска остала по страни као независна у односу на претходне две?

Циљ овог рада није да да одговоре на сва постављена питања, али јесте свакако да детаљније прикаже однос између законодавне и извршне власти кроз однос између парламента и владе/шефа државе, као и да отвори расправу о повезаним питањима.

„Не треба онај ко издаје законе, да у исто време суди и управља – и обрнуто“ (Јовановић, 2011: 313). За сваку наведену функцију (законодавну, извршну и судску), а у циљу доследнијег спровођења начела поделе власти, морају бити предвиђени различити органи. Ти органи нипошто не смеју бити обједињени у рукама једног човека (ауторитарни режими) или неког тела/органа (скупштински системи), јер се онда у потпуности негира начело поделе власти и долази се до његове супротности – јединства власти. Предности начела поделе власти се могу посматрати кроз разлоге техничке (специјализација органа који врше одређену функцију) и правне природе (без поделе власти нема правне државе) (вид. Јовановић, 2011: 313).

На сукобу аутора о обиму поделе власти, тј. да ли она мора бити потпуна или може/мора бити делимична, изграђена је и подела на парламентарни и председнички систем, тј. на систем који карактерише флексибилна и систем који карактерише крута подела власти. За разлику од круте поделе, где постоји координација и сваку функцију врши посебан државни орган, код меке поделе државни органи су повезанији, што се може видети и из интеграције која постоји међу њима. Шарл Монтескје је сматрао да власт мора да зауставља власт, како би се успоставила равнотежа међу властима. Међутим, теоретичари се непрестано споре да ли је он такву поделу власти посматрао кроз потпуну изолацију и раздвојеност (круту поделу) или међузависност и сарадњу (интеграцију) власти. Управо је на тој размеђи настала подела на председнички и парламентарни систем.

2.1. Председнички и парламентарни систем

У духу начела поделе власти је да све органе бира народ (Јовановић, 2011: 318), али се након избора поставља питање односа међу њима. Пошто апсолутна подела власти није могућа, па самим тим није нигде ни спроведена, намеће се питање утицаја једне власти на рад друге. Ако је тај утицај значајан, али не у мери да изазове већу сарадњу међу органима, можемо говорити о председничком систему (Сједињене Америчке Државе), али ако до значајније међузависности ипак долази, онда говоримо о парламентарном систему (Велика Британија). Сједињене Америчке Државе и Велика Британија представљају најаутентичније представнике наведених система (детаљније о „британском“ и „америчком“ моделу

поделе власти вид. Carroll, 2009: 36). Када бисмо доследно спровели начело поделе власти, оно би било у супротности са парламентарним режимом који претпоставља стални надзор законодавног органа над владом, а не би било усклађено ни са начелом уставне равноправности три власти на коме почива председнички систем (вид. Јовановић, 2011: 341).

Председнички систем, установљен и отелотворен кроз државно уређење Сједињених Америчких Држава, карактерише чврст устав који уређује органе све три гране власти и њихово функционисање (законодавну, извршну, судску). И законодавна и извршна власт имају право да бране своју надлежност ако она буде угрожена од ове друге, а у томе ће неретко имати и помоћ Врховног суда. Председнички систем је заправо постављен тако, ако изоставимо судску грану власти која је независна и нарушава начело поделе власти истовремено штитећи га кроз рад Врховног суда, да законодавна власт учествује у пословима извршне (и супротно), тако што врши надзор или онемогућава да оствари значајнији утицај. Очеви оснивачи су сматрали да је потребно избећи парализу политичког процеса до које може да доведе крута подела власти, па су у појединим сегментима прогласили кооперацију органа државне власти (Марковић, 1980: 198). Наиме, законодавна власт припада дводомом Конгресу, који изгласава и буџет без кога извршна власт не може поступати, а Сенат пак ратификује међународне уговоре које закључује председник и даје сагласност на бројна именована појединих функционера извршне власти. Насупрот томе, председник као носилац извршне власти, врховни командант оружаних снага, који именује бројне функционере и закључује међународне уговоре, има пак могућност да уложи вето на законе Конгреса (Конгрес Сједињених Америчких Држава се састоји од Представничког дома и Сената), чиме постаје и значајан чинилац законодавне власти. Врховни суд Сједињених Америчких Држава стоји на челу судске власти, али поред тога води рачуна и о односу снага између законодавне и извршне власти. Овако изведена (крута) подела власти омогућава максимално могућу независност органа државне власти (упор. Марковић, 1980: 197; Стојановић, 2013: 295; Пејић, 2011а: 18), у којој власт не може да утиче на егзистенцију оне друге, али може на њен рад (Симовић, 2008: 132). Председничким системом се нећемо детаљније бавити, али је било неопходно указати на његове основне карактеристике како би се парламентарни систем, а и потоња питања боље схватили.

Насупрот председничком, *парламентарни систем* је настао као резултат праксе. Суштинска разлика између председничког и парламентарног система се огледа у немогућности реализовања политичке одговорности извршне пред законодавном влашћу (Пастор, 2011: 9). Парламентарни

систем је изграђен у Енглеској, вишевековним развојем и формирањем институција које су уравнотежене постепеним развојем оствариле међузависност путем интеграције извршне и законодавне власти. Монарх је у почетку био кључни чинилац власти, али је временом губио утицај до те мере да данас представља само симбол јединства, док је влада преузела у потпуности његове кључне надлежности, намећући се као главни такмац и ривал законодавне власти. Законодавну власт у парламентарним системима врши једнодоми или дводоми парламент, а у Великој Британији законодавна власт је од давнина поверена дводомом законодавном телу. У парламентарном систему егзекутива постаје бицефална, јер поред шефа државе који постоји и у председничком систему, имамо и владу. Карактеристика парламентарног система се огледа у томе што парламент формира и контролише владу, а влада са друге стране подноси законске предлоге и има могућност да распусти парламент (упор. Марковић, 1980: 206; Стојановић, 2013: 298; Пејић, 2011а: 11; Вучић: 2008: 87). Стога се читав парламентарни систем може дефинисати кроз начело „ти ме обориш, ја те распустим“, јер је распуштање парламента „нужан услов сваког парламентарног система“, без кога нема равнотеже између законодавне и извршне власти (Петров, 2010: 170). Парламентаризам једино не може да живи без владе одговорне парламенту (Петров, 2010: 169), све остало је подложно модификацијама.

Парламентарни систем је карактерисао и Трећу и Четврту Француску републику. Након усвајања Устава од 1958. године и стварања Пете републике, дошло је до успостављања система који се налази на размеђи председничког и парламентарног система. Због тога што је уставна стварност превазишла дихотомну поделу система власти (Симовић, 2008: 140), Морис Диверже је дефинисао новоустановљени систем као *мешовити/полупредседнички*. Њега карактерише шеф државе који се бира непосредно од стране грађана, због чега и има значајна овлашћења (именује владу и распушта парламент), уз владу која и даље остаје одговорна парламенту (упор. Симовић, 2008: 147; Пејић, 2011а: 29). Законодавна власт која је доминирала Трећом републиком постајала је другоразредни чинилац власти, уступајући своје место извршној власти (влади и шефу државе). То никако не значи да је законодавна власт остала без моћи, али је било потребно извесно време да се она, у новом окружењу, окрене и другим функцијама, контролној пре свега, и да на тај начин бар мало поврати део утицаја који је изгубила јачањем егзекутиве.

Извршна власт није ојачала само у Француској, већ и у многим државама које су усвојиле парламентарни систем током 20. века. Моћ парламента, која се огледала пре свега у могућности да разреши владу, постаје ексцес,

а народни посланици од гласноговорника народа постају колективци у оквиру парламентарних група, тј. политичких партија (вид. Пејић, 2011а: 55). Можда је прегруба формулација коју је употребио А. Томкинс истичући да је „парламент институција кроз коју влада доноси законе“ (Пејић, 2011а: 60), али свакако указује на нови однос снага који имају државни органи у систему поделе власти.

Да бисмо боље схватили однос парламента и владе, неопходно је показати њихово деловање у савременом парламентаризму. Наиме, у парламентаризму, парламент као централни орган, представља позорницу на којој се сукобљавају кључни политички чиниоци,¹ док парламентарна већина која бира и подржава владу, представља не само носиоца извршне, већ и носиоца законодавне власти. Стабилност парламентарног система ће у великој мери зависити од стабилне и постојане парламентарне већине (Пејић, 2011а: 41). Ако нека странка има већину у парламенту, њени истакнути лидери ће најчешће бити у влади, а не у парламенту, што само показује однос који политичари имају спрам ових институција. Влада је оперативнији и конструктивнији орган од парламента, па се у њој и одлуке брже доносе и консензус много лакше постиже. Због тога и постоји већина у парламенту која слепо подржава изабрану владу, „препуштајући“ контролу владе парламентарној опозицији и јавном мњењу. Влада је овакав свој положај зналачки створила, а потом и искористила, преузимајући законодавну иницијативу од парламента, што је и довело до тога да парламент најчешће доноси законе на основу владиних предлога. Међутим, парламент мора бити свестан тога да се не сме бавити само преправљањем и обликовањем предложених законских текстова, јер на концу, он има последњу реч у законодавном поступку. Кључ моћи парламента лежи управо у томе што коначно одлучује о судбини и садржини закона (Петров, 2010: 45), што свакако треба искористити у односима са владом.

Страх од распуштања парламента, које је моћније средство од законодавне иницијативе за утицај владе на рад парламента, не сме никако паралисати законодавни орган и блокирати његов ефикасан и квалитетан рад. Парламент се мора супротставити влади када је то неопходно. Иако је влада кључни чинилац власти у европским државама, саме партије које је творе ипак преузимају сву власт, одн. њихов лидер/и. У читавом овом

1 В. Петров пак сматра да је парламент: централна институција представничке демократије, под контролом политичких странака и финансијских моћника; арена у којој се на живот и смрт боре страначки гладијатори; институција која треба да реагује на иницијативу других, а не да иницира. Поред свега тога, парламент по његовом мишљењу треба да буде арена у којој се различита политичка мишљења сливају у једно, оно које треба да изрази сувереност народа (или нације) (Петров, 2010: 42).

замешатељству се не сме занемарити и улога уставног суда, који и те како може помоћи парламенту, ојачати његову позицију и учврстити начело поделе власти. За разлику од владе која се често руководи политичким разлозима и целисходношћу, парламент је склонији поштовању устава и закона. Због тога, јак и независан парламент, у коме се зрело расправља и просуђује, у коме се дебате воде са пуно уважавања политичких неистомишљеника, може да олакша рад уставног суда, али пре свега може знатно да повећа ниво политичке и парламентарне културе у једном друштву.

У парламентарном систему власти Републике Србије Народна скупштина је највише представничко тело и носилац уставотворне и законодавне власти (чл. 98 Устава Републике Србије, Сл. гласник РС, 98/2006). Председник Републике изражава државно јединство (чл. 111 Устава), а Влада је носилац извршне власти (чл. 122 Устава). Влада је за свој рад и рад органа државне управе одговорна Народној скупштини (чл. 124 Устава), а Народна скупштина бира Владу, надзире њен рад² и одлучује о престанку мандата Владе и министара (чл. 99 ст. 2 тач. 1 Устава). Председник Републике може на образложени предлог Владе да распусти Народну скупштину (чл. 109 ст. 1 Устава). Треба напоменути и то да у складу са важећим уставним уређењем постоје гледишта која систем власти у Републици Србији подводе под парламентарни, и она друга која сматрају да је он ипак ближи мешовитом систему. Међутим, иако се шеф државе бира непосредно на изборима, његова овлашћења по мишљењу аутора, нису толико значајна, како би и сам систем у целини могао бити окарактерисан као мешовити.

3. Функције парламента

У земљама парламентарног система у којима имамо потпуну хомогеност и неизмерно поверење између владе и парламентарне већине, надзор бирачког тела над парламентом може бити главна брана у борби против партократије. Речима С. Јовановића: „Ако је престао, или бар попустио, надзор Парламента над Владом, остао је надзор народа, одн. бирачког тела, над Парламентом. Парламент може, ако хоће, гледати Влади кроз прсте, али бирачко тело неће бити исто тако милостиво према њему; кад дођу нови избори, оно ће оборити тај Парламент који је подржавао једну Владу која то није заслужила“ (нав. према Пејић, 2011а: 69). Међутим, овакво деловање бирачког тела својствено је зрелим парламентарним

2 Б. Пастор с правом поставља питање због чега се и надзор рада Владе у наведеној уставној норми подводи под изборну функцију Народне скупштине, када је то заправо синоним за контролну функцију народног представништва (Пастор, 2011: 14).

демократијама у којима народ пажљиво прати рад и залагања својих изабраних представника и санкционише на следећим изборима њихов немар и уочене грешке. У супротном, свако неодговорно деловање парламентарца ће остати некажњено.

Поред законодавне функције, по Валтеру Беџхоту парламент обавља још и изборну функцију, функцију изражавања воље грађана, функцију политичког образовања и информативну функцију (Петров, 2017: 39). У француској правној теорији Аврил и Жикел праве разлику између нормативне (законодавне функције) и политичке делатности (контролне функције) парламента између којих се развијају и све остале активности, а које скупа чине функцију представљања (јер је парламент заправо народно представништво) (Петров, 2010: 45). У нашој правној теорији се најчешће истиче *законодавна (уставотворна) функција* (Д. Стојановић из законодавне функције јасно издваја *уставотворну и буџетску функцију*), *функција контроле над радом извршне власти (владе)*, *изборна функција* и *квасисудска функција*, као функције парламента (упор. Марковић, 2010: 275; Пејић, 2011б: 24; Стојановић, 2013: 308). У овом раду ће пре свега, бити речи о контролној функцији парламента као једној од његових најважнијих функција.

3.1. Контролна функција парламента посматрана кроз посланичко питање и интерпелацију

Уставни апсурд данашњице се огледа у томе што парламент остварује контролну функцију преко парламентарне већине чији је примарни задатак да одржи своју владу у мандату (Пејић, 2011а: 55). Дужност министра је да полаже рачун и одговара пред парламентом за свој лични рад и рад органа на чијем је челу. Контрола владе се огледа у „општој контроли владине политике и контроли извршења закона које је начелно поверено влади“ (Стојановић, 2013: 313). У ситуацији када имамо стабилну већину која подржава рад владе, парламентарна опозиција постаје кључни чинилац контролне функције. Какав је однос снага у парламенту, таква ће бити и јачина контроле коју парламент спроводи над владом или појединим министром. Ако имамо хомогенији састав парламента који је самим тим пресликан на владу, од потенцијалне контроле и полагања рачуна владе пред парламентом неће бити много користи, а опозиција мора бити противтежа владиној политици и парламентарној већини. Иако је од давнина прави задатак представничке скупштине да бди над радом владе, она неретко неоправдано препушта парламентарној опозицији и недовољно политички зрелој јавности да врши дужност контроле. Узрок томе, по мишљењу аутора, поред неизграђене политичке културе треба

тражити и у изборном систему који је постављен тако да у сваком смислу чврсто везује народне посланике за политичке партије које их „бирају“ на ову позицију.

Крајњи исход контролне функције парламента би био разрешење владе, одн. изгласавање неповерења влади. Наравно, неће сви инструменти довести до тог исхода. Парламентарци ће већину контролних инструмената исцрпети знатно раније, тако да најчешће неће ни доћи до пада владе. Средства путем којих парламент обавља функцију политичке контроле и обавештава се о раду владе могу бити *трајна* (сталне комисије парламента, разматрање периодичних извештаја владе, усвајање буџета и завршног рачуна, присуства чланова владе седницама парламента) и *повремена* (преко привремених и анкетних комисија, а посебно путем посланичких питања и интерпелације) (Стојановић, 2013: 313). И. Пејић пак истиче да с једне стране имамо гласање о неповерењу влади као јак традиционални инструмент контроле наспрам кога стоје знатно слабији инструменти (посланичко питање и интерпелација) који омогућују парламенту да испитује владу, држећи је стално у приправности (Пејић, 2011а: 90). Она напомиње и то да треба правити разлику између *правне* и *ванправне* одговорности владе. Ванправна одговорност владе пред грађанима има неправну санкцију која се огледа кроз осуду јавног мњења и губитка поверења грађана на следећим изборима, док наспрам ње стоји правна одговорност владе пред парламентом која се огледа кроз индивидуалну (посланичко питање) и колективну (захтев за гласање о неповерењу влади) одговорност владе (вид. Пејић, 2011а: 73). В. Петров се пак приклања француској теорији, те контролну функцију парламента посматра кроз *меку* (посланичко питање) и *чврсту* контролу (предлог за изгласавање неповерења влади и интерпелација) (Петров, 2010: 148), док Р. Марковић под контролом парламента над радом извршне власти, а пре свега над владом, подразумева *средства којима се парламент обавештава о раду владе* (стална – сталне комисије парламента и повремена – посланичка питања, интерпелација и анкетна комисија) и *средства за покретање политичке одговорности владе у парламенту* (предлог за гласање о неповерењу влади и постављање питања владе о свом поверењу у парламенту) (Марковић, 2010: 279). Предмет овог рада нису сва средства контроле парламента над радом извршне власти, већ само основна средства контроле – посланичко питање и интерпелација.

Међутим, да би се уопште дошло до контроле парламентарца над владом, народним представницима у парламенту мора бити зајемчена слобода говора, без које нема расправе, а ни представљања (вид. Пастор, 2011: 20). Мишљења смо да је слобода говора у савременом парламентаризму

у значајној мери условљена начином избора парламентарца, њиховим положајем у народном представништву, јачином политичких партија које творе политички живот једне земље, али и самосвешћу, образовањем и храброшћу самих посланика. Због свега тога и не чуди што је савремено доба поред горе наведених „традиционалних“ инструмента за контролу владе донело и бројне нове форме контроле и праћења активности владе (специјализована контрола и независна регулаторна тела), којима се јача моћ парламента, док се са друге стране девастира основна функција законодавног органа (упор. Пејић, 2011а: 130; Петров, 2010: 190).

3.1.1. Посланичко питање

О посланичком питању и интерпелацији се доста писало како у домаћој литератури, тако и иностраној литератури. (Glassman, 2009: 2; Skrášková, 2014: 12). Због осцилација односа владе и парламента у парламентарном систему, ово и даље представља поље интересовања бројних аутора. Корени посланичког питања (*parliamentary questions*) сежу до 18. века и колевке парламентаризма – Велике Британије (детаљније о врстама и природи посланичких питања у Великој Британији Carroll, 2009: 158), док се корени интерпелације налазе у једном декрету који је донела Уставотворна скупштина у Француској давне 1791. године (Николић, 1998: 78). Као што смо раније видели, посланичко питање представља повремено инструмент контроле парламента над радом владе, тзв. меко средство контроле. Оно има за циљ да прибави информације (информативни карактер) и усмери пажњу јавности ка некој теми која је важна одређеном народном посланику.

Једну од свеобухватнијих дефиниција посланичког питања даје В. Петров кроз елементе циља, форме, садржине и дејства посланичких питања: „посланичка питања су конкретна питања која посланици постављају, усмено или писмено, влади или поједином министру, са циљем прибављања одређених обавештења о раду владе или појединих министарских ресора, а на која су влада и министри дужни да одговоре у одређеном року“ (Петров, 2017: 125). Посланик питањем заправо тражи од надлежног министра (односно од целе владе) објашњење о некој ствари, које је министар дужан да пружи у одређеном року који је обично утврђен пословником, а након добијања одговора питач нема даљих могућности у односу на предмет свог интересовања, сматра се да је право народног посланика тиме конзумирано или исцрпљено (Вучић, 2008: 89).

Посланичким питањима се омогућава посланицима да прикупљају практичне информације, информишу јавност пружајући јој увид у рад владе, а све у циљу контроле парламента над радом владе или чланова

владе (министара). Посланичким питањима се омогућује мањини да учествује у расправи, али и да покрене расправу о неком важном питању које се тиче те мањинске заједнице. Како би се избегле евентуалне злоупотребе владајуће већине, време за постављање посланичких питања је најчешће предвиђено једном недељно у одређеном термину. Посланичка питања по врсти могу бити: питања у писаној или усменој форми (са или без расправе); хитна питања; питања која су повезана са одређеном темом па се постављају у тренутку предвиђеном за дату тему; одборска питања; буџетска питања (упор. Стојановић: 313; Пејић, 2011а: 91; Петров, 2017: 125; Марковић, 2010: 279; Пастор, 2011: 31).

У Србији посланичко питање постоји од седамдесетих година 19. века (Закон о пословном реду у Народној скупштини), а било је регулисано и Уставом од 1888. године. Митровдански устав не предвиђа институт посланичког питања, већ оставља закону и пословнику да га уреде. Важећи Пословник Народне скупштине (Службени гласник РС, 20/12), предвиђа следеће облике посланичких питања: питања у усменом и писаном облику (чл. 204–208); посланичка питања у вези са актуелном темом (чл. 209–216); уторак и четвртак – дани за тражење обавештења и објашњења (чл. 287). Пословником је изричито предвиђено и то да посланичко питање може бити постављено поједином министру или влади, из њихове надлежности, као и да мора бити јасно формулисано. На основу наведених, али и преосталих одредаба Пословника које уређују овај правни институт, неспорно произлази могућност широке примене овог правног средства контроле Народне скупштине, које истовремено представља најчешће, а можда и најефикасније делотворно средство контроле над радом Владе.

3.1.2. Интерпелација

За разлику од посланичког питања, интерпелација (квалификовано посланичко питање) представља повремено средство чврсте контроле, али на неки начин и информисања. Речима П. Николића, интерпелација суштински представља један инструмент информације о раду владе или појединог министра, односно о неком значајном политичком или другом питању, али и инструмент контроле владе, односно појединог министра.³ Интерпелација, као и посланичко питање, најчешће је пословничка

3 Исти аутор истиче и да интерпелацију чине три битна елемента: *подношење интерпелације* (најчешће ће то бити индивидуално право, али може бити и колективно; подноси се у писаној форми; а постоји рок за стављање интерпелације на дневни ред седнице парламента), *дебата о њој* (давање одговора/објашњења/информација о постављеном питању и расправа / широка општа дебата о томе) и *закључивање о интерпелацији* (гласање о дневном реду које треба да покаже да ли постоји поверење

категорија, али може бити уређена и самим уставом, као што је то случај у Србији.⁴ Независно од тога којим правним актом је уређена, она мора бити прецизно и јасно формулисана како би се спречиле потенцијалне злоупотребе, а истовремено омогућила њена ефикасна примена у парламентарном животу једне државе.

Основна „разлика између питања и интерпелације састоји се у томе што се о питању не претреса и не гласа, а о интерпелацији се и претреса и гласа. Питање је дијалог између министра и питача, и циљ је тога дијалога да се добију од министра извесна обавештења. Интерпелација је један напад посланика на министра, и циљ је тога напада да изазове скупштински претрес извесних министрових поступака. Тај претрес има да се заврши скупштинском оценом, повољном или неповољном, министрових поступака“ (Јовановић, 1924: 286). Поред тога „циљ интерпелације није информација, као код посланичког питања, већ дискусија и расправа, а потом, евентуално и санкција према влади. Зато је она и средство утицаја парламента на рад владе, јер значи у исто време питати, али и питајући протестовати“ (Марковић, 2010: 280). В. Петров дефинише интерпелацију као „питање одређеног броја парламентарца упућено влади у писменој форми са циљем да се од ње затражи објашњење одређене радње предузете у вођењу политике, а поводом којег (питања, В.П.) се, по правилу, води расправа, и на крају гласа“ (Петров, 2017: 131).

Питање које се интерпелацијом поставља је обично питање опште политике владе, које ће најчешће бити од значаја и за читав парламент. Проблем који је захваћен интерпелацијом доста је шири од проблема који је означен у посланичком питању. Зато и не чуди што тако формулисано питање, које се налази у интерпелацији, може да доведе до пада владе. Међутим, треба нагласити и то да постоје системи у којима интерпелација може садржати у себи захтев да се гласа о поверењу владе. Па тако имамо

већине према влади које ће довести до оставке владе или министра). Због тога интерпелација садржи у себи политичку санкцију (Николић, 1998: 78).

4 Одредбама чл. 129 Устава Републике Србије утврђено је: да најмање 50 народних посланика може поднети интерпелацију у вези са радом Владе или појединог члана Владе; да је Влада дужна да одговори на интерпелацију у року од 30 дана; да Народна скупштина расправља и гласа о одговору који су на интерпелацију поднели Влада или члан Владе коме је интерпелација упућена; да изгласавањем прихватања одговора Народна скупштина наставља да ради по усвојеном дневном реду; да ће се приступити гласању о неповерењу Влади или члану Владе ако Народна скупштина гласањем не прихвати одговор Владе или члана Владе, а уколико претходно, по неприхватању одговора на интерпелацију, председник Владе, односно члан Владе не поднесе оставку; да се о питању које је било предмет интерпелације не може поново расправљати пре истека рока од 90 дана.

државе у којима се интерпелација поистовећује са посланичким питањем и оне друге где је она ближа најстрожем средству контроле над радом владе – предлогу за изгласавање неповерења, у које спада и Србија (упор. Пејић, 2011б: 210; Петров, 2017: 130; Вучић, 2008: 90; Стојановић, 2013: 315).

Као и посланичко питање и интерпелација у Србији постоји од седамдесетих година 19. века (Закон о пословном реду у Народној скупштини), а први пут је и она нашла своје место у Уставу од 1888. године. Митровдански устав, као што смо већ видели, у посебном члану уређује овај институт, а Закон и Пословник (Пословник Народне скупштине, Службени гласник РС, 20/12) само разрађују уставне одредбе које су већ и саме (без потребе) поприлично детаљне.

Стога, с правом треба поставити питање да ли је интерпелација на основу наведених позитивноправних одредаба ефикасно средство парламентарне контроле у нас, или је на неки начин „мртворођено право“, односно каква су искуства Народне скупштине у примени овог института? Одговор на ово питање није превише оптимистичан, јер се на основу досадашње праксе може рећи да се интерпелација није прихватила у правном поретку Србије као колективно правно средство контроле, имајући у виду то да је тек пет година након доношења Митровданског устава поднета прва интерпелација 26. јула 2011. године, а убрзо након тога поднета је само још једна (Пастор, 2011: 58), што свакако не указује на њену делотворну примену.

4. Закључна разматрања

Перспективе парламентарног система у светлости контролне функције коју парламент врши над владом – У једној држави можемо имати јаку владу и то нужно не мора бити лоше, али ако парламент не врши своје основне функције, пре свих контролну, онда може доћи до проблема у читавом правном систему. Ако имамо владу која претеже над парламентом, због упоришта у хомогеној парламентарној већини, неспорно је да народно представништво неће моћи у пуној мери да врши своју законодавну функцију, али ће и даље моћи и морати да врши у оквиру ње буџетску „функцију“, кроз коју такође на неки начин контролише владу. Са друге стране, сви законски предлози који потичу од владе добијају свој крајњи облик у парламенту, што паметна законодавна власт може максимално искористити.

Због значајног утицаја политичких партија на рад парламентарца, законодавно тело мора нарочито да развије своју контролну функцију. Парламентарне странке врше утицај на посланике, који због огромног

притиска партија из којих потичу, начина избора и мањка куражи и индивидуализма, све несамосталније доносе одлуке. Овакав однос снага огледа се у појачаној позицији владе и министара који је чине, као кључних чланова извршне власти који задржавају лидерске позиције у политичким странкама, обједињујући на тај начин вршење извршне и законодавне власти. Лидер странке врши стварни утицај на странку и руководство, а преко ње посредно и на посланике већине, што доводи до особеног прожимања политичких партија и државних институција, одн. политичких партија са законодавном и извршном влашћу. Моћ политичког утицаја се не налази више у парламенту, већ код извршне власти која подлеже његовој контроли. У овом односу се заправо огледа читав парадокс савременог парламентарног система у коме опозиција⁵ треба да преузме улогу контролора извршне власти. Владајућа већина која на неки начин „бездушно и безусловно“ подржава владу мора бити ограничена новим механизмима који ће бити успостављени и у корист опозиције. „Моћна извршна власт је последица нарасле улоге државе у свакодневном животу.“⁶ Стога се отвара простор да парламенту поред опозиције и јавности, у контроли извршне власти, помогне и уставни суд. Улога уставног правосуђа би била утолико значајнија, јер оно за разлику од опозиције и јавности, врши ефикасно, искључиво правну контролу, политички необојену.

Парламент не сме бити само владин орган за гласање, већ пре свега треба да служи као орган пред којим се детаљно спроводи претрес на основу кога се доносе квалитетни закони. Како код законодавне функције, сем парламента, и влада има значајну улогу, код контролне функције треба позвати у помоћ парламенту бираче и јавност. Ово може бити проблем у друштвима попут нашег где демократске институције нису још увек у потпуности изграђене, а јавно мњење није до краја политички освешћено. Из наведених разлога, парламент се мора у будућности у знатно већој мери бавити контролом, чиме би надоместио и део моћи коју је изгубио јачањем владе и губитком дела законодавне функције.

5 Опозиција треба да буде алтернатива власти, а посланици владајуће већине не смеју бити само извршиоци Владине воље (Пастор, 2011; 67). Међутим, И. Пејић сматра да влада рутински командује преко своје већине у парламенту, а да је парламентарној мањини препуштено постављање посланичких питања и говор против владиних предлога, без могућности да било шта промени у њима, што свакако није далеко од истине (Пејић, 2011а: 185).

6 „Али и јака влада јача државу као такву“ (Орловић, 2013: 80). Супротно гледиште јесте да се извршна власт одавно сматра опасном за слободу, те да је још и Џ. Брајс сматрао да је извршна власт слаба тачка демократије (Пејић, 2011а: 181).

Државе које почивају на либерално-демократској уставности, са изграђеним институцијама, имају и утицајан парламент и моћну владу, јер њима народна представништва служе као форуми за дебату, чија се реч чује и уважава, док влада као језгровитији и стручнији орган који брже делује има превагу над свим осталим органима у систему поделе власти.

Као што смо видели, у Србији посланичко питање јесте ваљано средство деловања парламента на рад владе, док интерпелација још увек нема то својство. Посланичка питања су у потпуности уподобљена решењима из упоредног права, због чега се може рећи да су она ефикасна средства контроле која имају на располагању парламентарци, што не важи и за интерпелацију. Наиме, интерпелација у нашем правном систему нагиње предлогу парламента за изгласавање неповерења влади, због чега је, поред лошег позитивноправног уређења, додатно постала средство контроле на папиру, али не и у пракси. Наиме, добре стране позитивног решења јесу то што она може да се поднесе и против Владе и против појединог министра. Међутим, у констелацији снага које имају владе последњих десетак година, број од 50 народних посланика који је неопходан за подношење интерпелације је непримерено висок, те би првом изменом Устава требало свести овај број на максимално 20–30 посланика. Поред тога и рок који се даје Влади или члану Владе да достави председнику Народне скупштине свој одговор на интерпелацију (30 дана од дана пријема интерпелације) је без разлога дуг и требало би га свести на највише осам дана, док би рок (од 90 дана од дана гласања) забране расправљања о питању које је било предмет интерпелације требало можда у потпуности изоставити. Уклањање наведених баријера и додатно приближавање овог института посланичком питању би у потпуности повећало ефикасност интерпелације и у догледно време довело до њене (шире) примене, уз перспективу да постане респектабилно средство контроле парламента над владом. Међутим, ако желимо да изградимо свест о значају неког (правног) института уз повећање његове делотворности, домета, ефикасности и шире примене, свакако је потребно уложити нешто више знања, труда и времена. Искрено се надамо да ће неко од нас успети у томе!

Литература/References

Вучић, О. (2008). Интерпелација – утицај посланика на одговорно поступање владе. *Правна ријеч*, Бања Лука. 14/2008. 87–96.

Glassman E. M. (2009). *A Parliamentary – Style Question Period: Proposals and Issues for Congress*. Washington D.C: Library of Congress – Congressional Research Service. (Electronic version). Преузето: 29. 1. 2019.

Јовановић С. (2011). *О држави*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Јовановић С. (1924). *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. Београд: Геца Кон.

Carroll A. (2009). *Constitutional and Administrative Law*. Great Britain: Longman.

Марковић Р. (2010). *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Јавно предузеће Службени гласник.

Марковић Р. (1980). *Извршна власт* (докторска дисертација). Београд: Савремена администрација.

Николић П. (1998). Интерпелација (Влада – положај у систему; остваривање у пракси; функција Владе; шта ваља мењати?). *Мала библиотека* 5. 77–86.

Орловић С. (2013). *Владавина Устава или уставног судства*. Петроварадин: Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду.

Пастор Б. (2011). *Контрола рада владе на пленарним седницама с посебним освртом на посланичко питање и интерпелацију у парламентарном систему Србије и Мађарске* (мастер рад). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Пејић И. (2011а). *Парламентарна влада – осцилације у равнотежи*. Свен Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

Пејић И. (2011б). *Парламентарно право*. Свен Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

Петров В. (2010). *Парламентарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Петров В. (2017). *Парламентарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Пословник Народне скупштине. *Службени гласник РС*. Бр. 20. 2012.

Симовић Д. (2008). *Полупредседнички систем* (докторска дисертација). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник Републике Србије.

Skrášková A. (2014). *Prime Minister's Question Time in Modern British Political Culture* (Bachelor's Diploma Thesis). Brno: Masaryk University Faculty of Arts. (Electronic version). Преузето: 29. 1. 2019.

Стојановић Д. (2013). *Уставно право*. Ниш: Свен.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98. 2006.

Bojan Jović, PhD candidate
Faculty of Law, University of Belgrade

RELATIONSHIP BETWEEN LEGISLATIVE AND EXECUTIVE
- The power of parliament and the responsibility of the government -

Summary

The first part of the paper was about the separation of powers, and the relationship between the legislative and the executive, particularly from the point of view of Slobodan Jovanović, one of the most famous law theoreticians in our history. Also, we discussed the presidential and parliamentary systems, as well as the relationship between the legislative and the executive in the United Kingdom and the United States of America, as the most eminent representatives of these systems. In the central part of the paper, we briefly analysed functions of parliament. The major accent was on the scrutiny of the parliament, perhaps the most important parliamentary function, especially at a time when the government has a great deal of power. In addition, we largely dealt with defining parliamentary questions and interpellation in national and comparative law theory. In the end, we considered the nature of the relationship between the legislative and the executive in modern parliamentary systems, but we also pointed out the most relevant inconsistencies of current norms in Serbia related to parliamentary questions and interpellation.

Keywords: *Legislative, Executive, Separation of powers, Interpellation, Parliamentary questions.*

Марио Војнић Хајдук,*
Докторанд Правног факултета
Универзитет у Новом Саду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1982283V

UDK:347.74

Раđ примљен: 18.10.2018.

Раđ прихваћен: 10.01.2019.

ОСНОВНА ПРАВНА АНАЛИЗА АКРЕДИТИВА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У праву Републике Србије постоји посебна законска регулатива о правном послу акредитива. Међутим, егзистирају и даље одређени правни проблеми. Основни проблеми су: недостатак потпуније законске дефиниције о акредитиву; употреба истих термина у различитим значењима; неразвијена регулатива о саопштењу о отварању акредитива; те питање, да ли су основни правни односи у акредитиву независни односи.

У овом раду се разматрају основна питања и институти акредитива. Полази се од става да у послу постоји, садржински посматрано, иста обавеза исплате акредитивне суме, да су основни правни односи у послу међузависни односи, те да је правна природа акредитива јединствена. Раđ указује и на проблеме са којима се суочавају различита схватања о основним питањима акредитива.

Кључне речи: уговор о отварању акредитива, саопштење о отварању акредитива, правни односи у акредитиву, правна природа акредитива, акредитив, банкарска услуга.

1. Увод

У Републици Србији правни посао акредитива уређен је Законом о облигационим односима.¹ Пре доношења 300-а, акредитив је био регулисан Општим узансама за промет робом (узанса бр. 193 и узанса бр. 194), а разлоге одсуства законодавне регулативе овог посла требало би тражити у аутономном начину његовог настанка и каснијем врло динамичном развоју (Вукадиновић, 2012: 789).

* mariovojnich@gmail.com

1 Закон о облигационим односима – 300, „Сл. лист СФРЈ” бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ” бр. 31/93.

Акредитив је банкарски посао у коме егзистира неколико правних односа. Правни односи у акредитиву су: однос између налогодавца акредитива и акредитивне банке, однос између акредитивне банке и корисника акредитива, однос између налогодавца и корисника акредитива и заједнички однос између налогодавца акредитива, акредитивне банке и корисника акредитива.² У акредитиву се могу засновати и други правни односи, као што су коресподентни односи банака. Правна природа акредитива одређује се на основу правне природе односа који се формирају у њему. Претежна правна природа акредитива је одређена природом односа између налогодавца и акредитивне банке и односа између акредитивне банке и корисника акредитива, који су основни правни односи у послу. Ови односи су самостални и делимично независни правни односи. Њихов садржај чини иста обавеза исплате акредитивне суме. Међутим, постоје и схватања да су основни правни односи у акредитиву потпуно независни односи.

У раду се анализирају: појам, елементи и законска регулатива правног посла акредитива у нашој земљи. Испитују се и правни односи у послу, те се утврђује њихова правна природа, као и правна природа посла акредитива. Посебна пажња у раду посвећује се институту саопштења о отварању акредитива и међузависности основних правних односа у послу. Законска регулатива акредитива изазива бројне проблеме и спорове око њиховог решавања, те је основни циљ овог рада приказ решења основних проблема у послу. То налаже правна сигурност. Од ових решења зависи адекватна примена одговарајућих правних норми.

2. Акредитив у домаћем праву

2.1. Појам и елементи правног посла акредитива

Израз акредитив потиче од латинске речи *accreditivum* и у правном смислу означава пуномоћје једног лица да изврши плаћање неком другом овлашћеном лицу (Вукадиновић, 2012: 791). Акредитив је правни посао који настаје закључењем уговора о отварању акредитива, на основу кога се даје саопштење о отварању акредитива.³

2 Између налогодавца и корисника акредитива заснива се и правни однос из основног посла који садржи акредитивну клаузулу.

3 Отварање акредитива значи закључење уговора о отварању акредитива, односно прихватање налога од стране акредитивне банке. ЗОО овај уговор назива „Акредитив” (чл. 1072, ст. 2, чл. 1074 и чл. 1076).

Уговором о отварању акредитива (у даљем тексту: уговор) обавезује се акредитивна банка да изврши акредитивно саопштење кориснику акредитива, те да по испуњености услова из уговора (односно, упутстава налогодавца), исплати одређену новчану суму (акредитивна сума) кориснику, док се налогодавац за отварање акредитива обавезује да банци плати накнаду за ову услугу. Уговорне стране су налогодавац акредитива и акредитивна банка, док је корисник акредитива овлашћено треће лице из уговора, у чију корист је уговор закључен. Ово је основни модалитет уговора, а у пракси се уговарају и друге обавезе акредитивне банке. Таква је нпр. обавеза акредитивне банке да ангажује другу банку која ће потврдити акредитив или ће га нотификовати (саопштити). Испуњењем ових обавеза банке настају нови правни односи (уговори) у правном послу акредитива.

Саопштење о отварању акредитива је изјава воље акредитивне банке којим она обавештава корисника акредитива да је у његову корист отворила акредитив, односно да је у његову корист закључила уговор.⁴ Ово саопштење (обавештење) производи одређено правно дејство. Поједини аутори сматрају да је обавештење правна чињеница из које настаје правни однос између банке и корисника акредитива. Схватања о природи саопштења у основи се деле на она која сматрају да је обавештење једнострани правни посао акредитивне банке и на она која сматрају да је обавештење понуда банке за закључење уговора упућена кориснику.

Термин „*Акредитиви*”, који се у 300-у користи за назив главе тридесет и седме, указује на: тешкоћу одређивања јединственог појма акредитива, превасходно због постојања више његових модалитета и на сложеност правних односа који егзистирају у њему.⁵

2.2. Законска регулатива акредитива

Учл. 1072, ст. 1 300-а дата је дефиниција појма основног модалитета уговора о отварању акредитива.⁶ Наиме, прихватањем захтева налогодавца за

4 У литератури се термин акредитив користи и као синоним за ово саопштење. У овом раду термин акредитив користи се у ширем смислу за означавање правног посла акредитива и у ужем смислу за означавање уговора о отварању акредитива. То је у складу са позитивним законодавством Републике Србије. Саопштењу више одговара термин акредитивно писмо или акредитивно саопштење, мада се и ови термини у теорији користе да означе уговор о отварању акредитива.

5 Законске норме о акредитиву, с обзиром на коришћену законодавну технику и употребљену терминологију, представљају изазов за тумачење (чл. 1072–1082 300-а).

6 Поменути члан 300-а не носи као код других правних послова назив „Појам посла”, већ назив „Обавеза акредитивне банке и форма акредитива”. Садржај законске

отварање акредитива, акредитивна банка се обавезује да ће кориснику акредитива исплатити одређену новчану своту ако до одређеног времена буду испуњени услови наведени у налогу за отварање акредитива. Уговор мора бити сачињен у писаној форми.⁷ Ради се о императивној законској норми.

Налогодавац је везан издатим налогом од тренутка кад је налог приспео банци.⁸ Налог је понуда за закључење уговора. По правилу, у делатност пословних банака спада извршавање таквих налога. Лице у чију пословну делатност спада вршење налога за обављање одређених послова дужно је да изврши добијени налог ако га није одмах одбило.⁹ Ако понуда, односно налог није одбијен, сматра се да је уговор о отварању акредитива закључен у тренутку када је понуда, односно захтев налогодавца за отварање акредитива стигао банци.¹⁰ Налог се по правилу саставља на унапред прописаном обрасцу.¹¹ Закон не искључује ситуацију у којој би

дефиниције не чини обавеза давања акредитивног саопштења, али она произлази из других законских норми.

7 Чл. 1072, ст. 2 300-а. Исто је прописано и у чл. 7, ст. 1 Закона о заштити корисника финансијских услуга, „Сл. гласник РС” бр. 36/2011, 139/2014, 45/2018. Грађански законик Републике Србије – Радни текст, од 29. маја 2015. године – ГЗРС (Р. т.) не прописује писану форму као обавезну форму уговора. Међутим, већина европских општих услова пословања банака садрже норму по којој се налози упућени банци сачињавају у писаној форми.

8 Чл. 1073, ст. 2 300-а. У Закону је за моменат од када понуда обавезује налогодавца прихваћена теорија пријема од стране акредитивне банке.

9 Чл. 42, ст. 4 300-а.

10 Чл. 42, ст. 5 300-а.

11 Налог за отварање акредитива, као посебан банкарски образац, најчешће садржи следеће елементе: 1. податке о налогодавцу, податке о акредитивној банци и о кориснику акредитива, 2. место, датум и број акредитива – по правилу место и датум ће бити карактеристике закљученог уговора о отварању акредитива, 3. врсту акредитива, 4. рок важења акредитива, 5. учешће других банака, 6. износ обавезе плаћања, тзв. акредитивну суму, 7. начин исплате акредитивне суме (нпр., плаћање по виђењу односно у готовом, са одложеним плаћањем, уз акцепт или негоцирањем), 8. обичне и документарне услове за исплату, 9. норму да акредитив подлеже Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве, 10. одредбу о томе ко сноси акредитивну провизију и трошкове, да ли налогодавац или корисник (према чл. 27 Закона о заштити корисника финансијских услуга, уговори о банкарским услугама садрже врсту и висину свих накнада и других трошкова који падају на терет налогодавца, односно корисника акредитива). Корисник акредитива никада не може бити обавезан да обезбеди покриће акредитивне суме, јер се то противи природи посла, 11. друге елементе према околностима посла. Уколико банка није одмах одбила налог за отварање акредитива, он ћутањем банке постаје уговор о отварању акредитива. Могуће је да ова банкарска форма садржи печат и потпис банке,

акредитивна банка учинила понуду за закључење уговора о отварању акредитива. То је могуће и по Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве.¹² Ова Правила резултат су чињенице да глобално тржиште захтева стварање једнообразног наднационалног режима за спољнотрговинско пословање (Дивљак, 2006: 322). За налог, тако и за сам уговор о отварању акредитива није, по Једнообразним правилима, неопходна писмена форма (Вилус, Царић, Шогоров, Ђурђев, Дивљак, 2008: 484). За форму акредитива са елементом иностраности треба консултовати и законске норме о решавању сукоба закона.¹³ Уговарањем ЈПОДА, уговорне стране одређују правна дејства конкретног уговора, али то не утиче на институт општег уговора о отварању акредитива, који је регулисан у 300-у.

Основне уговорне обавезе налогодавца су: да акредитивној банци исплати уговорену накнаду за извршену услугу (акредитивну провизију), да накнади трошкове посла који нису урачунати у провизију, да на уговорен начин обезбеди покриће за исплату акредитивне суме и да даје банци потребна упутства и информације. Основне обавезе акредитивне банке су: обавеза да корисника акредитива обавести о чињеници да је за његов рачун отворен акредитив и да му исплати акредитивну суму по испуњености услова. Банка може имати и друге обавезе, у зависности о којој врсти акредитива се ради.¹⁴ За обавезу саопштења у 300-у није изричито прописана писана форма, нити начин његовог давања.¹⁵

у којој ситуацији се уговор о отварању акредитива закључује изричитим банчиним прихватам понуде налогодавца.

12 Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве – ЈПОДА, УСР600, МТК ПАРИЗ, примењива од 1. јула 2007. О природи Правила, постоје схватања да су она обичаји, општи услови пословања, меко право или *sui generis* аутономни извор права. Због могућег спора око њихове примене на конкретан уговор, најбоље је њихову примену изричито уговорити. Ова Правила уређују бројна питања о документарним акредитивима, а уколико се уговоре, она ступају на место уговорних одредби и дерогирају диспозитивне законске норме. Дефиниција акредитива дата је у чл. 2 ЈПОДА.

13 Чл. 7 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља „Сл. лист СФРЈ”, бр. 43/82 и 72/82, „Сл. лист СРЈ”, бр. 46/96 и „Сл. гласник РС”, бр. 46/2006.

14 Нпр. обавезе у вези испитивања испуњености услова за исплату акредитивне суме.

15 Због ове правне празнине може бити спорно да ли се усмено саопштење кориснику акредитива да је у његову корист отворен акредитив одређене садржине може сматрати правно ваљаним. Могуће је неколико решења овог проблема. Према првом решењу, одредбу чл. 1072, ст. 2 300-а, треба применити и на акредитивно саопштење. Поред тога, банка је овде дужна да поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима. У банкарској пракси уобичајило се да се ово саопштење даје у писаној форми. Уколико се уговор о отварању акредитива одреди као уговор у корист трећег лица, а саопштење као специфична форма којом се мења или допуњује дејство уговора,

Саопштење се може извршити предајом кориснику примерка уговора о отварању акредитива или на други уобичајен начин (нпр. *swift* писано обавештење, по правилу без комерцијалних података о провизији ове услуге). Међутим, према чл. 13 Закона о заштити корисника финансијских услуга, који уређује право на обавештење, корисник има право да од банке, у писаној форми или на другом трајном носачу података, без накнаде добије информације, податке и инструкције који су у вези с његовим уговорним односом с банком, на начин и у роковима утврђеним уговором (ово је право налогодавца и корисника акредитива).

Банка је обавезна према кориснику од дана када му је отварање акредитива саопштено.¹⁶ У члану 76 ЈПОДА наводи се да је акредитивна банка у неопозивој обавези да хонорише документе од момента када изда акредитив. Под моментом издавања акредитива би требало, у складу са већ установљеном праксом, сматрати моменат доспећа писаног саопштења о отвореном акредитиву у руке корисника, односно у његове пословне просторије. Такво саопштење се назива и оперативним акредитивом или оперативним инструментом (Вукадиновић, 2012: 797–798). 300 не прописује садржину саопштења. Уобичајено се у овом саопштењу наводи акредитивна сума, акредитивни услови и рок за њихово испуњење, као и други неопходни подаци за идентификацију отвореног акредитива.

Уколико се уговор о отварању акредитива схвати као уговор у корист трећег лица, у послу акредитива мора да постоји јединствена акредитивна сума и јединствени акредитивни услови.¹⁷ То ће значити да садржина акредитивног саопштења, у погледу поменутих питања, мора одговарати садржини уговора. У случају грешака у саопштењу о овим питањима, важила би садржина уговора. Тако, банка која отвара документарни акредитив дужна је да изврши клаузуле плаћања под условима предвиђеним у акредитиву, односно уговору о отварању акредитива.¹⁸ Како 300 не прописује изричито обавезну садржину саопштења, довољно би било у њему навести податке на основу којих се може идентификовати конкретан уговор о отварању акредитива, уз право корисника да се упозна са његовом садржином. Као професионална организација, банка је дужна да даје кориснику потребне информације и објашњења.¹⁹

на основу чл. 67, ст. 2 300-а, обавезна би била писана форма за ово саопштење. Због могућих спорова око овог питања, најбоље је уговорити писану форму саопштења.

16 Чл. 1073, ст. 1 300-а.

17 Вид. чл. 149, 300-а.

18 Чл. 1076 300-а у вези са чл. 1072. Вид. и чл. 1080 300-а.

19 Банка је дужна да клијенту, на његов захтев, обезбеди информације из пословног односа клијента и банке. Норма је садржана у чл. 44 Закона о банкама, „Сл. гласник

Уговор о отварању акредитива је независан од уговора о продаји или другог правног посла поводом кога је акредитив отворен.²⁰ Наведени послови су основни правни послови, који садрже тзв. акредитивну клаузулу. Акредитивном клаузулом обавезао се дужник из основног посла (налогодавац за отварање акредитива, нпр. купац робе) према повериоцу из основног посла (кориснику акредитива, нпр. продавац робе), да ће за рачун повериоца, на уговорен начин, закључити уговор о отварању акредитива са акредитивном банком. Учеснике у послу акредитива обавезује садржина уговора о отварању акредитива, без обзира на садржај и пуноважност уговора из основног посла.²¹

Поред општих норми о акредитиву, ЗОО садржи и посебне норме о документарном акредитиву.²² Диспозитивне законске норме уговорне стране могу дерогирати изричито или уговарањем одговарајућих правила, каква су нпр. правила ЈПОДА. Како ће се видети, на акредитив се примењују и норме других специјалних закона.

2.3. Правни односи у акредитиву

Први правни однос у акредитиву је однос између налогодавца акредитива и акредитивне банке. Овај однос настаје закључењем уговора о отварању акредитива. У недостатку посебних законских норми о уговору, на њега се примењују опште норме ЗОО-а о уговору у корист трећег лица и о уговору о налогу, у мери у којој се оне могу применити, с обзиром на карактер акредитива. Обавезу исплате акредитивне суме банка преузима у своје име, за рачун налогодавца, а у корист корисника акредитива. Уговором се банка истовремено и овлашћује на давање саопштења и исплату акредитивне суме.²³ На основу уговора, налогодавац има право да од банке захтева испуњење обавезе саопштења и обавезе исплате акредитивне суме. Ако

РС бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015. Ово право, по природи посла акредитива, након саопштења да је отворен акредитив, припада и кориснику акредитива. Право захтева да банка изврши акредитивно саопштење има налогодавац акредитива (чл.149, ст. 2 и сходна примена чл. 1078 ЗОО-а из кога се види да је налогодавац господар посла). Спорно је да ли поред налогодавца и корисник има право да захтева од банке извршење саопштења о отварању акредитива, уколико он на неки други начин сазна да је акредитив отворен. Чини се да правила ЗОО-а не дају основ за ово право корисника.

20 Чл. 1074 ЗОО-а.

21 Исплатом акредитивне суме, по правилу се гаси и обавеза плаћања из основног посла.

22 Вид. чл. 1075–1082 ЗОО-а.

23 Чл. 742, ст. 2 ЗОО-а.

корисник одбије исплату акредитивне суме, она припада налогодавцу.²⁴ Исто важи и за случај опозива акредитива или ако корисник не испуни акредитивне услове. Ово стога што покриће акредитивне суме обезбеђује налогодавац. Акредитивна банка има право на акредитивну провизију од налогодавца и када она није уговорена. У том случају налогодавац дугује накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја, онда правичну накнаду.²⁵ Поједина правила су због посебности уговора неадекватна, а такво је правило из чл. 760 ЗОУ-а, будући да је објективне ризике обављања стручног посла банкарских услуга банка дужна сама да сноси (Шогоров, 2009: 130).²⁶ Како је уговор посебна врста уговора о пружању услуга, на њега се примењују и одговарајућа правила специјалних закона.²⁷

Други правни однос који настаје на основу овог уговора је однос између акредитивне банке и корисника акредитива. Међутим, он производи своје правно дејство од дана када је кориснику саопштено отварање акредитива.²⁸ О природи саопштења постоји спор међу ауторима.²⁹ Корисник акредитива има сопствено и непосредно право према банци на исплату акредитивне суме.³⁰ Исто тако, банка има самосталну и непосредну обавезу према кориснику.³¹ Обавеза плаћања банке према кориснику није независна обавеза. Наиме, иако код акредитива постоје два основна правна односа, у њима не постоје две садржински различите обавезе плаћања, већ постоји једна иста обавеза. Услове ове обавезе одређује налогодавац, а не банка у саопштењу којим се корисник само обавештава о њима. Тако према чл. 1080, ст. 1 ЗОУ-а, банка је дужна да испита да ли су документи у свему саобразни захтевима налогодавца, док према чл. 1682, ст. 1 ГЗРС-Р.т. банка је дужна да испита усклађеност презентованих докумената са условима из акредитива односно уговора (начело строге саобразности). Извршењем обавезе плаћања, банка извршава своју обавезу и према налогодавцу и према кориснику акредитива. На овај однос се у недостатку посебних законских правила, примењују исте опште законске норме као и на први

24 Чл. 152 ЗОУ-а.

25 Чл. 761 ЗОУ-а.

26 По природи посла, није примењива ни норма из чл. 150, ст. 2 ЗОУ-а.

27 То су нпр. Закон о банкама и Закон о заштити корисника финансијских услуга. Значајан институт, који не постоји код општег уговора о налогу је институт банкарске тајне.

28 Чл. 1073, ст. 1 ЗОУ-а.

29 Вид. детаљније у делу текста под 2.4.

30 Чл. 149, ст. 1 ЗОУ-а.

31 Чл. 1079, ст. 1 ЗОУ-а и чл. 1680 ГЗРС-Р.т.

правни однос. Исплатом акредитивне суме, гаси се и обавеза плаћања налогодавца из основног правног посла (Graf, 2018: 92).

Основни правни односи нису попуно независни односи и из другог разлога. Акредитивна банка може истаћи кориснику акредитива све приговоре које има према налогодавцу акредитива, по основу уговора о отварању акредитива.³² У неким правима, банка може кориснику истаћи чак и приговоре из основног посла између њега и налогодавца (Graf, 2018: 91). Према нашем позитивном законодавству, приговоре из основног посла банка не може да истакне.³³

На основу уговора, конституише се и трећи правни однос у акредитиву, у коме учествују акредитивна банка, налогодавац и корисник акредитива. Пример садржине овог односа је право свих заинтересованих страна да учествују у закључењу споразума којим се код неопозивог акредитива обавеза плаћања укида или мења.³⁴ ГЗРС-Р.т. је јаснији по овом питању, јер у чл. 1680, ст. 3, захтева сагласност свих учесника у послу и то налогодавца, корисника и акредитивне банке. Овај правни однос је по својој природи *sui generis* однос. Он је један од разлога због чега се наведени правни односи не могу сматрати потпуно независнима један од другог.

Правни однос између налогодавца и корисника акредитива је однос из основног посла (нпр. уговор о продаји) поводом кога акредитив настаје, али и четврти однос који се успоставља у послу акредитива. Пример за то била би обавеза корисника акредитива да обавести налогодавца да не прихвата извршено саопштење од стране банке, како би евентуално налогодавац могао захтевати да банка изврши саопштење у складу са уговором, односно да омогући кориснику упознавање са његовом садржином.³⁵ По својој природи, то је *sui generis* однос.

Пети правни односи у акредитиву су односи који се јављају учешћем других банака (тзв. коресподентне банке) у послу. Тада се успостављају: однос између акредитивне банке и коресподентне банке, однос између коресподентне банке и корисника акредитива и однос између коресподентне банке и налогодавца акредитива. Природа ових односа зависи од околности случаја, пре свега од тога да ли се коресподентна

32 Чл. 151 300-а. То је нпр. приговор ништавости уговора, приговор опозива уговора и слично. Ово произлази из јединствености обавезе плаћања, односно јединства посла акредитива.

33 Чл. 1074 300-а.

34 Чл. 1079, ст. 2 300-а.

35 Ово произлази из природе акредитива, те како ће се видети и из правила о послу упућивања.

банка јавља у улози потврђујуће или авизирајуће банке (Вид. детаљније Шогоров, 2009: 210–211).

2.4. Саопштење о отварању акредитива и међузависност основних правних односа

У 300-у није изричито решено питање природе саопштења о отварању акредитива. Схватање о саопштењу, по коме је оно понуда за закључење уговора коју банка чини кориснику акредитива, изазива низ правних тешкоћа.³⁶ Ако би се прихватило ово схватање, у правном послу акредитива би постојали уговор о отварању акредитива и уговор о потврђивању акредитива. Тиме би постајале две независне обавезе банке да изврши исплату акредитивне суме, које би се по својој садржини могле разликовати. У акредитиву, постојала би два правна посла, односно негирало би се јединство акредитива. Пре свега, ово схватање не објашњава законску норму по којој је обавеза код акредитива јединствена по својој садржини, односно која може бити укинута или измењена само сагласношћу налогодавца акредитива, акредитивне банке и корисника акредитива.³⁷ Стога се чини сврсисходним решење по коме саопштење има одређено посебно правно дејство.

Саопштење акредитивне банке по својој природи је одложни услов правног дејства уговора о отварању акредитива у погледу обавезе исплате акредитивне суме и уједно догађај од кога се рачунају рокови за испуњење акредитивних услова од стране корисника. Извршено саопштење представља тренутак од кога акредитив везује банку према кориснику, на начин да га она више не може изменити или опозвати по захтеву налогодавца или по сопственој иницијативи.³⁸ Према 300-у, уговор је закључен под условом ако његов настанак (у целисти или делимично) зависи од неизвесне чињенице. Овде као одложни услов фунгира пријем обавештења о отварању акредитива од стране корисника акредитива.

Банка је обавезна према кориснику од дана када му је отварање акредитива саопштено.³⁹ Овде се мисли на обавезу плаћања акредитивне суме. Закон

36 Исто важи и за схватање да је саопштење једностранни правни посао банке.

37 Чл. 1079, ст. 2 300-а.

38 Речено се односи само на неопозиве акредитиве. Сваки неопозиви акредитив је опозив до дана када је кориснику акредитива саопштено отварање акредитива (тако и чл. 76 ЈПОДА). За општи уговор у корист трећег лица прописан је други моменат за могућност опозивања користи за трећег (чл. 150, ст. 1 300-а). Разлика се састоји и у субјекту који је по закону овлашћен да опозове корист.

39 Чл. 1073, ст. 1 300-а.

не прописује да обавеза за банку настаје, већ да она везује банку, односно производи правно дејство од тог момента. Погрешно се узима да од услова зависи настанак или престанак правног посла уместо настанак или престанак правног дејства правног посла (Попов, 2007: 137). Дакле, закључењем уговора о отварању акредитива обавеза исплате акредитивне суме настаје, али почиње производити правно дејство од дана пријема саопштења.⁴⁰ До тог момента, ни налогодавац акредитива, нити корисник акредитива немају право захтевати исплату акредитивне суме од банке, чак ни у ситуацији да су испуњени акредитивни услови. До момента обавештења ангажују се друге банке, банка ради на успостављању контакта са корисником акредитива, врши се провера његовог идентитета, налогодавац обезбеђује додатне информације и евентуално покриће акредитивне суме. Међутим, до тог момента, налогодавац има право да захтева од акредитивне банке да изврши одговарајуће саопштење, односно право да захтева наступање одложеног услова за потпуно правно дејство уговора.⁴¹

Извршењем саопштења, почиње рачунање рокова за испуњење услова од стране корисника акредитива. Ако би банка била у обавези да изврши исплату од момента закључења уговора о отварању акредитива, од истог момента почели би да теку рокови за корисника. То би могло довести до ситуације да кориснику акредитива протекну рокови за испуњење услова, а да он није обавештен о отварању акредитива у његову корист. На тај начин, протеком рока неправично би се угасила обавеза на исплату акредитивне суме или би се неправично скратио рок за испуњеност услова.

Правни однос акредитивне банке и налогодавца акредитива и однос акредитивне банке и корисника акредитива су односи (самостални, непосредни, не и независни) из једног уговора у корист трећег лица, чије садржине се разликују, али су обавеза исплате акредитивне суме и њени услови исти за оба правна односа. Постоји више разлога за такву тврдњу. Прво, ЗОО не прописује да се ради о два потпуно независна

40 Ово се примењује и према налогодавцу. Било би противно природи посла да налогодавац од момента закључења уговора има право да захтева да банка изврши исплату акредитивне суме кориснику. Прво се мора извршити саопштење о отварању акредитива.

41 Сматра се да је услов остварен ако његово остварење, противно начелу савесности и поштења, спречи страна на чији је терет одређен (чл. 74, ст. 4 ЗОО-а). У случају неоправданог одуговлачења банке да изврши саопштење, обавеза исплате акредитивне суме може, сходно наведеном, по сили закона почети производити правно дејство и то према околностима случаја. Евентуална одлука суда о томе имала би декларативно дејство. Ту треба водити рачуна о сазнању корисника акредитива о отвореном акредитиву, како рокови за испуњење услова не би неправично текли.

правна односа, као што то чини са односом акредитива и основног посла (стога акредитив представља обезбеђење плаћања из основног посла, јер обавеза банке може да постоји и у случају ништавости основног посла).⁴² Друго, од корелације правних односа зависи право банке на одговарајуће приговоре. Уколико би се ови односи схватили као независни односи, банка би могла кориснику акредитива истаћи приговоре који се тичу пуноважности саопштења, приговоре који се заснивају на садржини саопштења, као и личне приговоре банке према кориснику акредитива. Банка тада не би имала право на приговор неиспуњења уговора од стране налогодавца, приговор неважности уговора о отварању акредитива и слично, што није у складу са економским интересима банака. Треће, разлике у могућим садржајима права и обавеза из ових односа, уколико би се они сматрали потпуно независнима, довели би до низа правних тешкоћа (као нпр. у случају различите акредитивне суме из саопштења и из уговора о отварању акредитива, корисник и налогодавац акредитива имали би право да захтевају различите суме). То би оповргло природу, тј. јединство посла акредитива и било би у супротности са начелима 300-а, пре свих савесности и поштења, забране злоупотребе права и начела једнаке вредности давања. Наиме, ако би се ови односи окарактерисали као независни, банка би имала две независне обавезе исплате у корист корисника акредитива. Једну би захтевао корисник акредитива, на основу саопштења као конститутивне правне чињенице независног односа банке и корисника, а другу налогодавац акредитива, на основу уговора о отварању акредитива (овде не би дошла у обзир употреба приговора неоснованог обогаћења, односно двоструке исплате истог дуга). Четврто, посебне законске норме о акредитиву у складу су са општим нормама 300-а о уговору у корист трећег лица.⁴³ Надаље, у прилог реченом говоре и чл. 1076, 1080 и нарочито чл. 1079 300-а. Уколико би се радило о два независна правна односа, тј. о две независне обавезе, тада за измене односа

42 Независност односа је изричито прописана нпр. код асигнационих и меничних правних односа.

43 Вид. детаљније чл. 149 300-а. Принципијелно, уговором у корист трећег не могу се уговорити обавезе трећег лица. Забуну може у пракси створити чињеница да се уговором корисник акредитива, без своје воље, често „обавезује” на плаћање акредитивне провизије и трошкова банци. Међутим, ово није у правном смислу обавеза корисника акредитива, већ само услов од кога зависи његово право на исплату акредитивне суме. Акредитивна банка и налогодавац акредитива немају право судског захтева исплате провизије и трошкова од стране корисника, али имају право приговора неиспуњености посебног акредитивног услова.

не би била потребна сагласност свих учесника посла, већ само конкретне две уговорне стране, односно учесника у једном односу.⁴⁴

Природа посла налаже обавезу банци да у саопштењу пренесе идентичан садржај из уговора у погледу њене обавезе плаћања кориснику. То проистиче из начела 300-а. У случају грешака, могуће су ситуације мање и веће саопштене акредитивне суме од оне из уговора, као и погрешно саопштени услови.⁴⁵ Тада учеснике у послу везује садржај уговора о отварању акредитива.

Потврду да се не ради о независним правним односима представља и могућност учешћа конфирмирајуће (потврђујуће) банке у послу акредитива. Давањем обавештења кориснику о томе да је акредитив отворен и од ње потврђен, конфирмирајућа банка преузима нову, самосталну и непосредну обавезу према кориснику. То значи да ће корисник акредитива имати од тог тренутка два непосредна захтева којима се може користити: може захтевати исплату акредитивне суме од конфирмирајуће банке, може од акредитивне банке, а може и истовремено од обе, с тим да наплатом од једне губи право наплате од друге (Шогоров, 2009: 210). Да се и на основу овог обавештења успоставља независан правни однос, исплатом акредитивне суме од стране једне од банака не би се угасила обавеза исплате друге банке, односно банке не би биле у положају солидарних већ самосталних (независних) дужника.

У прилог чињенице да су односи из посла акредитива, у погледу обавезе и услова плаћања акредитивне суме, зависни правни односи, говори и институт опозива акредитива.⁴⁶ Опозиви акредитив је посебна врста акредитива који банка може у сваком тренутку изменити или опозвати.

44 У прилог реченог говори и ГЗРС-Р.т, који је јаснији у погледу дефинисања акредитива. Према чл. 1675, акредитив је банкарски посао којим се банка по налогу клијента (налогодавца) обавезује према кориснику акредитива да ће му ставити на располагање одређену новчану своту или акцептирати и исплатити меницу у складу са условима наведеним у акредитиву.

45 Уколико се узме да уговор о отварању акредитива није уговор у корист трећег лица, те да из саопштења настаје независан правни однос између банке и корисника акредитива, у случају мање суме из саопштења, корисник би имао право да захтева од банке само ту мању суму. У случају веће суме из саопштења, он би имао право на целу суму, а банка се не би могла позвати на неосновано обogaћење, јер је правни основ њене обавезе по теорији о независним правним односима саопштење. Мана ове теорије се огледа у томе да би налогодавац или имао право да захтева од банке исплату по основу уговора, што би фактички значило двоструку исплату истог дуга, или би он имао само право да захтева давање саопштења, како банка не би неправично плаћала два пута. Оваква решења била би у супротности са начелима облигационог права.

46 Чл. 1077–1078 300-а.

Ако се акредитив не схвати као јединствен посао, односно скуп повезаних односа, већ као скуп два независна правна односа, за укидање ових односа неопходна би била два опозива (престанка): опозив односа акредитивна банка-налогодавац и односа акредитивна банка-корисник акредитива. Иначе, код ове врсте акредитива је неопходна сагласност налогодаваца, односно опозив банка даје по захтеву налогодаваца или по сопственој иницијативи, али у интересу налогодаваца. Види се да је налогодавац господар посла, како између њега и банке, тако и између акредитивне банке и корисника акредитива. По природи посла и интенцији законодавца, опозивом престају оба основна правна односа из акредитива. То налаже правна сигурност. Ако би се акредитив свео само на однос акредитивне банке и корисника акредитива, који је независан од воље налогодаваца акредитива, опозивом акредитива и даље би постојао правни однос између банке и налогодаваца. Постојала би обавеза плаћања, чије би испуњење налогодавац и даље могао захтевати. Са друге стране, могло би доћи и до злоупотребе права, уколико се прихвати теорија о независним правним односима. Тако би нпр. налогодавац могао захтевати престанак односа између њега и банке. У том случају, банка не би имала право на покриће акредитивне суме, а по конститутивној природи саопштења о отварању акредитива, имала би независну обавезу плаћања чије би испуњење могао захтевати корисник акредитива. Евентуално би банка могла користити приговор злоупотребе права. Да би се избегли наведени проблеми, исправно је сматрати да се ради о зависним основним односима и да опозивом једног правног односа из акредитива престаје и други, без обзира на правну квалификацију опозива.⁴⁷ Опозиви акредитив је обавеза плаћања за чији престанак није неопходна сагласност корисника акредитива као код неопозиве обавезе.⁴⁸

Да је налогодавац господар посла и да основни односи у акредитиву нису потпуно независни, доказује и постојање института преносивог и непrenосивог акредитива.⁴⁹ Непреносиви акредитив постоји када је, уговором о отварању акредитива, уговорено да је он непrenосив. Иначе је

47 Интересантно је да законодавац користи различиту терминологију код опозивог и неопозивог акредитива. Код опозивог акредитива мења се или опозива акредитив, док се код неопозивог акредитива мења или укида обавеза банке према кориснику. За теорију зависних односа и јединствене обавезе плаћања акредитивне суме, прецизнија је друга терминологија.

48 Питање трошкова које је имао корисник акредитива до опозива није посебно регулисано, те решења треба тражити у општијим правилима ЗОУ-а, у зависности од околности случаја (правила о престанку уговора, накнада штете, неосновано обогаћење и сл.).

49 Чл. 1082 ЗОУ-а.

он по законској претпоставци преносив. Преносивост акредитива значи да се по упутствима првог корисника, плаћање има извршити неком другом лицу. Уколико би се радило о независним правним односима, чињеница да је уговорено да је акредитив непреносив не би производила правно дејство на право корисника да изда банци упутства о исплати другоме лицу, што је у супротности са 300-ом.

2.5. Правна природа акредитива у нашој земљи

Иако у банкарској пракси постоји више модалитета уговора о отварању акредитива, а у правном послу акредитива постоје различити правни односи, правна природа акредитива је јединствена. Решења по којима је акредитив подврста правног посла налога или мешовити правни посао, не могу се прихватити из неколико основних разлога. Код акредитива доминирају елементи налога, али се у њему могу појавити и елементи других правних послова. Поједини правни односи у акредитиву имају *sui generis* правну природу. Специјалне норме 300-а о акредитиву, те карактеристика да се ради о банкарском послу и о финансијској услузи, издвајају акредитив као посебан правни посао.

У праву Републике Србије акредитив је *sui generis* банкарски посао, који у свој појам укључује неколико правних односа, различитих по својој правној природи.

Однос који се успоставља између налогодавца акредитива и акредитивне банке, по својој природи је уговор о налогу и уговор у корист трећег лица. У зависности од околности случаја, пре свега обавезе банке у вези са контролом испуњености акредитивних услова, акредитив може имати елемената и уговора о делу, пуномоћја и других уговора. Уколико се покриће акредитивне суме од стране налогодавца обезбеђује након исплате акредитивне суме кориснику акредитива, овај однос има елемената и уговора о кредиту.⁵⁰ Могуће је уговорити обавезу банке да акцептира меницу коју издаје и на банку вуче корисник акредитива (нем. *Akzeptierungsakkreditiv*).

Однос између акредитивне банке и корисника акредитива је однос из уговора у корист трећег лица. Оба основна односа настају на основу уговора о отварању акредитива и имају своју посебну и заједничку садржину.⁵¹

50 Акредитив у свом појму садржи термин кредит, па се овај правни посао понегде посматра као кредит одговорности. Међутим, кредит одговорности, по правилу, не представља позитивноправни институт.

51 У односу између акредитивне банке и налогодавца, банка има обавезу обавештавања корисника акредитива о отварању акредитива, обавезу испитивања испуњености

Акредитив (као посао налога) је трочлани облигациони однос који има два овлашћеника (Graf, 2018: 92).

О другим *sui generis* правним односима у акредитиву, као и о односима који се заснивају учешћем коресподентних банака, било је раније речи.⁵² Како се из наведеног види, правна природа акредитива претежно се своди на уговор у корист трећег лица и уговор о налогу, али овај посао има и себи својствене елементе.⁵³

Акредитив је банкарска услуга. Код нас општи уговор о пружању услуга није посебно законски регулисан. Правила о налогу примењују се на све услуге које се не могу подвести под неки други тип уговора (Gogen, 1987: 111). Уговором о налогу обавезује се налогопримац (акредитивна банка) према налогодавцу (налогодавац акредитива) да за његов рачун (корист) предузме одређене послове.⁵⁴ Налогопримац је дужан извршити налог према примљеним упутствима, остајући у његовим границама и у свему пазити на интересе налогодавца и њима се руководити.⁵⁵ Код опозивог акредитива, могу се *mutatis mutandis* применити правила о отказу уговора од стране банке.⁵⁶ На посао се примењују и законска правила о уговору у корист трећег лица, а у зависности од околности случаја и законске норме о другим посебним пословима. С обзиром на његову природу, на

акредитивних услова, обавезу исплате акредитивне суме кориснику акредитива, обавезу преноса налогодавцу резултата посла, као и обавезу поступања по упутствима налогодавца, док је налогодавац дужан да обезбеди покриће акредитивне суме, накнади банкарске трошкове и провизију, те даје потребне информације и упутства. Обавеза сарадње је обострана обавеза. У односу између акредитивне банке и корисника акредитива, банка има садржински исту обавезу испитивања услова и исплате акредитивне суме као код првог односа у акредитиву, док корисник акредитива има „обавезе” испуњења акредитивних услова, сарадње и друге, у зависности од околности случаја (обавезе су услови).

52 Правни односи између банака по правилу су неки од посебних уговора о налогу, те није довољно рећи да се ради о налогу, са обзиром на различите законске норме о општем уговору о налогу и о посебним уговорима о налогу.

53 Увек се мора водити рачуна да се у конкретном случају не ради о неком другом правном послу, какав је нпр. рамбурсни кредит, код кога акредитив губи своју правну самосталност.

54 Чл. 749, ст. 1 300-а.

55 Ово између осталог значи да садржина саопштења и уговора о отварању акредитива морају бити идентичне. Упутства, тј. услове акредитива одређује налогодавац, а акредитивна банка их само саопштава, не мењајући их (осим изузетно, уколико је то у складу са стандардом доброг стручњака).

56 Чл. 766 300-а.

акредитив се примењују и одговарајуће норме из Закона о банкама и из Закона о заштитити корисника финансијских услуга.

Акредитив има сличности са послом асигнације и са банкарском дознаком.⁵⁷ Изузетно, коришћење правила о асигнацији може доћи у обзир у случају попуњавања правних празнина код акредитива.⁵⁸ Суштина дознаке се састоји у томе што банка дужника, по налогу свог комитента, непосредно или преко коресподентне банке исплаћује неком правном или физичком лицу одређену суму новца (Шогоров, 2009: 185). Банкарска дознака је по својој природи уговор о налогу.⁵⁹

Постоје и друкчији ставови о појму и природи акредитива, односно правних односа у послу. Тако, уговор о отварању акредитива се не може сматрати уговором у корист трећег лица, а односи који се успостављају између акредитивне банке и налогодаваца акредитива и акредитивне банке и корисника акредитива су независни правни односи (Шогоров, 2009:

57 Акредитив се не може сматрати послом упућивања (асигнацијом). Наиме, упућивањем једно лице, упутилац (асигнант) овлашћује друго лице, упућеника (асигнат) да за његов рачун изврши нешто одређеном трећем лицу, примаоцу упута (асигнатар), а овога овлашћује да то извршење прими у своје име. Ово је дефиниција уговора о упућивању, односно упута (ЗОО, чл. 1020). Основна разлика је то да се уговором о отварању акредитива банка обавезује на плаћање, док код уговора о упуту упутилац овлашћује упућеника, односно упућеник се не обавезује. Прималац упута стиче право да захтева од упућеника испуњење, тек када му овај изјави да прихвата упут. Прихватање упута не може се опозвати. Прихватањем упута настаје уговор о прихватању упута (или однос на основу једностране изјаве воље упућеника – прихвата упута) између упућеника и примаоца упута. Тек се у овом односу конституише обавеза да се нешто изврши. За овај однос, закон изричито прописује да је он независан од односа између упутиоца и упућеника (ЗОО, чл. 1022, ст. 1).

58 Нпр. прималац упута није дужан пристати на упут, али је дужан да о свом одбијању одмах извести упутиоца, иначе ће му одговорати за штету. Поред тога, прималац упута који је пристао на упут дужан је позвати упућеника да га изврши. Из овога се заузима став да у послу акредитива поред односа свих учесника, односа налогодавац-акредитивна банка и односа акредитивна банка-корисник акредитива, постоји и однос налогодавац-корисник акредитива.

59 Прихватањем клијентовог налога банка закључује уговор о налогу који њој ствара обавезу извршавања налога исплате. Уговором се налогодавац обавезује према банци на покриће исплатне суме и на плаћање банкарских трошкова и провизије. Разлика са акредитивом је та да је по правилу дознака безусловна, односно испуњеност услова не испитује банка него евентуално налогодавац (нпр. плаћање уз ефективну испоруку, код које купац пре давања налога за исплату има право да прегледа купљену робу). Поред тога уговором о банкарској дознаци, односно налогом за плаћање посредством банке, банка се обавезује према налогодавцу, али не и према кориснику дознаке. Банкарска дознака није уговор у корист трећег лица и по правилу треће лице сазнаје за дознаку на основу стања на свом рачуну.

209). То значи да је обавеза банке према кориснику одређена искључиво садржином обавештења. Аутори који сматрају да се ради о независним правним односима, саопштење о отварању акредитива одређују или као једнострану правни посао банке или као једнострану изјаву воље банке, тј. као понуду банке за закључење уговора упућену кориснику акредитива или као прихват банке да закључи уговор са корисником, с обзиром да је корисник акредитива дао своју сагласност у акредитивној клаузули из основног посла.⁶⁰ У процесноправном смислу аутономија акредитива има за последицу да се забрањеним сматрају сви приговори између банке и корисника који потичу из наведених односа: основног посла, уговора о издавању акредитива и уговора између издавачке и коресподентних банака (Вукадиновић, 2012: 801). Законодавац, међутим, постојање обавезе банке према кориснику не условљава постојањем уговора о отварању акредитива и она, сходно овом ставу, постоји према кориснику од момента кад је саопштење о отвореном акредитиву приспело кориснику (Вукадиновић, 2012: 799). Иначе, на обавештење о отварању акредитива не могу се применити правила о легитимационом папиру, пре свега јер се у легитимационим папирима не означава поверилац, а обавештењем се увек означава корисник акредитива.

Упоредноправна сазнања о акредитиву, у појединим ситуацијама, помажу нам приликом тумачења домаћих законских норми. Са друге стране, уколико се ради о акредитиву са елементом иностраности, као меродавно право може бити примењиво и инострано право. Стога ће се на овом месту изнети примери неких елементарних сазнања о акредитиву, са напоменом да у већини земаља овај посао није посебно законом регулисан, те да у њима постоје различита схватања о његовом појму, природи и о осталим питањима посла.

У Швајцарској⁶¹ акредитив постоји када је налогопримац (најчешће банка) обавезан налогом да изврши исплату новца одређеном лицу, са

60 Последње није у складу са законским правилом према коме су акредитив и основни посао правно независни. Чак и када би се прихватио став да се на основу саопштења успоставља оригинаран и независан правни однос између банке и корисника, јавља се нова тешкоћа; да ли се тада ради о *sui generis* правном односу, односно која правила се примењују на овај однос у случају правне празнине, која је кауза банке код таквог апстрактног правног односа, код кога се најчешће не види обавеза налогодавца за покриће акредитивне суме и накнада акредитивне провизије. Иначе, за апстрактне правне односе као што су менични односи, јавно обећање награде и слично, уобичајено је постојање више посебних законских правила, док за саопштење о отварању акредитива, посебна законска правила готово да не постоје.

61 Швајцарска је једна од ретких земаља која законом уређује акредитив као посебан правни посао.

или без лимита, по захтеву тог лица (Goren, 1987: 114). Из наведеног се види да обавеза плаћања акредитивне суме може бити безусловна. Акредитивна сума, када се ради о акредитиву без лимита, одређује се од стране акредитованог лица, корисника акредитива, у посебном захтеву. Међутим, налог садржан у акредитиву се сматра коначно прихваћеним тек када налогопримац прихвати дефинитивно одређену суму, а захтев корисника акредитива је само својеврстан предлог. Овде се банка на основу захтева корисника, а пре одлуке о дефинитивном прихватању износа, обраћа налогодавцу ради инструкција, с обзиром на чињеницу да он дугује покриће ове суме (ако се налогодавац сложи, банка ће прихватити обавезу).⁶² Правна природа акредитива у овом правном систему, што зависи од околности случаја, пре свега може имати елемената кредита, уговора у корист трећег лица и налога.

По немачкој теорији, уговором о акредитиву обавезује се банка да под уговореним условима изврши исплату акредитивне суме кориснику акредитива, док се обавеза исплате сматра обавезом циља, а не средства.⁶³ Из ове дефиниције се види да се акредитивни услови уговарају са налогодавцем. Ако се акредитив оквалификује као налог, његова природа није исцрпно одређена; напротив још увек постоји потреба да се појединачно испитају правни односи у акредитиву, а на однос између налогодавца акредитива и акредитивне банке има места да се примене и правила уговора о делу (Canaris, 1975: 764–765). У односу акредитивне банке и корисника акредитива лежи апстрактно обећање обавезе (Canaris, 1975: 765). Посебна регулатива о послу акредитива у немачком праву не постоји, па се на њега примењују пре свега општи услови пословања банака (Verlag, 1975: 912). Дефиниција, по којој акредитив отвара банка, по захтеву свог клијента у корист трећег лица и којим се она обавезује на исплату новца трећем лицу, недовољно је прецизна дефиниција и она даје основа да се акредитив сведе на однос банке и корисника (Verlag, 1975: 913). Постоје чак и схватања да је однос клијента и акредитивне банке однос зајма или кредита (Sarna, 1984: 22). С обзиром на разне приступе о природи акредитива, исцрпна законска дефиниција се показује нужном, јер квалификација посла може довести до правних резултата различитих од комерцијалне праксе. Речено је да се у новијој аустријској теорији, акредитив посматра као трочлани облигациони однос. Ово схватање је

⁶² Речено представља још један доказ да однос између акредитивне банке и корисника је одређен односом банка-налогодавац.

⁶³ То значи да банка не би одговарала за неиспуњење обавезе исплате ако јој се то не може приписати у кривицу, нпр. за ситуацију кад корисник одбија да прими уредну исплату акредитивне суме.

најближе схватању да је уговор о отварању акредитива и подврста уговора у корист трећег лица (тзв. правни троугао).

3. Закључак

У праву Републике Србије акредитив је *sui generis* правни посао који настаје закључењем уговора о отварању акредитива. У послу егзистира неколико правних односа који одређују његову правну природу, а основни односи у послу су: однос налогодавац - акредитивна банка и однос акредитивна банка - корисник акредитива. Иако се правна природа конкретног акредитива, вољом уговорних страна може модификовати, постоји тзв. општа правна природа акредитива из ЗОО-а. Код акредитива доминирају елементи уговора о налогу, а уговор на коме се заснива овај посао јесте уговор у корист трећег лица. Акредитив има и себи својствене елементе.

Акредитив је банкарски посао, који настаје закључењем уговора о отварању акредитива, на основу кога се даје саопштење о отварању акредитива. У акредитиву могу постојати и други уговори, на основу којих се заснивају нови правни односи у послу. То су, пре свега, уговори између коресподентних банака. Они су по својој природи претежно неки од посебних послова налога.

Уговором о отварању акредитива, обавезује се акредитивна банка да изврши кориснику акредитива саопштење о отвореном акредитиву, те да по испуњености уговорених услова, исплати акредитивну суму кориснику, док се налогодавац за отварање акредитива обавезује да банци плати накнаду за ову услугу. Уговорне стране су налогодавац акредитива и акредитивна банка, док је корисник акредитива овлашћено треће лице из уговора, у чију корист је уговор закључен. Ово је основни модалитет уговора, а у пракси се уговарају и друге обавезе акредитивне банке.

Саопштење о отварању акредитива је изјава воље акредитивне банке, којим она обавештава корисника акредитива да је у његову корист отворила акредитив, односно да је у његову корист закључила уговор. Ово саопштење производи одређено правно дејство.⁶⁴

Поједини аутори сматрају да је саопштење правна чињеница из које настаје правни однос између банке и корисника акредитива. Схватања о природи саопштења у основи се деле на она која сматрају да је оно

64 Обавештењем о закључењу уговора о отварању акредитива, учињеном кориснику акредитива, обавеза исплате акредитивне суме почиње да производи правно дејство. Од тог момента теку рокови за испуњење акредитивних услова, те обавеза плаћања постаје неопозива, ако се ради о неопозивом акредитиву.

једнострану правну посао акредитивне банке и на она која сматрају да је обавештење понуда банке за закључење уговора упућена кориснику. Из таквих схватања произлази и став по коме су основни правни односи у послу независни односи. Оваква схватања не би се могла прихватити, јер се тиме негира јединство правног посла акредитива, односно говори се о постојању посебних правних послова у акредитиву. Наиме, акредитив је јединствен правни посао, у коме, у погледу своје садржине, постоји само једна обавеза исплате акредитивне суме. Из чињенице постојања исте обавезе исплате (постоје два овлашћеника) и из других норми ЗОО-а, произлази да су основни правни односи у акредитиву међузависни односи. Престанком једног односа, по правилу престаје и други однос.

Литература/References

Canaris, C. W. (1975). *Bankvertragsrecht*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, Berlin.

Graf, G. (2018). *Bankvertragsrecht*. Wien: Lexis Nexis Verlag.

Goren, S. (1987). *The Swis Federal Code of Obligations*. Littleton, Colorado: Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands.

Sarna, L. (1984). *Letters of Credit*. Toronto: The Carswell Company Limited.

Verlag, G. (1975). *Bankrecht*. Wiesbaden: Verlag Dr. Th. Gabler.

Вилус, Ј., Царић, С., Шогоров, С., Ђурђев, Д., Дивљак, Д. (2008). *Међународно привредно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Вукадиновић, Р. (2012). *Међународно пословно право*. Крагујевац: Удружење за европско право, Крагујевац, Центар за право ЕУ.

Дивљак, Д. (2006). Међународни оквири спољнотрговинског пословања. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3/2005. 309–324.

Попов, Д. (2007). Модификација правног посла уговарањем услова. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1-2/2007. 137–153.

Шогоров, С. (2009). *Банкарско право*. Београд-Сремска Каменица: Факултет за европске правно-политичке студије Универзитета Сингидунум, Јавно предузеће Службени гласник.

Закон о банкама. *Сл. гласник РС*. Бр. 107. 2005. Бр. 91. 2010. Бр. 14. 2015.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989. Бр. 57. 1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993.

Закон о заштитити корисника финансијских услуга. *Сл. гласник РС*. Бр. 36. 2011. Бр. 139. 2014. Бр. 45. 2018.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 43. 1982. Бр. 72. 1982. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 46. 1996. *Сл. гласник РС*. Бр. 46. 2006.

Грађански законик Републике Србије-Радни текст. 29. мај 2015. године.

Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве – ЈПОДА, УСР600. *МТК ПАРИЗ*. Примењива од 1. јула 2007.

Mario Vojnić Hajduk, PhD Student
Faculty of Law, University of Novi Sad

BASIC LEGAL ANALYSIS OF THE LETTER OF CREDIT IN SERBIAN LAW

Summary

In the law of the Republic of Serbia, there is special regulation on the letter of credit. However, certain legal problems still exist. The main problems are: the lack of a more complete legal definition of the letter of credit; using the same terms in different contexts with different meanings; undeveloped regulation on the notification on the opening of a letter of credit; and the issue whether the basic legal relations in the letter of credit are independent relations. This paper examines the basic issues and the institutes of the letter of credit. The starting position is that any legal transaction involving a letter of credit, content-wise, entails the same obligation to pay out the amount specified in the letter of credit, that the basic legal relations in the letter of credit are interdependent relations, and that the legal nature of the letter of credit is unique. The paper also points to the problems encountered in different conceptions on the basic issues pertaining to the letter of credit.

Key words: contract on opening a letter of credit, notification on opening a letter of credit, legal relations, legal nature, letter of credit, banking service.

III ПРИЛОГ

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

TWENTY-SECOND SESSION
(18 June – 2 July 2019)



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

prepared by the Special Commission of May 2018

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 *Scope*

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of judgments relating to civil or commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.
2. This Convention shall apply to the recognition and enforcement in one Contracting State of a judgment given by a court of another Contracting State.

Article 2 *Exclusions from scope*

1. This Convention shall not apply to the following matters –
 - (a) the status and legal capacity of natural persons;
 - (b) maintenance obligations;
 - (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;
 - (d) wills and succession;
 - (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters;
 - (f) the carriage of passengers and goods;
 - (g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;
 - (h) liability for nuclear damage;
 - (i) the validity, nullity, or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs;
 - (j) the validity of entries in public registers;
 - (k) defamation;
 - [(l) privacy[, except where the proceedings were brought for breach of contract between the parties];]

- [(m) intellectual property [and analogous matters];]
- [(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;]
- [(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of official duties;]
- [(p) anti-trust (competition) matters].

2. A judgment is not excluded from the scope of this Convention where a matter to which this Convention does not apply arose merely as a preliminary question in the proceedings in which the judgment was given, and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that such a matter arose by way of defence does not exclude a judgment from the Convention, if that matter was not an object of the proceedings.

3. This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

4. A judgment is not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, was a party to the proceedings.

5. Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 *Definitions*

1. In this Convention –

- (a) “defendant” means a person against whom the claim or counterclaim was brought in the State of origin;
- (b) “judgment” means any decision on the merits given by a court, whatever that decision may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2. An entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

- (a) where it has its statutory seat;
- (b) under whose law it was incorporated or formed;
- (c) where it has its central administration; or
- (d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 4 *General provisions*

1. A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2. There shall be no review of the merits of the judgment in the requested State.[This does not preclude such examination as is necessary for the application of this Convention.]

3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4. If a judgment referred to in paragraph 3 is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired, the court addressed may –

(a) grant recognition or enforcement, which enforcement may be made subject to the provision of such security as it shall determine;

(b) postpone the decision on recognition or enforcement; or

(c) refuse recognition or enforcement.

A refusal under sub-paragraph (c) does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

[[5. For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

(a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court, and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or

(b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.]

OR

[5. For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

(a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court, and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or

(b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.

6. A Contracting State may declare that it shall not recognise or enforce judgments of a common court that is the object of a declaration under paragraph 5 in respect of any of the matters covered by that declaration.

or

6. The declaration referred to in paragraph 5 shall have effect only between the Contracting State that made the declaration and other Contracting States that have declared their acceptance of the declaration. Such declarations shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, which will forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.]]

Article 5
Bases for recognition and enforcement

1. A judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –

- (a) the person against whom recognition or enforcement is sought was habitually resident in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin;
- (b) the natural person against whom recognition or enforcement is sought had his or her principal place of business in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin and the claim on which the judgment is based arose out of the activities of that business;
- (c) the person against whom recognition or enforcement is sought is the person that brought the claim, other than a counterclaim, on which the judgment is based;
- (d) the defendant maintained a branch, agency, or other establishment without separate legal personality in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin, and the claim on which the judgment is based arose out of the activities of that branch, agency, or establishment;
- (e) the defendant expressly consented to the jurisdiction of the court of origin in the course of the proceedings in which the judgment was given;
- (f) the defendant argued on the merits before the court of origin without contesting jurisdiction within the timeframe provided in the law of the State of origin, unless it is evident that an objection to jurisdiction or to the exercise of jurisdiction would not have succeeded under that law;
- (g) the judgment ruled on a contractual obligation and it was given in the State in which performance of that obligation took place, or should have taken place, in accordance with
 - (i) the parties' agreement, or
 - (ii) the law applicable to the contract, in the absence of an agreed place of performance, unless the defendant's activities in relation to the transaction clearly did not constitute a purposeful and substantial connection to that State;
- (h) the judgment ruled on a tenancy of immovable property and it was given in the State in which the property is situated;
- (i) the judgment ruled against the defendant on a contractual obligation secured by a right *in rem* in immovable property located in the State of origin, if the contractual claim was brought together with a claim against the same defendant relating to that right *in rem*;
- (j) the judgment ruled on a non-contractual obligation arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property, and the act or omission directly causing such harm occurred in the State of origin, irrespective of where that harm occurred;
- (k) the judgment concerns the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, and –
 - (i) at the time the proceedings were instituted, the State of origin was designated in the trust instrument as a State in which disputes about such matters are to be determined; or
 - (ii) at the time the proceedings were instituted, the State of origin was expressly or impliedly designated in the trust instrument as the State in which the principal place of administration of the trust is situated.

This sub-paragraph only applies to judgments regarding internal aspects of a trust between persons who are or were within the trust relationship;

- (l) the judgment ruled on a counterclaim –
 - (i) to the extent that it was in favour of the counterclaimant, provided that the counterclaim arose out of the same transaction or occurrence as the claim;
 - (ii) to the extent that it was against the counterclaimant, unless the law of the State of origin required the counterclaim to be filed in order to avoid preclusion;

- (m) the judgment was given by a court designated in an agreement concluded or documented in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference, other than an exclusive choice of court agreement.

For the purposes of this sub-paragraph, an “exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one or more specific courts of one State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2. If recognition or enforcement is sought against a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) in matters relating to a consumer contract, or against an employee in matters relating to the employee’s contract of employment –

- (a) paragraph 1(e) applies only if the consent was addressed to the court, orally or in writing;
- (b) paragraph 1(f), (g) and (m) do not apply.

[3. Paragraph 1 does not apply to a judgment that ruled on an intellectual property right or an analogous right. Such a judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –

- (a) the judgment ruled on an infringement in the State of origin of an intellectual property right required to be granted or registered and it was given by a court in the State in which the grant or registration of the right concerned has taken place or, under the terms of an international or regional instrument, is deemed to have taken place[, unless the defendant has not acted in that State to initiate or further the infringement, or their activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State];
- (b) the judgment ruled on an infringement in the State of origin of a copyright or related right, an unregistered trademark or unregistered industrial design, and it was given by a court in the State for which protection was claimed[, unless the defendant has not acted in that State to initiate or further the infringement, or their activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State];
- (c) the judgment ruled on the validity[, subsistence or ownership] in the State of origin of a copyright or related right, an unregistered trademark or unregistered industrial design, and it was given by a court in the State for which protection was claimed.]

Article 6

Exclusive bases for recognition and enforcement

Notwithstanding Article 5 –

- [(a) a judgment that ruled on the [registration or] validity of an intellectual property right required to be granted or registered shall be recognised and enforced if and only if the State of origin is the State in which grant or registration has taken place, or, under the terms of an international or regional instrument, is deemed to have taken place;]
- (b) a judgment that ruled on rights *in rem* in immovable property shall be recognised and enforced if and only if the property is situated in the State of origin;
- (c) a judgment that ruled on a tenancy of immovable property for a period of more than six months shall not be recognised and enforced if the property is not situated in the State of origin and the courts of the Contracting State in which it is situated have exclusive jurisdiction under the law of that State.

Article 7
Refusal of recognition or enforcement

1. Recognition or enforcement may be refused if –
 - (a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim –
 - (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or
 - (ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;
 - (b) the judgment was obtained by fraud;
 - (c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;
 - (d) the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court other than the court of origin;
 - (e) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or
 - (f) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfills the conditions necessary for its recognition in the requested State;
 - [(g) the judgment ruled on an infringement of an intellectual property right, applying to that [right / infringement] a law other than the internal law of the State of origin.]
2. Recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where –
 - (a) the court of the requested State was seised before the court of origin; and
 - (b) there is a close connection between the dispute and the requested State.

A refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 8
Preliminary questions

1. A ruling on a preliminary question shall not be recognised or enforced under this Convention if the ruling is on a matter to which this Convention does not apply or on a matter referred to in Article 6 on which a court other than the court referred to in that Article ruled.
2. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter to which this Convention does not apply, or on a matter referred to in Article 6 on which a court other than the court referred to in that Article ruled.

[3. However, in the case of a ruling on the validity of a right referred to in Article 6, paragraph (a), recognition or enforcement of a judgment may be postponed, or refused under the preceding paragraph, only where –

- (a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State referred to in Article 6, paragraph (a); or
- (b) proceedings concerning the validity of that right are pending in that State.

A refusal under sub-paragraph (b) does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

Article 9
Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Article 10
Damages

1. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2. The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

[Article 11
Non-monetary remedies in intellectual property matters

In intellectual property matters, a judgment ruling on an infringement shall be [recognised and] enforced only to the extent that it rules on a monetary remedy in relation to harm suffered in the State of origin.]

Article 12
Judicial settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires*) which a court of a Contracting State has approved, or which have been concluded in the course of proceedings before a court of a Contracting State, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13
Documents to be produced

- 1. The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –
 - (a) a complete and certified copy of the judgment;
 - (b) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
 - (c) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;
 - (d) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2. If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3. An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document relating to the judgment, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4. If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 *Procedure*

1. The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

2. The court of the requested State shall not refuse the recognition or enforcement of a judgment under this Convention on the ground that recognition or enforcement should be sought in another State.

Article 15 *Costs of proceedings*

1. No security, bond or deposit, however described, shall be required from a party who in one Contracting State applies for enforcement of a judgment given in another Contracting State on the sole ground that such party is a foreign national or is not domiciled or resident in the State in which enforcement is sought.

2. An order for payment of costs or expenses of proceedings, made in a Contracting State against any person exempt from requirements as to security, bond, or deposit by virtue of paragraph 1 shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable in any other Contracting State.

3. A State may declare that it shall not apply paragraph 1 or designate by a declaration which of its courts shall not apply paragraph 1.

Article 16 *Recognition or enforcement under national law*

Subject to Article 6, this Convention does not prevent the recognition or enforcement of judgments under national law.

CHAPTER III – GENERAL CLAUSES

Article 17 *Transitional provision*

This Convention shall apply to the recognition and enforcement of judgments if, at the time the proceedings were instituted in the State of origin, the Convention was in force in that State and in the requested State.

Article 18
Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the court of origin, were connected only with the requested State.

Article 19
Declarations with respect to specific matters

1. Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.
2. With regard to that matter, the Convention shall not apply –
 - (a) in the Contracting State that made the declaration;
 - (b) in other Contracting States, where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that made the declaration is sought.

[Article 20
Declarations with respect to judgments pertaining to governments

1. A State may declare that it shall not apply this Convention to judgments arising from proceedings to which any of the following is a party –
 - (a) that State, or a person acting on behalf of that State, or
 - (b) a government agency of that State, or a person acting on behalf of such a government agency.

The declaration shall be no broader than necessary and the exclusion from scope shall be clearly and precisely defined.

2. A declaration pursuant to paragraph 1 shall not exclude from the application of this Convention judgments arising from proceedings to which an enterprise owned by a State is a party.
3. If a State has made a declaration pursuant to paragraph 1, recognition or enforcement of a judgment originating from that State may be refused by another Contracting State if the judgment arose from proceedings to which that other Contracting State, one of its government agencies, or equivalent persons to those referred to in paragraph 1 is a party, to the same extent as specified in the declaration.]

Article 21
Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 22
Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

- (a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and
- (b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 23
Non-unified legal systems

1. In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

- (a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;
- (b) any reference to habitual residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit;
- (c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;
- (d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2. Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

3. A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 24
Relationship with other international instruments

1. This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

2. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty [or other international instrument] that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State [as between Parties to that instrument].

3. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty [or other international instrument] concluded after this Convention entered into force for that Contracting State for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that instrument. [Nothing in the other instrument shall affect the obligations under Article 6 towards Contracting States that are not Parties to that instrument.]

4. This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

[5. A Contracting State may declare that other international instruments listed in the declaration shall remain unaffected by this Convention.]

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 25

Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1. This Convention is open for signature by all States.
2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.
3. This Convention is open for accession by all States.
4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

Declarations with respect to non-unified legal systems

1. If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.
2. A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
3. If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.
4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 27

Regional Economic Integration Organisations

1. A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.
2. The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.
3. For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 28, paragraph 1, that its Member States will not be Parties to this Convention.

4. Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 28

Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1. At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2. In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 29

Entry into force

1. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of [three] [six] months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 25.

2. Thereafter this Convention shall enter into force –

- (a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of [three][six] months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
- (b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 26 on the first day of the month following the expiration of [three] [six] months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 30

Declarations

1. Declarations referred to in Articles [4,]15, 18, 19, [20,] [24,] 26 and 28 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2. Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

3. A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of six months following the date on which the notification is received by the depositary.

5. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall not apply to judgments resulting from proceedings that have already been instituted before the court of origin when the declaration takes effect.

Article 31

Denunciation

1. This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2. The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 32
Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles [...] of the following –

- (a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Article 25;
- (b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 29;
- (c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Article 30; and
- (d) the denunciations referred to in Article 31.

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 А4.
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).
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, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.
Достава радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* 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>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi 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, ukljućujući 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 prilođiti 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 izlođen 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 sadri 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zakljućak <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 (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (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)	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp