

UDK 34(058)

ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA
PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 99 | GODINA LXII | 2023

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

N^o 99 | YEAR LXII | 2023

NIŠ, 2023.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2023.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Nebojša Raičević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Dr Miroslav Lazić,

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Uredništvo

Dr Nevena Petrušić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Irena Pejić, redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Srđan Golubović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Marija Ignjatović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Aleksandar Mojašević, redovni
profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

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

Naučni savet

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

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

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

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik
Instituta društvenih nauka u Beogradu

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

Dr Vladan Petrov, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u
Beogradu

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

Dr Dragoljub Todić, redovni profesor
Instituta za međunarodnu politiku i
privredu u Beogradu

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

Međunarodni redakcioni odbor

Dr Željko Bartulović, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg, Austrija

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

Dr Mustafa Yasan, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Izmiru, Demokratski Univerzitet, Turska

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

Dr Zlatan Meškić, redovni profesor Pravnog fakulteta Princ Sultan Univerziteta u Rijadu, Kraljevina Saudijske Arabije

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

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

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

Urednik rubrike: dr Mihajlo Cvetković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Sekretar Redakcionog odbora: dr Marija Dragičević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Lektura radova i prevod rezimea: Gordana Ignjatović (engleski)

Lektura: Aleksandra Gojković (srpski)

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Tehnički urednik onlajn izdanja: Vladimir Blagojević

Štampa: Grafika Galeb Niš

Tiraž: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2023

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

Dr Miroslav Lazic, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

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

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

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

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

Scientific Council

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

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

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

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

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

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

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

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

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

International Editorial Board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Grafika Galeb Niš

Circulation: 100

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

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

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ / CONTENTS

I ČLANCI / ARTICLES

Nataša Stojanović,

Reforma naslednog prava u Švajcarskoj Konfederaciji (Prva faza reforme)..... 15

Reform of Inheritance Law in the Swiss Confederation (Reform Phase I)

Dušica Miladinović-Stefanović,

Criminal Offence of Extramarital Union with a Minor de lege lata and de lege ferenda..... 33

Krivično delo vanbračna zajednica sa maloletnikom de lege lata i de lege ferenda

Bojana Čučković,

The Relationship between the Prohibition of Refoulement and the Prohibition of Collective Expulsion in the Context of Access to Territory: Standards of the European Court of Human Rights and their relevance for the Legal System of the Republic Of Serbia 57

Odnos između zabrane proterivanja i zabrane kolektivnog proterivanja u kontekstu pristupa teritoriji: standardi Evropskog suda za ljudska prava i njihov značaj za pravni sistem Republike Srbije

Dubravka Klasiček,

Tomislav Nedić,

Vlasta Budiša,

Protection of cultural goods in Croatia and Serbia, with reference to restrictions of ownership rights.....77

Zaštita kulturnih dobara u Hrvatskoj i Srbiji, s naglaskom na ograničenja vlasništva

Marko Dimitrijević, Monetarni kredibilitet kao društvena vrednost usavremenom monetarnom pravu i pravu centralnih banaka.....	97
<i>Monetary Credibility as a Social Value in the Contemporary Monetary Law and Central Banking Law</i>	
Marija Dragičević, Radnopravne posledice smrti i gubitka poslovne sposobnosti poslodavca sa svojstvom fizičkog lica	119
<i>Labour Law Effects of Death and Loss of Legal Capacity of an Employer acting in the capacity of a Natural Person</i>	
Goran Marković, On the Recall of a Mayor in Republika Srpska	143
<i>O opozivu načelnika opštine i gradonačelnika u Republici Srpskoj</i>	
Dragoljub Todić, The Global Pact for the Environment: Elements of Codification or/and a New International Agreement.....	169
<i>Globalni pakt za životnu sredinu: elementi kodifikacije i/ili novi međunarodni ugovor</i>	
Uroš Zdravković, Pravo na suspendovanje izvršenja obaveze usled anticipativne povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe.....	189
<i>The Right to Suspend Performance in case of Anticipatory Breach of Contract on International Sale of Goods</i>	
Marija Vujović, Marta Mitrović, Etički standardi i fotografija u štampanim medijima.....	207
<i>Ethical Standards and Photography in Newspapers</i>	

Aleksandar Antić, Pitanje ustavnosti ograničenja zapošljavanja u javnom sektoru	223
<i>The Constitutionality of Restrictions on Employment in the Public Sector</i>	

Boris Tučić, Radmila Dragišić, Institut unaprijeđene saradnje u pravu Evropske unije – očekivanja i postignuti rezultati	239
<i>The Institute of Enhanced Cooperation in European Union Law: Expectations and achieved results</i>	

II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA / PhD Students papers

Bojana Arsenijević, Nematerijalna šteta kao izraz zaštite društvenih vrednosti	261
<i>Non-pecuniary damage as an expression of protection of social values</i>	

Saša Knežević, IN MEMORIAM.....	289
---	-----

Uputstvo za autore / Guidelines for Authors.....	293
---	-----

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Sa zadovoljstvom predstavljamo novi broj našeg pravnog časopisa Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu (br. 99/2023), koji sadrži 13 kvalitetnih naučnih radova o aktuelnim pravnim pitanjima. U skladu sa konceptualnim okvirom ovog časopisa, nastavljamo tradiciju objavljivanja radova iz različitih oblasti prava na srpskom i engleskom jeziku. U tom kontekstu, ovo izdanje uključuje nekoliko članaka na engleskom jeziku. Naš pravni časopis ostaje otvoren za objavljivanje naučnih članaka mlađih istraživača, kao i članaka naučnika iz srodnih društvenih nauka koji istražuju pravna pitanja u širem kontekstu, fokusiraju se na ekonomska, politička i kulturna pitanja koja su usko povezana sa pravom. Ovo izdanje sadrži određeni broj radova koji su predstavljeni na Međunarodnoj naučnoj konferenciji održanoj aprila 2023. godine na Pravnom fakultetu, Univerziteta u Nišu.

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Miroslav Lazić

U Nišu, novembar, 2023. godine

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

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

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

Niš, November 2023

I ČLANCI

Dr Nataša Stojanović,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpf0-46630

UDK: 347.65/.68(494)
Rad primljen: 19.09.2023.
Rad prihvaćen: 11.10.2023.

REFORMA NASLEDNOG PRAVA U ŠVAJCARSKOJ KONFEDERACIJI (PRVA FAZA REFORME)**

Apstrakt: Autor u radu osvetljava reformu švajcarskog naslednog prava iz 2020. godine, koja je počela da se realizuje januara meseca 2023. godine. Istraživanje je sprovedeno sa ciljem da utvrdi obimi kvalitet sprovedene reforme švajcarskih naslednopravnih propisa. U fokusu pažnje autora su rešenja posvećena: smanjenju nužnog dela potomaka ostavioca; ukidanju prava na nužni deo njegovim roditeljima; gubitku prava na nužni deo supružnika ili istopolnog partnera iz registrovane zajednice, ukoliko je pokrenut postupak za razvod braka, odnosno postupak za raskid registrovane zajednice, a pre njihovog okončanja jedan od supružnika, odnosno registrovanih partnera je umro; kvalitetno drugačijem konceptu slobode ugovaranja, putem ugovora o nasleđivanju; uticaju koji „sistem tri stuba“ švajcarskog penzijskog i invalidskog osiguranja ima na ostvarivanje i zaštitu prava na nužni deo, kao i promenama, i pravno-tehničkim poboljšanjima propisa koji se tiču redosleda dobročinih davanja iz kojih se namiruje povređeni nužni deo. Za potrebe rada korišćeni su: pravno-dogmatski, normativno-pravni i istorijsko-pravni metod. Po shvatanju autora, većina novela Građanskog kodeksa Švajcarske Konfederacije iz 2020. godine, koje se tiču ustanove nasleđivanja, u službi su veće slobode raspolaganja pojedinaca dobročinih davanjima, kako *inter vivos*, tako i *mortis causa*. Međutim, one ne prate dovoljno socijalne prilike u savremenoj Švajcarskoj, budući da pravo nasleđa na temelju

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije prema ugovoru, evidencioni broj 451-03- 47/2023-01/200120.

zakona nije priznato vanbračnom partneru, kao što je to slučaj sa supružnikom ili istopolnim partnerom iz registrovane zajednice, iako vanbračna zajednica u realnom životu postoji paralelno sa brakom i registrovanom istopolnom zajednicom.

Ključne reči: *švajcarsko pravo, reforma naslednog prava, proširenje slobode raspolaganja imovinom za života i za slučaj smrti, vanbračni partner ostavioca.*

1. Uvodne napomene

Posle više od jednog veka Švajcarska Konfederacija i dalje primenjuje svoj Građanski kodeks.¹ Podsećanja radi, ovo zakonodavno delo usvojeno je 1907. godine, a stupilo je na pravnu snagu 1912. godine, zamenivši pravila kantonalnog prava, uključujući i nasledno pravo (detaljnije: Dubler, Schnyder, 2006).

Švajcarski normotvorac, svestan činjenice da treća knjiga Građanskog kodeksa, iako kvalitetna pravna tvorevina, nije u potpunom saglasju sa demografskim prilikama u švajcarskom savremeno društvu, postojećim porodičnim modelima i sistemom zaštite socijalne sigurnosti starijih generacija, odlučio je da pokrene mehanizam za njenu reformu (Morard, Munier, 2023), sa ciljem da naslednopravne propise učini fleksibilnijim i uz to ojača pravnu sigurnost, razjašnjavanjem pojedinih pitanja koja su se do sada pokazala spornim u praksi (Häberling, Ademaj, 2021).

Kao povod reformi naslednog prava Švajcarske Konfederacije poslužio je Predlog poslanika Saveta kantona Filiksa Gucvilera (Felix Gutzwiller) „O modernizaciji naslednog prava“ (br. 10. 3524, od 17. 6. 2010 godine),² kojim je naročito potencirano proširenje slobode raspolaganja imovinom za života i za slučaj smrti, kroz ukidanje prava na nužni deo roditelja i smanjenje nužnog dela potomaka, kao i ekvivalentan tretman vanbračnog partnera u sferi zakonskog nasleđivanja u odnosu na supružnika, odnosno istopolnog partnera iz registrovane zajednice (Conseil fédéral Suisse, 2015: 52–53; Dupuis, 2022). Na temelju tog Predloga, Saveznom veću je naloženo da preispita odgovarajuće odredbe u Građanskom kodeksu i da ih učini

1 Građanski kodeks Švajcarske Konfederacije od 10. 12. 1907. godine (Code civil suisse, RO 24 245, zaključno sa izmenama i dopunama od 25. 9. 2020. godine, RO 2022 491, FF 2017 6565). Preuzeto 22. 7. 2023. godine. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#sidebarAnchor.

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

dovoljno elastičnim u odnosu na promene u švajcarskom društvu, a da pritom sačuva osnovna obeležja naslednopravnih propisa u Švajcarskoj i nastavi da štiti porodicu, kao institucionalnu konstantu (Gutzwiller, 2010).

Savezno veće je, zbog obimnosti predloga i složenosti pitanja, odlučilo da reformu naslednog prava sprovodi u nekoliko faza. U prvoj fazi bi se razmatrala problematika koju je inicirao poslanik Gucviler. Druga faza reforme bila bi posvećena nasleđivanju preduzeća. Treća faza reforme bi se odnosila na pitanja tzv. tehničke revizije naslednog prava.³ Odvojena reforma posvećena je izmenama i dopunama međunarodnog naslednog prava (Bürgi, Peyer, 2022).

Savezno veće je, kada je u pitanju prva faza reforme naslednog prava, započelo konsultacije o preliminarnom Nacrtu izmena i dopuna Građanskog kodeksa Švajcarske Konfederacije, 4. 3. 2016. godine. Ova faza reforme naslednog prava okončana je 18. 12. 2020. godine, kada je švajcarski Parlament usvojio većinu predloženih izmena i dopuna treće knjige Građanskog kodeksa. Savezno veće je, na sednici održanoj 19. 5. 2021. godine, odlučilo da one stupe na pravnu snagu 1. 1. 2023. godine (detaljnije: Fokiadès, Calame, 2021).

Premda su odredbe o nasleđivanju, sadržane u trećoj knjizi Građanskog zakonika Švajcarske Konfederacije, i do sada u nekoliko navrata ukidane, menjane i dopunjavane: 1972, 1976, 1984, 1991, 1995, 1998, 2000, 2002, 2004. i 2008. godine, predmet naše pažnje jesu njegove novele koje čine tzv. prvu fazu reforme naslednog prava iz 2020. godine. Načelno, radi se o rešenjima koja imaju za cilj da pojedincima obezbede širu slobodu raspolaganja imovinom za života i za slučaj smrti, i da „modernizuju nasledno pravo, uz zadržavanje njegove suštine” (Conseil fédéral Suisse, 2015: 51), kao deo projekta modernizacije porodičnog prava (Pavone, 2022).

2. Vanbračni partner ostavioca i zakonski red nasleđivanja u švajcarskom Građanskom kodeksu

Kako je već rečeno, sastavni deo Predloga poslanika Gucvilera o modernizaciji naslednog prava bio je da se vanbračnom partneru prizna pravo nasleđa na temelju zakona, kako bi on, na taj način, doživeo pravičan

3 Radi se, zapravo, o značajnim materijalno-pravnim pitanjima, poput: mera protiv prikrivanja nasledstva, informativnih prava naslednika, nadzora nad radom izvršitelja zaveštanja, uverenja o nasleđivanju, audiovizuelnog zaveštanja za hitne slučajeve, skraćena rokova za javno pozivanje naslednika i tako dalje. Videti: Bürgi, Peyer, 2022.

i ekvivalentan tretman u poređenju sa supružnikom i istopolnim partnerom iz registrovane zajednice (Gutzwiller, 2010). Nažalost, takva ideja je tokom parlamentarne debate povučena, jer je uočeno da je politički obojena, da ima ima pravne implikacije i da kao takva može dovesti do dubljeg razmišljanja o institutu braka,⁴ te stoga i nije postala deo reforme naslednog prava.⁵

Štaviše, ni predlog Saveznog veća, upućen švajcarskom Parlamentu, da se vanbračni partner, ukoliko nema potrebnih sredstava za život, a zajednica života sa umrlim vanbračnim partnerom je trajala najmanje pet godina, obezbedi konstituisanjem, na osnovu zakona, prava na izdržavanje iz zaostavštine, nije usvojen. Posebno je kritikovan u Savetu kantona švajcarskog Parlamenta (Bürgi, Peyer, 2022a).

Iako Savezno veće Švajcarske Konfederacije u svom Izveštaju „Moder- nizacija porodičnog prava prema Fehrovom postulatu“⁶ govori o individualnoj slobodi kao dragocenoj vrednosti švajcarskog društva, „ova sloboda dolazi do izražaja posebno u različitim stilovima života koji su se razvili poslednjih godina“ (Conseil fédéral Suisse, 2015: 5), očigledno je da na primeru nasleđivanja vanbračnih partnera na temelju zakona i, šire, imovinskih odnosa između ovih lica,⁷ to pada u vodu (Cottier, 2014: 5). Paradoksalno je da ovakav „društveno razuman način života“ koji rasterećuje porodicu ostavioca, ali i državu, ne uživa naslednopravnu zaštitu (Cottier, 2014: 6).

Dakle, ukoliko ostavilac, vanbračni partner, nije nadživelog vanbračnog partnera odredio za naslednika ili singularnog sukcesora na temelju zaveštanja ili ugovora o nasleđivanju⁸ ili ga nije obezbedio

4 Videti: Saopštenje Saveznog veća Švajcarske Konfederacije od 25. 8. 2010. godine (Stellungnahme des Bundesrates vom 25. 08. 2010). Preuzeto 22. 7. 2023. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103524>.

5 Za priznanje prava nasleđa na temelju zakona vanbračnom partneru, pod određenim uslovima, uključujući i pravo na nužni deo videti kod: Cottier, 2014: 17–18; Breitschmid, 2013: 28. Navedeni autori, takođe, predlažu uvođenje u krug zakonskih naslednika ostavioca njegovog pastorka, opet uz ispunjenje postavljenih uslova. Videti: Cottier, 2014: 24–25; Breitschmid, 2013: 28.

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

7 U švajcarskoj pravnoj teoriji ima zalaganja za uređenje imovinskih odnosa vanbračnih partnera po ugledu na supružnike ili partnere iz registrovane zajednice. Videti: Cottier, 2014: 17.

8 U Švajcarskoj Konfederaciji, sloboda raspolaganja za slučaj smrti u formi zaveštanja ili ugovora o nasleđivanju nema široku primenu u praksi. Procene se

putem životnog osiguranja (Pavone, 2022), vanbračni partner ostaje bez potrebnih sredstva za život, posebno ako je ostavilac za životanijega izdržavao. Ovako nepovoljnu poziciju vanbračnog partnera posle smrti njegovog vanbračnog partnera švajcarski zakonodavac donekle ublažava rešenjem, sadržanim u čl. 605 Građanskog kodeksa Švajcarske, da, u slučaju da se očekuje rođenje deteta ostavioca, njegovoj majci se priznaje, ukoliko joj je izdržavanje potrebno, sve do rođenja deteta, pravo nesmetanog uživanja zaostavštine ostavioca koja se ne sme deliti sve dok se začetak ne rodi. Pritom, u ovom slučaju, vanbračni partner ne mora da bude određen za naslednika na osnovu zaveštanja ili ugovora o nasleđivanju da bi imao pravo na ovu privilegiju.

Ekonomski interesi vanbračnog partnera privremeno se mogu zaštititi i tzv. pravom na trideset dana, priznatim čl. 606 švajcarskog Građanskog kodeksa. Ovo pravo omogućava nadživlom vanbračnom partneru koji je sa ostaviocem živeo u njegovom domaćinstvu i ovaj ga je izdržavao, a pritom je zaveštanjem ili ugovorom o nasleđivanju određen za naslednika, da od zakonskih naslednika ostavioca zahteva naknadu troškova smeštaja i ishrane za period od mesec dana koji se računa od otvaranja nasleđa vanbračnog partnera.

3. Suženje kruga nužnih naslednika

Prvu fazu reforme švajcarskog naslednog prava iz 2020. godine obeležavaju dve krupne promene. S jedne strane, sužen je krug subjekata koji bi mogli biti nužni naslednici. S druge strane, smanjena je veličina nužnog dela pojedinih nužnih naslednika.

Do izmena i dopuna naslednopravnih propisa Švajcarske iz 2020. godine, krug nužnih naslednika činili su: potomci, supružnik ili registrovani partner ostavioca i njegovi roditelji.⁹¹⁰ Supružnik je pripadao krugu nužnih naslednika, čak i da je u vreme otvaranja nasleđa postupak za razvod braka pokrenut (Piotet, 2012: 39). Od 1. januara 2023. godine, krugu nužnih naslednika više ne pripadaju roditelji ostavioca. Preostali nužni naslednici mogu nasleđivati u tom svojstvu, pod istim uslovima

razlikuju i kreću se u rasponu od 25 do 60%. Videti: Cottier, 2014: 5.

9 Videti: čl. 470 Građanskog kodeksa Švajcarske sa novelama iz 2004. godine.

10 U izvornoj verziji švajcarski Građanski kodeks predviđao je da braća i sestre ostavioca pripadaju krugu nužnih naslednika, uz mogućnost svakog kantona da taj krug dodatno proširi i njihovim potomcima. Takvo rešenje ukinuto je izmenama i dopunama ovog Kodeksa iz 1984. godine, koje su stupile na pravnu snagu 1988. godine. Detaljnije videti: Piotet, 2012: 19.

(Croce, 2021). Ovakvim zakonodavnim potezom švajcarski normotvorac je potvrdio „da je značaj porodično-emocionalnog okruženja i dalje važan u sveukupno posmatrano složenijem svetu” (Breitschmid, 2013: 28). Za švajcarskog zakonodavca osnova za kreiranje srodničkih odnosa je i dalje nuklearna porodica, putem koje se obezbeđuje kontinuitet u ekonomskoj povezanosti generacija (Breitschmid, 2013: 28).

Švajcarski zakonodavac, sadržinom čl. 472 Građanskog kodeksa, ograničava supružnika u ostvarivanju prava na nužni deo. Naime, radi se o tome da supružnik ostavioca gubi pravo na nužni deo, ukoliko je u vreme pre otvaranja nasleđa njegovog supružnika sporazumno pokrenut postupak za razvod braka ili je zajednički nastavljen, ili pak ako su supružnici živeli odvojeno najmanje dve godine pre smrti jednog od njih, naravno, ovo sve pod uslovom da sam ostavilac zaveštanjem ili ugovorom o nasleđivanju nije drugačije odredio (detaljnije: Fokiadès, Calame, 2021; Dorjee-Good, Dardel, 2021; Gerstl, 2023). Dakle, ovde je prednost data odsustvu porodične zajednice sa ostaviocem, a ne obezbeđenju samog supružnika (Piotet, 2012: 61; Fankhauser, 2011: 268). U navedenim slučajevima, kako kaže slovo Kodeksa, nužni delovi se obračunavaju kao da umrli supružnik nije bio u braku.¹¹ Isto rešenje analogno se primenjuje i na istopolnog partnera iz registrovane zajednice.^{12 13}

U vezi sa navedenom novinom, treba imati u vidu da švajcarski zakonodavac ne predviđa takvo ograničenje i za pravo nasleđa na temelju zakona. Naime, sve dok se postupak za razvod braka pravnosnažno ne okonča, supružnik (isto važi i za partnera iz registrovane zajednice) zadržava pravo na zakonski nasledni deo (detaljno: Dorjee-Good, Dardel, 2021; Croce, 2021; Novello, 2022). To dalje znači, da ako supružnik želi drugog supružnika, od koga se razvodi, da onemogućiti u sticanju svojstva zakonskog naslednika, to mora jasno da predoči u zaveštanju ili ugovoru o nasleđivanju. Opet, s druge strane, švajcarski normotvorac jasno propisuje da raspolaganja imovinom *mortis causa* ne proizvode dejstvo ukoliko je pokrenut postupak za razvod braka, osim ako je izričito predviđeno suprotno.¹⁴

11 Videti: čl. 472, st. 2 Građanskog kodeksa Švajcarske.

12 Videti: čl. 472, st. 3 Građanskog kodeksa Švajcarske.

13 Treba imati u vidu da sa izmenama i dopunama Građanskog kodeksa od 1. 7. 2022. godine, istopolni partneri u Švajcarskoj Konfederaciji jedino mogu zaključiti brak.

14 Videti: čl. 120, st. 3 švajcarskog Građanskog kodeksa i čl. 31, st. 2 Saveznog zakona o registrovanom partnerstvu između osoba istog pola od 5. 6. 2005. godine (Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, LPart, RO 2005 5685, zaključno sa izmenama i dopunama od 18. 12. 2020. godine). Preuzeto 2. 8. 2023. <https://www.fedlex.data.admin.ch.pdf>.

U kojoj meri švajcarski zakonodavac se trudi da privileguje nadživelog supružnika ili registrovanog partnera ostavioca i kao zakonskog, ali i kao nužnog naslednika, jasno svedoči i sadržina čl. 473 Građanskog kodeksa. Naime, ovim članom je zadržano rešenje o pravu supružnika ili registrovanog partnera da svom supružniku ili partneru iz registrovane zajednice, raspolaganjem *mortis causa* ostavi na plodouživanje deo zaostavštine koji bi pripao u svojinu njihovim zajedničkim potomcima. Po slovu Kodeksa, ovo pravo plodouživanja zamenjuje pravo nasleđa supružnika ili vanbračnog partnera na temelju zakona.¹⁵ U odnosu na ranije važeću verziju čl. 473 Građanskog kodeksa Švajcarske, njegova novelirana verzija iz 2020. godine propisuje da se ovde imaju u vidu ne samo zajednička deca, već svi zajednički potomci. Novina je i to daje sada raspoloživi deo zaostavštine $\frac{1}{2}$ njene vrednosti, u odnosu na ranije važeću odredbu čl. 473, st. 2 koja je propisivala da je raspoloživi deo zaostavštine $\frac{1}{4}$ od vrednosti zaostavštine. Tim slobodnim delom zaostavštine supružnik ili registrovani partner može, bez ikakvih ograničenja, da raspolaže za slučaj smrti u korist svog supružnika ili registrovanog partnera (detaljnije: Fokiadès, Calame, 2021; Galland, 2023).

4. Promene u veličini nužnih delova nužnih naslednika

Do reforme naslednog prava u Švajcarskoj Konfederaciji iz 2020. godine, veličina nužnih delova nužnih naslednika bila je različito određena u zavisnosti od kategorije nužnog naslednika. Potomci su, na ime nužnog dela, dobijali $\frac{3}{4}$ od vrednosti zakonskog naslednog dela, a supružniku, partneru iz registrovane zajednice i roditeljima ostavioca nužni deo je bio $\frac{1}{2}$ od zakonskog naslednog dela.¹⁶

Od 1. januara 2023. godine, potomci više nisu, u pogledu veličine nužnog dela, privilegovana kategorija, budući da je sada svim nužnim naslednicima nužni deo $\frac{1}{2}$ zakonskog naslednog dela,¹⁷ osim, naravno, ako sam ostavilac u zaveštanju ili ugovoru o nasleđivanju nije potomku „zadržao” $\frac{3}{4}$ vrednosti nužnog dela (Zaugg, 2023).

U švajcarskoj pravnoj literaturi rešenje o smanjenju veličine nužnog dela potomaka ima opravdanja.¹⁸ S jedne strane, pravo na nužni deo redovno

15 Videti: čl. 473, st. 2 švajcarskog Građanskog kodeksa.

16 Videti: čl. 471 švajcarskog Građanskog kodeksa, pre reforme iz 2020. godine.

17 Videti: čl. 471 švajcarskog Građanskog kodeksa, posle reforme iz 2020. godine.

18 U švajcarskoj pravnoj literaturi ima i mišljenja o potrebi fleksibilnog određivanja kvote nužnog dela, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Videti: Cottier, 2014: 39; Breitschmid, 2013: 28.

nije više u funkciji obezbeđivanja izdržavanja potomaka, budući da oni u švajcarskom društvu, u proseku, nasleđuju kada navrše 50 godina, dakle u vreme kada su, po pravilu, finansijski dovoljno materijalno obezbeđeni za sopstveno izdržavanje. Osim toga, i primarna uloga države u brizi o starim licima ima za posledicu da „nasledstvo nije više suštinski deo staranja”, s obzirom na sve duži životni vek (Cottier, 2014: 30–31). S druge strane, ustanovom nužnog dela se ograničava privatna autonomija, kao osnovni princip švajcarskog pravnog sistema. Nužni deo predstavlja prepreku za prenos porodičnog preduzeća na određene predstavnike naredne generacije, kao i za raspolaganje u društvenokorisne svrhe. Otuda je opravdano smanjenje veličine nužnog dela potomaka (Cottier, 2014: 30).

Kada se uzme u obzir činjenica da je, prema raspoloživim podacima iz 2020. godine, vrednost zaostavštine i učinjenih poklona iznosila 95 milijardi franaka, naspram 36 milijardi 1999. godine (detaljnije: Brülhart, 2019: 1), onda postaje jasna briga švajcarskih vlasti da to materijalno bogatstvo delom usmeravaju u svrhe koje više pogoduju društvenim u odnosu na individualne interese, uključujući tu i porez na nasleđe koji je, recimo, u velikom broju kantona, minimalan za potomke, supružnika ili registrovanog partnera, ali je zato prilično visok za vanbračnog partnera, kada nasleđuje svog vanbračnog partnera ili od njega dobija poklon, recimo u kantonima Vaud i Ženeva (Morard, Munier, 2023; Pavone, 2022).

Ovako postavljenom zakonskom konstrukcijom čl. 471 jasno se vidi da fokus švajcarskog normotvorca nije više na prenosu porodičnog bogatstva na potomke, već na obezbeđenju finansijske sigurnosti supružnika, odnosno partnera iz registrovane zajednice (Häberling, Ademaj, 2021). Štaviše, kada novelu čl. 471 švajcarskog Građanskog zakonika povežemo sa njegovim čl. 216 koji govori o mogućnosti supružnika da bračnim ugovorom, na drugačiji način od zakonskog imovinskog režima, ugovore učešće u zajednički stečenoj imovini, koje se, po slovu Kodeksa, tretira kao poklon *inter vivos* za supružnika koji dobija više, i da se tako stečena imovinska korist ne uzima u obzir prilikom izračunavanja nužnih delova nadživelog supružnika, ali i registrovanog partnera i njihovih zajedničkih potomaka, potvrđuje se i pojačava već stečeni utisak. Mora se imati u vidu da ovo rešenje nema primenu u odnosu na potomke ostavioca koji ujedno nisu i descendenti nadživelog supružnika, odnosno registrovanog partnera. Njima pripada pravo da, radi namirenja svog nužnog dela, prilikom izračunavanja njegove vrednosti, zahtevaju i

uključivanje udela umrlog supružnika koji je veći od polovine zajedničke imovine (detaljnije: Fokiadès, Calame, 2021; Croce, 2021).

Novelirani čl. 471 švajcarskog Građanskog kodeksa, dakle, omogućava svakom licu, sposobnom da raspolaže svojom imovinom kako *inter vivos*, tako i *mortis causa*, da to čini sa najmanje ½ njene vrednosti. To dalje otvara prostor za favorizovanje, recimo: vanbračnog partnera, pastoraka, daljih krvnih srodnika, ili da se veći deo imovine dodeli nasledniku koji je sposobniji za obavljanje porodičnog biznisa (detaljnije: Dorjee- Good, Dardel, 2021; Croce, 2021; Galland, 2023). U kojoj meri je to realno ostvarivo umnogome zavisi od poreske politike pojedinih kantona kod razrezivanja poreza na nasleđe, naročito vanbračnim partnerima (Pavone, 2022; Morard, Munier, 2023).

5. Uticaj vezane individualne penzione štednje na nužni deo

Švajcarski penzioni sistem utemeljen je na principu tri stuba starosne zaštite.¹⁹ Prvim stubom obuhvaćeno je starosno, porodično i invalidsko osiguranje. U drugom stubu se nalaze profesionalne penzije, a u trećem stubu individualna penziona štednja.²⁰

Po pravilu, penziona sredstva inkorporisana u prvom i drugom stubu socijalne sigurnosti ne čine zaostavštinu i kao takva ne mogu biti iskorišćena za namirenje povređenog nužnog dela nužnog naslednika, već za druge svrhe (Piotet, 2012: 45). Državne penzije (kojim je obuhvaćeno starosno, porodično i invalidsko osiguranje) moraju adekvatno da pokriju osnovne (vitalne) potrebe osiguranika.²¹ Profesionalnim penzijama treba da se održi životni standard osiguranika koji je postojao do penzionisanja.²²

Isto, načelno, važi i za uštede koje su akumulirane tokom radnog veka sve do odlaska u penziju u banci ili osiguravajućem društvu, koje čine stub 3a individualne penzione štednje.²³ I pored toga, novelirani

19 O švajcarskom penzionom sistemu detaljno videti kod: Leimgruber, M. (2022). Les „trois piliers” comme modèle réformateur international.

20 Videti: čl. 111, st. 1 Ustava Švajcarske Konfederacije od 18. 4. 1999. godine (Constitution fédérale de la Confédération suisse, RO 1999 2556, zaključno sa izmenama i dopunama od 13. 2. 2022, RO 2022 241, FF 2020 6837). Preuzeto 22. 7. 2023. <http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr#sidebarAnchor>.

21 Videti: čl. 112, st. 2, tač. b Ustava Švajcarske Konfederacije.

22 Videti: čl. 113, st. 2, tač. a Ustava Švajcarske Konfederacije.

23 U tom pravcu videti: čl. 82, st. 4 Saveznog zakona o profesionalnim, porodičnim i invalidskim penzijama) Švajcarske Konfederacije od 25. 6. 1982. godine (Bundesgesetz

čl. 529 švajcarskog Građanskog kodeksa izričito propisuje da nužni naslednik kome je nužni deo povređen može zahtevati njegovo namirenje upravo od korisnika stuba 3a i, što je bilo predviđeno i pre reforme naslednog prava iz 2020. godine, korisnika životnog osiguranja. Pritom, koristi koje proizlaze iz ograničenog plana individualne penzije štednje, ugovorenog sa osiguravajućim društvom, i osigurana suma kod osiguranja za slučaj smrti podležu umanjenju za njihovu otkupnu vrednost. Uzimanjem u obzir otkupne vrednosti koristi po osnovu životnog osiguranja ili na temelju ograničenog individualnog plana štednje, sročnog sa osiguravajućim društvom, favorizuje se korisnik na štetu nužnog naslednika, jer je ona uvek niža od vrednosti osigurane sume (Piotet, 2012: 44). To ne važi i za potraživanja korisnika koja proizlaze iz vezanog individualnog penzionog plana umrlog, ugovorenog sa bankom. Ona se smanjuju u punom obimu (Häberling, Ademaj, 2021). Kako je ispravno primećeno u stručnoj literaturi, ovako konstruisana rešenja mogu obezbediti nužni deo nužnim naslednicima, ali, u isto vreme, mogu biti izvor mnogobrojnih sporova među naslednicima određenog ostavioca, jer je čl. 529 Građanskog kodeksa Švajcarske (a isto važi i za čl. 476 Kodeksa), izvor nepravde, kontraverzi i pravne nesigurnosti (Bürgi, Peyer, 2022). Zbog toga je predloženo, i pre reforme naslednog prava iz 2020. godine, njihovo ukidanje (Piotet, 2012: 45).

6. Izmene i dopune propisa posvećenih ugovoru o nasleđivanju

Do reforme naslednog prava u Švajcarskoj Konfederaciji iz 2020. godine, ugovor o nasleđivanju kao dozvoljen pravni posao kojim jedna ugovorna strana raspolaže delom ili celinom svoje imovine u korist druge ugovorne strane ili trećeg lica, bio je regulisan tako što je osnova na kojoj je počivala zakonska konstrukcija ovog ugovora bila sloboda davanja. To jasno proističe iz odredbe da ugovorni ostavilac i posle zaključenja ugovora o nasleđivanju slobodno može da raspolaže svojom imovinom, izuzev ako samim ugovorom nije drugačije predviđeno ili su dobročina davanja nespojiva sa obavezama koje proističu iz ugovora.²⁴

Noveliranim čl. 494 švajcarskog Građanskog kodeksa sloboda davanja se zamenjuje zabranom raspolaganja bez naknade *inter vivos* ili *mortis causa*, osim uobičajenih poklona ili ako to nije izričito predviđeno

über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und invalidenvorsorge – BVG, RO 1983 797, zaključno sa izmenama i dopunama od 17. 12. 2021. godine, RO 2023 254). Preuzeto 24. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1983/797_797_797/fr/history.

24 Videti: čl. 494 švajcarskog Građanskog kodeksa, pre novela iz 2020. godine.

ugovorom (Dorjee-Good, Dardel, 2021; Bürgi, Peyer, 2022). Ukoliko takva dobročina raspolaganja premašuju vrednost uobičajenih poklona, ona se mogu osporavati, poštujući odredbe čl. 522 koje se odnose na redukciju dobroćinih davanja ostavioca, i to u meri u kojoj nisu u saglasju sa obavezama koje proističu iz ugovora o nasleđivanju, naročito kada smanjuju beneficije koje proističu iz samog ugovora, i u situaciji kada takva dobročina davanja nisu rezervisana u samom ugovoru. Ovom novelom do kraja i u potpunosti je ispoštovano pravilo, sadržano u čl. 2, st. 2 Građanskog kodeksa Švajcarske da „očigledna zloupotreba prava nema pravnu zaštitu”.

7. Redosled namirenja povređenog nužnog dela iz dobroćinih davanja ostavioca

Reformom švajcarskog naslednog prava iz 2020. godine novelirane su i odredbe Građanskog kodeksa, posvećene namirenju povređenog nužnog dela nužnog naslednika.

Naime, do 1. januara 2023. godine u primeni je bila pravilo da se za namirenje povređenog nužnog dela koriste pokloni, a potom i raspolaganja za slučaj smrti koja prelaze raspoloživi deo zaostavštine.²⁵ Izmenei dopune istog člana sada, pre svih ovih raspolaganja bez nadoknade, dodaju i zakonske nasledne delove naslednika koji u konkretnom slučaju nasleđuju, poboljšavajući na taj način poziciju nužnog naslednika kome je pravo na nužni deo povređeno.

Osim toga, a u skladu sa navedenom novinom, izmenu je doživeo i čl. 523 Građanskog kodeksa Švajcarske. Naime, ranije važeća verzija ovog člana predviđala je da se raspolaganja za slučaj smrti, učinjena u korist nužnog naslednika, ukoliko premašuju njegov nužni deo, smanjuju srazmerno iznosu koji prelazi njegov nužni deo. Novelirani čl. 523 ovog Kodeksa sada uređuje da se prilikom namirenja nužnog dela nužnog naslednika uzimaju u obzir ne samo raspolaganja *mortis causa*, učinjena u korist nužnog naslednika, već i ono što je, na ime naslednog dela po zakonu primio. Zanimljivo je da se dobročina davanja *inter vivos* kojima je honorisan nužni naslednik ne spominju kao mogući izvor namirenja njegovog nužnog dela.

U odnosu na ranije važeće naslednopravne propise koji nisu bliže precizirali kojim redosledom se dobročina davanja koriste za namirenje nužnog dela, propisi koji su počeli da se primenjuju od 1. januara 2023. godine i tu unose više reda, izvesnosti, pa i pravne sigurnosti

25 Videti: čl. 522, st. 1 švajcarskog Građanskog kodeksa, pre novela iz 2020. godine.

Dorjee-Good, Dardel, 2021). Naime, dok je ranije važeći čl. 532 švajcarskog Građanskog kodeksa uopšteno propisivao da se povređen nužni deo prvo namiruje iz raspolaganja za slučaj smrti, pa onda iz dobroćinih davanja za života i to počev od najnovijeg poklona (najbližeg trenutku otvaranja nasleđa), pa sve tako redom do najkasnije učinjenog poklona, dok se nužni deo ne namiri, njegova novela to menja. Naime, izmene i dopune ovog člana iz 2020. godine određuju da se nužni deo prvo namiruje iz zakonskih naslednih delova naslednika, pa onda iz raspolaganja *mortis causa* i na kraju iz davanja bez nadoknade *inter vivos*. Vrednost ovakvog rešenja švajcarskog zakonodavca naročito dolazi do izražaja kada se zaostavština u jednom delu nasleđuje na osnovu zakona, a u drugom delu na temelju raspolaganja za slučaj smrti.²⁶ Budući da može biti više dobroćinih davanja za života koja se razlikuju ne samo po vremenu davanja, već i po pravnom karakteru, švajcarski zakonodavac bliže određuje i redosled kojim se nužni naslednik namiruje iz tih dobroćinih davanja. Prvo se za namirenje nužnog dela uzimaju dobroćina davanja u korist supružnika ili registrovanog partnera, proistekla iz bračnog ugovora, odnosno imovinskog ugovora, a koja se uzimaju u obzir prilikom izračunavanja nužnih delova. Ako ona nisu dovoljna za namirenje povređenog nužnog dela, on se izmiruje iz poklona koji se uvek mogu opozvati i koristi koje proističu iz ograničenog (vezanog) plana penzione štednje, u istoj srazmeri, i na kraju iz drugih dobroćinih davanja *inter vivos*, počev od najnovijih, pa redom do najstarijih.²⁷

Ono što je bila pravna dilema godinama unazad, da li se dobroćina davanja jednog supružnika, odnosno registrovanog partnera u korist drugog supružnika, odnosno registrovanog partnera putem bračnog ugovora, odnosno imovinskog ugovora smatraju poklonima *inter vivos* ili *mortis causa*, sada je to novelom čl. 532 razrešeno. Takva raspolaganja čine raspolaganja za života.²⁸ Kako je već primećeno u stručnoj literaturi ova dilema nije samo teorijskog, već mnogo više praktičnog karaktera, jer zadire u sam postupak izračunavanja vrednosti nužnog dela i redosled njegovog namirenja iz ostaviočevih dobroćinih davanja (Croce, 2021).

26 Na opravdanost ovakve dopune teksta Građanskog kodeksa Švajcarske već je ranije ukazano u pravnoj teoriji. Videti: Piotet, 2012: 54.

27 Uporediti: ranije važeću verziju čl. 532 švajcarskog Građanskog kodeksa i verziju istog člana koji je od 1. januara 2023. godine u primeni.

28 U prilog prihvatljivosti takvog rešenja videti: Dorjee-Good, Dardel, 2021; Fokiadès, Calame, 2021. Suprotno mišljenje videti kod: Piotet, 2012: 56.

8. Zaključna razmatranja

Kako se može videti, prva faza reforme naslednog prava „ne dira” u postojeću strukturu ustanove nasleđivanja, jer ako bi se njen „... mehanizam suštinski promenio, ekonomski tokovi mogli bi da se preusmere na način da se pojave neželjeni efekti, koji mogu imati nesagledive posledice s obzirom na proporcije privrednog supstrata koji se godišnje prenosi naslednopravnim propisima. Zbog toga se eksperimenti ne preporučuju” (Breitschmid, 2013: 27).

Više je nego jasno da švajcarski zakonodavac reformom naslednog prava iz 2020. godine, to jest rešenjima o smanjenju nužnog dela potomaka i ukidanju prava na nužni deo roditelja, stavlja u prvi plan ekonomske interese supružnika ili partnera iz registrovane zajednice ostavioca, dok je očuvanje imovine, u okrilju porodice, od strane srodnika, kako potomaka, tako i direktnih predaka u drugom planu. Ovakvu privilegiju u korist supružnika ili partnera iz registrovane zajednice, švajcarski normotvorac donekle ublažava novinom da nadživeli supružnik gubi pravo na nužni deo, ukoliko je u toku postupka za razvod braka jedan od supružnika umro. Isto rešenje predviđeno je i za partnera iz registrovane zajednice. Nejasno je, međutim, zašto nadživelom supružniku ili registrovanom partneru, u takvoj situaciji, nije uskraćeno pravo da na temelju zakona nasledi svog upokojenog supružnika, odnosno registrovanog partnera, već je to ostavilac, za života, morao izričito da predvidi u svojoj izjavi poslednje volje (zaveštanju ili u ugovoru o nasleđivanju).

Namera švajcarskog zakonodavca da naslednopravne propise prilagodi stvarnim tokovima života i da uvaži socijalnu vezu koju je ostavilac za života ostvario i negovao sa vanbračnim partnerom nije realizovana. Paradoksalno je da švajcarski parlament, pod plaštom zaštite porodice, uvažava i štiti naslednopravne interese supružnika ili partnera iz registrovane zajednice koji su sa ostaviocem izgradili porodičnu zajednicu, ali u pogledu iste situacije, vanbračnog partnera dovodi u neravnopravan položaj, utoliko više što vanbračne zajednice nisu sporadične pojave u švajcarskom savremenom društvenom miljeu.

Izmene i dopune švajcarskih naslednopravnih propisa koje se tiču ugovora o nasleđivanju, a koje sada u prvi plan stavljaju zabranu ugovornom ostaviocu da bez nadoknade, posle zaključenja ovog pravnog posla, raspolaže svojom imovinom, kako za života, tako i za slučaj smrti, osim uobičajenih poklona, umesto slobode dobroćinih davanja koja je

ranije važila, u službi su pojačane zaštite naslednopravnih interesa ugovornog naslednika.

Pravno-tehnička poboljšanja i preciziranja teksta Građanskog kodeksa Švajcarske Konfederacije, koji se tiče redosleda dobroćinih davanja iz kojih se namiruje povređeni nužni deo, mogu biti od koristi nužnom nasledniku i doprineti višem stepenu pravne sigurnosti.

Literatura/References

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pravni izvori

Građanski kodeks Švajcarske Konfederacije od 10. 12. 1907. godine (Code civil suisse, RO 24 245, zaključno sa izmenama i dopunama od 25. 9. 2020. godine, RO 2022 491, FF 2017 6565). Preuzeto 22. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#sidebarAnchor.

Savezni zakon o registrovanom partnerstvu između osoba istog pola Švajcarske Konfederacije od 5. 6. 2005. godine (Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, LPart, RO 2005 5685, zaključnosa izmenama i dopunama od 18. 12. 2020. godine). Preuzeto 2. 8. 2023. <https://www.fedlex.data.admin.ch/pdf>.

Savezni zakon o profesionalnim, porodičnim i invalidskim penzijama Švajcarske Konfederacije od 25. 6. 1982. godine (Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und invalidenvorsorge – BVG, RO 1983 797, zaključno sa izmenama i dopunama od 17. 12. 2021. godine, RO 2023 254). Preuzeto 24. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1983/797_797_797/fr/history.

Ustav Švajcarske Konfederacije od 18. 4. 1999. godine (Constitution fédérale de la Confédération suisse, RO 1999 2556, zaključno sa izmenama i dopunama od 13. 2. 2022. godine, RO 2022 241, FF 2020 6837). Preuzeto 22. 7. 2023. <http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr#sidebarAnchor>.

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

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

Summary

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

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

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,*
Associate Professor,
Faculty of Law, University in Niš,
Republic of Serbia

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-46669

UDK: 347.628.42:347.622-053.6]:343.62

UDK: 316.811.11-053.6

Rad primljen: 21.09.2023.

Rad prihvaćen: 04.10.2023.

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

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

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

* dusica@prafak.ni.ac.rs

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

1. Introductory remarks

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

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

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

3 For more, see: Miladinović-Stefanović, 2013: 377-393, Miladinović-Stefanović, 2014a: 567-584, and Miladinović-Stefanović, 2014b: 447-462.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20 For more, see: Stojanović, Perić, 2002: 194.

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

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

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

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

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

4. An extramarital union with a minor in judicial practice

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Concluding Remarks

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

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

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

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

References

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

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

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

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

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

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

Delić N. (2021). Krivično pravo, Posebni deo (Criminal Law, Special part). Beograd: Pravni fakultet

Jovašević D. (2017). Krivično pravo, Posebni deo (Criminal Law, Special part), 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Dosije studio

Jović M. (2001). Vanbračna zajednica sa maloletnim licem (čl. 115 KZ Republike Srbije) (Extramarital union with a minor: Art. 115 of the Criminal Code of RS). Bezbednost. 6. 725-736.

Kaščelan B. (2012). Registracija vanbračne zajednice (Registration of an Extramarital Union). Pravni život. 10. 85-103.

Kolaković-Bojović M. (2022). Konačni izveštaj o praćenju sudske prakse o položaju maloletnih žrtava krivičnih dela pred sudovima u Republici Srbiji u 2020. godini (Final Report on the monitoring of court practice on

the position of juvenile victims of crimes in court proceedings in the Republic of Serbia in 2020). Beograd: IKSI

Marković N. (2021). Godišnji izveštaj o dečijim brakovima u Srbiji za 2021. godinu sa posebnim osvrtom na rad javnih tužilaštava (Annual Report on Child Marriages in Serbia for 2021, with specific reference to the activities of public prosecutor's offices). Beograd: Praxis

Miladinović-Stefanović D. (2013). Posebne mere za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (Special measures to prevent sex crimes against minors). U „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, knj. 3 (ur. P. Dimitrijević), str. 377-393. Niš: Pravni fakultet

Miladinović-Stefanović D. (2014a). Krivičnopravna zaštita maloletnika od seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja – evropski standardi i pravo Republike Srbije (Criminal law protection of minors from sexual exploitation and abuse – European standards and the law of the Republic of Serbia). Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. LII/68. 567-584.

Miladinović-Stefanović D. (2014b). Posebna evidencija učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (Special records on the perpetrators of crimes against sexual freedom against minors). U „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, knj. 1 (ur. M. Lazić), str. 447-462. Niš: Pravni fakultet

Mrvic Petrović, N. (2019). Krivično pravo, Posebni deo (Criminal Law, Special part), 6. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union

Panov S. (2022). Porodično pravo (Family Law), 12. izdanje. Beograd: Pravni fakultet

Ponjavić Z., Vlašković V. (2019). Porodično pravo (Family Law). Beograd: Službeni glasnik

Stojanović Z. (2022). Komentar Krivičnog zakonika (Commentary on the Criminal Code RS), 12. dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik

Stojanović Z., Perić O. (2002). Krivično pravo, Posebni deo (Criminal Law, Special part). Beograd: Službeni glasnik

Legal acts

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

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

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

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

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (Act on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Law Protection of Juveniles). Službeni glasnik RS. Br. 85/05.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (Act on the ratification of the CoE Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse). Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori. Br. 1/10.

Zakonom o posebnim merama za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (Act on Special Measures for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors). Službeni glasnik RS. Br. 32/13.

Krivičen zakonik na Republika Severna Makedonija (Criminal Code of North Macedonia). Služben vesnik na RM. Br. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/17, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17, 248/18 i 8/23.

Krivični zakonik Republike Srbije (Criminal Code of the Republic of Serbia). Službeni glasnik RS. Br. 85/05, 88/05–ispravka, 107/05–ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije (Draft Civil Code of the RS), Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog Zakonika, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu, Beograd, 29. maj 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, accessed on 20 May 2023.

Nacrt Zakona o istopolnim zajednicama (Draft Act on Same-sex unions), <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, accessed on 20 May 2023.

Porodični zakon Republike Srbije (Family Act of the Republic of Serbia). Službeni glasnik RS. Br. 18/05, 72/11–dr. zakon i 6/15.

Porodični zakon Crne Gore. (Family Act of the Republic of Montenegro). Službeni list RCG. Br. 1/07 i Službeni list RCG. Br. 53/16 i 76/20.

Prednacrt Zakona o izmenama i dopunama Porodičnog zakona (Preliminary Draft of the Act amending the Family Act). Ministarstvo Republike Srbije za brigu o porodici i demografiju, [http: / minbpd.gov.rs/zakoni/zakoni-u- pripremi/](http://minbpd.gov.rs/zakoni/zakoni-u-pripremi/), accessed on 20 June 2023.

Judicial practice

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of the Supreme Court of Serbia), Kzz, br. 1009/80.

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of the Supreme Court of Serbia), Kž, br. 1351/88.

Presuda Osnovnog suda u Beogradu (Judgment of the Basic Court in Belgrade), Kž, br. 31/95.

Online resources

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

Ministarstvo za ljudska i manjinska prava RS. (2021). Javna rasprava o Predlogu nacrta zakona o istopolnim zajednicama (Ministry of Human and Minority Rights: Public debate on the Proposed Draft Act on Same-sex Unions), [https: / www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php](https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php), accessed on 30 May 2023.

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

*Dr Dušica Miladinović-Stefanović,
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, Republika
Srbija*

KRIVIČNO DELO VANBRAČNA ZAJEDNICA SA MALOLETNIKOM DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA

Rezime

Maloletna lica uživaju poseban status u okvirima krivičnog prava, bilo da su učinioci bilo žrtve krivičnog dela, što je potpuno razumljivo i opravdano s obzirom na karakteristike ove kategorije koja se još uvek nalazi u fazi razvoja, u procesu biološkog, psihološkog i socijalnog formiranja i sazrevanja. Iako je u pravu Srbije tradicionalno prepoznata potreba za postojanjem pravila prilagođenih ovoj kategoriji, u novije vreme su učinjeni određeni koraci u cilju njihove potpune zaštite. Tako je donet Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, kojim su prvi put u našem pravnom sistemu objedinjena u okvirima samostalnog izvora specifična rešenja u oblasti materijalnog procesnog i izvršnog krivičnog prava. Ova intencija je potom nastavljena Zakonom o posebnim merama za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima kojim je, pored pomenutih mera, predviđena i posebna evidencija za učinioce, uvedena zabrana ublažavanjakazne i uslovnog otpusta, nezastarevanje krivičnog gonjenja i izvršenja kazne, kao i posebne pravne posledice osude. Isto je i sa ranijim noveliranjem Krivičnog zakonika, izvršenim u procesu usaglašavanja sa Konvencijom Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnogzlostavljanja, kao i sa poslednjim iz 2019. godine, kojim je uveden doživotni zatvor, upravo sa ciljem da se time obezbedi adekvatan odgovor za učinioce najtežih krivičnih dela protiv života i tela i polne slobode, kada je usled izvršenja dela nastupila smrt deteta, maloletnika, bremenite žene ili nemoćnog lica. Istu idejnu liniju prati i formiranje radne grupe pri Ministarstvu pravde za izradu zakona o tzv. Amber alarmu (Amber Alert), posebnom mehanizmu za brže i efikasnije pronalaženje nestale dece.

Međutim, čini se da je u pomenutim nastojanjima da se pojača krivičnopravna zaštita maloletnih lica nekako „ispod radara“ ostalo jedno od krivičnih dela iz grupe protiv braka i porodice – vanbračna zajednica sa maloletnikom (čl. 190 Krivičnog zakonika). Ne treba posebno obrazlagati tezu da život u vanbračnoj zajednici može biti višestruko štetan za maloletnika, u medicinskom, obrazovnom, ekonomskom smislu i slično, do toga ova mikro

zajednica može predstavljati paravan iza kojeg se vrši nasilje, seksualna ili radna eksploatacija i zloupotreba maloletnika. U tom smislu, predmet proučavanja ovog rada predstavlja pitanje da li je način na koji je normativno uobličeno ovo delo, kao i način na koji se primenjuje u praksi domaćih sudova, podoban za postizanje određenih kriminalno-političkih ciljeva radi čijeg ostvarenja je i uvedeno.

Ključne reči: *krivično delo, vanbračna zajednica, maloletnik, krivično zakonodavstvo Srbije.*

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

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-45584

UDK: 341.43:341.645(4)

UDK: 341.231.14

Rad primljen: 19.07.2023.

Rad prihvaćen: 06.10.2023.

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

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

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

* cuckovic@ius.bg.ac.rs

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

2.1. General overview

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 *Shahzad v. Hungary* [2021], § 61.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 *Sultani v. France* [2007], § 83.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38 Article 12 of the Border Control Act RS.

39 Article 13 of the Border Control Act RS.

40 Article 14 of the Border Control Act RS.

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

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

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

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

45 Article 83 of the Aliens Act RS.

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

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

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

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

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

5. Conclusion

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

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

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

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

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

References

Alinikula, E. (2021). Migrants at the Borders of Europe: The European Framework for Protection against Pushbacks and Collective Expulsions. Master's Thesis. Abo Akademi, Faculty of Social Sciences, Business and Economics.

Boková, T., Bražina, R. (2021). Expulsion of Aliens, Non-Refoulement and Issues related to (Administrative) Discretion. *Institutes Administrationis*. 1. 90-103.

Carlier, J.Y., Leboeuf, L. (2020). The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement. In Moraru, M., Cornelisse, G., De Bruycker, P. (eds), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union* (pp. 455-473). Oxford: Hart Publishing.

Čiliberto, G. (2021). A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in *N.D. and N.T. v. Spain*. *Human Rights Law Review*. 21. 203-220.

Committee against Torture. Concluding Observations on the Third Periodic Report of Serbia. CAT/C/SRB/CO/3.

Čučković, B. (2022). Pravo osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom na pristup teritoriji: (ne)jasni standardi Evropskog suda za ljudska prava. In Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (127-145). Beograd: Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Case law

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr Bojana Čučković,
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Republika
Srbija

**ODNOS IZMEĐU ZABRANE PROTERIVANJA I ZABRANE
KOLEKTIVNOG PROTERIVANJA U KONTEKSTU PRISTUPA
TERITORIJI: STANDARDI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA
I NJIHOV ZNAČAJ ZA PRAVNI SISTEM REPUBLIKE SRBIJE**

Rezime

Član 3. EKLJP dugo je dominirao u slučajevima koji su se ticali uskraćivanja pristupa teritoriji država ugovornica licima kojima je potrebna međunarodna zaštita. Međutim, poslednjih godina je za izgradnju standarda u vezi s pristupom teritoriji od sve većeg značaja i praksa Evropskog suda u vezi s članom 4 Protokola broj 4. S obzirom na okolnost da uslovi za pristup teritoriji nisu istovetni kada se predstavlja razmatra u vezi sa članom 3. ili članom 4. Protokola br. 4, postavlja se pitanje njihovog međusobnog odnosa. Autorka je bila podstaknuta da ispita ovo pitanje kratkom konstatacijom Suda u predmetu Šarifi da odnos između tumačenja polja primene člana 4. Protokola br. 4 i domašaja načela non-refoulement nije bez značaja i naknadnim redovnim uključivanjem razmatranja člana 3. u kontekstu ispitivanja dostupnosti načina legalnog ulaska, novog standarda uvedenog u kontroverznoj presudi Velikog veća u slučaju N.D. i N.T.. Nakon izlaganja osnovnih i dobro poznatih razlika između načela non-refoulement i zabrane kolektivnog proterivanja, u radu se ispituje tvrdnja da su zabrana proterivanja i zabrana kolektivnog proterivanja odvojene zabrane koje imaju samostalno postojanje, ali koje su, u specifičnom kontekstu pristupa teritoriji, međusobno višestruko povezane. U radu se iznosi i kritika pojedinih standarda koje je u vezi s pristupom teritoriji iznedrila skorija praksa Suda u slučajevima kolektivnog proterivanja, te ukauje na korektivni značaj načela non-refoulement. Takođe, u radu se pruža pregled pravnog okvira Republike Srbije relevantnog za pristup teritoriji

i ukazuje na to kako treba tumačiti pojedine odredbe srpskih propisa da bi njihova primena bila u skladu s međunarodnim standardima.

Ključne reči: *proterivanje, kolektivno proterivanje stranaca, pristup teritoriji, Evropski sud za ljudska prava, načini legalnog ulaska, prakse na granici, Srbija.*

Dubravka Klasiček*, LL.D.,

Associate Professor,

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

Tomislav Nedić*, LL.D.

Teaching Assistant,

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

Vlasta Budiša*. LL.M.,

PhD Student,

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

Republic of Croatia

originalni naučni rad

10.5937/zrpfno-46004

UDK: 351.853(497.5+497.11)

Rad primljen: 15.08.2023.

Rad prihvaćen: 12.10.2023.

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

*“Those who cannot remember the past
are condemned to repeat it.”
(George Santanaya, *The Life of Reason*, 1905,
from the series *Great Ideas of Western Man*)*

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

* dklasiccek@gmail.com

* tnedic@pravos.hr

* vlasta.Budisa@min-kulture.hr

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

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

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

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Protection and preservation of cultural goods in Croatia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Protection and preservation of cultural assets in Serbia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusion

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

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

References

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

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

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

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

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

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

Legal documents

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Online sources

E-Građani (2023). Izvoz i uvoz kulturnih dobara (Export and import of cultural goods), <https://gov.hr/hr/izvoz-i-uvoz-kulturnih-dobara/1536>; <https://gov.hr/en/export-and-import-of-cultural-goods/1536> (accessed on 15 August 2022).

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

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

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

*Dr Dubravka Klasiček,
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Sveučilište J. J. Štrosmajer u Osijeku, Republika
Hrvatska*

*Dr Tomislav Nedić,
Asistent,
Pravni fakultet, Sveučilište J. J. Štrosmajer u Osijeku, Republika
Hrvatska*

*Vlasta Budiša, Master pravnik,
Student doktorskih studija,
Pravni fakultet, Sveučilište J. J. Štrosmajer u Osijeku, Republika
Hrvatska*

ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U HRVATSKOJ I SRBIJI, NAGLASKOM NA OGRANIČENJA VLASNIŠTVA

Rezime

U članu. 52. Ustava Hrvatske kulturna dobra proglašavaju se dobrima od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku koja uživaju posebnu zaštitu države. Članom 69. Ustava propisano je da država štiti, između ostalog, i kulturna dobra kao duhovne nacionalne vrednosti. Ustav Srbije, u članu 89, utvrđuje obavezu svakog lica da čuva, između ostalog, i kulturnu baštinu kao dobro od opšteg interesa. Autori smatraju da nešto slično postoji u većini savremenih pravnih sistema. Jasno je da su mnoga kulturna dobra u vlasništvu raznih pravnih subjekata, ali s obzirom na njihov status i posebnu zaštitu koju uživaju, vlasnici takvih dobara podležu određenim ograničenjima svojine i imaju obaveze koje vlasnici većine drugih stvari nemaju. U ovom radu autori će analizirati hrvatske i srpske pravne akte koji regulišu zaštitu kulturnih dobara (Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara Republike Hrvatske i Zakon o kulturnom nasleđu Republike Srbije), sa posebnim naglaskom na ograničenja vlasništva nad kulturnim dobrima u ove dve zemlje. Postoje određene sličnosti, ali i neke razlike u tome kako je regulisana zaštita kulturnih dobara u Hrvatskoj i Srbiji. Vrste kulturnih dobara i njihova zaštita se na određene načine razlikuju, a takođe se razlikuju i prava i obaveze vlasnika kulturnih dobara u nekim aspektima.

Ključne reči: kulturno dobro, zaštita kulturnih dobara, ograničenje svojine, prava i obaveze vlasnika.

Dr Marko Dimitrijević,*
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-45419

UDK: 336.74

UDK: 336.711

Rad primljen: 10.07.2023.

Rad prihvaćen: 28.08.2023.

MONETARNI KREDIBILITET KAO DRUŠTVENA VREDNOST U SAVREMENOM MONETARNOM PRAVU I PRAVU CENTRALNIH BANAKA**

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jeste utvrđivanje značaja i mesta koncepta monetarnog kredibiliteta u normama savremenog monetarnog prava. U tom kontekstu se u prvom delu rada razmatra pojam monetarnog kredibiliteta, utvrđuju njegova obeležja i konsekvence na implementaciju strategije monetarne politike koju utvrđuje i implementira centralna banka kao osnovni subjekt monetarnopravnih odnosa. U drugom delu rada, ukazuje se na implikacije koncepta monetarnog kredibiliteta na poverenje koje građani (monetarni korisnici) daju domaćim monetarnim agentima prilikom oblikovanja strukture i izvora monetarne jurisdikcije konkretne države što je, prema mišljenju autora, u funkciji zaštite ekonomskih prava kakvo je pravo na zdravu i čvrstu valutu, odnosno, pravo na monetarnu stabilnost koja predstavlja javno dobro od praktičnog značaja za životni standard i ujedno institucionalno obeležje održivog monetarnog upravljanja.

Ključne reči: monetarno pravo, pravo centralnih banaka, monetarna jurisdikcija, monetarno upravljanje, monetarni kredibilitet.

* markod1985@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“ koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

** Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i društvene vrednosti“, koja je održana na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu od 27. do 28. aprila 2023. godine.

1. Uvod

Ukoliko pažljivo posmatramo uzroke i posledice trendova u aktuelnoj normativnoj regulaciji javnih monetarnih tokova u evropskoj i međunarodnoj praksi koji čine *telos* pozitivne monetarne legislative, *možemo* jasno uočiti da je aksiološka matrica normi savremenog monetarnog prava u godinama nakon globalne finansijske krize (2012) i, naročito, postpandemijskim okolnostima (2022) značajno redefinisana na način koji ovu granu pozitivnog pravnog sistema približava svakodnevnim potrebama građana i dodatno praktično osmišljava i opravdava njeno postojanje kao samostalne pravne discipline. Prvobitni diskurs klasičnog monetarnog zakonodavstva nedvosmisleno usmeren na očuvanje monetarne stabilnosti kao javnog dobra (koja se prvobitno tumačila u kontekstu očuvanja cenovne stabilnosti) se implementirao na način koji je imao obeležja jednog hibridnog i heterogenog tehnoškotskog obrasca ojačanog rezultatima i predviđanjima makroekonomskih modela (u početnim istraživanjima mahom baziranog na teoriji igara), te su i decenijama unazad osnovni targeti monetarnih strategija bili u funkciji postizanja cenovne stabilnosti koja se dugo vremena u monetarnoj literaturi tretirala kao sinonim monetarnoj stabilnosti što danas više nije slučaj, jer je proces kvalitativne i kvantitativne dezintegracije opšteg monetarnog prava rezultirao i stvaranjem novih disciplina poput prava centralnih banaka i prava koordinacije monetarne politike koje predstavljaju posebne monetarnopravne discipline. Razvoj monetarnog prava je za relativno kratko vreme prošao zavidan put transformacije iz jedne gotovo apstraktne, pomalo nejasne, udaljene i „nevidljive“ discipline do vrlo konkretne i primenljive pravne nauke koja ima jasno merljiv uticaj na kvalitet života građana, obim i strukturu lične i javne potrošnje, kao i, generalno govoreći, osećaj sigurnosti i poverenja koje građani jedne zemlje poklanjaju svojoj privredi, tj. stepen zadovoljstva koji imaju prilikom korišćenja sopstvene valute za zadovoljavanje različitih preferencija na tržištu.

U tom kontekstu, poverenje građana nije originarno, te se izvodi i nastaje kao rezultat kredibiliteta (verodostojnosti) rada centralne banke kao vrhovne monetarne institucije koja shodno postulatima demokratskog legitimiteta uživa legitimitet postupka (*output* legitimitet), ne legitimitet izbora (*input* legitimitet koji ima parlament), što nam ukazuje da je poverenje građana vrlo uslovljeno ponašanjem centralne banke koja obavlja ulogu ne samo čuvara monetarnog suvereniteta i monetarnog zakonodavca već i monetarnog inovatora, koji svojim aktima i odnosom prema drugim fizičkim i pravnim licima, kao i postulatima

usvojenog sistema društvenih vrednosti može (mora) zaslužiti, opravdati ili izgubiti poverenje građana (Dimitrijević, 2018: 90–100). To podrazumeva da neke univerzalne komponente ličnih vrednosti koje se ogledaju u očekivanjima građana o tome šta bi trebalo biti obuhvaćeno radom centralne banke i kako bi se centralna banka trebalo ophoditi prema građanima moraju biti (donekle) utkane u strategije monetarne politike, jer ona već decenijama unazad nije običan set administrativnih aktivnosti najviše monetarne vlasti, već naprotiv, jedna svrsishodna aktivnost usmerena na podizanje ličnog i opšteg društvenog blagostanja. Naravno, na ovom mestu *moramo napomenuti* da se rad centralne banke i njena aktivnost u procesu iniciranja derogacije i abrogacije rešenja sadržanih u odredbama kako čvrstog, tako i mekog monetarnog zakonodavstva ne može zasnivati samo na činjenici šta opšta društvena javnost očekuje i vidi kao njen glavni zadatak i smisao postojanja, već se ogleda u potrebi da svoj rad u očima monetarnih korisnika (mislimo na građane koji žive unutar granica monetarne jurisdikcije gde se primenjuje nacionalna monetarna legislativa) pojasni, opravda i dovede u jasnu vezu sa njihovim htenjima, i to na način koji im dokazuje da je njeno delovanje preduslov legitimnog podizanja nivoa životnog standarda. Dakle, *polazimo od teze* da je kredibilitet centralne banke u monetarnom pravu višedimenzionalna kategorija koja prvenstveno mora da zadovoljiti standarde struke, ali uz odgovarajući stepen poštovanja univerzalnih društvenih vrednosti, jer ne smemo zaboraviti da na kredibilitet u radu centralne banke kao *sui generis* institucije *de facto* utiče i lični integritet pojedinaca koji u njoj obavljaju različite zadatke (prevashodno mislimo na poziciju guvernera i drugih lica ovlašćenih za predstavljanje i saradnju sa Međunarodnim monetarnim fondom i drugim subjektima međunarodnog monetarnog prava), utvrđuju prioritete tih zadataka, način realizacije u praksi, preuzimaju odgovornost za pogreške i izostanak određenih rezultata, što implicira i potrebu jasnog utvrđivanja granica mandata centralne banke, kao i podesnog sistema deliktne odgovornosti u radu što je složen proces koji se u različitim monetarnim jurisdikcijama nije odvijao istom dinamikom.

Usled navedenog, *smatramo* da proces monetarnog upravljanja kao podsistem javnog državnog menadžmenta nema karakteristike ortodoksnog gotovo „kafkijanskog“ (iz. autora) upravljanja odvojenog od ličnosti građana koji nisu podanici centralne banke, kao što ni poslovne banke nisu njeni monetarni hiponimi, već je reč o svojevrsnom *de lege artis* upravljanju koje pravila monetarnopravne struke istovremeno pozicionira u istu

(dakle, ne konkurentsku i isključivu) ravan sa zaštitom ljudskih prava i slobodom poslovanja finansijskih posrednika, što procesu javnog monetarnog upravljanja daje jednu „humaniju dimenziju“ koja u uslovima izvanrednih okolnosti (kakav je slučaj bio sa pandemijom) postaje primarna. Navedeno se najbolje može primetiti u strukturi standardnih i nestandardnih mera koje su Evropska centralna banka (ECB) i druge nacionalne centralne banke širom sveta primenile u cilju sprečavanja daljeg eskaliranja socijalnih troškova krize i postupku konkretizacije ranije proklamovane apstraktne solidarnosti, dajući joj pritom konkretno značenje i smisao u praksi.

Kredibilitet kao društvena kategorija u pravu centralnih banaka i monetarnom pravu je čvrsto povezan sa konceptom solidarnosti i mandatom centralne banke da vrši naknadni (vanredni) odabir ciljeva i periodu sprovođenja već ranije usvojene i odobrene strategije, tj. vršenja parifikacije ciljeva *ex post*, ali uz neprekoračenje granica pravnog osnova za realizaciju već usvojenih ciljeva, odnosno, legalno i legitimno usvajanje novih ingerencija na nadasve transparentan način koji bi trebalo da bude praćen odgovarajućim blagovremenim obraćanjem javnosti u cilju pružanja potrebnih pojašnjenja, jer *ne smemo zaboraviti* da monetarni propisi nisu *lex certa* usled čega je njihovo približavanje građanima potrebno sprovesti na nepristrasan način i jezikom koji oni mogu razumeti i dati odgovarajući vrednosni sud ili izraziti stav naspram njih. Jedino stvaranjem uslova za koherentnu saradnju i prokativni pristup baziran na sinergiji na relaciji komunikacionog mehanizma centralna banka – poslovna banka – pojedinac, norme monetarnog zakonodavstva postaju verodostojan kriterijum i merilo postizanja monetarne stabilnosti kao preduslova opšte privredne stabilnosti uz istovremeno očuvanje prava na čvrstu, stabilnu i zdravu valutu.

2. Mandat centralnih banaka u savremenim društvenim okolnostima i izazovi kredibiliteta

Kredibilitet u radu centralnih banaka, *prema našem mišljenju*, predstavlja značajnu determinantu legitimiteta konkretnog monetarnog poretka pod kojim podrazumevamo normativno regulisanje tokova i mehanizama realizacije monetarne politike koji se deriviraju iz preovlađujućih teorija o pravnom poimanju novca (gde institucionalna teorija o pravnom shvatanju novca integrisana u ustave u formi državnog nominalizma zbog sve više izraženih eksternih efekata principa

Lex monetae trpi određena ograničenja, jer svoje mesto polako ustupa tzv. *transnacionalnom pravnom teorijama novca*, jer deluje, pogotovo na primeru monetarnih unija i uticaja digitalne revolucije na razvoj monetarnih inovacija, da čin pravnog regulisanja novca nije samo suveren akt države u smislu njenog monopola na određivanje pravnog tendera, kao i da se aktivnosti poslovnih banaka i, generalno posmatrano, učesnika monetarnog sektora, ne mogu ignorisati jer zahtevaju prepoznavanje u određenom stepenu koji, svakako, nije dominantan, ali neizostavno postoji (Chadwick, 2022: 468–470). U uobičajenom značenju te reči, *možemo reći* da se kredibilitet u monetarnom pravu i politici, prevashodno, odnosina poverenje koje građani ukazuju monetarnim akterima shodno njihovoj efikasnosti i efektivnosti u radu na terenu realizacije cenovne stabilnosti i kontrole inflacije, što je bilo uvreženo shvatanje do izbijanja globalne finansijske krize (2008). Sa sticanjem nekih novih ingerencija na terenu očuvanja opšte finansijske stabilnosti i relativizovanja zabrane monetizacije javnog duga, kao i tendencije širenja nadležnosti centralnih banka na neke nove sisteme javne politike koji u svojoj osnovi nisu primarno ekonomski, poput politike zaštite životne sredine, politike kohezije, borbe protiv finansijskog kriminaliteta i politike tehnološkog razvoja, struktura i značenje pojma kredibiliteta (kao i njegovo merenje koje je neophodno u praksi ne samo zbog ocene normativne i ekonomske efikasnosti monetarnih rešenja, već i boljeg razumevanja reakcija monetarnih korisnika) postaje značajno kompleksnije i multidisciplinarno u pravom značenju te reči, jer više nije usko vezano za oblast čisto normativne regulacije monetarnog poslovanja. Sa druge strane, monetarni kredibilitet predstavlja integralni deo političkog kredibiliteta i kao takav je blizak i pojmovima reputacije i odgovornog javnog delanja (Weber, 1994: 2–3).

Centralna banka se dinamičnim i složenim društveno-ekonomskim odnosima mora blagovremeno prilagođavati, jer je ključna stavka koja uslovljava nastanak i opstanak svakog pravnog sistema, zapravo, oličena u usponu i postojanosti korpusa tehničkih pravnih ideja koje su direktni odraz delanja usko profilisanih pravnih stručnjaka koji stvaraju i neguju vrednosti i principe nezavisno od identiteta političkog sistema i njegove ideologije i aspiracija (Wigmore, 1928: 1129–1130). Iz pomenutog *možemo* još jednom uvideti jasnu potrebu stvaranja uslova za nezavistan rad centralnih banaka gde nezavisnost ne sme ostati simbolična, na nivou ustavnih i zakonskih proklamacija, već se u društvu moraju stvoriti svi potrebni i održivi uslovi za izistinsku institucionalnu,

personalnu, finansijsku i funkcionalnu nezavisnost u radu centralnih banaka (Golubović, Dimitrijević, 2022: 89–90).

Pojam i ocena kredibiliteta u monetarnom pravu i pravu centralnih banaka je neodvojivo povezana sa pitanjem nezavisnosti i transparentnosti rada centralnih banaka, jer se samo nezavisno profesionalno postupanje čiji se uzroci i posledice *ex-ante* i *ex-post* jasno predočavaju zainteresovanoj javnosti može, uslovno rečeno, oceniti kao kredibilno, jer se radi o ambijentu u kome svi monetarni akteri govore ono što misle i u to veruju (Ji, De Grauwe, 2022: 1–2). Iako je veoma teško dati univerzalne preporuke monetarnom zakonodavcu za činjenje monetarne politike kredibilnom usled različitih faktora koji utiču na određivanje granica mandata centrale banke, ipak se mogu prepoznati određene opšte smernice koje podrazumevaju da svi subjekti monetarne politike u svakom trenutku moraju biti bezrezervno posvećeni realizaciji proklamovanih ciljeva iz javno dostupnog sistemskog akta (kako zakona, tako strategije koji moraju biti međusobno formalno i sadržinski konzistentni) uz isticanje i prihvatanje činjenice o tome da instrumenti i mere monetarne politike nisu svemoćni u postizanju svrsishodnih rešenja (ili, dodali bismo, nisu *panacea* za sve probleme u privredi, što političari i građani ponekad nerealno očekuju). Uspesna implementacija navedenih smernica je istovremeno u funkciji pružanja zaštite (osiguranja) savesnim monetarnim akterima od rasprostranjenih negativnih populističkih ideja i stavova koji u poslednje vreme greške u postupanju centralnih banaka nalaze i tamo gde ih nema, zbog čega je više nego ikada ranije u razvoju monetarnopravne misli bitno da postoji dovoljan broj pravika koji imaju specijalizovana znanja iz discipline monetarnog prava i koji građane mogu edukovati na adekvatan način o razlozima delanja centralnih banaka kao i grancima njihove (deliktne) odgovornosti. Takođe, *mišljenja smo* da bi jačanju kredibiliteta rada centralne banke snažno doprinela i primena postulata tzv. koncepta univerzalnih interesa čovečanstva (eng. common concerns of humankind) koji insistiraju na zajedničkoj odgovornosti i deljenju problema između institucija i građana, gde monetarna stabilnost dobija i karakteristike socijalnog fenomena (Cottier, 2021: 387–388; Dimitrijević, 2022: 53).

Pitanje kredibilnog monetarnog upravljanja je usko povezano sa poverenjem građana u kvalitet bankarskog sistema, u izvršnu i sudsku vlast, kao i postojanje svesti o (ne)stabilnom okruženju u kojem postoji (ne) sumnjiva vladavina prava. Značaj poverenja se ne ističe samo u radovima iz problematike monetarnog prava, već i u makroekonomskim modelima koji se tiču aktivnosti centralne banke na terenu realizacije željenih

inflacionih targeta (Ji, De Grauwe: 2022: 1–2). U tom smislu se kod analize poverenja ističe da ono ima *dve* dimenzije, prvu, koja je institucionalne prirode, i tiče se kredibiliteta ciljeva koje centralna banka želi ostvariti i koji moraju biti realni, dok se druga dimenzija odnosi na tzv. poverenje u budućnost koje se meri stepenom izraženog optimizma u pogledu budućih ekonomskih aktivnosti, i to punog optimizma bez ikakvih zadržki, jer u suprotnom, ukoliko postoji nedovoljno poklanjanje vere budućim aktivnostima (koje može predstavljati i monetarni pesimizam), željeni kredibilitet će izostati, što u krajnjoj liniji može relativizovati pravni i ekonomski značaj preduzetih radnji centralne banke (Ibid).

U ispitivanju obeležja kredibiliteta u radu centralnih banaka, posebno se izdvajaju kao korisni postulati tzv. teorije veto igrača (eng. *veto players theory*), koji se pojavljuju kao političke partije ili pojedinci koji, hipotetički, mogu blokirati određene promene u načinu implementacije akcija monetarne politike i odluka centralne banke, s tim što je u većini slučajeva (zavisno od rešenja u domaćem pravnom sistemu) reč o političkoj instituciji koja može osujetiti u većoj ili manjoj meri (biti za monetarni status *quo*) promene u pravnom regulisanju i odvijanju monetarnih tokova (Keefe, Stasavage, 2003: 407–409). Nedoumice koje postoje u ovom segmentu tiču se i stabilnosti, a ne samo kredibiliteta monetarne politike, što je bitno naglasiti, jer se ne radi o sinonimima. Bitno je istaći da je i učinkovitost pomenute teorije u okolnostima velikih privrednih poremećaja značajno relativizovana, jer se u takvim okolnostima, po pravilu, traži hitno delanje (ali legitimno, pametno i održivo, što implicira znanje koje stoji iza takvih odluka), usled čega je značaj mekog prava u popunjavanju pravnih praznina monetarnog poretka posebno dragocen. Takođe, *smatramo* da je pretpostavka uspešne primene postulata navedene teorije ta da veto igrač neupitno mora posedovati sva potrebna znanja (štaviše poželjno je da ima podjednako isti nivo znanja i monetarne pismenosti, ako ne i dublja saznanja o nužnosti određene monetarne mere pre nego odluči da pruži podršku podređenoj promeni monetarne legislative). To, naravno, ne znači da ne postoji nijedna druga podjednako sposobna institucija koja bi pravnovaljano cenila akcije centralne banke, ali se jasno mora naglasiti da utemeljenje takve instance ne može biti rezultat političkog podilaženja aspiracijama građana da identifikuju „glavnog krivca“ za sve probleme u ekonomiji jedne zemlje, već, naprotiv, racionalno i dobro argumentovana odluka da se proces dinamičnog monetarnog upravljanja podvede pod široko postavljen transparentan obrazac. Istovremeno, u praksi je nužno

napraviti distinkciju između delanja centralnih banaka u kojima se opaža potpuno odsustvo kredibiliteta u radu i onih u kojima postoji ograničeni (delimični) kredibilitet, što se meri i utvrđuje preko indeksa verovatnoće da će doći do nepoštovanja preuzetih i datih obećanja javnosti, čiji rezultati predstavljaju značajan doprinos budućem modeliranju optimalnih i održivih pravnih rešenja na terenumonetarne politike (Chatelain, Ralf: 2018, 1–3).

Na primeru Evropske unije (EU), možemo primetiti da su sve do globalne finansijske krize saopštenja Evropske centralne banke o merama monetarne politike imala tretman zadovoljavajućih i kredibilnih od strane većine učesnika na finansijskom tržištu, javnosti i zakonodavaca. Ovo se delimično zasnivalo na tzv. antiinflatornom dosijeu Evropske centralne banke i na širokom prihvatanju institucionalnog dizajna organizacije i nadležnosti banke od strane država članica i njihovih građana, institucija EU i finansijskog tržišta, koji insistira na principu nezavisnosti u radu centralne banke. Ovaj institucionalni dizajn koji je oblikovan u skladu sa tzv. „Tinbergenovim pravilom“ jedne agencije (na ovom mestu centralne banke), jednog primarnog cilja (stabilnost cena) i jednog glavnog instrumenta (politika kamatnih stopa) – nesumnjivo je poboljšao verodostojnost monetarne politike i olakšao komunikaciju sa svim akterima (Lastra, Dietz, 2022: 3–11). Navedeni model organizacije centralnog bankarstva je počev od ranih 1990-ih pa do izbijanja dužničke krize dobio obeležja jednog opšteprihvaćenog (tradicionalnog) pravila, i to ne samo u EU već i u mnogim drugim zemljama širom sveta, s obzirom na to da je uspešno odolevao mnogim izazovima u odvijanju i vođenju monetarnih i finansijskih tokova.

Delimična depolitizacija vođenja monetarne politike dobro je poslužila vladama i pomogla im da se snađu u početnim godinama finansijske krize, ali se ubrzo potom konsenzus oko daljeg oslanjanja na ovaj model počeo preispitivati, jer su centralne banke ušle na nepoznat teren (s obzirom na to da monetarni zakonodavac čak i kada nastupa sa dužnom pažnjom zbog ograničene racionalnosti ne može unapred da predvidi sve okolnosti koje je potrebno regulisati i podvesti pod monetarnu normu) i oslonile se na ekstenzivno korišćenje nekonvencionalnih mera monetarne politike. Tom prilikom, suočile su se sa izazovima bez presedana s obzirom na složenu sintetičko-dijalektičku povezanost između monetarne, fiskalne i politike državnog duga i instiranje na očuvanju opšte finansijske stabilnosti. Pomenuti model se pokazao svrsishodnim i u početnim godinama kriznog perioda, ali se „napetost“ u postojećim

kanalima komunikacije sa javnošću stvorila širenjem nadležnosti ECB na terenu opšte fiskalne politike, zaživljavanjem koncepta bankarske unije, vršenjem supervizijske funkcije i makropudencione kontrole zbog čega je bilo potrebno nadograditi preovlađujući model centralnog bankarstva novim elementima koji pored primarnog dozvoljavaju uvažavanje i novog sekundarnog mandata ECB (Ibid). Takođe, nedostatak transparentosti i jasnoće kod realizacije koncepta bankarske unije i nestandardnih mera monetarne politike je imao direktne posledice u vidu pokretanja sudskih postupaka koji su za predmet imali ocenu zakonitosti takvih akcija (Zilioli, Woycik, 2022: 3–10). S tim u vezi, *Lastra (Lastra)* u svojim studijama iz domena istraživanja konzistentnosti legislative i modela organizovanja centralnog bankarstva ističe da su sam mehanizam i kanali komunikacije u pravu centralnih banaka doživeli kvalitativnu transformaciju na način da su postali medij jednostavnog informisanja javnosti ili učesnika finansijskih tržišta o tome šta je centralna banka uradila u prošlosti ili najava šta će raditi u budućnosti, te samim tim postala sofisticirano sredstvo za kreiranje pravca i određivanje smera monetarne politike. Zapravo, ovaj vid komunikacije koja se naziva *navođeno usmeravanje* (eng. forward guidance) i sam predstavlja nekonvencionalni instrument monetarne politike koji je počeo da se primenjuje u okolnostima kada su kamatne stope dostigle nulti nivo i kada su standardni instrumenti monetarne politike počeli da zaostaju sa rezultatima. Pojedini autori ovaj oblik komunikacije eufemistički oslovljavaju i „verbalnom interevencijom na polju kamatnih stopa“ s tim što svaka najava monetarne vlasti prethodno mora biti dobro utemeljena (Ibid), jer slično kao što u poreskom pravu najave izmene zakona mogu prouzrokovati nove oblike zakonite nelegitimne poreske evazije i štetno poresko planiranje, tako i najave u izmeni monetarnih propisa mogu biti senzacionalistički tretirane. Ipak, izdavanje navedenih smernica implicira prethodno dobru pripremljenost i jasno identifikovanje potencijalnih posledica na finansijskom tržištu, uzimajući u obzir činjenicu da su akteri finansijskog tržišta veoma osetljivi na najavu svake nove mere ili akta centralne banke i da svoje ponašanje i donošenje poslovnih odluka planiraju shodno obraćanju centralne banke, odnosno, njene najave direktno ugrađuju u svoje poslovne strategije.

Najbolji primer posledica najave primene nestandardnih mera monetarne politike imamo u slučaju mere ECB vezanih za dokapitalizaciju obveznica na sekundarnom finansijskom tržištu koje je bilo predmet ocene pred Nemačkim saveznim ustavnim sudom usled reakcija javnosti

(Selmayr, 2015: 1387). Svakako, na ovom mestu je značajno ukazati da se radi o *dvosmernoj komunikaciji*, jer centralna banka prilikom donošenja svake nove mere ili planiranja usvajanja novog akta meke monetarne legislative (smernice, uputstva, programa, plana) mora uzeti u obzir očekivanja učesnika na finansijskom tržištu i ugraditi ih u postojeće modele, jer strategija *per se* nema mnogo smisla ukoliko ne usmerava, uređuje i pospešuje donošenje poslovnih odluka učesnika na finansijskom tržištu.

Kredibilitet centralne banke u čijoj osnovi je komunikacija (dijalog) se u praksi može odvijati i ceniti na različite načine, ali se obično procenjuje u interakciji sa zakonodavcem, javnom upravom i učesnicima na finansijskom tržištu. Funkcije komunikacije u centralnom bankarstvu su brojne i mogu se uslovno klasifikovati u *funkciju refleksije* (eng. reflection function), samocenjivanja i samopodnošenja računa za sopstvene zadatke, gde se u obzir uzima razvoj njihove sadržine kroz vreme i dinamika, što podrazumeva samokritičnost i samoodgovornost gde se pomenuta refleksija, odnosno, "identifikovanje sopstvenog odraza u monetarnoj politici" već dugo vremena uspešno koristi u praksi Sistema federalnih rezevi u SAD); *funkciju prevođenja* (eng. translation function), u kontekstu pojašnjavanja i prevođenja složenih monetarnih mera javnosti, što podrazumeva korišćenje savremenih kanala komunikacije, kakav je Tviter koji se pokazao kao vrlo zahvalno sredstvo diseminacije u domenu javnog monetarnog poslovanja ECB; *funkciju pravovremenog upravljanja očekivanjima* (eng. management expetations functions), koja se tiče blagovremenog dogovaranja, prikupljanja i deljenja informacija sa svim učesnicima finansijskog tržišta); *funkciju slušanja* (eng. listen- ing function) koja se tiče dostojanstvenog uvažavanja potreba, htenja i stremeljenja učesnika finansijskog tržišta, i; *funkciju legitimizacije* (eng. legitimisation function), gde centralna banka objašnjava i dokazuje da sa svakom novom merom, programom i, generalno posmatrano, delanjem nije prekoračila granice svojih ovlašćenja, tj. poštovanje načela ustavnosti i zakonitosti u radu, što je *conditio sine qua non* kredibilne implementacije svih ostalih mera (Lastra, 2020: 26–27).

Pitanje *locusa* parlamentarne odgovornosti centralne banke se u praksi različito uređuje zavisno od načina organizacije i uređenja samog državnog aparata, ali nezavisno od toga da li se radi o akcijama nacionalnih ili nadnacionalnih centralnih banaka, odnos parlamenta i centralne banke je oduvek bio veoma specifičan zbog ustavnih garancija njene nezavisnosti u radu i pitanja stručnosti ocene njenog postupanja od strane predstavnika zakonodavne vlasti koje zbog specifične prirode

monetarnih normi može biti veoma osjetljivo pitanje u praksi. Bez obzira na postojeći stepen saradnje koji postoji između parlamenta i centralne banke, generalno posmatrano, u monetarnopravnoj empiriji se mogu uočiti *dva načina* poboljšanja koji se mogu sistematizovati na zahteve za suštinskim redefinisanjem unutrašnje organizacije ovih tela i na zahteve za omogućavanjem boljeg pristupa informacijama o radu centralne banke uz jasno definisanje repera koji objašnjavaju diskreciono ponašanje centralne banke (Lastra, Siet: 2022: 18). Na primeru monetarnog prava EU to se može postići formiranjem posebnih podkomiteta koji bi bili specijalizovani isključivo za pitanja monetarne politike (i to monetarne sfere u najužem smislu, te se ne bi bavili novim zadacima ECB na terenu fiskalne politike i finansijske supervizije), jer iako predstavnici Evropskog parlamenta učestvuju u radu EKOFIN-a, njihov doprinos kredibilnom monetarnom upravljanju ostaje ograničen, jer je njihova nadležnost previše široko postavljena i zahteva koordinaciju sa drugih komitetima, što može biti veoma kompleksno u praksi i samim tim uticati na izostanak konkretnih rezultata. *Mišljenja smo* da se ovaj pristup može primeniti na nivou nacionalnog monetarnog prava i da je zapravo prostor takve reorganizacije rada manje zahtevan, jer nema direktnih nadnacionalnih reperkusija kao u slučaju monetarnog prava EU. Stvaranje uslova za olakšan pristup informacijama je, takođe, veoma značajno i u praksi se uspešno može realizovati skladištenjem i objavljivanjem informacija na zvaničnim sajtovima centralnih banaka i njihovom jednostavnom pretragom, mogućnošću postavljanja pitanja putem elektronske pošte, čestim održavanjem javnih tribina, tematskih radionica i okruglih stolova koji za cilj imaju približavanje polja rada centralne banke građanima i koji ujedno pokazuju da je svako njeno postupanje zapravo u funkciji služenja interesima građana.

Instrument koordinacije monetarne politike, koji, *prema našem mišljenju*, nije u potpunosti iskorišćen za postizanje potrebnog stepena kredibilnog postupanja u radu centralnih banaka jeste *makroekonomski dijalog* (kao oblik otvorenog metoda koordinacije) koji je dugo vremena označavao svojevrstu platformu za obezbeđivanje informacije poslasticima (što je najbolje uočivo na primeru monetarnog prava EU) i funkcionalno pravno konceptualizovanje instrumenata za „produbljena saslušanja“, te se transformisao u javni forum za razgovor, osporavanje ili odbranu, uslovno rečeno, kontraverznih i nestandardnih mera centralne banke u dobrim i lošim vremenima, ali na način koji ne ugrožava njenu institucionalnu i funkcionalnu nezavisnost u radu (Ibid). Od suštinskog je značaja napomenuti da ovi razgovori ne mogu

da se vode u subordiniranom duhu, jer poslanici nisu sudije i takva „saslušanja“ (ili bolje rečeno preispitivanja) nisu pandan onim koji se koriste u istražnim i krivičnim postupcima, već se radi o „razgovorima između jednakih“ koji da bi bili celishodni tako da se građanima nešto pojasni, zahtevaju da poslanici imaju barem elementarno obrazovanje iz domena monetarnog zakonodavstva kako bi mogli da postavljaju prava pitanja, razumeju odgovore i potom usmere komunikaciju u smeru koji je blizak građanima koji prate takve sednice ili čitaju izveštaje sa rada istih.

Kada se radi o komunikaciji za učesnicima finansijskog tržišta, u okolnostima kada je centralna banka postala nadležna za očuvanje opšte finansijske stabilnosti i počela da vrši funkciju banke poslednjeg utočišta (eng. last bank resort), ista se za razliku od prethodno navedenih adresta najzahtevnije sprovodi u praksi. Urednopravna praksa na terenu razmatranja koncepta finansijske stabilnosti i održivosti javnog duga u monetarnim strategijama se razlikuje, pa tako, primera radi, centralne banke Novog Zelanda, Velike Britanije, Norveške, Kanade, Švedske i Australije veoma eksplicitno uzimaju u obzir ove koncepcije, gde recimo, engleska centralna banka utvrđuje decidne klauzule koje za cilj imaju izbegavanje finansijske nestabilnosti (eng. financial instability exaping clause), dok je stav ECB dugo vremena bio takav da primarni cilj monetarne politike ostaje monetarna stabilnost (Bank of England, 2013: 1–10). Primetno je da i u domaćim okvirima, u strukturi monetarne strategije postoji tendencija širenja broja elemenata koji sve više poštuju i aspekte koji se tiču određivanja finansijske stabilnosti, što u krajnjoj liniji i nije toliko iznenađujuće, s obzirom da obe predstavljaju javna dobra, pa demarkacija u suštinskom smislu možda postaje pomalo izlišna (iako *se slažemo* da u operativno-administrativnom i tehničkom kontekstu ona mora biti naglašena). Šta više, razlog te naglašenosti je potreban ne bi li se ukazalo i na konstantnu evoluciju regulatornih nadležnosti centralne banke koja ponekad može osujetiti realizaciju njenih primarnih ciljeva uz istovremeno preko potrebno ukazivanje na spremnost da se zarad opštih interesa društva i zaštite javnog poretka uključi u poslove za koje su primarno bile nadležne neke druge institucije (kakvo je u ovom slučaju očuvanje finansijske stabilnosti, zbog čega njeno „nesebično priskakanje u pomoć drugim subjektima javne uprave“ i deljenje odgovornosti itekako govori o jednom širokom poimanju kredibiliteta javne vlasti). Istovremeno, *mišljenja smo* da takva demarkacija ostaje nužna i zbog *ax ante* ili *ex post* modela pozivanja na odgovornost za najavljene i postignute rezultate na terenu finansijske stabilnosti, što s obzirom na prethodno navedeno mora

imati određene zadržke ili da kažemo razumevanje, jer se ponekad u populistički obojenim raspravama zaboravlja da je centralna banka odnedavno zadužena za finansijsku stabilnost i da tu istu nestabilnost ukoliko postoji u manjem ili većem stepenu nije ona prouzrokovala svojim (radom) već se neretko radi o nasleđenim problemima (nazovimo je monetarnom singularnom sukcesijom) i zatečenom stanju, koje centralna banka adekvatnim usklađivanjem akcija monetarne i fiskalne politike (eng. fiscal-monetary policy mix) želi regulisati i čiji rezultati zahtevaju određeni protok vremena.

Primer dobre prakse koji se tiče relativizovanja tajnosti u radu centralnih banaka se tiče javnog publikovanja izveštaja sa sastanaka o monetarnoj politici koju ECB primenjuje počev od januara 2015. godine. Po pravilu, izveštaji se objavljuju najkasnije četiri nedelje po okončanju sastanka koji se usvaja na sednicama Generalnog odbora ECB (Moschella, Romell, 2022: 59). Smisao kredibilnog postupanja i iskrene komunikacije centralne banke sa građanima ogleda se u približavanju motiva za posledice određenih akata, širenja svesti kod adresata o njihovoj nužnosti i korisnosti za društvo i dobijanja podrške za njihovu adekvatnu implementaciju, što može biti osujećeno ukoliko su adresati neuki, pogotovo kada se radi o komunikaciji sa profesionalnim udruženjima, što zahteva, više nego ikada ranije, *ponovo naglašavamo*, sticanje akademskih i praktičnih znanja iz domena monetarnog prava bilo na pravnim fakultetima u sklopu specijalno izrađenih silabusa na svim nivoima studija, bilo u vidu održavanja produbljenih kurseva i treninga za predstavnike judikature, ostalih organa vlasti i javne uprave. Zanimljivo je napomenuti da su ranije studije o efikasnosti mehanizama komunikacije sa opštom javnošću pokazivale nezadovoljavajuće rezultate, bez obzira na trud koji je centralna banka ulagala u iste, ali je sa širom upotrebom digitalnih tehnologija došlo do značajnih poboljšanja na tom planu čime su prevaziđene ranije barijere koje su se ticale puteva dolaska informacija do adresata (Wyplosz, 2022: 91). Ipak, novije studije ECB koje su se bavile ispitivanjem efikasnosti transparentnog predstavljanja nove strategije putem ekstenzivnog korišćenja elektronskih medija pokazuju da strategija nije dala očekivane rezultate, jer se pokazalo da veliki broj građana uopšte nije posvetio potrebnu pažnju upoznavanju sa sadržinom strategije, kao i da oni koji to jesu učinili nisu najbolje razumeli koje ciljeve ECB želi da postigne njihovom primenom (ECB, 2021: 9–10). Takođe, studije ECB su potvrdile da je u uspostavljanju transparentnijeg okvira poslovanja neophodno prvo krenuti od cenovne stabilnosti kao prioritetnog cilja,

pa se tek onda pozabaviti problemom digitalne i zelene ekonomije, jer je prvi cilj bliži svakodnevnim potrebama građana (Ehrmann, Georgarakos, Kenny, 2023: 1–10). Uprkos potencijalno presudnoj ulozi kredibiliteta u određivanju uspeha koncepta opšte ekonomske politike, značajno je ukazati da dugo vremena koncept kredibiliteta u monetarnoj ekonomiji nije imao univerzalno značenje, ali da se danas praktično može svesti na opšte tumačenje u kojoj meri sadašnji i budući tokovi odvijanja ekonomske politike u praksi sa svim njenim podsistemima stoje usklađeno sa prvobitnim ciljevima koje je definisala vlada u saradnji sa parlamentom i centralnom bankom (Blackburn, Christensen: 1989: 2–5).

U okolnostima evrokrize postalo je jasno da i personalni sastav centralne banke itekako utiče na kredibilitet donetih odluka, pa je tako *Mario Dragi* (*Mario Draghi*) na čelu ECB u periodu 2011–2019. godine svojim postupanjem omogućio opstanak evra i dobio poverenje građana u nekim od najtežih momenata sa kojima se Evropska ekonomska i monetarna unija (EMU) svojevremeno suočila čime je putem svoj profesionlanog kredibiliteta značajno unapredio i kredibilitet najvišeg evropskog monetarnog zakonodavca na način koji inspiriše i pozitivno utiče i na druge ne samo evropske, već i vanevropske monetarne institucije (Waibel, 2020: 345–347). Takođe, s tim u vezi se nameće i pitanje institucionalnih rešenja koja se tiču postupka izbora, reizbora i pozivanja na eventualnu odgovornost u radu guvernera centralnih banaka, jer ukoliko je regulativa takva da ide u prilog kontroli rada i postupku smene na pravno efikasan način, izraženiji će, po pravilu, biti i trud i zalaganje istih lica za bolje rezultate u obavljanju svojih zadataka. Takođe, usaglašeni bankarski sistem, napredna tehnološka infrastruktura i pametni strategijski izbori *de facto* utiču na konačno utemeljenje kredibiliteta u praksi (Aguir, 2018: 109–110).

U razmatranju kredibiliteta u radu centralnih banaka, može se napraviti distinkcija stavova između *teorije čvrstih pravila* i *teorije ograničenja*, gde je prva bazirana na primeni strogih pravila u radu banaka koja bi sprečili pojavu inflacije i ojačalatzv. antiinflacioni kredibilitet centralne banke, ali se širenjem polja njenih nadležnosti i usložnjavanjem strukture već postojećih, ovakva shvatanja ne mogu podržati jer pored antinflacionog kredibiliteta postoje i drugi sastavni elementi istog, zbog čega diskreciono odlučivanje, ipak, deluje podesnije u okolnostima kriza što se naročito potvrdilo u postpandemijskim okolnostima (Della Posta, Morroni, 2022: 78).

3. Osvrt na jačanje kredibiliteta monetarnog poretka EU

U monetarnoj literaturi je uobičajeno da se pod pravom Evropske centralne banke podrazumeva celokupnost pravnih normi kojima se uređuje organizaciona struktura, nadležnost, zadaci i funkcije najviše evropske monetarne vlasti u nacionalnom, evropskom i međunarodnom pravnom ambijentu, shvaćenom u najširem značenju te reči (Gortsos, 2020: 1–5). Pravo ECB je kao posebna grana monetarnog prava počela da se razvija kasnih devedesetih godina prošlog veka čiji je glavni zadatak u početku bio da obezbedi cenovnu stabilnost, ali se u okolnostima nakon izbijanja dužničke krize više usmerava na polje opšte finansijske stabilnosti i monetarne supervizije u evrozoni. Kao i što sam naziv upućuje, radi se o pravu koje stvara i primenjuje Evropska centralna banka, ali je geneza njegovog definisanja na način u kome se danas susreće u praksi vezana i za doprinos drugih komunitarnih institucija, nacionalnih subjekata i drugih učesnika koji su na manje ili više neposredan ili posredan način uticali na formalno i sadržinsko uobličavanje predmetne problematike. Unifikacija nacionalnih monetarnih sistema država članica EMU je bila preduslov delanja savremenog monetarnog prava EU koje se, posmatrano sa aspekta centralizovane monetarne politike, može definisati kao set primarnih i sekundarnih pravnih izvora koji normativno regulišu „M” (monetarna politika) u „EMU” i omogućavaju zaštitu jedinstvene monetarne valute (Gordon, 2022: 254–257).

Proces razvijanja i širenja transparentnosti u radu centralnih banaka je označio kvalitativnu prekretnicu ka efikasnijem i efektivnijem obavljanju zadataka. Zapravo, transparentnost je nešto što povlači jasnu distinkciju između rada sadašnjih centralnih banaka od postupanja centralnih banaka iz ranijih perioda kada je njihov zadatak bio povezan sa rigidnim poslovanjem nalik na čuvanje poslovne tajne i neodavanja službenih informacija, zbog čega je sama banka bila veoma udaljena od svakodnevnih i konkretnih potreba (problema) monetarnih korisnika (Dimitrijević, 2023: 2–5). Ipak, tradicionalno poimanje zadataka i funkcija centralne banke na jedan, dodali bismo, od javnosti pomalo „skriven i udaljen način (eng. stealth central banking)” je doživelo pravu renesansu u savremenom evropskom monetarnom zakonodavstvu u poslednjih desetak godina. Vidljivost u radu jeste element kredibiliteta, kao i verovanje struči i postupanje *de lege artis*, gde oprečni stavovi, pitanja i eventualne nedoumice javnosti o preduzetim koracima (akcijama monetarne politike) samo predstavljaju pogodnu priliku da taj isti autoritet koji je inicirao i primenio mere može još jednom na velikoj sceni da ih formalno i suštinski opravda, pokaže, dokaže i biranim

lepim i primerenim argumentima „osmisleni“ onoliko puta koliko se taj zahtev postavi u društvu.

Štaviše, otvaranje vrata javnosti u radu jedne institucije, *prema našem mišljenju*, samo predstavlja neupitan dokaz stručnog verovanja u principe organizacije rada iste, njene nepokolebljivosti na tom putu, etičkog pristupa, pouzdanja u metodologiju i visokog stepana kulture poslovanja, u kojoj (iako uvek ima prostora za dodatna poboljšanja) nema mesta sumnji i bojazni da li je trebalo primeniti određenu meru, jer je neretko neotkrivanje akata i postupanja povezano sa bojaznošću i strahom koji može biti prouzrokovan nedovoljnim znanjem što na terenu pravnog normiranja monetarnog poretka može imati ozbiljne političke, pravne, ekonomske, demografske i druge posledice. Na ovom mestu, *moramo naglasiti* činjenicu da nijedna centralna banka nije lišena pogrešaka u svom radu što najbolje pokazuju široko usvojena pravila o odštetnoj odgovornosti centralnih banaka koja su usvojena u svim monetarnim jurisdikcijama u svetu (sa različitim modelima objektivne ili subjektivne odgovornosti) i da, svakako, iako nisu nepogrešive u radu, to i nije potrebno da bi se osigurao kvalitetan i održiv javni monetarni menadžment (Zilioly, Selymar, 2011: 200). Transparentnost na ovom mestu samo pojačava pravnu sistematičnost, pažljivost i analizu u izgradnji što efikasnijeg zakonskog i podzakonskog instrumentarijuma, ali on nikad nije bio, niti može biti, *panacea* za sve probleme monetarne zbilje.

Evropska centralna banka je još početkom 2004. godine usvojila odluku kojom se omogućava širok i otvoren pristup zainteresovanoj javnosti njenim odlukama bez posebnih ograničenja svim zainteresovanim subjektima čime je (zapravo) učinjeno mnogo više od pukog omogućavanja jednostavnog tehničkog pristupa informacijama od javnog značaja koji se garantuje čl. 15 Ugovora o funkcionisanju EU. Ovim članom se utvrđuje obaveza institucija da omoguće pristup svakom zainteresovanom građaninu Unije, tj. svim fizičkim i pravnim licima sa boravištem ili sedištem u nekoj državi članici zvaničnim dokumentima institucija, tela, kancelarija i agencija Unije nezavisno od činjenice u kom obliku su sačinjeni i u skladu sa načelima i uslovima propisanim osnivačkim aktom. Ovako široko poimanje transparentnosti, *prema našem mišljenju*, reflektuje ozbiljnu nameru evropskog monetarnog zakonodavca da svoj rad učini konačno jasnim svim građanima čime garantovanje i održavanje monetarne stabilnosti kao značajnog javnog dobra prelazi iz sfere filozofskih, pomalo idealističkih kategorija, u svakodnevnu životnu ravan ljudi za koje je ta stabilnost *conditio sine qua non* strukture i dostignutih gornjih granica lične i javne potrošnje (koja se stalno mora

menjati na bolje) i temelja stabilne i zdrave privrede na koju se oslanja čitav niz savremenih socijalnih i ekonomskih prava.

Stava smo da pravo Evropske centralne banke, takođe, svoju opravdanost nalazi u činjenici da pored monetarnog prava kao pozitivne naučne discipline, postoji i posebna kategorija ekonomskih prava kakvoje pravo na čvrstu i solidnu valutu koju garantuje upravo centralna banka (odnosno ECB na području EU). Visok stepen transparentnosti u radu ECB nedvosmisleno potvrđuje izuzetno pregledni zvanični sajt institucije, gde se mogu videti svi relevantni podaci i informacije o njenom radu koji sistematično pokriva sve bitne segmente rada, počev od sastanaka (kalendara) članova Izvršnog odbora i ostalih tela unutar njene organizacione strukture, saopštenja sa redovnih i vanrednih konferencija za medije, međunarodnih kongresa, stručnih seminara, naučnih konferencija, sastanaka sa drugim komunitarnim organima i predstavnicima država članica, do nedavno ustanovljene prakse publikovanja (završnih) računa o održanim monetarnim raspravama koji imaju oblik podnesaka o finalnoj oceni akcija monetarne politike za određeni vremenski period. *Ratio* ovih dokumenata je u direktnoj vezi sa podizanjem stepena finansijskog legitimiteta i predstavlja izraz savesnog i pravnovaljanog postupanja najviše monetarne vlasti EU da stvori optimalne uslove za fer i izbalansirani deliberacioni konsenzus o potrebnim monetarnim targetima (Zilioli, 2019: 6–11).

Korisna analogija o putu nastanka prava Evropske centralne banke jeste (a koja istovremeno najbolje oslikava njen kredibilitet *prema našem mišljenju*) ona koju u svojim radovima koristi predsednica Udruženja za međunarodno monetarno pravo (eng. The Committee on International Monetary Law of the International Law Association –MOCOMILA), *Kjara Zilioli (Ciara Zilioli)* upoređujući put uobličavanja i konačnog nastanka prava ECB sa tehnikom neimara u građenju i održavanju mostova koji treba da budu dugotrajni i da izdrže različite potrebe (na ovom mestu misli se na monetarne šokove), gde termin mostova nije nasumično izabran je su upravo ovi građevinski objekti bili grafički prikazani na prvim odštampanim novčanicama evra (Ibid). Time se još jednom pokazuje da ponekad jednostavne analogije iz svakodnevnog jezika u pravu možemo koristiti da bismo rekli više i objasnili mnogo bolje nego upotrebom složenih pravničkih termina. Tako, suptilne i dugotrajne normativne procese možemo objasniti svim građanima da ih razumeju na način (koji iako na prvi pogled jednostavan) govori mnogo više o životnom značaju pravnih disciplina koje sve u kranjoj liniji za cilj treba da imaju da život učine dostojanstvenim, lakšim, uređenijim, kvalitetnijim, predvidljivijim i sigurnijim

za sve članove društva. *Mišljenja smo* da monetarno pravo EU i Pravo Evropske centralne banke tu funkciju ostvaruju i opravdavaju u punom značenju te reči u svakom istorijskom trenutku (pogotovo onim rizičnim i prelomnim ne samo u egzistencijalnom smislu, već i u smislu akademskog preispitivanja postojećih podela i azbuke prava u najširem značenju i kada postoji opasnost da građani izgube veru u monetarne institucije i smisao delokruga njihovog rada i nadležnosti jer ne shvataju i ne vide delotvornost istih za život običnog čoveka – što može obesmisлити i postignute rezultate u procesu dezintegracije).

4. Zaključna razmatranja

Isticanje značaja kredibiliteta u javnom monetarnom poslovanju prisutno je kao bazična aksiološka odrednica normi monetarnog prava i prava centralnih banaka od trenutka njihovog uobličavanja kao samostalnih i nezavisnih grana pravnog poretka. Zanimljivo je istaći da iako su se sadržaj i smer monetarnih aktivnosti centralne banke kao osnovnog subjekta monetarnog prava vremenom menjali i prilagođavali novonastalim prilikama, što je rezultiralo širenjem polja njihovih regulatornih nadležnosti, pojavom novih teorija o pravnom određenju pojma novca i dilemama u utvrđivanju granica pravne odgovornosti u radu monetarnih agenata, kredibilitet u svom značenju ostaje isti poput konstante monetarnopravne misli svake epohe i kao ideal i potvrda konačne svrhe ovih grana prava sa svim svojim institutima, principima i kategorijama. Savremeno monetarno pravo ima *sui generis* pravne izvore i u današnjim nestabilnim društvenim prilikama se pokazuje kao izuzetno fleksibilno i zahvalno za preobražaj u pravo nužnosti onda kada vanredne okolnosti to zahtevaju, ali u vrednosnom kontekstu to ne znači relativizovanje kredibiliteta kao iskonske vrednosti javnog upravljanja svake institucije koji i dalje ostaje čvrsto pozicioniran na svom mestu. Time se na svojevrsan način mire ponekad protivurečni zahtevi za oblikovanjem inovativnih, modernih i savremenih rešenja koja prate razvoj duha pravničke profesije i specijalizacije znanja sa temeljnim društvenim vrednostima koja imaju karakter neprolaznih te uvek i svagda predstavljaju obeležje jednog dobro uređenog, sigurnog i svrsishodnog društvenog sistema. U trenutnim društvenim prilikama smatramo da je potrebno pažljivo definisati donji i gornji prag odgovornosti u radu centralne banke i konačno identifikovati jasnu granicu njene nadležnosti, jer konstantno dodavanje novih aktivnosti otežano utiče na poimanje verodostojnosti u radu, što bi značilo da bi prvo trebalo obezbediti verodostojnost primarnim ciljevima, pa tek onda

eventualno započeti rad na promociji novih nadležnosti. Ipak, moramo biti svesni da složenost monetarnih tokova zahteva od centralnih banka da ponekad deluju brzo i istovremeno u više različitih pravaca, zbog čega obezbeđivanje transparentnosti postaje dugoročni cilj svake monetarne jurisdikcije.

Literatura/References

- Aguir, A. (2018). Central Bank Credibility, Independence, and Monetary Policy. *Journal of Central Banking Theory and Practice*. 3(1). 91–110.
- Bank of England (2013b). Monetary policy trade-offs and forward guidance.
- Blackburn, K., Christensen, K. (1989). Monetary Policy and Policy Credibility: Theories and Evidence. *Journal of Economic Literature*. Vol. XXVII. 1–45.
- Blair, W., Gortsos, C., Zilioli, C. (2023). International Monetary and Banking Law post COVID-19. Oxford: Oxford University Press.
- Chadwick, A. (2022). Rethinking the EU's 'Monetary Constitution': Legal Theories of Money, the Euro, and Transnational Law. *European Law Open*. 1. 468–509.
- Chatelain, J. B., Ralf, K. (2022). *Imperfect Credibility versus No Credibility of Optimal Monetary Policy*. Working Paper 38, Paris School of Economics, Hal. 1–22
- Cottier, T. (ed). (2021). *The Prospects of Common Concerns of Humankind in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Della Posta, P., Morroni, M. (2022). The credibility of monetary policy and the fiscal response to the pandemic in the Eurozone. *Evolutionary and Institutional Economics Review*. 19. 77–96.
- Dimitrijević, M. (2018). *Institucije međunarodnog monetarnog prava*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- Dimitrijević, M. (2022). Aksiologija monetarnog prava u vanrednim okolnostima: primer prava nužnosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 95 (3). 43–60.
- Dimitrijević, M. (2023). *Pravo Evropske centralne banke*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- ECB (2021d). *ECB Consumer Expectations Survey: An overview and first evaluation*. ECB Occasional Paper No. 287.
- Ehrmann, M., Georgarakos, D., Kenny, G. (2023). *Credibility gains from communicating with the public: evidence from the ECB's new monetary policy strategy*. ECB Working Paper Series No 2785.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Summary

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

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

Dr Marija Dragičević,*
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-45874

UDK: 349.2:347.15-057.15
Rad primljen: 07.08.2023.
Rad prihvaćen: 29.08.2023.

RADNOPRAVNE POSLEDICE SMRTI I GUBITKA POSLOVNE SPOSOBNOSTI POSLODAVCA SA SVOJSTVOM FIZIČKOG LICA**

Apstrakt: U ulozi poslodavca može se naći fizičko ili pravno lice. U prvom slučaju, kao subjekt radnog odnosa pojavljuje se fizičko lice kao takvo ili fizičko lice sa svojstvom preduzetnika ili pripadnika slobodne profesije. Budući da se u potonjem slučaju fizičko lice identifikuje sa svojim preduzećem (oni čine jedno telo), postavlja se pitanje šta se dešava u slučaju gubitka ili promene pravnog statusa samog fizičkog lica koje je poslodavac (nosilac preduzetničke radnje), a to će, pre svega, biti u slučaju njegove smrti ili gubitka poslovne sposobnosti. Budući da radno zakonodavstvo Republike Srbije ne daje (izričit) odgovor na ovo pitanje, autor će u radu tragati za odgovorom na ovo pitanje u sklopu opštih pravila radnog, naslednog, porodičnog i kompanijskog prava. U tom smislu, u radu će, pre svega, biti analizirane posledice smrti i gubitka poslovne sposobnosti poslodavca kao fizičkog lica na postojeće radne odnose, i to kroz odgovor na pitanje da li smrt poslodavca nužno izaziva prestanak radnog odnosa ili se on može nastaviti sa naslednicima poslodavca (u kom slučaju se može govoriti o promeni poslodavca). Posebnu pažnju u radu autor će pokloniti odredbama Zakona o privrednim društvima posvećenim mogućnosti nastavljanja obavljanja delatnosti u slučaju smrti ili gubitka poslovne sposobnosti preduzetnika, ukazivanjem na njihove manjkavosti, nejasnoće i probleme koje izazivaju u tumačenju i praktičnoj primeni.

Ključne reči: poslodavac, smrt, fizičko lice, preduzetnik.

* marijad@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru evidencioni broj 451-03-47/2023-1/200120 od 03.02.2023. godine

** Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i društvene vrednosti“, koja je održana na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu 21. i 22. aprila 2023. godine.

1. Uvod

Individualni radni odnos nastaje i postoji između zaposlenog (fizičkog lica) i poslodavca (države, privrednog subjekta ili drugog pravnog ili fizičkog lica). Za ovaj odnos je uvek karakteristično da je jedan od njegovih subjekata (ili oba), prilikom njegovog zasnivanja, posebno imao na umu određeno lice ili određena lična svojstva tog lica. U protivnom, ne bi došlo do zasnivanja radnog odnosa (uopšte ili sa određenim licem) (Tintić, 1955: 374). Po tome je radni odnos pravni odnos *intuitu personae*. U takvom odnosu zaposleni je obavezan da lično i samo on vrši određenu (ugovorom o radu, rešenjem o prijemu u radni odnos ili rešenjem o premeštaju) radnu funkciju (Baltić, 1963: 29). Otuda prestacija rada u radnopravnom odnosu nosi obeležja strogo lične (i „glavne“) obaveze zaposlenog (Tintić, 1955: 357), pa samim tim smrt zaposlenog nema za posledicu prenos prava i obaveza na njegove naslednike, kao što je to, po pravilu, slučaj kod obligacionih odnosa. Za razliku od zaposlenih kojima je prenos prava i obaveza na drugo lice zabranjen u svakom slučaju, poslodavac može da prenese svoja prava i obaveze iz radnog odnosa na treće lice. Nastojeći da ograniči nesigurnost zaposlenja i „da spreči da zaposleni ostanu bez posla ili budu dovedeni u nepovoljniji položaj svaki put kada se desi promena pravnog identiteta poslodavca, i to samo zato što je došlo do ove promene“ (Kovačević, 2013: 272) radno zakonodavstvo većine savremenih država dopušta prenos (ustupanje) ugovora o radu sa poslodavca (prethodnika) na treće lice (poslodavca sledbenika) u svim slučajevima reorganizacije poslodavca koji imaju za posledicu promenu njegovog pravnog identiteta. Štaviše, do ovog prenosa ne dolazi voljom (ugovorom) poslodavca i njegovog pravnog sledbenika, već on nastupa *ex lege*, odnosno na osnovu odredaba samog zakona. Osim što je uvođenje mogućnosti promene poslodavca motivisano zaštitom zaposlenja, u prilog ovakvom zakonodavnom rešenju naglašava se „asimetrija“ koja odlikuje radni odnos, a koja se očituje u stavu da osnovna obaveza poslodavca nije „strogo lična“, već se sastoji u isplati zarade (Veneziani, 2014: 48). Zato se u savremenom radnom pravu lična svojstva poslodavca stavljaju u drugi plan u odnosu na sigurnost zaposlenja (iako se ne isključuje njihov značaj), posebno ako se ima u vidu da će sloboda izbora poslodavca praktično, najčešće, značiti prestanak radnog odnosa zaposlenih i, samim tim, biti na njihovu štetu. Stoga, radno zakonodavstvo dozvoljava promenu poslodavca (kao pravnog lica), predviđajući čak da do iste dolazi po sili zakona (bez obzira na volju ugovornih strana), i to danom nastupanja pravnih posledica reorganizacije poslodavca (statusne promene, prenosa preduzeća) koja je imala za rezultat promenu

njegovog pravnog identiteta (Dragičević, 2022: 124). U odsustvu izričitih odredbi radnog zakonodavstva većine savremenih država, opravdano se postavilo pitanje da li navedeno pravilo vredi i za poslodavce koji imaju svojstvo fizičkog lica? Drugim rečima, da li gubitak ili promene pravnog statusa poslodavca sa svojstvom fizičkog lica (njegova smrt ili gubitak poslovne sposobnosti) predstavljaju osnov za prestanak radnog odnosa (po sili zakona ili otkazom ugovora o radu od strane nasljednika) ili se radni odnos nastavlja sa nasljednikom preminulog poslodavca, u kom slučaju dolazi do promene poslodavca?

2. Poslodavac sa svojstvom fizičkog lica

Jedan od osnovnih preduslova za postojanje radnog odnosa jeste potreba jednog lica da angažuje drugoga da za njegov račun obavi određeni posao. To lice je poslodavac, koji se, najšire posmatrano, može definisati kao „bilo koje lice, partnerstvo, privredno društvo ili neprofitno udruženje koje zaposli jedno ili više lica na osnovu ugovora o radu“ (Selwyn, 1978: 20–21). Reč je, dakle, o svakom licu kome pravni poredak priznaje svojstvo pravnog subjekta (Ivošević, Ivošević, 2016: 42) pod uslovom da zapošljava ili radno angažuje drugoga da, pod njegovom upravom i za njegov račun, obavlja određeni rad. Dok je zaposleni uvek fizičko lice, poslodavac to može, ali ne mora biti, pa je u praksi to neretko privredno društvo ili drugo pravno lice (Adlercreutz, Nyström, 2015: 35). *Fizičko lice*, kao takvo, pojavljuje se u ulozi poslodavca kod, primera radi, radnog odnosa sa kućnim pomoćnim osobljem (Kovačević, 2021: 426). Kod ove vrste radnog odnosa poslodavac može biti fizičko lice kao pojedinac, supružnici ili čitava porodica, a ima i pravnih sistema u kojima se poslodavcem ovih radnika smatraju država ili organi jedinica lokalne samouprave, ako je reč o radnicima koji obavljaju poslove u domaćinstvu lica zavisnih od tuđe nege i pomoći koja ostvaruju prestacije iz socijalnog osiguranja/socijalne zaštite, jer se u određenim državama to pravo ostvaruje u obliku usluga koje se pružaju u kući korisnika prestacija.¹ Bitno je samo da je u pitanju poslovno sposobno lice koje ima sposobnost da samostalno, svojom izjavom volje zaključuje sve pravne poslove i preuzima druge pravne radnje.

Poslodavac može biti i *fizičko lice sa svojstvom preduzetnika ili pripadnika slobodne profesije*. U vezi sa ovom vrstom poslodavaca, valja pomenuti da je u teoriji kompanijskog prava jedno od osnovnih

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

razgraničenja privrednih subjekata na individualne i kolektivne forme obavljanja privrednih delatnosti. U individualne forme se, tako, svrstavaju trgovac pojedinac – preduzetnik i jednočlano trgovačko društvo (društvo sa ograničenom odgovornošću i akcionarsko društvo), dok kolektivne forme predstavljaju forme privrednih društava ugovornog tipa sa pravnim subjektivitetom ili bez njega, kao i forme građanskih društava lukrativnog tipa (ugovor o građanskom ortakluku više lica) (Vasiljević, 2013: 40). Za razliku od jednočlanog privrednog društva koje, uprkos činjenici da ima jednog osnivača (i člana odnosno akcionara), stiče svojstvo pravnog lica, a time i odvojenu pravnu egzistenciju (kao i svako drugo privredno društvo), individualni trgovac – preduzetnik se karakteriše odsustvom posebne pravne strukture i pravne nezavisnosti. Navedena razlika utiče i na promene u pravnom statusu ovih privrednih subjekata, tako da se one kod jednočlanih privrednih društava događaju u svim onim slučajevima u kojima dolazi do promene bilo kojeg kolektivnog privrednog društva (statusne promene, prenos preduzeća pravnim poslom), dok kod poslodavaca sa svojstvom fizičkog lica važe drugačija pravila.

Naime, individualno preduzeće (preduzetnik – trgovac) predstavlja pravnu formu obavljanja privrednih delatnosti kod koje jedno fizičko lice obezbeđuje direktno ili indirektno sve elemente potrebne za funkcionisanje takvog preduzeća: rad (radi sam i/ili angažuje drugog zaposlenog), kapital (finansira se sam ili uz pomoć kredita) i upravljanje (po pravilu sam ili preko poslovođe²) (Vasiljević, 2013: 40). U slučaju kada izvršava rad samostalno, preduzetnik nije subjekt individualnog radnog odnosa, niti se na njega primenjuje radno i socijalno zakonodavstvo. On se, tada, smatra nezavisnim radnikom (samozaposlenim licem), a njegov rad je regulisan normama poslovnog prava. Međutim, ukoliko preduzetnik radi obavljanja svoje profitne

2 Jedna od specifičnih novina domaćeg Zakona o privrednim društvima (*Sl. glasnik RS*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021) je uvođenje instituta poslovođe. Poslovođa je poslovno sposobno fizičko lice koje je u radnom odnosu kod preduzetnika i kome je pisanim ovlašćenjem povereno poslovođenje nad preduzetničkom delatnošću (član 89, st. 1 i 3). On ima svojstvo zastupnika u skladu sa zakonom (član 89, stav 5), ali nije zastupnik preduzetnika kao fizičkog lica, već ga zastupa isključivo u domenu obavljanja preduzetničke delatnosti. Ukoliko preduzetnik nema poslovođu, a privremeno je odsutan iz opravdanih razloga (bolest, školovanje, izbor na funkciju i sl.), on može opšte poslovođenje poveriti članu svog porodičnog domaćinstva za vreme tog odsustva, bez obaveze da ga zaposli (član 89, stav 4).

delatnosti angažuje rad drugog lica, on postaje subjekt individualnog radnog odnosa u svojstvu poslodavca.

U domaćem pravu, prestankom važenja Zakona o privatnim preduzetnicima³, prestala je mogućnost da članovi porodičnog domaćinstva rade kod preduzetnika bez zasnivanja radnog odnosa. Novim pravilima Zakona o privrednim društvima kao opšte pravilo predviđeno je da „lica koja rade za preduzetnika moraju biti u radnom odnosu kod preduzetnika ili angažovana od strane preduzetnika po drugom osnovu u skladu sa zakonom“.⁴ Samo izuzetno, „član porodičnog domaćinstva preduzetnika može raditi kod tog preduzetnika bez zasnivanja radnog odnosa: 1) povremeno tokom dana i to isključivo u sedištu, ako je njegovo prisustvo neophodno zbog prirode delatnosti preduzetnika (da se trgovačka radnja preduzetnika ne bi zatvarala tokom radnog vremena, da bi se utovarila roba, da bi se očistio poslovni prostor i sl.); 2) privremeno tokom osposobljavanja za obavljanje delatnosti starih i umetničkih zanata, odnosno poslova domaće radinosti, ako preduzetnik obavlja tu delatnost; 3) u vreme kada preduzetnik koristi godišnji odmor u skladu sa zakonom“.⁵

Bez obzira da li se pojavljuje u ulozi samozaposlenog ili poslodavca, individualni trgovac – preuzetnik isključivo može biti poslovno sposobno fizičko lice koje je upisano u odgovarajući registar radi obavljanja određene delatnosti u cilju ostvarivanja prihoda.⁶ Pošto momenat upisa nema konstitutivno dejstvo sa aspekta pravnog subjektiviteta, individualno organizovano preduzeće nije poseban subjekt u pravu, već preduzeće čini jedinstvo sa preduzetnikom (trgovcem) (Vasiljević, 2013: 43–44). Otuda nema posebne imovine ovog preduzeća i imovine preduzetnika, te sva prava, obaveze i imovina stečeni putem ove forme privrednog organizovanja pripadaju preduzetniku. Osim toga, preduzetnik lično, direktno i neograničeno celokupnom svojom imovinom odgovara za obaveze koje nastanu iz obavljanja individualno organizovanog preduzeća.⁷ Budući da se preduzetnik identifikuje sa svojim preduzećem (oni čine jedno telo), postavlja se pitanje šta se dešava ako dođe do gubitka ili promene pravnog statusa samog fizičkog lica koje je nosilac preduzetničke radnje, a to će, pre svega, biti u slučaju

3 Zakon o privatnim preduzetnicima, *Sl. glasnik SRS*, 54/89 i 9/90 i *Sl. glasnik RS*, 19/91, 46/91, 31/93 – odluka USRS, 39/93, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/2002, 101/2005 – dr. zakon, 55/2004 – dr. zakon, 61/2005 – dr. zakon i 36/2011 – dr. zakon.

4 Čl. 89, st. 8 Zakona o privrednim društvima.

5 Čl. 89, st. 9 Zakona o privrednim društvima.

6 Čl. 83, st. 1 Zakona o privrednim društvima.

7 Čl. 85, st. 1 Zakona o privrednim društvima.

njegove smrti i gubitka poslovne sposobnosti: da li u tim slučajevima radni odnos prestaje (po sili zakona ili otkazom ugovora o radu od strane nasljednika ili staratelja) ili se nastavlja sa nasljednicima odnosno starateljima (članovima porodičnog domaćinstva) preduzetnika, u kom slučaju se radi o promeni poslodavca.

3. Radnopravne posledice smrti poslodavca

Kada jedno lice umre, sva njegova imovinska prava se prenose na njegovog pravnog sledbenika (univerzalna sukcesija ili tzv. „teorija stopala“). Ovo nije slučaj sa smrću zaposlenog. Radni odnos je strogo lični odnos, koji je zasniva s obzirom na lična svojstva jednog (ili oba) njegova subjekta, pa smrću zaposlenog, radni odnos prestaje. Dakle, razlog zašto smrt zaposlenog dovodi do prestanka radnog odnosa jeste činjenica da je lični rad zaposlenog njegov suštinski element, koji nameće obavezu da zaposleni rad obavlja lično, bez mogućnosti prenošenja te obaveze natreća lica pravnim poslovima *inter vivos* i *mortis causa*. S druge strane, ako poslodavac umre, situacija je sasvim drugačija. Osnovna obaveza poslodavca nije rad, već isplata zarade. To je obaveza koju može da ispuni i nasljednik preminulog poslodavca, a zaposlene, najčešće, ne interesuje ličnost poslodavca, već skup prava koja mu daju stalnost i stabilnost zaposlenja. Stoga je u domaćoj i stranoj radnopravnoj literaturi (Tintić, 1955: 210, Kovačević, 2016: 96) prisutan stav da u slučaju smrti poslodavca sa svojstvom fizičkog lica zaposlenima ne prestaje radni odnos (po sili zakona), već se isti nastavlja sa nasljednicima, osim ako nasljednici ne žele da nastave obavljanje preduzetničke delatnosti ili se „ličnost ostavica ima smatrati nezamenljivom za ispunjenje postojećeg radnog odnosa“ (Tintić, 1955: 210).⁸ Polazi se, naime, od toga da ova vrsta poslodavaca nema odvojen pravni subjektivitet, pa ni odvojenu imovinu, te u slučaju smrti poslodavca-fizičkog lica, nasljednici ulaze u sva njegova prava i obaveze momentom njegove smrti, uključujući i ona koja proizilaze iz radnog odnosa (Kovačević, 2017: 69). Univerzalna sukcesija, dakle, obuhvata sva prava i obaveze koje je ostavilac „imao“ u trenutku delacije (Antić, 2009: 44), kako ona koja nemaju nikakve veze sa preduzetničkom delatnošću (lična imovina), tako i ona koja su povezana

8 U domaćoj naučnoj i stručnoj literaturi ima i drugačijih shvatanja. Tako, primera radi, profesor Jovanović polazeći od činjenice da je radni odnos dvostrani pravni odnos, tj. odnos između dva pravna subjekta, zaključuje da do njegovog prestanka dolazi ne samo smrću zaposlenog, nego i smrću poslodavca, ako je on fizičko lice, odnosno prestankom postojanja i prestankom rada poslodavca, ako je u pitanju pravno lice (Jovanović, 2015: 345). Slično i: Ivošević et al. 2016: 381.

s njom, pa i ona iz radnog odnosa. Stoga, smrću poslodavca-fizičkog lica ugovor o radu neće prestati, već će se nastaviti sa naslednicima preminulog poslodavca (nastupa promena poslodavca). Od ovog pravila će se, međutim, odstupiti ako je radni odnos zasnovan s obzirom na lična svojstva poslodavca (primera radi poslodavac je staro lice, a zaposleni njegov personalni asistent). Isto važi i kod radnog odnosa sa kućnim pomoćnim osobljem koji je zasnovan radi brige o članu domaćinstva (poslodavcu) zavisnom od pomoći i nege drugog lica, jer će u slučaju njegove smrti ugovor o radu, takođe, prestati (Kovačević, 2016: 96). Ugovor o radu će prestati smrću poslodavca i u svim drugim slučajevima kada je isti zaključen s obzirom na lična svojstva poslodavca ili njegove specifične potrebe budući da time gubi svoju *causu* i više nema nikakvog ekonomskog značaja za njegovenaslednike.

S tim u vezi, otvara se i pitanje osnova prestanka radnog odnosa u ovom slučaju. Prema jednom shvatanju, ovde bi valjalo primeniti pravila obligacionog prava o prestanku obligacije zbog smrti lica čija su lična svojstva bila odlučujuća za zaključenje ugovora, dok drugo shvatanje zagovara primenu pravila o otkazu ugovora o radu, te bi u slučaju smrti poslodavca čija su lična svojstva bila odlučujuća za zaključenje ugovora o radu, naslednici poslodavca trebalo da otkazu ugovor o radu iz razloga koji se tiče potreba poslodavca. Ovo drugo shvatanje se čini prihvatljivijim, pre svega iz razloga što se primenom pravila o otkazu ugovora o radu zaposlenom obezbeđuju sve materijalne i procesne garantije koje čine sadržinu prava na zaštitu od neopravdanog otkaza (Laleta, 2011: 431).

3.1. Kratak komparativni prikaz radnopravnih posledica smrti poslodavca u stranim pravima

Napred opisan stav prisutan u doktrini zauzimaju i radna zakonodavstva pojedinih država poput Nemačke, Španije, Holandije, Belgije, Finske i Luksemburga, insistirajući na principu kontinuiteta radnog odnosa prema kojem se radni odnos nastavlja i nakon smrti poslodavca, prenošenjem ugovora o radu na naslednike preminulog poslodavca (Veneziani, 2014: 49).

Tako, primera radi, prema odredbama španskog Statuta radnika, ugovor o radu prestaje (između ostalog) usled smrti, penzionisanja (u slučajevima predviđenim odgovarajućim režimom socijalnog osiguranja) i invalidnosti poslodavca ili zbog prestanka pravnog subjektiviteta ugovorne strane. Međutim, prestanak ugovora o radu iz navedenih razloga

ne nastupa automatski, već samo ako niko od nasljednika ne želi da nastavi radni odnos. Drugim rečima, smrt poslodavca opravdava prestanak ugovora o radu (on predstavlja opravdan razlog za otkaz ugovora o radu od strane nasljednika poslodavca), osim ako nasljednici nastave sa poslom ili se preduzeće proda i dođe do univerzalne sukcesije.⁹ Ako se poslovanje nastavi nakon penzionisanja, smrti ili nastupanja invalidnosti poslodavca, bilo zato što je preneto na drugo lice ili zato što je penzioner postavio lice zaduženo za njegovo poslovođenje, radni odnos ne može prestati jer se posao (poslovanje) nastavlja. U pitanju je „poslovna sukcesija“, uvedena članom 44 španskog Statuta radnika. Novi poslodavac je subrogiran u prava i obaveze prethodnog poslodavca, i samim tim mora da poštuje sve uslove rada radnika, kao i da odgovara za dugove svog prethodnika, ako postoje. S obzirom na navedeno, potencijalnim nasljednicima se daje razuman rok da donesu odluku o nastavku ugovora o radu ili njegovom prestanku.¹⁰ Ukoliko nasljednici ne žele da nastave poslovanje (radni odnos), oni to nisu dužni učiniti. Međutim, ako odluče da otkazu ugovor o radu imaju obavezu da zaposlenima isplate naknadu u visini jedne mesečne zarade, bez obzira na dužinu radnog staža.¹¹ Dakle, špansko radno zakonodavstvo omogućava individualnom preduzetniku da na jeftiniji i lakši način otkaze ugovor o radu, nego što je to slučaj sa pravnim licima. Ali, neophodno je da prestanak ugovora o radu bude motivisan penzionisanjem, invalidnošću ili smrću poslodavca. Pored toga, neophodno je da postoji apsolutna podudarnost između momenta nastanka uzroka i momenta prestanka ugovora o radu. Primera radi, nije moguće da se poslodavcu prizna potpuna i trajna invalidnost, da on nastavi sa poslovanjem, pa da nakon toga zahteva prestanak radnog odnosa zbog proglašenja trajne invalidnosti.

Slično rešenje prisutno je i u nemačkom pravu, u kom radni odnos ne prestaje smrću poslodavca, već se nastavlja sa njegovim pravnim sledbenikom. Ako je preminuli poslodavac ostavio nasljednike oni preuzimaju njegov radnopravni položaj, usled čega nastupa univerzalna

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

10 Ley del Estatuto de los Trabajadores, čl. 44, čl. 49 i 103.

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

sukcesija u skladu sa članom 1922, stav 1 nemačkog Građanskog zakonika.¹² Radni odnos se, pritom, nastavlja sa naslednicima poslodavca pod prethodno ugovorenim uslovima. Ukoliko naslednik ne želi da nastavi poslovanje preminulog, postoji mogućnost otkaza ugovora o radu. Radi se o redovnom otkazu iz operativnih razloga zbog zatvaranja preduzeća, koji podrazumeva poštovanje otkaznih rokova koji, u zavisnosti od toga koliko su zaposleni bili u radnom odnosu kod preminulog poslodavca, mogu biti i do sedam meseci.¹³

Poseban slučaj su radni odnosi koji su bili isključivo vezani za ličnost poslodavca, kao što je radni odnos sa negovateljem ili personalnim asistentom. Takav radni odnos prestaje smrću poslodavca. Kod ovakve vrste radnog angažovanja se, po pravilu, samim ugovorom o radu predviđa da isti neće važiti nakon smrti poslodavca, a naslednici imaju obavezu da zaposlenog obaveste o smrti poslodavca. U ovom slučaju, prema stanovištu nemačkih sudova, smrt poslodavca se može kvalifikovati kao razlog za vanredni otkaz ugovora o radu, kad zaposleni nema pravo na otkazni rok. Sa stanovišta nemačkih sudova, bilo bi nerazumno nastaviti radni odnos kod čijeg je zasnivanja bila presudna ličnost poslodavca čak ni do isteka otkaznog roka. Ako je radni odnos neraskidivo vezan za ličnost poslodavca, njegova smrt je važan razlog za vanredan otkaz ugovora o radu (bez otkaznog roka). Smrću poslodavca radni odnos postaje besmislen, jer se gubi ekonomski značaj i osnovna prestacija rada.¹⁴

Slično navedenom, i u holandskom pravu, ugovor o radu ne prestaje smrću poslodavca, osim ako iz ugovora ne proizilazi suprotno. Međutim, i naslednici poslodavca i zaposleni su ovlašćeni da otkazuju ugovor o radu, zaključen na određeno vreme, uz poštovanje pravila o otkaznim razlozima i otkaznom postupku, kao da je zaključen na neodređeno vreme.¹⁵ To će, pre svega, biti slučaj kada je radni odnos zasnovan s obzirom na lična svojstva ne samo zaposlenog, već i poslodavca (primera radi ako je

12 Bürgerliches Gesetzbuch, čl. 1922, st. 1. Preuzeto 15.7.2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

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

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

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

poslodavac samozaposleni kvalifikovani stručnjak kome je bio potreban asistent posebnih kvalifikacija).

Strogo lična priroda posla koji je predmet ugovora o radu evidentno je razlog što i u italijanskom pravu smrt zaposlenog dovodi do prestanka radnog odnosa, a što za posledicu ima obavezu poslodavca da isplati naknadu štete njegovim naslednicima shodno članu 2122 italijanskog Građanskog zakonika.¹⁶ S druge strane, smrt poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ima za posledicu prestanak ugovora o radu samo kada za predmet ima obavljanje rada u isključivo ličnoj službi samog poslodavca (primera radi kod ličnog sekretara ili kućnog pomoćnika),¹⁷ kada je zaposleni radio samo za preminulog poslodavca. Ako su, pored poslodavca, i ostali članovi porodice kontinuirano koristili prestaciju rada, radni odnos se nastavlja sa licem koje nasledi „kućni posao“ ili zaostavštinu, pa će, stoga, zaposleni imati dužnost da izmire sva potraživanja zaposlenih, čak i ona koja će nastati nakon smrti preminulog, sve dok oni sami ne otkazu ugovor o radu ili dok radni odnos prestane iz drugog razloga. Očigledno, drugačiji diskurs postoji kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica (koji nije podložan prirodnoj smrti), čiji pravni subjektivitet, po pravilu, ne može prestati pre nego što prestanu svi radni odnosi koje je zasnovao.¹⁸

U francuskom pravu pak smrću poslodavca kao fizičkog lica automatski prestaje ugovor o radu koji ga vezuje za zaposlenog. Smrt poslodavca se poistovećuje sa otpuštanjem zaposlenog, zbog čega se ugovor o radu ne nastavlja sa naslednicima, već prestaje danom smrti poslodavca.¹⁹ Naslednici su dužni da obaveste zaposlenog o otkazu ugovora o radu pisanim putem, u najkraćem mogućem roku, budući da od dana smrti poslodavca počinje da teče i otkazni rok. Dužina otkaznog roka zavisi od dužine radnog staža zaposlenog na dan smrti poslodavca i iznosi: jednu nedelja ako je njegov staž manji od šest meseci; jedan mesec ako mu je staž između šest meseci i dve godine i dva meseca ako je njegov staž duži od dve godine. Pošto mu je ugovor o radu otkazan, zaposleni dobija razne naknade, u zavisnosti od dužine radnog staža na dan smrti. Pa tako, on ima pravo na isplatu poslednje zarade, odnosno naknade zarade dospеле

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

17 Codice Civile, čl. 110.

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

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

za period od prvog u mesecu do dana pre smrti poslodavca, obeštećenje u visini kompenzacione naknade koja odgovara onome što bi zaposleni primio da mu je neopravdano otkazan ugovor o radu, naknadu štete za plaćeno odsustvo koje je zaposleni stekao za vreme trajanja ugovora o radu, a koje nije mogao da iskoristi pre smrti (osim ako je umesto odsustva primio uvećanu zaradu) i novčanu naknadu u visini otpremnine, ako je imao najmanje 8 meseci radnog staža na dan smrti poslodavca.²⁰

Međutim, u francuskom pravu postoji mogućnost da i u slučaju smrti poslodavca pojedinca, supružnik (ili jedan od naslednika) preminulog donese odluku da zadrži zaposlenog.²¹ U tom slučaju, radni odnos se održava i supružnik pokojnika izrađuje aneks ugovora o radu radi unošenja potrebnih izmena. Takođe, kada je poslodavac samostalni preduzetnik (zanatlija i sl.), naslednici preduzetnika mogu odlučiti da nastave delatnost. U ovom slučaju smrt poslodavca nema pravnih posledica po ugovore o radu. Ukoliko pak naslednici odluče da prodaju preduzeće kao celinu, ugovori o radu se automatski prenose na kupca, u skladu sa članom L1224-1 Zakonika o radu. I najzad, ako dođe do zatvaranja preduzeća, zaposleni će biti otpušteni iz ekonomskih razloga u skladu sa članom L1233-3 Zakonika o radu.²²

3.2. Radnopravne posledice smrti poslodavca u domaćem pravu

U domaćem radnom zakonodavstvu pravne posledice smrti poslodavca kao fizičkog lica nisu (eksplicitno) regulisane. U delu Zakona o radu posvećenom institutu prestanka radnog odnosa predviđeno je da „zaposlenom prestaje radni odnos nezavisno od njegove volje i volje poslodavca“, između ostalog, i „u slučaju prestanka rada poslodavca, u skladu sa zakonom“²³. Navedena odredba se, neosporno, odnosi na poslodavca sa svojstvom pravnog lica, koji prestaje sa radom u postupku stečaja ili likvidacije. Međutim, imajući u vidu pravne specifičnosti poslodavca sa svojstvom fizičkog lica, otvoreno je pitanje da li se navedena odredba može primeniti i na ovu vrstu poslodavca, u kom slučaju bi smrt poslodavca za posledicu imala prestanak radnog

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

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

22 Code du Travail, čl. L1224-1 i čl. L1233-3. Preuzeto 8. 7. 2023. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>

23 Čl. 176, st. 1, tač. 5 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

odnosa po sili zakona. U drugom slučaju, ako bi se primenilo pravilo o univerzalnoj sukcesiji, sva prava i obaveze preminulog poslodavca kao fizičkog lica, uključujući i ona koja proizilaze iz radnog odnosa bi prešla na naslednike po sili zakona, osim ako se ličnost poslodavca smatra nezamenljivom za ispunjenje postojećeg radnog odnosa. Budući da Zakon o radu na ova pitanja ne daje (jasan) odgovor, za odgovarajućim pravilima primenjivim na ovu grupu poslodavaca mora se tragati u sklopu opštih pravila radnog, naslednog, porodičnog i kompanijskog prava (ako poslodavac ima svojstvo preduzetnika).

U tom smislu, važno je, najpre, istaći da su posledice smrti poslodavca kao fizičkog lica sa svojstvom preduzetnika regulisane domaćim Zakonom o privrednim društvima. Prema odredbama navedenog Zakona, poslodavac kao fizičko lice sa svojstvom preduzetnika gubi svojstvo preduzetnika i prestaje sa radom (tj. obavljanjem delatnosti) brisanjem iz registra privrednih subjekata odjavom ili po sili zakona.²⁴ Daljim odredbama ovog Zakona, predviđeno je da preduzetnik *prestaje sa obavljanjem delatnosti po sili zakona*, između ostalog, u slučaju njegove smrti ili gubitka poslovne sposobnosti.²⁵ Ovo pravilo je, očigledno, posledica činjenice da preduzetnik nema odvojen pravni subjektivitet, pa smrću fizičkog lica koje je nosilac subjektiviteta, prestaje i status preduzetnika. U trenutku smrti, dakle, poslodavac gubi pravni subjektivitet pa, prema tome, i sva prava i obaveze koja su činila njegov pravni status (Dragićević, 2022: 326). To, u krajnjem, znači da i radni odnos zaposlenih danom brisanja preduzetnika iz registra privrednih subjekata usled njegove smrti prestaje po sili zakona, jer od tog dana preduzetnik prestaje sa radom (odnosno obavljanjem delatnosti), što je u skladu sa odredbom Zakona o radu o prestanku radnog odnosa po sili zakona.²⁶ Stoga, u ovom slučaju ne postoji obaveza naslednika da donesu rešenje o prestanku radnog odnosa, a ako ga donesu ono ima samo deklarativni karakter.

Do prestanka radnog odnosa, međutim, ne mora doći, budući da Zakon o privrednim društvima predviđa da „u slučaju smrti ili gubitka poslovne sposobnosti naslednik, odnosno član njegovog porodičnog domaćinstva (bračni drug, deca, usvojenici i roditelji) koji je pritom i sam poslovno sposobno fizičko lice *može nastaviti obavljanje delatnosti* na osnovu rešenja o nasleđivanju ili međusobnog sporazuma o nastavku obavljanja delatnosti, koji potpisuju svi naslednici, odnosno članovi porodičnog

24 Čl. 91, st. 1, 2 i 3 Zakona o privrednim društvima.

25 Čl. 9, st. 6, tač. 1 Zakona o privrednim društvima..

26 Slično zaključuju i: Brković, Urdarević, 2023: 213; Marković, 2018: 463.

domaćinstva“.²⁷ Lice koje želi nastaviti sa obavljanjem preduzetničke delatnosti dužno je da u roku od 30 dana od dana smrti preduzetnika ili pravnosnažnosti rešenja kojim je utvrđen gubitak poslovne sposobnosti prijavi nastavak obavljanja delatnosti registru u skladu sa zakonom o registraciji.²⁸

Navedene odredbe predstavljaju novinu u našem pravnom sistemu, te konačno rešavaju dilemu o mogućnosti nastavljanja preduzetničke delatnosti. Shodno navedenoj odredbi, u slučaju smrti poslodavca *naslednik*, koji je pritom i sam poslovno sposobno lice, može da prijavi registru nastavak obavljanja preduzetničke delatnosti, u roku od 30 dana od dana smrti preduzetnika. Ukoliko se naslednik odluči na taj korak, preduzetnička delatnost se neosporno nastavlja, pa samim tim i radni odnosi zasnovani sa preminulim poslodavcem. Imajući u vidu cilj norme (očuvanje vrednosti „preduzetničke radnje“), čini se da bi navedenu odredbu valjalo tumačiti na način da nasledniku ne pripadada sloboda odlučivanja o kontinuitetu radnog odnosa ili otkazu ugovora o radu, već da u slučaju opredeljivanja naslednika za nastavak obavljanja preduzetničke delatnosti važi pravilo o *ex lege* prenosu ugovora o radu sa poslodavca prethodnika (preminulog poslodavca) na novog poslodavca (naslednika). Ovo posebno iz razloga što tu vrstu slobode nemaju ni poslodavci sa svojstvom pravnog lica, te u slučaju statusne promene odnosno promene poslodavca u skladu sa zakonom, poslodavac sledbenik preuzima od poslodavca prethodnika opšti akt i sve ugovore o radu koji važe na dan promene.²⁹

Međutim, iako je napred citiranom odredbom Zakona o privrednim društvima rešena dilema o mogućnosti nastavljanja preduzetničke delatnosti i kontinuitetu radnih odnosa, činjenica da se jednom odredbom rešavaju dve različite pravne situacije (smrt i gubitak poslovne sposobnosti poslodavca), stvorila je brojne zabune u njenom tumačenju i primeni (Vukotić, 2018: 169–170).

Tako je, pre svega, nejasno šta zakonodavac podrazumeva pod izrazom „*može nastaviti obavljanje delatnosti*“, budući da taj izraz koristi bez ikakvih preciziranja. Jasno je da preduzetnik nema pravni subjektivitet, pa, prema tome, ni svoju posebnu imovinu. Preduzetnička delatnost se faktički sastoji od poslovnog imena preduzetnika i imovine koju on koristi za obavljanje delatnosti (koja nije odvojena od ostale njegove imovine).

27 Čl. 91, st. 7 Zakona o privrednim društvima.

28 Čl. 91, st. 8 Zakona o privrednim društvima.

29 Čl. 147 Zakona o radu.

Poslovno ime preduzetnika ima obavezne i fakultativne elemente. Obavezni elementi su: 1) lično ime i prezime preduzetnika; 2) opis pretežne delatnosti; 3) oznaka „preduzetnik“ ili skraćena „pr“ i 4) oznaka sedišta (misli se na mesto u kojem se obavlja delatnost, ne i na adresu). Pored toga, poslovno ime *može* da sadrži naziv (realno, predmetno ime), kao i predmet poslovanja preduzetnika.³⁰ Ovi fakultativni elementi imaju, pre svega, komercijalni značaj, jer se većina preduzetnika prepoznaje na tržištu upravo preko svog naziva ili drugih ovde pomenutih elemenata, a ne nužno preko svog ličnog imena. Može se, otuda, pretpostaviti da navedeni zakonski izraz podrazumeva da se delatnost može nastaviti *pod nazivom* (kao delom poslovnog imena) koji je koristio preminuli preduzetnik (što znači da se uz to prenosi i reputacija i klijantela preminulog poslodavca) i *korišćenjem imovine koja je služila za obavljanje te delatnosti* (poslovni prostor, sredstva i oprema za rad i sl.). Premda je ovo, pre svega, naslednopravno pitanje nesporno je da bi ga zakonom (o privrednim društvima ili o nasleđivanju) valjalo jasno i precizno urediti.

U pogledu lica ovlašćenih da nastave obavljanje preduzetničke delatnosti, u zakonu, takođe, postoje nepreciznosti (izazvane činjenicom da su istom odredbom regulisane dve pravne situacije), pa je nejasno da li su to naslednici ili članovi porodičnog domaćinstva. Premda može biti i drugačijih tumačenja, čini se, ipak, da je namera zakonodavca bila da u slučaju smrti poslodavca nastavak obavljanja preduzetničke delatnosti dozvoli nasledniku, dok u slučaju gubitka njegove poslovne sposobnosti to može biti član porodičnog domaćinstva premilulog preduzetnika (bračni drug, deca, usvojenici i roditelji), pod uslovom da je i sam poslovno sposobno lice.

Naslednik može podneti prijavu nastavka obavljanja preduzetničke delatnosti registru, u roku od 30 dana od dana smrti preduzetnika, na osnovu *rešenja o nasleđivanju* ili *međusobnog sporazuma o nastavku obavljanja delatnosti*, koji potpisuju *svi naslednici*. Dakle, osnov upisa je, pre svega, rešenje o nasleđivanju, koje je u praksi gotovo nemoguće dobiti u navedenom roku. Možda je to i razlog što Zakon dopušta još jedan alternativni pravni osnov prijave nastavka obavljanja delatnosti – međusobni sporazum o nastavku obavljanja delatnosti, potpisan od strane svih naslednika, kojim se jedan od naslednika određuje kao lice koje će nastaviti obavljanje preduzetničke delatnosti. U suprotnom, ova odredba bi bila praktično neprimenjiva. Međutim, ni ostavljena opcija (sporazum svih naslednika) nije ništa jednostavnija za praktičnu primenu, posebno

30 Čl. 91, st. 7 Zakona o privrednim društvima.

u situacijama kada ima mnogo naslednika, među kojima je više onih koji su zainteresovani za nastavak obavljanja preduzetničke delatnosti. Osim toga, pravni osnov prijave bi, svakako mogla biti i odluka naslednika o nastavku obavljanja delatnosti, ako postoji samo jedan naslednik koji je, pritom, voljan da nastavi sa obavljanjem delatnosti, što bi, svakako, valjalo i zakonom precizirati.

Ukoliko se u pomenutom roku od 30 dana od dana smrti poslodavca ne dobije rešenje o nasleđivanju, ne sačini i ne potpiše od strane svih naslednika sporazum o nastavku obavljanja delatnosti (odnosno ne donese odluka naslednika) i ne podnese prijava registru o nastavku obavljanja delatnosti, smatraće se da je poslodavac prestao da postoji po sili zakona, te će biti brisan iz registra privrednih subjekata.

Brisanje preduzetnika izvršiće sa danom donošenja rešenja o brisanju preduzetnika iz nadležnog registra, i to tek nakon što registracioni organ sazna za činjenicu smrti – dakle, kada neko lice dostavi registracionom organu izvod iz matične knjige umrlih. Brisanje će se, ipak, sprovesti tako da dan prestanka obavljanja delatnosti odgovara danu smrti tog lica. Kada ne bi bilo tako i kada bi se brisanje izvršilo sa nekim kasnijim datumom, to bi onda značilo da neko lice i posle smrti nastavlja da obavlja delatnost, što pravno, a ni faktički nije moguće. Međutim, zakonom nije regulisano dejstvo konkretne pravne situacije na prava trećih lica – zaposlenih, pa se postavlja pitanje šta je sa privrednom delatnošću u slučaju da nijedno lice ne prijavi činjenicu smrti niti nastavak obavljanja delatnosti u roku od 30 dana, te se brisanje iz registra izvrši nakon dužeg vremena. Mišljenja smo da se datum prestanka obavljanja delatnosti (datum smrti) odnosi na samo fizičko lice koje je bilo registrovano kao preduzetnik i da ga treba razlikovati od datuma brisanja iz registra preduzetnika. Datum brisanja iz registra (datum donošenja rešenja o brisanju) treba uzeti kao datum u odnosu na koji se ceni radnopravni status zaposlenih, koji se smatraju trećim licima, a ovo zato što je odredbama Zakona o postupku registracije u Agenciji za privredne registre,³¹ propisano da se registrovani podaci i dokumenti istovremeno objavljuju sa donošenjem rešenja kojim se prijava usvaja, te da registracija proizvodi pravno dejstvo prema trećim licima narednog dana od dana objavljivanja (Dragičević, 2022: 327). To znači da će sa tim danom i zaposlenom prestati radni odnos nezavisno od njegove volje i volje poslodavca na osnovu člana 176, stav 1, tačka 5 Zakona o radu,³²

31 Čl. 2. Zakona o postupku registracije u Agenciji za privredne registre, *Sl. glasnik RS*, 99/2011, 83/2014, 31/2019 i 105/2021.

32 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 1322/10 od 15. 9. 2011. godine.

i to ne zbog smrti poslodavca, već zbog činjenice da je poslodavac prestao sa radom brisanjem iz registra privrednih subjekata usled njegove smrti, budući da nijedan od naslednika nije bio voljan da nastavi sa obavljanjem preduzetničke delatnosti.

Ako naslednici pak u propisanom roku dobiju rešenje o nasleđivanju ili sačine međusobni sporazum o nastavku obavljanja delatnosti i registracionom organu prijave nastavak obavljanja delatnosti, onda se kao sporno otvara pitanje statusa zaposlenih za period od dana smrti poslodavca do dana registrovanja promene o novom nosiocu preduzetničke delatnosti: da li je za to vreme očuvan njihov radnopravni status i ko vrši ovlašćenja poslodavca? Drugim rečima, može li naslednička zajednica da obavlja preduzetničku delatnost i vrši ovlašćenja poslodavca u periodu od smrti poslodavca do registrovanja novog fizičkog lica kao nosioca preduzetničke delatnosti? U našem pravu, to je jedan kratak period od 30 dana, budući da je to rok u kome je naslednik dužan podneti prijavu nastavka obavljanja delatnosti, ali on u praksi može biti znatno duži budući da podrazumeva i vreme dok o navedenoj prijavi registracioni organ ne odluči pravnosnažno i ne izvrši upis novog lica (naslednika) kao preduzetnika. Polazeći od definicije preduzetnika, moglo bi se zaključiti da samo pojedinac može da bude preduzetnik, tj. da položaj preduzetnika ne može da pripada grupi lica. Navedeno vredi i za poslodavca, budući da je domaći Zakon o radu usvojio unitarnu koncepciju poslodavca, predviđajući da je poslodavac uvek pojedinačno „domaće, odnosno strano pravno ili fizičko lice koje zapošljava, odnosno radno angažuje, jedno ili više lica“. Međutim, praktični razlozi, potreba očuvanja zaposlenja i zaštite svih poverioca preminulog poslodavca, kao i javni interes da se uspešni preduzetnici sačuvaju, nalažu da se nasledničkoj zajednici dozvoli da obavlja preduzetničku delatnost u pravnom vakuumu – od dana smrti preduzetnika do upisa novog lica (naslednika) kao preduzetnika (Vukotić, 2018: 175). Takav je, primera radi, stav nemačke sudske prakse i doktrine, koji nije ostao bez kritike, ali se ipak održao zbog praktičnih potreba trgovinskog prometa (Vukotić, 2018: 175–176). Smatramo da bi se isto pravilo moglo primeniti i u srpskom pravu, budući da Zakon o privrednim društvima, kao ni propisi koji uređuju registraciju preduzetnika ne sadrže ni jednu odredbu koja bi izričito tome stala na put.³³ Iako predmetni Zakon koristi jedninu kada se govori o nasledniku, čini se, ipak, da je ova situacija ostala izvan vidokruga zakonodavca (Vukotić, 2018: 176). Uostalom, ovakvo

33 Čl. 2, čl. 6, st. 1 i 2, čl. 7 i čl. 21 Pravilnika o sadržini Registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju, *Sl. glasnik RS*, 42/2016.

tumačenje je u skladu sa odredbama Zakona o privrednim društvima koje imaju za cilj da omoguće nasleđivanje preduzetnika, a pored praktičnih interesa i položaj zaposlenih bi bio adekvatno zaštićen. Prihvatanje ovog tumačenja i njegova praktična primena bi značili da je radni odnos zaposlenih očuvan i za vreme od dana smrti poslodavca (prethodnika) do dana upisa jednog od naslednika kao preduzetnika, odnosno kao novog poslodavca. To bi bilo korisno ne samo za zaposlene (budući da ne bi dolazilo do prekida radnog odnosa), već i za nove poslodavce koji na taj način preuzimaju celokupno organizovano poslovanje (poslovni prostor, sredstva za rad, opremu, robne zalihe, ali i kvalifikovane zaposlene), koje bi inače morali sami izgraditi.

4. Radnopravne posledice gubitka poslovne sposobnosti poslodavca

Gotovo iste pravne posledice Zakon o privrednim društvima predviđa i u slučaju gubitka poslovne sposobnosti poslodavca. Pa tako, prema napred citiranim zakonskim odredbama, u slučaju gubitka poslovne sposobnosti, poslodavac prestaje sa obavljanjem delatnosti po sili zakona. Međutim, *član njegovog porodičnog domaćinstva* (bračni drug, deca, usvojenici i roditelji) koji je, pritom, i sam poslovno sposobno fizičko lice može nastaviti obavljanje delatnosti na osnovu međusobnog sporazuma o nastavku obavljanja delatnosti, koji potpisuju svi članovi porodičnog domaćinstva, ako u roku od 30 dana od dana pravnosnažnosti rešenja kojim je utvrđen gubitak poslovne sposobnosti prijavi nastavak obavljanja delatnosti registru, u skladu sa zakonom o registraciji. Nejasno je zašto Zakon kao lice ovlašćeno da nastavi obavljanje preduzetničke delatnosti određuje člana porodičnog domaćinstva, kao ni zašto se za nastavak delatnosti traži saglasnost svih članova porodičnog domaćinstva. Prema odredbama Porodičnog zakona ako lice posle punoletstva, zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju, nije sposobno za normalno rasuđivanje te zbog toga nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa, odnosno ako svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica, sud ga lišava poslovne sposobnosti i produžava roditeljsko pravo ili određuje staraoca.³⁴ Brigu o ovim licima, dakle, preuzima roditelj ili staratelj koji je ovlašćen, između ostalog, da se savesno stara o imovini

34 Čl. 85, čl. 146. i čl. 147 Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015. Odluku o tome donosi sud u vanparničnom postupku i određuje da li se lice stavlja u položaj lica potpuno ili delimično lišenog poslovne sposobnosti. Videti: Čl. 72–74. Zakona o vanparničnom postupku, *Sl. glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88

štićenika, pri čemu je za poslove raspolaganja imovinom neophodna saglasnost organa starateljstva.³⁵ O sudbini preduzetničke delatnosti, pa prema tome i radnog odnosa zaposlenih kod poslodavca koji je lišen poslovne sposobnosti bi, prema tome, trebalo da odluči roditelj ili staratelj (uz nadzor organa starateljstva), a ne članovi porodičnog domaćinstva. Ukoliko se opredeli za nastavak obavljanja preduzetničke delatnosti, on će biti novi poslodavac, a radni odnos zaposlenih će biti očuvan. U suprotnom, radni odnos zaposlenih prestaje po sili zakona danom brisanja preduzetnika iz registra privrednih subjekata zbog gubitka poslovne sposobnosti.

5. Zaključak

Bez obzira da li je ugrađeno u zakonodavstvo ili je (samo) tumačenje pravnih stručnjaka, pravilo o kontinuitetu poslovanja i radnih odnosa u slučaju smrti preduzetnika je važno za očuvanje objektivne vrednosti preduzetnika kao dela tržišta, ali i za očuvanje stabilnosti radnih odnosa. Međutim, upravo zbog činjenice da poslodavac-preduzetnik nema odvojen pravni subjektivitet od „preduzetničke radnje“, u slučaju njegove smrti dolazi do prestanka postojanja preduzetnika (subjekta u pravu), pa univerzalna sukcesija može nastupiti jedino ukoliko su naslednici voljni da nastave obavljanje ove delatnosti. Takav je slučaj i u domaćem pravu, budući da shodno srpskom Zakonu o radu zaposlenom prestaje radni odnos nezavisno od njegove volje i volje poslodavca u slučaju prestanka rada poslodavca, što će u slučaju smrti preduzetnika biti danom njegovog brisanja iz registra privrednih subjekata. Do prestanka radnog odnosa, međutim, ne mora doći, budući da Zakon o privrednim društvima predviđa da naslednik, koji je i sam poslovno sposobno fizičko lice, može da nastavi obavljanje delatnosti na osnovu rešenja o nasleđivanju ili međusobnog sporazuma o nastavku obavljanja delatnosti, koji potpisuju svi naslednici. Ukoliko se navedeno dogodi, već zasnovani radni odnosi neće prestati, već će se nastaviti sa naslednikom, tj. novim preduzetnikom – poslodavcem. Ovakva odredba je novina u našem pravu injeno uvođenje je pohvalno, budući da obezbeđuje kontinuitet privrednog poslovanja i radnih odnosa, ali ista ima puno manjkavosti, pa zahteva *de lege ferenda* poboljšanja, kako u pogledu pojašnjenja izraza „može nastaviti obavljanje delatnosti“, tako i radi preciziranja ovlašćenih lica za prijavu nastavka obavljanja delatnosti, pravnog osnova prijave,

i *Sl. glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 – dr. zakon).

35 Čl. 135 i 140 Porodičnog zakona.

radnopravnog statusa zaposlenih za vreme od dana smrti poslodavca do dana upisa naslednika kao novog poslodavca (preduzetnika), mogućnosti da za to vreme naslednička zajednica vrši poslodavčeva ovlašćenja itd. Budući da su to, pre svega, radnopravna pitanja poželjno je da ista budu regulisana matičnim zakonom za oblast radnih odnosa.

Pored toga, u domaćem radnom zakonodavstvu nisu regulisane posledice smrti kada se u ulozi poslodavca pojavi fizičko lice kao takvo. Premda postojeći propisi mogu dati osnov i za drugačija tumačenja (koja su prisutna u domaćoj naučnoj i stručnoj literaturi), mišljenja smo da bi valjalo prihvatiti stav onih domaćih radnopravnih pisaca (Tintić, 1955, Kovačević, 2016) koji smatraju da u ovom slučaju radni odnosi neće prestati, osim ako se ličnost ostavioca može smatrati nezamenljivom za ispunjenje postojećeg radnog odnosa ili se iz nekog drugog razloga smrću poslodavca gubi *causa* ugovora o radu i njegova ekonomska opravdanost. To će, primera radi, biti slučaj kada je zaposleni zaključio ugovor o plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca koji se sastoji u brizi o članu domaćinstva zavisnom od tuđe nege i pomoći ili kada je zaposleni obavljao pomoćne poslove u kući poslodavca, a naslednici preminulog poslodavca žive u drugom gradu ili državi.

U pojedinim pravima se, kao što smo napred videli, volja naslednika štiti tako što ugovorom o radu o radu predviđa mogućnost davanja otkaza u slučaju smrti poslodavca. Stoga, ako naslednici pošalju zaposlenima formalno obaveštenje u kome je sadržana izričita izjava da ne žele da nastave radni odnos, oni mogu iskoristiti pravnu moć jednostranog otkaza ugovora o radu bez posebnog otkaznog postupka, uz obavezu plaćanja naknade štete i/ili kompenzacione naknade. Važno je, međutim, naglasiti da uprkos slobodi naslednika da odlučuju o sudbini ugovora o radu nakon smrti poslodavca koja im je darovana u pojedinim pravima, svi posmatrani radnopravni sistemi kao osnov prestanka radnog odnosa zbog smrti poslodavca kao fizičkog lica predviđaju otkaz ugovora o radu od strane naslednika, i to iz razloga koji se tiču potreba poslodavca. Ovakvo rešenje je dobro, zato što se tako zaposlenom obezbeđuju materijalnopravne i procesnopravne garantije koje čine sadržinu prava na zaštitu od neopravdanog otkaza, pa se nadamo da će to sledećim izmenama Zakona o radu biti predviđeno i u domaćem pravu.

Literatura/References

- Adlercreutz, A. Nyström, B. (2015). *Sweden*. The Hague: Wolters Kluwer.
- Antić, O. (2009). *Nasledno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Baltić, A. (1963). *Osnovi radnog prava Jugoslavije*. Beograd: Savremena administracija.
- Brković, R. Urdarević, B. (2023). *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*. Beograd: JP Službeni glasnik.
- Vasiljević, M. (2013). *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Veneziani, B. (2014). Formation, modification and termination of employment contracts. U Kahn-Freund, O. i Hepple, B. (Prir.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume XV, Labour Law, Chapter 4, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Vukotić, M. (2018). Nasleđivanje preduzeća. *Pravo i privreda*. 10–12. 165–195.
- Dragičević M. (2022). *Pravni položaj zaposlenih u slučaju promene poslodavca*, neobjavljena doktorska disertacija. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Ivošević, Z. Ivošević, M. (2016). *Komentar Zakona o radu*. Beograd: JP Službeni glasnik.
- Jovanović, P. (2015). *Radno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Kovačević Lj. (2017). Usklađivanje domaćeg zakonodavstva i prakse sa radnim pravom Evropske unije – primer zaštite prava zaposlenih u slučaju promene poslodavca. *Radno i socijalno pravo*. 1/2017. 63–91.
- Kovačević, Lj. (2013). *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, Lj. (2016). Prestanak radnog odnosa usled smrti, odnosno prestanka njegovih subjekata. *Radno i socijalno pravo*. 1/2016. 93–109.
- Kovačević, Lj. (2021). *Zasnivanje radnog odnosa*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Laleta S. (2011). *Prestanak ugovora o radu*, neobjavljena doktorska disertacija. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet.

Marković, V. (2018). Prestanak radnog odnosa usled prestanka i prekida rada preduzetnika. *Pravo i privreda*. 7–9. 461–472.

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

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

Pravni izvori, sudske odluke i pravni dokumenti

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

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

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

Zakon o vanparničnom postupku. *Službeni glasnik SRS*. Br. 25.1982 i 48.1988 i *Službeni glasnik RS*. Br. 46.1995 – dr. zakon, 18.2005 – dr. zakon, 85.2012, 45.2013 – dr. zakon, 55.2014, 6.2015 i 106.2015 – dr. zakon.

Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre. *Službeni glasnik RS*. Br. 99.2011, 83.2014, 31.2019 i 105.2021.

Zakon o privatnim preduzetnicima, *Službeni glasnik SRS*. Br. 54.1989 i 9.1990 i *Službeni glasnik RS*. Br. 19.1991, 46.1991, 31.1993 – odluka USRS, 39.1993, 53.1993, 67.1993, 48.1994, 53.1995, 35.2002, 101.2005 – dr. zakon, 55.2004 – dr. zakon, 61.2005 – dr. zakon i 36.2011 – dr. zakon.

Zakon o privrednim društvima. *Službeni glasnik RS*. Br. 36.2011, 99.2011, 83.2014 – dr. zakon, 5.2015, 44.2018, 95.2018, 91.2019 i 109.2021.

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 24.2005, 61.2005, 54.2009, 32.2013, 75.2014, 13.2017 – odluka US, 113.2017 i 95.2018 – autentično tumačenje.

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

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

- Porodični zakon. *Službeni glasnik RS*. Br. 18.2005, 72.2011 – dr. zakon i6.2015.
- Pravilnik o sadržini Registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju. *Službeni glasnik RS*. Br. 42/2016.
- Presuda Vrhovnog kasacionog suda. Rev2 1322/10 od 15. 9. 2011.
- Code du Travail. Preuzeto 8. 7. 2023. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>
- Codice Civile. Preuzeto 5. 7. 2023. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

Internet izvori

- Was passiert beim Tod des Arbeitgebers oder beim Tod des Arbeitnehmers?. Preuzeto 10. 7. 2023. <https://www.kasperek-kollegen.de/informationen/arbeitsrecht/beendigung-von-arbeitsverhaeltnissen>
- Décès de l'employeur. Preuzeto 5. 7. 2023. <https://contrat-de-travail.ooreka.fr/astuce/voir/184038/deces-employeur-indemnites-et-preavis-de-l-employe-de-maison>
- La cessazione del rapporto di lavoro. Preuzeto 11. 7. 2023. <https://archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle=209&IDAttachment=182>
- La rupture automatique du contrat au décès de l'employeur ou de l'enfant de l'employeur. Preuzeto 11. 7. 2023. <https://particulier-employeur.fr/le-deces-de-l-employeur/>
- Regulación de supuesto de extinción del contrato por muerte del empresario. Preuzeto 10. 7. 2023. <https://www.iberley.es/temas/regulacion-supuesto-extincion-contrato-muerte-empresario-7881>
- Salarié au domicile de l'employeur: que faire en cas de décès de l'employeur?. Preuzeto 11. 7. 2023. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31231>

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

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

Summary

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

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

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

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-46291

UDK: 352:342.8(497.6 Republika Srpska)
UDK: 340.13:342.8(497.6 Republika Srpska)
Rad primljen: 03.08.2023.
Rad prihvaćen: 03.09.2023.

ON THE RECALL OF A MAYOR IN REPUBLIKA SRPSKA

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

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

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Secondly, the Act does not prescribe any limits for re-election. A mayor may be elected as many times as he/she receives plurality of votes. This solution is probably practical because a candidate with experience and voters' confidence should be entitled to exercise the power as long as he/she is the voter's choice, particularly since a mayor is an institution of local power. The author of this paper disagrees with this argument. Each power has to be limited in order not to pervert into an abuse of power. Although a mayor is a local institution, he/she still holds a considerable amount of local power, which can be abused. One

4 The Local Self-government Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R. Srpska*, No. 97/16, 36/19, 61/21.

5 Although the institution of a mayor is well-known in comparative local self-government systems (see: Moreno, 2012), a mayor often does not have such strong competences and power. Although this may not be the proper occasion to discuss the issue, the author of this paper advocates for another system of local self-government, which would include a local assembly as a representative body with normative power, and an executive collegiate body which would be accountable to the local assembly. In such a system, there would be no place for a mayor. There would be the president of the local assembly and a chair of the collegiate executive body. Moreover, in the local assembly system of power, the collegiate executive body would be hierarchically controlled by the local assembly. A similar system has been introduced in the Republic of Serbia (For more, see: Stanković, 2015).

of mechanisms for prevention of abuse of power is to limit the re-election to two consecutive terms. This solution is also appropriate for Republika Srpska.

The institute of recall is directly interconnected with the issue of re-election of a mayor. This institute has its justification in each local self-government system, particularly in the system which enables a mayor to hold power consecutively for 16 or 20 years, for example. Recall serves as a threat to a mayor who would act illegally or illegitimately; to such a mayor, it is an instrument of control and "punishment". A control of a mayor is particularly important in a system which gives a chance to the mayor to impose his/her political will over the local executive power and potentially over the entire local power system. Recall could be an instrument for preventing the spread of power of the mayor who otherwise could not be deposed, particularly in case he/she would serve for more than two consecutive terms and strengthen his/her control over local politics.

Thirdly, the system of local self-government in Republika Srpska is based on wide competences of the mayor who heads the local executive as a hierarchical chief of various officials and executive agencies. All of them are nominated by the mayor and are responsible to him/her. The mayor's influences on the local representative body (assembly) is also considerable. He/she is the main initiator of normative legal acts which are enacted by the local representative body; he/she proposes changes to the statute as the main legal act of a local community, drafts a budget, and proposes local policies in different areas.

The wide competences given to a mayor always entail considerable political power although its scope and content depends, among other factors, on the relationship between a mayor and the local representative body (assembly). If a mayor belongs to a political party or a coalition which controls the majority in a local representative body, there would be no any efficient means of control of the former by the latter. If a mayor belongs to a political party or a coalition which exercises control over the majority in a local assembly, the mayor cannot be efficiently controlled by the local assembly. In this case, the balance of powers between the normative and the executive power would be strongly shifted toward the latter. Thus, the institute of recall is the only possible and legally recognized means of control of the local executive power.

The institute of recall is important for another reason. A mayor cannot be removed from office by the local representative body, which means that there is no substantial and efficient control of the former by the latter. Whatever the relationship between the two is, one cannot decide on the political destiny of the other. If the institute of recall did not exist, a mayor could not be removed irrespective of his/her policies and deeds. It is true that the institute of recall

does not guarantee an efficient control of a mayor by the local representative body but, at least, it provides an opportunity for it.

The institute of recall is important as an instrument of people's control⁶ over the local executive power.⁷ If citizens elect a mayor, they should have the right to recall him/her. It is a democratic principle which, at least potentially, gives the opportunity to those who are dispossessed of political power to influence political processes at the local level. It is quite a different issue whether, how, and to what extent the citizens' decision to recall a mayor may be independent from the impact of local political elites. It is true that political parties considerably influence the very process of recall. The citizens' decision is also influenced by political parties. However, one cannot prove that citizens are unable to decide on recall without the influence of political parties in all cases. At least, there is a possibility that they would truly decide on recall independently, and this possibility justifies the very legal regulation of this institute. Whether this possibility would become a reality depends on many factors which cannot be estimated in advance.

3. The Legislative Framework on the Legal Institute of Recall

3.1. *The reasons for recall*

Article 45 of the Election Act⁸ prescribes that recall is one of the legal grounds for termination of a mayor's term of office.⁹ The same article enlists the reasons for starting of the recall procedure.¹⁰ Most of these reasons are implicitly political in nature while all of them are explicitly connected with breach of a law

6 Some would rightly say that it is a reactive mechanism and an *ad hoc* corrective mechanism (European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2019:18).

7 It is an instrument of direct democracy which has to function as a complement to representative democracy (Venice Commission, 2019: 17; Welp, 2018: 451).

8 The Election Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 34/2002, 24/2004, 101/2004-another act, 19/2005, 24/2012, 94/2012- CCB&H decision, 109/2012, 45/2018, 18/2020;

9 The author thinks that the institute of recall is so important for potential development of direct democracy at the local level that it should be guaranteed by the Constitution. In comparative law, such a solution is envisaged in Poland, where Article 170 of the Constitution prescribes that members of a local self-governing community can decide on dismissal of a directly elected body of local power in a referendum.

10 The literature on the recall of a mayor also includes the term "recall referendum". The Election Act of Republika Srpska does not contain the term "referendum" in regulating the institute of recall although it should. The very recall procedure contains all basic features of a referendum as an institute of direct democracy, and there is no reason to avoid the right term "referendum" in the Election Act.

or a mayor's failure to exercise his/her duties and competences. The reasons for recall of a mayor are as follows: 1) failure to perform the mayor's duties in compliance with the law (EA) and other acts; 2) failure to implement the strategic documents which are significant for the Republic; 3) failure to implement the decisions and strategic developmental documents of a local representative body (assembly); 4) material damage caused by enactment or failure to enact the acts in the competence of a mayor; 5) failure to submit a report to the local assembly; 6) failure to submit a draft budget to a local assembly in a term prescribed by the law (Article 45 para.2 of the Election Act of R.Srpska).

As one could conclude, the recall procedure cannot be initiated if a local assembly has political disagreements with a mayor, or if it or the citizens disagree with his/her policies. Formally, if a mayor does not breach Article 45 of the Election Act, the recall procedure may not be started even if a local assembly or citizens have serious doubts about the legitimacy or political suitability of his/her acts and deeds.

This concept of recall has its positive and negative aspects. Its positive side is that the lawmaker has intended to define relatively precisely the reasons for starting of the procedure of recall in order to prevent the misuse of this instrument of control. If recall could be organized for every reason, those who have the right to decide on it could use it whenever they disagree with a mayor and wish to use recall in order to get rid of a mayor. However, the Election Act has not prescribed the possibility of recall for political disagreements between the local assembly and a mayor. To be more precise, this possibility exists only if a local assembly is able to justify the recall by using Article 45 of Act as a pretext. A local assembly could not decide to initiate the recall procedure by claiming that a mayor has had illegitimate or harmful policies. It can only be done by claiming that one of reasons from Article 45 of the Election Act has been fulfilled.

In the author's opinion, recall has to be possible even in cases when a local assembly finds a mayor's policies inappropriate. It means that recall has to be possible even for pure political reasons, which the author considers to be an acceptable solution. Since the mayor is directly elected by citizens, the latter should have the right to recall the mayor for any reason they find justified, including their disagreement with his/her policies. A mayor has to be responsible to those who elect him/her for all imaginable reasons, particularly including his/her policies.

This is not the case under the Election Act of Republika Srpska. Thus, if a local assembly wants to recall a mayor only for political disagreements, it has to define one or more reasons for recall in accordance with Article 45 of the Election Act. Sometimes it is not easy because mayor acts in accordance with the law and a

local assembly has to artificially define reason(s) that supposedly justify the instigation of the recall procedure.

What happens if a local assembly decides to initiate the recall procedure without specifying a reason prescribed by the Election Act? Such a decision should be proclaimed illegal and it could not be used as the legal basis for recall. However, such an outcome is neither explicitly prescribed by the Act nor it ever happens in practice. Even if it were attempted, it would be very hard to prove in court that a local assembly decided to start the recall procedure without a legal basis envisaged in Article 45 of the Election Act.

It has to be noted that the present legal provision was adopted in 2012. The original text of the Election Act prescribed that a mayor could be recalled if he did not exercise his/her functions in a lawful manner, or if he/she did not execute the decisions of a local assembly. Principally, the reasons for recall in the current Election Act, which are defined in a general manner, are substantially the same as the one which were prescribed in 2012. However, the lawmaker decided to change the approach when defining these reasons. Namely, the original legal provision defined only two general reasons for recall. A local assembly could subsume different individual reasons under one of these two general reasons. Thus, a local assembly had a relatively wide freedom to decide whether one of these two general reasons had been fulfilled. The lawmaker's intention was to stabilize the institution of a mayor. Thus, the legislator enlisted six cases in which the recall procedure could be enforced. All of them could be subsumed under the previous two general reasons for recall. The new legal solution may have a dissuasive effect; when the reasons for recall have been relatively precisely defined, it could be expected that a recall would be proposed less often.

However, the practice did not go in that direction. The fact that there has not been an efficient judicial protection from a political misuse of this instrument of direct democracy, as well as the fact that the reasons for its enforcement has been relatively widely defined, enabled political parties to decide on starting of the recall procedure whenever they found it politically opportune.

A comparative law analysis shows that the reasons or grounds for recall have not been prescribed in the widest possible manner in the Election Act. Some authors point to legislations which prescribe, for example, failure to uphold the interests of the local community or incompetence in performing duties as reasons for recall.¹¹ These reasons may be acceptable in those local self-government systems which give the right to voters to initiate a recall whenever they are politically dissatisfied with a mayor. In other words, the acceptance of

11 See: European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission Report, 2019: 23.

these reasons depends on the concept of recall as well as on the specific local self-government system.

The author of this paper advocates for acceptance of these reasons for recall as well. It is true that they are defined very generally and widely, which potentially makes room for political manoeuvres and misuse of this institute of direct democracy. However, these reasons could contribute to achieving the principle of democratic legitimacy of the institution of a mayor and to his/her political responsibility (accountability) to voters. As the institution of a mayor is a political institution, a mayor is not only in a position to execute but also to shape local policies, and quite often has a central role in the system of local institutions. Thus, it is acceptable that he/she can be recalled for the reason of failure to uphold local interests or for incompetence in the performance of his/her duties.

The Election Act does not prescribe when recall procedure cannot be initiated. Therefore, it can be initiated at any time during the mayor's term of office. In some legal systems, recall referendum cannot be initiated during the first or the last year of the mayor's term in office.¹² These solutions have their own logic. The lawmakers obviously have intended to give the chance to a mayor to act freely during his/her first year in office in order to have enough time to fulfil his/her basic electoral promises. On the other hand, the lawmakers have thought that it would not be wise to recall a mayor in his/her last year in office since new elections would come soon anyway.

While these solutions could serve the purposes of stability and efficiency of the mayor institution, they are opposed to the democratic principle of sovereignty of popular will. Citizens may become aware of a mayor's incompetence or anti-popular policies at the very beginning or at the end of his/her term in office. They should be entitled to have a say on the mayor's policies and deeds since his/her misconduct should not be tied to the time he/she spent in office. It would be meaningless to say that a mayor should be given some time to prove his/her abilities and legitimacy if voters think that he/she has proven at the very beginning of his mandate that his/her policies would not be satisfactory and legitimate. Therefore, voters should have the right to recall a mayor at any time.

3.2. Who decides on initiating the recall procedure?

The institution of recall is prescribed in the Election Act of Republika Srpska. Although this Act prescribes the recall of the head of municipal executive, the same provisions are also applicable to the recall procedure of the head of city

12 See: Welp, 2018: 454.

executive, considering that the city mayor is also elected directly just as the municipality mayor.

In Republika Srpska, a recall can be initiated by one-third of members of a local assembly or 10% of voters who exercise their voting right in a municipality (Article 45 para. 3 of the Election Act).¹³ The proposal has to be made in the form of an initiative which has to be justified. The local assembly discusses the initiative and decides on it by a simple majority vote of the total number of local assembly members (councilors). Thus, it is empowered to assess the validity of the reason(s) for recall (Welp, 2018:454).

The provision on the initiators of recall is adequate. It is natural that a portion of members of a local assembly shall be entitled to initiate the recall procedure; the same may be said for voters. Given that a mayor is elected by voters and that they should be entitled to recall him, voters shall also have the right to initiate his/her recall. The percentage of voters who can do it (10% of all voters in a municipality) is adequately prescribed¹⁴ because it is neither too high nor too low.¹⁵ The aim of the provision has obviously been to prevent voters from submitting initiatives too often; yet, if this percentage were higher (15 or 20

13 In Romania, for example, it is 25 % of voters. See: Council of Europe, 2014: 12. We may criticize this solution which makes this instrument of control and direct democracy almost useless for citizens.

14 In Croatia, Article 40b of the Local and Regional Self-government Act prescribes that a referendum for the recall of a mayor can be initiated by 20 % of voters or two-thirds majority of a representative body. We find these solutions unacceptable, except in one aspect. If 20% of voters initiate a referendum on recall, a representative body would decide on a referendum. Therefore, the representative body does not have the right to decide whether to call a referendum or not; its duty is to call a referendum.

15 There is an opinion that recall should be an exceptional tool, as a complement to other democratic mechanisms (European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2019: 18). If recall has to be an exceptional tool, the conditions for initiating a recall (including the percent of voters who have the right to propose it) have to be carefully formulated. In the author's opinion, such an approach to recall has to be rejected. If a recall has to be an exceptional tool, it has to be used only in exceptional circumstances, in other words, quite rarely. This is not an explicit conclusion stemming from understanding of recall as an exceptional tool, yet, it could be understood in such a way. This approach should not be accepted. If a recall were understood as an instrument which would have to be used exceptionally (i.e. rarely), the democratic potential of recall would be quite limited, or almost nonexistent. It should not be defined as an exceptional tool, and it should not be legally regulated with conditions which would aggravate its exercise. If a recall were perceived as an exceptional tool, it would be justified to prescribe a higher percentage of voters who could initiate it. The higher percentage of voters who have to collect their signatures in order to initiate a recall would probably discourage voters to do so. The author disagrees with such an approach. It is always complicated for voters to initiate a recall as they rarely have organizational, financial, mass media and other resources at their disposal. If a percentage

%), voters would be discouraged from using it since it could be too complex for them to collect such a huge number of signatures.¹⁶

While a local assembly is expected to decide on a recall procedure initiative submitted by one-third of its members, in the author's opinion, it should not have the right to decide on a recall initiative submitted by voters. Naturally, as one-third of the local assembly members cannot impose their will on the majority of the assembly members, a recall initiative has to be verified by the local assembly. The situation is different in case a recall initiative is submitted by voters. If an initiative is submitted by an informal group of citizens, an association of citizens, or one or more small political parties, it is not easy for them to collect signatures from 10% of voters in the city/municipality. They need money, organizational infrastructure, media attention (etc.) for publicity alone.¹⁷ Even if these obstacles are overcome, a local assembly may simply reject an initiative if the assembly majority supports a mayor, or for any other reason. Moreover, the question is not whether an initiative for recall is supported by "mere" 10% of voters. It may be supported by 30, 40, or even 50 % of voters. Even in such cases, a local assembly may unilaterally decide to reject a recall initiative and prevent voting. Such an outcome is legally allowed and possible. In the author's opinion, it is not democratically legitimate that a group of 16 people (or less, depending on the number of deputies in a local assembly) can reject an initiative which has been submitted by thousands or even tens of thousands of voters.

There are two legal solutions to this issue. The first one is that a local assembly should decide on starting the recall procedure if an initiative is submitted by at least 10% of voters. This means that a local assembly would not have the right to reject an initiative. The second one is that a local assembly should not have the right to reject an initiative submitted by 15% of voters, while it would have the

of voters for initiating a recall is high, it is highly unlikely that an initiative for recall could be submitted.

16 In order to reduce the number of recalls, parliaments in some countries increased the requirements for the number of signature needed to initiate the recall procedure (see: Serdult, Welp, 2017: 142). This would be counterproductive in Republika Srpska. Prior practice does not support the thesis that voters would use this mechanism even if the legislator prescribed a low number of signatures which have to be collected in order to initiate the procedure. In practice, the procedure has been proposed by local assemblies, which means that citizens have not yet had the role of an independent subject who would instigate the recall procedure independently from political parties.

17 Comparative analysis shows varied statistical data on the recall procedure. In Poland, for example, there were 195 recall votes during the 1998-2002 period; in Peru, the recall procedure was triggered in 45,4% of municipalities in the period 1997-2013; in Germany, there were 17 recall votes in the period 1993-2008; in Japan, there were 397 recall votes during the 1947-1999 period (Serdult, Welp, 2017: 142-143).

right to reject it if it is submitted by 10 to 15 % of voters. The purpose of these solutions is to prevent a negative decision of a local assembly if a considerable number of voters submitted an initiative. The democratic potential of a recall would be undermined if a local assembly would be stronger than whatever number of voters. This is the case right now, which has to be strongly criticized. The lawmaker has intended to efficiently limit the participation of citizens in the process of recall and succeeded in that endeavour, which is contrary to the principles of democratic legitimacy and popular sovereignty.

Two principles have had to be reconciled: the principle of democratic legitimacy of the institution of a mayor and the principle of its stability. On the one hand, the principle of democratic legitimacy has had to guarantee to citizens that they could recall a mayor if they were dissatisfied with his/her policies or conduct. This would be a logical end of a relationship between citizens and a mayor: as they elected the mayor, they have the right to control and eventually recall him/her. On the other hand, the institution of a mayor has to be stable. One of the presumptions for its stability is that recall is not organized often and without a good reason.

Someone has to decide whether a recall is justified, i.e. if there is a good reason for starting the recall procedure. In that regard, two problems arise. Firstly, if citizens elect a mayor and have the right to recall him, it is their sole right to decide not only whether a mayor shall be recalled or not but also whether the recall procedure shall be started. The current legal solution is contradictory: even if citizens think that a mayor has to be recalled, the recall procedure may be initiated only if a local assembly agrees. Therefore, a local assembly can prevent a recall by not giving the voters a chance to vote.

Secondly, both the local assembly and the mayor are political institutions. The local assembly's assessment of justification of a recall could be a political one, purely based on the assembly's positive or negative attitude towards a mayor, his/her political party affiliation and policies. Thus, the citizens' political wish to remove a mayor can be obstructed by a local assembly decision which may be motivated by a purely political reason. The local assembly would like to avoid a risk of losing a mayor who belongs to the same political party or acts in accordance with political programme and/or interests of the local assembly majority.

The decision to initiate the recall of a mayor is made by the local (municipal/city) assembly by a majority vote of the total number of councilors (Article 45 para.6 EA). This is important because the time limits for conducting the recall procedure start running from the moment when the local assembly decision enters into force. Financial resources for the recall procedure have to be planned, accounted for and provided from the local self-government budget (Article 45 para.7 EA)

3.3. Body responsible for conducting the recall procedure

Under the Election Act, a local assembly nominates a commission responsible for conducting the recall procedure (hereinafter: the Commission). The Commission is composed of three, five, or seven members (Article 45b para.3 EA). The number of Commission members is equal to the number of the municipal election commission members. Members of the municipal election commission may be appointed to sit in the Commission in charge of conducting the recall procedure. The Commission members have to meet the same requirements for appointment as the members of the municipal election commission (Article 45b para.5 and 6 EA).

The composition of a Commission is stipulated in relatively imprecise terms, particularly in terms of party affiliation or party preferences of the Commission members. Thus, the most important issue is how to guarantee that the Commission members will be truly independent from the influence of political parties. It is important because political parties are interested in the outcome of a recall and they may try to influence the process and thus the outcome of voting.

It is good that a particular body is responsible for conducting the recall procedure. One may argue that the process should be conducted by the local election commission, which is by its very nature connected to the issue of elections. Another argument in favour of this opinion may be supported by the fact that the Commission members have to fulfil the same membership requirements which have to be fulfilled by the members of a local election commission.

If the current legal solution were to be preserved, it would be better if the recall procedure were conducted by a permanent local (municipal/city) election commission. The term of office of such a commission is seven years. Although there are no guarantees that local election commissions would be politically independent, such a commission is still more likely to be more politically independent than a commission specifically nominated by a local assembly majority for a purpose of conducting a recall procedure.

In the author's opinion, the best possible solution would be for a local assembly to nominate a commission for conducting the recall procedure; the commission should be composed of members nominated both by the local assembly majority and minority. This commission has to be politically independent as much as possible. As it is highly unlikely to expect a fully independent commission, the legislator should prescribe that both majority and minority in the assembly shall be entitled to nominate the same number of Commission members. To be nominated, they have to meet the same requirements that are prescribed for the appointment of members of a local election commission.

3.4. Majority necessary for rendering a decision on recall

A mayor is recalled by a majority of all citizens who have participated in voting. Citizens decide by casting a direct secret ballot (Art. 45a, para. 2 and 3 of the Election Act). The original text of the Election Act (2002) prescribed that a majority of all voters with the voting right was necessary for recall. Therefore, even if a vast majority of those who voted expressed their will for recall, it would not be enough if this majority would not include a majority of all voters with the voting right. The original legal provision protected a mayor from recall too much because such a majority was very hard to achieve. Thus, in order to secure the failure of a recall, it was enough for a mayor and his political party to campaign for voters' abstention. The Act on the Basic Principles of Local Self-government in the Federation of Bosnia and Herzegovina prescribed the solution which was the same as the one which has been valid in Republika Srpska since 2004, and which is in force right now.¹⁸

Although the author of this paper finds that the legal provision has a clear meaning, there are different opinions on the meaning of the Election Act provision that the mayor is recalled by "the majority of the overall number of voters who voted". The Republic Election Commission of Republika Srpska (REC) contributed to the confusion by drafting the Rulebook on the Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor (on 4 May 2022).¹⁹ As the Secretariat for Legislation of Republika Srpska rightly found this Rulebook to be contrary to the Election Act, on the basis of the Secretariat' opinion, Article 7.7 of the Rulebook prescribed that the mandate of the mayor ends if the majority of the voters who went to the polls vote in favour of his/her recall. Article 5.4 of the Rulebook clearly prescribes that valid ballot papers are those where the voters clearly circle only one of the options (for or against), while invalid ballots include blank ballot papers, invalidated ballot papers, or ballot papers from which the voter's will cannot be determined with certainty. Therefore, the votes of those voters who participated in voting but whose ballots are invalid shall not be counted. This is contrary to Article 45a para. 3 of the Election Act, which clearly indicates that the votes of the total number of voters who participate in voting (turn out at the polls) shall be counted (including the blank and invalid ballot papers). Under the Election Act, voters are entitled to participate in voting and vote as they wish. Therefore, the blank vote is lawful and it has to be included in the voting results. Voters also have the right to invalidate their ballot papers, but their blank or invalidated ballot papers show their political stance and preference. A voter may also

18 In some legal systems, such as the German one, the recall of a mayor is possible by a qualified majority of the population voting in favour (Schefold, 2012: 243).

19 Rulebook on the Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor, *Official Gazette of the Republika Srpska*, No. 63/22.

leave the ballot paper blank or invalidate it because he/she is uncertain how to vote; such a vote cannot be counted as a valid vote but it may reflect the voter's intention to demonstrate his/her political will or stance.

In July 2022, the President of the Republic Election Commission of Republika Srpska expressed his view that the provision of the Election Act of Republika Srpska was problematic because it could help the mayor "survive" the recall.²⁰ In his opinion, the provision of Article 45 EA entails that invalid ballot papers are included in the total number of voters who turned out at the polls. However, the blank or invalid votes cannot be ascribed to either "for" or "against" group. In order to resolve this issue, the Rulebook introduced the rule that only valid ballots shall be taken into account (Srpskainfo, 2022).

The author of this paper disagrees with this opinion. Firstly, one has to understand that the voters have the right not to vote, i.e. to invalidate a ballot paper or to vote with a blank ballot (which is one of forms of ballot's annulment). Secondly, even a blank vote is a vote. A voter who annuls his/her ballot or decides not to vote at all (although he/she comes to a polling station) still participates in voting. The question arises why a voter decides to spoil his/her vote in a situation when he/she decides not to stay at home but comes to a polling station. The only reasonable explanation is that a voter spoils his/her vote because it is a kind of protest and expression of a political will or a political attitude towards the very process of recall and political subjects who participate in voting. Given the fact that they participate in the voting process, they are not absentees. Therefore, their votes have to be included in the final results.

The majority necessary for the final decision on recall has to guarantee stability of the institution of a mayor, but it should not protect the mayor from justified citizens' dissatisfaction. The stability is guaranteed in the legal provision which prescribes that a mayor can be recalled if a majority of voting citizens voted in favour of his/her recall. As a mayor can be elected by a relative majority of voting citizens, it is obvious that the condition for recalling a mayor is more rigorous than the condition for electing a mayor.²¹

20 Srpskainfo (2022). *Predsjednik RIK najavio odluku za Višegrad iduće sedmice* (the REC President announced the decision on appeals against the decisions of the Commission for conducting the recall procedure of the mayor of Višegrad), S. Popadić, 1 July 2022; <https://srpskainfo.com/predsjednik-rik-najavio-odluku-za-visegrad-iduce-sedmice-svaki-nacelnik-protiv-koga-je-pokrenut-opoziv-ima-blagi-vjetar-u-ledja/>

21 The author agrees with the opinion of the Constitutional Court of the Russian Federation that it would be unconstitutional to prescribe that a majority for recalling a mayor should be lower than the one for electing a mayor. See: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: "In the case of assessing the constitutionality of certain provisions of the Law of the Krasnoyarsk Territory "On the procedure for recalling a

One may argue that a mayor could be recalled by votes of a relatively insignificant number of voters if a majority of voters who participated voted in favour of recall but only a small portion of voters actually voted at all. In other words, it is not necessary that more than 50% of all voters (or any other lower percentage of voters) participate in voting on recall. This could really be a problem as it raises the question of legitimacy of a recall decision. This problem could be resolved by prescribing that one-third of all voters shall take part in voting on recall (which is the case in Croatia, for example). In the author's opinion, a prerequisite for this prescription would be the provision that a mayor may be elected if the same percentage of voters (one-third or any other) takes part in direct election. It would not be justified to prescribe such a condition for the recall of a mayor if the same condition would not be concurrently prescribed for his/her election because, in that case, a mayor would be excessively protected from recall.²²

3.5. Protection of rights of citizens and political subjects

After the voting process, a local assembly has to adopt the Commission report and send its decision on adopting the report and the voting material to the Republic Election Commission (REC). The REC's duty is to control the legality of the local assembly's decision and the legality of the recall procedure. Then, the REC

deputy of a local government representative body", and the Law on the Name of the Russian Federation), http://cikrf.ru/law/decreed_of_court/pes_7p_02.html.

22 In some legal systems, it is prescribed that a certain number of voters shall take part in voting on recall, and this number has to be compared with the number of voters who participated in the elections when a mayor was elected. In Poland, for example, the turnout has to be higher than the minimum of three-fifths of the turnout in the previous local elections (Serdukt, Welp, 2017:147). We may analyze how this requirement influenced the recall outcome in a particular case in Poland. In 2013, there was an attempt to recall the Mayor of Warsaw, who belonged to the nationally ruling party. Notably, the recall procedure was initiated by a small local citizens' group and the mayor of some Warsaw's boroughs. Although the initiative was later joined by some of the major opposition parties which helped collect enough signatures, the initiative was largely triggered by the civic sector. The reasons for the initiative were very specific (local infrastructure and public transport) and were not politically motivated (at least on the part of the civic sector). However, the process turned into a political battle between two largest political parties. In the end, the Mayor was not recalled although 94% of those who voted supported the recall. The recall failed for lack of sufficient voter participation: instead of the required 29% voter turnout, only 26% of voters went to the polls (Serdukt, Welp, 2017:147). Such a requirement facilitates the position of those who are against the recall. They can always count on a considerable percentage of absentees who do not wish to participate in voting for different reasons (often unrelated to the recall question, mayor's policies and activities). The recall opponents do not need to embark on a serious campaign against the recall; they may simply campaign against participation, i.e. for abstention or boycott.

sends the report on the recall procedure to the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina, which has to control the legality of the expiration of a mayor's mandate (Article 45g EA). After that, the Central Election Commission of B&H calls a new election for a mayor.

The Election Act of the Republika Srpska prescribes the procedures for protection of rights of citizens and political subjects in general terms. However, the procedures have not been prescribed in detail in order to guarantee legal certainty. There are no legal provisions on the right of citizens and political subjects to protect their rights and the very legality of the recall procedure by filing legal remedies. These issues have been entirely regulated in the REC Rulebook.²³ It has to be noted that the Rulebook was enacted on the basis of the Election Act. As a legal act of lower legal force than the Election Act, the Rulebook has to regulate in more details those issues which have been generally regulated in the Election Act. As for legal remedies, these issues have not been regulated at all in the Election Act. The Republic Election Commission has taken over the role of the lawmaker by prescribing all procedural aspects related to legal remedies (objections complaints and appeals). For this reason, the legality of this Rulebook could be discussed.

The Commission in charge of the recall procedure decides on objections and complaints in the first instance. Voters as well as political subjects have the right to submit objections and complaints to the Commission (no later than 24 hours from the recorded violation), and the Commission is obliged to decide on the objection and complaint within the time limit of 48 hours. An appeal has to be submitted to the Republic Election Commission (REC), no later than 24 hours from the moment of receiving the first-instance decision. Acting as an appellate (second-instance) body, the REC has to render the final decision on appeal (Articles 8.4. and 8.5. of the Rulebook).

The Rulebook contains another general provision which prescribes the use of other provisions of the Election Act of Bosnia and Herzegovina, the Election Act of Republika Srpska, and the General Administrative Procedure Act wherever necessary.

In terms of administrative law, the REC decision is a final act. Neither the Election Act of Republika Srpska nor the Rulebook contain provisions on the possibility of further judicial protection of rights of voters and political subjects in administrative dispute proceedings. The Rulebook does not even mention the Administrative Disputes Act of Republika Srpska, which is a mistake of the REC which failed to envisage such a rule. It is also the mistake of the lawmaker which

²³ Rulebook on Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 63/22.

failed to regulate this possibility in the Election Act. Yet, given the fact that a REC decision is a final administrative act, it is obvious that an administrative dispute procedure may be initiated.

On the other hand, the question arises how the recall procedure can be terminated in the legally prescribed time limits if an administrative dispute proceeding is instigated in a competent court. Namely, Article 45a (para.1) of the Election Act stipulates that the recall procedure has to be carried out no later than 30 days from the date when a decision on starting the recall procedure entered into legal force. How should we understand the moment when the recall procedure is over? Is it the moment when voting for or against recall is over, or it is the moment when a decision on recall is final and irrevocable, i.e. can no longer be challenged in front of any body? In the author's opinion, the recall procedure is over when a decision on recall becomes final and irrevocable (as it is illogical to consider it terminated if there is still a legal possibility to challenge and revoke the voting results). Recall procedure could not be equated with voting at polling stations because voting is only one segment of the recall procedure; voting is neither the first nor the last phase of the recall procedure, which entails many actions that serve as precursors to voting. The voting *per se* does not mean that the recall procedure is over; in effect, once the voting results have been proclaimed, we still do not know if a mayor is recalled, if the results are legally valid and if the entire procedure has been legally valid.

Therefore, the time limits of recall procedure have to be explicitly defined in the Election Act. In cases where an administrative dispute has been instigated, it would be almost impossible to carry out the recall procedure within the prescribed 30-day period. Thus, the time limits have to be defined differently. In order to ensure that the recall procedure is conducted within the given time, it is necessary to explicitly prescribe that a court has to resolve an administrative dispute within a very short period. Under the Election Act, the REC has to wait for an administrative dispute to be resolved in order to finally declare whether a mayor has been recalled. If an administrative dispute lasted as long as "ordinary" administrative disputes, the recall procedure would last for months, which is clearly unacceptable. In practice, voting for or against a recall has to be organized no later than 30 days after the recall procedure has been started. In the author's opinion, this provision has to be more precise, by envisaging that voting shall be organized no later than 30 days after a local assembly has voted on the decision on recall. Thus, the legal provision would be clear and logical, while the commissions and courts would have time to act in order to protect the rights of voters and political subjects.

On the other hand, an administrative dispute may be started in front of the Appellate Department of the Court of Bosnia and Herzegovina against a decision of the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina. Although it is true that the Court of B&H has the duty to resolve a dispute in a very short period of time, the fact remains that two administrative disputes may be instigated on one and the same recall procedure.

Competence is another issue which is important for protection of the rights of citizens and political subjects in the recall procedure. The area of elections is a shared competence between the state and the entities. Thus, the matter is regulated by a number of legislative acts and by-laws. Among other laws, there are the Election Act of Bosnia and Herzegovina and the Election Act of Republika Srpska. On the basis of these legislative acts, different institutions enacted different regulatory acts in order to regulate many issues in more detail. The question is whether the regulatory acts enacted by the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina (on the basis of the Election Act of B&H) can be implemented in the recall procedure. If not, the Republic Election Commission of Republika Srpska has to enact its own regulatory acts.

In the author's opinion, the recall procedure cannot be instituted under the provisions of the Election Act of B&H. This conclusion rests on a number of arguments. Firstly, recall by its very nature cannot be understood as a sort of election in the strict sense. Although a recall may eventually result in the election of a new official (mayor), it does not necessarily have to be the ultimate outcome. The purpose of recall is not just to elect a new mayor but to evaluate the policies and deeds of a present mayor. It is an instrument of citizens' control of a mayor as directly elected official. In principle, the purpose of recall is different from the purpose of elections even though the final outcome may be the same – the election of a new official.

Secondly, the Election Act of B&H²⁴ does not regulate the institute of recall in more detail. This institute is mentioned in three provisions. First, Article 2.9 regulates the competences of the Central Election Commission of B&H, which is authorized to control the decision of the body on the cessation of mandate of an elected official by means of recall. The second and the third mention are contained in Article 3.1 and Article 3.7 which regulate the purposes of the central electoral register. As a matter of fact, these provisions do not regulate the institution of recall but some other issues, which are only of some technical importance for the recall procedure.

24 The Election Act of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of B&H*, No. 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002, 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011-CCBH, 63/2011-CBH, 18/2013, 7/2014, 31/2016, 54/2017-CCBH, 41/2020, 38/2022, 51/2022, 67/2022.

Thirdly, it is true that Article 64 of the Election Act of Republika Srpska prescribes that the Election Act of B&H shall be applied to all those issues which have not been regulated by the Election Act of Republika Srpska. However, it is explicitly prescribed that the Election Act B&H shall be applied only to the issues concerning the elections at all levels (including the local level), while the recall procedure has not been mentioned. Article 64 only refers to the application of the Election Act of B&H, and it is silent on the application of regulatory acts adopted by the Central Election Commission of B&H.

It is obvious that recall is an exclusive competence of the entities. It is a logical solution because recall is one of the segments of the local self-government system. Considering that the entities have an exclusive competence to regulate their respective local self-government systems, they are fully entitled to regulate the issue of recall.

4. Should a local assembly be punished in case of an unsuccessful recall?

What happens if recall is unsuccessful, i.e. in case a majority of voters do not vote in favour of a mayor's recall and he/she remains in office? From the theoretical and comparative law perspective, there are three possible outcomes. The first outcome is that both institutions (the local assembly and the mayor) will continue with their work. The second outcome is prescribed in Article 152 of the Local Self-government Act of Republika Srpska,²⁵ which envisages that, acting on the proposal of the Government of Republika Srpska, the National Assembly of Republika Srpska may dissolve a local assembly if citizens' voting did not result in the recall of a mayor. The third outcome may be that a local assembly shall be automatically dissolved.

The legal solution which has been accepted in Republika Srpska is not a good one. One has to understand the political context of a recall. In the author's opinion, the local self-government system has been envisaged in such a way that it gives wide competences and political power to the two local institutions (the mayor and the local assembly), which both claim the widest possible democratic legitimacy. In such a system, political confrontation of these institutions is quite possible, particularly in case of cohabitation. The confrontation occurs for different reasons, the most important being the fact that both institutions are elected directly as well as the fact that an assembly majority is almost always multiparty and relatively or potentially unstable. In case of cohabitation, the assembly majority tries (whenever possible) to get rid of a mayor who belongs to a political party which forms a minority in a local assembly. Therefore, recall

²⁵ Local Self-government Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 97/16, 36/19, 61/21.

is most frequently initiated for pure political reasons, i.e. the endeavour of an assembly majority to institute “its own mayor”, who belongs to one of political parties from the majority.

If a local assembly has misinterpreted the citizens’ political will by wrongly estimating that they are willing to recall a mayor, the assembly has to be “punished”. The purpose of this “punishment” is to prevent the local assembly from making a decision on recall easily, without serious deliberation on the reasons for recall and consequences. If a local assembly wants to recall a mayor only for political reasons (i.e. for belonging to an opposition political party), such a recall would not be justified because it disregards the purpose of this democratic institution. Even if a local assembly has other reasons for a decision to start a recall procedure, it has to be “punished” for wrong assessment of the popular will. This conclusion rests on the fact that the law has to guarantee stability to both institutions and to give a chance to voters to control them. Therefore, the easily triggered recall procedure has to be prevented or at least aggravated.

The existing legal solution in Republika Srpska prioritizes a local assembly whose majority belongs to the same party or parties which have a majority in the National Assembly. It is highly improbable that the latter would dissolve the former when the same political party or parties have a majority in both institutions. It may be illustrated by the most recent case of the City of Bijeljina. Although the citizens rejected the idea to recall the Mayor of Bijeljina with almost 70% of votes (which means that the majority in the Assembly of the City of Bijeljina made a gross political error in assessing the citizens’ will), the National Assembly has never discussed the possibility to dissolve the City Assembly because the Government of Republika Srpska has never made such a proposal. The reason is quite obvious: the same political party is in power at the level of Republika Srpska and in the Assembly of the City of Bijeljina.

5. Conclusion

The institute of recall has a great democratic potential and it has to be preserved in both local self-government systems in Bosnia and Herzegovina. The current legal provisions do not guarantee that recall would not be used as a means for resolving political conflicts between political parties, which has already happened many times in the past. In order to protect citizens from political manipulations and misuse of the institute of recall, it is necessary to amend relevant legal provisions contained in the Election Act and the Local Self-government Act of Republika Srpska. In particular, it is important to envisage guarantees which would protect the citizens as well as a mayor from easily instituted recall procedure. As shown in this paper, the current legislation does not provide adequate

safeguards for the protection of the rights of voters and political subjects in the recall procedure.

Although legal improvements are necessary, it has to be stressed that the appropriate use of this democratic institutions largely depends on development of the democratic participatory political culture, the civic engagement and the envisaged limitations on the monopoly of political parties over political processes. If there is no political and social awareness about the importance of the institute of recall and the methods of its use, even the best legal provisions cannot guarantee an efficient and meaningful role of citizens in the process of control of elected officials.

References

Bouvier, J. (2012). Local Government in Belgium, in: A.-M. Moreno (ed.), *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid, 2012;

Council of Europe (2014). Structure and Operation Report of Local and Regional Democracy, Romania, February 2014; <https://rm.coe.int/16807471c6>

European Commission for Democracy through Law/Venice Commission (2019). *Report on the Recall of Mayors and Local Elected Representatives*, CDL-AD(2019)011rev, Venice, 21/22 June 2019; [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)011rev-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)011rev-e);

Marković, G. (2021). *Ustavni lavirint. Aporije ustavnog sistema Bosne i Hercegovine* (The Constitutional Labyrinth: Aporias of the B&H constitutional system), *Službeni glasnik*, Beograd 2021;

Moreno, A.-M.(ed.) (2012). *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid 2012;

Schefold, D. (2012). Local Government in Germany, in: A.-M. Moreno (ed.), *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid 2012;

Serdult, U., Welp, Y., (2017). The Levelling Up of a Political Institution: Perspectives on the Recall Referendum“, in: S. P. Ruth, Y. Welp, L.Whitehead (eds.), *Let the People Rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*, ECPR Press, Colchester 2017;

Stanković, M. (2015). *Lokalna samouprava u Srbiji. Prošlost, sadašnjost, budućnost* (Local self-government in Serbia), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015;

Welp, Y. (2018). Recall referendum around the world: origins, institutional designs and current debates, in: L. Morel, M. Qvortrup (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge 2018;

Legal acts

Izborni zakon Bosne i Hercegovine (Election Act of B&H), *Službeni glasnik BiH*, br. 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002-ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011-odluka US, 63/2011-odluka US, 18/2013, 7/2014, 31/2016, 54/2017-odluka US, 41/2020, 38/2022, 51/2022 i 67/2022.

Izborni zakon Republike Srpske (Election Act of Republika Srpska), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 34/2002, 24/2004, 101/2004-dr.zakon, 19/2005, 24/2012, 94/2012– odluka USBH, 109/2012, 45/2018, 18/2020.

Zakon o lokalnoj samoupravi Republike Srpske (Local Self-government Act of Republika Srpska), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 97/16, 36/19, 61/21.

Zakon o lokalnoj i područnoj/regionalnoj samoupravi (Local and Regional Self-government Act), *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17,98/19, 144/20.

Pravilnik o sprovođenju postupka opoziva načelnika grada/opštine (Rulebook on the Procedure for Recalling a Mayor), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/22.

Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: Postanovlenie Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 2 apreļa 2002 goda № 7-P “Po delu o proverke konstitucionnosti otdeľnyh položenij Zakona Krasnojarского края “O porядке отзыва deputata predstaviteľnogo organa mestnogo samoupravlenija” i Zakona Imenem Rossijskoj Federacii (Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: “In the case of assessing the constitutionality of certain provisions of the Law of the Krasnoyarsk Territory “On the procedure for recalling a deputy of a local government representative body”, and the Law on the Name of the Russian Federation), http://cikrf.ru/law/decreed_of_court/pes_7p_02.html.

Online sources

Srpskainfo (2020). *Predsjednik RIK najavio odluku za Višegrad iduće sedmice...* (the REK President announced the decision on six appeals against the first-instance decisions of the Commission for conducting the recall procedure of the mayor of Višegrad), S. Popadic, 1 Jul 2022; <https://srpskainfo.com/predsjednik-rik-najavio-odluku-za-visegrad-iduce-sedmice-svaki-nacelnik-protiv-koga-je-pokrenut-opoziv-ima-blagi-vjetar-u-ledja/>

*Dr Goran Marković,
Redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale, Republika
Srpska, BiH*

O OPOZIVU NAČELNIKA OPŠTINE I GRADONAČELNIKA U REPUBLICI SRPSKOJ

Rezime

Autor analizira institut opoziva načelnika opštine i gradonačelnika u pravnom sistemu Republike Srpske. Svrha rada je kritičko sagledavanje zakonskih odredaba dva zakona – Izbornog zakona Republike Srpske (kojim se skoro u cijelosti uređuje ova materija) i Zakona o lokalnoj samoupravi Republike Srpske.

Autor smatra da institut opoziva ima ozbiljan demokratski potencijal jer je instrument političke kontrole načelnika opštine/gradonačelnika od strane građana. Načelnik/gradonačelnik ima značajna ovlašćenja jer je nosilac cjelokupne izvršne vlasti, koju ne dijeli sa kolegijalnim organom. Osim toga, građani ga biraju relativnom većinom, na jednokružnim izborima, a isto lice može biti birano na ovu funkciju više puta uzastopno. Skupština opštine odnosno grada ograničava načelnika odnosno gradonačelnika u vršenju izvršne funkcije, ali su mogućnosti tog ograničavanja skućene i mahom se odnose na slućajeve kohabitacije. U svakom slućaju, skupština ne može razriješiti načelnika/gradonačelnika, već samo može pokrenuti postupak opoziva.

Međutim, zakonske odredbe ogranićavaju demokratski potencijal opoziva jer ne podstiću građane da koriste ovaj instrument političke kontrole. Iako 10% građana upisanih u biraćki spisak može inicirati pokretanje postupka opoziva, postupak ne mora biti pokrenut, jer odluku treba da donese skupština opštine/grada.

Ovo rješenje nije odgovarajuće i trebalo bi propisati da skupština može donijeti odluku o pokretanju postupka opoziva ako to zahtijeva između deset i 15% građana, a da tu odluku mora donijeti ako postupak opoziva inicira 15% i više građana.

Izborni zakon Republike Srpske sadrži relativno veliki broj razloga za pokretanje postupka opoziva, ali oni se uglavnom odnose na slučajeve kada načelnik/gradonačelnik ne vrši svoje nadležnosti, ne sprovodi odluke čije izvršavanje mu je stavljeno u zadatak ili nanosi štetu opštini/ gradu svojim radom. Nema izričite odredbe po kojoj postupak opoziva može biti iniciran i kada građani ili skupština nisu zadovoljni politikom načelnika/gradonačelnika, što bi trebalo da bude slučaj.

Postupak opoziva sprovodi komisija koju imenuje skupština opštine/grada. Odredbe o njenom sastavu su šturo i nema nikakvih ograničenja da većina u skupštini opštine/grada imenuje članove koji će biti njeni politički istomišljenici. Komisija treba da stručna a skupštinska većina i manjina treba da imaju jednaka prava prilikom imenovanja njenih članova, kako bi izgledi za kontrolom zakonitosti postupka opoziva bili što veći.

Izborni zakon Republike Srpske ne sadrži zadovoljavajuće odredbe o zaštiti prava građana i političkih subjekata u postupku opoziva, te treba napomenuti da je ova tema relativno neregulisana ili nedovoljno uređena.

Konačno, Zakon o lokalnoj samoupravi Republike Srpske štiti lokalnu skupštinu koja pokreće neuspješnu proceduru opoziva jer ne postoji zakonska garancija da će takva lokalna skupština biti raspuštena. Zakonom o lokalnoj samoupravi treba propisati da će skupština opštine/grada biti raspuštena ukoliko načelnik opštine/gradonačelnik ne bude opozvan.

Ključne riječi: opoziv, Načelnik opštine, Gradonačelnik, Skupština opštine/grada, Lokalna samouprava, Izborni zakon Republike Srpske.

Dragoljub Todić, LL.D.,*

Full Professor,

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

Republic of Serbia

pregledni naučni rad

10.5937/zrpf0-46293

UDK: 340.137:349.6(100:497.11)

Rad primljen: 01.09.2023.

Rad prihvaćen: 25.10.2023.

THE GLOBAL PACT FOR THE ENVIRONMENT: ELEMENTS OF CODIFICATION OR/AND A NEW INTERNATIONAL AGREEMENT**

Abstract: *The paper explores the relationship between the Draft Global Pact for the Environment (the Global Pact) and relevant international documents (declarations and international environmental agreements) and the legislation of Republic of Serbia (RS). The first part of the article provides a survey of the contents of the Global Pact, pointing to the significance of the international environmental law principles included in this document. The next part of the paper discusses the relationship between the Global Pact principles and RS legislation, with specific reference to the relationship between the Global Pact and the right to a (healthy) environment. The author concludes that the norms of the Global Pact and those of the international environmental agreements and RS domestic laws coincide to a great extent. Apart from the intentions to codify environmental law principles, the Global Pact also introduces some new principles whose contents and scope should be analysed in detail.*

Keywords: *Global Pact for the Environment, international environmental agreements, right to (healthy) environment, environmental law principles, Republic of Serbia.*

* dtodic@ymail.com

** The paper presents the findings of the study developed as a part of the research project "Serbia and Challenges in International Relations in 2021", financed by the Ministry of Education, Science, and Technological Development of the Republic of Serbia, and conducted by Institute of International Politics and Economics, Belgrade.

** The paper was presented under the same title in the form of a report at the International Scientific Conference: "Sustainable Recovery in Post-pandemic Era – Green Economy Challenges", organized by the Institute of Social Sciences (Center for Economic Research) Belgrade (Serbia), the Institute for Sociological, Political and Juridical Research, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje (Republic of North Macedonia), and the International Labor Organization (ILO), Belgrade, 7-8 December 2021.

1. Introduction

The current state of affairs in environmental law and the dynamics of changes in the causes and effects of the current situation point, among other things, to the problems in the functioning of the adopted regulations and the need to upgrade them. The problems observed long ago in the functioning of the system of legal norms have made numerous debates on possible ways to improve the system highly topical. Various ideas are being discussed, including the adoption of a new document which would strengthen the role of environmental law and clarify some open questions. In that context, the efforts of the experts gathered round the project of drafting an international treaty on this matter resulted in the creation of the Draft Global Pact for the Environment (Global Pact for the Environment, 2017), which was presented in the UN in 2017. As a follow-up activity, in May 2018, the UN General Assembly adopted its resolution “Towards a Global Pact for the Environment” (UNGA Resolution A/RES/72/277, 2018a). As provided in the Resolution, an intergovernmental working group was established with the aim to discuss the possibility of opening negotiations on the adoption of an agreement which should include all general principles of international environmental law in one place. In May 2019, the intergovernmental working group finished its work and adopted several recommendations which were officially supported by the UN General Assembly in August 2019. However, contrary to the expectations of a part of expert audience, the working group recommended that a “political declaration” should be made not requesting the principles of international environmental law to be codified (de Lassus St-Geniès, 2020). Yet, regardless of what will happen with the document, the idea on building up the environmental legal system through the adoption of a new document is seriously conceptually founded (Aguila, Vinuales, 2019).

In this context, the goal of this paper is twofold. First of all, it stresses the significance of the problems in the environmental legal system and especially those being present in the international field. It also points to a possible contribution of the Global Pact for the Environment in overcoming those problems. The second goal is to identify (principally) the points which coincide and differ in the contents of the norms envisaged in the Global Pact and international and domestic sources of law. The paper analyses the instruments of soft law which the Global Pact directly recalls: the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the World Charter for Nature (1982), and the Rio Declaration (1992).¹ The author has selected some global international agreements created in several stages of the development of contemporary international environmental law (since

1 The Global Pact also recalls the Sustainable Development Goals adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015, while international agreements mentioned in the document are UNFCCC and CBD.

1985 to the present days) as the basis for analysis and discussion. These eight agreements are: The Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer (VC); the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (BC); the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC); the Convention on Biological Diversity (CBD); the United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD); the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (CLNNUIW); the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs); and the Minamata Convention on Mercury (MCM). The texts of all international agreements have been retrieved from the UN depository of international treaties, (Chapter XXVII: Environment)². The paper also explores the contents of the norms of the Global Pact for the Environment (2017)³ concerning the formulation of the right to a (healthy) environment from Article 1 of the Global Pact. Finally, the norms included in the Global Pact are compared to those contained in the RS legislation (the Act on Environmental Protection and the Constitution of the RS).

By applying the comparative method, the article explores the principles included in the Global Pact and their presence in some relevant sources of international and domestic law.⁴ The basis of the analysis includes an attempt to give arguments in favour of the thesis that the Global Pact encompasses all most important principles of environmental law adopted so far, and introduces some new principles as well. Based on the results of the analysis, the author discusses how the contents of the Global Pact can possibly affect its (potential) codification or the progressive development of environmental law.⁵

2 UN Treaty Collections (2023). Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, CHAPTER XXVII: Environment; https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (accessed 1 September 2023. Due to the limited scope of this paper, the analysis does not include a number of global international agreements and regional international agreements, some of which could be rather relevant for the discussion.

3 Global Pact Environment.org (2017). Draft Global Pact for the Environment, Preliminary Draft of the group of experts, 2017; <https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf>

4 Aguila and Vinuales (2019: 192-281) make a detailed survey of international law norms which are relevant (or could be relevant) for the corresponding norms from the Global Pact. It seems sensible to interpret, in a broader philosophical and conceptual sense, the connection between some norms included in the international documents which the authors point to and the norms included in the Global Pact. However, the reliability of their legal character remains disputable.

5 The paper does not particularly deal with the “codification” and “progressive development” but it takes the definitions given by the International Law Commission for the basic meaning of these concepts. According to Article 13, paragraph (1) (a) of the UN Charter, the General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of: a) promoting

2. Literature overview

The discussion on the Global Pact for the Environment should be considered in the context of the general framework of international environmental law whose characteristics are clearly defined in comparative law as problem-based and time-based categories. In that sense, the existing architecture of environmental norms are analysed in relevant literature by applying various criteria. In the past fifty years, global environmental problems have been presented in the way that they have become recognisable and basically generally accepted (Shaw, 2014: 613-654). The role of various subjects (right-holders and duty-bearers) has also been recognised in resolving some problems where, apart from states, an increasingly important role is played by some international organisations, particularly those within the UN system (Todić, 2018: 120-140). Historically, the principles of the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the World Charter for Nature (1982), and the Rio Declaration on Environment and Development (1992) are taken as conceptual foundations of contemporary environmental law that the Global Pact leans on. Recently, the Sustainable Development Agenda (UNGA, 2015) and other related documents have been more and more frequently added to this. The Global Pact considerably reminds of these documents by its form and contents, thus presenting a sort of upgrading and modernising of the principles included in the documents of the so-called soft law. Considering it in this way, it is hard to deny the opinion that the Global Pact has come out as a “logical result” of the half-a-century-long development of contemporary international environmental law (Aguila, 2020). One of the issues that characterises the debates on environmental law is the efficiency of norms of international environmental law (Todić, 2017; des Club des jurister, 2015). It is partly a build-up of the more general issue which deals with the implementation and instruments for ensuring the consistent implementation of laws. Although these debates partly lean on the debates on the characteristics of international law as a whole, a considerable part of debates focus on the gaps in international environmental law and the possibilities of overcoming them (UNGA Report, 2018b). Voigt (2019: 20-23) considers the possibility of overcoming the gaps, first of all, within the context of redefining the meaning of “principles” (pointing

international cooperation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification. The progressive development of international law encompasses the drafting of legal rules in fields that have not yet been regulated by international law or sufficiently addressed in State practice. In contrast, the codification of international law refers to the more precise formulation and systematization of rules of international law on subjects that have already been extensively covered by State practice, precedent and doctrine (UN Legal (2023): Codification and Progressive Development of International Law, the Codification Division of the United Nations Office of Legal Affairs; <https://legal.un.org/cod/>, accessed 11 January 2022).

at the same time to the difficulties and problems in codifying principles); then, Voigt elaborates in detail on five “other ways” for overcoming the gaps.⁶ This also includes some questions pertaining to eliminating the problems generated by the specific features of some legal systems (horizontal and vertical) and the need to bring them into accord. Many authors point to the need of the so-called defragmentation of the whole system in this field.

In the philosophical sense, the significance of environmental law principles is not unambiguous; thus, this issue is the subject matter of debates that tend to be considerably polarized. Apart from establishing a list of principles which could be considered generally accepted, the nature of rights and duties resulting from a principle could have a deeper meaning in the context of legal philosophy. Paradell-Trius (2000) points to the legal nature of principles, stressing at the same time the need to understand the social conditions under which principles are created; he also points to the functions, effects and the role of principles as well as to the creation and identification of environmental law principles. Describing the general principles and rules of international environmental law, the way they reflect in international agreements, binding documents of international organisations, practice of states and the so-called soft law, Sands *et al.* (2012) particularly discuss the following principles: sovereignty over natural resources and responsibility not to cause transboundary environmental harm, the preventive principle, the principle of co-operation, the principle of sustainable development, the precautionary principle, the polluter pays principle and the principles of common but differentiated responsibilities (Sands, Peel, Fabra, MacKenzie, 2012: 187). The Global Pact has “the potential to clarify, consolidate, and legalize principles of international environmental law that now appear in hundreds of agreements and declarations. Perhaps more importantly, it also promises normative coherence for the international legal system as a whole.” (Young, 2018).

Kotzé and French (2018) put their approach in the context of the dilemma whether this is “a stillborn initiative” or the “Anthropocene law” (Kotzé, French, 2018: 814). They analyse the contents of the document by critically considering some norms, which they have arranged into groups as follows: the right to an ecologically sound environment (Article 1 GP), the duty to take care of the envi-

6 They include: 1) support to better co-ordination and synergy of various international agreements; 2) the Global Pact form as a framework or roofing document, aimed at putting together different agreements (by the subject matter of regulation and geographic scope) under a common vision of international environmental law for the Anthropocene; 3) overcoming the implementation weaknesses; 4) the role of the Global Pact as a mediator between international environmental law and international law in other fields; and 5) the role of the Global Pact in the future challenges and technologies which are not included in international treaty law (Voigt, 2019: 15-17)

ronment (Art. 2 GP), integration and sustainable development (Art. 3 GP), “more from the same” (Articles 5-8 GP), the role of non-state actors and subnational entities (Art. 14 GP), effectiveness of environmental norms (Art. 15 GP), and resilience (Art.16 GP). It is not clear why the authors have included the norms on global co-operation, armed conflicts, the principle of common but differentiated responsibilities, monitoring and implementation (the issues of fundamental importance) as well as the norms of technical/procedural nature (the role of the Secretariat, signature and ratification, coming into force, denunciation and depositary) under the subtitle “Miscellaneous” (Kotzé, French, 2018: 832).

Responding to the question on the need to adopt the Global Pact, Tigre (2000) points to the fact that the changes in the Earth system denote the appearance of a distinct new geological era in the Earth history. The Earth is moving towards the period of instability as a result of the global footprint left by people in the biosphere. The opinion prevails that the mankind has become a geological factor like a volcano or a meteor, being capable of changing the Earth and its systems (Tigre, 2000: xxiv). Similar to Kotzé, Tigre indicates the significance of the environmental changes which have occurred within the Anthropocene. The Anthropocene moving towards the creation of a new cognitive framework offering an opportunity for the re-examination and re-thinking of legal interventions that could best respond to the present global socio-ecological crisis (Tigre, 2000: xxiv). Kenig-Witkowska (2018) particularly points out the significance of the first two articles of the Draft Global Pact recognising that their formulation has enabled “codification” of the right to an ecologically sound environment and the duty to take care of the environment (Kenig-Witkowska, 2018: 15). These norms are two pillars of the Global Pact which set the foundation for numerous “horizontal principles” that have already been established in environmental law. The Global Pact further provides a comprehensive list of rights and duties of general and procedural nature, as well as the leading public policy principles. Therefore, the position taken by of Kenig-Witkowska may not seem pretentious as she concludes that the Global Pact provides the foundation which to be recognised as the third generation of codification on human rights.

3. Research

By its form, the Global Pact for the Environment looks like an international agreement; it is structured in 26 articles and the Preamble, which contains 11 paragraphs.⁷ The Global Pact formulates the rights and duties relating to the

⁷ The Preamble of the Global Pact recalls, among other things, a broader context and key issues of contemporary international environmental law. It connects it with the existing sources of international environmental law recalling them and pointing to their significance. Also, it recognises the commitment to the goals to pursue sustainable development which

following issues: right to an ecologically sound environment (Art.1); duty to take care of the environment (Art.2); integration and sustainable development (Art.3); intergenerational equity (Art.4); prevention (Art.5); precaution (Art.6); environmental damages (Art.7); polluter-pays system (Art.8); access to information (Art.9); public participation (Art.10); access to environmental justice (Art.11); education and training (Art.12); research and innovation (Art.13); role of non-state actors and subnational entities (Art.14); effectiveness of environmental norms (Art.15); non-regression (Art.16); resilience (Art. 17); cooperation (Art.18); armed conflicts (Art.19); diversity of national situations (Art.20); and monitoring the implementation of the Pact (Art.21). The remaining five articles of the Pact regulate the functioning of the Secretariat (Art.22), signature, ratification, acceptance, approval, accession (Art.23), coming into force (Art.24), denunciation (Art.25), and deposition (Art.26).

Table 1 (below) provides a comparative survey of articles of the Global Pact and key corresponding articles of the three declarations explicitly recalled in the Global Pact, as well as relevant global international environmental agreements and the Republic of Serbia legislation.

Table 1: Global Pact and Declarations, Global Environmental Treaties and Serbia

Global Pact for the Environment	Declarations	International Environmental Treaties	R. Serbia
Article 1 - Right to an ecologically sound environment	SD, RD	VC, BC, UNFCCC, CBD, WC, MC (human health, subject of protection)	Art. 74 Con RS Art. 1 EPA
Article 2 - Duty to take care of the environment	SD, WCN, RD,	UNCCC, CBD	Art. 74 Con RS
Article 3 - Integration and sustainable development	RD	UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 9 EPA
Article 4 - Intergenerational Equity	SD, RD	UNCCC	Art. 9 EPA
Article 5 - Prevention	SD, WCN, RD	VC, BC, WC, UNCCD, UNCCC, CBD, SC, MC	Art. 9 EPA

were established by the UN General Assembly on 25 September 2015; it considers in particular the urgency to tackle climate change and recalls the objectives set by the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Paris Agreement, etc.

Article 6 - Precaution	WCN, RD	VC, UNCCC, CBD, SC	Art. 9 EPA
Article 7 - Environmental Damages	SD, RD	BC, CBD, UNCCC, SC	Art. 105, 107 EPA
Article 8 - Polluter-Pays	SD, WCN, RD	SC	Art. 9 EPA
Article 9 - Access to information	SD, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, SC, MC	Art. 74 Con Art. 9 EPA
Article 10 - Public participation	WCN, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, MC	Art. 9 EPA
Article 11 - Access to environmental justice	RD	WC	Art. 9 EPA
Article 12 - Education and training	SD, WCN, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, SC, MC	Art. 6, 55, 65 EPA
Article 13 - Research and innovation	WCN, SD, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, MC	Art. 6,12,14, 55, 90v EPA
Article 14 - Role of non-State actors and subnational entities	RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 7, 9 EPA
Article 15 - Effectiveness of environmental norms	SD, RD	MC	
Article 16 - Resilience			
Article 17 - Non-regression			
Article 18 - Cooperation	SD, WCN, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 8 EPA
Article 19 - Armed conflicts	SD, WCN, RD		
Article 20 - Diversity of national situations	SD, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	

Sources: UN, 1973; UN, 1982; UN, 1992 (table prepared by the author, 2023).⁸

8 *Abbreviations:* SD–Stockholm Declaration, WCN–World Charter for Nature; RD – Rio Declaration. VC–Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer, BC–Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal; UNCCC–UN Convention on Climate Change, CBD–Convention on Biological Diversity, UNCCD–UN Convention to Combat Desertification, WC–Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, SC– Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs), MC–Minimata Convention on Mercury; EPA–Environmental Protection Act of the RS (2004), Con RS–Constitution of the RS (2006).

4. Discussion

4.1. Connections between the Global Pact, declarations and international environmental agreements

First of all, one can instantly note that the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the Rio Declaration on Environment and Development (1992), and the World Charter for Nature (WCN) contain, in different ways, most principles included in the Global Pact.

The situation is similar with the contents of the analysed international agreements. In some of these agreements, the connection with the Global Pact principles is achieved by directly recalling relevant declarations (usually in the preamble to the agreement), while some of agreements stress the special significance of some principles in their operating parts.⁹ Thus, for example, in its preamble, the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal recalls the Stockholm Declaration (1972) and some other relevant documents which deal with waste management as well as the World Charter for Nature (1982). In its preamble, the Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer recalls the Stockholm Declaration on Human Environment (1972)¹⁰, referring in particular to principle 21 envisaged therein which entails the sovereign right of states to exploits their own resources provided that some conditions have been fulfilled.

Apart from recalling the Stockholm Declaration, the preamble to the 1992 UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)¹¹ formulates several principles in a specific way. Article 3 (Principles) of the Convention obliges the State Parties to protect the climate system “for the benefit of present and future generations of humankind” The principle of “common but differentiated responsibilities and respective capabilities” is taken as a sort of corrective measure to reach “equity” of the parties to the agreement (Art.3, Principle 1). Accordingly, developed countries should take the lead in combating climate change and its adverse effects. The State Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimise the causes of climate change and mitigate its adverse effects. (Art.3, Principle 3). The parties have a right to, and

9 All international agreements which have been analysed contain different provisions that correspond to most principles mentioned in the Global Pact. However, for the recognition of the presence of several principles contained in the Global Pact, a much more detailed analysis should be done (which primarily refers to Articles 11, 16, 17 and 19 of the GP).

10 the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>

11 UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC, 1992) https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf

should, promote sustainable development. Policies and measures to protect the climate system against human-induced change should be appropriate for the specific conditions of each party and should be integrated with national development programmes, taking into account that economic development is essential for adopting measures to address climate change (Art.3, Principle 4). The parties should co-operate to promote a supportive and open international economic system that would lead to “sustainable economic growth” in all parties, particularly developing countries (Art.3, Principle 5 UNCCC).

The Convention on Biological Diversity (CBD, 1992)¹² contains a separate article titled “Principle” which provides that “states have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their environmental policies”, provided that they do not cause environmental damage to others (Article 3 CBD). The Global Pact indirectly recalls several other principles contained in the Convention (e.g. sustainable development, conservation, maintenance and recovery, etc.).

In its preamble, the UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD)¹³ recalls Principle 2 of the Rio Declaration (the sovereign right of states to exploit their own resources). In the operative part, Article 3 (“Principles”) of the Convention prescribes the duty of the State Parties to ensure the principle of the participation of populations and local communities in making decisions on the design and implementation of programmes to combat desertification and/or mitigate the effects of drought (Art. 3 a) UNCCD). In a spirit of international solidarity and partnership, Parties should improve co-operation and co-ordination at all levels (subregional, regional and international), by focusing on more efficient distribution of financial, human, organisational and technical resources “where they are needed” (Art.3 b). The Parties should develop co-operation at all levels of government for the purpose of “establishing a better understanding of the nature, the value of land and scarce water resources in affected areas” and achieving “sustainable use” of natural resources (Art.3 c). In particular, the Parties should “take into full consideration” the special needs and circumstances of affected developing countries, particularly the least developed among them” (Art.3 d). The Convention also prescribes the obligation of states to co-operate in good faith and in the spirit of global partnership (Article 18) as well as the obligation to take into account “diversity of national situations” (Article 20 UNCCD).

12 The Convention on Biological Diversity (CBD, 1992), <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>

13 UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD, 1994); https://catalogue.unccd.int/936_UNCCD_Convention_ENG.pdf

In its preamble, the Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (CLNNUIW, 1997)¹⁴ recalls the principles of the Rio Declaration and the Agenda 21 for global action. In its operating section, the Convention contains a separate part that includes “general principles” (Articles 5-10). Article 5 envisages the “equitable and reasonable utilisation” and participation of State Parties in equitable and reasonable use, development and protection of international watercourses”, including the obligation to enter into consultations and cooperate in their protection and development (Art. 5). In addition to specifying the criteria for equitable and reasonable utilization (Art. 6), the Convention also prescribes the obligation not to cause significant harm (Art.7), to facilitate co-operation (Art. 8), and to exchange of data and information regularly (Art. 9 CLNNUIW).

The preamble of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs, 2004)¹⁵ recalls the Rio Declaration (Principles 7 and 16, in particular), stressing the significance of the international law principles within which states have the sovereign right to exploit their own resources assuming the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or of areas beyond the limits of national jurisdiction (Preamble § 10 of the POPs). Pursuant to Article 1 of the POPs, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants, which is based on the “precautionary approach” set forth in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992).

In its preamble, the Minamata Convention on Mercury (MCM, 2013)¹⁶ recalls the Rio Declaration, particularly stressing the principles of common but differentiated responsibility, the States’ respective circumstances, and the need for global action (Preamble § 4 of the MCM).

4.2. Connections between the Global Pact and the legislation of the Republic of Serbia

Before discussing the relationship between the contents of the Global Pact for the Environment and the RS legislation, it should be noted that that Serbia is a

14 the UN General Assembly Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (CRNNUIW, 1997); https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf

15 the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs, 2001); https://treaties.un.org/doc/Treaties/2001/05/20010522%2012-55%20PM/Ch_XXVII_15p.pdf

16 the Minamata Convention on Mercury (MCM, 2013); <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>

state party to key international environmental agreements which are significant for the Global Pact. In the last two decades, the Republic of Serbia has made considerable efforts to develop the environmental law system which would be in line with EU law (Todić, 2021a; Vukasović, Todić, 2021). In that regard, a large number of domestic laws should be examined in detail but, in this article, we will focus on the key legislative act in this field: the Environmental Protection Act of the RS.¹⁷

The Environmental Protection Act contains the fundamental legal provisions which are largely in accord with the contemporary environmental law trends. The principles of environmental protection are set forth in a separate article (Article 9 of the EPA) but they can also be found in some other articles. Article 9 of the EPA specifies eleven environmental protection principles: 1) the principle of integration; 2) the principle of prevention and precaution; 3) the principle of preservation of natural values; 4) the principle of sustainable development; 5) the principle of polluter's and the legal successor's liability; 6) the "polluter pays" principle; 7) the "user pays" principle; 8) the principle of subsidiary liability; 9) the principle of incentive measures' application; 10) the principle of public information and participation; and 11) the principle of protection of the right to healthy environment and access to judiciary. One can instantly note that the principles defined in such a way correspond to Articles 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 and 11 of the Global Pact although there are some differences in the way the contents of some of the provisions are formulated. The EPA provisions are also related to some other provisions of the Global Pact. For example, the norms relating to environmental damages set forth in Article 7 of the Global Pact can be found in the provisions of Articles 105-107 of the EPA. The provisions of Article 12 of the Global Pact (relating to education) can be found in several articles of the EPA (Articles 6, 12, 14 and 65); the provision of Article 13 of the Global Pact (on scientific research) is included in Articles 6, 12, 14, 55 and 90v of the EPA; the provision of Article 14 of the Global Pact (on the role of non-state actors) is included in Articles 7 and 9 of the EPA. As for other Global Pact articles, a more exhaustive assessment on the correspondence of the Serbian legislation with the provisions set forth in the Global Pact can be given only after performing a detailed analysis of the EPA and related regulations. In particular, it refers to the General Pact provisions relating to effectiveness of norms (Article 15), resilience (Article 16), non-regression (Article 17), armed conflicts (Article 19), diversity

17 the Environmental Protection Act (EPA), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no.135/2004, 36/2009, 72/2009–other law, 43/2011, 14/2016, 76/2018, 95/2018–other law); <https://www.zzps.rs/wp/pdf/zakoni/LAW%20ON%20ENVIRONMENTAL%20PROTECTION.pdf>

of national situations (Article 20), and monitoring of the implementation of the Pact (Article 21 GP).

4.3. Right to healthy environment

As already mentioned, the two fundamental “pillars” of the Global Pact are envisaged in the first two articles of the document: 1) the right to live in an ecologically sound environment adequate for human health, well-being, dignity, culture and fulfilment; and 2) everyone’s duty to take care of the environment. The first article of the EPA expressly prescribes that every person has the right to life and development in ecologically sound (healthy) environment (Art. 1 EPA). However, the contents and the basis of the right to healthy environment has for many years been the subject matter of numerous analyses. The right of every individual to live in the environment adequate to his/her health is envisaged both in the Stockholm Declarations 1972) and the Rio Declaration (1992), with slight variations. Although none of the analysed international agreement guarantees the right to healthy environment, the word “health” is mentioned in all of them within different contexts. Yet, what the Global Pact introduces as a kind of novelty is the way this right has been formulated. The characteristics of the environment in which “every person has the right to live” are defined as “ecologically sound environment adequate for their health, well-being, dignity, culture and fulfilment”. This formulation leaves a huge leeway for reaching a broad consensus of states from various parts of the world but, at the same time, it opens some questions on how accurately this norm has been defined as well as on how it is interpreted in practice.

On the other hand, a large number of contemporary constitutional documents of numerous states guarantee the right to live in healthy environment in various ways (Todić, 2021b). The foundation of the right to healthy environment in the Serbian legal systems strongly contributes to the understanding of the needs and interpretations of the contents of this right. In that regard, we will refer to relevant provisions in the RS legislation. Describing the scope of the Environmental Protection Act, Article 1 of the EPA prescribes that this Act “regulates the integral environmental protection system that shall enable the exercising of the right of man to life and development in healthy environment, and a balanced relationship between economic development and the environment in the Republic of Serbia”. Thus, the Act does not explicitly define that the man has the right to a healthy environment. However, the Constitution of the Republic of Serbia (2006)¹⁸ explicitly prescribes this right. Article 74 of the Constitution

18 the Constitution of the Republic of Serbia (2006), *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

prescribes that everyone shall have the right to healthy environment and the right to timely and full information about the state of environment. Although this provision is not fully in accord with the norm set forth in Article 1 of the Global Pact (which refers not only to one's health but also to well-being, dignity and fulfilment as characteristics of sound environment), the basic range of the norm in the Constitution RS can hardly be disputed. Moreover, this constitutional provision guarantees the right to information about the state of environment, which corresponds to the right of access to environmental information held by public authorities contained in Article 9 of the Global Pact.

5. Conclusions

After comparing the contents of the Global Pact with the norms of international agreements and other international documents, as well as with relevant legislation of the Republic of Serbia (RS), it can be said that the Global Pact considerably reflects the achieved level of development of contemporary environmental law at the international level. The principles envisaged in the Global Pact are included (in the same or similar ways) in all international environmental law documents and in relevant RS legislation. This clearly demonstrates the codification intentions of the drafters of the Global Pact. The principles of environmental law which have been developed so far have found their place in the Global Pact. However, some of the principles are formulated in a way that brings some new elements to their meaning, which may produce different final outcomes. Therefore, the scope of the Global Pact should be analysed in much more detail, by minutely scrutinising individual norms. Such a need is supported by the fact that, in some of its elements, the Global Pact attempts to make a step forward in the development of contemporary environmental law. This issue could be the subject matter of a special debate on the criteria of the progressive development of environmental law.

Moreover, none of the international agreements, nor the RS regulation, mention three environment protection principles which are drafted in the Global Pact: Principle 16 (resilience), Principle 17 (non-regression), and Principle 19 (armed conflicts). On the other hand, one cannot ignore the fact that the Global Pact does not include the principle of sovereignty of states to exploit their natural resources, whereas it appears (in various forms) in all three analysed declarations (SD, WIN and RD) as well in most of the analysed global international agreements (VC, UNFCCC, CBD, UNCI and SC). It is also interesting that the Global Pact does not recall the UN Charter, although most of the analysed declarations (SD and RD) and agreements (VC, UNFCCC, CBD, UNCCD, WC and SC) do.

Besides, the significance of some global problems which are already part of the common concern of humankind seems to be insufficiently underscored, and the principle of common concern has not been included in the Global Pact. Some issues could be a subject matter of a more careful elaboration (e.g. the relationship between the Global Pact and other international agreements, responsibility for the violation of rights in the environmental field, application of contemporary biotechnologies, protection of natural resources, the way the right of every individual to “an ecologically sound environment” is formulated, etc.).

References

- Aguila, Y. (2020). A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental Law, *Sustainability*. 12(14). 5636
- Aguila, Y., Viñuales, J. (2019). A Global Pact for the Environment: Conceptual Foundations. In Aguila, Yann, Viñuales, Jorge E. (eds.) *A Global Pact for the Environment: Legal Foundations*. Cambridge: University of Cambridge, Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance. 12-29.
- de Lassus St-Geniès, G. (2020). The Outcome of the Negotiations on the Global Pact for the Environment: A Commentary. *Sustainability*. 12(3). 877. <https://doi.org/10.3390/su12030877>.
- des Club des jurister. (2015). Increasing the effectiveness of international environmental law, duties of states, rights of individuals, Report by the Club des jurists. Environment Committee, available at: https://globalpactenvironment.org/uploads/CDJ_Rapports_Increasing-the-effectiveness_Nov.2015_UK.pdf;
- Kenig-Witkowska M. (2018). The draft Global Pact for the Environment. Warsaw: ClientEarth Prawniczy dla Ziemi Foundation.
- Kotzé, L.J., French, D. (2018). A critique of the Global Pact for the environment: a stillborn initiative or the foundation for *Lex Anthropocenae*?. *Int Environ Agreements*. 18. 811–838.
- Paradell-Trius, L.(2000). Principles of International Environmental Law: an Overview. *RECIEL* 9(2). 93-99; https://www.researchgate.net/publication/227983065_Principles_of_International_Environmental_Law_an_Overview
- Sands, P., Peel, J., Fabra, A., MacKenzie, R. (2012). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shaw, N. M. (2014). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 613-654.

Tigre, M. A. (2000). Gaps in international environmental law: Toward a Global Pact for the Environment. Washington D.C.: Environmental Law Institute. xxiv

Todić, D. (2021a). Conditions and effects of environmental legislation changes: Twenty years from the beginning of the Europeanization process in the Republic of Serbia. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 91/2021 (51-73), <https://doi.org/10.5937/zrpfno-33966>

Todić, D. (2021b). Povelja EU o osnovnim pravima i pravo na (zdravu) životnu sredinu. *Ecologica*. 104. 625-634

Todić, D. (2018). Ujedinjene nacije, međunarodni ugovori i životna sredina. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.

Todić, D. (2017). Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne) efikasnosti. *Strani pravni život*. 2. 47-58

UN (1973). Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, In: *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5-11 June 1972. A/Conf.48/14/Rev.1, 3-5. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/523249#record-files-collapse-header> (September 11, 2023)

UN GA (2018a). Towards a Global Pact for the Environment. A/RES/72/277, UN General Assembly, 14 May 2018; <https://digitallibrary.un.org/record/1486477?ln=en>

UN GA (2018b). Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment. Report of the Secretary-General, A/73/419, UN General Assembly, 30 November 2018; <https://digitallibrary.un.org/record/1655544?ln=en>

UN Legal (2023): Codification and Progressive Development of International Law, Codification Division of the UN Office of Legal Affairs; <https://legal.un.org/cod/>, (accessed 11 January 2022).

Voigt, C. (2019). How a 'Global Pact for the Environment' could add value to international environmental law. *RECIEL*. 28. 13-24, DOI: 10.1111/reel.12288.

Vukasović, V., Todić, D. (2021). *Environmental Law in Serbia, the Netherlands*: Kluwer Law International.

Young, M. (2018). Global Pact for the Environment: Defragging International Law. *EJIL:TALK! Blog of the European Journal of International Law*, available at: <https://www.ejiltalk.org/global-pact-for-the-environment-defragging-international-law/>

Legal documents: *International Environmental Treaties*

Global Pact Environment.org (2023). Global Pact for the Environment (2017). Preliminary Draft; [https:// globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf](https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf) (retrieved on 2 September 2023);

UN Treaty Collections (2023). Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter XXVII: Environment; [https:// treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en](https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en) (1 Sept. 2023).

Stockholm Declaration on Human Environment (1972), Environmental law Guidelines and Principles, UN GA, June 1972; [https:// wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf)

World Charter for Nature (1982), (A_RES_37_7-AR), UN; [https:// digitallibrary.un.org/record/39295](https://digitallibrary.un.org/record/39295)

Vienna Convention and Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1988), [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch_XXVII_02p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch_XXVII_02p.pdf)

Rio Declaration on Environment and Development (1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), UN GA [https:// www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf)

Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (1992), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/05/19920505%2012-51%20PM/Ch_XXVII_03p.pdf

Convention on Biological Diversity (1992), [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf); [https:// www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf](https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf)

UN Framework Convention on Climate Change (1994), [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/1994/03/19940321%2004-56%20AM/Ch_XXVII_07p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/03/19940321%2004-56%20AM/Ch_XXVII_07p.pdf)

The UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (1994); [https:// catalogue.unccd.int/936_UNCCD_Convention_ENG.pdf](https://catalogue.unccd.int/936_UNCCD_Convention_ENG.pdf); [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/1996/12/19961226%2001-46%20PM/Ch_XXVII_10p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1996/12/19961226%2001-46%20PM/Ch_XXVII_10p.pdf);

UN GA Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997), [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/1998/09/19980925%2006-30%20PM/Ch_XXVII_12p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/09/19980925%2006-30%20PM/Ch_XXVII_12p.pdf)

Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (2001), [https:// treaties.un.org/doc/Treaties/2001/05/20010522%2012-55%20PM/Ch_XXVII_15p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/2001/05/20010522%2012-55%20PM/Ch_XXVII_15p.pdf)

The Minamata Convention on Mercury (2013), <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>

UNGA Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (2015). A/RES/70/1, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf

Legislation of the Republic of Serbia

The Constitution of the Republic of Serbia (2006), *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

The Environmental Protection Act (EPA), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no.135/2004, 36/2009, 72/2009–other law, 43/2011, 14/2016, 76/2018, 95/2018–other law); <https://www.zzps.rs/wp/pdf/zakoni/LAW%20ON%20ENVIRONMENTAL%20PROTECTION.pdf>

*Dr Dragoljub Todić,
Redovni profesor,
Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, Republika
Srbija*

GLOBALNI PAKT ZA ŽIVOTNU SREDINU: ELEMENTI KODIFIKACIJE I/ILI NOVI MEĐUNARODNI UGOVOR

Rezime

U radu se razmatra pitanje kakav je odnos između nacrtu Globalnog pakta za životnu sredinu (Globalni pakt) i relevantnih međunarodnih dokumenata (deklaracija i međunarodnih ugovora) i unutrašnjeg prava Republike Srbije (RS). U prvom delu rada se daje pregled sadržaja Globalog pakta i ukazuje na značaj načela (principa) prava životne sredine koje ovaj dokument sadrži. Odredbe Globalnog pakta se porede sa postojećim normama međunarodnog prava životne sredine (mekog prava i međunarodnih ugovora). Pitanje odnosa između Globalnog pakta i ljudskih prava se posebno nagašava. Poslednji deo članka je posvećen pitanju odnosa između principa sadržanih u Globalnom paktu i unutrašnjih propisa RS. U zaključku se konstatuje da se može govoriti o visokom nivou preplitanja normi iz Globalnog pakta sa normama iz međunarodnog prava i unutrašnjih propisa RS. Pored kodifikacijskih namera autora Globalnog pakta ovaj dokument uvodi i neke nove principe čiji bi sadržaj i domete trebalo detaljnije analizirati.

Ključne reči: *Globalni pakt za životnu sredinu, međunarodni ugovori u oblasti životne sredine, pravo na (zdravu) životnu sredinu, principi prava životne sredine, Republika Srbija.*

Dr Uroš Zdravković,*
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-45444

UDK: 339.5:347.4
Rad primljen: 07.08.2023.
Rad prihvaćen: 29.08.2023.

PRAVO NA SUSPENDOVANJE IZVRŠENJA OBAVEZE USLED ANTICIPATIVNE POVREDE UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE**

Apstrakt: U radu se analiziraju odredbe Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine, kojima se uređuju pravna sredstva ugovornih strana usled anticipativne povrede ugovora. Anticipativna, ili pretpostavljena povreda ugovora podrazumeva situaciju kada jedna ugovorna strana na osnovu objektivnih pokazatelja, pre dospelosti obaveze druge strane, pretpostavi da druga strana neće izvršiti svoju obavezu. Pomenuta Konvencija, u tom pogledu, predviđa dva pravna sredstva koja stojena raspolaganju ugovornoj strani koja anticipira povredu ugovora: a) da suspenduje izvršenje svoje obaveze i b) da raskine ugovor. Ovaj rad konkretno analizira odredbe člana 71 Konvencije, kojim se uređuje pravo ugovorne strane da suspenduje izvršenje svoje obaveze. Ugovorna strana ima pravo da suspenduje, odnosno da zaustavi izvršenje svoje obaveze ukoliko nakon zaključenja ugovora postane očigledno da druga strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza. Predmet i cilj istraživanja se sastoje u rasvetljavanju, pojašnjenju, kao i sistematskom prikazivanju uslova pod kojima jedna strana može koristiti navedeno pravo. Metod istraživanja obuhvata analizu teksta odgovarajućih odredbi pomenute Konvencije, zatim analizu

*zdravkovicuros@gmail.com

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“ koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

** Rad je izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i društvene vrednosti“, održanoj 21. aprila 2023. godine na Pravnom fakultetu u Nišu.

dostupne sudske i arbitražne prakse, kao i stavova u relevantnojpravnoj literaturi.

Ključne reči: *pravo međunarodne prodaje robe, Bečka konvencija, anticipativna povreda ugovora, suspenzija izvršenja.*

1. Uvodna razmatranja

Tokom izvršenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe, postoji mogućnost da jedna ugovorna strana (kupac ili prodavac) pretpostavi (anticipira) da druga ugovorna strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza ili da će učiniti bitnu povredu ugovora. U tom slučaju se radi o tzv. anticipativnoj ili pretpostavljenoj povredi ugovora, odnosno o povredi ugovora pre dospeća. Postavlja se pitanje da li je opravdano da jedna ugovorna strana čeka da druga strana izvrši svoju obavezu, čak i ako je očigledno ili jasno da to izvršenje neće uslediti, ili da preduzme mere sa ciljem zaštite svojih interesa (Draškić, Stanivuković, 2005: 422). Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine¹ (dalje i: Bečka konvencija; Konvencija), u tom smislu polazi od stanovišta da ugovorna strana ima pravo da preduzme određene preventivne mere kako bi predupredila ili umanjila štetne posledice potencijalnog neizvršenja druge strane.

Članovi 71–73 Konvencije uređuju pravna sredstva kupca i prodavca usled povrede ugovora pre dospeća i ugovora sa uzastopnim isporukama. Ove odredbe spadaju u tzv. zajednička pravila za prodavčeve i kupčeve obaveze. Konvencijom su u ovu grupaciju pravila uvrštene i odredbe koje tretiraju nadoknadu štete i kamatu. Zajednička karakteristika ovih pravila se sastoji u tome da se ona primenjuju na obe ugovorne strane. Pristup Konvencije je u tom pogledu različit u odnosu na principijalne odredbe koje uređuju pravna sredstva kupca i prodavca usled povrede ugovora koju vrši druga strana. Konvencija ova sredstva uređuje različito u odnosu na položaj kupca (članovi 45–52) i na položaj prodavca (članovi 61–65). Za razliku od tih sredstava, zajednička pravila za prodavčeve i kupčeve obaveze, kako im i sam naziv kaže, primenjuju se nezavisno od toga ko je

1 Konvencija je doneta 11. aprila 1980. godine u Beču, a stupila je na snagu 1. januara 1988. godine. Konvenciju su do sada ratifikovale 94 države. Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija ratifikovala je Konvenciju 1984. godine („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 10-1/84). Republika Srbija primenjuje Konvenciju, kao jedan od pravnih sledbenika SFRJ.

strana koja vrši povredu ugovora, odnosno ko je strana koja trpi takvu povredu.

Konvencija posredstvom članova 71–73 predviđa dve mogućnosti, u zavisnosti od okolnosti, za stranu koja anticipira neizvršenje obaveze druge strane:

a) da suspenduje izvršenje svoje obaveze; b) da raskine ugovor.

Član 71 Konvencije konkretno uređuje pravo ugovorne strane da suspenduje izvršenje svoje obaveze ukoliko predvidi da druga ugovorna strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza – tzv. anticipativna povreda ugovora. Pravo ugovorne strane da raskine ugovor usled anticipativne povrede ugovora je uređeno članovima 72 i 73 Konvencije. Ovo pitanje, zbog svoje specifičnosti, kompleksnosti i značaja, zaslužuje posebnu pažnju i samostalnu obradu. Stoga je predmet istraživanja ovog rada ograničen na uslove koje Konvencija, konkretno član 71, predviđa za korišćenje prava na suspendovanje izvršenja obaveze.

Rešenje koje je predviđeno članom 71 Konvencije odraz je nastojanja njenih kreatora da ostvare dva cilja. Prvi cilj podrazumeva očuvanje ugovora (lat. *in favorem contractus*) i poštovanje principa dobre vere u međunarodnim trgovačkim operacijama. Drugi cilj se sastoji u prevenciji komplikovanih i skupih sporova koji mogu nastati povodom izvršenja ugovora sa elementom inostranosti. Zamisao Konvencije je da se, posredstvom pomenutih odredbi, tokom izvršenja ugovora omogući adekvatna pravna zaštita za ugovornu stranu ukoliko se može, na osnovu objektivnih okolnosti, predvideti da druga ugovorna strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza (Silveira, 2005: 3).

Prema dostupnim izvorima u literaturi, doktrina anticipativne povrede ugovora potiče iz engleskog prava i nastala je sredinom 19. veka.² Od tada je ona pristutna u anglosaksonskom pravnom sistemu, dok je civilni sistemi ne prepoznaju (Strub, 1989: 477). Redaktori Bečke konvencije su preuzeli ovo rešenje anglosaksonskog prava, sa namerom da zaštite interese ugovorne strane kojoj preti opasnost od neizvršenja obaveze druge ugovorne strane. Ugovor o prodaji robe predstavlja pravni posao sa recipročnim obavezama ugovornih strana. U domaćem prometu,

2 Radi se o presudi u predmetu *Hochster v. De La Tour*, 2 El. & Bl. 678 iz 1853. godine, gde je sud ustanovio da ugovorna strana može da tuži drugu stranu zbog neizvršenja nedospele obaveze ako je izvršenje takve obaveze postalo nemoguće pre dospeća (Campbell, 1905: 64).

neizvršenje obaveze ugovorne strane predstavlja problem, ali se on po pravilu ispoljava u daleko slabijem intenzitetu nego što je to slučaj sa međunarodnim trgovačkim operacijama. Obaveze iz ugovora o prodaji se mahom izvršavaju simultano, što iz poznatih razloga nije moguće kod međunarodne prodaje robe. Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe je svojstveno da između činidbe i protivčinidbe postoji određeni vremenski razmak čije je trajanje uslovljeno okolnostima ugovora poput udaljenosti kupca i prodavca, vrste i modaliteta prevoza i sl. Doktrina anticipativne povrede, stoga, ima funkciju da prevaziđe, ili umanjuje dejstvo rizika koji mogu nastati tokom vremenskog razmaka između prestacija (Ziegler, 2006: 355).

Ugovor o međunarodnoj prodaji robe je, poput svakog ugovora o prodaji, sinalagmatički ugovor, gde su obe ugovorne strane istovremeno poverilac i dužnik. U situaciji koja je konkretno određena članom 71 Konvencije imamo dve strane – stranu koja je verna ugovoru i očekuje izvršenje obaveze i stranu za koju se pretpostavlja da neće izvršiti tu obavezu. Dakle, u odnosu na konkretnu obavezu čije se neizvršenje anticipira, strana verna ugovoru je poverilac, dok je druga strana dužnik. U domaćoj i stranoj literaturi se nailazi na raznolikost termina prilikom označavanja ugovornih strana u kontekstu člana 71 Konvencije. Pristupni su termini poput „jedna strana“ i „druga strana“ (ove termina upotrebljava i sama Konvencija), pa i „rogobatni“ termini kao što su „strana koja anticipira povredu“ i „strana za koju se pretpostavlja da neće izvršiti ugovor“. U literaturi na engleskom jeziku za stranu koja anticipira povredu se često koristi i termin „nevina strana“ („*innocent party*“). Ovaj termin bi se u duhu srpskog jezika mogao prevesti kao „ugovoru verna strana“. Kako bi izbegao duge i raznolike odrednice u radu, autor se opredelio da za označavanje ugovornih strana uglavnom koristi termine „poverilac“ i „dužnik“, iz razloga koji su na početku ovog pasusa dati.

2. Pravo na suspendovanje izvršenja obaveze – polazne napomene

Važno je na početku naglasiti da suspendovanje izvršenja obaveze na osnovu anticipativne povrede ugovora ne predstavlja povredu ugovora ukoliko je anticipacija osnovana. Prema stavu sudske prakse, suspendovanje izvršenja na osnovu člana 71 Konvencije predstavlja korišćenje prava na jednostranu modifikaciju vremena izvršenja obaveze.³ U literaturi se pak navodi da ovo sredstvo, u širem smislu,

3 Presuda Okružnog suda u Štendalu (Nemačka), u predmetu *Granite stone*, br. 22 S 234/99, od 12. oktobra 2000. godine (CLOUT case No. 432).

predstavlja emanaciju prigovora neispunjenja ugovora (lat. *exceptio non adimpleti contractus*) (Vilus, 1981: 161). Međutim, ono ipak ostavlja određeni prostor za pogrešnu procenu, ili čak zloupotrebu. Zbog toga se postavilo i pitanje da li u Konvenciju treba unositi princip *exceptio non adimpleti contractus*, tj. o neizvršenju pre roka koji je naveden u ugovoru (Vilus et al., 2008: 240). Rešenje se ipak sastoji u tome da druga ugovorna strana, ako se suoči sa neosnovnom suspendijom izvršenja obaveze druge ugovorne strane, na raspolaganju ima odgovarajuća sredstva koja su Konvencijom predviđena usled povrede ugovora. Ako strana suspenduje izvršenje svoje obaveze bez osnova koji su predviđeni odredbama člana 71 Konvencije, onda nesumnjivo čini povredu ugovora.⁴

Prema stavu jednog dela sudske prakse i doktrine, ugovorna strana – poverilac može suspendovati izvršenje svoje obaveze pre proteka roka za izvršenje obaveze druge strane – dužnika. Anticipativni ili budući karakter povrede ugovora polazi od toga da do stvarne povrede ugovora nije došlo, već samo postoji opasnost da do toga može doći (Vukadinović, 2012: 561). Onog momenta kada rok za izvršenje obaveze dužnika protekne, poverilac se više ne može koristiti sredstvom iz člana 71 Konvencije: razlog leži u činjenici da je protekom roka za ispunjenje obaveze nastupila stvarna, a ne anticipativna povreda ugovora. Poverilac se u toj situaciji može koristiti sredstvima koja su odgovarajućim odredbama Konvencije predviđena za slučaj realne povrede ugovora.⁵ Postoje, međutim, i stavovi u sudskoj praksi koji ističu da po ovom pitanju postoji pravna praznina u Konvenciji i da pravo na suspendovanje izvršenja ne treba tumačiti previše striktno. Prema tim stavovima, u Konvenciji postoji generalni princip prema kome poverilac uvek može zaustaviti izvršenje svoje obaveze sa ciljem obezbeđenja valjanog izvršenja obaveze od strane dužnika.⁶ Ovaj stav

4 Presuda Okružnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 32 C 1074/90-41, od 31. januara 1991. godine (CLOUT case No. 51) (kupcu je sud priznao pravo na nadoknadu štete pošto ga prodavac nije odmah obavestio da je suspendovao isporuku); presuda Federalnog suda Švajcarske u predmetu *Scooters*, br. 4C.94/2006, od 17. jula 2007. godine (CLOUT Case No. 936).

5 Odluka Arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore u predmetu *Roller bearings*, br. 9448, od 1. jula 1999. godine (CLOUT case No. 630) (kupcu nije priznato pravo da suspenduje izvršenje obaveze plaćanja cene nakon što je primio isporuku nesaobrazne robe).

6 Presuda Vrhovnog suda Poljske u predmetu *Spoldzielnia Pracy "A" v. GmbH & Co. KG* od 11. maja 2007. godine (CLOUT case No. 1080) (prema stavu Suda, kupac koji ima pravo da zahteva zamenu isporučene robe ima pravo i da istovremeno suspenduje izvršenje svoje obaveze).

se čini prihvatljivijim. Poveriocu bi svakako trebalo dozvoliti da suspenduje izvršenje svoje obaveze i nakon proteka roka za izvršenje obaveze dužnika, odnosno kada nastupi stvarna povreda ugovora. Odredbe Konvencije koje uređuju pravna sredstva kupca (članovi 45–52) i prodavca (članovi 61–65) usled povrede ugovora ne pominju izričito da kupac, odnosno prodavac, mogu suspendovati izvršenje svoje obaveze usled povrede ugovora druge strane. Ovo se zaista i može tumačiti kao jedan od propusta Konvencije da na dovoljno jasan način definiše neka pitanja. Međutim, osnovanost upotrebe ovakvog pravnog sredstva je posve logična i ono se može koristiti u kombinaciji sa principijalnim sredstvima koje Konvencija predviđa za kupca i prodavca (članovi 45–52 i 61–65). Poverilac treba da ima pravo da „zaustavi“ izvršenje svoje obaveze ukoliko se suoči sa ozbiljnom povredom ugovora, i to sve dok se povreda ne otkloni. Ako je obaveza dužnika dospela i on je nije izvršio, ne možemo opravdano očekivati od poverioca da nadalje rizikuje i uredno izvrši svoju obavezu. Ipak, suspendovanjem izvršenja svoje obaveze poverilac i sam može učiniti povredu ugovora. On se u tom slučaju ne može više smatrati „ugovoru vernom stranom“. Zbog toga poverilac mora voditi računa da suspendovanjem izvršenja svoje obaveze ne načini povredu ugovora koja je ozbiljnija od one povrede koju čini dužnik, kako se ne bi suočio sa protivzahtevima dužnika.

Suspendovanje izvršenja obaveze treba razlikovati i od raskida ugovora, što Konvencija i čini. Suspendovanjem izvršenja ugovor se „stopira“. Ne prestaju prava i obaveze ugovornih strana (što je slučaj sa raskidom) i cilj ovog pravnog sredstva nije uperen ka prestanku ugovornog odnosa, već ka njegovom očuvanju, odnosno izvršenju (načelo *in favorem contractus*).⁷ Ovo sredstvo ima *privremeni karakter* i poverilac njime vrši pritisak na dužnika da ga na odgovarajući način uveri da će svoje obaveze izvršiti.

Generalno, poverilac može suspendovati izvršenje svoje obaveze iz istog ugovora koji je osnov i dužnikove obaveze. Međutim, poverilac može suspendovati izvršenje obaveze koja proističe iz drugog ugovora sa dužnikom ukoliko se radi o ugovoru koji je u bliskoj vezi sa ugovorom u vezi kojeg se anticipira neizvršenje obaveze dužnika.⁸ Takođe, nije neophodno da poverilac suspenduje izvršenje neke od svojih osnovnih obaveza. On to može učiniti i u odnosu na sporednu obavezu. Drugim rečima, ne zahteva se da obaveza čije se izvršenje suspenduje i obaveza za

7 Presuda Višeg regionalnog suda u Kelnu u predmetu *Chemical products for agricultural use*, br. 16 U 62/07, od 19. maja 2008. godine (CLOUT case No. 1231).

8 Presuda Okružnog suda Južnog distrikta Njujork u predmetu *Doolim Corp. v. R Doll, LLC* od 29. maja 2009. godine.

koju se anticipira da neće biti izvršena budu ekvivalentne po značaju (Schwenzer, 2016: 1007). Štaviše, poverilac i ne mora suspendovati izvršenje obaveze kao takve, već može stopirati i radnje koje su povezane sa pripremom za izvršenje obaveze (Strub, 1989: 477; Ziegler, 2006: 355; Schwenzer, 2016: 1007).

3. Uslovi za suspendovanje izvršenja obaveze

Pravo na suspendovanje izvršenja obaveze usled anticipativne povrede ugovora, kao što je pomenuto, uređeno je članom 71 Konvencije, čiji stav 1 glasi:

„(1) *Jedna ugovorna strana može odložiti izvršenje svojih obaveza ako, posle zaključenja ugovora, postane očigledno da druga strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza usled:*

(a) ozbiljnog nedostatka sposobnosti za izvršenje ili kreditne sposobnosti; ili

(b) njenog ponašanja u pogledu priprema za izvršenje ili izvršenja ugovora.”

Član 71(1) Konvencije predviđa da jedna strana – poverilac (kupac ili prodavac) može odložiti izvršenje svojih obaveza ako posle zaključenja ugovora postane očigledno da druga strana – dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza. Iz navedene odredbe se mogu izdvojiti uslovi koji se moraju kumulativno ispuniti kako bi poverilac mogao osnovano da se služi pravom na suspenziju izvršenja svoje obaveze. Jedan uslov je vezan za *stepen izvesnosti* da će povreda nastupiti, drugi za *stepen povrede*, dok se treći odnosi na *vreme anticipacije*.

A) Step en izvesnosti da će povreda nastupiti. Član 71(1) Konvencije navodi da treba da postane **očigledno** da druga strana (dužnik) neće izvršiti bitan deo svojih obaveza.

U pogledu ovog uslova, Konvencija ne ostavlja preveliki prostor i slobodu za tumačenje, već upućuje (posredstvom tačaka a) i b) stava (1) člana 71 na dve alternativno postavljene okolnosti koje mogu pružiti osnov jasne anticipacije da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza. Prva okolnost je *ozbiljni nedostatak sposobnosti za izvršenje ili kreditne sposobnosti dužnika* (tačka a). Druga okolnost je *ponašanje dužnika u pogledu priprema za izvršenje ili izvršenja ugovora* (tačka b). Poverilac svoju pretpostavku da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza ne može bazirati na drugačijim okolnostima osim pomenutih. Iako su ove dve okolnosti, ili kriterijumi, postavljene alternativno, to ne znači da su isključene situacije u kojima obe okolnosti mogu nastati. To bi

samo osnažilo osnov anticipacije i povećalo ozbiljnost pretpostavke da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza.

Stepen „očiglednosti“ da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza mora biti dovoljno ozbiljan i mora se zasnivati na objektivnim činjenicama (Enderlein, Maskow, 1992: 285). Nije dovoljno da poverilac na osnovu svoje subjektivne procene ustanovi takvu očiglednost. On ne može suspendovati izvršenje svoje obaveze zbog nedefinisanog osećaja da će druga strana uskratiti izvršenje (Ćirić, 2018: 194). Postojanje očiglednosti podvrgava se kriterijumu razumnog lica, ili „objektivnog posmatrača“: potrebno je da se ustanovi da bi razumno lice istih svojstava kao i poverilac (trgovac u istoj branši), i u istim okolnostima, zaključilo da je očigledno da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza (Honnold, 1999: 430; Schlechtriem, 1986: 94). Kriterijum razumnog lica prilikom tumačenja izjava i ponašanja ugovorne strane ustanovljen je i članom 8 Konvencije, koji predstavlja njenu opštu odredbu i primenjuje se i prilikom tumačenja „očiglednosti“ u kontekstu primene člana 71 Konvencije.⁹ Ne zahteva se, dakle, postojanje apsolutne sigurnosti da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza, već da u vezi sa tim postoji očiglednost koja je svojstvena u uobičajenoj poslovnoj praksi (Bennett, 1987: 522).

S obzirom na to da Konvencija ne predviđa vodič za procenu očiglednosti, sudska i arbitražna praksa je u više navrata tumačila konkretne okolnosti slučajeva i na osnovu njih je stepen „jasnoće“ podvrgavala testu ozbiljnosti.

Kada je u pitanju kriterijum iz tačke a) stava 1 člana 71 Konvencije – *ozbiljni nedostatak sposobnosti za izvršenje ili kreditne sposobnosti dužnika*, kao što sama formulacija navodi, dužnik se mora suočiti sa ozbiljnom smetnjom za izvršenje obaveze, odnosno sa ozbiljnom kreditnom nesposobnošću. Takve okolnosti moraju biti dovoljno ozbiljne i jasne i na poveriocu je da dokaže njihovo postojanje. Postojanje ovih smetnji mora

9 Član 8 Konvencije glasi:

„(1) U smislu ove konvencije, izjave i druga ponašanja jedne strane tumačiće se u skladu sa njenom namerom kada je druga strana znala tu nameru ili joj ta namera nije mogla biti nepoznata.

(2) Ako prethodni stav ne može da se primeni, izjave i druga ponašanja jedne strane tumačiće se onako kako bi ih razumno lice istih svojstava kao druga strana shvatila u istim okolnostima.

(3) Prilikom utvrđivanja namere jedne strane ili shvatanja koje bi imalo razumno lice, vodiće se računa o svim relevantnim okolnostima slučaja uključujući njihove pregovore, praksu koju su strane međusobno uspostavile, običaje i svako docnije ponašanje strana.“

realno postojati i ne može se zasnivati na pretpostavkama. Pojašnjenja radi, poverilac ne može suspendovati izvršenje obaveze jer pretpostavlja da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza usled okolnosti za koje poverilac, takođe pretpostavlja, da će nastupiti. Činjenice koje su osnova za pretpostavku povrede ugovora moraju stvarno postojati i moraju se dokazati. Na primer, u jednom slučaju kupcu je priznato pravo na suspenziju s obzirom na to da je nedvosmisleno dokazao da se prodavac suočio sa restrikcijama koje mu je nametnuo njegov snabdevač, i na osnovu čega je postalo jasno da prodavac neće moći da izvrši isporuku robe kupcu.¹⁰ Nasuprot tome, u jednom drugom primeru, prodavcu nije priznato pravo na suspenziju jer je to svoje pravo bazirao na pretpostavci (a ne na jasnom dokazu) da roba možda neće odgovarati zdravstvenim standardima u zemlji kupca, pa stoga kupac neće moći da preuzme isporuku i plati cenu.¹¹

Ozbiljan nedostatak sposobnosti se može manifestovati iz okolnosti da se priprema štrajk zaposlenih kojima je prodavac poslodavac, zatim iz zvanične zabrane uvoza ili izvoza određene robe, trgovinskog embarga i sl. Dakle, kod ugovorne strane može nastupiti ozbiljni nedostatak sposobnosti za izvršenje obaveze čak i kada je njena finansijska situacija odlična (Chengwei, 2003: 132–133). Pritom, nisu relevantni razlozi zbog kojih je nastupio *ozbiljni nedostatak sposobnosti* – nije neophodno daje to posledica nečije krivice niti je potrebno da se utvrđuje nečija odgovornost zbog nastupanja ozbiljnog nedostatka sposobnosti (Rimke, 2001: 286–287).

Nedostatak kreditne sposobnosti se takođe može manifestovati kod obe ugovorne strane: ne samo kod kupca koji ima obavezu da plati cenu nego i kod prodavca koji može zapasti u teškoće prilikom pribavljanja finansiranja proizvodnje robe koja je predmet ugovora. Ipak, postavlja se pitanje šta se sve može podvesti pod termin „nedostatak kreditne sposobnosti“. Prema mišljenju u literaturi, to se podudara sa promenom finansijske situacije, odnosno pogoršanjem ekonomske situacije ugovorne strane u širem smislu (Chengwei, 2003: 133).

Što se tiče kriterijuma iz tačke b) stava 1 člana 71 Konvencije – *ponašanje dužnika u pogledu priprema za izvršenje ili izvršenja ugovora*,

10 Presuda Višeg regionalnog suda u Hamu (Nemačka) u predmetu *Furniture*, br. 19 U 127/97, od 23. juna 1998. godine (CLOUT case No. 338); presuda Vrhovnog suda Austrije u predmetu *Propane gas*, br. 10 Ob 518/95, od 6. februara 1996. godine (CLOUT case No. 176).

11 Presuda Okružnog suda u Hertogenbošu (Holandija) u predmetu *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland* od 2. oktobra 1998. godine (u konkretnom slučaju, kupac je ponudio opciju da preuzme isporuku u slobodnoj zoni).

on se treba tumačiti na način da ponašanje dužnika mora biti takvo da pruža ozbiljan osnov za objektivnu pretpostavku da on neće izvršiti bitan deo svojih obaveza. Prilikom ocenjivanja stepena ozbiljnosti takve pretpostavke može poslužiti i ponašanje dužnika prilikom izvršenja ranijih ugovora sa poveriocem. Tako, na primer, neizvršenje obaveze kupca da plati cenu ili zadocnjenje sa plaćanjem cene na osnovu prethodnih ugovora može poslužiti kao osnov pretpostavke da će kupac povrediti tu obavezu i kod ugovora gde takva obaveza još uvek nije dospela.¹² Propust kupca da obezbedi efektivnu bankarsku garanciju takođe predstavlja dovoljno ozbiljan stepen „jasnoće“ da kupac neće izvršiti bitan deo svojih obaveza.¹³ Situaciju oko tumačenja stepena ozbiljnosti anticipacije mogu naročito pojednostaviti izjave samih dužnika da neće izvršiti svoje obaveze. Na primer, ako kupac unapred izjavi da neće izvršiti preuzimanje isporuke.¹⁴ Sa druge strane, ukoliko ponašanje dužnika ne ugrožava ugovorni odnos u ozbiljnoj meri, poverilac neće moći da suspenduje izvršenje svoje obaveze. Takođe, ponašanje dužnika mora biti u vezi sa obavezama koje dužnik ima na osnovu ugovora ili Konvencije. Ponašanje koje se ne može dovesti u vezu sa izvršenjem obaveze dužnika, ne može poslužiti kao osnov anticipacije povrede ugovora.

B) Stepenn povrede ugovora. Neophodno je da poverilac anticipira da dužnik neće **izvršiti bitan deo svojih obaveza**. Nije predviđeno da poverilac mora anticipirati da će neizvršenje dovesti do bitne povrede ugovora (za to postoji drugo pravno sredstvo predviđeno članom 72 Konvencije) – ipak potrebno je da se pretpostavi da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza.¹⁵ Ukoliko je očigledno da dužnik

12 Presuda Privrednog suda u Haseltu (Belgija) u predmetu *J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV* od 1. marta 1995. godine (CLOUT case No. 1255) (kašnjenje kupca od sedam meseci da plati cenu na osnovu drugog ugovora); odluka Trgovačkog tribunala u Briselu u predmetu *Maglificio Dalmine v. Coveres* od 13. novembra 1992. godine; presuda Okružnog suda Južnog distrikta Njujork u predmetu *Doolim Corp. v. R Doll, LLC* od 29. maja 2009. godine (osnovana bojazan prodavca da kupac neće platiti cenu za isporučenu robu usled propusta kupca da to učini za prethodne isporuke).

13 Odluka Arbitražnog suda pri Trgovačko-industrijskoj komori Mađarske br. VB/94124, od 17. novembra 1995. godine.

14 Presuda Saveznog suda Nemačke u predmetu *Glass bottles*, br. X ZR 111/04, od 27. novembra 2007. godine (CLOUT case No. 1234) (u istoj presudi je navedeno i da je insistiranje strane da se izvrši plaćanje za dodatne konsultantske usluge, za šta nije postojao osnov, predstavljalo jasnu indikaciju da ta strana neće izvršiti obavezu).

15 U sudskoj praksi, međutim, postoji i stav po kome poverilac mora pretpostaviti da će upravo doći do bitne povrede ugovora, kako bi imao pravo da suspenduje izvršenje svoje obaveze. Videti presudu Okružnog suda Zapadnog distrikta Mičigen u predmetu *Shuttle Packaging Systems v. Tsonakis* od 17. decembra 2001. godine (CLOUT case no. 578).

neće izvršiti neznatan ili zanemarljiv deo svojih obaveza, poverilac neće imati pravo da suspenduje izvršenje. Sa druge strane, ukoliko poverilac pretpostavi da će nezavršenje bitnog dela obaveza od strane dužnika istovremeno dovesti i do bitne povrede ugovora, poverilac može izabrati da li će da se služi pravom iz člana 71 Konvencije i da suspenduje izvršenje svojih obaveza, ili će se služiti pravom iz člana 72 Konvencije i raskinuti ugovor (Enderlein, Maskow, 1992: 286).

V) Treći uslov predviđa da je **anticipacija nastala nakon zaključenja ugovora**. Treba da postane očigledno da druga strana (dužnik) neće izvršiti bitan deo svojih obaveza *nakon zaključenja ugovora*. Ukoliko je u vreme zaključenja bilo očigledno da dužnik neće izvršiti bitan deo svojih obaveza, poveriocu neće biti priznato pravo na suspenziju izvršenja – ne može se tražiti pravna zaštita zbog posledica sopstvenih hazarderskih postupaka. Međutim, poverilac će moći da suspenduje izvršenje obaveze čak i ako su okolnosti koje su dovele do nedostatka sposobnosti dužnika da izvrši bitan deo svojih obaveza postojale u vreme zaključenja ugovora, ali nisu bile, niti su mogle biti poznate poveriocu. Neophodno je, dakle, da one postanu očigledne nakon zaključenja ugovora. Ovo pravilo, međutim, nije bezuslovno. Prema stavu sudske prakse, ukoliko se radi o nepovoljnoj kreditnoj sposobnosti dužnika, ona mora i nastati nakon zaključenja ugovora. Ukoliko je postojala pre zaključenja ugovora, poverilac se ne može pozivati na tu okolnost kao na osnov za suspendovanje izvršenja svoje obaveze.¹⁶ Posebno u međunarodnom poslovnom prometu, svaka strana je dužna da sa pažnjom razumnog lica ispita platežnu sposobnost potencijalnog poslovnog partnera, pre nego što sa njim zaključi ugovor (Enderlein, Maskow, 1992: 286).

Postavlja se pitanje da li poverilac ima pravo da suspenduje izvršenje svoje obaveze ukoliko je pre zaključenja ugovora bilo generalno očigledno da druga ugovorna strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza, ali da to u konkretnom slučaju nije bilo očigledno poveriocu. Prema stavovima u literaturi, poverilac u tom slučaju ne bi imao pravo na suspenziju izvršenja. Ovakav stav polazi od toga da ugovorne strane, kao trgovci, imaju dužnost da savesno ispitaju mogućnost svojih poslovnih partnera da izvrše svoje ugovorne obaveze (Bennett, 1987: 524).

16 Presuda Federalnog suda Švajcarske u predmetu *Scoters*, br. 4C.94/2006, od 17. jula 2007. godine (CLOUT Case No. 936).

4. Pravo prodavca da zaustavi predaju kupcu robe koja se nalazi u prevozu

Osim što ima pravo da suspenduje izvršenje svoje obaveze, prodavac može, na osnovu stava 2 člana 71 Konvencije, da zaustavi predaju kupcu robe koja se nalazi u prevozu, ukoliko se pojavi osnov za anticipativnu povredu ugovora. Naime, ako je prodavac već otpremio robu pre nego što su se pojavili razlozi predviđeni u članu 71(1) Konvencije, on može sprečiti predaju robe kupcu čak i kad kupac već ima u rukama neki dokument kojim se roba može preuzeti.

Konvencija primenu stava 2 člana 71 ograničava samo na uzajamna prava kupca i prodavca u pogledu robe. Prema tome, pravo prodavca da zaustavi predaju robe koja se nalazi u transportu ne utiče na odnos između kupca i trećih lica, ukoliko je kupac trećim licima u međuvremenu preprodao robu. Prodavac neće imati pravo da zahteva od prevoznika da ne preda robu trećem savesnom licu, ukoliko je kupac trećem licu predao dokumenta na osnovu kojih ono može preuzeti robu (Chengwei, 2003: 134).

Konvencija ne predviđa obavezu prevoznika da postupi po zahtevu prodavca da ne preda robu kupcu koji raspolaže robnim dokumentima. Pitanje odnosa između prodavca i prevoznika robe nije regulisano odredbama Konvencije. Da li je prevoznik dužan da postupa po instrukcijama prodavca u vezi sa predajom robe – pitanje je koje se reguliše drugim međunarodnim ili nacionalnim izvorima prava, odnosno samim transportnim ugovorom između prodavca kao eventualnog naručioca prevoza i prevoznika (Chengwei, 2003: 134).

5. Dužnost slanja obaveštenja o suspenziji i mogućnost dužnika da ponudi obezbeđenje

Na podlozi člana 71(3) Konvencije, strana koja namerava da se koristi pravom na suspenziju izvršenja obaveze dužna je da drugoj strani o tome odmah pošalje obaveštenje. Pritom, nije od značaja da li je roba već otpremljena ili još uvek nije.

Poverilac je, dakle, dužan da pošalje obaveštenje dužniku o odluci o suspenziji. Posledica propusta poverioca da dužnika obavesti o suspenziji podrazumeva gubitak prava na suspenziju. Štaviše, poverilac mora *odmah* poslati obaveštenje i ne može to odlagati, jer će u suprotnom takođe izgubiti pravo na suspenziju.¹⁷ Sudska i arbitražna praksa je

17 Presuda Apelacionog suda u Gentu (Belgija) u predmetu *BV BA. J.P. v. S. Ltd* od 26. aprila 2000. godine (sud je odbio pravo ugovornoj strani da suspenduje izvršenje

jedinstvena po ovom pitanju.¹⁸ Ukoliko odmah i na adekvatan način poverilac ne obavesti dužnika o suspenziji, a pritom suspenduje izvršenje svoje obaveze, on sam čini povredu ugovora i druga strana – dužnik ima pravo na pravna sredstva usled povrede ugovora, uključujući i pravo na nadoknadu štete.¹⁹ Pritom, poverilac nije dužan da takvo obaveštenje pošalje pre suspendovanja izvršenja obaveze – dovoljno je da to učini odmah nakon suspendovanja (Chengwei, 2003: 135).

Na obaveštenje o suspenziji primenjuje se član 27 Konvencije: dovoljno je da poverilac na valjan način pošalje obaveštenje i nije neophodno da dužnik takvo obaveštenje primi.²⁰ Dakle, rizik neprijema valjano poslatog obaveštenje leži na dužniku – adresatu.

Konvencija u pomenutoj odredbi ne precizira šta se podrazumeva pod obaveštenjem. Sudska praksa je ustanovila da se ne mora raditi o posebnom i izričitom obaveštenju o odluci da se suspenduje obaveza, već da poverilac takvu svoju odluku može staviti do znanja dužniku i putem konkludentnih radnji (odgovarajuće izjave ili radnje). Važno je da se dužnik na odgovarajući način obavesti o odluci poverioca. Na primer, obaveštenje kupca prodavcu gde kupac navodi da odbija da plati cenu ili deo cene, ili određene troškove u vezi sa čuvanjem robe²¹, dovoljno je da konstituiše obaveštenje da kupac želi odložiti izvršenje svoje obaveze. Međutim, ukoliko jedna strana samo ne izvrši svoju obavezu, bez ikakvog obaveštenja drugoj strani, to ne može konstituisati odgovarajuće

obaveze jer je poslala obaveštenje sedam, odnosno 14 meseci nakon isporuka na koje se obaveštenje odnosilo); odluka Arbitražnog instituta Holandije br. 2319 od 15. oktobra 2002. godine.

18 Presuda Okružnog suda u Štendalu (Nemačka), u predmetu *Granite stone*, br. 22 S 234/99, od 12. oktobra 2000. godine (CLOUT case No. 432); odluka Međunarodne trgovačke arbitraže pri Trgovačko-industrijskoj komori Ruske Federacije br. 302/1996 od 27. jula 1999. godine; presuda Okružnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 32 C 1074/90-41, od 31. januara 1991. godine (CLOUT case No. 51).

19 Presuda Okružnog suda u Frankfurtu u predmetu *Italian shoes*, br. 32 C 1074/90-41, od 31. januara 1991. godine (CLOUT case No. 51).

20 Član 27 Konvencije glasi „Izuzev ako je izričito drukčije predviđeno u ovom delu Konvencije, kad je jedna strana neko obaveštenje, zahtev ili drugo saopštenje dala ili učinila u skladu sa ovim delom i na način koji se smatra odgovarajućim u datim okolnostima, zadocnjenje ili greška u prenosu saopštenja ili činjenica da saopštenje nije stiglo ne lišava tu stranu prava da se na to saopštenje poziva.“

21 Presuda Višeg regionalnog suda u Hamu (Nemačka) u predmetu *Furniture*, br. 19 U 127/97, od 23. juna 1998. godine (CLOUT case No. 338)

obaveštenje u smislu člana 71(3) Konvencije.²² Konvencija ne predviđa obavezu da strana u obaveštenju navede osnov suspenzije. Međutim, takva obaveza proizilazi iz opšteprihvaćenog principa savesnosti u međunarodnoj trgovini. Na taj način se i druga strana upoznaje sa situacijom, što joj može pomoći oko preduzimanja odgovarajućih koraka za prevazilaženje problema u izvršenju ugovora (Chengwei, 2003: 136).

Član 71(3) takođe predviđa da ukoliko, nakon obaveštenja o suspenziji, dužnik pruži poveriocu *adekvatno obezbeđenje* da će uredno izvršiti svoje obaveze, poverilac je dužan da nastavi sa izvršavanjem svoje obaveze. Šta se smatra „adekvatnim“ obezbeđenjem, zavisi od okolnosti slučaja, kao i od razloga suspenzije izvršenja obaveze. Ono svakako mora biti takvo da omogućava razumno uverenje poveriocu da će dužnik izvršiti svoju obavezu, ili da će poveriocu biti omogućena kompenzacija svih gubitaka koji mogu nastati ukoliko odluči da nastavi sa izvršenjem svoje obaveze (Chengwei, 2003: 135). Dužnik mora obezbediti stvarne dokaze, ili preduzeti stvarne aktivnosti, kako bi poverioca ubedio da neće doći do neizvršenja bitnog dela obaveza dužnika. U literaturi postoji stav da nije dovoljno da dužnik samo izjavi da će izvršiti svoje obaveze ukoliko postoji očigledna i objektivna opasnost da do toga neće doći (Honold, 1999: 434). Na primer, ukoliko je razlog suspenzije obaveze kupca da plati cenu bilo saznanje da je država prodavca zabranila izvoz robe koja je predmet ugovora, adekvatno obezbeđenje od strane prodavca bi bilo kasnije pribavljanje dozvole nadležnog organa za izvoz robe. Ako je razlog suspenzije bila kreditna sposobnost dužnika, adekvatno obezbeđenje bi bila bankarska garancija (Rimke, 2001: 289). Sa druge strane, ako je strana poverilac suspendovala izvršenje obaveze usled izjave strane-dužnikada neće izvršiti svoju obavezu, potonja izjava dužnika da će izvršiti obavezu može poslužiti kao adekvatno obezbeđenje (Chengwei, 2003: 136). Ipak, kada je u pitanju tumačenje značaja samog obećanja koje dužnik daje u smislu uveravanja da će izvršiti svoje obaveze (bez konkretnih dokaza ili preduzetih radnji), u literaturi postoji i ublaženiji stav. Naime, ukoliko takvo obećanje da ugovorna strana koja ima dobru reputaciju i koja je do sada uredno izvršavala svoje obaveze, onda bi takvo obećanje samo po sebi bilo dovoljno da uveri poverioca da će obaveza biti izvršena (Schwenzer, 2016: 1022). Ovakav stav se čini opravdanim, naročito ukoliko ugovorne strane već imaju uspostavljenu praksu međusobne saradnje.

Važno je napomeniti da nije neophodno da strana – dužnik pruži adekvatno obezbeđenje da će *perfektno* izvršiti svoju obavezu. Neznatno odstupanje

22 Presuda Okružnog suda u Štendalu (Nemačka), u predmetu *Granite stone*, br. 22 S 234/99, od 12. oktobra 2000. godine (CLOUT case No. 432).

u pogledu izvršenja obaveze ne može biti osnov za suspenziju izvršenja: podsetimo se, strana može suspendovati izvršenje svoje obaveze ako nakon zaključenja ugovora postane očigledno da druga strana neće izvršiti *bitan deo svojih obaveza*. Prema tome, ako adekvatno obezbeđenje pruža uveravanje da će strana – dužnik izvršiti *bitan deo svojih obaveza* (ane u potpunosti), onda strana – poverilac mora nastaviti sa izvršenjem svoje obaveze.

6. Zaključak

Doktrina anticipativne povrede ugovora prihvaćena je u Bečkoj konvenciji kao jedan od instituta anglosaksonskog prava. Jedno od pravnih sredstava koje stoji na raspolaganju ugovornoj strani (poveriocu) koja anticipira neizvršenje obaveze druge strane (dužnika) je da suspenduje, odnosno zaustavi izvršenje svoje obaveze. Ono je uređeno članom 71 Konvencije. Posredstvom ovog sredstva se ostvaruju dva cilja.

Prvi cilj predstavlja zaštitu načela očuvanja ugovora. On se ispoljava na taj način što ugovorna strana – poverilac ima mogućnost da obavesti drugu stranu – dužnika o svojoj bojazni da dužnik neće izvršiti svoju obavezu. Poverilac to čini tako što stopira izvršenje svoje obaveze i orazlozima obaveštava dužnika. Na taj način se dužniku daje prilika da putem odgovarajućeg obezbeđenja razuveri poverioca u pogledu opasnosti da neće izvršiti svoju obavezu. Nakon toga, poverilac nastavlja sa izvršenjem svoje obaveze. Ovo rešenje je neškodljivo za sam ugovor i omogućava otklanjanje bojazni u pogledu njegovog izvršenja. U suprotnom, poverilac bi, usled takve bojazni, mogao doći u situaciju da brzopleto izvrši povredu ugovora, tako što će bez osnova zaustaviti izvršenje svoje obaveze.

Drugi cilj se ogleda u zaštiti interesa ugovorne strane koja anticipira povredu ugovora. Naime, bojazan da druga strana neće izvršiti svoje obaveze može biti i osnovana. U tom slučaju, poverilac ima mogućnost da zaustavi izvršenje svoje obaveze, kako bi predupredio štetne posledice neizvršenja druge strane. Ukoliko mu druga strana ne ponudi adekvatno obezbeđenje koje bi otklonilo opasnost od neizvršenja, poverilac nije dužan da nastavi sa izvršenjem svoje obaveze.

Na opisane načine Konvencija uspostavlja balans između načela očuvanja ugovora i zaštite interesa ugovoru verne strane. Cilj sredstva iz člana 71 Konvencije nije, dakle, *a priori* uperen ka prestanku izvršenja ugovora, već ka njegovom očuvanju, ali je ostavljena mogućnost da do prestanka

izvršenja ugovora dođe ukoliko ugovorna strana – dužnik ne ponudi adekvatno obezbeđenje.

Literatura/References

Bennett, T. (1987). Comments on Article 71. U Bianca, M. i Bonell, M. J. (Prir). *Bianca-Bonell Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Guiffirè. 513–525.

Campbell, C. (1905). The Doctrine of Anticipatory Breach. *Central Law Journal*. 60. 64–69.

Chengwei, L. (2003). *Remedies for Non-Performance, Perspective from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*. Beijing: Law School of Renmin University of China.

Enderlein, F. Maskow, D. (1992). *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*. New York: Oceana.

Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law and Taxation Publishers.

Rimke, J. (2001). *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. The Hague: Kluwer.

Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: Manz.

Schwenzer, I. H. Schlechtriem, P. (2016). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.

Silveira, M. (2005). Anticipatory Breach Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2. 1–51.

Strub, M. G. (1989). The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries. *International and Comparative Law Quarterly*. 38(3). 475–501.

Ziegler, A. (2006). The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof). *Journal of Law and Commerce*. 25. 353–374.

Vilus, J. (1981). *Komentar Konvencije Organizacije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija iz 1980.)*. Zagreb: Informator.

Vilus, J. Carić, S. Šogorov, S. Đurđev, D. Divljak, D. (2008). *Međunarodno privredno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Vukadinović, R. (2012). *Međunarodno poslovno pravo*. Kragujevac: Centar za pravo Evropske unije.

Draškić, M. Stanivuković, M. (2005). *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*. Beograd: Službeni list SCG.

Ćirić, A. (2018). *Međunarodno trgovinsko pravo – Posebni deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

*Uroš Zdravković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia*

THE RIGHT TO SUSPEND PERFORMANCE IN CASE OF ANTICIPATORY BREACH OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

In this paper, the author analyzes the provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which regulate the legal remedies available to contracting parties in case of anticipatory breach of contract. Anticipatory or presumed breach of contract implies a situation when one contracting party, on the basis of objective indicators, assumes that the other party will not perform its obligation. In this regard, the CISG provides for two legal remedies available to the contractual party that anticipates the breach of contract: a) to suspend the performance of its obligation, and b) to terminate the contract. This paper specifically analyzes the provisions of Article 71 of the CISG, which governs the right of a contracting party to suspend the performance of its obligation.

Article 71 CISG authorizes a seller or a buyer to suspend performance of its obligations under the sales contract if a party is unlikely to receive a substantial part of the counter-performance promised by the other party. The suspending party does not breach the contract if the suspension is rightful. However, if the suspension is not authorized by Article 71 CISG, the suspending party will breach the contract when it fails to perform its obligations. A party may suspend the performance of its obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of its obligations as a result of a

serious deficiency in the party's ability to perform, or the party's creditworthiness, or the party's conduct in preparing to perform or in performing the contract.

The right to suspend performance under Article 71 CISG is to be distinguished from the right to avoid the contract. Unlike the contract avoidance, which terminates the obligations of the parties, the suspension of contractual obligations recognizes that the contract continues and encourages mutual reassurance that both parties will perform. If the seller has already dispatched the goods, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain the goods. This relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller. A party suspending performance, either before or after dispatching the goods, must immediately give notice of suspension to the other party, and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Keywords: *CISG, law on international sale of goods, anticipatory breach of contract, suspension of performance.*

Dr Marija Vujović,*
Vanredni profesor,
Filozofski fakultet, Univerzitet u Nišu Republika
Srbija

Dr Marta Mitrović,*
Docent,
Filozofski fakultet, Univerzitet u Nišu Republika
Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-45907

UDK: 17:[77:070.422

UDK: 316.774

Rad primljen: 09.08.2023.

Rad prihvaćen: 08.11.2023.

ETIČKI STANDARDI I FOTOGRAFIJA U ŠTAMPANIM MEDIJIMA**

Apstrakt: Novinska fotografija je veoma zastupljen medijski sadržaj u srpskoj štampi. Jedini propis koji reguliše etičke standarde novinskih fotografija je Kodeks novinara Srbije, koji nije pravno obavezujuć za uređivačke politike medija. Za kršenje njegovih odredaba, nezavisno, samoregulatorno telo, Savet za štampu, izriče javne opomene. Predmet istraživanja u radu je etičnost fotografija u ozbiljnim informativnim novinama Politika, polutabloidnoj novini Blic i tabloidnoj novini Kurir. Kvantitativno-kvalitativnom analizom sadržaja obuhvaćene su sve objavljene fotografije, osim reklamnih, u periodu od 1. do 7. aprila 2023. godine. Analiza je obuhvatila 1915 objavljenih fotografija. Etičnost fotografije autorke su procenjivale u odnosu na odredbe Kodeksa novinara Srbije, a koje su mogle biti detektovane uvidom u štampana izdanja novina. Rezultati istraživanja pokazuju da se etički standardi u analiziranim novinama ne poštuju u potpunosti, da je više etičkih prekršaja u polutabloidnoj i tabloidnoj štampi i da je najčešće reč o nenavođenju izvora ili autorstva fotografije i o nenaglašavanju ilustrativne uloge fotografija.

Ključne reči: novinska fotografija, štampani mediji, etika, Kodeks novinara Srbije, profesionalni standardi.

* marija.vujovic@filfak.ni.ac.rs

* marta.mitrovic@filfak.ni.ac.rs

** Rad je, pod istim naslovom, izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravo idruštvene vrednosti, održanoj na Pravnom fakultetu u Nišu, 21. aprila 2023. godine.

1. Uvod

Teoretičari medija ukazuju na sve veći značaj vizuelne komunikacije u savremenom društvu. Ljudi su, pre svega, vizuelna bića. Milenijumima su reagovali samo na vizuelne informacije pre nego što su razvili sposobnost da čitaju tekst. Većina procesa komunikacije odvija se neverbalnim putem. Većina osećanja i stavova dolazi od izraza lica i načina na koji su reči izgovorene. „Nije samo reč o značenju poruke koja se prenosi. Slike, više od teksta, grade poverenje i kredibilitet“ (Walter, Gioglio, 2020: 16). Zbog toga modernoj, brznoj komunikaciji, karakterističnoj po obilju informacija, pogoduje vizuelna komunikacija. „U tom smislu, izgleda da ne bi bilo preterano govoriti o dominaciji vizuelnog, što je posebno karakteristično za trenutnu etapu društvenog razvoja, jer smo danas sasvim sigurno više nego bilo kada ranije izloženi i okruženi slikama“ (Zvijer, 2012: 1701). O trendu vizuelizacije savremenih medija pišu i autorke Vujović i Mitrović ističući da je „realno očekivati da će u budućnosti vizuelno biti sve dominantnije i da će štampani mediji morati da prate taj trend, nudeći vizuelni doživljaj nauštrb narativnog teksta, bilo da je reč o reklami ili novinskom članku“ (Vujović, Mitrović, 2017: 307).

Novinska fotografija, kao vid vizuelne komunikacije, veoma je zastupljena u medijima. Na to je ukazala francuska novina *Libération*, kada je 14. novembra 2013. godine objavila svoje izdanje bez fotografija. Urednici su svoju odluku objasnili na naslovnoj strani rečima: „Libération duguje večnu zahvalnost fotografiji, bez obzira da li ona dolazi od foto-novinara, modnih fotografa, portretista ili konceptualnih umetnika. Naša strast prema fotografiji nikada nije bila dovedena u pitanje – ne zbog toga što se ona koristi da ulepša, šokira ili ilustruje, već zato što fotografija meri puls našeg sveta... Ovo nije opelo, ovime ne sahranjujemo fotografiju, mi joj odajemo omaž koji zaslužuje“¹.

U vreme kada je francuska novina objavila izdanje bez fotografija, posao foto-novinara je bio ugrožen. „Zbog široko dostupne tehnologije, mobilnih telefona, interneta i jednostavnosti njihovog korišćenja, gotovo svako može da napravi i javno objavi fotografiju i to za manje od jednog minuta. Pritom, nije potrebno biti profesionalni fotograf ili foto-novinar, svako može da bude građanski foto-novinar“ (Vujović, 2021:9).

1 Greenslade, R. French paper published without photographs, The Guardian, 15. 11. 2013. Preuzeto 26. 7. 2023. <https://www.theguardian.com/media/greenslade/2013/nov/15/news-photography-france>

Ipak, ova činjenica ne oslobađa odgovornosti medije koji objavljuju fotografije, bez obzira na autorstvo fotografije.

Zbog značaja vizuelne komunikacije, kodeksi novinara širom sveta uređuju korišćenje novinskih fotografija u medijima. Njihovo poštovanje uglavnom je dobrovoljno, ali veoma važno. „Kodeksi omogućavaju da se uspostavi poverenje između profesionalaca i onih koji koriste njihove usluge. Zapravo, proklamovanjem da je usvojila kodeks i da se drži njegovih normi, grupa stručnjaka se stavlja u ‘službu društva’“ (Krstić, Milojević, 2015: 12). Poštovanje kodeksa posebno je važno u tranzicionim društvima jer bez „visoke moralne postavljenosti novinarstva iluzorno je očekivati dobro funkcionisanje i razvoj demokratije u jednom društvu. Drugačije rečeno, samo razvijeno, odgovorno i moralno novinarstvo daje impuls za progresivan rast i razvoj jednog modernog društva” (Donev, Vojinović, 2022: 274).

Retki su kodeksi koji se posebno bave foto-novinarstvom, kao što je Etički kodeks Nacionalne asocijacije foto-novinarara Sjedinjenih Američkih Država (The National Press Photographers Association – NPPA), koji ističe važnost da svi građani budu informisani o javnim događajima i ulogu koju u tome imaju foto-novinari. Njihova odgovornost je da dokumentuju društvo i da sačuvaju njegovu istoriju kroz fotografije.

„Fotografije i video-zapisi mogu otkriti velike istine, razotkriti nepravde i zanemarivanje, inspirisati nadu i razumevanje i povezati ljude širom sveta jezikom vizuelnog razumevanja. Fotografije takođe mogu prouzrokovati veliku štetu ako su besosećajno nametljive ili se njima manipuliše”². Etički kodeks asocijacije, usvojen sredinom 20. veka, posvećen je unapređenju položaja vizuelnog novinarstva i uspostavljanju najviših standarda za rad foto-novinarara: vizuelno izveštavanje mora biti tačno i razumljivo; izbegavati fotografisanje režiranih scena, ne predstavljati lažno događaje i ne manipulirati fotografijama; izbegavati stereotipno prikazivanje pojedinaca ili grupa, izbegavati pristrasnost u radu i ne uticati na ljude i događaje koji se fotografišu; pokazati poštovanje i empatiju za ljude koji se fotografišu, posebno prema osetljivim pojedincima i žrtvama zločina; prikazivanje privatnih, potresnih scena je dozvoljeno samo ako za to postoji opravdani razlog; ne potkupljivati i ne nagrađivati izvore informacija, ne prihvatati poklone, usluge ili naknade od onih koji žele

2 Code of Ethics. The National Press Photographers Association. Preuzeto 26. 7. 2023. <https://nppa.org/resources/code-ethics>

da se izmeni prikaz događaja; biti profesionalan u radu, ne sabotirati rad drugih novinara³.

Osnovni princip gotovo svih etičkih kodeksa novinara, da vizuelno izveštavanje mora biti objektivno, bez režiranja scena i manipulacija, različito je primenjivan. Mediji danas radije prikazuju ono što veruju da publika želi da vidi. Takođe, određene manipulacije su urednicima medija prihvatljive. Urednici nisu toliko striktni kada je u pitanju digitalno menjanje fotografije uobičajenog događaja, ali jesu kada se radi o fotografijama udarnih vesti (Fahmy, Bock, Wanta, 2014: 50). „Priroda posla jednog foto-novinar je takva da, bilo da izveštava o ratu, tragediji ili lokalnoj vlasti, mora stalno hodati po tankoj žici, i to brzo i agilno naočigled svih. Možda je digitalizacija umanjila veru javnosti u kameru, ali zato ne sme doći do umanjenja vere u ljude” (Fahmy et al., 2014: 49).

Republika Srbija nema kodeks profesionalne etike foto-novinar, pa jedini propis koji reguliše etičke standarde novinskih fotografija je Kodeks novinara Srbije⁴. Ovaj Kodeks nije pravno obavezujuć za uređi- vačke politike medija, već za kršenje njegovih odredaba, nezavisno, samoregulatorno telo, Savet za štampu, izriče javne opomene. Srbija ima Zakon o javnom informisanju i medijima, ali on se ne bavi etičkim dilemama novinara i „ne zalazi direktno u postupke novinara” (Blago- jević, Stojanović Prelević, 2019: 369).

Jedno od istraživanja poštovanja Kodeksa novinarske etike, koje je sprovedeno 2015. godine i obuhvata četiri nacionalne dnevne novine u Srbiji (Blic, Večernje novosti, Danas i Politika), uključuje i novinsku fotografiju. Rezultati pokazuju da su odstupanja od uputstava i smernica Kodeksa novinara Srbije karakteristična za Blic i Večernje novosti, dok se Politika najstrože drži novinarskih standarda. Kada je o prekršajima reč, najčešće je reč o fotografijama čiji autori nisu navedeni, ili nije naznačeno da nisu nastale na aktuelnom događaju, nisu označene kao arhivske, niti je naveden izvor odakle su preuzete. Autorke zaključuju da u mnogim slučajevima fotografije posredno otkrivaju identitet žrtava, a česta je i upotreba fotografija sa ličnih profila na društvenim mrežama bez dozvole autora (Krstić, Milojević, 2015).

Autorke Vujović i Stojanović Prelević istraživale su etičnost fotografija u srpskim štampanim medijima (Politika, Blic, Kurir), u

3 Isto.

4 Kodeks novinara Srbije usvojen je 2006. godine od strane dva najveća medijska udruženja, Udruženja novinara Srbije i Nezavisnog udruženja novinara Srbije.

maju 2014. godine. Rezultati istraživanja govore da najveći broj etičkih prekršaja u fotografijama imaju tabloidi i polutabloidi. Najveći broj prekršaja u sve tri novine je nenaglašavanje ilustrativne uloge fotografije i nenavođenje autorstva. Sledi objavljivanje neprimerenih, uznemiravajućih i pornografskih sadržaja, nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta, kao i nepoštovanje pretpostavke nevinosti. Uočen je i veliki broj primera sa višestrukim kršenjem odredbi Kodeksa novinara Srbije na jednoj fotografiji. Ovi podaci ukazuju na lošu sliku foto-novinarstva u Srbiji, i, u krajnjem, na loše stanje srpskog novinarstva (Vujović, Stojanović Prelević, 2014).

U radu koji je za cilj imao da pokaže kako opšteprihvaćeni etički standardi izgledaju iz perspektive foto-izveštavanja, autorka Ninković Slavnić ističe tri protonorme kada je reč o foto-izveštavanju: poštovanje privatnosti, nepristrasnost i autentičnost i tačnost. Zaključuje da je poštovanje privatnosti regulisano odredbama koje se odnose na zaštitu identiteta, dok se diskriminacija i stereotipno prikazivanje ne razmatraju u kontekstu fotografije. Kada je reč o normi autentičnosti i tačnosti, zaključuje da je pitanje manipulacije sadržajem obrađeno u kodeksu, manipulacija scenom je potpuno izostavljena, a manipulacija kontekstom regulisana je obavezom da se arhivska fotografija jasno označi kao takva (Ninković Slavnić, 2015: 175). Slavnić zaključuje i da „postoji razlika između javnih ličnosti i ostalih građana jer se za prve pretpostavlja da određene akcije, bez obzira što pripadaju privatnoj sferi, daju bitne podatke o osobi koja obavlja neku javnu funkciju, pa ih kao relevantne treba objaviti. To je slučaj u situacijama kada postoji javni interes, a ne kada su fotografije voajerske i motivisane trkom za profitom” (Ninković Slavnić, 2015: 166).

Privatnost može biti narušena i kada je reč o ličnostima koje nisu javne, kada dožive lične tragedije i nesreće. Tada je jasno da javnog interesa nema, ali argument urednika medija je da objavljivanje takvih fotografija treba da osvesti javnost i spreči slične nesreće. Jedna od takvih fotografija, koja prikazuje telo utopljenog dečaka Ajlana Kurdija na obalama Turske, objavljena je 2. septembra 2015. godine u gotovo svim svetskim medijima i postala je simbol migrantske krize. Telo mrtvog deteta na naslovnim stranama krši odredbe kodeksa profesionalne etike, ali je odluka uredništva brojnih medija bila da je objave jer „ukida svaku ravnodušnost, direktno deluje na emocije i aktivira ljudsku potrebu da se odupre bezumlju” (Jevtić, 2015: 185). Odluka da se objave ovakve fotografije je, zapravo, odluka da se prikaže slika surove stvarnosti i probudi uspavana javnost.

U novinarskoj praksi dešavaju se odstupanja od načela kodeksa i kada je reč o izmenama fotografija, gde je jasan zahtev da sadržaj fotografije ne može biti promenjen bez saglasnosti autora i da fotomontaže i obrađene fotografije moraju jasno biti razlikovane od dokumentarne fotografije. Vujović i Mitrović daju preporuku da se izmene odredbe Kodeksa novinara Srbije i dozvole izmene koje suštinski ne menjaju sadržaj fotografije, kao što je mogućnost uklanjanja delova koji nisu od važnosti za razumevanje značenja fotografije (Vujović, Mitrović, 2020: 145).

2. Metodološki okvir

Predmet istraživanja u radu je etičnost fotografija u štampanim medijima u Srbiji, u ozbiljnim informativnim novinama Politika, polutabloidnoj novini Blic i tabloidnoj novini Kurir. Kvantitativno- kvalitativnom analizom sadržaja obuhvaćene su sve objavljene fotografije, osim reklamnih, u periodu od 1. do 7. aprila 2023. godine. Analiza je obuhvatila 1915 objavljenih fotografija. Etičnost fotografije autorke su procenjivale u odnosu na odredbe Kodeksa novinara Srbije, a koje su mogle biti detektovane uvidom u štampana izdanja novina.

U Načelu I Kodeksa novinara Srbije, „Istinitost izveštavanja“, insistira se na obavezi novinara da „tačno, objektivno, potpuno i blagovremeno izvesti o događajima od interesa za javnost, poštujući pravo javnosti da sazna istinu i držeći se osnovnih standarda novinarske profesije“⁵. U smernicama koje se direktno odnose na fotografiju, ističu se sledeća pravila: „Promene sadržaja fotografije nedopustive su bez saglasnosti autora; Mora se jasno naglasiti razlika između dokumentarne fotografije i fotomontaže. Čitaoci/gledaoci ne smeju da se dovode u zabludu; Nedopustive su drastične intervencije pri digitalnoj obradi dokumentarne fotografije. Dozvoljene su samo minimalne korekcije (u domenu boja, kontrasta, oštine, i slično) koje ne utiču na njen sadržaj“⁶.

U Načelu II, „Nezavisnost od pritiska“, ističe se: „Bilo kakve intervencije (urednika, grafičkog urednika, dizajnera, i drugih), u pogledu sadržaja fotografije, nedopustive su bez saglasnosti autora“⁷.

U Načelu IV, „Odgovornost novinara“, ističe se: „Korišćenje tuđih informacija, ideja, istraživanja, i fotografija i grafičkih prikaza bez adekvatnog navođenja izvora, smatra se plagiranjem, i predstavlja jednu od najtežih povreda profesionalnih i etičkih standarda. Plagiranje

5 Načelo I, član 1 Kodeksa novinara Srbije. Dia-Art 2015.

6 Načelo I, član 2 KNS

7 Načelo II, član 1 KNS

ugrožava kredibilitet novinara/medijske kuće, i dovodi i do gubitka poverenja čitalaca/gledalaca/slušalaca u novinarsku profesiju⁸. Navodi se i: „Mediji su dužni da poštuju pravo pretpostavke nevinosti i da štite privatnost i identitet osumnjičenog ili počinioca, čak i u slučaju priznanja krivice⁹. U istom Načelu navodi se još: „Zaštita privatnosti i identiteta podrazumeva ne samo zaštitu imena (označavanje osumnjičenog inicijalima), već i zaštitu drugih podataka koji bi mogli da upute na njegov identitet: fotografija, adresa, opis izgleda, bračno stanje, socijalni status, pripadnost nekoj grupi, imena suseda, rođaka i prijatelja¹⁰.

U Načelu VII, „Poštovanje privatnosti”, ističe se: „Prilikom izveštavanja o nesrećama i krivičnim delima, nije dozvoljeno objavljivanje imena i fotografija žrtava i počinitelja koje ih jasno identifikuju. Takođe, nije dozvoljeno ni objavljivanje bilo kakvih podataka koji bi indirektno mogli da otkriju identitet bilo žrtve, bilo počinioca, pre nego što nadležni organ to zvanično saopšti¹¹. Ističe se još: „Fotografi i snimatelji dužni su da se, prilikom fotografisanja žrtava nesreća i zločina, ophode sa obzirom i saosećanjem¹². I: „Novinar je obavezan da osigura da dete ne bude ugroženo ili izloženo riziku zbog objavljivanja njegovog imena, fotografije ili snimka sa njegovim likom, kućom, zajednicom u kojoj živi ili prepoznatljivom okolinom¹³.

U Načelu VIII, „Korišćenje časnih sredstava”, ističe se: „U prikupljanju informacija, fotografija, dokumenata, zvučnih i video zapisa novinar će se koristiti samo časnim sredstvima. Novinari i urednici ne smeju da objavljuju materijal pribavljen uz pomoć skrivenih kamera, prislušnih uređaja, odnosno neovlašćenim prisluškivanjem, izuzev kada se time štiti javni interes (npr. objavljivanje informacija o ugroženosti života i zdravlja stanovništva, korupciji, zloupotrebi položaja i slično)¹⁴. Ističe se još da: „Novinar ne treba da nastavi sa postavljanjem pitanja, telefoniranjem, fotografisanjem ili snimanjem privatnog lica pošto je zamoljen da odustane¹⁵.

8 Načelo IV, član 2 KNS

9 Načelo IV, član 3 KNS

10 Načelo IV, član 3 KNS

11 Načelo VII, član 1 KNS

12 Načelo VII, član 3 KNS

13 Načelo VII, član 4 KNS

14 Načelo VIII, član 1 KNS

15 Načelo VIII, član 2 KNS

U Načelu IX, „Poštovanje autorstva”, ističe se: „Fotografije moraju da budu potpisane imenom i prezimenom autora ili vlasnika fotografije. Kršenje autorskih prava neovlašćenim reprintom, kopiranjem fotografija iz štampanih medija, 'skidanjem' (download) fotografija sa Interneta, smatra se teškom povredom ovog Kodeksa. Fotografije se ne mogu ustupati drugim licima, organizacijama, institucijama i medijima bez saglasnosti autora”¹⁶. Ističe se i: „Novinar neće kao svoje potpisivati tekstove, crteže, ilustracije, fotografije, video i zvučne zapise drugih autora. Fotomontaže i obrađene fotografije moraju jasno da budu razgraničene od dokumentarne fotografije. Čitaoci/gledaoci ne smeju se namerno dovoditi u zabludu”¹⁷. Dalje: „Novinar treba da odbije da potpiše tekst, fotografiju, crtež, ilustraciju, zvučni ili video zapis. Novinar ne bi trebalo da se potpiše ako nije učestvovao u pripremi i izradi teksta, fotografije, crteža, ilustracije, zvučnog i video zapisa. Ukoliko je promenom nadnaslova, naslova i podnaslova urednik promenio smisao i intonaciju teksta, fotografije, crteža, ilustracije, zvučnog i video zapisa, novinar je dužan da na to skrene pažnju uredniku, i da zahteva izmene. Ukoliko urednik ne prihvati zahteve novinara, on ima pravo da traži izostavljanje svog potpisa, odnosno da povuče tekst, fotografiju, crtež, ilustraciju, video i zvučni zapis”¹⁸. Ističe se i: „Urednik je obavezan da usliši zahtev novinara da ga ne potpiše pod tekstom, fotografijom, crtežom, ilustracijom, zvučnim ili video zapisom ukoliko novinar smatra da bi time bila ugrožena njegova bezbednost”¹⁹. I: „Fotografija uz tekst/prilog koja nije nastala na samom događaju koji ilustruje, mora da bude naznačena kao arhivska. Potrebno je jasno naznačiti svaku fotografiju koja nije nastala neposredno na događaju, a služi njegovom ilustrovanju”²⁰.

Pretpostavke od kojih se u radu polazilo bile su da se etički standardi u analiziranim novinama ne poštuju u potpunosti, da je više etičkih prekršaja u polutabloidnoj i tabloidnoj štampi i da je najčešće reč o nenavodjenju izvora ili autorstva fotografije i o nepoštovanju pretpostavke nevinosti i prava na privatnost.

16 Načelo IX, član 1 KNS

17 Načelo IX, član 2 KNS

18 Načelo IX, član 3 KNS

19 Načelo IX, član 4 KNS

20 Načelo IX, član 5 KNS

3. Rezultati istraživanja

U analiziranom periodu, u sve tri dnevne novine, objavljeno je ukupno 1915 fotografija. U Politici je objavljen najmanji broj fotografija 497, sledi Blic sa 562, i Kurir sa najvećim brojem – 856 objavljenih fotografija (Tabela 1). I po samom broju objavljenih fotografija može da se zaključuje o stepenu tabloidnosti novina. Po pravilu, ozbiljna štampa objavljuje mali broj fotografija, za razliku od polutabloida i tabloida, gde dominiraju fotografije.

U odnosu na ukupan broj objavljenih fotografija, najveći broj etičkih prekršaja imala je novina Kurir – 736, sledi Blic – 451 i Politika sa najmanjim brojem etički problematičnih fotografija – 103. Ovakav rezultat analize potvrđuje pretpostavku od koje autorke polaze da je više etičkih prekršaja u polutabloidnoj i tabloidnoj štampi nego u ozbiljnim novinama. Ukupan broj fotografija na kojima je registrovan neki od etičkih prekršaja je 1293, što obuhvata 66% od ukupnog broja objavljenih fotografija²¹ (Tabela 1).

Tabela 1. Komparacija analiziranih medija prema broju etičkih prekršaja

Medij	Broj objavljenih fotografijau periodu analize	Broj etičkih prekršaja u periodu analize u okviru analiziranih medija	Procenat prekršaja po mediju u odnosu na ukupan broj prekršaja
Politika	497	103 (21%)	8%
Blic	562	451 (80%)	35%
Kurir	856	736 (86%)	57%
Ukupno	1915	1293 (66%)	1293 (100%)

Kada je o etičkim prekršajima reč, najčešći prekršaj u sve tri analizirane novine bilo je nenavođenje izvora/autorstva fotografije – 944, sledi nenaglašena ilustrativna uloga fotografije – 135, nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta – 97, nepoštovanje pretpostavke nevinosti – 67, nenaglašena razlika između dokumentarne fotografije i

21 U analizi sadržaja novinskih fotografija bilo je i onih kod kojih su registrovani višestruki etički prekršaji. Svaki od njih je registrovan pojedinačno.

fotomontaže – 24, neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj 16, a najmanje je bilo fotografija snimljenih skrivenom kamerom – 10 (Tabela 2).

Tabela 2. Prikaz broja identifikovanih etičkih prekršaja

Etički prekršaji	Broj
Nenavođenje izvora/autorstva fotografije	944
Nenaglašena ilustrativna uloga fotografije	135
Nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta	97
Nepoštovanje pretpostavke nevinosti	67
Nenaglašena razlika između dokumentarne fotografije i fotomontaže	24
Neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj	16
Fotografije snimljene skrivenom kamerom	10
Ukupno	1293

Kada je o etičkim prekršajima reč, najveći broj, u sva tri analizirana lista, odnosi se na nenavođenje izvora/autorstva fotografije. U posmatranom periodu, u Kuriru je takvih fotografija objavljeno 532, u Blicu 352, a u Politici 60. Ovakav rezultat opravdava sumnju da je praksa preuzimanja fotografija sa interneta česta, posebno u tabloidima i polutabloidima. Ovaj rezultat svedoči i o lošem položaju foto-novinara u srpskom novinarstvu.

Sledeći najčešći etički prekršaj u Kuriru i Politici je nenaglašavanje ilustrativne uloge fotografije, na kojima ne može jasno da se uoči da su nastale neposredno na mestu događaja ili nemaju direktnu vezu sa pratećim tekstom. U posmatranom periodu, u Politici je objavljeno 39 takvih fotografija, a u Kuriru 70. U novinama Blic, ovo je treći etički prekršaj po učestalosti, objavljeno je 26 takvih fotografija u posmatranom periodu (Tabela 2). Ovakvi rezultati ukazuju na praksu novinara da koriste fotografije iz arhive.

Drugi po učestalosti etički prekršaj u novinama Blic, a treći u Kuriru i Politici je nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta: Blic – 38, Kurir – 57 i Politika – 2. U Politici je u istom broju slučajeva zabeležen još jedan etički prekršaj, nepoštovanje pretpostavke

nevinosti – 2, dok je taj prekršaj u tabloidnim i polutabloidnim novinama učestaliji: Kurir – 39 i Blic – 26. U Kuriru su zabeleženi i sledeći etički prekršaji: nenaglašena razlika između dokumentarne fotografije i fotomontaže – 24, neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj – 8 i fotografije snimljene skrivenom kamerom – 6, a u Blicu: neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj – 8 i fotografije snimljene skrivenom kamerom – 4 (Tabela 3).

Tabela 3. Komparativni prikaz broja etičkih prekršaja u analiziranim novinama

Mediji i etički prekršaji	Broj etičkih prekršaja
Kurir	736
Nenavođenje izvora/autorstva fotografije	532
Nenaglašena ilustrativna uloga fotografije	70
Nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta	57
Nepoštovanje pretpostavke nevinosti	39
Nenaglašena razlika između dokumentarne fotografije i fotomontaže	24
Neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj	8
Fotografije snimljene skrivenom kamerom	6
Blic	454
Nenavođenje izvora/autorstva fotografije	352
Nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta	38
Nenaglašena ilustrativna uloga fotografije	26
Nepoštovanje pretpostavke nevinosti	26
Neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj	8
Fotografije snimljene skrivenom kamerom	4
Politika	103
Nenavođenje izvora/autorstva fotografije	60
Nenaglašena ilustrativna uloga fotografije	39
Nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta	2
Nepoštovanje pretpostavke nevinosti	2
Ukupno	1293

4. Diskusija i zaključak

Pretpostavke od kojih se u radu polazilo delimično su potvrđene. Rezultati istraživanja pokazuju da se etički standardi u analiziranim novinama uglavnom ne poštuju kada je reč o novinskim fotografijama. Ukupan broj fotografija na kojima je registrovan neki od etičkih prekršaja je 1293, što obuhvata 66% od ukupnog broja objavljenih fotografija. Najveći broj etičkih prekršaja imala je novina Kurir – 57%, zatim Blic – 35% i Politika sa najmanjim brojem etički problematičnih fotografija 8%, posmatrano u odnosu na ukupan broj etičkih prekršaja. Ovakav rezultat analize potvrdio je pretpostavku od koje su autorke pošle: daje više etičkih prekršaja u polutabloidnoj i tabloidnoj štampi nego u ozbiljnim novinama. Potvrđena je i pretpostavka da je najčešći etički prekršaj nenavođenje izvora ili autorstva fotografije. U posmatranom periodu, objavljeno je 73% takvih fotografija u ukupnom broju etički problematičnih fotografija. U Kuriru je takvih fotografija objavljeno 532, u Blicu 352, a u Politici 60. Ovakav rezultat opravdava sumnju da je praksa preuzimanja fotografija sa interneta česta, posebno u tabloidima i polutabloidima. Ovaj rezultat svedoči i o lošem položaju foto- novinara u srpskom novinarstvu. Rezultati istraživanja pokazuju da prekršaji nepoštovanje pretpostavke nevinosti i prava na privatnost nisu među najučestalijima. Češće nije naglašavana ilustrativna uloga fotografije, u 11% slučajeva u odnosu na ukupan broj etičkih prekršaja u sve tri dnevne novine. Izuzetak je novina Blic, kod koje je nepoštovanje prava na privatnost i zaštitu identiteta drugi prekršaj po učestalosti. Kada posmatramo rezultate objedinjeno za sve tri novine, ovo je treći prekršaj po učestalosti, u 7% slučajeva u odnosu na ukupan broj etičkih prekršaja. Sledi nepoštovanje pretpostavke nevinosti, u 5% slučajeva u odnosu na ukupan broj etičkih prekršaja. Najmanje je bilo fotografija snimljenih skrivenom kamerom, manje od 1% od ukupnog broja etički problematičnih fotografija. Treba istaći da je novina Kurir kršila etičke norme u svim posmatranim kategorijama, kada je reč o novinskim fotografijama. S druge strane, novina Politika nije kršila sve norme, kao što je neprimereni, uznemiravajući i pornografski sadržaj i fotografije snimljene skrivenom kamerom.

Kada se rezultati ovog istraživanja uporede sa rezultatima prethodno sprovedenih analiza sadržaja srpskih medija, jasno je da su odstupanja od uputstava i smernica Kodeksa novinara Srbije karakteristična za tabloide i polutabloide. Kada je o vrstama prekršaja reč, najčešće je reč o fotografijama čiji autori nisu navedeni i nenaglašavanju ilustrativne

uloge fotografije (Vujović, Stojanović Prelević, 2014; Krstić, Milojević, 2015). Rezultati ovog istraživanja potvrđuju taj trend.

Zbog toga bi bilo važno dodatno urediti objavljivanje novinskih fotografija u srpskim medijima. U nedostatku specijalizovanog kodeksa koji se odnosi isključivo na foto-izveštavanje, preporuka bi mogla biti da medijske kuće usvoje interne kodekse o objavljivanju fotografija, koji će sadržati detaljna uputstva za profesionalnost u izveštavanju u svim potencijalno problematičnim situacijama.

Literatura i izvori

Blagojević, A. i Stojanović Prelević, I. (2019). Pravni i etički aspekti novinarstva u Srbiji: komparativna analiza Zakona o javnom informisanju i medijima i Kodeksa novinara Srbije. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 85. 353–370.

Zvijer, N. (2012). Sociologija vizuelnog – mogući pravci budućeg razvoja sociologije u Srbiji. Sociološki pregled: časopis Srpskog sociološkog društva. XLVI (3–4). 1070–1090.

Donev, D. i Vojinović, M. (2022). O nespornom značaju etičkih kodeksa u novinarstvu. *CM: Communication and Media*, 17 (2). 273–286.

Fahmy, S. Bock, M. A. & Wanta, W. (2014). *Visual communication theory and research: A mass communication perspective*. Palgrave Macmillan.

Greenslade, R. French paper published without photographs, *The Guardian*, 15. 11. 2013. Preuzeto 26. 7. 2023. <https://www.theguardian.com/media/greenslade/2013/nov/15/news-photography-france>

Jevtić, M. (2015). Novinarska etika u izveštavanju o osetljivim temama: (zlo) upotreba fotografije tokom migrantske krize 2015. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 179–191. Kodeks novinara Srbije. Preuzeto 26. 7. 2023. <https://www.uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html>

Krstić, A. Milojević, A. (2015). Etički i profesionalni aspekti izveštavanja dnevne štampe u Srbiji. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 11–37.

Ninković Slavnić, D. (2015). Etika foto-izveštavanja. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 163–178. Code of Ethics. *The National Press*

Photographers Association. Preuzeto 26. 7. 2023. <https://nppa.org/resources/code-ethics>

Vujović M. i Mitrović M. (2017). Vizuelizacija savremenih medija. Nauka i stvarnost: zbornik radova sa naučnog skupa. Pale: Filozofski fakultet. 295–309.

Vujović, M. (2021). Fotografija u medijima. Niš: Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu.

Vujović, M. i Mitrović, M. (2020). Interpretation of Newspaper Photography: A Case Study of NIN Magazine. *AM Journal of Art and Media Studies*. 22. 134–146.

Vujović, M. i Stojanović Prelević, I. (2014). Ethich of Newspaper Photography. *Facta universitatis – Series Philosophy, Sociology, Psychology and History*. 13 (3). 123–135

Walter, E. Gioglio, J. (2020). *The power of visual storytelling: how to use visuals, videos, and social media to market your brand*. McGraw-Hill Education.

*Marija Vujović, PhD
Associate Professor,
Communicology and Journalism Department,
Faculty of Philosophy, University of Niš*

*Marta Mitrović, PhD
Assistant Professor,
Communicology and Journalism Department,
Faculty of Philosophy, University of Niš,
Republic of Serbia*

ETHICAL STANDARDS AND PHOTOGRAPHY IN NEWSPAPERS

Summary

Newspaper photography is a very common and important media content that initially attracts the readers' attention and thus influences their opinions about the depicted events. The study of visual content in the media is increasingly important in media theory. Visual content is becoming more dominant because it can efficiently convey a lot of information due to the absence of language barriers. Thus, adherence to professional standards in the publication of newspaper photographs is very important. In Serbia, the only document that regulates the ethical standards of newspaper photography is the Journalists' Code of Ethics, but it is not legally binding

on the editorial policy of the media. The consequences of violating its provisions are public warnings issued by the Press Council, an independent self-regulatory body. The results of a quantitative and qualitative analysis of newspaper photographs published in three daily newspapers (the serious broadsheet daily Politika, the semi-tabloid Blic, and the tabloid Kurir) have shown to what extent the ethical standards are respected in practice. The research was conducted in the first week of April 2023. The analysis included all photos published during this period, except advertising photos.

The analysis of newspaper photos included the following criteria defined in the Journalists' Code of Ethics: whether there is a clear distinction between a documentary photograph and a photo-shopped image; whether the illustrative role of a photo is emphasized when it is not taken directly at the scene of the event; whether the source/authorship of the photo is indicated; whether the principle of presumption of innocence has been applied and whether the privacy and identity of the victim or the suspected offender have been respected (e.g. by not publishing photos) even if the offender has pleaded guilty, until the moment of rendering the final court judgment; whether the published photos were taken with hidden cameras; and whether the photos contain inappropriate, disturbing and pornographic content. The article is based on the hypotheses that ethical standards are not fully met in the newspapers under consideration, that there are more violations of ethical standards in the semi-tabloid and tabloid newspapers, and that the most common violations entail the failure to credit the source or authorship of the photo and disregard for the presumption of innocence and the right to privacy.

Keywords: *newspaper photography, newspaper, ethics, Serbian Journalists' Code of Ethics, professional standards.*

Dr Aleksandar Antić,*
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu,
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpf0-45620

UDK: 331.108.3:351.82]:342.4
Rad primljen: 21.07.2023.
Rad prihvaćen: 04.11.2023.

PITANJE USTAVNOSTI OGRANIČENJA ZAPOŠLJAVANJA U JAVNOM SEKTORU**

Apstrakt: Ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru podrazumeva pozitivnopravno uređeno odsustvo autonomije poslodavaca u javnom sektoru prilikom zasnivanja radnog odnosa na određeno i neodređeno vreme, odnosno prilikom radnog angažovanja lica u rad van radnog odnosa. Poslodavci u javnom sektoru, osim u izuzetnim situacijama, zasnivanje radnog odnosa na određeno i neodređeno vreme, odnosno angažovanje lica u rad van radnog odnosa, mogu sprovesti tek nakon saglasnosti Komisije Vlade Republike Srbije za davanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava. Autor u radu analizira ustavnost odredbi koje uređuju ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru. Postavlja se pitanje da li su norme koje se odnose na uređivanje ograničenja zapošljavanja u javnom sektoru u suprotnosti sa pravom na rad, odnosno zabranom diskriminacije koje propisuje Ustav Republike Srbije.

Ključne reči: ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru, pravo na rad, zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme, Ustav Republike Srbije, zabrana diskriminacije.

* anticaleksandar89@gmail.com

** Rad je saopšten na naučnom skupu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, održanom na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu maja 2022 godine.

Uvod

Sloboda rada je pravo koje podrazumeva ovlašćenja zaposlenog da samostalno odluči da li želi da zasnuje radni odnos, odnosno da li i kada želi da prekine radni odnos. Međutim, nasuprot pravu zaposlenog, stoji i pravo poslodavca da odluči da li želi sa nekim zaposlenim da zasnuje radni odnos, odnosno da li želi da zaposleni kod njega obavlja poslove u okviru rada u radnom odnosu na određeno ili neodređeno vreme.

Sloboda rada zaposlenog je gotovo neograničena, dok je sloboda poslodavca ograničena posebno kod prestanka radnog odnosa, imajući u vidu da je poslodavac faktički jača strana u radnom odnosu nasuprot zaposlenom, a uz ispunjenje određenih uslova i prilikom izbora vrste rada u radnom odnosu, s obzirom na to da u određenim situacijama poslodavac sa zaposlenim mora zasnovati radni odnos na neodređeno vreme (na primer u slučaju faktičkog rada).

Ograničenja koja postoje na strani poslodavca uvedena su kako bi se zaštitio zaposleni. Međutim, ograničenje ili zabrana zapošljavanja u javnom sektoru postoji kako bi se smanjila budžetska potrošnja, odnosno kako bi se zaštitila budžetska sredstva.

Radi se o ograničenju autonomije poslodavca prilikom zasnivanja radnog odnosa sa zaposlenim, koje je karakteristično za javni sektor. Ovu vrstu ograničenja pravna teorija ne prepoznaje.

Ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru je realnost koja egzistira u našem pravnom sistemu gotovo čitavu deceniju. Pored mnoštva negativnih posledica, o kojima će biti reči u nastavku rada, proizvelo je jednu pozitivnu. Naime, zaista je dovelo do smanjenja budžetske potrošnje. Međutim, pitanje je da li je ovaj cilj bio vredan posledica koje je proizvelo i koje i dalje proizvodi.

Pored negativnih društvenih uticaja, prema mišljenju autora, ograničenje zapošljavanja, odnosno propisi koji ga uređuju su, imajući u vidu odredbe Ustava Republike Srbije¹, protivustavni. O konkretnim razlozima koji govore u prilog neustavnosti zabrane, odnosno ograničenja zapošljavanja biće ukazano u nastavku rada.

Opšti osvrt na ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru

„Ograničenje zapošljavanja“, ili kako se još kolokvijalno označava, „zabrana zapošljavanja“, pojava je koja kod nas nije pojmovno niti pravno

1 Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. 98/2006.

određena pod ovim nazivom. Radi se o pojmu koji ne prepoznaje ni pravna teorija, već ga je iznedrila praksa. U našem pravnom sistemu egzistira već više godina.

Ograničenje ili zabrana zapošljavanja u javnom sektoru podrazumeva skup odredbi kojima se poslodavcima u javnom sektoru ograničava, odnosno isključuje pravo na zasnivanje radnog odnosa na neodređeno i određeno vreme. Pravila koja uređuju ovaj institut u velikoj meri ograničavaju autonomiju poslodavaca u javnom sektoru u pogledu zasnivanja radnog odnosa.

Zabrana zapošljavanja u javnom sektoru uvedena je pod uticajem Međunarodnog monetarnog fonda. Naime, ova finansijska organizacija zabranu zapošljavanja u javnom sektoru i smanjenje zarada, odnosno ograničenje njihovog rasta zaposlenima u javnom sektoru preporučuje kao sredstva za konsolidaciju budžeta, odnosno smanjenje budžetske potrošnje (International Monetary Fund, 2016).

Cilj primene mera fiskalne konsolidacije je povećanje bruto domaćeg proizvoda. Međutim, uprkos porastu dodate vrednosti po sektoru, kao u slučaju informacionih tehnologija, finansija, osiguranja i stručnih delatnosti, doprinos ovih sektora po pitanju otvaranja novih radnih mesta je bio ograničen. Značajan deo radne snage u Republici Srbiji zaglavljen je u niskoproduktivnim poslovima u proizvodnji, građevinarstvu, maloprodaji i ugostiteljstvu, gde su zarade u proseku 10 do 30 posto niže od proseka na nacionalnom nivou (International Labour Organization, 2020).

Zabrana zapošljavanja u javnom sektoru uvedena je krajem 2013. godine. Naime, u članu 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, koji je objavljen u „Službenom glasniku RS“, br. 108/2013 od 6. 12. 2013. godine, a stupio je na snagu 7. 12. 2013, predviđeno je da korisnici javnih sredstava ne mogu zasnivati radni odnos sa novim licima radi popunjavanja slobodnih, odnosno upražnjenih radnih mesta do 31. decembra 2015. godine. Izuzetno, radni odnos sa novim licima mogao se zasnovati uz saglasnost tela Vlade, na predlog nadležnog ministarstva, odnosno drugog nadležnog organa, uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva.

Ukupan broj zaposlenih na određeno vreme zbog povećanog obima posla, lica angažovanih po ugovoru o delu, ugovoru o privremenim i povremenim poslovima, preko omladinske i studentske zadruge i lica angažovanih po drugim osnovama kod korisnika javnih sredstava ne može biti veći od 10% ukupnog broja zaposlenih.

Izuzetno, broj zaposlenih na određeno vreme zbog povećanog obima posla, lica angažovanih po ugovoru o delu, ugovoru o privremenim i povremenim poslovima, preko omladinske i studentske zadruge i lica angažovanih po drugim osnovama, kod korisnika javnih sredstava, može biti veći od 10% ukupnog broja zaposlenih uz saglasnost tela Vlade, na predlog nadležnog ministarstva, odnosno drugog nadležnog organa, uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva.

Navedena odredba je počela da se primenjuje 1. januara 2014. godine. Od tada važi ograničenje ili zabrana zapošljavanja u javnom sektoru. Radi se o vremenskom periodu od devet godina.

Kao što će biti navedeno u narednom delu ovoga rada, zabrana zapošljavanja je u određenom stepenu ublažena 1. januara 2021. godine. Međutim, njena suština, koja se ogleda u zabrani potpuno autonomnog odlučivanja poslodavaca iz javnog sektora prilikom zasnivanja radnog odnosa, nije se menjala.

Sama zabrana zapošljavanja uvedena je propisom koji ne uređuje materiju radnih odnosa, već način poslovanja i planiranje finansijskih sredstava neophodnih za rad budžetskih korisnika. Takođe, zabrana je predviđena sa nekoliko stavova jednog člana koji je poprilično nepregledan (s obzirom da ima nekoliko desetina stavova) i koji se izvorno odnosi na fiskalna pravila. Ujedno, terminologija koja se koristi prilikom određivanja pravila u pogledu zabrane zapošljavanja je često neodgovarajuća, jer se na primer kao lice u radnom odnosu na određeno vreme označava radno angažovano lice po ugovoru o privremenim i povremenim poslovima ili ugovoru o delu.

Tokom trajanja zabrane zapošljavanja jedan od najvećih problema ogledao se u njenoj linearnoj primeni, posebno početnih godina, kada se saglasnost za zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme dobijala jako retko. Naime, zabrana zapošljavanja se primenjivala na sve poslodavce u javnom sektoru uz određene retke izuzetke. To je dovelo do poremećaja u pogledu broja zaposlenih posebno u zdravstvenom sektoru. Zbog nemogućnosti zasnivanja radnog odnosa na neodređeno vreme, kao i često neplaćenog volonterskog rada, veliki broj zdravstvenih radnika je napustio Srbiju i zasnovao je radni odnos u inostranstvu.²

2 Samo kroz jedan projekat Ekspertska migracija, koji sprovodi nemačka agencija za zapošljavanje DEKRA, Republiku Srbiju je napustilo 600 medicinskih radnika, dok je još 700 u postupku pripreme za zasnivanje radnog odnosa u Nemačkoj. <https://www.ekspertskamigracija.com/o-projektu-ekspertska-migracija/>, preuzeto 18. 7. 2023. godine.

U 2017. godini je broj lekara smanjen za oko 600 u odnosu na 2014. godinu, odnosno za oko 1.000 u odnosu na 2011. godinu. Ukupan broj lekara u periodu od 2011. godine do 2017. godine je dakle smanjen za oko 5% (Petovar, 2021: 9).

Esenciju zabrane zapošljavanja čini stav donosioca odluka da su zaposleni u javnom sektoru trošak po budžetska sredstva i da se ne radi o pojedincima koji imaju pozitivan uticaj na ekonomiju. Međutim, često se prenebregava činjenica u ovakvim razmišljanjima i izjavima da se radi o pojedincima koji se bave pružanjem usluga od opšteg interesa, kao i da su zaposleni u javnom sektoru demografski prilično različiti od svojih kolega u privatnom sektoru. U javnom sektoru je zaposleno znatno više žena nego u privatnom sektoru i više starijih i obrazovanih zaposlenih u odnosu na privatni sektor (Gindling, Hasnain, Newhouse, Shi, 2019: 8).

Jasne linije razdvajanja ne postoje uvek između upravljanja ljudskim resursima i budžetiranja u javnoj upravi. Međutim ova sredstva za ostvarivanje misije i vizije javne administracije treba formirati tako da budu međusobno usklađena, a da jedno ili drugo ne sprečavaju ostvarivanje ciljeva radi kojih postoji konkretna organizacija iz javnog sektora (Rosenbloom, 2015: 6).

Smanjeno zapošljavanje u javnom sektoru svakako dovodi i do drugih negativnih posledica, poput povećanja nezaposlenosti. Ovo je posebno istaknuto u nerazvijenim područjima države gde nema mnogo velikih privatnih poslodavaca, s obzirom na to da sva lica koja ne mogu zasnovati radni odnos u javnom sektoru ne mogu zasnovati radni odnos u privatnom sektoru, jer je on nedovoljno razvijen (Caponi, 2017: 3).

Napomenuli bismo da je formalno posmatrano došlo do smanjenja nezaposlenosti u Republici Srbiji u prethodnim godinama i čak ostvarivanja strateških ciljeva u pogledu nezaposlenosti (Ognjeno- vić, Pavlović, Kuzmanov, 2021: 91). Međutim, do smanjenja nezaposlenosti je došlo zbog promene metodologije na osnovu koje se evidentiraju nezaposlena lica na evidenciji Nacionalne službe za zapošljavanje³, iseljavanja stanovništva i do zapošljavanja nezaposlenih lica ali uglavnom u većim gradovima.

3 Shodno članu 88 Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti. *Sl. glasnik RS*. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – dr. zakon i 49/2021, npr.evidencija o nezaposlenom prestaje da se vodi i ako nezaposleni započne osiguranje po drugom osnovu u skladu sa zakonom (zaključni ugovor o radu van radnog odnosa).

Pozitivnopravno regulisanje ograničenja zapošljavanja

U trenutku pisanja ovoga rada pravni osnov za ograničenje zapošljavanja čine član 27k Zakona o budžetskom sistemu⁴ i Uredba o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava⁵.

Članom 27k Zakona o budžetskom sistemu propisano je da je u periodu od 1. januara 2021. godine do 31. decembra 2023. godine korisnicima javnih sredstava dozvoljeno da bez posebnih dozvola i saglasnosti u tekućoj kalendarskoj godini prime u radni odnos na neodređeno vreme i radni odnos na određeno vreme u svojstvu pripravnika do 70% ukupnog broja lica kojima je prestao radni odnos na neodređeno vreme po bilo kom osnovu u prethodnoj kalendarskoj godini (umanjen za broj novozaposlenih na neodređeno vreme i određeno vreme u svojstvu pripravnika u toj kalendarskoj godini), dok o prijemu novozaposlenih na neodređeno vreme i određeno vreme u svojstvu pripravnika iznad tog procenta odlučuje Komisija Vlade Republike Srbije za davanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava, na predlog nadležnog organa, uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva.

Izuzetno, Komisija Vlade može jednim aktom dati saglasnost novoosnovanom korisniku javnih sredstava na broj lica koji taj korisnik može primiti u radni odnos na neodređeno vreme i određeno vreme u svojstvu pripravnika u kalendarskoj godini u kojoj je osnovan.

Zapošljavanje na osnovu člana 27k Zakona o budžetskom sistemu može se realizovati ukoliko korisnik javnih sredstava ima obezbeđena sredstva za plate, odnosno zarade, sa pripadajućim porezom i doprinosima za novozaposlene, kao i pod uslovima i u skladu sa procedurama predviđenim posebnim propisima.

Takođe, počev od 1. januara 2021. godine ukupan broj zaposlenih na određeno vreme (izuzev u svojstvu pripravnika), lica angažovanih po ugovoru o delu, ugovoru o privremenim i povremenim poslovima, preko omladinske i studentske zadruge, kao i posredstvom agencije za privremeno zapošljavanje i lica angažovanih po drugim osnovama, kod korisnika javnih sredstava ne može biti veći od 10% ukupnog broja zaposlenih na

4 Zakon o budžetskom sistemu. *Sl. glasnik RS*. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. zakon, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020 i 118/2021.

5 Uredba o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava. *Sl. glasnik RS*. 159/2020.

neodređeno vreme, osim izuzetno, uz saglasnost tela Vlade, na predlog nadležnog organa, uz prethodno pribavljeno mišljenje Ministarstva.

U navedeno ograničenje ne ubrajaju se lica u radnom odnosu na određeno vreme radi zamene odsutnog zaposlenog do njegovog povratka, lica radno angažovana posredstvom Nacionalne službe za zapošljavanje u cilju sprovođenja mera aktivne politike zapošljavanja u skladu sa propisima koji uređuju oblast zapošljavanja (javni radovi i dodatno obrazovanje i obuke), lica angažovana radi realizacije projekata koji se finansiraju sredstvima Evropske unije ili sredstvima donacija, ukoliko se naknade za njihov rad, sa pripadajućim porezima i doprinosima, finansiraju iz ovih izvora, kao i lica angažovana od strane korisnika programa obuke, akreditovanih realizatora obuke koji su upisani u Stalnu listu predavača i drugih realizatora obuka koju vodi Nacionalna akademija za javnu upravu. Izuzetno, korisnik javnih sredstava koji ima manje od 50 zaposlenih na neodređeno vreme može da ima najviše do sedam zaposlenih, odnosno angažovanih lica.⁶

Članom 27k Zakona o budžetskom sistemu, u određenom stepenu ublaženaje zabrana zapošljavanja u odnosu na ranije važeći član 27e, štaviše u određenim slučajevima dozvoljeno je zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme bez saglasnosti Vladine komisije, naravno ukoliko su ispunjeni uslovi o kojima je već bilo reči. Stoga, je prema našem mišljenju ispravni je od 1. januara 2021. godine koristiti pojam ograničenje

6 Odredbe st. 1 i 2 ovog člana ne odnose se na sudije, javne tužioce i zamenike javnih tužilaca, nastavno osoblje visokoškolske ustanove i naučno i istraživačko osoblje naučnoistraživačke organizacije akreditovane u skladu sa zakonom, na izabrana, postavljena i imenovana lica u državnim organima i organima jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kao i na direktore javnih preduzeća, društava kapitala, ustanova i javnih agencija čiji su osnivači Republika Srbija ili jedinice teritorijalne autonomije, odnosno lokalne samouprave, kao i na osobe sa invaliditetom u skladu sa propisima koji uređuju oblast profesionalne rehabilitacije i zapošljavanja osoba sa invaliditetom.

O zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme i radnog odnosa na određeno vreme u svojstvu pripravnika iznad procenta iz stava 1 ovog člana u službama Narodne skupštine, Zaštitnika građana, Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, Državne revizorske institucije, Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Agencije za sprečavanje korupcije, Komisije za kontrolu državne pomoći, Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, Komisije za zaštitu konkurencije, Komisije za hartije od vrednosti, Fiskalnog saveta, Regulatornog tela za elektronske medije i Agencije za energetiku Republike Srbije, kao i o tome da ukupan broj zaposlenih, odnosno radno angažovanih iz stava 4 ovog člana kod tih korisnika bude veći od procenta, odnosno broja iz st. 4 i 6 ovog člana odlučuje odbor Narodne skupštine nadležan za administrativno-budžetska pitanja.

zapošljavanja, nego zabrana zapošljavanja, s obzirom na to da zapošljavanje od tog trenutka nije u potpunosti zabranjeno, bez saglasnosti Komisije Vlade Republike Srbije za davanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava.

Članom 105 Zakona o budžetskom sistemu normirano je da ako su odredbe drugih zakona, odnosno propisa, u suprotnosti sa ovim zakonom, primenjuju se odredbe ovog zakona.

Uredbom o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava bliže se uređuje postupak za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava i za lica utvrđena članom 27k Zakona o budžetskom sistemu.

Molbu za novo zapošljavanje i za odobravanje dodatnog radnog angažovanja, u smislu člana 27k Zakona o budžetskom sistemu, korisnik javnih sredstava podnosi nadležnom ministarstvu, odnosno drugom nadležnom organu. Članom 4 Uredbe o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava određeno je nadležno ministarstvo, odnosno drugi nadležni organ, kome korisnici javnih sredstava, odnosno nadležni organi jedinica lokalne samouprave, podnose molbe i koji Komisiji podnosi predlog akta o davanju saglasnosti za popunjavanje slobodnih, odnosno upražnjenih radnih mesta.

Molba se podnosi na Obrascu PRM – Novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava, koji je odštampan uz ovu uredbu i čini njen sastavni deo. Izuzetno, korisnici javnih sredstava koji su korisnici sredstava budžeta jedinice lokalne samouprave, odnosno čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave, molbe blagovremeno dostavljaju nadležnom organu jedinice lokalne samouprave.⁷

⁷ Članom 6 Uredbe o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava, određeno je da priodlučivanju o molbama Komisija, pored mišljenja Ministarstva finansija, uzima u obzir i nadležnosti i obim poslova korisnika javnih sredstava, dinamiku zapošljavanja u tekućoj kalendarskoj godini, procenat popunjenosti radnih mesta predviđenih aktom o sistematizaciji, broj i strukturu zaposlenih i angažovanih lica, ukupnu masu sredstava obezbeđenih za plate, odnosno zarade, odnosno naknade, obrazloženje korisnika javnih sredstava, kao i obrazloženje nadležnog organa. Prilikom odlučivanja o davanju saglasnosti Komisija je dužna da vodi računa o tome da ukupan broj novozaposlenih lica na neodređeno vreme i određeno vreme u svojstvu pripravnika u tekućoj godini na nivou pojedinačnog korisnika javnih sredstava ne

Saglasnosti Komisije dobijene u tekućoj kalendarskoj godini mogu se realizovati u narednoj kalendarskoj godini, ukoliko od dana davanja saglasnosti do dana pokretanja postupka za prijem novozaposlenih u skladu sa zakonom nije proteklo više od 90 dana. Broj lica za koja je dobijena saglasnost Komisije za prijem u radni odnos na neodređeno vreme, odnosno u radni odnos na određeno vreme u svojstvu pripravnika u prethodnoj kalendarskoj godini računa se u ograničenje od 70%, u smislu člana 27k stav 1 Zakona o budžetskom sistemu, u tekućoj kalendarskoj godini.

Korisnik javnih sredstava je u obavezi da podatke o broju zaposlenih i radno angažovanih lica učini javno dostupnim, isticanjem na svojoj internet prezentaciji ili na drugi odgovarajući način.

Planiranje i zapošljavanje ljudskih resursa je proces u kom se kao svrha postavlja priprema za ostvarivanje ciljeva organizacije u bliskoj budućnosti (Lazović, 2019: 91). Iz izloženog se da zaključiti da su ove aktivnosti kod poslodavaca u javnom sektoru u velikoj meri ograničene pozitivnopravnim propisima koji uređuju materiju ograničenja zapošljavanja.

U čemu se ogleda nesaglasnost odredbi koje uređuju ograničenje zapošljavanja sa Ustavom Republike Srbije

Članom 60, stavom 4 Ustava Republike Srbije propisano je da svako ima pravo na slobodan izbor rada. Svima su, pod jednakim uslovima, dostupna sva radna mesta. Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji

bude veći od ukupnog broja lica kojima je u prethodnoj kalendarskoj godini kod tog korisnika prestao radni odnos na neodređeno vreme po bilo kom osnovu.

Izuzetno, Komisija može dati saglasnost određenom korisniku javnih sredstava i zaprijem većeg broja izvršilaca u slučaju potreba nastalih u oblasti evrointegracija, odbrane i bezbednosti zemlje, zdravstvene zaštite, socijalne zaštite, kao i drugim opravdanim slučajevima, s tim da ukupan procenat povećanja zaposlenih na neodređeno vreme u srednjoročnom fiskalnom periodu, od 2021. do 2023. godine, kod svih korisnika javnih sredstava ne prelazi 1% od ukupnog broja zaposlenih na neodređeno vreme kod korisnika javnih sredstava evidentiranih na dan 31. decembar 2020. godine. Podatke o odlivu kadrova po pojedinačnom korisniku javnih sredstava Komisija pribavlja od Ministarstva finansija, na osnovu podataka iz Registra zaposlenih, izabраниh, imenovanih, postavljenih i angažovanih lica kod korisnika javnih sredstava, uzimajući u obzir i podatke koje je korisnik javnih sredstava naveo u molbi.

odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći.

Dakle, jedno od Ustavom zagarantovanih prava je i pravo na jednaku dostupnost svih radnih mesta.

Članom 27k Zakona o budžetskom sistemu, ograničen je pristup radnim mestima u javnom sektoru. Naime, kao što se da zaključiti iz odredbe koja je navedena u prethodnom delu ovog rada, proizilazi da do zasnivanja radnog odnosa na neodređeno vreme može doći gotovo isključivo uz saglasnost tela Vlade Republike Srbije, koje se zove Komisija za davanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava. Međutim, pod određenim uslovima to ne mora biti uslov.

Proizilazi da za dva lica koja rade kod istog poslodavca nisu pod istim uslovima dostupna radna mesta, odnosno jedno može zasnovati radni odnos na neodređeno vreme, bez saglasnosti prethodno navedenog tela Vlade Republike Srbije, dok će drugom za zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme biti potrebna saglasnost.

Članom 37 Zakona o radu propisano je da ugovor o radu može da se zaključi na određeno vreme, za zasnivanje radnog odnosa čije je trajanje unapred određeno objektivnim razlozima koji su opravdani rokom ili izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja, za vreme trajanja tih potreba.

Zasnivanje radnog odnosa je složen pravni postupak koji je moguće sprovesti ukoliko postoji potreba za radom zaposlenog kod poslodavca i ako je poslodavac obezbedio ekonomske uslove neophodne za finansiranje rada zaposlenog. Odluku o zasnivanju radnog odnosa donosi poslodavac (Brković, Urdarević, 2023: 106).

Poslodavac može zaključiti jedan ili više ugovora o radu iz stava 1 ovog člana na osnovu kojih se radni odnos sa istim zaposlenim zasniva za period koji sa prekidima ili bez prekida ne može biti duži od 24 meseca. Prekid kraći od 30 dana ne smatra se prekidom perioda iz stava 2 ovog člana.

Izuzetno od stava 2 ovog člana, ugovor o radu na određeno vreme može da se zaključi:

- 1) ako je to potrebno zbog zamene privremeno odsutnog zaposlenog, do njegovog povratka;
- 2) za rad na projektu čije je vreme unapred određeno, najduže do završetka projekta;

3) sa stranim državljaninom, na osnovu dozvole za rad u skladu sa zakonom, najduže do isteka roka na koji je izdata dozvola;

4) za rad na poslovima kod novoosnovanog poslodavca čiji upis u registar kod nadležnog organa u momentu zaključenja ugovora o radu nije stariji od jedne godine, na vreme čije ukupno trajanje nije duže od 36 meseci;

5) sa nezaposlenim kome do ispunjenja jednog od uslova za ostvarivanje prava na starosnu penziju nedostaje do pet godina, najduže do ispunjenja uslova, u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju.

Poslodavac može sa istim zaposlenim da zaključi novi ugovor o radu na određeno vreme po isteku roka iz stava 4, tač. 1–3) ovog člana po istom, odnosno drugom pravnom osnovu, u skladu sa ovim članom.

Ako je ugovor o radu na određeno vreme zaključen suprotno odredbama ovog zakona ili ako zaposleni ostane da radi kod poslodavca najmanje pet radnih dana po isteku vremena za koje je ugovor zaključen, smatra se da je radni odnos zasnovan na neodređeno vreme.

Imajući u vidu navedenu odredbu Zakona o radu pod određenim uslovima postoji mogućnost za preobražaj radnog odnosa iz određenog u neodređeno vreme.

Pored uobičajenih razloga koji se ogledaju u radu kod poslodavca bez zaključenog ugovora o radu (rad na crno) i „zbog povećanog obima posla“ duže od 24 meseca, postoje i ukoliko se fingira postojanje nekog od osnova za zaključenje ugovora o radu na određeno vreme, koji su izuzetak od pravila da on može trajati duže od 24 meseca.

Svi prethodno navedeni razlozi su osnov za preobražaj radnog odnosa iz određenog u neodređeno vreme za zaposlene na koje se primenjuju odredbe Zakona o radu, međutim kod zaposlenih iz javnog sektora na koje se pored Zakona o radu primenjuje i Zakon o budžetskom sistemu to nije slučaj, imajući u vidu da član 27k Zakona o budžetskom sistemu propisuje da se po pravilu radni odnos zasniva uz saglasnost tela Vlade Republike Srbije, odnosno zasnivanje radnog odnosa u javnom sektoru, na koji se primenjuje Zakon o budžetskom sistemu, nije moguće ukoliko nisu ispunjeni uslovi iz člana 27k Zakona o budžetskom sistemu. Imajući u vidu to da je član 27k Zakona o budžetskom sistemu suprotan članu 37 Zakona o radu, s obzirom na član 105 Zakona o budžetskom sistemu primenjuje se član 27k Zakona o budžetskom sistemu.

Imajući u vidu navedeno, a na osnovu odredbi Zakona o budžetskom sistemu, dolazimo do zaključka da je preobražaj radnog odnosa iz određenog u

neodređeno vreme moguć u privatnom a nije u javnom sektoru, iako se na većinu zaposlenih u javnom sektoru primenjuje Zakon o radu, kao i na zaposlene u privatnom sektoru, jer i navedena lica rade u opštem režimu radnih odnosa.

Ovakva pravna situacija suprotna je članu 21 Ustava Republike Srbije. Članom 21, propisano je da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta. Iz svega prethodno rečenog, proizilazi da su zaposleni u javnom sektoru diskriminirani u pogledu zasnivanja radnog odnosa i preobražaja radnog odnosa iz određenog u neodređeno vreme u odnosu na zaposlene u privatnom sektoru.

Takođe, član 105 Zakona o budžetskom sistemu je u suprotnosti i sa članom 194 Ustava Republike Srbije, s obzirom na to da proizilazi da je Zakon o budžetskom sistemu propis koji ima najjaču pravnu snagu u odnosu na sve ostale pravne propise, jer derogira njihove odredbe ukoliko su u suprotnosti sa njim, a što je u suprotnosti sa hijerarhijom pravnih akata propisanih ovim članom. Iako prethodno navedeni zakon ne uređuje materiju radnih odnosa, već finansijski aspekt rada budžetskih korisnika, on derogira odredbe Zakona o radu, koji je u odnosu na njega poseban propis koji uređuje materiju radnih odnosa.

Iz navedenih razloga smatramo da odredbe člana 27k i 105 Zakona o budžetskom sistemu nisu u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije.

Zaključak

Ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru je pojava koja zbog svoga trajanja i uticaja na poslodavce i zaposlene svakako zaslužuje detaljnije proučavanje teorije i prakse radnog prava. Ovaj novi radnopravni institut utiče već duži niz godina na načine zasnivanja radnog odnosa u javnom sektoru.

Propisi koji uređuju ograničenje zapošljavanja su toliko složeni i često nerazumljivi, da je prilikom njihovog tumačenja potrebno veliko pravničko iskustvo i znanje. Ujedno, njihova raznovrsnost stvara uslove za formiranje jedne uže oblasti u okviru grane radnog prava.

Ograničenje zapošljavanja u javnom sektoru jesto dovelo do smanjenja trošenja budžetskih sredstava na zarade zaposlenih i druge novčane obaveze koje su povezane sa njima, ali je cena koja je za ostvarivanje ovoga

cilja plaćena, prema mišljenju autora ovoga rada, višestruko veća od ostvarenog cilja. Između ostalog, poslodavci u javnom sektoru su bili prinuđeni da krše i zloupotrebljavaju odredbe vezane za zapošljavanje u javnom sektoru kako bi mogli u radnom odnosu da zadrže lica čijim su radom bili zadovoljni.

Pored svega navedenog u radu, što je bilo vezano za ograničenje zapošljavanja, kao posebno negativno bismo izdvojili način na koji ograničenje zapošljavanja egzistira u našem pravnom sistemu. Naime, ono počiva na Zakonu o budžetskom sistemu, propisu koji nije predviđen za uređenje materije povezane sa radnim odnosima, već za normiranje pravila povezanih sa trošenjem budžetskih sredstava.

Neustavnost odredbi koje uređuju ograničenje zapošljavanja obesmišljava postojanje ovog instituta. Autor je svestan da neustavnost utvrđuje Ustavni sud, ali je stava da ova neustavnost postoji. Ukoliko neustavnost bude utvrđena od strane nadležnog organa, mišljenja smo da bi se u svet rada u Republici Srbiji vratio narušeni red, a ujedno ubuduće otklonile brojne negativne društvene i pravne posledice ograničenja zapošljavanja.

Literatura

International Monetary Fund.(2016). Managing Government Compensation and Employment-Institutions, Policies, and Reform Challenges.

Gindling, T.H. Hasnain, Z. Newhouse, D. Shi, R (2020). Are Public Sector Workers in Developing Countries Overpaid? Evidence from a New Global Data Set. *World Development*. Vol. 126.1–26.

Caponi, V. (2017). The effects of public sector employment on the economy. *IZA World of Labor 2017*. January. 1–10.

Petovar K. (2021). *Zabrana zapošljavanja u javnom sektoru – posledice u sektoru zdravstvena zaštita građana*. Beograd: Fondacija Centar za demokratiju.

International Labour Organization. (2020). *COVID-19 i svet rada Brza procena uticaja na zapošljavanje i mera politike*.

Ognjenović K. Pavlović D. Kuzmanov L. (2021). Ostvareni rezultati i osvrt na novi ciklus politika zapošljavanja u Srbiji. U Zec, M. Arsić, M. i Radonjić, O. (Redaktori). *Ekonomska politika u Srbiji i svetu u 2021: u susret globalnim šokovima i rastućoj nezavesnosti*. Beograd: Ekonomski fakultet u Beogradu. 89–110.

Rosenbloom D. (2015). Public administration differs substantially from private-sector work. It must balance executive, legislative, and judicial demands; embrace federalism; honor constitutional obligations; and advance policy arenas. In Guy, M. and Rubin, M. (Ed.). *Public Administration Evolving From Foundations to the Future*. New York: Routledge. 1–18.

Brković, R. Urdarević, B. (2023). *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*. Beograd: JP Službeni glasnik.

Lazović, I. (2019). *Državna uprava i upravljanje ljudskim resursima*. Beograd: Medija centar „Odbrana“.

<https://www.ekspertskamigracija.com/o-projektu-ekspertska-migracija/>, preuzeto 18. 7. 2023. godine.

Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. br. 98/2006.

Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – dr. zakon i 49/2021.

Zakon o budžetskom sistemu. *Sl. glasnik RS*. Br. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. zakon, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020 i 118/2021.

Uredba o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava. *Sl. glasnik RS*. Br. 159/2020.

Aleksandar Antić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,
Republic of Serbia

THE CONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS ON EMPLOYMENT IN THE PUBLIC SECTOR

Summary

In positive law, restriction of employment in the public sector implies the absence of autonomy of employers in the public sector when establishing a fixed-term and indefinite employment relationship, or when hiring a person to perform temporary or part-time work outside the employment relationship. Save for exceptional situations, employers in the public sector can establish an employment relationship for a definite and indefinite period of time, or hire persons on a temporary basis outside the employment relationship, only after obtaining the approval of the Commission of the Government of the Republic of Serbia which is entitled to give consent for new employment and additional employment in institutions which are users of public funds. The author analyzes the constitutionality of provisions that regulate the restriction of employment in the public sector. The question is whether the norms related to the regulation of employment restrictions in the public sector are in conflict with the right to work and the prohibition of discrimination prescribed in the Constitution of the Republic of Serbia.

Keywords: *restriction of employment in the public sector, right to work, employment for an indefinite period, Constitution of the Republic of Serbia, prohibition of discrimination.*

Dr Boris Tučić,*

Docent,

Fakultet bezbjednosnih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, Republika

Srpska

Mr Radmila Dragišić,*

Doktorand,

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Republika

Srpska

pregledni naučni rad

10.5937/zrpfno-45518

UDK: 339.923:061.1](4)EU

UDK: 341.018(4-67EU)

Rad primljen: 15.07.2023.

Rad prihvaćen: 27.09.2023.

INSTITUT UNAPRIJEĐENE SARADNJE U PRAVU EVROPSKE UNIJE – OČEKIVANJA I POSTIGNUTI REZULTATI –

Apstrakt: U ovom radu se primjenom analitičkih i sintetičkih metoda, pri čemu u okviru njih središnje mjesto zauzimaju analiza sadržaja i istorijsko-komparativna analiza, istražuje institut unaprijeđene saradnje, kao oblik diferencirane integracije. Poseban akcenat stavlja se na njegovo uređenje posredstvom odredaba osnivačkih ugovora Evropske unije. Nakon analize ugovornih odredbi i kratkog pregleda izvora prava, donesenih u okviru unaprijeđene saradnje u određenim oblastima međunarodnog privatnog prava i radi formiranja Kancelarije evropskog tužioca, donosi se zaključak o tome da li je institut unaprijeđene saradnje opravdao svoju ugovorno određenu ulogu te da li on može predstavljati izazov po jedinstven i logički povezan pravni poredak evropske organizacije.

Ključne riječi: Evropska unija, diferencirana integracija, unaprijeđena saradnja, pravni poredak, međunarodno privatno pravo, Kancelarija evropskog tužioca.

* boris.tucic@fbn.unibl.org

* r.dragisic@rsz.vladars.net, strbacr73@gmail.com

1. Uvod

Fleksibilna je ona integracija u kojoj učestvuju samo neki a ne i svi članovi šireg integrativnog okvira, pri čemu se izdvaja nekoliko njenih različitih modaliteta, kao što su nova, alternativna, neredovna, te diferencirana integracija. Nova integracija se realizuje izvan institucionalne strukture Unije i u oblastima izvan njene nadležnosti; alternativna integracija sadrži oblasti iz nadležnosti Unije i realizuje se izvan njene institucionalne strukture; neredovna integracija se realizuje uz pomoć institucija evropske organizacije ali u oblastima koje joj ugovorno ne pripadaju u nadležnost; diferencirana integracija se realizuje u okviru neke od politika Unije uz upotrebu njene institucionalne strukture (Groenendijk, 2011: 2–3).

Bazu fleksibilne integracije predstavljao je koncept „Evrope u dvije ili više brzina“, „evropskog jezgra i periferije“, „Evrope cikličnih krugova“ ili „Evrope à la carte“ (Stahl, 2021). Naime, fleksibilna integracija je bila u službi realizacije integracije u sferi tačno određenih pitanja oko kojih države članice nisu zauzimale iste stavove (izuzeće od učešća pojedinih država članica u saradnji u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, izuzeće od primjene Evropske socijalne povelje, asimetrično učešće u monetarnoj uniji itd.) (Böttner, 2021: 257–278).

Najprominentniji primjer diferencirane integracije predstavlja institut unaprijedene saradnje (*enhanced cooperation*), kao rezultat njemačko-francuske inicijative oličene u nastojanju da se stvori širi okvir za realizaciju integracionog procesa. Institut je do sada korišten za donošenje dijela propisa iz oblasti međunarodnog privatnog prava te propisa kojim je formirana Kancelarija evropskog javnog tužioca. Trenutno su to jedini primjeri u korištenju unaprijedene saradnje. Naime, postoji inicijativa da se i oblast zajedničkog sistema poreza na finansijske transakcije (FTT) uredi donošenjem propisa uz upotrebu unaprijedene saradnje o čemu se afirmativno izjasnio i Sud pravde u slučaju *United Kingdom v Council*¹, odbivši tužbene zahtjeve Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske koje je, između ostalog, ukazivalo na povredu običajnog međunarodnog prava zbog navodnog odobranja FTT sa eksteritorijalnim dejstvima (Vella & Yevgenyeva, 2013: 111–260; Schmidt, 2020). Pojedini autori su smatrali da bi se unaprijedena saradnja mogla koristiti i za donošenje propisa u domenu rješavanja izbjegličke krize, iako su svjesni da sporost u realizaciji te saradnje ipak ne pogoduje njenoj upotrebi u tu svrhu (Kreiling & Pariser, 2015).

1 Court of Justice of the European Union. Case C-209/13 *United Kingdom v Council*. ECLI:EU:C:2014:283.

U nastavku analiziramo i upoređujemo odredbe osnivačkih ugovora i dajemo pregled izvora prava donesenih u okviru unaprijedene saradnje u određenim oblastima međunarodnog privatnog prava i radi formiranja Kancelarije evropskog tužioca, nakon čega donosimo zaključna razmatranja o opravdanosti ugovorno određene uloge instituta unaprijedene saradnje, kao o o tome da li ovaj institut predstavlja izazov po jedinstven i logički povezan pravni poredak evropske organizacije.

2. Ugovor iz Amsterdama

Pravna osnova instituta bliže saradnje bila je sadržana u novom Naslovu VII amsterdamskog Ugovora o Evropskoj uniji, dok su se određena rješenja mogla identifikovati i u nekim drugim njegovim odredbama, te odredbama Ugovora o Evropskoj zajednici. Ugovor o Evropskoj uniji je, kroz čl. 43 do 45, utvrdio opšte uslove upotrebe bliže saradnje od strane država članica. Članom 43 Ugovora, državama članicama koje se opredijele da uspostave bližu saradnju o određenom pitanju data je mogućnost da u tom pravcu koriste organe i procedure predviđene Ugovorom o Evropskoj uniji, odnosno Ugovorom o Evropskoj zajednici, uz izričito poštivanje određenih zahtjeva i principa. Bliža saradnja je morala biti u skladu sa ciljevima Unije, utvrđena je obaveza poštivanja jedinstvenog institucionalnog okvira Unije pri njenoj realizaciji te je naglašena obaveza striktnog vođenja računa o poštivanju osnovnih načela etabliranih u ugovorima. Države članice su institut bliže saradnje mogle koristiti isključivo kao krajnje sredstvo (*last resort*), a što znači samo ukoliko ugovorni ciljevi ne mogu biti ostvareni primjenom procedura koje su ugovornim odredbama predviđene. Za realizaciju bliže saradnje bilo je neophodno učešće bar polovine država članica, te ona nije mogla zadirati u pravne tekovine organizacije ili zajedničke mjere usvojene u cilju implementacije ugovorâ. Takođe, ni na koji način nije mogla uticati na nadležnosti i interese onih članica koje ne učestvuju u konkretnoj bližoj saradnji. U skladu sa principom otvorenosti, svim članicama je morala biti ostavljena mogućnost naknadnog uključenja u tekuću bližu saradnju, uz uslov uvažavanja rješenja iz početne odluke kojom je saradnja započeta i svih mjera koje su na osnovu nje donesene. U oblasti policijske i pravosudne saradnje, zavisno od toga da li je bilo riječi o pitanjima građanskog ili krivično-pravnog karaktera, bliža saradnja morala je uvažavati specifična rješenja iz člana 11 Ugovora o Evropskoj zajednici, odnosno člana 40 Ugovora o Evropskoj uniji, te ju je morao odobriti Savjet. Amsterdamskom revizijom ugovorâ građansko-

pravna oblast je, kako se do Lisabona govorilo, „komunitarizovana“², odnosno premještena iz Ugovora o Evropskoj uniji u Ugovor o Evropskoj zajednici (iz trećeg u prvi „stub“), čime su ova pitanja, uz uvažavanje definisanog tranzicionog perioda, podvedena pod specifičan, komunitarni režim integracije i saradnje kakav se primjenjivao u okviru Zajednice. S druge strane, policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima zadržana je u Ugovoru o Evropskoj uniji, odnosno i dalje je bila dominantno utemeljena na principima i mehanizmima međuvladine saradnje.

Središnja legislativna uloga je pripadala Savjetu, koji je na prijedlog Komisije odluke o bližoj saradnji donosio po principu jednoglasnosti ili kvalifikovanom većinom, zavisno od konkretnih ugovornih rješenja vezanih za pitanje na koje se ta saradnja odnosila. Jednoglasnost u Savjetu se zahtijevala isključivo od država članica na koje se odluka o bližoj saradnji odnosi, dok je odlučivanje kvalifikovanom većinom podrazumijevalo primjenu tada važeće distribucije određenog broja ponderisanih glasova po državama članicama. Taj princip ponderacije je ukinut izmjenama i dopunama osnivačkih akata u Lisabonu. Sve države članice su mogle učestvovati u raspravi u Savjetu, ali su odluku o bližoj saradnji, kao i za nju vezane mjere, donosile isključivo države koje su u bližoj saradnji učestvovala. One članice koje nisu učestvovala u bližoj saradnji, trebalo je da se suzdrže od djelovanja kojim bi se bliža saradnja mogla omesti.

Član 40 Ugovora o Evropskoj uniji i član 11 Ugovora o Evropskoj zajednici zasluživali su naročitu pažnju. Članom 40 Ugovora o Evropskoj uniji omogućena je i definisani su uslovi primjene bliže saradnje u okviru izmijenjenog Naslova VI Ugovora, odnosno u oblasti Policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Uz obaveznu funkcionalnu postavku da treba da se doprinese uspostavljanju Evropske unije kao prostora „Slobode, bezbjednosti i pravde“, primjena instituta bliže saradnje prema navedenom članu Ugovora o Evropskoj uniji zahtijevala je, prije svega, zaštitu ugovorno definisanih nadležnosti Evropske zajednice. To znači da je Ugovor o Evropskoj zajednici, uslovno rečeno, tretiran kao *lex specialis* u odnosu na Ugovor o Evropskoj uniji.

Važno je ukazati na momenat koji se tiče nadležnosti Suda pravde Evropske unije. Bilo je predviđeno da odredbe Ugovora o Evropskoj zajednici kojima je bila determinisana nadležnost Suda važe i po

2 Upotrebna vrijednost termina „komunitarizacija“ se vremenom izgubila i njegov je sadržinski supstrat lisabonskim ugovornim rješenjima preuzeo termin „evropeizacija“.

pitanju primjene instituta bliže saradnje u oblasti Policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, ali isključivo u korelaciji sa tačkama 1, 2 i 3 člana 40 Ugovora o Evropskoj uniji. To znači da je zadatak Suda pravde bio isključivo procesno-pravnog karaktera, odnosno da brine o poštivanju procedure definisane navedenim tačkama člana 40 Ugovora. U skladu sa tačkom 5 navedenog člana, tekovine Šengena, koje su u Amsterdamu takođe inkorporisane u osnivački akt, bile su izuzete iz doseg instituta bliže saradnje.

Članom 11 Ugovora o Evropskoj zajednici, primjena bliže saradnje bila je isključena iz domena pitanja koja su spadala u isključivu nadležnost Zajednice, kao i iz materije građanstva Evropske unije, etabliranom u pravnom poretku evropske organizacije u Matrihtu. Prema tom članu, primjena bliže saradnje nije smjela imati za posljedicu zadiranje u osnove zajedničkih politika Evropske zajednice niti u aktivnosti i programe koji se zajednički provode i nije smjela proizvoditi bilo kakvo diskriminirajuće dejstvo, uključujući i ono na osnovu državljanstva, niti stvarati diskriminaciju ili ograničenje trgovine između država članica ili narušavati uslove konkurencije između njih. Odluku o uspostavljanju bliže saradnje donosio je Savjet kvalifikovanom većinom, na prijedlog Evropske komisije, te uz konsultovanje Evropskog parlamenta. Ostale odredbe procesnog karaktera bile su identične onima iz člana 40 Ugovora o Evropskoj uniji.

3. Ugovor iz Nice

Revizijom osnivačkih akata u Nici učinjene su značajne izmjene u domenu instituta bliže saradnje, što i nije predstavljalo veliko iznenađenje, uzimajući u obzir da nakon stupanja Ugovora iz Amsterdama na snagu, prije svega zbog rigidne procedure koja je bila predviđena za njenu aktivaciju, nije bio zabiljeжан niti jedan slučaj njene praktične primjene. Pored toga, u procesu institucionalne pripreme organizacije za prijem u članstvo zemalja Srednje i Istočne Evrope i Mediterana, te određenih bojazni od implikacija tog proširenja po integracioni proces koje su ispoljavale neke od „starih“ država članica, odgovarajuća modifikacija instituta bliže saradnje bila je sasvim očekivana i prirodna. Kao sredstvo očuvanja integrativne dinamike, bliža saradnja se mogla koristiti isključivo kao krajnje sredstvo (*last resort*) (Lamping, 2013; Smit, 2015), odnosno, ukoliko ugovorni ciljevi ne mogu biti ostvareni primjenom odgovarajućih procedura koje su ugovornim odredbama predviđene.

Prva i vjerovatno najmanje značajna izmjena koju donosi Ugovor iz Nice bila je nominalnog karaktera, u smislu da je amsterdamska bliža saradnja (*closer cooperation*) novim ugovornim rješenjima prerasla u „unaprijeđenu saradnju“ (*enhanced cooperation*) i to ime je zadržala do danas. Daleko značajnije su bile izmjene po pitanju predviđenih uslova i procedure za njenu aktivaciju i primjenu, koja je u Nici, bar formalno, učinjena nešto fleksibilnijom. Značajan novitet je predstavljalo i proširenje okvira primjene instituta unaprijeđene saradnje i na pitanja iz domena Zajedničke spoljne i bezbjednosne politike (*Common Foreign and Security Policy – CFSP*).

Izmijenjenim i nešto sadržajno obogaćenijim članom 43 Ugovora o Evropskoj uniji u okviru Poglavlja VII, kao opštim pravnim osnovom primjene instituta unaprijeđene saradnje, istaknuto je da primjena unaprijeđene saradnje mora biti usmjerena ka unapređenju ciljeva Unije, ali i Zajednice, te u funkciji očuvanja njenih interesa i jačanja integracionog procesa.

Primjena unaprijeđene saradnje mora u potpunosti uvažavati ugovorna rješenja i jedinstveni institucionalni okvir Evropske unije. Za razliku od amsterdamske terminologije, po kojoj primjena unaprijeđene saradnje nije smjela „zadirati“ u *acquis communautaire*, u Nici je korištena nešto blaža formulacija, te je određeno da unaprijeđena saradnja mora „poštivati“ *acquis*, kao i mjere koje se donose na osnovu drugih ugovornih odredbi. I ovdje je istaknuto da se unaprijeđena saradnja sprovodi isključivo u okviru ugovorno definisanih nadležnosti Unije ili Evropske zajednice, izuzimajući pitanja koja spadaju u isključivu nadležnost Zajednice. To je značilo da se institut unaprijeđene saradnje nije mogao koristiti u pravcu proširenja nadležnosti evropske organizacije.

Prilikom primjene unaprijeđene saradnje moralo se voditi računa o njenim eventualno negativnim implikacijama po unutrašnje tržište Evropske unije, ali i, što je predstavljalo sadržinski novitet, njenu ekonomsku i socijalnu koheziju. Kako je bilo istaknuto i u amsterdamskoj verziji, doduše u Ugovoru o Evropskoj zajednici, primjenom ovog instituta nisu se smjele stvarati barijere ili diskriminacija u trgovini između država članica, kao ni narušavati konkurencija među njima. Umjesto amsterdamskim rješenjima predviđene polovine država članica kao učesnica u unaprijeđenoj saradnji, u Nici je taj broj sveden na osam, što je, u perspektivi očekivanog proširenja Unije, otprilike odgovaralo jednoj trećini njenih članica. S druge strane, države koje učestvuju u

unaprijeđenoj saradnji morale su uvažavati prava članica koje su se opredijelile da u konkretnoj unaprijeđenoj saradnji ne učestvuju. I ovdje je bila predviđena izuzetost primjene instituta unaprijeđene saradnje u odnosu na odredbe Protokola o uključivanju tzv. šengenskog *acquis*-a u okviru Evropske unije, te, u skladu sa principom otvorenosti, mogućnost svih zainteresovanih država članica da se u tu započetu unaprijeđenu saradnju naknadno uključe. I ne samo to, novim stavom b) člana 43 Ugovora, države koje se pridruže unaprijeđenoj saradnji i Evropska komisija obavezuju se da što veći broj država „ohrabre“ da se pridruže tekućoj primjeni tog instituta. Novim stavom a) istog člana eventualna primjena instituta kvalifikovana je kao „posljednje sredstvo“ (*last resort*). Takođe, izmijenjenim članom 44 Ugovora o Evropskoj uniji eliminisana je mogućnost da država članica, pozivajući se na bitne nacionalne politike, kako je to bilo određeno u Ugovoru iz Amsterdama, blokira donošenje odluke o pokretanju unaprijeđene saradnje.

Savjet i Komisija obavezani su da vode računa o konzistentnosti aktivnosti koje se preduzimaju u okviru primjene instituta unaprijeđene saradnje, kao i o njihovoj usaglašenosti sa politikama Unije i Zajednice. Finansijske troškove primjene unaprijeđene saradnje, izuzev onih administrativne prirode, kao i u amsterdamskoj verziji, snosile su države koje u konkretnoj unaprijeđenoj saradnji učestvuju, sem u slučaju da Savjet jednoglasno ne odluči drugačije. Novitet je predstavljalo to što je Savjet u ovom slučaju bio obavezan i da konsultuje Evropski parlament.

U skladu sa navedenim izmjenama opšte osnove za primjenu instituta iz Naslova VII Ugovora o Evropskoj uniji, i druge ugovorne odredbe, u kojima su se mogle identifikovati specifikovanije osnove za njegovu primjenu, pretrpjele su određene modifikacije. U okviru Policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, vjerovatno najznačajnija izmjena u pravcu stvaranja fleksibilnijeg okvira primjene ovog instituta odnosila se na činjenicu da pravo predlaganja odluke o unaprijeđenoj saradnji nije više, kako je to bilo predviđeno Ugovorom iz Amsterdama, predstavljalo diskreciono pravo Evropske komisije, već je ono bilo dato i državama članicama.

Prema izmijenjenom i dopunjenom članu 40 iz Naslova VI Ugovora, države koje žele uspostaviti unaprijeđenu saradnju po nekom od pitanja iz ove oblasti obraćale su se Evropskoj komisiji, koja se potom, u formi zvaničnog prijedloga, obraćala Savjetu. U slučaju da Evropska komisija iz određenog razloga odbije da prema Savjetu uputi formalni prijedlog za pokretanje unaprijeđene saradnje, o tome je morala obavijestiti

zainteresovane države članice, kojima je, potom, ostavljena mogućnost da se samostalno obrate Savjetu sa odgovarajućom inicijativom da im se predviđena unaprijeđena saradnja i odobri. Savjet je odluku o odobravanju unaprijeđene saradnje, bilo na prijedlog Komisije, bilo na inicijativu najmanje osam država članica, te nakon konsultovanja Evropskog parlamenta, donosio kvalifikovanom većinom.

Za razliku od novih rješenja iz člana 43 Ugovora, ovdje je ostavljena mogućnost da neka od država članica zatraži da se postupak odlučivanja prenese na Evropski savjet, koji bi zasjedao u formi Savjeta na nivou šefova država i vlada, te odluku takođe donosio kvalifikovanom većinom odnosno ponderacijom glasova, a ne više jednoglasno, kako je bilo predviđeno Ugovorom iz Amsterdama. Ostale odredbe iz Naslova VI Ugovora o Evropskoj uniji iz Nice, u kojima se upućivalo na primjenu instituta unaprijeđene saradnje, uglavnom su ostale nepromijenjene u odnosu na rješenja iz Amsterdama.

Kada je riječ o članu 11 Ugovora o Evropskoj zajednici, najznačajniji novitet koji je donijela revizija ugovorâ u Nici odnosila se, u skladu sa tadašnjim trendovima, na jačanje pozicije Evropskog parlamenta. Naime, ukoliko je predmet potencijalne unaprijeđene saradnje bilo pitanje po kojem je Savjet, u skladu sa ugovornim rješenjima, odlučivao po proceduri iz tadašnjeg člana 251 Ugovora o Evropskoj zajednici (tzv. postupak saodlučivanja), bio je dužan da obezbijedi saglasnost Evropskog parlamenta. U ostalim slučajevima, ta obaveza se završavala na nivou konsultovanja tog jedinog neposredno izabranog tijela Evropske unije.

Mogućnost upotrebe instituta unaprijeđene saradnje izmjenama i dopunama osnivačkih akata u Nici proširena je i na oblast *CFSP* (Naslov V Ugovora o Evropskoj uniji). Prema novom članu 27 Ugovora o Evropskoj uniji, unaprijeđena saradnja u ovoj oblasti morala je služiti očuvanju vrijednosti i interesa Unije u cjelini na međunarodnoj sceni, te uvažavati principe, ciljeve, opšte smjernice, konzistentnost *CFSP* i odluke koje su donijete u okviru nje. Pored toga, ona je morala uvažavati spoljna ovlaštenja kojima je raspolagala Evropska zajednica, te voditi računa o jedinstvu svih spoljnih politika i aktivnosti Unije na međunarodnom planu. Ograničavajući momenat u primjeni unaprijeđene saradnje u ovoj oblasti bio je definisan i članom 27b), kojim je bilo predviđeno da se ovaj institut mogao upotrijebiti isključivo u pravcu provođenja usvojenih zajedničkih akcija ili zajedničkih stavova, kao vrste pravnih instrumenata koji su usvajani u okviru ovog naslova Ugovora o Evropskoj uniji, s tim što su izvan dometa primjene instituta

ostala pitanja vojnog ili odbrambenog karaktera. Države članice koje su željele pokrenuti unaprijedenu saradnju o tome su obavještavale Savjet, koji je zahtjev prosljeđivao Evropskoj komisiji, te o tome upoznao i Evropski parlament. Nakon što bi zaprimio mišljenje Evropske komisije o usklađenosti predložene unaprijedene saradnje sa politikama Unije, Savjet bi odluku donosio u skladu sa članom 23(2) Ugovora o Evropskoj uniji, vodeći pri tome računa i o rješenjima sadržanim u čl. 43, 44 i 45 istog ugovornog akta. Generalni sekretar Savjeta, koji je od Amsterdama do Lisabona vršio funkciju Visokog predstavnika za spoljnu politiku i bezbjednost, uvažavajući nadležnost predsjedavajućeg Savjeta, odnosno Evropske komisije, bio je dužan da Evropski parlament i sve članice u okviru Savjeta redovno izvještava o provođenju unaprijedene saradnje u oblasti *CFSP*. Postupak naknadnog uključivanja u postojeću unaprijedenu saradnju podrazumijevao je podnošenje zahtjeva Savjetu, te obavještavanje Evropske komisije. Na osnovu mišljenja Evropske komisije, kojeg je ova bila dužna dostaviti u roku od četiri mjeseca, Savjet je donosio odluku o prihvatanju zahtjeva ili pak o posebnim aranžmanima unaprijedene saradnje, ukoliko je to bilo neophodno. U slučaju da kvalifikovanom većinom odbije zahtjev zainteresovane države, Savjet je bio u obavezi da svoju odluku detaljno obrazloži, te da definiše rok u kojem bi zahtjev mogao biti ponovo razmatran. U skladu sa njegovom tada minornom ulogom u oblasti *CFSP*, funkcija Evropskog parlamenta u postupku odobravanja unaprijedene saradnje u ovom domenu bila je gotovo nepostojeća, izuzimajući pomenutu obavezu Generalnog sekretara Savjeta, u funkciji Visokog predstavnika, da Evropski parlament redovno informiše o realizaciji unaprijedene saradnje.

4. Ugovor iz Lisabona

Ugovor iz Lisabona³ donio je značajne izmjene u pravnoj i institucionalnoj organizaciji Evropske unije, među kojima je svakako najznačajnija ona koja se odnosi na prestanak samostalne egzistencije Evropske zajednice i njeno „utapanje“ u reformisanu „depilarizovanu“ Uniju. Uklanjanjem stubovne strukture Unije, nestala je i diferenciranost policijske i pravosudne saradnje na građanski i krivično-pravni dio, te njihova relativno samostalna egzistencija u zasebnim ugovornim aktima (Piris, 2010).

3 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2010] OJ C 83/01.

Primjena instituta unaprijeđene saradnje je u Ugovoru iz Lisabona uređena u Glavi IV, odnosno članu 20 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU). Specifikovanje odredbe posvećene institutu smještene su u Glavu III, odnosno čl. 326 do 334 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU). Relevantnim odredbama Ugovora iz Lisabona primjena instituta unaprijeđene saradnje učinjena je još fleksibilnijom, mada su brojni uslovi predviđeni ugovorima iz Amsterdama i Nice, doduše donekle preformulisani, i dalje prisutni. Tako je u članu 20 UEU zadržana odredba o tome da ona treba da doprinese jačanju ciljeva Unije, štiti njene interese, te doprinosi jačanju evropskog integracionog procesa. U članu 326 UFEU zadržana je formulacija o unaprijeđenoj saradnji kao krajnjem sredstvu, kao i jasno upozorenje da se njom ni na koji način ne smije podrivati unutrašnje tržište, ekonomska, socijalna i teritorijalna kohezija organizacije, te narušavati konkurencija između država članica. Zbog još uvijek prisutnih prilično kompleksnih uslova za primjenu unaprijeđene saradnje, taj institut su pojedini autori nazivali „Pepeljugom“ diferencirane integracije (Peers, 2017: 76–91).

I prema lisabonskim rješenjima unaprijeđena saradnja mora biti realizovana u skladu sa politikama Unije i njenim pravnim poretkom, mada odluke koje se usvajaju u okviru započete unaprijeđene saradnje ne predstavljaju sastavni dio *acquis*-a EU. Države učesnice u unaprijeđenoj saradnji uredbe koje su u okviru nje donesene ne transponuju u nacionalna prava, već se te uredbe neposredno primjenjuju i neposredno djeluju u tim državama članicama. Kada je riječ o državama koje se nalaze u procesu pristupanja Uniji, one nisu obavezane da u toj fazi izvrše pravnu transpoziciju predmetnih pravnih akata u svoj pravni sistem, već tek nakon eventualnog uključivanja u konkretnu unaprijeđenu saradnju nakon realizacije članstva.

Kao i u ranijim ugovornim rješenjima, i ovdje je predviđeno da se unaprijeđena saradnja ne može provoditi u oblastima koje su u isključivoj nadležnosti Unije, s tim što je Ugovor iz Lisabona ponudio jasniju i sistematizovaniju klasifikaciju i enumeraciju nadležnosti kojima Unija raspolaže u pojedinim oblastima zajedničkog djelovanja (Craig, 2010: 437–443). Unaprijeđenom saradnjom ne mogu se proizvoditi negativne posljedice po ovlaštenja, prava i obaveze država članica koje u unaprijeđenoj saradnji ne učestvuju, kao što su i odluke i mjere koje se donose u okviru procesa obavezujuće isključivo za države koje u njemu učestvuju.

Što se formulacije kojom je utvrđen minimalan broj država članica koji je neophodan za primjenu unaprijedene saradnje tiče, za razliku od rješenja iz Nice od minimalno osam država članica, prema lisabonskom rješenju taj broj je pomjeren na devet.

Ugovor iz Lisabona je pratio opšti trend jačanja pozicije Evropskog parlamenta. Tako je prema rješenjima člana 20 važećeg Ugovora o Evropskoj unije kao opšte pravilo predviđeno da Savjet odluku o pokretanju unaprijedene saradnje ne može donijeti bez saglasnosti Parlamenta, u skladu sa redovnom procedurom odlučivanja. Naravno, i Ugovor iz Lisabona insistira na principu otvorenosti unaprijedene saradnje za sve države članice koje u ovakav angažman žele da se uključe, o čemu odluku donosi Savjet na osnovu mišljenja Evropske komisije. U slučaju da Komisija dâ negativno mišljenje o zahtjevu za uključivanje u postojeću unaprijedenu saradnju, odnosno ukoliko smatra da za uključivanje konkretne države nisu stvoreni uslovi, ona definiše konkretne mjere koje moraju biti realizovane kako bi zahtijevani uslovi bili ispunjeni, kao i rok za njihovu realizaciju. Istekom predviđenog roka, Komisija je dužna da zahtjev za uključivanjem u unaprijedenu saradnju ponovo razmotri, a ukoliko ocijeni da i dalje ne postoje uslovi za proširenje unaprijedene saradnje, državi aplikantu je omogućeno da zahtjev direktno dostavi Savjetu, koji potom o zahtjevu odlučuje, uključujući i usvajanje prelaznih mjera i aranžmana.

Po pravilu, Savjet, na prijedlog Evropske komisije, odluku o unaprijedenoj saradnji, u većini slučajeva, donosi kvalifikovanom većinom, koja se po rješenjima Ugovora iz Lisabona bazira na dualnom kriterijumu zahtjevanog broja država članica i odgovarajućeg broja stanovnika, odnosno građana Unije koji je reflektovan kroz date države. Međutim, u cilju olakšavanja realizacije unaprijedene saradnje, predviđena je i mogućnost korištenja tzv. pasarela, odnosno preinake predviđenog načina odlučivanja od strane Savjeta. Na primjer, kada se radi o pitanjima koja od Savjeta traže jednoglasnost pri odlučivanju, Savjet jednoglasno može donijeti procesnu odluku da meritornu odluku u okviru unaprijedene saradnje donese kvalifikovanom većinom. Inače, kao i kod ranijih ugovornih rješenja, ostavljena je mogućnost svim članicama u okviru Savjeta da učestvuju u raspravi, ali odluku o unaprijedenoj saradnji donose isključivo države koje su predmetnom odlukom i obuhvaćene.

U oblasti *CFSP*, institut unaprijedene saradnje je proširen na sve njene komponente, uključujući i vojno-bezbjednosna pitanja. Pozicija Evropskog parlamenta je, i pored generalnog jačanja njegovih nadležnosti

na nivou Unije u cjelini, u ovom domenu i dalje sekundarnog karaktera. Centralno mišljenje o usklađenosti predložene unaprijeđene saradnje sa *CFSP* daje Visoki predstavnik za spoljnu politiku, čija je pozicija u institucionalnom sistemu rješenjima Ugovora iz Lisabona takođe ojačana. Evropska komisija daje mišljenje o usklađenosti prijedloga sa ostalim politikama Unije, a primarno sa njenim drugim spoljnim aktivnostima, koje ne spadaju u domen *CFSP*. Evropskom parlamentu se zahtjev za pokretanjem unaprijeđene saradnje samo dostavlja na znanje, ali on nema formalnu ulogu u proceduri njenog odobravanja. Bitno je naglasiti da i prema rješenjima Ugovora iz Lisabona, Savjet odluku o unaprijeđenoj saradnji u oblasti *CFSP* po pravilu donosi jednoglasno, s tim što je i ovdje ostavljena mogućnost korištenja tzv. pasarela, izuzev po pitanjima vojnog i odbrambenog karaktera. U slučaju zahtjeva određene države za uključivanje u postojeću saradnju u ovoj oblasti, ključno mišljenje daje Visoki predstavnik za spoljnu politiku, a Savjet, odnosno države koje već učestvuju u predmetnoj unaprijeđenoj saradnji, po pravilu odluku donose jednoglasno (Böttner, 2021: 306–329).

5. „Evropeizacija“ normi međunarodnog privatnog prava primjenom instituta unaprijeđene saradnje

Pod uticajem ekonomskih, socijalnih, migrantskih i drugih faktora, države članice su relativno rano prilično veliki broj pitanja iz domena međunarodnog privatnog prava zajednički regulisale na ravni Evropske unije, poput stečajnog postupka; nadležnosti, priznanja i izvršenja presuda u građanskim i trgovačkim stvarima; saradnje između sudova u pribavljanju dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima; nadležnosti, priznanja i izvršenja presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti; stvaranja Evropskog izvršnog naloga za neosporene zahtjeve; mjerodavnog prava za vanugovorne obaveze; ustanovljenja evropskog postupka u sporovima male vrijednosti; dostavljanja sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima; mjerodavnog prava za ugovorne obaveze ili pak nadležnosti, mjerodavnog prava, priznanja i izvršenja presuda i saradnje u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja.

Prva faza zajedničkog regulisanja pitanja iz domena međunarodnog privatnog prava na ravni organizacije bila je konvencijskog karaktera da bi, nakon stvaranja neophodnih ugovornih preduslova, oslanjajući se na rješenja iz opštih ugovornih odredaba u oblasti „Slobode, bezbjednosti i pravde“, odnosno, konkretije, „Policijske i pravosudne saradnje u

građanskim stvarima“, regulacija ovih pitanja bila realizovana u komunitarnom pravnom režimu i uz pomoć specifičnih pravnih instrumenata. Naravno, određene su države članice (Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska, Danska, na primjer) iskazale suzdržanost u procesima izrade i usvajanja sekundarnih izvora prava kojima su regulisana navedena pitanja međunarodno privatno pravnog karaktera, odbijajući da učestvuju u saradnji koja se realizovala na osnovu nekadašnjeg Naslova IV amsterdamske verzije Ugovora o Evropskoj zajednici. Istovjetan su stav manifestovale i nakon stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu. U odsustvu opšteg opredjeljenja da se pojedina pitanja iz oblasti međunarodnog privatnog prava regulišu na nivou Unije na jedinstven način, države članice koje su težile višem stepenu integracije izlaz su pronalazileu institutu unaprijedene saradnje, koji su od kraja 2010. godine koristile za donošenje nekoliko sekundarnih izvora prava.

Prvi slučaj uspješne implementacije instituta unaprijedene saradnje koji je realizovan godinu dana od stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona predstavlja *Uredba Savjeta (EU) 1259/2010* od 20. decembra 2010. godine o sprovođenju unaprijedene saradnje u području prava mjerodavnog za razvod braka i zakonsku rastavu⁴ (Van Calster, 2016: 208). Do njenog stupanja na snagu 20 država članica evropske organizacije određivalo je svoje mjerodavno pravo za to pitanje prema poveznici državljanstva ili redovnog boravišta, dok je sedam država članica primjenjivalo pravo suda odnosno domaće pravo. Zbog te različitosti, ali i zbog složenosti razvoda (i rastava) brakova sa međunarodnim elementom i većih finansijskih sredstava koja se iziskuju u odnosu na razvod braka bez tog elementa, Komisija je podržala opciju da se kroz ujednačavanje kolizionih pravila pronađe zajedničko rješenje koje bi primarno omogućilo izbor mjerodavnog prava. Bez obzira na pozitivan stav Komisije, nije postojala saglasnost svih država članica da se to učini u okvirima redovnih institucionalnih i pravnih procedura. Za uređivanje predmetne materije na evropskoj ravni inicijalno se zalagalo deset država članica, a danas se Uredba primjenjuje u 17 država članica⁵ (Malfr, 2019:104).

4 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29. 12. 2010, 10–16.

5 Belgiji, Bugarskoj, Estoniji, Njemačkoj, Grčkoj, Španiji, Francuskoj, Italiji, Letoniji, Litvaniji, Luksemburgu, Mađarskoj, Malti, Austriji, Portugalu, Rumuniji i Sloveniji.

Drugi slučaj implementacije instituta uslijedio je gotovo šest godina nakon donošenja Uredbe Savjeta (EU) 1259/2010. Naime, 24. juna 2016. godine donesena je *Uredba Savjeta (EU) 2016/1103* o sprovođenju unaprijedene saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava, te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima i u primjeni je od 29. januara 2019. godine⁶. Primjenjuje se na sve građanskopravne aspekte bračnoimovinskih režima, kako svakodnevno upravljanje bračnom imovinom, tako i njenu likvidaciju, u slučaju razvoda ili smrti jednog bračnog partnera. Ovaj izvor prava čini poveznicu sa dvije uredbe koje su na ravni Unije donesene u prethodnom periodu u okviru redovnog postupka. Riječ je o *Uredbi (EU) 650/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavljanju Evropske potvrde o nasljeđivanju*⁷ i *Uredbi (EZ) 2201/2003 o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim sa roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja van snage Uredba (EZ) 1347/2000*⁸. Na taj način se upotrebom instituta unaprijedene saradnje djeluje u pravcu očuvanja jedinstvenosti pravnog poretka Unije kroz ostvarivanje komplementarnosti pravnih izvora.

Povećana mobilnost parova iz različitih država članica koji žive izvan svoje matične države ili imaju imovinu u više od jedne države članice opredijelile su države učesnice unaprijedene saradnje na donošenje i *Uredbe Savjeta (EU) 2016/1104* od 24. juna 2016. godine o sprovođenju unaprijedene saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima imovinskih posljedica registrovanih partnerstava⁹, koja je takođe u primjeni od 29. januara 2019. godine. Donesena je kako bi se otklonile pravne poteškoće do kojih dolazi pri svakodnevnom upravljanju imovinom parova koji žive

6 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7. 2016, 1–29.

7 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27. 7. 2012, 107–134.

8 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003, 1–29.

9 Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8. 7. 2016, 30–56.

u registrovanoj zajednici, kao i u vezi sa njenom podjelom ukoliko se parovi razdvoje ili jedan od njih umre. Ova uredba i *Uredba Savjeta (EU) 2016/1103* danas se primjenjuju u 18 država članica Evropske unije.¹⁰

U svrhu stvaranja jedinstvene patentne zaštite na ravni Unije, 17. decembra 2012. godine donesena je *Uredba (EU) 1257/2012* Evropskog parlamenta i Savjeta¹¹. Tome je pogodovala okolnost da je određeniju pravnu osnovu za stvaranje evropskog prava intelektualne svojine predstavio Ugovor iz Lisabona jer je u članu 118(1) UFEU propisano da mjere za kreiranje evropskog prava intelektualne svojine treba da ustanove Evropski parlament i Savjet, u skladu sa redovnom zakonodavnom procedurom. U Uredbi (EU) 1257/2012 je, između ostalog, utvrđena i potreba za formiranjem Jedinštenog suda za patente nadležnog da postupa u predmetima koji se odnose na evropski patent sa jedinstvenim dejstvom te kapacitetom da predstavlja sponu u osiguranju pravilne zaštite patenta i stub konzistentnosti sudske prakse u tom smislu (Tilmann & Plassmann, 2018). U ovoj unaprijeđenoj saradnji učestvuje 25 država članica Unije (Teran & Vinti, 2022).¹² U funkciji suplementa Uredbi (EU) 1257/2012, u posebnoj zakonodavnoj proceduri sa svrhom da se omogući da postupci prevođenja budu što jednostavniji i isplativiji, da su u službi pravne sigurnosti i da stimulišu inovacije te budu od koristi malim i srednjim preduzećima donesena je i *Uredba Savjeta (EU) 1260/2012* o sprovođenju unaprijeđene saradnje u području stvaranja jedinstvene patentne zaštite u pogledu primjenjivih aranžmana prevođenja¹³, u kojoj učestvuje jednak broj država članica kao i kod Uredbe (EU) 1257/2012.

10 Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Kipru, Češkoj, Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Italiji, Luksemburgu, Malti, Holandiji, Portugalu, Sloveniji, Španiji i Švedskoj.

11 Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361 of 31 December 2012.

12 Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Njemačka, Estonija, Irska, Italija, Grčka, Francuska, Kipar, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Holandija, Austrija, Poljska, Portugal, Rumunija, Slovenija, Slovačka, Finska i Švedska.

13 Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31. 12. 2012, 89–92.

6. Formiranje Kancelarije evropskog javnog tužioca primjenom instituta unaprijedene saradnje

Institut unaprijedene saradnje 22 države članice su upotrijebile radi formiranja nezavisnog tijela EU odgovornog za istrage, krivični progon i podizanje optužnica za krivična djela kojima se nanosi šteta finansijskim interesima Evropske unije. Naime, 12. oktobra 2017. godine donesena je Uredba Savjeta (EU) 2017/1939 o provođenju unaprijedene saradnje u vezi sa osnivanjem Kancelarije evropskog javnog tužioca (EPPO)¹⁴, u kojoj učestvuje 20 država članica¹⁵.

Ovim izvorom prava predviđa se sistem podijeljene nadležnosti između EPPO-a i nacionalnih tijela u suzbijanju krivičnih djela koja utiču na finansijske interese Unije (Herrnfeld, 2019: 123–131). EPPO djeluje kao nedjeljivo tijelo Unije čiji se centralni nivo sastoji se od glavnog evropskog tužioca, koji rukovodi EPPO-om kao cjelinom i kolegijumom evropskih tužilaca, stalnih savjeta i evropskih tužilaca. Decentralizovani nivo sastoji se od delegiranih evropskih tužilaca sa sjedištem u državama članicama.

U članu 120 EPPO Uredbe određeno je da ona stupa na snagu dvadesetog dana od dana objavljivanja u Službenom glasniku Evropske unije (20. novembra 2017. godine) i da EPPO izvršava nadležnost za sva krivična djela u okviru njegove nadležnosti počinjena nakon tog datuma. Istražne radnje i radnje krivičnog progona na koje je ovlašten navedenom regulativom, EPPO preduzima na datum koji, na prijedlog glavnog evropskog tužioca, određuje Komisija i koji ne može biti raniji od tri godine nakon datuma stupanja na snagu Uredbe (20. novembar 2020. godine).

U Mišljenju od 22. juna 2023. godine, u predmetu *G. K. and Others (Parquet européen)*, u kojem je od Suda pravde Evropske unije prvi put zatraženo da tumači Uredbu kojom je osnovan EPPO, opšti pravobranilac Čapeta ocijenila je da je osnivanje EPPO "prava novost i važno postignuće u procesu evropske integracije" i "da je riječ o jedinstvenom i, uprkos njegovoj decentralizovanoj strukturi, nedjeljivom tijelu Evropske unije koje ima ovlaštenja istrage i progona kaznenih djela koja utiču na finansijske interese Unije".¹⁶

14 Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, 1–71.

15 Austrija, Belgija, Bugarska, Hrvatska, Kipar, Češka, Njemačka, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Italija, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Portugal, Rumunija, Slovačka, Slovenija i Španija.

16 AG Opinion of 22 June 2023, *G. K. and Others (Parquet européen)*, C-281/22, ECLI:EU:C:2023:510, p. 17.

7. Zaključak

Institut unaprijeđene saradnje je svoju ugovornu osnovu dobio u Amsterdamu, dok je fleksibilnijim i operativnijim učinjen tek u Lisabonu. Njegova osnovna svrha je bila da se prevaziđu blokade u pravnostvaralačkom procesu, kao i da se produbi integracija u korpusu pitanja za države članice koje su to željele. Kroz analizu i broj pravnih akata koji su u okviru instituta usvojeni, možemo reći da je on samo djelimično opravdao svoju ugovorno određenu ulogu. Posmatrajući iz perspektive pravnog poretka Unije u cjelini, partikularnost primjene instituta, koja za krajnji ishod ima različita rješenja u državama članicama po pojedinim pitanjima od naročitog značaja za pravna i fizička lica na prostoru Unije, zahtijeva naročitu pažnju. Jer, koliko god mogućnosti institut unaprijeđene saradnje pruža državama članicama u smislu realizacije ili produbljenja njihove međusobne saradnje u pojedinim pitanjima, njegova primjena, ukoliko ne predstavlja samo fazu na putu utvrđivanja generalnih, zajedničkih pravila za sve države članice, može predstavljati protivrječje i ozbiljan izazov po neke od bazičnih pravnih načela na kojima počiva Evropska unija a koja je Sud pravde Evropske unije kontinuirano jačao i proširivao. Tu, prije svega, mislimo na načelo jedinstvenosti njenog pravnog poretka, načelo zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva i načelo pravne sigurnosti.

Literatura i izvori

Böttner, R. (2021). *Judicial Review in Enhanced Cooperation*. U: *The Constitutional Framework for Enhanced Cooperation in EU Law*, *Nijhoff Studies in European Union Law*, 257–278. Leiden | Boston: Brill Nijhoff. doi.org/10.1163/9789004459151

Craig, P. (2010). *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*. Oxford University Press.

Groenendijk, N. (2011). *Enhanced Cooperation Under the Lisbon Treaty*, Paper presented at the research meeting on European & International Affairs, Aalborg University. Retrieved 28 January 2023, from https://www.researchgate.net/profile/Nico-Groenendijk/publication/299337552_Enhanced_cooperation_under_the_Lisbon_Treaty/links/56f1101a08ae0dcdafd6dded/Enhanced-cooperation-under-the-Lisbon-Treaty.pdf

Herrnfeld, H.-H. (2019). *Hibridna struktura i pravni okvir ureda europskog javnog tužitelja (EPPO) problemi...* Hrvatski Ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 27, broj 1/2020, 123–131, Zagreb. Preuzeto 17. 2. 2022. sa: <https://hrcak.srce.hr/file/355827>.

Kreilinger, V. & Pariser, P. (2015). *A Proposal to use Enhanced Cooperation in the Refugee Crisis*, Jacques Delors Institut – Berlin.

Lamping, M. (2013). *Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection - Testing the Boundaries of the Rule of Law*, 20 Maastricht J. Eur. Comp. L., Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper 589.

Malý J. (2019). *Enhanced Cooperation in the EU: Its Evolution and Position of the Czech Republic*, Studia Europejskie – Studies in European Affairs, 1/2019, 89–112, DOI: 10.33067/SE.1.2019.05.

Peers, S. (2017). *Enhanced cooperation: the Cinderella of differentiated integration*. In Bruno De Witte, Andrea Ott and Ellen Vos – *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 76–91.

Piris, J. C. (2010). *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, First Ed. 1-426, University Press Cambridge.

Schmidt, V. (2022). *The Future of Differentiated Integration*. EUIDEA Op-Ed (9) 2. Retrieved 3 February 2023, from <https://euidea.eu/wp-content/uploads/2021/01/Euidea-oped-09.pdf>.

Smit, E. (2015). *Enhanced Cooperation as a form of differentiated integration in the European Union: a case study of the Rome III and Unitary Patent Regulation*. Master Thesis European Governance, University of Utrecht. Retrieved 1 February 2023, from https://is.muni.cz/th/420457/fss_m/Emma_Smit_thesis.pdf.

Stahl, A. (2021). *Public Opinion on an Ever More Differentiated EU - EUIDEA – EU Integration and Differentiation form Effectiveness and Accountability*, Policy Papers No. 15. Retrieved 28 January 2023, from https://euidea.eu/wp-content/uploads/2021/09/euidea_pp_15.pdf.

Teran, A. & Vinti, B. (2022). *Preparing for Europe's Unified Patent Court*, Proskauer. Retrieved 15 February 2023, from <https://www.proskauerinlifesciences.com/2022/02/preparing-for-europes-unified-patent-court/>

Tilmann, W. & Plassmann, C. (2018). *Unified Patent Protection in Europe*, Oxford University Press

Van Calster, G. (2016). *European Private International Law* (2nd ed). Hart Publishing, 208.

Vella, Joachim, E., J. & Yevgenyeva, A. (2013). *The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical considerations*, British Tax Review (2), 111–260.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2010] OJ C 83/01.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003, 1–29.

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29. 12. 2010, 10–16.

Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31. 12. 2012, 89–92.

Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7. 2016, 1–29.

Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8. 7. 2016, 30–56.

Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31. 10. 2017, 1–71.

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27. 7. 2012, 107–134.

Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361 of 31. December 2012.

Court of Justice of the European Union. Case C-209/13 *United Kingdom v Council*. ECLI:EU:C:2014:283.

AG Opinion of 22 June 2023, *G. K. and Others (Parquet européen)*, C-281/22, ECLI:EU:C:2023:510, p. 17.

*Boris Tučić, PhD,
Assistant Professor,
Faculty of Security Studies, University of Banja Luka,
Republika Srpska*

*Radmila Dragišić, LL.M.,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska*

THE INSTITUTE OF ENHANCED COOPERATION IN EUROPEAN UNION LAW: EXPECTATIONS AND ACHIEVED RESULTS

Summary

The Institute of Enhanced Cooperation (EnC) was introduced by the Treaty of Amsterdam (1997) but it was made more flexible and operational by the Treaty of Lisbon (2007). Its main objective was to overcome the blockages in the law-making process, as well as to strengthen the cooperation among EU member states and deepen the integration process in specific areas. In this paper, the authors examine the institute of enhanced cooperation as a form of flexible and differentiated integration. The authors first present a brief historical overview of the legal regulation of this institute in the provisions of the founding treaties of the EU. Then, they provide an overview of the sources of law adopted within the framework of enhanced cooperation in certain areas of Private International Law, and particularly for the purpose of establishing the European Public Prosecutor's Office. Based on the analysis of a number of legal acts adopted within this institute, the authors draw a conclusion that the institute of enhanced cooperation has only partially justified its contractually defined role. Viewed from the perspective of the legal order of the European Union as a whole, this institute requires special attention due to the particularities of its application, which ultimately entails different solutions in the EU member states on certain issues of particular importance for legal and natural persons in the Union. There is no doubt that this institute provides many opportunities to the EU member states in terms of realizing or deepening their cooperation in certain issues, particularly if it is perceived as a stage on the way to establishing general, common rules for all member states. However, its application may challenge the unity and the integral structure of the EU legal order. It may also be inconsistent with some of the basic EU legal principles which have been continuously strengthened and expanded by the Court of Justice of the EU. Above all, it refers to the principle of unity of the legal order, the principle of prohibition of discrimination on the basis of citizenship, and the principle of legal certainty.

Keywords: *European Union, enhanced cooperation, differentiated integration, legal order, International Private Law, European Public Prosecutor's Office.*

II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Bojana Arsenijević,*
Asistent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-46014

UDK: 347.426.4
Rad primljen: 16.08.2023.
Rad prihvaćen: 03.10.2023.

NEMATERIJALNA ŠTETA KAO IZRAZ ZAŠTITE DRUŠTVENIH VREDNOSTI**

Apstrakt: U radu autorka posvećuje pažnju razvoju instituta nematerijalne štete i prihvaćenim konceptima pojma nematerijalne štete. U koliziji subjektivne i objektivne koncepcije nematerijalne štete, zakonodavci slede jedan od pristupa. Pojedini autori predlažu primenu srednjeg rešenja, u vidu mešovitog koncepta. Na koncu, prihvatanje određenog koncepta uslovljeno je društvenim vrednostima koje pravni sistem nastoji da zaštiti kroz oblik nematerijalne štete. Time institut nematerijalne štete predstavlja prizmu kroz koju su vidljive vrednosti koje društvo štiti pravnim normama. Rad nudi analizu zakonodavnih rešenja i sudske prakse u domaćem pravu, tokom šireg istorijskog perioda, zaokružujući prikaz vrednosti koje nematerijalna šteta baštini u srpskom pravu.

Ključne reči: subjektivna koncepcija, objektivna koncepcija, iniuria, srednjovekovno pravo, socijalističko pravo.

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru evidencioni broj 451-03-47/2023-1/200120 od 3. 2. 2023. godine.

1. Uvod

Nije teško razumeti da *homo sapiens* odvajkada nije praštao napad na svoje telo ili ličnost jednako kao ni napad na svoju imovinu. Psihologija objašnjava rani razvoj ega čoveka i sa njim povezanu prirodnu potrebu za zaštitom ličnih vrednosti. Uređivanje te zaštite rezultat je razvoja društvene zajednice u baštinjenju određenih vrednosti. Načini ostvarivanja zaštite nematerijalnih interesa čoveka određeni su stepenom razvoja civilizacije.

U pravno neuređenim društvima, koja pamte samo najstarija vremena, povreda nekog interesa čoveka povlačila je odmazdu samog oštećenog, ili njegove porodice. Nekontrolisani opsezi odmazde vremenom su svedeni principom taliona na proporcionalnu meru – oko za oko, zub za zub. Dalji razvoj zaštite nematerijalnih interesa čoveka pratimo u pravnim sistemima, koji su nastojali da ovlašćenje za kažnjavanje i odmazdu prenesu na društvenu zajednicu, tj. na sud kao predstavnikavlasti. Isprva je zaštita koju je društvena zajednica pružala imala dominantne karakteristike krivičnopravne zaštite, da bi tek kasnije, postepenim razvojem, dobila izrazitu građanskopravnu prirodu.

Jedan od osnovnih instituta zaštite povređenih nematerijalnih interesa u privatnom pravu jeste naknada štete, čiji su se oblik, svrha i način ostvarivanja, takođe, razvijali kroz vreme. U rimskom pravu naknada je imala oblik novčane kazne i njena visina bila je određena njenom svrhom – kažnjavanje štetnika i na taj način pružanja zadovoljenja oštećenom. U savremenom pravu naknada štete može imati prirodni i novčani oblik, ali njena svrha nije kažnjavanje štetnika, no pružanje satisfakcije (zadovoljenja) oštećenom.

Koji nematerijalni interesi su predmet zaštite zavisilo je od shvatanja društvene zajednice. Stoga sagledavanje nematerijalne štete, njenog oblika, svrhe naknade i interesa kojima je pružana zaštita, omogućava upoznavanje sa vrednostima koje je društvena zajednica uvažavala u datom istorijskom trenutku i kroz normativnu moć prava nastojala da zaštiti. Drugim rečima, nematerijalna šteta predstavlja jednu od prizmi kroz koju je moguće sagledati vrednosti koje čovek u pravu štiti.

Posmatrajući diskurs pravnika, iza nas, kao prevaziđene, ostale su rasprave da li povreda neimovinskog dobra¹ predstavlja štetu u pravnom smislu, da li takva šteta zaslužuje naknadu, a naročito da li ta naknada sme biti novčanog karaktera. Još jedna prevaziđena rasprava ticala se

1 Pojmove neimovinska dobra i nematerijalna dobra u radu koristim kao sinonime.

nužnosti istovremenog postojanja materijalne štete, da bi se ostvarila naknada nematerijalne (Karanikić Mirić, 2016: 185). Izvor aktuelnih diskursa u domaćem pravu je pitanje određivanja pojma nematerijalne štete, u subjektivnoj ili objektivnoj koncepciji. Subjektivna koncepcija nematerijalne štete određuje je kao trpljenje u emotivnoj, duševnoj, intimnoj sferi čoveka, tj. kao bolove i strah. Objektivna koncepcija određuje nematerijalnu štetu kao povredu ličnog dobra, objekta neimovinskog prava, neimovinskog prava ili pravom zaštićenog interesa (Karanikić Mirić, 2015: 488–491).

Rad predstavlja analizu razvoja instituta nematerijalne štete u domaćim pravnim okvirima.² U prvom delu rada predstavimo istorijski razvoj oblika i slučajeva nematerijalne štete u rimskom pravu i istorijskim etapama razvoja srpskog prava. U drugom delu rada predstavimo zakonodavna rešenja i primere iz sudske prakse u savremenom srpskom pravu. Naposljetku, u trećem delu sagledaćemo nematerijalnu štetu *de lege ferenda* u srpskom pravu. Na taj način biće zaokružen prikaz vrednosti koje nematerijalna šteta baštini u srpskom pravu.

2. Nematerijalna šteta u različitim istorijskim epohama

Sagledaćemo razvoj oblika i slučajeva nematerijalne štete u srpskom pravu, u tri prepoznatljiva istorijska perioda: u srednjem veku, pre i nakon Drugog svetskog rata. S obzirom na to da je srpsko srednjovekovno pravo bilo utemeljeno na rimsko-vizantijskoj tradiciji, te da je rimsko pravo recepcijom ušlo u pore građanskih zakonika devetnaestog veka, uključujući i srpsko pravo (Avramović, 2014: 28–30), na početku ćemo predstaviti oblik i slučajeve nematerijalne štete u rimskom pravu. U nastavku rada obuhvatićemo i analizirati primere iz rimskog prava, prava srednjovekovne Srbije, Kneževine Srbije (i potonjih njenih državnih oblika), socijalističkog i postsocijalističkog prava u Srbiji.

2.1. Nematerijalna šteta u rimskom pravu

U rimskom pravu, pojam *iniuria* izražavao je napad na tuđu ličnost, fizičku ili duhovnu, realnim aktima ili verbalnim.³ Ovakvo generičko značenje dostignuto je postepeno. U starom rimskom pravu bila je zabranjena

2 Pojam domaće države menja svoj geografski opseg kroz dekade, stoga govorimo o domaćim pravnim okvirima, sagledano kroz istorijski durbin.

3 Prema mišljenju pojedinih autora, *iniuria* predstavlja pradelikt rimskog prava, iz kojeg su se razvili svi ostali oblici privatnih i javnih delikata. Kada su se iz pojma *iniuria* izdvojili krađa (*furtum*) i protivpravno oštećenje imovine (*damnum*)

samo realna *iniuria*, kao telesni napad na tuđ fizički integritet.⁴ Tek u kasnijem rimskom pravu razvila se i verbalna *iniuria*, kao moralna povreda tuđe ličnosti (Boras, Margetić, 1980: 179).⁵

Verbalna *iniuria* razvijena je kroz pretorsko pravo. Pretorski edikti zabranjivali su javno sramoćenje pogrđnim pesmama pred kućom oštećenog, tzv. mačije serenade, i druge vidove napada na dostojanstvo i čast. Bilo je zabranjeno razdvajati ženu od njenog pratioca (*matronae abducitur*), bez kojeg se ona prema tadašnjim običajima nije smela pojavljivati u javnosti, a koji čin je vređao njeno dostojanstvo. Činjenje nepristojnih ponuda, dobacivanje ili sleđenje u javnosti (*pudicitia adtemptatur*) predstavljali su povredu časti.⁶ Zabranjeni su bili i ogovaranje i klevetanje koji urušavaju ugled drugoga (*ne quid infamandi causa fiat*) (Eisner, Horvat, 1948: 460). Vremenom, osnovni pretorov edikt (*edictum generale*) tumačenjima je proširen tako da *iniuria* obuhvati svako činjenje i nečinjenje kojima se namerno vređa, potcenjuje ili omalovažava drugi (Eisner, Horvat, 1948: 460). Težinu delikta *iniuria* određivao je način na koji je izvršen, prisustvo javnosti (npr. u pozorištu) ili razlika u društvenom statusu oštećenog i štetnika (npr. kada uvredu magistratu ili senatoru učini lice nižeg društvenog ranga) (Gaj: 281, br. 225).

Oštećeno lice nije bio samo pojedinac čija je ličnost povređena. *Iniuriase* mogla izvršiti i protiv deteta ili žene koju je pojedinac imao pod svojom vlašću (*manus*), ali i protiv roba, ukoliko se to činilo na svirep

iniuria datum), u polju njenog obuhvata ostao je „samo” napad na integritet čoveka. Bujuklić, 2012: 382.

4 Zakon XII tablica razlikovao je tri oblika. *Membrum ruptum* (oštećenje ili uništenje uda), koji se kažnjavao talionom ili dobrovoljnom nagodbom. *Os fractum* (prelom kosti), koji se kažnjavao talionom ili otkupninom od 300 asa za slobodna čoveka ili 150 asa za roba. Treći oblik je bio *iniuria* u užem smislu i obuhvatao je svaku drugu povredu tela koja nije ostavljala trajne posledice, a koja se kažnjavala novčanom kaznom od 25 asa. Eisner, Horvat, 1948: 458–459. Bujuklić, 2012: 381–382.

5 Iako je i Zakon XII tablica poznavao dva slučaja netelesnih povreda (*malum carmen incantare* i *occentare*, koji se izjednačavaju sa uvredljivom pesmom i javnim sramoćenjem), ovi delikti pripadali su javnom pravu, za koje je predviđena kazna bila smrt. Stoga ne ulaze pod pojam *iniuria* kao delikta privatnog prava. Iako delikti javnog prava, navedeni slučajevi netelesnih povreda koje je regulisao Zakon XII tablica ukazuju na stepen pažnje koja se posvećivala zaštiti ličnosti (pretpostavka, nosilaca društvenih funkcija). S obzirom na težinu kazne, pretpostavlja se da su se ove netelesne povrede ticale „prizivanja zlih sila” korišćenjem magičnih formula. Eisner, Horvat, 1948: 459. Bujuklić, 2012: 382. Imajući u vidu razvijeni politeizam rimskog društva, ovakva pretpostavka nije neuobičajena.

6 Upor. Eisner, Horvat, 1948: 460. Boras, Margetić, 1980: 180. Gaj: 279, br. 220. Bujuklić, 2012: 383.

način i sa otvorenom namerom sramoćenja gospodara (Gaj: 279–281, br. 221 i 222). Zaštitu oštećenom obezbeđivala je tužba *actio iniuriarum aestimatoria*, dosuđivanjem novčane kazne (*poena*). Svrha novčane kazne bila je kažnjavanje štetnika i pružanje zadovoljenja na taj način oštećenom (Eisner, Horvat, 1948: 346–347, 355, 449). Njena svrha naročito je vidljiva u samoj visini kazne, nekada i višestruko većoj od same nastale štete. Novčanu kaznu određivale su sudije (*recuperatores*), uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinačnog slučaja i vodeći se pravednošću (*aequum et bonum concepta*) (Eisner, Horvat, 1948: 460).

2.2. Srednjovekovno srpsko pravo

U srednjovekovnoj Srbiji pružana je zaštita časti i dostojanstvu lica kroz inkriminaciju psovanja i čupanja brade (lična i telesna uvreda). U rečenom nalazimo sličnost sa rimskim pravom, koje takođe razlikuje verbalni i telesni napad, kao i pojedine verbalne povrede koje su deo javnog prava.⁷

Brada muškarca kao specifičan simbol dostojanstva, karakterističan za srednjovekovno društvo, uživao je posebnu zaštitu. Pravila se razlika između međusobnog čupanja u tuči (mehoskubina) i jednostranog čupanja, kao veće uvrede. Dušanov zakonik u potonjem slučaju koristi formulaciju (u prevodu) „ko iščupa bradu vlastelinu ili dobrom čoveku”, upućujući na ugled oštećenog (Kršljanin, 2012: 63–64). Psovanje i čupanje brade bilo je kažnjivo novčanim i telesnim kaznama (bičevanje, osmuđivanje, sakaćenje). Primetni su krivičnopravni elementi ove zaštite, stoga ovde nije reč o nematerijalnoj šteti kao institutu građanskog prava.

Staleško ustrojstvo srednjovekovnog srpskog društva uticalo je na različito odmeravanje kazne spram statusa oštećenog lica (Kršljanin, 2012: 60–63). Ukoliko pripadnik višeg staleža uvredi pripadnika nižeg staleža, sledila je novčana kazna; u suprotnoj situaciji, novčanu kaznu pratilo je i telesno kažnjavanje.⁸ Ove sankcije karakteristično su imale svrhu kažnjavanja učinioca dela, ostvarujući istovremeno individualnu i generalnu prevenciju, vidljivu kroz surovost telesnih kazni.

Na sudijama je bila odluka o težini telesne kazne (broj udaraca bičem, sakaćenje odsecanjem kog uda). S druge strane, visina novčane kazne bila je zakonom određena i ista za sve slučajeve psovanja,⁹ bez obzira na razlike

7 Vid. f. 5.

8 Upor. čl. 50, 55, 95, 97 i 98 Zakonika Stefana Dušana.

9 Iznosila je 100 perpera, srednjovekovna novčana jedinica.

u staleškoj pripadnosti. Rangiranje novčane kazne u ovom slučaju ne bi vodilo zaključku o različitoj „vrednosti” časti pripadnika određenog staleža, no bi omogućila uvažavanje razlika u finansijskoj moći. Stoga, kazna za pripadnike nižeg staleža bila je umnogom surovija, i u pogledu obaveze plaćanja novčane kazne i u pogledu izdržavanja telesne kazne.

2.3. Nematerijalna šteta u srpskom pravu do Drugog svetskog rata

Srpski građanski zakonik regulisao je štetu na pravima i ličnosti čoveka,¹⁰ posebno ističući pravo na naknadu pretrpljenih bolova u slučaju telesne povrede, štetu usled raskida veridbe, povrede slobode, časti ili poštenja (Stanković, 1956: 484).¹¹ Austrijski građanski zakonik koji je bio u primeni na pojedinim teritorijama Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca određivao je pojam štete kao „svaki kvar učinjen bilo kome u njegovoj imovini, pravima ili ličnosti”.¹² Kao stariji brat srpskog zakonika, Austrijski građanski zakonik sadržao je odgovarajuće izvornike navedenih odredbi o pravu na naknadu pretrpljenih bolova u slučaju telesne povrede, kao i o šteti usled povrede slobode, časti ili poštenja (Hrvić, 2014: 63–68).¹³ Nepreciznost zakonskih tekstova vodila je brojnim raspravama o obliku nematerijalne štete, kako u srpskom tako i u austrijskom zakoniku (Marković, 1921: 88–92). Stavu da je usvojena objektivna koncepcija (šteta na ličnosti) suprotstavljena je odredba o pravu na naknadu pretrpljenih bolova u slučaju telesne povrede, koja odgovara subjektivnoj koncepciji (Karanikić Mirić, 2016: 186–188).

Opšti imovinski zakonik za Knjaževstvo Crne Gore nije propisivao pravo na naknadu nematerijalne štete u slučaju povrede časti i ugleda, no isključivo naknadu materijalne štete.¹⁴ Kada je reč o šteti usled telesne povrede, pored naglašavanja prava na naknadu troškova bolovanja, lečenja i dangube, istaknuto je i pravo na naknadu osobite štete ako je „povređenik ostao sakat, za vazda bolan, ili tako nagrđen da nema više nade da će njegovo stanje bolje postati”.¹⁵ U potonjem slučaju nije bila prepoznata nematerijalna šteta, koja bi prevazilazila smanjene mogućnosti privređivanja, i ogledala se u trpljenju bolova i unakaženosti, odnosno povredi telesnog integriteta.

10 Vid. para. 800 Srpskog građanskog zakonika.

11 Vid. para. 82, 820 i 822 Srpskog građanskog zakonika.

12 Vid. para. 1293 Austrijskog građanskog zakonika.

13 Upor. para. 1323, 1325–1330 Austrijskog građanskog zakonika.

14 Vid. čl. 581 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževstvo Crnu Goru.

15 Vid. čl. 580 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževstvo Crnu Goru.

Prema sudskoj praksi, naknadu nematerijalne štete dugovalo je ono lice koje bez ovlašćenja povredi drugome život, telo, ličnu slobodu ili čast (ženska čast, dobro ime trgovca, kleveta, lažna optužba pred sudom) (Piškulić, Đerđ, 1924: 208, 209). Naknada nematerijalne štete je dugovana samo ukoliko je zakonom bila izričito propisana. Na primer, krivičnim zakonikom bilo je propisano da u slučaju neosnovanog lišenja slobode, sudija je na osnovu zahteva oštećenog dosuđivao naknadu nematerijalne štete, prema broju dana trajanja lišenja. Posebnim zakonom o štampi bilo je propisano pravo na naknadu nematerijalne štete ukoliko to prema okolnostima slučaja odgovara osećaju pravičnosti (Piškulić, Đerđ, 1924: 211).

Pravo na naknadu štete priznavalo se u slučaju očiglednog unakaženja, koje je naročito škodilo ženama, „jer je to prepreka njihovoj budućoj sreći i uspehu u životu“, kao i u slučaju obeščašćenja poštene devojke, koje škodi na taj način „što će teže dobiti muža, a time porodično izdržavanje“ (Piškulić, Đerđ, 1924: 211).¹⁶ U potonjem slučaju štetnik treba da naknadom štete obezbedi miraz oštećenoj devojci. Interesantno je da se navedeni slučajevi u literaturi određuju kao materijalna šteta (Marković, 1921a: 269–273), a povređeno dobro su poštenje i čast žene. Drugim rečima, šteta se ne ogleda u povredi materijalnih dobara (npr. troškovi lečenja), no u povredi nematerijalnih dobara (ugled i čast). Pritom, šteta se nije procenjivala *in concreto*, spram zaista izgubljenih mogućnosti „dobre“ udaje, no bez dokaza osnovanosti očekivanja visine materijalnog obezbeđenja kroz „dobru“ udaju. Stoga ovi argumenti govore u prilog da je u navedenim slučajevima reč o nematerijalnoj šteti, shvaćenoj objektivno. Ovaj slučaj naknade štete ušao je u germanske pravne propise iz crkvenog prava, po kome u slučaju defloracije devojke štetnik mora ili da je uzme za ženu ili da plati naknadu njenom ocu, odnosno njoj (Marković, 1921: 82–84).

2.4. Nematerijalna šteta u srpskom pravu u drugoj polovini HH veka

Specifičnost socijalističke misli uticala je i na institut nematerijalne štete. U sovjetskoj pravnoj nauci bio je zastupljen stav da novčana naknada nematerijalne štete vodi degradaciji ličnih dobara čoveka jer „taksirajući svoje osećaje novcem, čovek izdiže novac iznad sebe i gubi poštovanje prema sebi samome“, zbog čega je takva naknada nemoralna (Petrović, 1996: 16). Naročito je isticano da je novčana

16 Vid. čl. 580 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževstvo Crnu Goru.

naknada nematerijalne štete u suprotnosti sa socijalističkim moralom (Stanković, 1978: 289), koji je nespojiv sa novčanom naknadom kao osnovnim principom regulisanja građansko-pravnih odnosa u kapitalističkom društvu (Petrović, 1996: 16). Neopravdanost novčane naknade nematerijalne štete posmatrana je i sa pijedastala individualnog morala – isticano je da „čovjek koji drži do svog dostojanstva će odbiti ponudu da mu novcem bude plaćen bol koji trpi”, a ako bi neko tvrdio da bi mu bol bio ublažen dosuđivanjem novčane sume, „onda je dopušteno sumnjati u iskrenost takvog bola” (Stanković, 1978: 289). Moralno jakom čoveku takva ideja novčane naknade za njegovu bol bila bi ponižavajuća, a diskusija u sudnici o „najuzvišenijim osećanjima i o najsvetijim bolovima” unizila bi i čoveka i njegova osećanja (Petrović, 1996: 18).

Pod uticajem sovjetske pravne nauke, sudska praksa u legislativno neizgrađenoj novoj Jugoslaviji bila je protiv priznanja prava na naknadu nematerijalne štete. Tako je Vrhovni sud Hrvatske u svojim presudama isticao da „bolnina ne može biti izvor nikakvih prihoda” u društvenoj zajednici vođenoj radom kao idejom vodiljom. Naglašavano je da prema „shvatanju života i životnih društvenih odnosa među ljudima” nematerijalni interesi nemaju jednaku vrednost kao materijalni interesi, koji su „sredstva za život i opstanak u društvenoj zajednici”.¹⁷

Prema sudskoj praksi u prvim godinama života nove Jugoslavije, u slučaju telesne povrede, naknada je obuhvatala troškove lečenja i izgubljenu zaradu, ali ne i pretrpljene bolove kao nematerijalnu štetu; zbog unakaženja mogla se ostvariti naknada troškova radi ublažavanja unakaženog izgleda, ne i zbog fizičkih ili duševnih bolova; fizički bolovi pravno su bili relevantni samo ukoliko su uticali na smanjivanje ili gubitak radne sposobnosti (izgubljena zarada); usled neosnovanog lišenja slobode ili povrede časti, naknada štete obuhvata izgubljenu zaradu, gubitak poslovnog kredita ili troškove oslobođenja (Jakšić, 1953: 296–298). Posebno je kritikovano pravo koje je ranije priznavano ženskom licu za umanjene izgleda za udaju usled povrede tela, zdravlja ili polnog integriteta jer je to izraz „ranije neravnopravnosti žene i njene zavisnosti o udaji” (Jakšić, 1953: 302). Zaštita nematerijalnih interesa, isticano je, „ostvaruje se i u socijalističkoj demokratiji”, koju karakteriše „najveća moguća briga za čoveka i zaštita njegovih prava i njegove ličnosti”, ali putem sredstava kao što su: objavljivanje opoziva ili ispravke neistinitih izjava, sudsko utvrđivanje činjenica, sudske zabrane i sl. (Jakšić, 1953: 283–284, 301–302).

17 Presuda Vrhovnog suda NR Hrvatske IG br. 946/47 od 20. 5. 1947. godine.

Ipak, vrednosti uvažavane u društvenoj zajednici pre zaodevanja u socijalističko ruho, vidljive i u odredbama drugih evropskih građanskih zakonika, iznedrile su priznanje naknade nematerijalne štete u Nacrtu zakona o odgovornosti za štetu.¹⁸ Usledilo je slabljenje, pa napuštanje navedenih stavova u sudskoj praksi. Prvo je Vrhovni sud NR Slovenije zauzeo stav da priznanje naknade nematerijalne štete nije *per se* u suprotnosti sa socijalističkim pravnim poretom, te da opravdanost njenog dosuđivanja treba meriti u svakom pojedinačnom slučaju.¹⁹ Potom je i Vrhovni sud Jugoslavije ustanovio da lična dobra čoveka ne mogu ostati nezaštićena na području civilne odgovornosti i da celokupni društveni razvitak Jugoslavije sledi pravac što šire zaštite ličnih dobara.²⁰

Sledeći primeri pokazuju u kojim slučajevima i u kom obliku je bilo priznato pravo na naknadu nematerijalne štete u sudskoj praksi: zbog telesnih bolova usled defloracije ili tokom porođaja koji su posledica krivičnog dela; zbog duševnih bolova usled silovanja; zbog duševnih bolova usled pobačaja izazvanog nanošenjem telesnih povreda; zbog duševnih bolova usled unakaženosti koja izaziva osećaj nelagode ili sažaljenja, lični i od strane društva; zbog duševnih bolova usled povrede časti i ugleda putem štampe, objavljivanjem gole fotografije tužiteljke nezamaskiranog lica u naučnoj medicinskoj knjizi, iznošenjem tvrdnji u vezi obavljanja advokatske profesije ili u vezi porodičnih odnosa oštećenih; zbog duševnih bolova usled neispunjenih obećanja za zaključenje braka i usled upuštanja u polne odnose sa tuženim koji je prikrilo da je oženjen; zbog duševnih bolova usled smrti brata ili sestre, sa kojima su tužioci živeli u zajedničkom domaćinstvu; zbog duševnih bolova usled zamene deteta za tuđe; zbog duševnih bolova usled prinudnog iseljenja u stan bez odgovarajućih uslova za život (Stanković, 1978: 303–316).

18 Nacrt zakona o odgovornosti za štetu iz 1951. godine propisivao je pravo objavljivanja presude suda i ispravaka na trošak štetnika i pravo na novčanu naknadu u slučaju povrede ličnih dobara. Primeri zaštićenih ličnih dobara bili su: ukoliko je žensko lice lukavstvom navedeno na vanbračnu obljudu ili ako je prema njoj izvršeno krivično delo protiv dostojanstva ličnosti i morala, ukoliko je pretrpljen fizički bol, strah, briga, tuga, žalost i drugi duševni bolovi, a naročito duševni bolovi usled smrti člana uže porodice. Opširnije o tome, Jakšić, 1953: 284. Karanikić Mirić, 2018: 403–404.

19 Presuda Vrhovnog suda NR Slovenije Gžž 5/1950 od 2. 2. 1950. godine.

20 Odluka Vrhovnog suda Jugoslavije Rev 277/66.

Domaća pravna nauka razvijala se, takođe, u smeru priznanja novčane naknade nematerijalne štete (Karanikić Mirić, 2016: 189–192). Isticano je da pravo predstavlja „instrument organizacije društvenog reda i progressa, čiji je vrhovni cilj puna afirmacija čovekove duhovne i fizičke ličnosti”, te u slučaju narušenja psihičke ravnoteže treba naći sredstva koja će je ublažiti (Stanković, 1998: 43). Objavljivanje presude ili ispravke pak manje su efektivna sredstva zadovoljenja usled direktne zavisnosti od spremnosti javnosti da „njenu sadržinu intelektualno obradi, tako da opoziv već date izjave koja vređa nečija lična prava može predstavljati bumerang za povređeno lice” (Stojanović, 1980: 599).

Zakon o obligacionim odnosima uredio je pravo na naknadu nematerijalne štete i od stupanja na snagu 1978. godine do danas nije pretrpeo normative izmene u ovom delu. Svrha naknade nematerijalne štete je satisfakcija oštećenog. Nematerijalna šteta je određena kao nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (subjektivna koncepcija).²¹ Pravična novčana naknada dosuđuje se za pretrpljene fizičke bolove, pretrpljene duševne bolove povodom konkretnih povreda, uključujući i povredu prava ličnosti, i za pretrpljeni strah.²² Međutim, povreda prava ličnosti posebno je istaknuta u dva navrata: kod zahteva za prestanak povrede prava ličnosti i kod naknade u vidu objavljivanja presude ili ispravke.²³ Stoga pojedini autori ističu da ZOO poznaje subjektivno-objektivni pojam nematerijalne štete, pri čemu je njen objektivni oblik iskazan kao povreda prava ličnosti (Vukotić, 2020: 79–81).

Nakon usvajanja ZOO, sudovi su se izjašnjavali da unuk nema pravo na satisfakciju za pretrpljene duševne bolove iza smrti bake, osim ukoliko mu je ona zamenjivala roditelje; da nema osnova za dosuđivanje naknade nematerijalne štete zbog gubitka životnih radosti, nemogućnosti korišćenja automobila ili godišnjeg odmora; da smanjenje izgleda za dobru udaju ne predstavlja samostalni vid nematerijalne štete; da nema pravo na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova lice kojem su, usled povrede, uništeni moždani centri, te više nije svesno svog stanja, ni bolova, ni muka; da uzrast deteta nije od značaja za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog smrti roditelja, te da ovo pravo ima i nerođeno dete; da roditelji nemaju pravo na naknadu štete

21 Vid. čl. 155 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Sl. list SRJ*, 31/1993, *Sl. list SCG*, 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, 18/2020. U nastavku radu, za ovaj zakonski tekst biće korišćena skraćenica ZOO.

22 Vid. čl. 200 ZOO.

23 Vid. čl. 157 i 199 ZOO.

zbog pretrpljenih duševnih bolova usled neizvesnosti u lečenju njihove dece; da razvoj psihičkog poremećaja usled pretrpljenog straha nije uslov za dosuđivanje naknade nematerijalne štete (Toroman, 1983: 748–757). Najviša sudska instanca u izolovanim slučajevima izjašnjavala se o pravu žene na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usled smrti zometka, i o pravu muškarca na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usled povrede časti i ugleda kada ga je njegova supruga obmanula da je trudna (Andrejević, Milutinović, Petrović, 2009: 277).

Istorijski događaji devedesetih godina prošlog veka vidljivi su i kroz sudsku praksu o nematerijalnoj šteti. Pripadnicima oružanih snaga Jugoslovenske narodne armije bilo je priznato pravo na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete koju su pretrpeli u oružanim sukobima tokom 1991. i 1992. godine, odnosno do povlačenja poslednjih vojnih jedinica na teritoriju Savezne republike Jugoslavije.²⁴ Isto pravo bilo je priznato i porodicama poginulih u oružanim akcijama posle 17. 8. 1990. godine,²⁵ a skladu sa odredbama ZOO o pravu na naknadu nematerijalne štete uslučaju smrti bliskog lica. Objektivnu odgovornost u oba slučaja snosila je SRJ, kao naslednica subjektiviteta SFRJ, a na osnovu odredbi ZOO o odgovornosti za opasne delatnosti i odgovarajućih odredbi Zakona o službi u oružanim snagama.

3. Savremeni okviri nematerijalne štete u srpskom pravu

Tri su vida nematerijalne štete: (1) pretrpljeni fizički bolovi, (2) pretrpljeni duševni bolovi zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, smrti bliskog lica, povrede časti, ugleda, slobode ili prava ličnosti, i (3) pretrpljeni strah.²⁶ Pored ZOO, brojni *legis specialis* regulišu pravo na naknadu nematerijalne štete. U slučaju povređenih interesa, pravo na naknadu nematerijalne štete ima nosilac autorskog ili srodnih prava²⁷ i nosilac žiga.²⁸ Trgovac i pružalac usluga

24 Savetovanje Saveznog suda, vrhovnih sudova Republike Srbije i Republike Crne Gore, Vrhovnog vojnog suda i Višeg privrednog suda u Beogradu od 4. 12. 1996. godine. Glosarijum, 3 (mart)/1997, Beograd.

25 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev 2325/95 od 5. 6. 1995. godine.

26 Vid. čl. 200 ZOO.

27 Vid. čl. 205 i 206 Zakona o autorskom i srodnim pravima, *Sl. glasnik RS*, 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – odluka US i 66/2019. Treba primetiti da zakonodavac, ne prateći terminologiju Zakona o obligacionim odnosima, koristi izraze imovinska i neimovinska štete.

28 Vid. čl. 92 Zakona o žigovima, *Sl. glasnik RS*, 6/2020.

(konkurenti) imaju pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, u slučaju nelojalne tržišne utakmice.²⁹ Stranke u sudskom postupku, kojima je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, imaju pravo na pravično zadovoljenje, koje uključuje i novčano obeštećenje za pretrpljenu nematerijalnu štetu.³⁰ Lice neosnovano lišeno slobode ili neosnovano osuđeno ima pravo na naknadu nematerijalne štete.³¹ Pravo na naknadu nematerijalne štete ima i osoba koja pretrpi diskriminaciju,³² odnosno zlostavljanje na radu.³³ Jedan od vidova zaštite uzbunjivača upravo je propisivanje prava na naknadu nematerijalne štete koju je pretrpeo usled i u vezi uzbunjivanja.³⁴ Lista posebnih zakona navedenim se ne iscrpljuje – priznato je pravo na naknadu nematerijalne štete u slučaju lekarske greške, zbog nezakonitog otkaza sa rada i zbog povreda usled govora mržnje (Andrejević, Milutinović, Petrović, 2009a: 263–270). Ovako priznato pravo na naknadu nematerijalne štete ostvaruje se u skladu sa odredbama ZOO (*lex generalis*), koji propisuje vidove nematerijalne štete i uslove za dosuđivanje pravične novčane naknade.

Subjektivne doživljaje (bol i strah) može imati samo fizičko lice, te prema ZOO pravna lica nemaju prava na naknadu nematerijalne štete. Ranije kolebanje sudova po ovom pravnom pitanju konačno je razrešio najviši sud, usvajanjem pravnog stava na sednici građanskog odeljenja (Savčić, 2022: 772–773). Ovo je jedna od identifikovanih slabosti subjektivne koncepcije nematerijalne štete (Karanikić Mirić, 2016a: 33–34).

Sloboda izražavanja u sredstima javnog oglašavanja svedena je granicama povrede časti i ugleda i povrede prava na poštovanje privatnog života. Zakon o javnom informisanju i medijima posebno uređuje pravo na naknadu nematerijalne štete i odgovornost novinara, urednika i izdavača, u vezi

29 Vid. čl. 41 Zakona o trgovini, *Sl. glasnik RS*, 52/2019.

30 Vid. čl. 23 Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Sl. glasnik RS*, 40/2015. Iako zakonodavac govori o *novčanom obeštećenju za neimovinsku štetu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav da je reč o naknadi *sui generis*. Savčić, 2022: 776.

31 Vid. čl. 18, 583–593. Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

32 Vid. čl. 43 Zakona o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, 22/2009 i 52/2021. Čl. 43 Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, *Sl. glasnik RS*, 33/2006 i 13/2016.

33 Vid. čl. 40 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Sl. glasnik RS*, 36/2010.

34 Vid. čl. 22 i 26 Zakona o zaštiti uzbunjivača, *Sl. glasnik RS*, 128/2014.

sa (ne)objavlivanjem informacija.³⁵ Suprotno, sudovi su se izjašnjavali da nema povrede časti i ugleda, a time ni osnova za priznanje naknade nematerijalne štete, u slučaju kritikovanja javnog rada političara, čak i nakon njegovog povlačenja sa političke scene.³⁶ Takođe, povrede nema ni u slučaju oglašavanja o neprijatnostima doživljenim prilikom izdavanja stana osobi, označenoj imenom i prezimenom, ukoliko nema namere omalovažavanja.³⁷ Sudovi su našli da nema povrede prava na poštovanje privatnog života, a time ni osnova za priznanje naknade nematerijalne štete, u slučaju objavljivanja fotografija nastalih prilikom „ulaska” lica u rijaliti.³⁸

Sudovi su priznali naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede slobode neosnovano osuđenom licu, koje jekaznu zatvora izdržavalo u kućnim uslovima uz elektronsko praćenje.³⁹ Pravo na naknadu nematerijalne štete priznato je i licu koje je, usled izricanja jedinstvene kazne zatvora u postupku spajanja kazni, provelo u zatvoru duži vremenski period od izrečene jedinstvene kazne.⁴⁰ Nije bilo priznato pravo na naknadu licima kojima je pritvor određen jer su, bez obaveštavanja suda, promenili adresu prebivališta⁴¹ i otišli u inostranstvo⁴² ili prikupljali dokumentaciju za dobijanje vize.⁴³

Socijalni trend suživota čoveka i njegovih ljubimaca, i razvoj emotivne zajednice između njih, odrazio se i na nematerijalnu štetu. Sudovi su priznali pravo na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha tužiocu čiji je pas napadnut na ulici i tom prilikom usmrćen.

35 Vid. čl. 112–118 Zakona o javnom informisanju i medijima, *Sl. glasnik RS*, 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje.

36 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž 5806/2017 od 15. 3. 2018. godine.

37 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 64/2011 od 19. 1. 2011. godine.

38 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 77/18 od 29. 3. 2018.

39 Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 4892/2018 od 30. 8. 2018. godine. Navedeni primer zaslužuje opširniju analizu, da li je naknada zaista „pravična” u datim okolnostima izdržavanja kazne i osnova neosnovanosti osude (nastupila je zastarelost izvršenja krivične sankcije pre pravnosnažnog okončanja sudskog postupka), a koja analiza prevazilazi okvire ovog rada. Na ovom mestu kratko ćemo ukazati da je sud, ceneći sve okolnosti slučaja, a naročito porodičnu atmosferu i pogodnosti izdržavanja kazne u kućnim uslovima, smatrao da pravična naknada za 36 dana provedenih u kućnom „zatvoru” iznosi 70.000,00 dinara.

40 Presuda Višeg suda u Čačku Gž 146/20 od 7. 10. 2020.

41 Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 2470/18 od 15. 5. 2018.

42 Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 5288/17 od 12. 6. 2018.

43 Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 6037/17 od 30. 8. 2018.

Prilikom odlučivanja, sud je posebno cenio činjenicu da je tužilac bio vezan za svog psa.⁴⁴ Prema preovlađujućem stavu, životinje su objekti prava (Jotanović, 2014: 103–104, 113–115), odnosno stvari u pravnom smislu. Sudovi ne priznaju pravo na naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova u slučaju oštećenja ili uništenja stvari, koje su za vlasnika imale poseban značaj.⁴⁵ Na drugoj strani, brojni su zahtevi za naknadu nematerijalne štete, sva tri vida, u slučaju ugriza pasa, vlasničkih i napuštenih.⁴⁶ Rečeno je indikator nedovoljne pažnje vlasnika pasa i nedovoljne aktivnosti nadležnih organa jedinica lokalne samouprave u staranju o zoohigijeni.

Promena političkih okolnosti koje su važile u drugoj polovini dvadesetog veka u našoj državi dobila je epilog usvajanjem Zakona o rehabilitaciji. Pokušaj je novog doba da kroz naknadu nematerijalne štete (rehabilitaciono obeštećenje) istakne neslaganje sa ranijim sistemom društvenih vrednosti.⁴⁷ Uvažavajući protok vremena i životni vek ljudi, regulisano je pravo *dece* rehabilitovanog lica na naknadu nematerijalne štete za duševne bolove *zbog lišenja slobode njihovog roditelja*. Ovo pravo priznato je detetu koje je rođeno u ustanovama za izvršenje sankcija prema njegovom roditelju, ili je u tim ustanovama provelo određeni vremenski period, ili je za vreme trajanja izvršenja sankcija živelo bez roditeljskog staranja jednog, drugog ili oba roditelja.⁴⁸ Time je stvoren novi vid nematerijalne štete u savremenom srpskom pravu (nematerijalna šteta zbog duševnih bolova usled lišenja slobode roditelja koji je rehabilitovan). Do tada, duševni bolovi zbog povreda koje nije pretrpeo oštećeni, već drugo lice, uvažavani su samo u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica.⁴⁹ Sudska praksa pokušala je da ublaži ovaj iskorak. Okolnosti koje su cenjene prilikom odlučivanja o naknadi nematerijalne štete bile su trajanje lišenja slobode rehabilitovanog lica, godine starosti deteta (tužioca) u vreme izvršenja sankcije, odnos sredine prema tužiocu i njegovoj porodici.⁵⁰ Pravo na ostvarivanje naknade nematerijalne štete oročeno je na pet godina od stupanja na snagu ovog zakona.⁵¹

44 Presuda Višeg suda u Požarevcu Gž 75/2015 od 26. 1. 2015. godine.

45 Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž 1119/05 od 21. 7. 2005. godine.

46 Presuda Višeg suda u Požarevcu Gž 132/2013 od 16. 12. 2013. godine.

47 Vid. čl. 26 Zakona o rehabilitaciji, *Sl. glasnik RS*, 92/2011.

48 Vid. čl. 7, st. 5 Zakona o rehabilitaciji, *Sl. glasnik RS*, 92/2011.

49 Vid. čl. 201 ZOO.

50 Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 4449/18 od 2. 10. 2019.

51 Vid. čl. 9 Zakona o rehabilitaciji, *Sl. glasnik RS*, 92/2011.

U domaćem društvu tokom perioda 1970–1990. godine „bujao” je problem nestanka beba iz porodilišta. Reč je o slučajevima kada je roditeljima u bolnicama i porodilištima rečeno da je njihova beba preminula, ali su brojnost ovih slučajeva i sveukupne okolnosti stvorile sumnju da su njihova deca oduzeta od njih. Tražena sudska zaštita nije vodila efikasnijem rešavanju ovog problema. Epilog postupka vođenog pred Evropskim sudom za ljudska prava povodom jednog takvog slučaja⁵² bio je usvajanje Zakona o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji.⁵³ Rezultat zakonskih odredbi je dosuđivanje pravične novčane naknade zbog povrede prava na porodični život, nakon (ne)utvrđivanja statusa nestalog novorođenog deteta, a na zahtev predlagača.⁵⁴ Treba zabeležiti da je najviši domaći sud iskazao stav da nije moguće priznati pravo na naknadu nematerijalne štete zbog duševnih bolova usled povređenog prava na porodični život kao prava ličnosti, u uslovima kada nije utvrđeno šta se dogodilo sa bebom koja je „nestala” iz zdravstvene ustanove, ukoliko je zahtev za naknadu ove štete istaknut uz pozivanje na

52 Jovanović protiv Srbije, predstavka br. 21794/08, presuda od 26. 3. 2013. godine. Podnositeljka predstavke rodila je 1983. godine sina, kojeg je redovno videla u bolnici nekoliko dana. Na dan otpuštanja lekar ju je obavestio da je dete umrlo, ali da ne može da dobije njegovo telo, zbog potrebe obavljanja obdukcije u drugom gradu. Tokom 2001. i 2002. godine mediji su počeli da izveštavaju o brojnim sličnim slučajevima, zbog čega se podnositeljka obratila bolnici i dobila informaciju da je uzrok smrti deteta nepoznat i da nikakva dokumentacija o tome nije dostupna jer je arhiv bolnice uništen u poplavi. Nadležna opština obavestila je podnositeljku da je činjenica rođenja njenog deteta registrovana, ali ne i njegova smrt. Krivična prijava koju je suprug podnositeljke podneo 2003. opštinskom javnom tužiocu je odbačena jer „postoje dokazi da je sin [podnositeljke] umro 31. oktobra 1983. godine“. Anketni odbor Skupštine, obrazovan usled brojnosti građana koji su se obratili Skupštini povodom ovog pitanja, utvrdio je da su u relevantno vreme postojali ozbiljni nedostaci u važećem zakonodavstvu i u postupanjima državnih organa i zdravstvenih ustanova, da su opravdane sumnje roditelja, ali da se zbog zastarelosti više ne mogu pokrenuti krivični postupci. Podnositeljka se u narednim godinama obratila Evropskom sudu za ljudska prava zbog povrede njenog prava na porodičan život iz čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud je utvrdio postojanje povrede pozitivne obaveze države iz čl. 8 Konvencije jer država nije preduzela potrebne mere da pruži informacije podnositeljki o sudbini njenog sina. Pored dosuđene naknade štete, Sud je obavezao Srbiju da preduzme potrebne legislativne mere radi uspostavljanja mehanizma obeštećenja svih roditelja koji su se nalazili u sličnoj situaciji kao podnositeljka (obaveštenje o sudbini njihove dece i odgovarajuća naknada kada je to potrebno).

53 *Sl. glasnik RS*, 18/2020. U nastavku rada koristim uvreženi naziv Zakon o nestalim bebama.

54 Vid. čl. 24 Zakona o nestalim bebama.

odredbe ZOO. Istom prilikom, najviši domaći sud uputio je na pomenuti posebni zakon.⁵⁵ Prema posebnom zakonu, nematerijalna šteta se dosuđuje i kada je doneto rešenje kojim se konstatuje da *ne može* da se utvrdi status nestalog novorođenog deteta.⁵⁶ To otvara pitanje u čemu se ogleda uzročna veza (Cvetković, 2020: 8–9), koja vodi odgovornosti države, a ne zdravstvene ustanove gde se dete poslednji put nalazilo. Razlog tome naziremo u prethodno istaknutim nedostacima u važećem zakonodavstvu i kontroli rada zdravstvenih ustanova.⁵⁷ I ovaj eksperimentalni vid nematerijalne štete imao je oročeno trajanje – zahtev za utvrđivanje statusa i dosuđivanje naknade mogao je biti istaknut u roku od šest meseci od stupanja zakona na snagu.⁵⁸

Nov vid nematerijalne štete uređen je i Zakonom o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti. Reč je o duševnim bolovima koje *roditelji trpe usled detetove onesposobljenosti*, genetički uslovljene bolesti i anomalije, *koju nisu očekivali i na koju zbog izostalih laboratorijskih pretraga i genetičkih informacija nisu bili upozoreni*.⁵⁹ U literaturi ovaj vid štete je poznat kao šteta usled neželjenog rođenja (Karanić Mirić, 2016b: 109–111, 119). Iako se može reći da je povređeno pravo roditelja na slobodno odlučivanje o rađanju dece, ovaj vid nematerijalne štete se ipak ne uklapa u okvir povreda prema ZOO. Ograničenja su brojna: šteta se ogleda u duševnim bolovima koje roditelj trpi, ne jer je dete rođeno, no jer dete ima trajnu i ozbiljnu genetičku anomaliju za koju oni nisu znali (Karanić Mirić, 2016b: 124–126). Ne odnosi se na svako neželjeno rođenje. Ne odnosi se na neželjeno rođenje zdravog deteta. Ne odnosi se na neželjeno rođenje deteta sa genetskom anomalijom koja nije ozbiljna i trajna. Ne odnosi se na neželjeno rođenje deteta sa ozbiljnom i trajnom genetskom anomalijom koja je roditeljima kao rizik bila predočena dok je prekid trudnoće bio moguć. Reč je o šteti zbog propuštanja, koja ima trajni karakter.

55 Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 2895/20 od 10. 2. 2021. godine.

56 Vid. čl. 24, st. 2 Zakona o nestalim bebama. 57

Vid. f. 52.

58 Vid. čl. 17 Zakona o nestalim bebama.

59 Vid. čl. 34 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/2015.

4. Nematerijalna šteta u srpskom pravu *de lege ferenda*

Od bivših jugoslovenskih republika, koje su nastavile tradiciju saveznog ZOO iz 1978. godine i usvojile subjektivnu koncepciju nematerijalne štete, Crna Gora i Hrvatska izvršile su određene promene u skorašnjoj normativnoj istoriji. Crnogorski zakonodavac odredio je nematerijalnu štetu kao povredu prava ličnosti, uz zadržavanje pretrpljenih duševnih bolova kao vid nematerijalne štete u posebnim slučajevima, stvarajući jedan mešoviti koncept.⁶⁰ Hrvatski zakonodavac usvojio je objektivnu koncepciju, određujući nematerijalnu štetu kao povredu prava ličnosti, uz isticanje pojedinih slučajeva nematerijalne štete.⁶¹ U uslovima takvih izmena na regionalnom nivou posmatramo i pokret reforme domaćeg građanskog prava.

Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije pojmom neimovinske ili moralne štete određuje povredu prava ličnosti, kao što su pravo na život, zdravlje i telesni integritet, pravo na ljudsko dostojanstvo, slobodu, čast i ugled, stid, lični i porodični mir i druga prava ličnosti predviđena ovim zakonikom, kao i nanošenje drugome fizičkog ili duševnog bola.⁶² Ova formulacija iskazuje predlog usvajanja mešovitog koncepta nematerijalne, odnosno neimovinske ili moralne štete.⁶³ Prilikom uređivanja naknade štete, ova dopunjujuća norma razlikuje satisfakciju (novčanu naknadu) u slučaju povrede prava ličnosti i satisfakciju u slučaju nanošenja bola.⁶⁴ U potonjem slučaju, Prednacrta

60 U slučaju povrede afekcija (smrt ili naročito teški invaliditet bliskog lica, gubitak začetoa a nerođenog deteta) ili izvršenja kažnjive obljuje, oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu za *pretrpljene duševne bolove* (ist. aut.). Vid. čl. 149, 210b i 210v Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, *Sl. list CG*, 47/2008, 4/2011 – dr. zakon i 22/2017.

61 Posebno su istaknuti slučajevi nematerijalne štete u vezi povrede afekcija (smrt ili naročito teški invaliditet bliskog lica, gubitak začetoa a nerođenog deteta) ili u vezi kažnjive obljuje. Vid. čl. 1046, 1101 i 1102 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske, *Narodne novine*, 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022. U nastavku rada, ZOO RH. O iskustvima u primeni novog koncepta nematerijalne štete, vid. Bukovac Puvača, 2015: 161–163, 170–175.

62 Čl. 287, st. 2 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, 28. 5. 2019. Istu formulaciju predviđao je i čl. 296 Nacrta Građanskog zakonika RS iz 2015. godine, vid. Vlada RS, Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, 2015, str. 139.

63 Pojmove nematerijalna, neimovinska i moralna šteta pojedini autori koriste kao sinonime, dok drugi ističu semantičke razlike. Detaljnije o ovoj raspravi, Karanikić Mirić, 2018: 395–396.

64 Čl. 344 i 345 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, 28. 5. 2019.

usvaja vidove nematerijalne štete prema Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. dr Mihajla Konstantinovića iz šezdesetih godina prošlog veka: pretrpljeni fizički bolovi, strah, briga, tuga i drugi duševni bolovi.⁶⁵ Ovakvom formulacijom, Prednacrt strah kategoriše kao duševni bol, što je vidljivo i kroz izostanak navođenja straha kao posebnog vida štete prilikom određivanja pojma neimovinske ili moralne štete.

U odnosu na postojeća rešenja sadržana u ZOO, predloženo je da se krug lica koja imaju pravo na novčanu naknadu u slučaju smrti bliske osobe proširi na dede, babe i unuke, koji su su umrlim delili zajednicu života. Predloženo je uređivanje prava roditelja na novčanu naknadu u slučaju gubitka začetog, a nerođenog deteta.⁶⁶ Predloženo je i uređivanje prava pravnih lica na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete zbog povrede prava ličnosti svojstvenih njihovoj pravnoj prirodi.⁶⁷

Na evropskom nivou primetno je, takođe, predlaganje mešovitih koncepta nematerijalne štete. Principi evropskog odštetnog prava (PETL) određuju štetu kao materijalnu ili nematerijalnu povredu pravno zaštićenog interesa.⁶⁸ Nematerijalna šteta sastoji se u povredi prava ličnosti i procenjuje se prema svim okolnostima slučaja. U slučaju telesne povrede, posebno je istaknuto, ona odgovara bolovima koje lice pretrpi i oštećenju njegovog fizičkog ili mentalnog zdravlja.⁶⁹ Zaključujemo da su PETL usvojili objektivnu koncepciju nematerijalne štete (povreda pravno zaštićenog interesa), uz dodatak subjektivnog koncepta nematerijalne štete u slučaju telesne povrede (bolovi).

65 Zanimljivo je istaći da je Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2015. godine nudio dva rešenja za uređivanje pravične novčane naknade. Jedno od rešenja podrazumevalo je zadržavanje vidova nematerijalne štete prema važećem ZOO. Drugo od rešenja usvojilo je ideju profesora Konstantinovića, koje rešenje je i Prednacrt iz 2019. godine prihvatio. Vlada RS, Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, 2015, str. 153, čl. 359 i 360.

66 Čl. 347 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, 28. 5. 2019. Ista rešenja sadržao je čl. 362 Nacrta Građanskog zakonika RS iz 2015. godine, vid. Vlada RS, Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, 2015, str. 154.

67 Čl. 346 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, 28. 5. 2019. Ista rešenja sadržao je čl. 361 Nacrta Građanskog zakonika RS iz 2015. godine, vid. Vlada RS, Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, 2015, str. 154.

68 Vid. Art. 2:101, European Group for Tort Law, *The Principles of European Tort Law*. U nastavku rada, PETL.

69 Vid. Art. 10:301 PETL.

S druge strane, u Nacrtu zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (DCFR) šteta se definiše kao ekonomski i neekonomskogubitak i povreda interesa zaštićenih Nacrtom, zakonom ili interesa vrednih zaštite.⁷⁰ Neekonomski gubitak ogleda se u bolu, patnji i pogoršanju kvaliteta života.⁷¹ Međutim, određene povrede posebno su definisane. Povreda mentalnog zdravlja predstavlja štetu samo ukoliko je dovela do određenog medicinskog stanja (obolenja).⁷² Povreda prava na poštovanje dostojanstva kao takva predstavlja štetu.⁷³ Zaključujemo da je DCFR usvojio mešovitu koncepciju nematerijalne štete. Subjektivni koncept neekonomskog gubitka (koji može pratiti najrazličitije povrede: davanje pogrešnih informacija, uzdanje u pogrešne savete, povreda poverenja, povreda prava svojine i dr.)⁷⁴ dopunjen je objektivnim konceptom nematerijalne štete usled povrede prava na poštovanje dostojanstva, kao okvira ostalih prava ličnosti.

S pravom se u literaturi ukazuje na nužnost opreza u sprovođenju reformi u oblasti odštetnog prava. Društvene vrednosti koje se štite institutom građanskopravne odgovornosti, iako svojstvene određenoj istorijskoj epohi, suštinska su bit izgradnje čoveka i društva kakvo želimo da izgleda danas i u budućnosti.

5. Zaključak

Pojam nematerijalne štete može biti određen u subjektivnoj ili objektivnoj koncepciji. Dok domaće zakonodavstvo sadrži određenje pojma nematerijalne štete u čistoj subjektivnoj koncepciji, u pogledu pravične novčane naknade, uporedno pravo sadrži primere kombinovanja subjektivne i objektivne koncepcije, te stvaranje jednog mešovitog pojma. Prednacrt Građanskog zakonika, takođe, prati put izbora mešovitog pojma neimovinske ili moralne štete. U savremenim pravnim tokovima živo se vodi rasprava o odnosu subjektivne i objektivne koncepcije nematerijalne štete, kao i kom se treba „privoleti carstvu” u svetlu očekivanih reformi građanskog prava u Srbiji.

70 Vid. Chapter 2, Section 1, VI – 2:101, Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law, Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Munich, 2009, p. 396. U nastavku rada, DCFR.

71 *Ibid.*

72 Vid. Chapter 2, Section 1, VI – 2:201, DCFR, p. 397.

73 Vid. Chapter 2, Section 1, VI – 2:203, DCFR, p. 397.

74 Vid. Chapter 2, Section 1, VI – 2:203–211, DCFR, p. 397–399.

Izbor između objektivne ili subjektivne koncepcije značajno utiče na pojam nematerijalne štete, kao uslova građanskopravne odgovornosti. Prema objektivnoj koncepciji, nanošenje telesne povrede predstavlja nematerijalnu štetu u vidu povrede fizičkog integriteta ličnosti. Povreda samog prava ličnosti (nematerijalnog dobra, nematerijalnog interesa) predstavlja štetu. Prema subjektivnoj koncepciji, nematerijalna šteta postoji samo ukoliko je nanošenjem telesne povrede prouzrokovao fizički ili duševni bol određenog intenziteta i trajanja, odnosno strah određenog intenziteta. Povreda samog prava ličnosti ne predstavlja štetu, no pretrpljeni bol ili strah usled povrede prava ličnosti predstavljaju štetu. Dakle, dok prema objektivnoj koncepciji sama povreda predstavlja štetu, prema subjektivnoj koncepciji štetu čine posledice nanošenja povrede.

Zašto od rimskog prava do danas nematerijalna šteta predstavlja tekuće pitanje društvene zajednice? Zato što su vrednosti koje se kroz nju prelamaju pokazatelji s jedne strane ugroženosti prava i interesa pojedinaca, a s druge strane društvene reakcije na ovu patologiju. Privatnopravna zaštita nematerijalnim interesima pruža se uporedo sa sazrevanjem društva o značaju konkretnog interesa.

Sagledavajući analizirani istorijski put razvoja nematerijalne štete, zaključujemo da su čast i ugled uvek predstavljali interes koji pravo štiti: verbalna iniuria u rimskom pravu, psovanje u srednjovekovnom srpskom pravu, nematerijalna šteta u srpskom pravu od Srpskog građanskog zakonika do danas. Izuzetak predstavlja kratak period s početka nastanka nove Jugoslavije u drugoj polovini XX veka. Svaki period odlikovao se i specifičnim interesima koje je pravo štitilo.

U rimskom pravu smatrano je nepoštenjem da devojka ili žena šetaju u javnosti bez pratioca, te su pokušaji odvođenja njihovog pratioca predstavljali povredu časti i dostojanstva ženske osobe i kao takvi kažnjavani (*iniuria*). Novčana kazna imala je svrhu kažnjavanja štetnika, i na taj način pružanja zadovoljenja oštećenom, što je naročito bilo vidljivo u njenoj visini.

U srednjovekovnoj Srbiji brada je imala poseban značaj za status mu- škarca, pripadnika određenog staleža. Stoga je čupanje brade drugome bilo zabranjeno. Ovaj vid povrede dostojanstva drugog uživao je krivičnopravnu zaštitu, jer na ovom stupnju razvoja srpskog prava, nematerijalne šteta nije imala razvijeni oblik građanskopravnog instituta. Sankcije su bile novčana kazna i telesna kazna. Zaštita koja je pružana odražavala je društvo u kojem se pruža – staleško uređenje,

„rangiranje” kazni, zadovoljenje osećaja osвете oštećenog. Polazeći od krivičnopravne zaštite časti i dostojanstva u srednjovekovnom srpskom pravu do građanskopravne zaštite u savremenom pravu vidljiv je razvoj nematerijalne štete.

U pravu Kneževine Srbije (i potonjih državnih oblika) sudovi su, karakteristično, dosuđivali naknadu štete zbog umanjenih izgleda za dobru udaju (ili dobru ženidbu), ali spornog (ne)materijalnog karaktera štete. Pravni partikularizam u srpskoj državi posle Prvog svetskog rata vodio je različitim mogućnostima ostvarivanja prava na nematerijalnu štetu.

U socijalističkoj Jugoslaviji nematerijalna šteta isprava je negirana, pa prihvaćena. Od usvajanja ZOO do danas, odredbe o nematerijalnoj šteti nisu pretrpele normativne izmene. Specifični slučajevi nematerijalne štete regulisani su posebnim zakonima: zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, zbog neosnovanog lišenja slobode i osuđenja zbog objavljivanja informacija zabranjenih u smislu Zakona o javnom informisanju i medijima, zbog diskriminacije i zlostavljanja na radu, zbog nelojalne tržišne utakmice, zbog povrede prava žiga, u slučaju uzbunjivanja, i dr.

Teški istorijski događaji pravno su vidljivi kroz sudsku praksu o nematerijalnoj šteti. Posle ratova devedesetih godina, dosuđivana je nematerijalna šteta zbog pretrpljenih duševnih bolova na ratištu ili zbog pretrpljenih duševnih bolova usled smrti sinova i kćeri na ratištima. Političko osuđivanje lica u socijalističkom miljeu u dvadeset prvom veku „ispravljeno” je rehabilitacijom i dosuđivanjem nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova usled lišenja slobode. Neizbrisiva mrlja integriteta srpske države i zdravstvenih radnika, oličena u slučajevima „nestalih” beba iz porodilišta, dobila je epilog u vidu dosuđivanja naknade nematerijalne štete zbog povrede prava na porodični život.

U zaključku, nematerijalna šteta predstavlja razvijajući koncept, koji osluškuje puls povređenih društvenih interesa. Kako će biti određen pojam nematerijalne štete i slučajevi u kojima se ona priznaje zavisi od vrednosti kojima društvena zajednica u jednom istorijskom trenutku posvećuju pažnju.

Literatura/References

- Avramović, S. (2014). Srpski građanski zakonik (1844) i pravni transplant – kopija austrijskog uzora ili više od toga?. U Polojac, M. Mirković, Z. Đurđević, M. (ured.). *Srpski građanski zakonik – 170 godina*. Pravni fakultet u Beogradu. 13–46.
- Andrejević, S. Milutinović, Lj. Petrović, Z. (2009). Promena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete. U Vukadinović, R. (prir.). *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. Institut za pravne i društvene nauke. 273–299.
- Andrejević, S. Milutinović, Lj. Petrović, Z. (2009a). Naknada nematerijalne štete: Nove tendencije. U Vukadinović, R. (prir.). *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. Institut za pravne i društvene nauke. 258–272.
- Boras, M. Margetić, L. (1980). *Rimsko pravo*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
- Bujuklić, Ž. (2012). *FORUM ROMANUM. Rimsko država, pravo, religija i mitovi*. Šesto izmenjeno izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Bukovac Puvača, M. (2015). Deset godina nove koncepcije neimovinske štete. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(36). 157–180.
- Vukotić, M. (2020). *Nasledivost prava na naknadu neimovinske štete (doktorska disertacija)*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Izvor: <https://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/17716> 30. 10. 2023.
- Gaj. *Institucije*. Prevod Stanojević, O. (2009). Beograd: Zavod za udžbenike. Eisner,
- B. Horvat, M. (1948). *Rimsko pravo*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
- Jakšić, S. (1953). *Obligaciono pravo, opšti deo*. Sarajevo: Univerzitetsko izdavačko i knjižarsko preduzeće „Veselin Masleša”.
- Jotanović, R. (2014). Pravni status životinja u građanskom pravu. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*. 101–122.
- Karanikić Mirić, M. (2015). Objektivizovanje moralne štete. *Zbornik Matice Srpske za društvene nauke*. 3(2015). 487–503.
- Karanikić Mirić, M. (2016). Istorija ideje o moralnoj šteti u modernom srpskom građanskom pravu. U Đorđe Ignjatović (ur.). *Kaznena reakcija u Srbiji*. VI deo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 183–194.

Karanikić Mirić, M. (2016a). Non-Pecuniary Loss in Serbian Tort Law: Time for a Change in Paradigm?. *SEE / EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers*. Vol. 2. 25–40.

Karanikić Mirić, M. (2016b). Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: osvrt na Zojin zakon. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1/LXIV. 105–131.

Karanikić Mirić, M. (2018). Subjektivna koncepcija neimovinske štete. *Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću, LIBER AMICORUM ALDO RADOLOVIĆ*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. 395–413.

Kršljanin, N. (2012). Staleška nejednakost u kaznenom pravu Dušanovog zakonika. *Strani pravni život*. 3. 41–68.

Marković, Č. (1921). Novčana reparacija moralne štete. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. 2/XI. 81–92.

Marković, Č. (1921a). Novčana reparacija moralne štete. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. 4/XI. 257–279.

Petrović, Z. (1996). *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*. Beograd: Vojna knjiga.

Pešić, N. (1979). Naknada nematerijalne štete. U Petrović, M. (Ured.). *Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima*. Beograd: Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije, Savez udruženja pravnik SR Srbije. 437–461.

Piškuljić, Z. Đerđ, I. (1924). *Osnovi privatnog prava u Vojvodini*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.

Savčić, S. (2022). O novčanoj naknadi neimovinske štete pravnom licu u srpskom pravu – prilog reformi odštetnog prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3. 767–793.

Stanković, O. (1998). *Naknada štete: Novčana naknada neimovinske štete, Naknada za pojačane napore i za umanjeње životne aktivnosti, Naknada imovinske štete, Naknada štete u obliku rente*. Beograd: Nomos.

Stanković, O. (1978). Naknada štete. U *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*. 2. tom. Beograd: Službeni list SFRJ. 269–335.

Stanković, R. (1956). O nematerijalnoj šteti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 4/IV. 483–490.

Stojanović, D. (1980). Članovi 199–201. U Perović, S. Stojanović, D. (Redak.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Knjiga prva. Kulturni centar u Gornjem Milanovcu, Pravni fakultet u Kragujevcu. 597–605.

Toroman, M. (1983). Članovi 185–209. U Blagojević, B. Krulj, V. (Redak.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Drugo izdanje. Beograd: Savremena administracija. 629–757.

Hrvić, G. (2014). Pojam štete i naknade štete po odredbama Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine. *Zbornik radova znanstvenog skupa „Austrijski građanski zakonik (1811–2011)“*. Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli. Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku. 53–72.

Cvetković, M. (2020). *Uzročna veza u odštetnom pravu*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Pravni propisi:

Austrijski građanski zakonik. (1906). Arandelović, D. (Prevod). Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.

Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu građanskog zakonika. (2015). *Građanski zakonik Republike Srbije. Radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima*. Beograd.

Građanski zakonik za Knjažestvo Srbiju. (1873). Beograd: Državna knjigopečatnja.

Zakon o autorskom i srodnim pravima. *Službeni glasnik RS*. Br. 104. 2009. Br. 99. 2011. Br. 119. 2012. Br. 29. 2016. Br. 66. 2019.

European Group for Tort Law. *The Principles of European Tort Law*. Izvor: <http://www.egtl.org/materials.html> 21. 7. 2023.

Zakon o žigovima. *Službeni glasnik RS*. Br. 6. 2020.

Zakon o zabrani diskriminacije. *Službeni glasnik RS*. Br. 22. 2009. Br. 52. 2021.

Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. *Službeni glasnik RS*. Br. 40. 2015.

Zakon o zaštiti uzbunjivača. *Službeni glasnik RS*. Br. 128. 2014.

Zakon o javnom informisanju i medijima. *Službeni glasnik RS*. Br. 83. 2014. Br. 58. 2015. Br. 12. 2016.

Zakon o obveznim odnosima Hrvatske. *Narodne novine*. Br. 35. 2005. Br. 41. 2008. Br. 125. 2011. Br. 78. 2015. Br. 29. 2018. Br. 126. 2021. Br. 114. 2022. Br. 156. 2022.

Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list CG*. Br. 47. 2008. Br. 4. 2011. Br. 22. 2017.

Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*. Br. 29. 1978. Br. 39.1985. Br. 45. 1989. Br. 57. 1989. *Službeni list SRJ*. Br. 31. 1993. *Službeni list SCG*. Br. 1. 2003. *Službeni glasnik RS*. Br. 18. 2020.

Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti. *Službeni glasnik RS*. Br. 8. 2015.

Zakon o rehabilitaciji. *Službeni glasnik RS*. Br. 92. 2011.

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. *Službeni glasnik RS*. Br. 33. 2006. Br. 13. 2016.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 36. 2010. Zakon o trgovini. *Službeni glasnik RS*. Br. 52. 2019.

Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji. *Službeni glasnik RS*. Br. 18. 2020.

Zakonik o krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 72. 2011. Br. 101.2011. Br. 121. 2012. Br. 32. 2013. Br. 45. 2013. Br. 55. 2014. Br. 35. 2019. Br. 27. 2021. Br. 62. 2021.

Zakonik Stefana Dušana. (1870). Novaković, S. (Prevod). Beograd: Državna štamparija.

Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru. (1898). Cetinje: Državna štamparija.

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije. (28. 5. 2019) Izvor: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html 30. 10. 2023.

Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law. (2009). *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*. Munich.

Sudske odluke:

Odluka Vrhovnog suda Jugoslavije Rev 277/66. Izvor: Perović, Stojanović, 1980: 602.

Savetovanje Saveznog suda, vrhovnih sudova Republike Srbije i Republike Crne gore, Vrhovnog vojnog suda i Višeg privrednog suda u Beogradu od 4. 12. 1996. godine. Glosarijum. Br. 3 (mart). 1997. Beograd.

Presuda Vrhovnog suda NR Hrvatske IG br. 946/47 od 20. 5. 1947. godine. Izvori: Petrović, 1996: 16, f. 9. Pešić, 1979: 439.

Presuda Vrhovnog suda NR Slovenije presudi Gžž 5/1950 od 2. 2. 1950. godine. Izvor: Petrović, 1996: 16.

Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev 2325/95 od 5. 6. 1995. godine. Izvor: Glosarijum. Br. 5 (maj). 1996. Beograd.

Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž 1119/05 od 21. 7. 2005. godine. Izvor: Stanojčić, G. (2020). Praktikum za primenu Zakona o obligacionim odnosima, Beograd: Poslovni biro. 232.

Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 64/2011 od 19. 1. 2011. godine. Izvor: Stanojčić, 2020: 232.

Presuda Višeg suda u Požarevcu Gž 132/2013 od 16. 12. 2013. godine. Izvor: Stanojčić, 2020: 229.

Presuda Višeg suda u Požarevcu Gž 75/2015 od 26. 1. 2015. godine. Izvor: Stanojčić, 2020: 228.

Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž 5806/2017 od 15. 3. 2018. godine. Izvor: Stanojčić, 2020: 227.

Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 77/18 od 29. 3. 2018. Izvor: Glosarijum. Br. 3 (mart). 2020. Beograd.

Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 2470/18 od 15. 5. 2018. Izvor: Glosarijum. Br. 3 (mart). 2019. Beograd.

Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 4892/2018 od 30. 8. 2018. godine. Izvor: Stanojčić, 2020: 226.

Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 6037/17 od 30. 8. 2018. Izvor: Glosarijum. Br. 1 (januar). 2020. Beograd.

Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 5288/17 od 12. 6. 2018. Izvor: Glosarijum. Br. 6 (jun). 2019. Beograd.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 4449/18 od 2. 10. 2019. Izvor: Glosarijum. Br. 9–10 (septembar-oktobar). 2020. Beograd.

Presuda Višeg suda u Čačku Gž 146/20 od 7. 10. 2020. Izvor: Glosarijum. Br. 4 (april). 2021. Beograd.

Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 2895/20 od 10. 2. 2021. godine. Izvor: <https://www.vk.sud.rs/sr/sudska-praksa> 30. 5. 2023.

Jovanović protiv Srbije, predstavka br. 21794/08, presuda od 26. 3. 2013. godine. Izvor: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118276> 30. 5. 2023.

Bojana Arsenijević, LL.M.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

NON-PECUNIARY DAMAGE AS AN EXPRESSION OF PROTECTION OF SOCIAL VALUES

Summary

The paper examines the development of non-pecuniary damage and the accepted concepts of non-pecuniary damage, in light of protection of social values. While the protection of material goods entails the obligation to compensate the injured party for material (pecuniary) damage, the protection of immaterial (intangible) goods has always given rise to opposed views. In the earlier stages of the development of law, the principle of talion (lex talionis) provided for observance of one's physical integrity; however, its application did not ensure the compensation of the injured party (except for the feeling of satisfaction embodied in revenge) but the punishment of the tortfeasor. On the other hand, the psychological (emotional) harm inflicted on a human being was not a protected legal interest due to the common belief that non-pecuniary damages could not compensate for this injury.

The development of legal thought provided a firm foothold for the protection of intangible interests. The next step involved determining the scope of the concept of non-pecuniary damage. In the collision of subjective and objective conceptions on non-pecuniary damage, legislators opted for one of the approaches, or a mixed concept. Ultimately, the acceptance of a specific conceptual framework sets the course in the protection of social values that the legal system seeks to uphold by instituting non-pecuniary damage.

The Serbian Civil Obligations Act defines non-pecuniary damage as inflicted physical pain, psychological pain or fear (subjective conception), arising from quantifiable injuries to one's intangible interests (harm caused to one's body, honor or reputation, loss of a loved one, etc.) (Articles 155 and 200). Article 199 of this Act also recognizes harm to personality rights (objective conception). The observed shortcomings inspired the Croatian and Montenegrin legislators to amend their civil obligations acts by introducing personality rights in the conceptual framework of non-pecuniary damage, which is in compliance with the Principles of European Tort Law (PETL). Although both the subjective and the objective conception essentially seek to embrace the same intangible interests, different approaches consequently lead to different scopes of protection. The Draft Civil Code of the Republic of Serbia contains a proposal for instituting a mixed concept, whereby non-pecuniary damage

is defined as an infliction of physical harm or psychological pain, and a violation of personality rights. The principle of legal certainty calls for a cautious approach in proposing and implementing changes in domestic tort law.

Keywords: *subjective conception, objective conception, iniuria, medieval law, SFRY tort law.*

Dr Saša Knežević*,
 Redovni profesor,
 Pravno fakultet Univerziteta u Nišu,
 Republika Srbija

UDK: 343.9:929 Konstantinović-Vilić, S.

IN MEMORIAM

Poštovana porodico Vilić, uvaženi dekane Pravnog fakulteta u Nišu, poštovane kolegice i kolege-pripala mi je teška i tužna dužnost da se u ime Katedre za krivičnopravne nauke oprostim od naše dugogodišnje profesorke, šefa i zamenika šefa Katedre, moje profesorke sa osnovnih i poslediplomskih studija-Slobodanke Konstantinović-Vilić.

Delikatnost moje pozicije ne proizilazi samo iz tužnog povoda za ovo obraćanje, već i iz činjenice da prof. Vilić nije bila pristalica krupnih reči, patetike, a pogotovo ne reflektora javnosti uperenih u njen profesionalni i lični život. Stoga svaku svoju reč sagledavam kroz prizmu njene hipotetičke procene validnosti ovih mojih reči.

Životni put profesorke Slobodanke Konstantinović-Vilić, zanjojbliške ljude-Bobe, započeo je 4.11.1948. u Prokuplju. Pravni fakultet upisala školske 1967/68, a diplomiralajula 1971. godine. U toku studija, za pokazani uspeh u studiranju, višestruko je nagrađivana od Fakultet ai Univerziteta. Poslediplomske studije na smeru za Krivično pravo upisala školske 1975/76 godine. Akademski stepen magistra pravnih nauka-Krivično pravo stekla je 25. 09. 1980. godine, odbranivši magistarsku tezu „Delinkvencija maloletnica“. Naučni stepen doktora pravnih nauka-Krivično pravo stekla je 23. 11. 1984 godine odbranom doktorske disertacije „Žene ubice.“

Profesionalna karijera profesorke Konstantinović-Vilić započela je nedugo po diplomiranju, i to u pravosuđu. Najpre je radila kao pripravnik u Okružnom sudu u Nišu, a kasnije kao sudija Osnovnog suda od decembra 1973 do 1976. godine.

Svoju profesionalnu sudbinu trajno vezuje za ovaj kolektiv-Pravni fakultet u Nišu, počev od 1976. godine. Odlukom Saveta Pravnog fakulteta u Nišu iz februara te godine, i rešenjem dekana donetog u martu iste godine, izabrana je za asistenta pripravnika za predmet Kriminologija sa penologijom. Prvog maja 1976. godine zasniva radni odnos na Pravnom

* sknez@prafak.ni.ac.rs

fakultetu. Nakon saradničkih zvanja, prvo nastavničko zvanje docenta stekla je 6.5 1985. odine. Saobrazno akademskim pravila, sticala je i viša nastavnička zvanja, napose i najviše zvanje-redovni profesor. Aktivna profesionalna služba na Pravnom fakultetu u Nišu prestala je odlaskom u penziju 25.1.2 2013. godine. Radni odnos joj prestaje na sopstveni zahtev, nekoliko meseci pre zakonskog roka, sa prećutnom porukom-njoj svojstvenom-svima nama koji smo ostali u ovom kolektivu.

Naučni opus prof. Slobodanke Konstantinović-Vilić usmeren je na izučavanje tema iz oblasti Kriminologije, Penologije, Kriminalne politike i napose Viktimologije. Njen naučnoistraživački rad sistematizovan je kroz sagledavanje fenomena i etiologije maloletničkog prestupništva, položaja žena kao izvršilaca-ali i žrtava, krivičnih dela porodičnog kriminaliteta, krivičnopravne dimenzije položaja dece i drugih ranjivih kategorija stanovništva. Njena doktorska disertacija, koja je kasnije i javno publikovana, nastala je, ne samo kao rezultat teorijske opservacije zadate teme, već je i plod sveobuhvatnog empirijskog istraživanja svih pripadnica nežnijeg i lepšeg pola koje su bile na izdržavanju zatvorske kazne zbog počinjenog ubistva u svim penitencijarnim ustanova tadašnje, sa ove distance posmatrano, naše velike države. Kasnije, tokom svog naučnoistraživačkog i pedagoškog rada, naša profesorka je mlađim kolegama ukazivala na značaj empirijskog istraživanja kao dela svukupnog naučnoistraživačkog rada.

Profesorka Slobodanka Konstantinović-Vilić je jedan od začetnika naučne obrade polno (danas bi se reklo rodno) inspirisanog nasilja. Reč je o vidu kriminaliteta koji tek ovih godina dobija adekvatno mesto u krivičnopravnoj nauci. Teme koje je proteklih decenija, kao preteča savremene kriminološke misli, naučno obrađivala profesorka Konstantinović-Vilić, tek u današnje doba dobijaju puni naučni legitimitet. Krug svog naučnog istraživanja započela obradom nasilništva žena, a zatvorila sagledavanjem žena kao žrtava nasilja.

Višedecenijski pedagoški rad profesorke protekao je bez ijedne mrlje. Oni, zbog kojih smo smi mi ovde u kolektivu-naši studenti, nisu imali osnova za primedbe na način na koji ih je ona podučavala znanjima iz oblasti Kriminologije i Penologije, a pogotovo ne za valorizaciju znanja pokazanog na ispitima.

Profesorka Slobodanka Konstantinović-Vilić je utemeljivač Viktimi- logije, kao posebne kriminološke discipline. Time su u naučnoj javnosti širom otvoreni horizonti za sveobuhvatno sagledavanje žrtve krivičnih dela, kao značajnog subjekta u postupku ostvarivanja krivičnopravne

zaštite društvenih vrednosti. Profesorka je i jedan od osnivača Viktimološkog društva Srbije.

Aktivnosti naše profesorke se nisu isključivo ograničavale na teoretsko sagledavanje fenomena koji su bili u fokusu njenih istraživanja. Profesorka se uključuje u osnivanje i rad prvog SOS telefona za žene i decu žrtve nasilja u širem regionu jugoistočne Srbije. Aktivna je u okviru društvenih organizacija formiranih za pružanje pomoći kategorijama stanovništva ugroženih od nasilničkih delikata. Njen aktivan rad nije prestao ni odlaskom u penziju. Koautorski istraživački rad „Društveni i institucionalni odgovor na femicid“ publikovan je 2019. Godine, dakle šest godina nakon prestanka radnog odnosa. Isto tako, i monografska publikacija „Nasilje prema ženama i deci u javnom prostoru“, kao rezultat istraživanja profesorke Konstantinović- Vilić sa svojim kolegicama sa našeg Fakulteta, ali i sa drugih naučnoistraživačkih adresa, ukazuje na višedecenijski kontinuirani rad profesorke kao strastvenog pregaoca kriminološke misli.

Svoje slobodno vreme koristila je za posete kulturnim priredbama. Bila je ljubitelj i poznavalac rokenrola-muzike njene, ali i mladosti mnogih drugih, ali i drugih vrsta muzike. Njen profesionalni angažman je bio komplementaran sa porodičnim obavezama. Nije dozvolila da joj brojne profesionalne i društveno odgovorne obaveze otežaju porodično funkcionisanje i nesebičnu posvećenost najbližima-kćeri Vidi i suprugu Mići, što nije nimalo lako našim kolegicama na vetrometini usklađivanja punog kapaciteta privatnog i profesionalnog funkcionisanja. Njena mirnoća, skromnost, odsustvo povišenih tonova u konverzaciji, ljubaznost i odsustvo želje za ulazak i produkciju konflikta, kao i učešće u konfliktima, trajno su obeležili višedecenijsko prisustvo profesorke u aktivnostima Katedre i drugih organa Fakulteta.

Kažu mudri ljudi da život čoveka prestaje kad nestane sećanje na njega. Profesorka Slobodanka Konstantinović-Vilić će trajno ostati u sećanjima njenih najmilih, kao i u sećanjima brojnih kolega i prijatelja. Njen naučni opus sadržan u bibliografiji krivičnopravnih nauka ostaće trajan putokaz mladim istraživačima.

Porodici još jednom izražavam saučešće. U ime Katedre za krivično- pravne nauke, i u svoje ime, zahvaljujem profesorci na višedecenijskom ispisivanju istorije Katedre za krivičnopravne nauke Pravnog fakulteta u Nišu.

Slava joj!

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman. Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Keywords).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62.2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-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</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latiničnih navoda), veličina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	Naslov rada kucati veličinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči 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 slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfu/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUČNE REČI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez 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)	Fusnota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omjudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodjenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format; paper size A4; font <i>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</i> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font <i>Times New Roman</i> , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <i>Guidelines for Authors</i> .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp