

STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

ČASOPIS STUDIA IURIDICA MONTENEGRINA

Glavni i odgovorni urednik prof. dr Zoran Stojanović
(Editor-in-Chief)

Redakcija prof. dr Zoran Stojanović (Podgorica)
(Editorial Board) prof. dr Olivera Vučić (Beograd)
prof. dr Vilim Bouček (Zagreb)
prof. dr Slobodan Panov (Beograd)
prof. dr Marko Petrak (Zagreb)
prof. dr Davorin Lapaš (Zagreb)
prof. dr Marija Karanikić Mirić (Beograd)

Izdavački savjet akademik Dragan K. Vukčević, predsjednik
(Editorial Council) akademik Đorđije Borozan
akademik Viljem V. Smirnov
prof. dr em. Mihajlo Dika
prof. dr Budimir P. Košutić
prof. dr Miodrag Orlić

Sekretar mr Andrej Bracanović
(Secretary of Editorial Board)

Dizajn Jovana Stojanović
(Design)

Priprema za štampu Bojan R. Popović
Prepress Medeon, Podgorica

Izdavač FPN UDG
Publisher Ul. Oktoih br. 1
Podgorica
e-mail: sim@udg.edu.me

Časopis izlazi dva puta godišnje

SADRŽAJ

ZORAN STOJANOVIĆ

Uvodna riječ Glavnog i odgovornog urednika /5/

ČLANCI:

BUDIMIR KOŠUTIĆ

Perspektive zaštite socijalnih prava u Evropi /9/

ZORAN STOJANOVIĆ

Illicit enrichment of public officials
as a criminal offence? /23/

STEVAN LILIĆ

Izvori upravnog prava u Crnoj Gori /35/

DAVORIN LAPAŠ

Diplomatic privileges and immunities for international
non-governmental organizations (ingos): a step towards
a new diplomatic law? /53/

VUK RADOVIĆ

Ultra vires doktrina i pravna sposobnost privrednih društava /75/

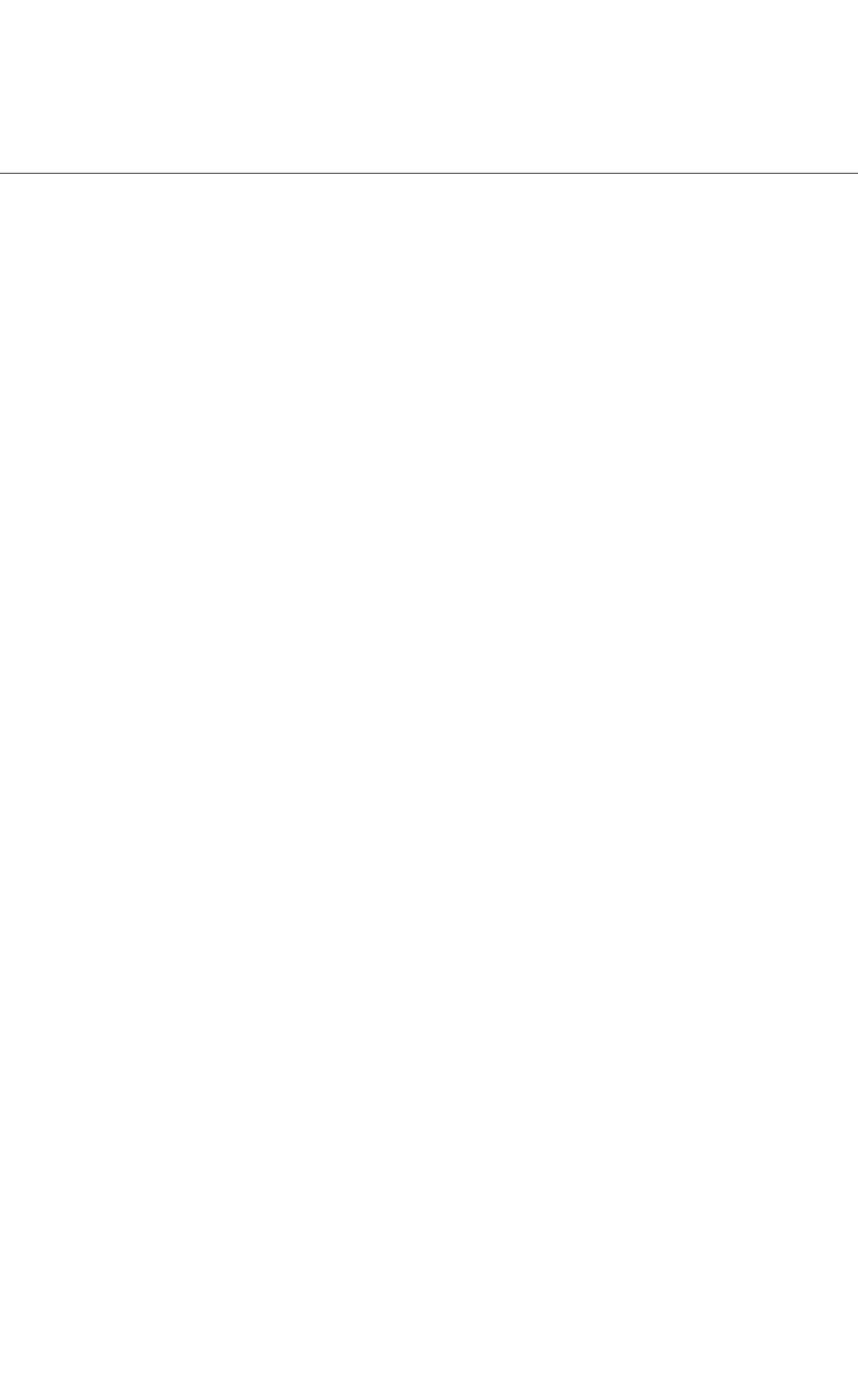
MILICA KOVAČ-ORLANDIĆ

Fleksibilizacija radnog prava — izazovi i granice /89/

PRIKAZI:

ANDREJ BRACANOVIĆ

Prof. dr Nevenka Bogojević-Gluščević,
Statut grada Skadra iz prve polovine XIV vijeka
sa dodacima, završno sa 1461. godinom /107/



Uvodna riječ Glavnog i odgovornog urednika

Pred čitaocima je prvi broj časopisa čiji je izdavač Fakultet pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica. Zadatak univerziteta i svakog fakulteta je da, osim djelatnosti u sferi visokog obrazovanja, doprinese i razvoju naučne misli. Ostvarenju tog cilja služi i izdavanje sopstvenih naučnih publikacija, posebno časopisa.

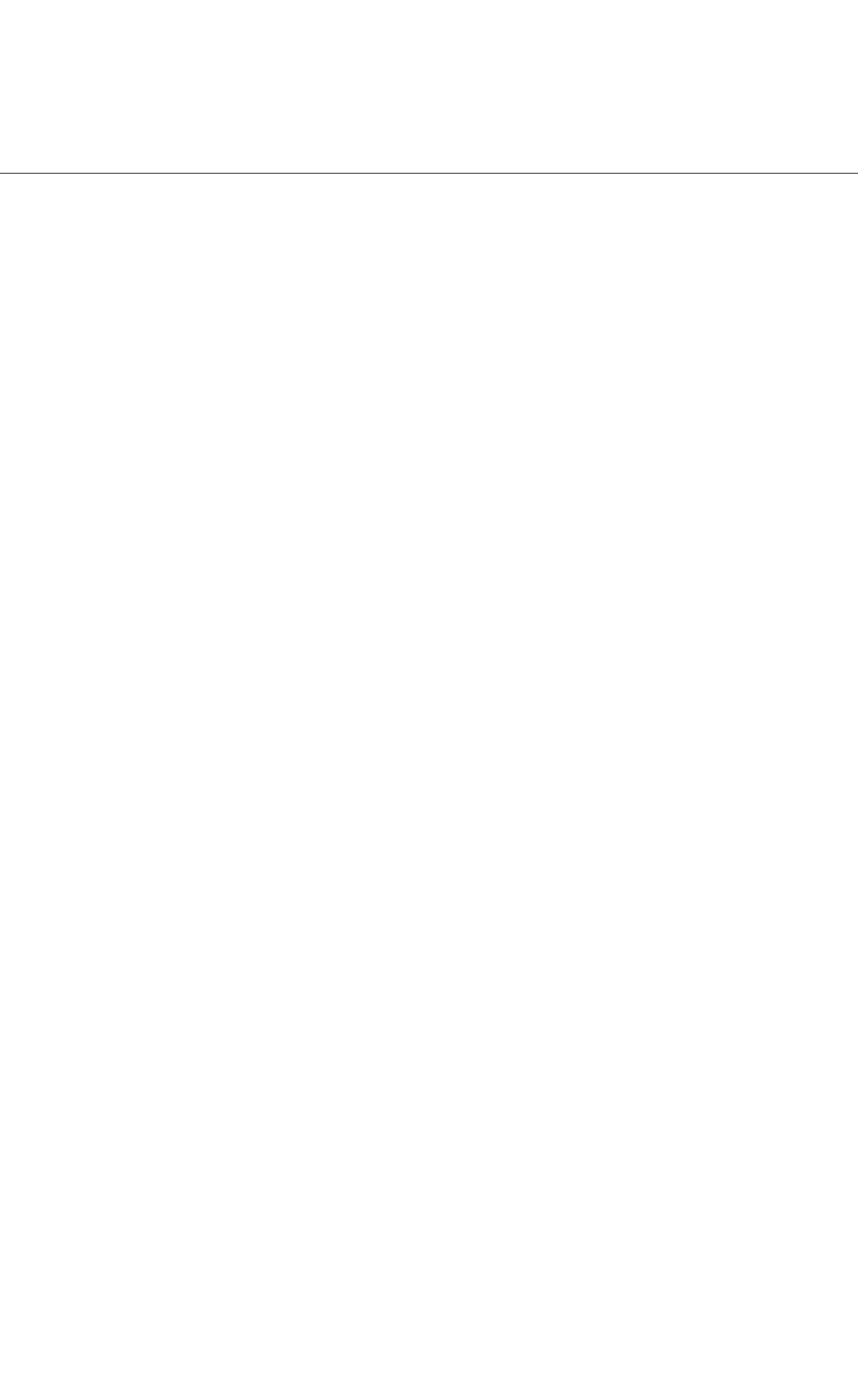
Preko časopisa fakultet se još potpunije integriše u naučnu zajednicu i ostvaruje komunikaciju sa njenim članovima. Iako se taj cilj ostvaruje i organizovanjem naučnih skupova, radom na naučno-istraživačkim projektima kao i drugim aktivnostima, časopis bi trebalo da bude centar kontinuiranog naučnog djelovanja onih koji žele da daju doprinos naučnoj disciplini kojom se bave. Naravno, to ne moraju biti samo nastavnici i saradnici Fakulteta pravnih nauka UDG za koje se podrazumijeva da će saradivati u časopisu fakulteta na kojem djeluju.

Jedna od osnovnih uređivačkih orijentacija biće nastojanje da se pridobije što više saradnika van granica Crne Gore i van kruga onih koji su i inače vezani za djelatnost fakulteta. Nauka, pa i pravna nauka, ima univerzalni karakter i postavljanje bilo kakvih granica u tom pogledu nije poželjno. Zato i naziv časopisa treba shvatiti uslovno. Atribut „montenegrina” treba shvatiti prije svega tako što on označava časopis koji izlazi u Crnoj Gori, a ne tako što će se on baviti samo temama od značaja za crnogorsko pravo. Podrazumijeva se da časopis jeste zainteresovan za teme koje su od značaja za dalji razvoj crnogorske pravne misli. Ali, ako je tema značajna kao takva, ona ne može biti bez značaja za pravo i pravnu misao u Crnoj Gori.

Redakcija se nada da časopis može da doprinese i neprekidnom porastu razumijevanja i saznavanja, postizanju povezanosti i neprestanom usavršavanju duhovnog života u težnji ka ostvarivanju sve cjelovitijeg i potpunijeg saznavanja sve složenijeg svijeta pravnih normi i onoga što one regulišu. Pri tome, ta povezanost i zajednička težnja ni u kom slučaju ne smije da prenebregne i ugrozi individualnost naučnog stvaralaštva.

Časopis će izlaziti dva puta godišnje. On je zamišljen kao pravni časopis opšteg tipa u kojem bi bili objavljivani prilozi sa područja svih pravnih i srodnih nauka. Redakcija izražava nadu da će se u njemu naći originalni prilozi koji će predstavljati doprinos pojedinim pravnim disciplinama, te koristi ovu priliku da pozove autore na saradnju.

Prof. dr Zoran Stojanović



ČLANCI



Perspektive zaštite socijalnih prava u Evropi

U međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava i sloboda ustanovljena je dihotomija ljudskih prava i sloboda. Jedna su svrstana u građanska i politička prava a druga u ekonomska, socijalna i kulturna prava. Pri tom su „građanska i politička prava” pravno i politički privilegovana u odnosu na „socijalna, ekonomska i kulturna prava”. Građanska i politička prava stekla su ustavni status i kao subjektivna prava zaštićena su neposrednim pravnim sredstvima (ustavnosudska zaštita ovih prava). Obrnuto, ekonomska i socijalna prava shvataju se kao programski ciljevi a ne kao individualna subjektivna prava. U središtu ekonomskih i socijalnih prava je socijalna pravda, a za njeno ostvarivanje ne postoji preterani interes u savremenom neoliberalnom kapitalizmu.

Savet Evrope i Evropska unija pokazali su više razumevanja za ekonomska i socijalna prava u odnosu na SAD i UK. Izrađene su Evropska socijalna povelja, Protokol uz ovu Povelju i Revidirana socijalna povelja. Evropskom komitetu za socijalna prava priznata su određena ovlašćenja u zaštiti ekonomskih i socijalnih prava, ali ta su ovlašćena mnogo uža od ovlašćenja Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti građanskih i političkih prava.

Povelja Evropske unije o osnovnim pravima prihvatila je načelo o univerzalnosti i nedeljivosti ljudskih prava i sloboda. Ipak, Povelja nije ostala do kraja dosledna principu nedeljivosti ljudskih prava razlikujući „prava” i „principe”. „Principi” se ne mogu ostvarivati tužbom pred nacionalnim sudovima dok „prava” mogu. „Principi” sadrže po pravilu socijalna prava, a „prava” građanska i politička prava.

Kako se u Evropskoj uniji ispoljavaju određeni negativni ekonomski trendovi, institucije Evropske unije pokušavaju da iznađu rešenja za ove probleme. Jedno od njih je proglašenje Evropskog stuba socijalnih prava. Njegovi tvorci se nadaju da će, iako pravno neobavezni akt u ovom trenutku, doživeti sudbinu Povelje Evropske unije o osnovnim pravima, koja je od neobavezne deklaracije iz 2000. godine postala pravni akt iste pravne snage sa Ugovorom o Evropskoj uniji i Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije. U evropskoj pravnoj teoriji osnovano se ukazuje da je njeno donošenje pre alibi nego napredak prava.

Ključne reči: dihotomija ljudskih prava i sloboda, univerzalnost i nedeljivost ljudskih prava, subjektivna prava, programska načela, međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

* Redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica u Podgorici. Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (u penziji).
email: budimir@iuc.ac.bg.rs

Užasi Drugog svetskog rata podstakli su rad na zaštiti ljudskih prava i sloboda u okviru novoustanovljene Organizacije Ujedinjenih nacija i brojnih regionalnih međunarodnih organizacija. U procesu izrade međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava i sloboda uspostavljena je kategorizacija ljudskih prava i sloboda. Određena prava su svrstana u građanska i politička, a druga u ekonomska, socijalna i kulturna prava. Ta kategorizacija ljudskih prava i sloboda (tzv. dihotomija ljudskih prava i sloboda) izražena je i u nazivima instrumenata koji su usvojeni u Ujedinjenim nacijama: Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine.

Iako kategorizacija ljudskih prava i sloboda u te dve grupe ne može biti čisto izvedena (pravo na privatnu sferu, sloboda udruživanja, pravo svojine, pravo na obrazovanje mogu se svrstati u obe kategorije), istorija međunarodnog pokreta za ljudska prava u poslednjih sedamdeset godina svedoči da su „građanska i politička prava” pravno i politički privilegovana u odnosu na „ekonomska i socijalna prava”. Građanska i politička prava, tradicionalno shvaćena kao negativna sloboda od državne intervencije, stekla su ustavni status i kao subjektivna prava zaštićena su neposrednim pravnim i sudskim sredstvima. Titular određenog građanskog ili političkog prava može se neposredno tužbom obratiti nadležnom sudu (ili drugom organu) za njegovu zaštitu. Obrnuto, ekonomska i socijalna prava, tzv. prava druge generacije, shvataju se kao programski ciljevi a ne kao individualna subjektivna prava i pretežno se uživaju kolektivno a ne individualno.¹ Pošto ostvarivanje tih prava zahteva veće materijalne izdatke i vezano je za pitanje redistribucije ekonomskih sredstava, nije čudno što je izazvalo jaku političku i ideološku opoziciju. U središtu ekonomskih i socijalnih prava je ekonomska i socijalna pravda, a za njeno ostvarivanje ne postoji preterani interes u liberalnom kapitalizmu.

Ovakav pristup ekonomskim i socijalnim pravima neguje se u angloameričkom svetu i nije stoga ni malo iznenađujuće što SAD još uvek nisu ratifikovale Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Istina, administracija bivšeg predsednika SAD, Kartera, je potpisala ovaj Pakt 1979. godine ali ga nije podnela na ratifikaciju Senatu. To nije učinila ni Reganova administracija sa obrazloženjem da nije reč o subjektivnim pravima već programskim načelima koja, po svojoj prirodi, ne zahtevaju ni ugovorno regulisanje ni ratifikaciju. Administracije Buša Mlađeg i Baraka Obame nisu hteli da se upuštaju u raspravu o ratifikaciji Međunarodnog pakta o

¹ Grainne de Burca, “The Future of Social Rights Protection in Europe” u G. de Burca and Bruno de Witte (ed), *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005, str. 3; Branko A. Lubarda, *Radno pravo*, Beograd, 2012, str. 197 i sl.

ekonomskim i socijalnim pravima u Senatu, dok je sadašnja Trampova administracija potvrdila argumentaciju Reganove administracije. Kakvo je stanje po ovom pitanju u Evropi?

I

Ustavi savremenih evropskih država sadrže odredbe o zaštiti obe kategorije ljudskih prava i sloboda. Naravno, veća pažnja i viši stepen zaštite je dat građanskim i političkim pravima nego ekonomskim i socijalnim. S druge strane, na evropskom nivou, u okviru evropskih integracija, izrađene su povelje o zaštiti građanskih i političkih prava i ekonomskih i socijalnih prava. U ovom momentu, poseban značaj u zaštiti ekonomskih i socijalnih prava imaju Savet Evrope i Evropska unija. Evolucija u ostvarivanju ljudskih prava i sloboda u obe ove međunarodne organizacije (klasičnoj kao što je Savet Evrope i supranacionalnoj kao što je Evropska unija) pokazuje da su građanska i politička prava imala i da imaju viši stepen zaštite od ekonomskih i socijalnih prava. To se vidi kako iz vremena usvajanja, tako i sadržine odgovarajućih instrumenata za zaštitu ljudskih prava i sloboda (Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Evropske socijalne povelje u Savetu Evrope odnosno u priznanju tih akata u pravnom poretku Evropske unije).

Savet Evrope je osnovan maja 1949. godine potpisivanjem Statuta organizacije od strane deset zapadnoevropskih država. Kasnije su se pridružile još pet država. Ukidanjem blokovske podele sveta (1989. godine, kad se verovalo da će i NATO slediti sudbinu Varšavskog pakta), Savet Evrope je prerastao u organizaciju celog evropskog kontinenta. Član 3 Statuta Saveta Evrope obavezao je države ugovornice da prihvate načelo vladavine prava i da svakom građaninu u svojoj nadležnosti omoguće uživanje ljudskih prava. U okviru Saveta Evrope počeo je rad na izradi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda. Namera je bila da se zaključi jedan pakt protiv totalitarizma u svetu koji je u tom momentu Vinston Čerčil opisao kao slobodan svet i svet iza gvozdene zavese. Srećom, Konvencija je, zahvaljujući smelosti određenog broja učesnika u njenoj izradi, postala više od onog što su njeni neposredni tvorci želeli, postala je povelja o zaštiti građanskih i političkih prava u Evropi.² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisana je u Rimu 4. novembra 1950. godine od strane 11 zapadnoevropskih država. Nešto kasnije potpisale su je još tri države i pokrajina Sar. Stupila je na snagu ratifikacijom od strane 10 država potpisnica, a to se zbilo 3. septembra 1953. godine.

Tekst prvobitne Konvencije sadržao je, gotovo u celosti, građanska i politička prava. Dodatnim protokolima uključena su i određena

² Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 26 i sl.

socijalna prava (Protokolom broj 1 uz Konvenciju priznato je pravo svojine i pravo na obrazovanje) Stoga, nije sadržaj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda dovoljan da se ostvari u društvu socijalna pravda, ali je nezaobilazan za uspostavljanje demokratske pravne i parlamentarne demokratske države. Konvencija je donela dve velike novine: ustanovila je Evropski sud za ljudska prava za zaštitu ljudskih prava na čitavom evropskom kontinentu i omogućila je građaninu — pojedincu da se obrati tom Sudu i kad se žali na postupak države čiji je državljanin ili rezident.³ Drugim rečima, iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, za razliku od Evropske socijalne povelje, proističu subjektivna prava pojedinca. Ta subjektivna prava individualnog lica su upravljena protiv države ugovornice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, a ne protiv drugih privatnih lica, na primer protiv privatnog poslodavca (ne postoji, prema tome, neposredno pravno dejstvo prema trećem licu).⁴

U Savetu Evrope je uočena potreba da se donese i konvencija o zaštiti ekonomskih i socijalnih prava. Ta konvencija rađena je prema modelu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ipak, i pored načelne saglasnosti o nedeljivosti ljudskih prava i sloboda, u Evropskoj socijalnoj povelji tu nedeljivost nije bilo moguće ostvariti. Evropska socijalna povelja potpisana je u Torinu 1961. godine, a nakon ratifikacije od strane potrebnog broja država, stupila je na snagu 1965. godine. U delu I Evropske socijalne povelje strane ugovornice prihvataju kao cilj svoje politike postizanje uslova u kojima 19 prava i principa mogu biti delotvorno ostvareni, a u delu II Povelje države ugovornice prihvataju da preuzmu obaveze koje su navedene u članovima i stavovima koji slede u tom delu, na način predviđen u delu III Povelje (tzv. „Menü Prinzip” ili „pick and choose” princip). Izdvojeno je, po značaju sedam prava, a države ugovornice su dužne da se pri ratifikaciji Povelje izjasne o najmanje pet od tih sedam prava koje prihvataju (samo ta prava država je dužna da ostvari).

Evropska socijalna povelja ne garantuje pojedincima nikakva subjektivna prava na koja se ona mogu pozvati pred nacionalnim sudovima ili drugim državnim organima (organima uprave). Ta prava su zaštićena kontrolnim mehanizmom predviđenim u članovima 21 i 25 Evropske socijalne povelje, ali se taj mehanizam pokazao kao dosta slab (države ugovornice podnose svake druge godine izveštaj o ostvarivanju odredaba na koje su se obavezale, taj izveštaj razmatra Evropski komitet za socijalna prava, a Komitet ministara može dati preporuke državi za koju je ocenjeno da nije ispunila preuzete obaveze).⁵

³ Dragoljub Popović, isto delo, str. 27

⁴ Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, C. H. Beck, München 2016, str. 13 i sl.

⁵ Te preporuke nemaju obaveznu snagu a Abbo Junker ukazuje da je najveći deo tih preporuka upućenih Nemačkoj u poslednjih pedeset godina, Vlada Nemačke obrazloženo odbacila; Abbo Junker, isto delo, str. 12 i sl.

U sedmoj i osmoj deceniji 20. veka zbile su se neverovatne promene u Evropi. Bilo je očigledno da je Evropska socijalna povelja malo zapaženi instrument, dok se Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pridavala izuzetna važnost, veća nego što to ona svojom sadržinom zaslužuje. Pokazalo se da je mehanizam zaštite prava iz ESP nepodesan, kao i da je obim socijalnih prava nedovoljan. Stoga se pristupilo izmenama Povelje. Prihvaćen je sistem kolektivnih žalbi, dodatnim Protokolom iz 1988. godine. Istovremeno, nastavio se rad na izradi revidirane Povelje. Države ugovornice su Revidiranu povelju zamislile tako da „postepeno zauzme mesto Evropske socijalne povelje, unesu prava garantovana tom Poveljom i njenim dotadašnjim izmenama, prava garantovana Dodatnim protokolom iz 1988. godine i dodaju nova prava”. Tako je u prvom delu Povelje broj principa i prava povećan na 31, deo drugi Povelje sadrži, isto tako, 31 član, a države potpisnice, pri ratifikaciji Revidirane povelje, moraju da se opredele za najmanje šest od sledećih devet članova Dela II ove Povelje — čl. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 i 20 (pravo na rad, pravo na organizovanje, pravo na kolektivno pregovaranje, pravo dece i omladine na zaštitu, pravo na socijalnu sigurnost, pravo na socijalnu i medicinsku pomoć, pravo porodice na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu, pravo radnika migranata i njihovih porodica na zaštitu i pomoć, pravo na jednake mogućnosti i jednak tretman u pitanjima zapošljavanja i rada bez diskriminacije po osnovu pola). Sem toga, shodno članu 2 Pravila o Evropskom komitetu za socijalna prava: (1) Komitet donosi pravnu ocenu o saglasnosti nacionalnih situacija sa ESP, Dodatnim protokolom iz 1988. godine i Revidiranom Evropskom socijalnom poveljom; (2) on usvaja zaključke u okviru procedure izveštavanja i odluke u proceduri kolektivnih žalbi. Naravno, iako određeni pisci misle da je ovim pravilima ustanovljena kvazi-sudska priroda procedure Evropskog komiteta za socijalna prava⁶ (što je preterano tvrditi), ipak ona je suviše udaljena od procedure i ovlašćenja Evropskog suda za ljudska prava, posebno što se ovom Sudu za ljudska prava mogu obraćati i pojedinci, a ne samo određeni kolektivni subjekti (određeni sindikati kao i udruženja poslodavaca, odnosno određene nevladine organizacije).

II

Evropska unija je ustanovila svoj autonomni pravni poredak u kome se ostvaruje i zaštita ljudskih prava i sloboda. Uvažavajući zaključak Ministarske konferencije Saveta Evrope o ljudskim pravima, održane u Rimu 5. novembra 1990. godine, o potrebi da se očuva nedeljiva priroda svih ljudskih prava bilo da su građanska, politička,

⁶ Regis Brillat, “The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact” in G. de Burca and B. de Witte, *Social Rights in Europe*, str. 32 i sl.

ekonomska, socijalna ili kulturna, u Evropskoj uniji je usvojena jedinstvena Povelja o osnovnim pravima. U njoj su sadržana kako građanska i politička prava tako i ekonomska i socijalna prava. U ovom jedinstvenom dokumentu, koji je podeljen na više grupa (Dostojanstvo, Sloboda, Jednakost, Solidarnost, Prava građanstva, Pravda), prevaziđena je tradicionalna dihotomija između dve glavne kategorije prava, grupisanjem svih prava u navedene vrednosne kategorije. S druge strane, razvijajući svoje precedentno pravo (case law) o zaštiti osnovnih prava kao opštih načela prava Evropske zajednice/Unije, Evropski sud pravde nije činio principijelno razliku između socijalnih prava i građanskih i političkih prava. Iz ove dve činjenice, kako na to s pravom ukazuje Bruno de Witte, bilo bi pogrešno zaključiti da je evolucija ovih prava tekla istim tokom u pravu Evropske unije. Osnovna socijalna prava imala su sasvim različit put razvoja u pravu EU, a njihova pozicija i uloga i danas je manje važna u odnosu na građanska i politička prava. Svest o tome verovatno je bila jedan od razloga za svečano proglašenje „Evropskog stuba socijalnih prava“ (European Pillar of Social Rights) u Geteborgu od strane Evropskog parlamenta, Saveta Evropske unije i Evropske komisije 17. novembra 2017. godine.

Retorička podrška ideji o nedeljivosti ljudskih prava i sloboda nije bila praćena uspostavljanjem istog pravnog režima za socijalna, građanska i politička prava.⁷ Nema sumnje da postoje i objektivni razlozi za različito pravno regulisanje osnovnih prava (sintagma osnovna prava za označavanje ljudskih prava i sloboda preuzeta je u pravo Evropske unije iz nemačkog prava i doktrine). Problem je u tome što socijalna prava uobičajeno zahtevaju pozitivnu državnu akciju, što nije slučaj sa građanskim i političkim pravima.⁸ To je bio razlog što Evropski sud pravde nije iz propuštanja države članice da preduzme mere radi zaštite određenog nepisanog socijalnog prava (socijalnog prava priznatog u ustavnoj tradiciji država članica ili u Evropskoj socijalnoj povelji), izvlačio zaključak o njegovoj povredi. Obrnuto, kad je bilo u pitanju građansko ili političko pravo priznato u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda, Evropski sud pravde je štitio ta prava kao opšta načela prava EU.⁹

Naravno, različito postupanje Evropskog suda pravde prema ovim različitim kategorijama ljudskih prava i sloboda nije samo posledica činjenice što jedna kategorija prava ne zahteva pozitivnu akciju države, a druga zahteva. Koreni su mnogo dublji. Evropska ekonomska zajednica (preteča sadašnje Evropske unije), kako sam njen naziv

⁷ Bruno de Witte, "The Trajectory of Fundamenta Social Rights in the European Union" u *Social Rights in Europe*, 2005, str. 153. i sl.

⁸ O osnovnim (ustavnim) pravima kao subjektivnim pravima: Robert Alexy (preveo Julian Rivers). *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 111 i sl.

⁹ Rudolf Streinz, *Europarecht*, 9. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Hamburg, 2012, str. 153 sl.

upućuje, nije bila politička zajednica. Kao takva, ona svojim pravnim aktima i radnjama nije ni mogla povrediti ljudska prava i slobode, koja su uspostavljena radi zaštite od države, a ne od klasične međunarodne organizacije. Uostalom, subjekti Evropske ekonomske zajednice nisu ni bili pojedinci (individualna lica, fizička ili pravna) već države koje su zaključile međunarodni ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice. Stoga, ljudska prava i slobode garantovale su države članice EEZ svojim državljanima ili su ta prava proisticala iz međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima i slobodama koje su države članice ratifikovale.

Promenu pravne prirode pravnog poretka Evropske ekonomske zajednice nije izazvalo priznavanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, već zaštita jednog individualnog prava pravnog lica (holandske kompanije Van Gend en Loos). Osnovna svrha ustanovljenja Evropske ekonomske zajednice bilo je stvaranje zajedničkog evropskog tržišta. U tom cilju, u Međunarodnom ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice bile su garantovane četiri velike ekonomske slobode (sloboda prometa robe, radne snage, usluga i kapitala) i sloboda konkurencije. Bio je predviđen rok od osam godina u kome je te slobode trebalo ostvariti. U ex članu 12 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice bilo je zapisano: „Države članice će se uzdržati od uvođenja između sebe bilo koje nove carinske obaveze na uvoz ili izvoz ili druge mere sa istim dejstvom, i od podizanja onih koje se već primenjuju u njihovoj međusobnoj trgovini”. Verujući da je holandski carinski organ povredio ovu obavezu, velika holandska uvozna firma Van Gend en Loos podnela je tužbu holandskom sudu i zatražila zaštitu svojih subjektivnih prava. Holandski sud zatražio je odluku o prethodnom pitanju od Evropskog suda pravde. Ovaj Sud je doneo iznenadjuću odluku (Case 26/62, Van Gend en Loos): priznao je neposredno pravno dejstvo članu 12 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice i samim tim individualno lice za subjekta, pored država članica, Evropske ekonomske zajednice. Zanimljivo je da na osnovu ustavnih normi u federalnim državama kojima se garantuje slobodan promet roba, radne snage, usluga i kapitala nijedan individualan subjekt ne stiče javno subjektivno pravo, a u EEZ, koja nije federalna država, stiče. Evropski sud pravde je izričito rekao da činjenica što član 12 Ugovora određuje državu članicu kao subjekta negativne obaveze ne znači da njeni građani ne mogu imati povlastice iz ove obaveze. Naravno, ovom presudom i njenim prihvatanjem od strane sudova država članica EZ/EU ustanovljeno je individualno subjektivno pravo koje se ne sme izjednačavati sa ljudskim pravima i slobodama. Ova vrsta subjektivnih prava nazvana je tržišnim slobodama ili osnovnim slobodama za razliku od osnovnih prava (ljudskih prava i sloboda). U tadašnjoj političkoj krizi odlučivanja i slabosti evropskog „zakonodavca”, na scenu je stupio Evropski sud pravde. U pravnoj teoriji se ukazuje da priznanje individualnih lica (naročito pravnih lica) za subjekte EEZ nije bilo bez „zadnje misli”. Priznanjem osnovnih (tržišnih) sloboda kao

subjektivnih javnih prava pospešuje se primena prava Evropske unije u državama članicama zbog zainteresovanosti individualnih lica za zaštitu njihovih vlastitih interesa.¹⁰

Način rasuđivanja iz slučaja Van Gend en Loos, Evropski sud pravde je nastavio da koristi radi zaštite osnovnih (tržišnih) sloboda i u drugim slučajevima. Kada je Francuska propustila da preduzme mere zbog blokade prometa španskih jagoda od strane francuskih proizvođača, Evropski sud pravde je konstatovao da je Francuska povredila pravilo o slobodnom prometu robe iz Ugovora o osnivanju EEZ (slučaj španskih jagoda). Dakle, kao kod socijalnih prava, od države se traži pozitivna akcija a, ako ona izostane, postoji povreda osnovnih (tržišnih) sloboda. Za zaštitu tržišnih sloboda bile su, pre svega, zainteresovane velike kompanije, dok su protiv socijalnih prava energično dizale svoj glas. Pred tom činjenicom, poklekao je, u određenoj meri, i Evropski sud pravde. Kada je, pod pritiskom Ustavnog suda Nemačke, počeo da pruža zaštitu osnovnim pravima (to se desilo u slučaju Štauber iz 1969. godine), prednost je data građanskim i političkim pravima u odnosu na socijalna prava.

Nije Evropski sud pravde bio izuzetak u tom pogledu. Može se reći da su političke institucije Evropske unije imale još negativniji stav prema socijalnim pravima, naročito nakon pristupanja Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske evropskim zajednicama (1973. godine). Iako je Savet Evrope izradio kako Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda tako i Evropsku socijalnu povelju, stav prema njima u Evropskoj uniji je bio različit. I kad su i Savet Evrope i druge vladine i nevladine organizacije predlagali da se u konstitutivne ugovore o osnivanju evropskih zajednica odnosno Unije unesu obe konvencije, to se nije dogodilo. Koordinator Mreže nezavisnih eksperata o osnovnim pravima EU, Olivier de Schutter, ukazuje da su na kolokvijumu o budućnosti socijalne politike u Evropi, organizovanom u Utrehtu u aprilu 1989. godine, tražili od institucija Evropske zajednice da prihvate Evropsku socijalnu povelju, to se nije dogodilo. Umesto prihvatanja Evropske socijalne povelje, u Evropskoj zajednici je izrađena i usvojena pravno neobavezujuća Povelja o osnovnim socijalnim pravima radnika.¹¹ Isto tako, u članu 6(2). Ugovora o Evropskoj uniji (verzija iz Maastrichta) utvrđeno je da „Unija poštuje osnovna prava koja su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda”, a izostavljen je deo teksta iz nacarta tog člana „i Evropsku socijalnu povelju”.

Savet Evrope je tada odlučio da prilagodi Evropsku socijalnu povelju promenjenim okolnostima (Revidirana evropska socijalna povelja iz 1996. godine) i predložio da se ona unese u član 6(2) Ugovora o

¹⁰ Thorsten Kingreen, “Grundfreiheiten” in Von Bogdandy — Bast (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Springer, Berlin, 2009, str. 705.

¹¹ Olivier de Schutter, “Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession” in G. de Burca and B. de Witte (ed), *Social Rights in Europe*, str. 116. i sl.

Evropskoj uniji (verzija iz Amsterdama). Predlog nije prihvaćen i tekst o Evropskoj socijalnoj povelji koji se nalazio u nacrtu člana 6(2) UEU, pored Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmešten je u neobavezujuću preambulu Amsterdamskog ugovora.

Iako socijalnim pravima nije pružen isti nivo zaštite kao građanskim i političkim pravima, bilo bi neosnovano tvrditi da u Evropskoj uniji nije napravljen značajan napredak u oblasti zaštite socijalnih prava i socijalne politike. O tome svedoče određeni naslovi Ugovora u funkcionisanju Evropske unije (socijalna politika), kao i sekundarni izvori prava EU. Osim toga, usvojena je Povelja Evropske unije o osnovnim pravima i Evropski stub o socijalnim pravima. Da li je ova regulativa u skladu sa ogromnim izazovima nastalim posle velike svetske finansijske krize iz 2008. godine, čije se negativne posledice još uvek osećaju?

III

Osnovna slabost Evropske socijalne povelje jeste njen nedovoljni zaštitni mehanizam. Dodatni protokol iz 1988. godine (procedura kolektivnih žalbi) i Revidirana socijalna povelja iz 1996. godine su doneli važna, ali još uvek nedovoljna poboljšanja tog zaštitnog mehanizma. Poseban doprinos tom napretku dalo je novo telo Evropske socijalne povelje, Evropski komitet socijalnih prava (ustanovljen Konvencijom i sastavljen od 15 nezavisnih eksperata). Osnovna uloga ovog Evropskog komiteta za socijalna prava se sastoji u ocenjivanju saglasnost nacionalnih zakonodavstava i prakse sa zahtevima Evropske socijalne povelje (na osnovu izveštaja koje podnose države članice ili na osnovu procedure kolektivnih žalbi). Pri tom, ovaj Komitet je uložio mnogo truda da socijalna prava iz ESP tretira kao ljudska prava u skladu sa stavom iz Deklaracije od 10 decembra 1989. godine, usvojenoj od strane Komiteta ministara Saveta Evrope, povodom pedesetogodišnjice Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: „Sva ljudska prava su univerzalna, nedeljiva, međuzavisna i povezana, bilo da su građanska, politička, ekonomska, socijalna ili kulturna”. Ovaj stav lepo zvuči ali ga je teško ostvariti u praksi. Okolnost da je izvesna prava moguće klasifikovati i u socijalna i u politička prava, omogućili su Evropskom sudu za ljudska prava i Evropskom komitetu za socijalna prava da pokažu da sva ljudska prava traže istu zaštitu. Drugim rečima, ne samo da socijalna prava zahtevaju pozitivnu akciju države, već to može biti slučaj i sa građanskim i političkim pravima. Prema toj doktrini o pozitivnim obavezama države, nisu ni sva osnovna prava sadržana u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava samo odbrambena prava, nego su i zaštitna prava koja traže pozitivnu akciju države ugovornice Evropske konvencije. Član 2 EKLJP garantuje pravo na život. To pravo je odbrambenog karaktera prema državi ugovornici (zabrana smrtne kazne) ali predstavlja i zaštitno pravo svoga titulara koje stvara obavezu za državu da štiti

živote svojih građana (od terorista i drugih zločinaca). Država ugovornica ima (objektivno-pravnu) obavezu da štiti živote svojih građana.¹²

Između deklaracija o univerzalnosti i nedeljivosti ljudskih prava i stvarnosti veliki je raskorak. Valjanost tog stava najbolje potvrđuje Povelja Evropske Unije o osnovnim pravima. Inicijativa za donošenje Povelje formalno je potekla od Evropskog saveta (neformalno je podneta od Komisije još 1979. godine u Memorandumu o pristupanju evropskih zajednica Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) na samitu u Kelnu juna 1999. godine. Ovlašćenje za izradu Povelje povereno je „Evropskoj Konvenciji” a težnja je bila da se kodifikacijom ojača zaštita osnovnih prava u Evropi, čineći ova prava vidljivijim u Povelji. Drugim rečima, Poveljom se reafirmišu prava već sadržana u zajedničkoj ustavnoj tradiciji država članica, Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i osnovna prava kao opšta načela prava EU (ljudska prava kao „opšta načela” priznata od Evropskog suda pravde). Shodno tome, u Povelji kao jedinstvenom aktu sadržana su kako građanska i politička prava, tako i ekonomska, socijalna i kulturna prava. U prvobitnoj verziji Povelje o osnovnim pravima, svečano proklamovanoj na međuvladinoj konferenciji u Nici 2000. godine (kao pravno neobavezni akt), jaz između ove dve kategorije prava nije bio toliko uočljiv, kao što jeste u sada pravno obavezujućoj Povelji. Naime, posle neuspehli referenduma o prihvatanju Ustavnog ugovora sa Ustavom za Evropu 2005. godine u Francuskoj i Holandiji, pri izradi Reformskog ugovora (posle njegovog potpisivanja u Lisabonu, Lisabonskog ugovora), države članice su se sporazumele da Povelja ostane izvan Ugovora i da se prihvati izmena uneta u član 52 Povelje na sednici Evropske konvencije održane u Strazburu 2007. godine. Prema tom novom stavu člana 52 Povelje, odredbe Povelje kojima se utvrđuju principi, mogu sprovoditi zakonodavnim i izvršnim aktima organi i tela Unije, kao i države članice, u okviru svojih nadležnosti, aktima za primenu prava Unije. Korišćenje principa pred sudovima je dozvoljeno samo prilikom tumačenja i kontrole zakonitosti takvih akata. Time je načinjena razlika između subjektivnih prava i programskih ciljeva ili, drugačije rečeno, između (tvrdih) prava i (mekih) principa.¹³ Tvrda prava (subjektivna prava) su prava koja imaju neposredno pravno dejstvo i na koja se može pozvati pred nacionalnim sudovima ili upravnim organima. Obrnuto, odredbe kojima se ne stvaraju tvrda prava već meki principi ne mogu biti osnov za podizanje tužbe pred sudovima. Po sebi se razume da se najveći broj odredaba Povelje, koje sadrže principe, odnose na socijalna prava. Na taj način, ni u Povelji o osnovnim pravima nije u potpunosti prevaziđena dihotomija između dve velike kategorije

¹² J. Ipsen, op. cit, str. 69 i sl; A. Junker, op. cit, str. 11 i sl; Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C. H. Beck — Manz, München-Wien, 2005, str. 21 i sl.

¹³ Robert Schütze, European Constitutional Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, str. 425. i sl.

ljudskih prava i sloboda. Klasična liberalna prava (građanska i politička) obuhvaćena su naslovima I do III (Dostojanstvo, Sloboda, Jednakost) kao i u naslovu VI (Pravda). U naslovu IV (Solidarnost) sadržana su pretežno prava radnika: pravo radnika na informisanje i konsultacije, pravo na kolektivne pregovore; zaštita od neopravdanog otpuštanja i druga socijalna prava. U naslovu V (Prava građanina) data su prava koja obično politička zajednica (država) priznaje svojim državljanima (pravo glasa, aktivno i pasivno, pravo na dobru upravu i druga prava građanina). Naravno, u svakom od naslova Povelje o osnovnim pravima EU moguće je naći i socijalna i građanska i politička prava, s tim što su pretežno socijalna prava obuhvaćena naslovom solidarnost (naslov IV). Stoga, u pravu je Bruno de Witte kada ukazuje: "The EU Charter of Rights: Indivisibility — but not too much".¹⁴ (EU Povelja o pravima: nedeljivost — ali ne previše).

Nema sumnje da je unošenjem u Povelju EU o osnovnim pravima određenih socijalnih prava pojačana njihova zaštita. Ako su pojedina od tih prava dobila i status tvrdih (subjektivnih) prava, stepen njihove zaštite je nesumnjivo povećan. Takav status imaju pravo na ljudsko dostojanstvo, pravo na život iz naslova I Povelje „Dostojanstvo”, pravo na slobodu i bezbednost ličnosti, sloboda mirnog okupljanja i udruživanja, sloboda misli, savesti i vere, pravo na obrazovanje i druge slobode obuhvaćene u naslovu II Povelje „Sloboda”, princip jednakosti pred zakonom, prava dece, prava starih lica, integracija lica sa invaliditetom, zabrana diskriminacije iz naslova III „Jednakost”.¹⁵ Zanimljivo je da Povelja EU o osnovnim pravima, za razliku od Evropske socijalne povelje, ne sadrži pravo na rad, već se ograničava na besplatan pristup službama za zapošljavanje.¹⁶ Naravno, da li je moguće ostvariti pravo na rad zavisi od brojnih pretpostavki. Isti je slučaj i sa mnogim kako političkim tako i socijalnim pravima. Činjenica da je određeno socijalno pravo zaštićeno i u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (izuzetak u Konvenciji), u Evropskoj socijalnoj povelji i u Povelji EU o osnovnim pravima nije apsolutna garancija i da će biti ostvareno.¹⁷ Savremeni procesi globalizacije, novih tehnologija (robotika) i digitalizacije čine brojne kategorije radnika suvišnim. S druge strane, osnovni subjekti ne samo privrednog već i političkog života su postale multinacionalne kompanije. Osnovni motiv njihovog nastupa je profit i u toj borbi za profit stradaju, pre svega, radnici i njihovi sindikati. Bez jakih radničkih organizacija, bez zaštitne uloge nacionalne države pred naletom multinacionalnih korporacija

¹⁴ Bruno de Witte, op. cit, str. 159

¹⁵ O pravu biti ateista i pravu na slobodu misli i religije: Eleanor Spaventa, "Fundamental rights in the European Union" in Catherine Barnard & Steve Peers (ed), European Union Law, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017, str. 241. sl.

¹⁶ Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, str. 35.

¹⁷ Paul Craig, Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform, Oxford: Oxford University Press, 2013, str. 204 i sl.

(štaviše, u trci za investicijama velikih kompanija vlade mnogih nacionalnih država nude ne samo niske poreske stope na dobit nego i jeftinu radnu snagu i razorene radničke sindikate).

Ni članice Evropske unije nisu imune na ove negativne trendove. Raste nezaposlenost, posebno mladih, traže se atipični oblici rada koji ne garantuju radnicima ni pristojan prihod ni životnu sigurnost. To primorava institucije Evropske unije da potraže nova rešenja. Jedno od njih, koje ukazuje bez obzira na značajan stepen napretka u razvijanju socijalne dimenzije Evropske unije, jeste proklamacija Evropskog stuba socijalnih prava. Kao 2000. godine, kad se želeo prikriti mršav rezultat međuvladine konferencije u Nici proklamacijom Povelje EU o osnovnim pravima, tako su na samitu u Geteborgu (novembra 2017. godine) šefova država ili vlada, Evropski parlament, Savet i Komisija proklamovali Evropski stub socijalnih prava (ESSP). Optuženi od jednih da idu predaleko (zbog principa o garantovanju minimalnih nadnica), a od drugih da su proglašili akt bez ikakve važnosti, u vrhu institucija Evropske unije su ostali mirni. Svesni da se proglašenjem ESSP na osnovu člana 292 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije ne stvara pravno obavezni akt, Komisija se pozvala na iskustvo sa Poveljom EU o osnovnim pravima koja je, isto tako, bila proklamovana kao akt bez obavezne pravne snage. Ipak, između Povelje EU o osnovnim pravima i Evropskog stuba socijalnih prava, postoji ogromna razlika na osnovu koje se može sa verovatnoćom zaključiti da im sudbina neće i ne može biti ista.¹⁸

Struktura ESSP je zanimljiva. U Preambuli se u 20 tačaka najpre poziva na član 3 Ugovora o Evropskoj uniji (o dobrobiti naroda, održivi razvoj EU, uravnoteženi ekonomski rast i stabilnost cena, visoko konkurentna socijalna tržišna privreda...) i, zatim, na članove u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije koji se odnose na pitanje pune zaposlenosti (član 9 UFEU), član 151 (socijalna politika), kao i na druge članove koji utiču na radno i socijalno pravo.

Nakon Preambule slede principi. Dvadeset principa raspoređena su u tri dela: (1) Jednake mogućnosti i pristup tržištu rada; (2) Poštenu (fair) radni uslovi i (3) Socijalna zaštita i inkluzija. Prvi deo sadrži četiri principa, drugi pet a treći jedanaest. Svi ti principi su sadržani u već postojećim aktima Evropske unije, sa izuzetkom minimuma zarade (nije u nadležnosti Unije, već država članica) Pritom, mehanizam zaštite proklamovanih principa je veoma slab. Verovatno je u pravu Klaus Lerher kad postavlja pitanje: napredak prava ili alibi ?¹⁹

Vreme će pokazati da li je u pitanju napredak prava ili alibi.

¹⁸ Posle mišljenja Evropskog suda pravde 2/13 o sporazumu o pristupanju Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ta priča o pristupanju je verovatno okončana. Detaljnije: E. Spaventa, "A Very Fearful Court ? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 (2015) 22 Maastricht Journal 35

¹⁹ Klaus Lörcher, Die Europäische Säule Sozialer Rechte — Rechtsfortschritt oder Alibi ?, Arbeit und Recht 10, 2017, str. 391.

Literatura

1. Alexy, R., (preveo J. Rivers). *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2004
2. Brillat, R., "The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact" in G. de Burca and B. de Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005
3. Burca, de G., "The Future of Social Rights Protection in Europe" u G. de Burca and Bruno de Witte (ed), *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005
4. Craig, P., *Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford: Oxford University Press, 2013
5. Ipsen, J., *Staatsrecht II Grundrechte*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
6. Junker, A., *Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage*, C. H. Beck, München 2016
7. Kingreen, T., "Grundfreiheiten" in Von Bogdandy — Bast (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Springer, Berlin, 2009.
8. Lörcher, K., *Die Europäische Säule Sozialer Rechte — Rechtsfortschritt oder Alibi?*, Arbeit und Recht 10, 2017.
9. Lubarda, B., *Radno pravo*, Beograd, 2012.
10. Popović, D., *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2012.
11. Spaventa, E., "A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13 (2015) 22 Maastricht Journal 35.
12. Spaventa, E., "Fundamental rights in the European Union" in Catherine Barnard & Steve Peers (ed), *European Union Law*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017.
13. Schütze, R., *European Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
14. Schutter, de O., "Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession" in G. de Burca and B. de Witte (ed), *Social Rights in Europe*.
15. Witte, de B., "The Trajectory of Fundamenta Social Rights in the European Union" u *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005.

Dr Budimir Košutić

PERSPECTIVES OF SOCIAL RIGHTS PROTECTION IN EUROPE

A dichotomy of human rights and freedoms was established among international instruments for protection of human rights and freedoms. One of them formed group of civil and political rights while the others form group of economic, social, and cultural rights. At the same time "civil and political rights" have been politically privileged in comparison to "social, economic, and cultural rights". Civil rights have acquired the constitutional status, and as substantive laws are protected with direct legal remedies (protection of rights before constitutional court). Contrary, economic and social rights are considered not as individual rights, but as the program objectives, and are mainly enjoyed not individually but collectively. In the midst of economic and social rights lays the social

justice, for which there is no significant eager to achieve in contemporary neoliberal capitalism. USA have signed International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in 1979 which has not been adopted until today, with explanation that those are not subjective rights but program objectives.

Both the Council of Europe and the European Union show greater understanding for economic and social rights compared to USA and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. European Social Charter, Additional Protocol to the Charter, and Revised Social Charter have been made. The European Committee for Social Rights was acknowledged authority in protection of economic and social rights, but the very authority is rather narrower compared to the one the European Court for Human Rights has in protection of civil and political rights.

The European Union Charter on Fundamental Rights adopted the principle of universality and indivisibility of human rights and freedoms. The said was proclaimed in the very structure of the Charter on Fundamental Rights which rejected the traditional division to civil and political, and to economic and social rights. However, the Charter failed to be entirely consistent to the principle of indivisibility of human rights distinguishing the “Rights” and the “Principles”. The “Principles” cannot be achieved by the claim before the national courts, while the “Rights” can. The “Principles” mainly include social rights, and the “Rights” include civil and political rights.

Since certain negative economic trends are manifested in the European Union, which unfavourably affect the employment, especially of the youth, the institutions of the European Union strive to find out solution for these problems. Of the possible solutions was the proclamation of the European Pillar of Social Rights at the Head of States and Governments held in Göteborg in November 2017. Its creators showed hope that — even though it is legally unbounding act at this moment — it could share the destiny with European Union Charter on Fundamental Rights, which arised from an unbounding declaration in 2000 to legal act equally effective as the Treaty on European Union and the Treaty on Functioning of the European Union. The European legal theory justly indicates that its adoption should rather be considered as an alibi than development of rights.

Key words: dichotomy of human rights and freedoms, universality and indivisibility of human rights, subjective rights, program objectives, international instruments for protection of human rights and freedoms.

Illicit enrichment of public officials as a criminal offence?"

The paper discusses whether the introduction of the new criminal offence of illicit enrichment, whereby offenders would be public officials who, while discharging their public office, acquire assets which they cannot prove have been acquired legally, is justified. Given that the UN Convention against Corruption provides for elements of this criminal offence (Article 20) and recommends that the State Parties consider the possibility of its introduction, various arguments for and against the introduction of this criminal offence have been considered. Despite international recognition of the criminalization of illicit enrichment, it has not been universally accepted as an anti-corruption measure. Instead, such criminalization continues to generate extensive debate and controversy.

Taking a standpoint concerning this issue calls not only for consideration of certain legal issues but also for criminal and political assessment of the usefulness of this criminalization in fighting corruption. This paper presents the main reasons against criminalizing illicit enrichment, as well as the problems that the legislator would face when deciding to take this step.

Key words: Corruption, Illicit enrichment, Public Officials, UN Convention against Corruption, Criminal Law

Introduction

Criminal law plays a significant role in the fight against corruption. However, the scope of criminal law and its possibilities are limited and unclear, particularly when systemic corruption is concerned. An additional problem is that it cannot be precisely determined which type of conduct should be suppressed by criminal law. There is almost complete agreement among scholars about the difficulty of defining a precise concept of corruption, since it is a complex and multidimensional phenomenon. Hence, instead of a single definition of corruption, reference is usually made to

* Professor, Faculty of Law University of Belgrade and Faculty of Law UDG Podgorica.
e-mail: profstojanovic@gmail.com

** The article is based on the paper „Criminalizing illicit enrichment as an anti-corruption measure?“ submitted at II International Congress: „Institutional Transparency, Citizen Participation and Fight against Corruption“ (October 2017, Las Palmas, Gran Canaria, Spain) which is the part of the Research Project (Der 2014–57128) of Ministry for the Economy and Competitiveness of Spanish Government.

various concepts of corruption, according to the discipline studying it, its causes, or its types determined mostly by the areas in which it takes place.¹ While in the theory this diversity of opinions and approaches is possible and acceptable, the legislator must have a clear idea of what to suppress and which values to protect.

Furthermore, when referencing the fight against corruption (as well as against organized crime and terrorism), common standards and principles of criminal and procedural law are questioned where by a lot is put at stake, i. e., do we give up the standards that have become a civilizational achievement, especially when the resulting measures do not contribute greatly to battling corruption.

In addition to the long-standing existing offences used to fight corruption, there have been various proposals and ideas lately to introduce a number of new criminal acts within this area. One of them is the criminal offence of illicit enrichment. The elements of criminalization of illicit enrichment are provided for in Article 20 of the UN Convention against Corruption (UNCAC),² as well as the obligation of the State Parties to consider the possibility of introducing this criminal offence (but not to actually introduce it). The Convention quite ambiguously determines the elements of this criminal offence. It consists of illicit enrichment itself, i. e. a significant increase in the assets of a public official for which s/he cannot give a reasonable explanation, taking into account his or her legal income. Specifically, Article 20 of the Convention underlines that State Parties should consider the possibility of introducing this criminal offence, taking into account their constitutions and the basic principles of their legal systems.³ A disputable issue is whether there is the obligation to introduce it if such an act is not contrary to the constitution and basic principles of the legal system of a certain country, i. e. if it is concluded, after considering the mentioned possibility, that there are no hurdles of that kind, but neither is there criminal-political justification for its introduction. Out of 186 countries that are parties to the UNCAC⁴, less than 50, mainly developing countries, have introduced this criminal offence.⁵ When it comes to European

¹ See, inter alia: D. M. Santana Vega, *The Fight against Corruption in Europe: Lights and Shadows*, *Crimen* 3/2017, pp. 242–243.

² According to the provision of Art. 20 illicit enrichment is considered as a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income when committed intentionally. United Nations Convention against Corruption, 31 Oct. 2003, 2349 U. N. T. S. 41, entered into force Dec. 14, Dec. 2005 (hereinafter UNCAC).

³ The UNCAC (Art. 20) directs signatories to consider enacting criminal illicit enrichment legislation “subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system.”

⁴ See United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification, Status as of 26 June 2018, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

⁵ According to L. Muzila et al., *Illicit enrichment*, StAR, The World Bank-UNODC, 2011, p. 9.

countries, only Macedonia⁶ and Lithuania⁷ have adopted it. Many of the remainder have not even taken the first steps in fulfilling the obligation referred to under Article 20 of the Convention, which is to consider the implications and consequences that the introducing the criminal offence of illicit enrichment would have. This article might thereby be a further contribution to debate about the justification of introducing this offence into national legislation.⁸

Although at first glance it seems that by prescribing this as an offence an effective mechanism to combat corruption among public officials would be gained, seldom has a criminal offence been so controversial in terms of feasibility and justifiability.⁹

1. Arguments in favour of criminalization

The following reasons support the criminalization referred to under Article 20 of the UNCAC.

⁶ The Law on the Amendment to the Criminal Code of Macedonia dated 2009, Article 395-a introduced a new criminal offence of illicit acquiring and concealing assets instead of 2004 introduced criminal offence of concealing the origin of disproportionately acquired assets. It is also envisaged, as an act of commission (paragraph 2), when an official or a responsible person in a public company, public institution of any other legal entity managing the state capital while discharging his/her office or duties, either s/he or a member of his/her family, acquires assets the value of which significantly exceeds his/her legal earnings.

⁷ In Lithuania, the new offence was introduced in 2010. It is already noticed that “the techniques of criminalization and legal wording of the offence (Art. 189) ... do not go well with the established principles of criminalization”. L. Pakštaitis, *Illicit enrichment as a crime according to the criminal law of Lithuania: origins, problems of criminalization, implementation and perspectives*, *Jurisprudencija*, 1 2013. p. 340.

⁸ In Montenegro, this issue has been considered since 2011. Among other things, the Ministry of Justice organized a round table with the participation of foreign experts in 2012. The introductory presentation was held by the author of this paper. See: Z. Stojanović “Fight against corruption: Illicit enrichment — pro et contra,” Workshop on Organised Crime, Issue: Regional Cooperation and European Practices, European Commission Taiex, Danilovgrad, Montenegro, 24–25 February 2012. Although there were some opinions in favour of the introduction of this new criminal offense, the majority thought that it was not justified. Further, the National Research Center of Montenegro has undertaken a comparative study of the legislation of European countries. The study showed that of the 23 European countries covered by the research only Macedonia and Lithuania introduced new criminal offence, while the remaining 21 countries do not recognize illicit enrichment as a criminal offence, “neither there have been any deliberations with regard to the possibility or its introduction in their legal systems”. See: *Comparative overview: Criminalisation of illicit enrichment of public officials in certain European countries*, Parliament of Montenegro, Parliamentary Institute, Research Centre, Podgorica, April 2016, p. 7.

⁹ This offence has been labelled by some scholars “perhaps the most controversial criminal offence”. See J. Boles, *Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations*, *Journal of legislation and public policy* 2014, vol. 17. number 4, p. 838.

First of all, this form of criminalization might be useful when fighting corruption committed by representatives of the political establishment, particularly in cases of so called systemic corruption, and corruption committed by representatives of political power where the law is powerless. However, the expectation that this criminalization would make progress in positive terms is just a presumption, and it is not possible to draw any certain conclusion in this respect. The experience of the countries that have introduced this criminal offence cannot confirm such a conclusion.¹⁰

Further, it would significantly simplify establishing proof, i. e. a conviction would be relatively easily adjudicated, which could lead to the efficient application of the criminal law. Namely, it would not be necessary to establish that a criminal offence of corruption had been committed. It would suffice to establish a significant discrepancy between the assets a public official had at the time s/he took office and at some later stage in the course or after termination of his/her office, provided that s/he cannot prove that the assets have been acquired legally. Establishing proof is simplified by the existence of the obligation of public officials to declare their assets. In many countries, non-disclosure of assets or giving false information on assets by public officials is deemed a criminal offence.¹¹ However, the fact there has not been a single final decision concerning the mentioned criminal offence, despite the fact that it can be easily proven, speaks in favour of the fact that when fighting against corruption committed by political representatives or representatives of economic elite, proving related problems is not the main obstacle.

¹⁰ Hong Kong is among few countries that introduced this criminal offence, and some of its solutions have become the model for efficient fight against corruption. Bangladesh, which has been for years among the countries with the highest level of corruption, is also one of these countries. Besides, to assess whether this inclination contributes towards fighting corruption, in some countries, it would be necessary to be well aware of a series of other factors, inter alia, whether it is really enforced.

¹¹ In Serbia, for instance, The Anti-Corruption Agency Act (“Official Gazette of the RS”, no. 97/2008, 53/2010, 66/2011 — decision of the Constitutional Court and 12/2013 — Interpretation Act) stipulated in Article 72 the criminal offence of non-disclosure of assets or giving false information on assets. Namely, public officials who failed to declare their assets to the AC Agency or give false information about their assets, intending to conceal the information on their assets, shall have a prison sentence ranging from 6 months to five years sentence imposed. See Z. Stojanović *et al.*, Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije (Manual for combating economic crime and corruption), OEBS — Misija u Srbiji, Beograd, 2017, p. 234–235. Unlike Serbia and some other countries, in Montenegro the non-disclosure of assets or giving false information on assets by public officials constitutes an administrative offense for which a fine is prescribed (Article 103 para. 1 item 22, 23 and 24 of Law on prevention of corruption, Official Gazette of Montenegro, no. 53/2014).

2. Arguments against criminalization

The following arguments are, inter alia, against the introduction of the offence of illicit enrichment.

Criminalization would lead to a certain restriction of ownership rights. Despite the fact that there are not sufficient arguments to claim that criminalization would be unconstitutional and that it would violate ownership rights¹², there are however some doubts thereto. Hence, one could claim that the introduction of such criminalization, at least compared to the limited circle of political officials, brings uncertainty in ownership rights. It could have negative repercussions in terms of readiness to take a political or any other office, for the reason that whoever takes it would be subject to controls and checks of assets and would face the risk of being easily convicted even in cases when they did not commit any corruption-related criminal offences. Also, in terms of assets which were fully acquired in a legal way, an individual could, for whatever reason, be opposed to being subject to controls, and to having this information made publicly available. The problems would particularly arise in those countries where the tax administrations and tax systems do not function adequately. On the other hand, the counter-argument is that it concerns only public officials and not common citizens and that they are expected to be able to explain the origin of their assets.

Criminal law is *ultima ratio*, that is, it should be used only when all other resources and mechanisms available to society have been exhausted. This would mean, amongst other things, taking serious steps to apply existing offences to public officials. In the situation when not even the existing statutory offences are applied, introducing new ones can hardly be justified. Moreover, the criminalization of unlawful enrichment would also have the effect of demotivating the judiciary to apply the existing criminal offences of corruption.

The statutory description of the criminal offence would be vague and difficult to define in line with the usual standards of criminal law. Moreover, it would be atypical to such an extent that it would give grounds for the claim that the criminal law is no longer based on the act committed.

The presumption of innocence is seriously brought into question, because such an offence is based on the assumption that the assets have been acquired by committing corruption-related criminal

¹² In 2010, in Romania, the body in charge of fighting corruption (ANI) was able to directly request from the court the confiscation of assets in cases where it was deemed that there was a significant disproportion (exceeding the amount of EUR 10,000) between the acquired assets and legal wage of a public official. However, in April 2010, the Constitutional Court of Romania found that such legal solution was unconstitutional in terms of several elements. It concluded, among other things, that that way the constitutional presumption that the assets have been legally acquired unless proven otherwise was violated. See L. Muzila et al., *op. cit.* p. 31–32

offences, and the burden of proof would be placed on the defendant who would then have to show the origin of his/her assets. A serious objection can be raised here, which is that this criminal offence would be based on the violation of the presumption of innocence.¹³ Regardless of the fact that the prosecutor and the court must establish that the assets in question are not proportional to the lawfully gained income, that still does not mean that they have to prove that the assets have been acquired by committing a criminal offence. In fact, the burden of proof is placed on the defendant who has to prove that s/he legally acquired the assets. In addition, if assets have not been lawfully acquired (or if there is no evidence to prove that they have been lawfully acquired), it does not mean that they were necessarily acquired through crime.¹⁴ Although there are known exceptions in criminal law, which in some cases places the burden of proof on the defendant instead of the prosecutor, they do not extend to requiring the defendant to prove he has not committed a criminal offence, merely some aspects of it. However, in this case, this is a central element, i. e. what is presumed and what the defendant must refute is the essence of the offence. In fact, here it starts from the presumption of guilt, which is a hard position for the defendant to recover from.

The right to defence (the right to remain silent, the right against self-incrimination) is seriously limited by shifting the burden of proof to the defendant. If the defendant chooses to defend himself/herself by remaining silent, a conviction would be inevitable where there is discrepancy between his/her assets and legal income. Moreover, in some situations, an efficient defence would imply self-incrimination on some other charges (e. g. tax evasion). Apart from self-incrimination in the true sense, the defendant, to avoid a conviction, in some cases may be forced to present facts that would undoubtedly harm his/her reputation. There are ways to obtain property benefits that are more or less socially unacceptable (e. g. gambling, begging, prostitution), although they do not constitute criminal activity, and especially a criminal offence with an element of corruption. The questionable income may originate from work and jobs that are not considered worthy of a public official or that may have bad consequences for his reputation but do not have elements of corrupt behaviour.

¹³ The opinion that illicit enrichment statute offends the presumption of innocence is prevalent among scholars. See J. Boles, *op. cit.*, p. p. 866–869

¹⁴ The situation is similar with the Law on Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime enacted in Serbia in 2008. and 2013. which does not require proving that the property has been acquired by committing the crime although the name of that law refers to it. There is a similar approach in the Montenegrin Law of 2015, but the problem is considerably mitigated by the two conditions: it is necessary to establish reasonable doubt that a property has been acquired by committing the crime and it is sufficient for the defendant to make it probable that he has acquired the property legally.

This criminalization resembles the examining the origin of assets that existed in the socialist era which was more a political than a legal mechanism. It did not prove to be effective and was misused for political purposes.

Although at first glance it looks like a paradox, it is disputable whether the imposition of this criminal offence would be in accordance with international law. Even though the provision of Article 20 of the Convention recommends the introduction of this criminal offence, the question arises as to whether this provision itself is in accordance with existing international law. There are opinions that it is contrary to the norms of *ius cogens*, and that it is inconsistent with various international documents such as the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.¹⁵ These opinions are based on serious arguments, especially when it comes to violation of the presumption of innocence.¹⁶ For the signatories of both these international treaties, priority would be given to the respect of Article 14 ICCPR rather than Article 20 UNCAC.

The objection may be raised that the defendant is being punished for a condition, that is, the consequences or results rather than for the action itself, which is unacceptable in criminal law. In other words, there is a refutable presumption that the defendant gained assets by committing a crime (corruption) unless s/he proves otherwise. In fact, it is the problem of gathering evidence, which is often unsolvable for some corruption charges, that has led to such an idea. A criminal offence defined in this way would be easier to prove in court, but it would not be in accordance with the usual standards applied in criminal law. Even the authors of the Convention were aware of this and consequently required the states to consider the option of introducing this criminal offence rather than saying that they must introduce it. Because of the problems with gathering evidence, an attempt is being made to base the charges only on the consequences, that is, on the result of corruption. One could argue here that an individual is being punished because they own assets whose legal origin cannot be established. But is this a justified reason? In criminal law, illegal possession of some objects could be a criminal offence. However, there is a significant difference between possession of a weapon, hazardous poisons or some kind of objects that can only be used for committing criminal offences, and the possession of money or other assets whose origin or purpose cannot be explained. It is one thing when an individual is punished for possessing something that a citizen normally would not possess and it is a totally different thing when an individual is punished

¹⁵ See Th. Kliegel, *Der Strafstatbestand der unerlaubten Bereicherung*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 391–406

¹⁶ *Ibid.*, p. 398–400.

for possessing something that any citizen, in principle, owns or has the right to own.¹⁷

Due to the serious difficulties that the legislator would encounter when defining the act of commission and other constitutive elements of this criminal offence, other problems would also arise. For example, how to determine the time and place of perpetration of this criminal offence, which is necessary in solving important criminal and procedural issues? Regardless of whether the illicit enrichment is understood as an act or consequence (and both solutions can be objected to), it would be necessary to determine when and where it came about, which involves determining how the illegal revenue was obtained, which defeats the purpose of introducing this offence.

3. The constitutive elements of the Criminal offence

The decision to introduce the criminal offence of illicit enrichment faces serious issues and questions. These are, primarily, the following.

What should be prescribed as the act of committing the crime? It is possible to take into account the following acts: 1) failure to declare the acquired assets 2) possession or owning assets that significantly exceed lawfully gained income 3) the act of acquiring the assets itself. None of these options would be free of objections. Just failure to declare the acquired assets does not contain sufficient amount of social harm to be declared as a criminal offence. Possession as such could be in some cases considered as an act of crime.¹⁸ It is about the possession of objects that are normally prohibited (weapons, narcotic drugs, child pornography). But possession of assets is socially adequate and desirable. Only if assets significantly exceed lawfully gained income possession would become a criminal act. This means that any possession of property and other assets may be subject to assessment of whether it meets this requirement, and not because of its own nature as it is in the mentioned cases. Some advantage rests with action under 3) unlawful acquiring of assets, but that would greatly reduce the basic advantage of this criminal offence which is — simple and easy determination of its important elements.

The object of the act may be defined as — assets that are not proportional to lawfully earned income, that is, those assets that significantly exceed it. By itself, the object is not problematic to the extent that the act of the criminal offence is. Uncertainty and violation of

¹⁷ Nevertheless, as a counterargument one could ask the question: Is it normal and acceptable that a public official owns assets for which he/she cannot prove that he/she acquired them in a lawful manner?

¹⁸ See: C. Roxin, *Besitzdelikte*. In: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, II deo, Beograd, 2008, p. 9.

principle of *lex certa* could be somewhat avoided by specifying case law (i. e. meaning of term “significantly”).

When it comes to specifying the circle of offenders, there are serious dilemmas. The circle of offenders might include 1) all public officials (this would be in line with the Convention which, generally, provides a wide interpretation of the term: “public official”);¹⁹ 2) public officials who are required to declare their assets; 3) all civil servants 4) officers and responsible officers (some responsible officers); 5) all citizens. The easiest thing would be to tie this to that circle of public officials who are required by the law to declare their assets (although this is narrower than intended by the Convention). However, that circle is too narrow, not so much because of the Convention, as because of the opportunity for some officials to more frequently exercise corruption than others. So, for instance, what to do with clerks in public administration authorities working behind the counter, customs officers, policemen and so on? Finally, it might also be asked whether it would be justified to set this offence as general, i. e. that every citizen can commit it. This is not only unreasonable but also not required by the Convention. It cannot be a universal offence that would be directed at combating all forms of corruption, but only, if it is possible at all, the corruption of holders of public offices.

It would be necessary to prescribe special grounds for the exclusion of unlawfulness, and therefore of criminal offence, if the perpetrator makes it probable that he has acquired the property legally.

There should be a stand taken on the need to foresee a form of the offence committed by the person to whom the assets were transferred (this is where the matter of relationship with the existing criminal offence of concealment of property acquired by criminal offence occurs).

Further, should the mandatory confiscation of assets exceeding the lawfully gained income be explicitly stipulated? Is the special provision necessary, or could the assets be confiscated based on the general provisions regulating confiscation of the proceeds of crime?

Finally, the matter of the concurrence of offences should be addressed by expressly prescribing that if it is proved that illicit enrichment is a result of other criminal offences committed, then only those other criminal offences would exist, not illicit enrichment as a criminal offence. Without such a provision, the application of

¹⁹ For the purposes of the Convention “public official” shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority; (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (iii) any other person defined as a “public official in the domestic law of a State Party (Article 2. of UNCAC).

general rules on the concurrence of offences in the case of this atypical criminal offence, would not always give acceptable and indisputable solutions.

Conclusion

There are no easy answers to the question of whether it is reasonable to criminalize illicit enrichment. The answer to that question greatly depends on criminal-political assessment and evaluation. There are certain reasons that justify it, but the legislator would come across several problems and controversial issues in regards to the elements of this criminal offence. It is my opinion that the arguments *contra* prevail and that such a criminal offence would not be in accordance with the usual standards of criminal law. It would be hardly realistic that it could be effectively applied (regardless of the fact that it would be easier to prove it) and it would be unrealistic to expect that it would provide any serious contribution to the fight against corruption. Nevertheless, despite the serious doubts in terms of justification for introducing this criminal offence, it should not be lightly dismissed as an option; instead, the reasons *pro* and *contra* should be examined more thoroughly.

Such an offence would violate some of the fundamental principles of the rule of law and standards of criminal law. Contemporary criminal legislation increasingly makes exceptions more frequent in this direction. Maybe the question might arise if this is already done in other cases, why not in this? However, the problem of contemporary criminal legislation is that in some areas more and more frequently it makes exception to some of the basic principles, so that the question is whether in the near future the criminal law that we have known so far will survive. Precisely in the area of corruption, organized crime and terrorism, contemporary criminal law has already made so many exceptions that one can speak of the erosion of the principle of the rule of law and of violating those principles that have become generally accepted over the last two centuries.²⁰ Although it is often stressed that the fragmentation and subsidiarity of criminal law as the *ultima ratio* in relation to other branches of law should be emphasized precisely in the area of anti-corruption,²¹ legislator in most countries prefers to give priority to the criminal law.

²⁰ This, however, does not bring any results in terms of a more effective suppression of these forms of crime so that it cannot be said that something was gained for such a highly paid price. For more on criminal law expansionism, see: Z. Stojanović, *Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije* (Criminal Law Expansionism and Legislation of Serbia), In: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* IV deo (priredio Đ. Ignjatović), Beograd, 2010, pp. 32–48.

²¹ See, e. g., J. Queralt, *Randbetrachtung über die Korruption in Spanien*. In: *Festschrift für Imme Roxin*, C. F. Müller, 2012, p. 819.

However, this is not to be agreed. The task of the theory of criminal law is not to approve of such a position by the legislator.

Nor is the symbolic role of criminal law of decisive importance here. Incriminations which are not applied create the impression among citizens that there is no sincere readiness to suppress some behaviour. Moreover, it can cause citizens to feel deceived and to the utmost, contrary to the expectation, that legislators and politicians do not care about the fight against corruption,²² especially when its actors are public officials.

Finally, does this mean that modern states have to tolerate cases of apparent illegal enrichment of politicians and other public officials only to preserve some of the principles of criminal law? Of course not. There are other ways and mechanisms to counter the unscrupulous and criminal behaviour of certain public officials. The ineffectiveness of the criminal justice system to combat corruption cannot be the reason for introducing new criminal offences that violate some of the fundamental constitutional and criminal law principles.

Bibliography

1. Boles, J., Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations, *Journal of legislation and public policy* 2014.
2. Comparative overview: *Criminalisation of illicit enrichment of public officials in certain European countries*, Parliament of Montenegro, Parliamentary Institute, Research Centre, Podgorica, April 2016.
3. Diaz y Garcia Conlledo, M., Corrupción y delitos contra la administración pública. insuficiencias y limites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español, *Revista de Derecho, Universidad Centroamericana* No 7 2004.
4. Kliegel, Th., *Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung*, Nomos, Baden-Baden, 2013
5. Muzila L., et al., *Illicit enrichment*, StAR, The World Bank-UNODC, 2011.
6. Pakštaitis, L., Illicit enrichment as a crime according to the criminal law of Lithuania: origins, problems of criminalization, implementation and perspectives, *Jurisprudencija*, 1 2013
7. Queralt, J., Randbetrachtung über die Korruption in Spanien. In: *Festschrift für Imme Roxin*, C. F. Müller, 2012.
8. Roxin, C., Besitzdelikte. In: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, II deo, Beograd, 2008.
9. Stojanović, Z., Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije (Criminal Law Expansionism and Legislation of

²² So M. Diaz y Garcia Conlledo, Corrupción y delitos contra la administración pública. insuficiencias y limites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español, *Revista de Derecho, Universidad Centroamericana* No 7 2004, pp. 193–194. This author thinks that, at worst, it can even become a criminogenic factor. *Ibid.*, p. 194.

- Serbia), In: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* IV deo (priredio Đ. Ignjatović), Beograd, 2010.
10. Stojanović, Z., "Fight against corruption: Illicit enrichment — pro et contra," Workshop on Organised Crime, Issue: Regional Cooperation and European Practices, European Commission Taix, Danilovgrad, Montenegro, 24–25 February 2012.
 11. Stojanović, Z. *et al.*, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije* (Manual for combating economic crime and corruption), OEBS — Misija u Srbiji, Beograd, 2017

Laws and conventions:

1. Law on Prevention of Corruption (Zakon o sprječavanju korupcije), „Službeni list Crne Gore” No. 53/2014.
2. Law on Seizure and Confiscation of the Proceeds from Criminal Activity (Zakon o oduzimanju imovine stečene kriminalnom djelatnošću), „Službeni list Crne Gore” No. 58/2015.
3. Law on Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela), „Službeni glasnik RS” No. 32/2013 i 94/2016.
4. The Anti-Corruption Agency Law (Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije), „Službeni glasnik RS”, No. 97/2008, 53/2010, 66/2011 — decision of the Constitutional Court and 12/2013 — Interpretation Act)
5. United Nations Convention against Corruption; Signature and Ratification, Status as of 26 June 2018, United Nations Office On Drugs And Crime,
6. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.
7. United Nations Convention against Corruption, 31 Oct. 2003, U. N. T. S. vol. 2349.

Dr Zoran Stojanović

NEZAKONITO BOGAĆENJE KAO KRIVIČNO
DJELO JAVNIH FUNKCIONERA?

U radu se razmatra pitanje opravdanosti uvođenja novog krivičnog djela nezakonitog bogaćenja čiji bi izvršioци bili javni funkcioneri koji za vrijeme vršenja javne funkcije steknu imovinu za koju ne mogu da dokažu da je stečena na zakonit način. S obzirom na to da Konvencija UN-a protiv korupcije daje elemente ovog krivičnog djela (član 20) i preporučuje državama potpisnicama da razmotre mogućnost njegovog uvođenja, u radu se razmatraju neki razlozi za i protiv uvođenja ovog krivičnog djela. Zauzimanje stava u vezi sa ovim pitanjem zabtjewa ne samo razmatranje određenih pravnih pitanja, već i kriminalno-političku procjenu o korisnosti ove inkriminacije u suzbijanju korupcije. Autor samtra da, ipak, ne postoje dovoljno ubjedljivi razlozi koji idu u prilog uvođenju ove inkriminacije. Analiza argumentata za i protiv uvođenja novog krivičnog djela pokazala je da argumenti protiv prevlađuju, te da oni imaju veću težinu ne samo po broju, već i po svom značaju.

Ključne riječi: Korupcija, nezakonito bogaćenje, javni funkcioneri, Konvencija UN-a protiv korupcije, krivično pravo

Izvori upravnog prava u Crnoj Gori

Izvori upravnog prava imaju neke posebne karakteristike, prije svega brojnost, raznovrsnost i promjenljivost. Iako ne postoje principi- jelne razlike između izvora upravnog prava i drugih grana prava, za izvore upravnog prava vezane su izvjesne kvantitativne specifičnosti kao što je okolnost da izvore upravnog prava u znatno većem obimu čine podzakonski opšti akti, dok se norme ostalih grana prava naj- češće nalaze u zakonima. Za razliku od drugih ‘vodećih’ grana pra- va, kao što su građansko pravo i krivično pravo, materija upravnog prava regulisana je u velikom broju zakona, kao i brojnim podzakon- skim propisima tako da norme upravnog prava nisu obuhvaćene je- dinstvenim i cjelovitim kodifikacijama. Za savremeno upravno pra- vo nije karakterističan nedostatak pravnih propisa, već njihov veliki broj i raznolikost. Osim toga, izvori upravnog prava brzo zastarijeva- ju, što je razlog njihovog čestog mijenjanja. Kako se izvori prava, pa i upravnog prava, ne mogu jedinstveno utvrditi za sve pravne poretk- ke, vrste izvora upravnog prava moraju se utvrđivati polazeći od po- zitivnog prava svake zemlje. U Crnoj Gori izvori upravnog prava su samo opšti akti (zakoni, uredbi i drugi podzakonski opšti akti dr- žavnih organa), dok se u drugim pravnim sistemima i sudske odlu- ke (tzv. precedenti), iako pojedinačni akti, takođe smatraju izvorima prava. Određeni izvor prava (zakon, uredba, odluka itd.) biće i izvor upravnog prava ukoliko sadrži pravne norme koje se odnose na orga- nizaciju uprave, na obavljanje upravne djelatnosti i na kontrolu upra- ve, s tim što su neki akti izvor upravnog prava u cjelini, dok su drugi akti izvor upravnog prava u onom dijelu u kojem sadrže norme ko- je se odnose na upravu.

Cljučne riječi: Izvori upravnog prava. Crna Gora. Ustav. Zakon. Uredba.

1. Opšta obilježja izvora upravnog prava

U vezi sa izvorima prava uopšte, u teoriji uporednog prava ističe se da „izvori prava ne znače ništa drugo do stvaranje prava, s tim što su vrste izvora prava identični sa oblicima (formama) stvara- nja prava”.¹

* Redovni profesor Upravnog prava, Fakultet pravnih nauka Univerziteta Do- nja Gorica u Podgorici. Redovni profesor Upravnog prava i Upravnog proce- snog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (u penziji).

¹ E. Melichar, I. Szabo, “Introduction”, *The Sources of Law — A Comparative Empirical Study*, Budapest, 1982, str. 11.

Izvori upravnog prava su svi oni izvori prava koji i inače mogu biti izvori prava uopšte. U tom smislu, „izvori administrativnog prava, uglavnom, su jednaki kao i kod svakog drugog prava, kao izvori prava uopšte. (...) Ponekad, djelimično i supsidijarno, pojavljuju se i neki specijalni izvori.”² Polazeći od toga, može se reći da upravno pravo nema neke svoje specifične i isključive izvore prava, već su to svi oni izvori prava koji su karakteristični za dati pravni sistem. Zbog toga, i materija izvora upravnog prava ne predstavlja neposredni predmet upravnog prava, već onih disciplina koje se time bave, posebno teorije prava i ustavnog prava.³

Izvori upravnog prava, međutim, ipak imaju neke posebne karakteristike, za koje se kaže da su uglavnom *kvantitativne* prirode, prije svega, brojnost, raznovrsnost i promjenljivost.⁴ U tom smislu, ističe se da „u pravnim sistemima u kojima je vršenje uprave podvrgnuto načelu zakonitosti, ne postoje principijelne razlike između izvora upravnog prava i drugih grana prava. Upravno pravo nema neke posebne, njemu svojstvene izvore prava, nego njegove izvore čine opšti akti koji u odnosnom pravnom sistemu imaju svojstvo izvora prava uopšte. Ipak, za izvore upravnog prava vezane su izvjesne kvantitativne specifičnosti. Tako izvore upravnog prava u znatno većem obimu čine podzakonski opšti akti, dok se norme ostalih grana prava najčešće nalaze u zakonima. Dalje, zakoni koji predstavljaju izvore upravnog prava su, po pravilu, kraći i regulišu određene grupe pitanja koja predstavljaju izvjesne cjeline, pa su zato vrlo brojni i nijesu obuhvaćeni u okviru jedinstvenih i cjelovitih kodifikacija. Za savremeno upravno pravo nije karakterističan nedostatak pravnih propisa, već veliki broj i raznolikost. Uz to, propisi koji su izvori upravnog prava brzo zastarijevaju, što je razlog njihovog čestog mijenjanja. Kako se izvori prava, pa i upravnog prava, ne mogu utvrditi za sva vremena i za sve pravne poretke, vrste izvora upravnog prava moraju se utvrđivati polazeći od pozitivnog prava svake zemlje.”⁵

U Crnoj Gori izvorima upravnog prava smatraju se opšti akti, prije svega zakoni, uredbe i drugi podzakonski opšti akti državnih organa, ali ne i pojedinačni akti, posebno sudske i upravne odluke (tzv. precedenti), kao što je to slučaj u nekim drugim pravnim sistemima (npr. u zemljama tzv. anglosaksonskog pravnog sistema i u pravu Evropske unije). U tzv. evropsko-kontinentalnim pravnim sistemima u koje spada i pravni sistem Crne Gore, određeni opšti pravni akti, prije svega zakon, uredba vlade i pravilnik ministarstva biće izvor upravnog prava ukoliko sadrže pravne norme koje se odnose na pitanja organizacije uprave, na obavljanje upravne djelatnosti, kao i na kontrolu rada uprave i upravnog postupanja. Treba, međutim, istaći

² Laza Kostić, *Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije I*, Beograd, 1933, str. 20.

³ Uporedi: Mijat Šuković, *Ustavno pravo*, Podgorica 2009.

⁴ Ivo Krbek, *Upravno pravo I*, Zagreb, 1929, str. 132.

⁵ Pavle Dimitrijević, Ratko Marković, *Upravno pravo*, Beograd, str. 265–266.

da u Crnoj Gori neki opšti akti predstavljaju izvor upravnog prava u cjelini (npr. Zakon o državnoj upravi, Zakon o upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima), dok drugi opšti akti predstavljaju izvor upravnog prava u onom dijelu u kojem sadrže norme koje se odnose na upravu (npr. Zakon o crnogorskom državljanstvu, Carinski zakon i dr.).

Zakoni i drugi propisi i opšti akti moraju se zvanično objaviti prije nego što stupe na snagu. Javno objavljivanje zakona i drugih propisa, posebno onih koji se odnose na upravu, predstavlja bitan uslov za ostvarivanje prava građana i za rad uprave. Objavljivanje zakona je nužno iz najmanje dva razloga. Prije svega, nije moguće postupati po zakonu ili drugom propisu ako se ne zna za njegovo postojanje. Prema Slobodanu Jovanoviću (1869–1958): „S obnarodovanjem zakon postaje obavezan, jer dok podanicima ne bude moguće saznati za njega, od njih nije tražiti da mu se pokoravaju.”⁶ S druge strane, zbog moguće neusklađenosti pojedinih tekstova, neophodno je imati jedan zvanični izvornik u kojem će stajati autentičan tekst tog propisa.

Po pravilu, zakoni i drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja, osim ako se iz opravdanih razloga, utvrđenih pri njihovom donošenju, ne predvidi da stupaju na snagu ranije (npr. danom donošenja). Istovremeno, po pravilu se zabranjuje tzv. povratno (retroaktivno) dejstvo zakona, s tim što se to izuzetno može odnositi samo na pojedine odredbe zakona, ako to zahtijeva javni interes utvrđen u postupku donošenja zakona.

Zakoni, drugi pravni propisi i opšti akti objavljuju se u službenim glasilima. Zakoni i drugi propisi i opšti akti u Crnoj Gori objavljuju se u Službenom listu Crne Gore. Opšti akti opština objavljuju o odgovarajućim službenim glasilima opština. Prilikom objavljivanja zakona može doći do raznih daktilografskih, štamparskih i drugih tehničkih grešaka. Zbog toga su nužne i odgovorajuće ispravke. Ispravke tih grešaka dužan je da učini onaj ko je donio pogrešan tekst i da ih objavi u istom službenom glasilu u kome je objavljen i pogrešan tekst.

2. Vrste izvora upravnog prava

Polazeći od važećeg pozitivnog prava u Crnoj Gori, osnovni izvori upravnog prava mogu se klasifikovati na sljedeći način: a) ustav, b) zakon, c) podzakonski akti (skupštine, predsjednika republike, vlade i ministarstava), d) opšti akti nedržavnih subjekata. Međutim, pod određenim okolnostima, kao dopunski izvori upravnog prava mogu se javiti: a) sudska praksa, b) upravna praksa, c) običaji i d) posebni, odnosno pomoćni izvori (pravila struke).⁷

⁶ Slobodan Jovanović, *Osnovi pravne teorije o državi*, Beograd, 1914, str. 152.

⁷ O izvorima upravnog prava u Crnoj Gori takođe videti: Stevan Lilić, Dražen Cerović, *Upravno procesno pravo*, Podgorica, 2013; Stevan Lilić, *Upravno pravo Crne Gore*, Podgorica, 2012; Predrag Dimitrijević, Đordžije Blažić, *Upravno*

2.1. Ustav kao izvor upravnog prava

Ustav i ustavni akti (npr. ustavni amandmani, ustavni zakoni i sl.) predstavljaju izvor svih grana prava jednog pravnog sistema. Ustavom i ustavnim aktima, po pravilu, uređuju se i određena pitanja iz pojedinih grana prava koja se smatraju vitalnim za društvenu zajednicu (npr. vrste svojine, višestranački pluralizam, ukidanje smrtne kazne i sl.). Ustavom se obezbjeđuje najviša pravna sigurnost, tako što se onemogućava drugačije regulisanje istih pitanja od strane različitih zakon. Pošto su ustavne odredbe načelnog karaktera (tzv. ustavna načela), njih je potrebno razraditi zakonima i podzakonskim propisima. U Crnoj Gori je riječ o Ustavu Crne Gore (2007)⁸ i Ustavnom zakonu za sprovođenje Ustava Crne Gore (2007).⁹

Ustav kao izvor upravnog prava može se javiti kao neposredni ili kao posredni izvor upravnog prava. „Ustav je uglavnom posredni, a u znatno manjoj mjeri neposredni izvor upravnog prava. To znači da je ustav najčešće izvor upravnog prava posredstvom zakona, a ne neposredno svojim odredbama, jer one nijesu podobne za neposrednu primjenu. Uostalom, ustavne odredbe se najčešće i ne primjenjuju, one sadrže načela koja su naredbe za zakonodavca da ih zakonima razradi i oživotvori.”¹⁰

Ustav je neposredni izvor prava za organe uprave kada oni mogu i moraju da zasnivaju svoje akte direktno na pojedinim odredbama ustava. To je slučaj samo onda kada ustav izričito ustanovljava organe uprave, daje ovlaštenje i određuje njihove dužnosti, kao i kada određuje oblike kontrole.

Ustav Crne Gore je neposredni izvor upravnog prava u delu koji sadrži odgovarajuće odredbe o državnoj upravi i drugim upravnim institucijama upravnog sistema. Prema Ustavu:

Poslove državne uprave vrše ministarstva i drugi organi uprave (čl. 111).

Pojedini poslovi državne uprave mogu se zakonom prenijeti na lokalnu samoupravu ili drugo pravno lice. Pojedini poslovi državne uprave mogu se propisom Vlade povjeriti lokalnoj samoupravi ili drugom pravnom licu. (čl. 112)

Zaštitnik ljudskih prava i sloboda Crne Gore je samostalan i nezavisan organ koji preduzima mjere za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Zaštitnik ljudskih prava i sloboda vrši funkciju na osnovu Ustava, zakona i potvrđenih međunarodnih ugovora, pridržavajući se i načela pravde i pravičnosti. Zaštitnik ljudskih prava i sloboda imenuje se na vrijeme od šest godina i može biti razriješen u slučajevima predviđenim zakonom. (čl. 81)

pravo Crne Gore, Podgorica 2008; Ljubomir Sekulić, *Osnovi upravnog prava*, Podgorica, 2004.

⁸ Ustav Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 1/2007.

⁹ Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 1/2007.

¹⁰ P. Dimitrijević, R. Marković, *op. cit.*, str. 267.

Državna revizorska institucija Crne Gore je samostalan i vrhovni organ državne revizije. Državna revizorska institucija vrši reviziju zakonitosti i uspješnosti upravljanja državnom imovinom i obavezama, budžetima i svim finansijskim poslovima subjekata čiji su izvori finansiranja javni ili nastaju korišćenjem državne imovine. Državna revizorska institucija podnosi Skupštini godišnji izvještaj. Državnom revizorskom institucijom upravlja Senat. (čl. 144)

Pod naslovom „Zakonitost pojedinačnih akata” (čl. 148), Ustav sadrži sljedeću odredbu: „Pojedinačni pravni akt mora biti saglasan sa zakonom. Konačni pojedinačni pravni akti uživaju sudsku zaštitu.”

Posredno, ustav se može javiti kao izvor upravnog prava kada propisuje da je svako (pa i organ uprave) obavezan da se pridržava Ustava i zakona. (čl. 10, st. 2). Takođe, Ustav garantuje građanima niz ljudskih prava koja su prije svega upravljene na javnu upravu te se njihovo poštovanje javlja kao ustavna obaveza uprave. Takva prava su, recimo, zaštita podataka o ličnosti kao dio prava na privatnost (čl. 43), pravo pristupa informacijama u posjedu državnih organa i organizacija (čl. 51), pravo obraćanja državnom organu ili organizaciji koja vrši javna ovlašćenja (čl. 57) i dr.

2.2. *Zakon kao izvor upravnog prava*

Kao izvor upravnog prava, zakon se javlja kao primarni i najvažniji formalni izvor upravnog prava. Dok se u širem smislu pod zakonom podrazumijeva svako opšte pravilo, dotle se u užem smislu pod zakonom podrazumijevaju norme koje je donio poseban zakonodavni organ u posebnom zakonodavnom postupku. U vezi sa zakonom kao izvorom prava postoje i neka opšta pravila i opšte karakteristike koje dolaze do izražaja i kod zakona kao izvora upravnog prava.

Tako, u pogledu odnosa opšteg i posebnog zakona, važi pravilo da se u slučaju da postoji i opšti i poseban zakon u određenoj materiji primjenjuje poseban zakon, prema tradicionalnoj pravnoj maksimi *lex specialis derogat legi generali*. S druge strane, odnosno ukoliko posebnim zakonom neko pitanje nije regulisano, primjenjivaće se opšti zakon kao „supsidijarni”, tj. kao dopunski (kao što je, recimo slučaj kod tzv. posebnih upravnih postupaka).

U pogledu vremenskog dejstva zakona važi pravilo da zakon ne može imati povratno dejstvo, prema principu zabrane retroaktivnosti zakona.¹¹ To znači da zakon obavezuje samo unaprijed za slučajeve koji su nastali posle njegovog donošenja. Međutim, od ovog pravila ima i nekih ograničenih izuzetaka, jer se povratno dejstvo zakona može odnositi samo na neke njegove odredbe (a ne na zakon u cjelini). Tako, pojedine odredbe zakona mogu imati povratno dejstvo samo u slučaju da je to izričito predviđeno samim zakonom i ukoliko to zahtijeva opšti interes koji je utvrđen zakonom. Osim toga, prije

¹¹ Slobodan Perović, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata: Teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd, 1990.

stupanja na snagu zakon mora biti objavljen u odgovarajućem službenom glasilu (npr. u Službenom listu Crne Gore).

Sa zakonom se može izjednačiti i tzv. autentično tumačenje zakona, kad je to predviđeno. Autentično tumačenje zakona javlja se u formi zakona kada tumačenje daje donosilac zakona. Međutim, zakon o autentičnom tumačenju ne smatra se samostalnim aktom (već sastavnim djelom zakona koji tumači), te zbog toga ima povratno dejstvo. Kako je u formalnom smislu akt kojim se daje autentično tumačenje izjednačen sa zakonom, on kao izvor prava obavezuje isto kao i zakon na koji se odnosi. Pošto autentično tumačenje nije predviđeno novim Ustavom Crne Gore, to ono danas i ne predstavlja izvor upravnog prava.

Sa zakonom kao izvorom prava obično se izjedačavaju i neki drugi opšti akti kao što su društveni plan (tj. posebna vrsta ekonomskog pravnog akta kojim se utvrđuje i usmjerava ekonomska i razvojna politika za određeni period), kao i budžet (tj. posebna vrsta finansijskog pravnog akta o prihodima i rashodima države za određeni period). Osim toga, u širem smislu, kao posebna vrsta zakona smatraju se i međunarodni ugovori, kada su ratifikovani tj. na odgovarajući formalan način izjednačeni sa domaćim zakonom.

Zakoni koji se javljaju kao osnovni izvori upravnog prava u oblasti organizacije uprave, upravne djelatnosti i sudske kontrole uprave, između ostalog, su:

U vezi sa organizacijom uprave, u Crnoj Gori važe: Zakon o državnoj upravi (2003, 2018),¹² Zakon o državnim službenicima i namještenicima (2018),¹³ Zakon o lokalnoj samoupravi (2018),¹⁴ Zakon o teritorijalnoj organizaciji Crne Gore (2011, 2016)¹⁵ i dr.

U vezi sa obavljanjem upravne djelatnosti, u Crnoj Gori važi Zakon o upravnom postupku (2014),¹⁶ Zakon o inspekcijском nadzoru (2003, 2016)¹⁷ i dr.

U vezi sa vršenjem sudske kontrole uprave, u Crnoj Gori važi Zakon o upravnom sporu (2016).¹⁸

2.3. Podzakonski opšti akti kao izvori upravnog prava

Podzakonski opšti akti su opšti akti koji su po svojoj pravnoj snazi niži od zakona. Podzakonskim opštim aktima se uopštena pravna

¹² Zakon o državnoj upravi, „Službeni list RCG”, br. 38/2003, „Službeni list CG”, br. 22/2008, 42/2011, 54/2016, 13/2018.

¹³ Zakon o državnim službenicima i namještenicima, „Službeni list CG”, br. 2/2018.

¹⁴ Zakon o lokalnoj samoupravi, „Službeni list CG”, br. 2/2018.

¹⁵ Zakon o teritorijalnoj organizaciji Crne Gore, „Službeni list CG”, br. 54/2011, 26/2012, 27/2013, 62/2013, 12/2014 i 3/2016.

¹⁶ Zakon o upravnom postupku, „Službeni list CG”, br. 56/2014, 20/2015, 40/2016, 37/2017.

¹⁷ Zakon o inspekcijском nadzoru, „Službeni list RCG”, br. 39/2003, „Službeni list CG”, br. 76/2009, 57/2011, 18/2014, 11/2015 i 52/2016.

¹⁸ Zakon o upravnom sporu, „Službeni list CG”, br. 56/2016.

pravila iz zakona u određenoj mjeri konkretizuju (mada i dalje zadržavaju obilježje opšteg pravnog akta), kako bi se olakšalo sprovođenje i izvršenje zakona u konkretnom slučaju. Kako se ističe, podzakonski opšti akti su generički naziv za propise slabije pravne snage od zakona, koje donose, po pravilu, nezakonodavni, izvršni i upravni organi, a ukoliko ih donose zakonodavni organi, onda ih ne donose po postupku po kome donose zakone (zakonodavni postupak), nego po postupku manje složenom od zakonodavnog postupka. Podzakonskim aktima ne može se uređivati materija koja prethodno nije bila uređena zakonom. Ovim izrazom obuhvataju se, takođe, i opšti akti koje donose organi lokalne samouprave. Postojanje podzakonskih opštih akata pretpostavlja postojanje zakona. Tek sa podzakonskim aktima donijetim radi izvršavanja zakona, zakon postaje potpun akt podoban za primjenjivanje u njemu sadržanih ciljeva. Osim toga, podzakonskim opštim aktima ne mogu se zasnivati ovlašćenja i obaveze subjekata mimo onih utvrđenih zakonima. „Zbog toga se oni uvijek donose na osnovu i u saglasnosti sa zakonom.”¹⁹

Iako su podzakonski opšti akti pravni akti niže pravne snage od zakona, oni se međusobno mogu razlikovati po određenim obilježjima (npr. prema donosiocu, nazivu, pravnoj snazi, stepenu opštosti i sl.). Polazeći od toga, u crnogorskom pravnom sistemu podzakonski opšti akti kao izvori upravnog prava mogu se, prema donosiocu, razlikovati: 1) podzakonski opšti akti Skupštine, 2) podzakonski opšti akti predsednika Republike, 3) podzakonski opšti akti Vlade, 4) podzakonski opšti akti ministarstava, 5) podzakonski opšti akti opština, kao i 6) opšti akti nedržavnih subjekata.

2.3.1. Podzakonski opšti akti skupštine kao izvori upravnog prava

Skupština, osim zakona (i ustava), donosi i podzakonske opšte pravne akte, kao i opšte političke akte. Iz praktičnih razloga, ističe se da je „ove akte najbolje odrediti negativno: to su svi oni opšti pravni akti koje skupštine ne donose po zakonodavnom postupku u vršenju svoje zakonodavne nadležnosti.”²⁰

Prema Ustavu (čl. 129) akti Skupštine, pored Ustava i zakona, su: prostorni planovi, poslovnik Skupštine, deklaracija, rezolucija, odluka, preporuka i zaključak.

Uz Ustav i zakon, najznačajniji opšti akt Skupštine Crne Gore je Poslovnik Skupštine. Iako se poslovnik skupštine često klasifikuje kao „podzakonski opšti akt” skupštine, postoji dilema u pogledu opravdanosti ove klasifikacije. Ovo iz razloga što poslovnik skupštine propisuje procedure usvajanja zakona pa se teško može reći da je poslovnik „podzakonski akt” kada se po njemu donose zakoni. Tako, prema Poslovniku Skupštine Crne Gore (čl. 130): „Postupak za donošenje zakona pokreće se podnošenjem predloga zakona. Predlog zakona

¹⁹ P. Dimitrijević, R. Marković, *op. cit.*, str. 283–284.

²⁰ *Ibid.*, 286.

podnosi se u obliku u kome se donosi zakon i mora biti obrazložen i to u pisanoj formi u potrebnom broju primjeraka i u elektronskom obliku. Obrazloženje predloga zakona sadrži: ustavni osnov za uređivanje pitanja koja su predmet predloga zakona; razloge za donošenje zakona; usaglašenost sa pravnom tekovinom Evropske Unije i potvrđenim međunarodnim konvencijama; objašnjenje osnovnih pravnih instituta; procjenu finansijskih sredstava za sprovođenje zakona; javni interes zbog kojeg je predloženo povratno dejstvo, ako predlog zakona sadrži odredbe za koje se predviđa povratno dejstvo; tekst odredaba zakona koje se mijenjaju, ako se predlaže zakon o izmjenama.”

Kao svoje „redovne” podzakonske opšte akte skupštine donose odluke. Međutim, odluke skupštine mogu u pravnom smislu biti različite. Tako, odluka može biti podzakonski opšti akt skupštine, kao što je na primer *Odluka o izmjenama i dopunama Poslovnika Skupštine Crne Gore* (2011), ali odluka može biti i pojedinačni akt skupštine, na primjer *Odluka o broju zamjenika/ca Zaštitnika/ce ljudskih prava i sloboda* (2011).

Osim podzakonskih opštih pravnih akata, skupštine donose i tzv. političke akte. Politički akti su opšti akti skupštine koji nemaju svojstvo propisa jer po svojoj prirodi nijesu pravni, već politički akti. Iz tih razloga politički akti nemaju obaveznu pravnu snagu koju imaju pravni akti, već obavezuju po drugom, tj. političkom i moralnom osnovu. Kako se ističe, „ovi akti nijesu akti pravnog normiranja, nego društveno-političkog usmjeravanja društvenih odnosa. Međutim, to ne znači da ti akti nijesu i opšteobavezni akti. Naprotiv, i ti akti obavezuju, i oni su snabdjeveni sankcijom, samo što su osnov njihove obaveznosti i sankcija za nepoštovanje različiti od osnova i sankcija obaveznosti propisa.”²¹

U opšte političke akte skupština ubrajaju se: deklaracije i rezolucije. Po pravilu, deklaracijom se izražava opšti stav skupštine o značajnim pitanjima unutrašnje i spoljne politike — npr. *Deklaracija o prihvatanju rezolucije Evropskog parlamenta o Srebrenici* (2009), dok se rezolucijom ukazuje na stanje i probleme u određenoj oblasti društvenog života, utvrđuju osnovi politike i daju smjernice za njeno sprovođenje (npr. *Rezolucija o neophodnosti ubrzanja procesa integracije Crne Gore u evropske i evroatlanske strukture*, 2008).

2.3.2. Akti predsjednika države kao izvori upravnog prava

Akti predsjednika države nijesu izvor upravnog prava jer predsjednik, po pravilu, ne donosi opšte, već samo pojedinačne pravne akte, kao što su ukaz, naredba, predlog i odluka.

Od akata koje donosi predsjednik države najznačajniji je ukaz. Prema Ustavu Crne Gore (čl. 94–95), predsjednik Crne Gore ukazom proglašava zakone, odnosno dužan je da proglasi zakon u roku od sedam dana od dana usvajanja zakona, odnosno u roku od tri dana

²¹ *Ibid.*, 302.

ako je zakon usvojen po hitnom postupku ili da zakon vrati Skupštini na ponovno odlučivanje. Predsjednik Crne Gore dužan je da proglasi ponovno izglasani zakon.

2.3.3. Podzakonski opšti akti Vlade kao izvori upravnog prava

I podzakonski opšti akti vlade mogu se javiti kao izvor upravnog prava. Prema Uredbi o Vladi Crne Gore (2008, 2018),²² Vlada donosi uredbе, odluke, strategije, deklaracije, rješenja, zaključke i druge akte.

Uredbom se razrađuje odnos uređen zakonom, uređuju odnosi od značaja za ostvarivanje ustavnih i zakonskih funkcija Vlade, osnivaju ministarstva i drugi organi državne uprave i utvrđuje organizacija i način rada državne uprave, u skladu sa zakonom. Tako se npr. Uredbom o organizaciji i načinu rada državne uprave (2012, 2016)²³ osnivaju ministarstva i drugi organi uprave, utvrđuje organizacija i način rada državne uprave i uređuju pitanja obezbjeđenja izvršenja odluka Ustavnog suda Crne Gore, kao i druga pitanja od značaja za organizaciju i rad državne uprave.

Odlukom se preduzimaju mjere i uređuju pitanja od opšteg interesa, uređuju pojedina pitanja i mjere iz nadležnosti Vlade i odlučuje o drugim pitanjima za koja je zakonom ili uredbom određeno da ih Vlada uređuje odlukom. Strategijom se utvrđuje stanje u određenoj oblasti i mjere koje treba preduzeti za njen razvoj.

Deklaracijom se izražava stav Vlade o nekom pitanju.

Rješenjem se odlučuje o imenovanjima, postavljenjima i razrješenjima kao i o drugim pojedinačnim pitanjima iz nadležnosti Vlade.

Zaključkom se utvrđuju stavovi o pojedinim pitanjima od značaja za sprovođenje politike i u slučajevima kad Vlada ne donosi druge akte. Uredbe, odluke, poslovnik, rješenja o imenovanju, postavljenju i razrješenju, kao i drugi akti za koje odluči Vlada, objavljuju se u Službenom listu Crne Gore.

2.3.4. Podzakonski opšti akti ministarstava kao izvori upravnog prava

Istaknuto je da upravno pravo nema posebnih pravnih izvora koji bi bili isključivi izvori upravnog prava. Međutim, moglo bi se reći da su specifični izvori upravnog prava upravo podzakonski opšti akti ministarstva, prije svega „pravilnik”. Podzakonske opšte akte ministarstva formalno donosi ministar.

Prema Zakonu o državnoj upravi (2003, 2018) ministarstva donose pravilnike, naredbe i uputstva za izvršavanje zakona i drugih propisa (čl. čl. 38–40).

²² Uredba o Vladi Crne Gore, „Službeni list CG”, br. 80/2008, 14/2017, 28/2018.

²³ Uredba o organizaciji i načinu rada državne uprave, „Službeni list CG”, br. 5/2012, 25/2012, 61/2012, 44/2012, 20/2013, 17/2014, 6/2015, 80/2015, 35/2016, 41/2016.

Pravilnikom se razrađuju pojedine odredbe zakona i drugih propisa. Tako je, na primjer, na osnovu odredaba Zakona o biračkim spiskovima (2008.), Ministarstvo unutrašnjih poslova i javne uprave donijelo Pravilnik o biračkim spiskovima (2008)²⁴ kojim se uređuju pitanja od značaja za potpuno, tačno i ažurno vođenje biračkih spiskova.

Naredbom se naređuje ili zabranjuje postupanje u određenoj situaciji koja ima opšti značaj (npr. *Naredba o načinu uplate javnih prihoda*²⁵ donijeta od strane Ministarstva finansija, a na osnovu Zakona o poreskoj administraciji).

Uputstvom se propisuje način rada i vršenja poslova organa uprave, lokalne samouprave i drugih pravnih lica u vršenju prenetih, odnosno povjerenih poslova (npr. uputstvo o obrascima u upravnom postupku). Propisom ministarstava ne mogu se ustanovljavati prava i obaveze za fizička i pravna lica.

2.3.5. Podzakonski opšti akti opština (grada) kao izvori upravnog prava

Položaj lokalne samouprave uređen je Ustavom Crne Gore (čl. 113–117). Prema Ustavu, osnovni oblik lokalne samouprave je opština. Opština ima svojstvo pravnog lica, donosi statut i opšte akte. Organi opštine su skupština i predsjednik. Prema Zakonu o lokalnoj samoupravi (2018),²⁶ u vršenju poslova iz svog djelokruga skupština donosi statut, propise, odluke i druge opšte akte.

Statut je osnovni akt kojim se uređuje organizacija, rad i način ostvarivanja lokalne samouprave. Statutom opštine se uređuju, naročito: prava i dužnosti opštine i način njihovog ostvarivanja; poslovi i način odlučivanja lokalnog stanovništva; način i uslovi vršenja sopstvenih poslova; organizacija i način rada organa, način donošenja propisa; način vršenja nadzora nad radom organa opštine i javnih službi; način povjeravanja određenih poslova radnim tijelima skupštine; način obezbjeđenja javnosti rada organa i javnih službi; finansiranje; ustanovljenje simbola, praznik opštine i način njegovog obilježavanja i druga pitanja od značaja za funkcionisanje lokalne samouprave.

Odlukom se odlučuje o pravima i obavezama građana, osnivaju javne službe i odlučuje o drugim pitanjima, u skladu sa zakonom i statutom opštine. Rješenjem se odlučuje o pojedinačnim pitanjima, u skladu sa zakonom i drugim propisom. Odluka i rješenje su najčešće pojedinačni pravni akti, pa nijesu izvor upravnog prava.

Skupština donosi zaključke o pojedinim pitanjima od značaja za utvrđivanje i vođenje politike. Skupština donosi povelje i preporuke u kojima iznosi svoj stav u odnosu na pojedina systemska pitanja iz sopstvene nadležnosti, odnosno pitanja koja se odnose na druge organe i javne službe.

²⁴ Pravilnik o biračkim spiskovima, „*Službeni list CG*”, br. 44/2008.

²⁵ Naredba o načinu uplate javnih prihoda, „*Službeni list CG*”, br. 32/2011.

²⁶ Zakon o lokalnoj samoupravi, „*Službeni list CG*”, br. 2/2018.

2.3.6. Opšti akti nedržavnih subjekata kao izvori upravnog prava

Pojedina preduzeća, ustanove, agencije i organizacije (npr. udruženja, klubovi i sl.) donose svoje opšte akte kojima propisuju norme o ponašanju svojih radnika ili članova. Po pravilu, o primjeni tih normi ne stara se država, već je to stvar tih organizacija. Postoje određene velike organizacije čiji statuti i druge norme liče na pravo zakonodavstvo (npr. crkva, sindikati, sportske organizacije). Osim toga, postoje i razne međunarodne sportske, šahovske, stručne, humanitarne i slične organizacije koje imaju neku vrstu svog „zakonodavstva”.

Određenim nedržavnim subjektima (npr. komunalnim preduzećima, fakultetima, udruženjima građana i sl.) može se povjeriti vršenje javnih ovlašćenja. U tom slučaju se i opšti akti tih nedržavnih organizacija (npr. statuti, pravila, odluke i sl.) mogu javiti kao izvori upravnog prava. Prema Ustavu Crne Gore (čl. 112), pojedini poslovi državne uprave mogu se zakonom prenijeti na lokalnu samoupravu ili drugo pravno lice. Osim toga, pojedini poslovi državne uprave mogu se propisom Vlade povjeriti lokalnoj samoupravi ili drugom pravnom licu. Tako je Zakonom o osiguranju (2006, 2013)²⁷ formirana *Agencija za nadzor osiguranja* u čijoj je nadležnosti da donosi pojedinačne akte odnosno da odlučuje o dozvolama, saglasnostima, ovlašćenjima iz nadležnosti Agencije, ali i da donosi opšte akte — pravila i druge akte utvrđene zakonom. Između ostalog, Agencija donosi pravilnike (npr. Pravilnik o sadržini obrasca polise osiguranja od autoodgovornosti²⁸). Na osnovu Zakona o visokom obrazovanju,²⁹ Univerzitet Crne Gore donosi opšte akte među kojima je najznačajniji *Statut Univerziteta Crne Gore*³⁰ kojim se uređuju osnovi organizacije, djelatnost i poslovanje Univerziteta, ovlašćenja i način odlučivanja njegovih organa, izvođenje studija, prava i obaveze zaposlenog osoblja i studenata, kao i druga pitanja od značaja za rad Univerziteta.

3. Sudske odluke kao izvor upravnog prava

3.1. Sudske odluke i stvaranje prava

U vezi sa stvaranjem prava uopšte, u teoriji uporednog prava se ističe da „izvori prava ne znače ništa drugo do stvaranje prava, s tim što su vrste izvora prava identični sa oblicima (formama) stvaranja prava”.³¹

Kako se u teoriji ističe: „Stvaranje prava je, pored ostvarivanja prava, dio pravnog procesa i ostvaruje se kroz apstraktno-regulativnu

²⁷ Zakon o osiguranju, „Službeni list RCG”, br. 78/2006, 19/2007, „Službeni list CG”, br. 53/2009, 73/2010, 40/2011, 45/2012, 6/2013.

²⁸ Pravilnik o sadržini obrasca polise osiguranja od autoodgovornosti, donet 27. 12. 2011. godine.

²⁹ Zakon o visokom obrazovanju, „Službeni list CG”, 44/2014, 52/2014, 47/2015, 40/2016, 42/2017, 71/201, 55/2018.

³⁰ Statut Univerziteta Crne Gore, usvojen 04. 02. 2015 (<http://www.ucg.ac.me>).

³¹ E. Melichar, I. Szabo, *op. cit.* str. 11.

funkciju prava, odnosno pravnog sistema. Odnos opšte pravne norme i stvarnosti rješava se kroz stvaranje prava. Pravo je apstraktno, hipotetično, simplifikirano i statično, a društvo konkretno, faktičko, kompleksno i dinamičko. Ova antonimija ne može se izbjeći, pa zakonodavac mora da uloži mnogo truda da bi stvorio realno pravo, ono pravo za čiju je primjenu društvo prohodno.”³² U tom smislu, „izučavanje pravne poruke, odnosno njene sadržine, ostavlja prazninu u spoznaji prava. Kakvo će biti pravo, odnosno pravna poruka, i kako će se ostvarivati u mnogome zavisi od toga kako su i na koji način stvoreni”.³³

U vezi sa stvaranjem prava, većina autora polazi od shvatanja da je stvaranje prava tzv. normativna djelatnost. Tako, normativna djelatnost je, najopštije rečeno, stvaranje prava donošenjem opštih pravnih akata, dok se ova djelatnost može bliže odrediti kao skup postupaka, pravila i materijalnih radnji čiji je rezultat stvaranje pravnih propisa. Pravno normiranje se, otuda, može definisati kao opšteteorijska i pozitivnopravna disciplina koja se bavi proučavanjem stvaranja prava.³⁴ S druge strane, stvaranje prava, odnosno legislativna djelatnost, predstavlja jednu od osnovnih državnih aktivnosti i glavni način nastanka pravne regulative u savremenim društvima.³⁵ U tom kontekstu, stvaranje prava ostvaruje se odgovarajućim normativnim tehnikama.³⁶ Tako, stvaranje prava zahtijeva korišćenje odgovarajućih saznavnih i tehničkih pravnih metoda. Da bi poredak postojao i da bi funkcionisao, prethodno treba da bude stvoren. To se upravo čini djelatnošću stvaranja prava. Tek kada je pravo stvoreno, ono može da se tumači i primjenjuje, tj. da važi i bude efikasno. To u istoj mjeri važi i za već stvoreni poredak u kome se stalno dešavaju promjene.

Kod nas se smatra da sudska praksa nije izvor prava u smislu da se presude najviših sudova moraju uzimati kao obavezna pravna pravila. Za razliku od toga, u zemljama anglosaksonskog prava u kojima se primjenjuje *common law* (npr. Velika Britanija, SAD i dr.), odluke najviših sudova, posebno tzv. precedenti, izjednačene su u pogledu pravne snage sa zakonom, i kao takve su obavezne. U tim pravnim sistemima, kao izvor prava ne smatraju se samo zakon i drugi opšti akti, već i pojedinačni sudski akti od precedentnog značaja.

³² Uporedi: S. Blagojević, „Apstraktno-regulativna funkcija prava (Stvaranje prava kao dio pravnog procesa)”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUGOSLOVENSKO UDRUŽENJE ZA TEORIJU, FILOZOFIJU I SOCIOLOGIJU PRAVA, 1999, str. 31–32.

³³ S. Blagojević, *op. cit.* str. 20.

³⁴ Uporedi: D. Bataveljić, „Stvaranje prava — davanje pravnog oblika društvenoj stvarnosti”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUGOSLOVENSKO UDRUŽENJE ZA TEORIJU, FILOZOFIJU I SOCIOLOGIJU PRAVA, 1999, str. 113.

³⁵ Uporedi: E. Maksimović, „Opšti principi stvaranja prava”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUGOSLOVENSKO UDRUŽENJE ZA TEORIJU, FILOZOFIJU I SOCIOLOGIJU PRAVA, 1999, str. 127.

³⁶ Uporedi: Zoran Jelić, *Osnovi normativne tehnike*, EKONOMIKA, Beograd, 1986.

Ipak, može se reći da se i kod nas sudske odluke, odnosno presude mogu u izvjesnom smislu javiti kao „izvor” koji stvara pravo. To će biti slučaj kada su pojedine sudske odluke, na osnovu izričnog zakonskog propisa, obavezne u konkretnom slučaju (npr. odluke sudova o sukobu nadležnosti između organa pravosuđa i organa uprave). Osim sudskih presuda, rješenja i odluka, sudovi, na posebnim opštim sjednicama (svih odjeljenja istog suda) ili zajedničkim sjednicama (dva ili više sudova), mogu zauzimati i tzv. načelne stavove i načelna pravna mišljenja. U tom smislu, pravna shvatanja vrhovnih sudova i drugih viših (npr. privrednih) sudova *de facto* se javljaju kao neka vrsta opštih pravnih akata tih sudova. Kako ona formalno nisu obavezna, ona i nijesu izvor prava. Zbog toga se može reći da, iako sudske presude i praksa sudova u crnogorskom pravnom sistemu nijesu formalni izvor prava, one se u stvarnosti javljaju kao značajan činilac koji utiče na rad sudova i drugih (npr. upravnih) organa donošenje njihovih odluka.

3.2. *Sudske odluke u pravu Evropske unije*

Sve dileme i kontradikcije vezane za teorijske i praktične aspekte upravnog prava, posebno u vezi sa uobličavanjem uporednog i međunarodnog upravnog prava,³⁷ ispoljavaju se i u vezi sa uobličavanjem upravnog prava Evropske unije.³⁸ Zato se može reći da je upravno pravo Evropske unije oblast i disciplina koja se nalazi u fazi „*utvrđivanja svog identiteta*”.³⁹ U tom smislu (slično kao što je to bio slučaj i sa Državnim savjetom u Francuskoj i sa administrativnim tribunalima u Britaniji i SAD), važnu ulogu u formiranju upravnog prava Evropske unije ima i Evropski sud pravde. Upravno pravo Evropske unije ne formira se doktrinarnim ili legislativnim putem, već, prije svega, upravnom (i drugom) praksom njenog Suda.

Može se reći da se upravno pravo Evropske unije razvija i u procesu usklađivanja (*harmonization*) upravnog prava pojedinih država članica sa pravom Unije. primjera radi, evo kako se upravno pravo Evropske unije pravo primjenjuje u Francuskoj, gdje Državni savjet i danas nastavlja sa tradicijom da svojim odlukama i praksom stvara nove upravne institute: „Duboke promjene u upravnom pravu Francuske posljedica su određene politike internacionalizacije i decentralizacije u međunarodnom pravnom sistemu. Tu se ističe da je Državni savjet više godina, čitavim nizom svojih odluka, jasno u sudskoj praksi prihvatio superiornost međunarodnog prava, i posebno superiornost prava Evropske zajednice prema nacionalnom pravu Francuske. U tom

³⁷ Uporedi: S. Lilić, „Međunarodno upravno pravo”, *Srbija — hvatanje koraka: Prilozi projektu: „Konstituisanje Srbije kao pravne države*, PRAVNI FAKULTET, Beograd, 1997, str. 69–83.

³⁸ Uporedi: Carlos Molina del Pozo, *Derecho administrativo y derecho comunitario* — Las Fuentes, Madrid, 1988.

³⁹ Uporedi: S. Lilić, „Upravno pravo Evropske unije”, *Pravo Evropske unije*, UDRUŽENJE ZA PRAVO EVROPSKE UNIJE, Beograd, 1996, str. 189–206.

smislu, Državni savet je svojom odlukom prihvatio da opšta načela francuskog prava mogu biti izvedena iz međunarodnih konvencija kao, na primjer, u materiji prava izbjeglica; da su direktive Evropske zajednice obavezne za države članice Zajednice; da se francuski zakoni, čak i oni donijeti kasnije, koji nijesu saglasni sa međunarodnim ugovorima, ne mogu primjenjivati saglasno članu 55. Ustava Francuske Republike; da je sudija ovlašćen da sam tumači međunarodne konvencije, ne pitajući Ministarstvo inostranih poslova, kao i da francuski zakonodavac mora poštovati pravo izvedeno iz prava Evropske zajednice, odnosno uredbi (regulativa) i direktiva Zajednice.⁴⁰

U odnosu na ulogu Evropskog suda pravde u oblikovanju fizionomije (upravnog) prava Evropske unije, konstatuje se da je: „Nadležnost suda istovremeno i kompleksna i raznovrsna. Čini se da su tri najznačajnije oblasti njegove nadležnosti: 1) postupci protiv država članica; 2) postupci protiv institucija Evropske unije i 3) odluke o prethodnim pitanjima (*preliminary rulings*).⁴¹ Kako se ističe: „Na neki način, može se reći da Evropski sud pravde ima ulogu ‘sudске djevojke za sve poslove’ (*judicial maid of all work*): on je istovremeno i neka vrsta upravnog suda (*administrative court*) kome mogu da se obrate nezadovoljni službenici Zajednice, ali je isto tako na raspolaganju pojedincima ukoliko smatraju da im je povrijedio pravo aktima Zajednice. On takođe igra i ulogu ustavnog suda (*constitutional court*) koji se bavi pitanjima kontrole zakonitosti (*judicial review*), kao i međunarodnog suda (*international court*) kada tumači odredbe ugovora. Konačno, on igra i ulogu drugostepenog suda (*appellate court*), kada su u pitanju tzv. odluke po prethodnim pitanjima (*preliminary rulings*), tj. ukoliko je domaćim sudovima potrebna određena vrsta tumačenja.⁴²

4. Običajno pravo kao izvor upravnog prava

Mada običajno pravo kao izvor upravnog prava u crnogorskom pravnom sistemu nema veći značaj, ipak ono nije kao izvor potpuno isključeno. Običajno pravo čine pravila ponašanja koja su nastala stalnim i jednoobraznim vršenjem ili uzdržavanjem od vršenja određenih radnji u određenim okolnostima. Za običajno pravo je posebno značajna svijest o obaveznosti nekog ponašanja, odnosno uzdržavanju od tog ponašanja. Za običajno pravo se može reći da predstavlja dopunski izvor (upravnog) prava jer njegova primjena dolazi u obzir samo u slučaju kada postoji tzv. *pravna praznina*, tj. kada ne postoji odgovarajući pravni propis.

⁴⁰ D. Denković, “Guy Braibant, Le droit administratif français”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, 1993, str. 452.

⁴¹ E. C. S. Wade, A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, London — New York, 1985, str. 131.

⁴² H. B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York — London — Rome, 1991, str. 250–251.

Kao primjer pozivanja na običaj se može navesti Zakon o unutrašnjoj trgovini (2008), prema kojem (čl. 4): „Trgovac obavlja trgovinu slobodno i pod jednakim uslovima na tržištu u skladu sa zakonom, ratifikovanim međunarodnim ugovorima i dobrim poslovnim običajima, na način kojim se ne nanosi šteta drugim trgovcima, potrošačima ili opštim interesima.”

5. Tehnička pravila i standardi kao izvori upravnog prava

Može se desiti da izvjesna tehnička ili druga pravila i standardi, kao „fakta sa posrednim dejstvom pravnih propisa”, posredno dobi-ju dejstvo pravnog izvora. Međutim, da bi se tehnička i druga pravila javila kao pomoćni ili dopunski izvor prava, potrebno je da ih zakon i drugi pravni propisi kao takve priznaju. Na primjer, zakon može propisati da se jedno pitanje može riješiti primjenom principa *lege artis*, tj. po pravilima struke, ili prema „načelima nauke”, „po uobičajenom redu” u jednom mjestu i slično. U tom slučaju, pravila struke, načela nauke, uobičajeni red itd. dobijaju snagu pravnih izvora, a pravni akti kojima treba da se riješiti neko pitanje mogu se zasnivati na tim standardima. Tako su, prema jednom ranijem propisu (Pravilnik o tehničkim mjerama i uslovima za zaštitu čeličnih konstrukcija od korozije, 1970) bila predviđena „pravila struke” za regulisanje pojedinih pitanja, posebno da se „za zaštitu od korozije čeličnih konstrukcija mogu primijeniti i sistemi zaštite koji nijesu navedeni u ovom pravilniku, ako se teoretski i eksperimentalno dokaže da se njihovom primjenom obezbjeđuje zaštita od korozije najmanje u stepenu propisanom ovim pravilnikom”. Kao primjer može se navesti, takođe prema jednom ranijem propisu (Zakon o suzbijanju poljske štete, 1972), primjena standarda „onog što je uobičajeno”, u smislu da se „služba za zaštitu poljoprivrednih imanja organizuje u skladu sa potrebama i mjesnim običajima.”

Literatura i pravni izvori

1. Bataveljić, D., „Stvaranje prava — davanje pravnog oblika društvenoj stvarnosti”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUTFSP, 1999.
2. Blagojević, S., „Apstraktno-regulativna funkcija prava (Stvaranje prava kao dio pravnog procesa)”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUTFSP, 1999.
3. del Pozo, Carlos Molina, *Derecho administrativo y derecho comunitario* — Las Fuentes, Madrid, 1988.
4. Denković, D., “Guy Braibant, Le droit administratif français”, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, 1993.
5. Dimitrijević, Pavle, Marković, Ratko *Upravno pravo*, Beograd.
6. Dimitrijević, Predrag, Blažić, Đordije, *Upravno pravo Crne Gore*, Podgorica 2008.

7. Jacobini, H. B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York — London — Rome, 1991.
8. Jelić, Zoran, *Osnovi normativne tehnike*, Beograd, 1986.
9. Jovanović, Slobodan, *Osnovi pravne teorije o državi*, Beograd, 1914.
10. Kostić, Laza, *Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije I*, Beograd. 1933.
11. Krbek, Ivo, *Upravno pravo I*, Zagreb, 1929.
12. Lilić, S., „Međunarodno upravno pravo”, Srbija — hvatanje koraka: Prilozi projektu: „Konstituisanje Srbije kao pravne države, PRAVNI FAKULTET, Beograd, 1997.
13. Lilić, S., „Upravno pravo Evropske unije”, *Pravo Evropske unije*, UPEU, Beograd, 1996.
14. Lilić, Stevan, Cerović, Dražen, *Upravno procesno pravo*, Podgorica, 2013.
15. Lilić, Stevan, *Upravno pravo Crne Gore*, Podgorica, 2012.
16. Maksimović, E., „Opšti principi stvaranja prava”, *Stvaranje prava* (Treći skup JUTFSP, Miločer, septembar 1999), JUTFSP, 1999.
17. Melichar, E., Szabo, I., „Introduction”, *The Sources of Law — A Comparative Empirical Study*, Budapest, 1982.
18. Perović, Slobodan, Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata: Teorija sukoba zakona u vremenu, Beograd, 1990.
19. Sekulić, Ljubomir, *Osnovi upravnog prava*, Podgorica, 2004.
20. Šuković, Mijat, *Ustavno pravo*, Podgorica 2009.
21. Wade, E. C. S., Bradley, A. W., *Constitutional and Administrative Law*, London — New York, 1985.

Pravni izvori:

1. Ustav Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 1/2007.
2. Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 1/2007.
3. Zakon o državnim službenicima i namještenicima, „*Službeni list CG*”, br. 2/2018.
4. Zakon o državnoj upravi, „*Službeni list RCG*”, br. 38/2003, „*Službeni list CG*”, br. 22/2008, 42/2011, 54/2016, 13/2018.
5. Zakon o inspekcijском nadzoru, „*Službeni list RCG*”, br. 39/2003, „*Službeni list CG*”, br. 76/2009, 57/2011, 18/2014, 11/2015 i 52/2016.
6. Zakon o lokalnoj samoupravi, „*Službeni list CG*”, br. 2/2018.
7. Zakon o osiguranju, „*Službeni list RCG*”, br. 78/2006, 19/2007, „*Službeni list CG*”, br. 53/2009, 73/2010, 40/2011, 45/2012, 6/2013.
8. Zakon o teritorijalnoj organizaciji Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 54/2011, 26/2012, 27/2013, 62/2013, 12/2014 i 3/2016.
9. Zakon o upravnom postupku, „*Službeni list CG*”, br. 56/2014, 20/2015, 40/2016, 37/2017.
10. Zakon o upravnom sporu, „*Službeni list CG*”, br. 56/2016.
11. Zakon o visokom obrazovanju, „*Službeni list CG*”, 44/2014, 52/2014, 47/2015, 40/2016, 42/2017, 71/201, 55/2018.
12. Uredba o Vladi Crne Gore, „*Službeni list CG*”, br. 80/2008, 14/2017, 28/2018.
13. Uredba o organizaciji i načinu rada državne uprave, „*Službeni list CG*”, br. 5/2012, 25/2012, 61/2012, 44/2012, 20/2013, 17/2014, 6/2015, 80/2015, 35/2016, 41/2016.
14. Pravilnik o biračkim spiskovima, „*Službeni list CG*”, br. 44/2008.
15. Pravilnik o sadržini obrasca polise osiguranja od autoodgovornosti (27. 12. 2011).
16. Naredba o načinu uplate javnih prihoda, „*Službeni list CG*”, br. 32/2011.
17. Statut Univerziteta Crne Gore, usvojen 04. 02. 2015. (<http://www.ucg.ac.me>).

SOURCES OF ADMINISTRATIVE LAW IN MONTENEGRO

Sources of administrative law have some specific features, being numerous, diverse and prone to change. Although there are no principle differences between sources of administrative law and other branches of law, sources of administrative law have same quantitative features such as having a large number of by-laws, while sources of other branches of law are usually found in statutes. The subject matter of administrative law differs from other “leading” branches of law as it is regulated by a large number of statutes and by-laws and is not contained in unified codes. Contemporary administrative law is not characterized by the lack of legal sources, but rather by the abundance and diversity of sources. Also, sources of administrative law have a rather short “life span” as they are frequently amended. As the sources of law, including the sources of administrative law cannot be established in a unified manner for all legal orders, sources of administrative law must be classified according to the specific legislation for each country.

In Montenegro sources of administrative law are only general legal acts (statutes, executive orders and other sub-statutory general legal acts of government authorities), while other legal systems also include court case law (precedents), although individual legal acts, as valid sources of law. A specific source of law will also be a source of administrative law if it contains legal norms which regulate the organization, functioning and control of the administration. However, some legal acts are sources of administrative law in toto, while other legal acts are sources of administrative law in parte, i. e. only in the part that refers to the administration.

Key words: Source of administrative law, Montenegro, Constitution, Statutes, Executive orders

* Prof. dr Stevan Lilić (www.slilic.com), full professor of Administrative Law, Faculty of Legal Sciences, University Donja Gorica in Podgorica. Full professor of Administrative Law and Administrative Procedure Law, Faculty of Law, University of Belgrade (retired).



Diplomatic privileges and immunities for international non-governmental organizations (ingos): a step towards a new diplomatic law?

Contemporary international relations have resulted not only in the establishment of intergovernmental organizations (IGOs), but also in the emergence of certain private IGO-like entities which are entering into ‘diplomatic-like’ relations with States, characterized by privileges and immunities similar to those provided under classic diplomatic law. This paper analyses such diplomatic-like relations between States and organizations composed of formally non-State entities, but with an undoubtedly public purpose, such as the International Committee of the Red Cross (ICRC) or the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), as well as other so-called ‘advanced’ non-governmental organizations (NGOs).

Key words: Diplomatic privileges and immunities; non-governmental organizations (NGOs); diplomatic law; International Committee of the Red Cross (ICRC)

‘We theorists have (...) to take heed to build our doctrines on tendencies rather than on “facts”; otherwise when we have finished constructing our systems, it may happen that the facts are no longer what they were when we began building, and the system is out of date before it is established.’¹

Introduction

Even today, when talking about diplomatic law what is primarily borne in mind are the legally regulated diplomatic relations among States, i. e. the legal norms codified in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961 (hereinafter VCDR),² or in the Convention on Special Missions of 1969.³ This understanding originates from the State-centric concept of international legal personality

* Full professor tenure, University of Zagreb, Faculty of Law.
e-mail: dlapas@pravo.hr

¹ J. F. Williams, ‘The Legal Character of the Bank for International Settlements’, *American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 1930, p. 665.

² *1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations*, opened for signature 18 April 1961, *United Nations Treaty Series (UNTS)*, Vol. 500, 1964, p. 96 (entered into force 24 April 1964).

³ *1969 Convention on Special Missions*, opened for signature 16 December 1969, *UNTS*, Vol. 1400, 1985, p. 232 (entered into force 21 June 1985).

as developed in the traditional, post-Westphalian international legal order that considered States to be the only subjects of international law.⁴ However, the appearance of the first modern intergovernmental organizations (IGOs) as early as in the second half of the 19th century brought about changes.⁵ Thus, by the first half of the 20th century the development of the concept of international legal personality concerning IGOs was greatly accelerated due to both the functionalist approach towards international relations brought about by technological development that facilitated international co-operation and its institutionalization, and the growing number of such organizations. Consequently, the right of legation (*ius legationis*), both in its active and passive form i. e. as the right to send and to receive diplomatic envoys, as well as diplomatic relations in general, ceased to be the monopoly of States. Contemporary diplomatic law was faced with the necessity of also regulating diplomatic relations between States and IGOs. Thus, at least three important conventions on that matter were adopted after World War II: the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 1946,⁶ the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of 1947,⁷ and the Vienna Convention on the Representation of States in their Relation with International Organizations of a Universal Character of 1975.⁸

⁴ Thus, for example, in his *Manual of International Law* in 1902 Liszt began the chapter on subjects of international law with the following words: 'Only States are subjects of international law — holders of international rights and duties.' In German: 'Nur die Staaten sind Subjekte des Völkerrechts: Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.' F. von Liszt, *Das Völkerrecht — systematisch dargestellt*, Verlag von O. Haering, Berlin, 1902, p. 34. A similar attitude was expressed by the Permanent Court of International Justice in the Case of the S. S. 'Lotus' in 1927: 'International law governs relations between independent States.' Judgment No. 9, 1927, *P. C. I. J. Series A*, No. 10, p. 18.

⁵ Although the first modern international organizations appeared in the second half of the 19th century (like the International Telegraphic Union — ITU in 1865, and the Universal Postal Union — UPU in 1874), the Advisory opinion of the ICJ in the 'Reparation Case' in 1949 has usually been considered a turning-point for the recognition of IGOs' legal personality in international law. The Court accepted the objective international legal personality of the United Nations based on the argument 'that fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality (...).' *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, 11 April 1949, International Court of Justice, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1949*, ('Reparation Case'), p. 185.

⁶ *1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opened for signature 13 February 1946, *UNTS*, Vol. 1, 1946–1947, p. 16 (entered into force 17 September 1946).

⁷ *1947 Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, opened for signature 21 November 1947, *UNTS*, Vol. 33, 1949, p. 262 (entered into force 2 December 1948).

⁸ *1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relation with International Organizations of a Universal Character*, opened for signature 14

However, such international co-operation resulted not only in the establishment of IGOs, but also in the emergence of various IGO-like entities including international non-governmental organizations (INGOs) entering into some kind of diplomatic-like relations with States, characterized by privileges and immunities very similar to those provided for by these Conventions. This means that diplomatic relations (and consequently diplomatic law) have evolved beyond inter-State relations to encompass IGOs and sometimes even INGOs that, due to the functional necessity of international relations, have become participants in the international community.

The analogous regulation of such diplomatic-like relations between States and INGOs is still based on agreements of questionable legal nature as the international legal personality of these entities is uncertain. However, it should not be forgotten that law, its sources, and the very concept of legal personality have always been dynamic categories subject to social development.

The notion of ingos

In international law there is no universally agreed-upon definition of an INGO. Thus, for example, Article 1 of the 1986 European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organizations refers to non-governmental organizations as ‘associations, foundations and other private institutions’ which satisfy four conditions:

- a) have a non-profit-making aim of international utility;
- b) have been established by an instrument governed by the internal law of a Party;
- c) carry on their activities with effect in at least two States; and
- d) have their statutory office in the territory of a Party and central management and control in the territory of that Party or of another Party.⁹

Some authors, however, focus on only one of these elements — the INGOs’ non-governmental character. Thus, Rodley defines an NGO as ‘any group of individuals who have come together voluntarily to work for a particular objective, other than by means of governmental action.’¹⁰ The private, non-governmental element of INGOs is also

March 1975, UN Doc. A/CONF. 67/16. The Convention has not yet entered into force.

⁹ 1986 European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organizations, opened for signature 24 April 1986, European Treaty Series (ETS), No. 124, 1986 (entered into force 1 January 1991).

¹⁰ N. S. Rodley, ‘Human Rights NGOs: Rights and Obligations (Present Status and Perspectives)’, in Th. C. van Boven, C. Flinterman, F. Grünfeld, & R. Hut

stressed by Charlotte Ku, who defines them as ‘voluntary organizations of individuals’.¹¹ Some authors require that such organizations ‘are not established by a government or by intergovernmental agreement’.¹² A similar provision can be found in the UN ECOSOC Resolution 288 B (X) granting consultative status to certain NGOs with ECOSOC,¹³ while the later ECOSOC resolutions on the same topic broaden the notion of the non-governmental character of an organization. These resolutions consider as non-governmental even those organizations ‘which accept members designated by governmental authorities, provided that such membership does not interfere with the free expression of views of the organization’.¹⁴

Furthermore, there are many authors who, besides the non-governmental character of INGOs, emphasize their international character as well. However, although it may seem that there is a consensus in international law concerning this element, it is also sometimes understood in different ways. Some authors (possibly the majority) require that an organization, in order to be *international*, should gather

(eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1997, p. 44. Similarly, Hart and Thetaz-Bergman determine the entire non-governmental sector in this way: ‘The nongovernmental sector is best defined by exclusion; it includes all those persons, individually and collectively, who are not formally within the government.’ S. N. Hart, L. Thetaz-Bergman, ‘The Role of Nongovernmental Organizations in Implementing the Convention on the Rights of the Child’, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 6, No. 2, 1996, p. 376.

¹¹ Ch. Ku, ‘The Developing Role of Non-governmental Organizations in Global Policy and Law Making’, *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol. 13, 1994–95, p. 142.

¹² H. H.-K. Rechenberg, ‘Non-governmental Organizations’, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2, North-Holland Elsevier, Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo, 1995, p. 612. Cf. S. Hobe, ‘Non-Governmental Organizations’, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VII, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 716–725.

¹³ ‘Any international organization which is not established by inter-governmental agreement shall be considered as a non-governmental organization (...)’ UN Doc. ECOSOC Res. 288 B (X), of 27 February 1950, Part I, para. 8. Cf. also L. C. White, *International Non-Governmental Organizations*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1951, p. 3.

¹⁴ See UN Doc. ECOSOC Res. 1296 (XLIV), of 23 May 1968, Part I, para. 7, and UN Doc. ECOSOC Res. 1996/31, of 25 July 1996, Part I, para. 12. It is worth noting here the ‘hybrid’ or ‘quasi non-governmental organizations’ (QUANGOs) which include in their membership single-country NGOs, as well as individuals from various States together with governmental or intergovernmental entities such as States and IGOs. Therefore, QUANGOs should be understood as a kind of ‘symbiosis’ between the governmental and non-governmental sector where both categories of members accept one another as equal participants in the decision-making process within the organization. Such mixed participation is usually determined by the purpose of an organization whose functioning is dependent on such co-operation.

its members from two or more countries.¹⁵ Similarly, Willetts determines an INGO as an ‘organized group of individuals or organizations from more than one country.’¹⁶ Sometimes, such requirements go even further and consider a non-governmental organization to be international if it has members from three countries,¹⁷ six countries,¹⁸ or even from different continents.¹⁹

In contrast, some other definitions of INGOs, which seem to us more appropriate to functionally-based contemporary international relations, do not necessarily require the international character of organization as regards to its membership, but in terms of its aims and activities. This definition of INGOs as ‘international associations’ was proposed by the *Institut de Droit International* in its Resolution of 1950 defining the international character of these associations by exercising the activities of general, and not exclusively national, interest.²⁰

Finally, probably the least disputable element in defining the notion of INGOs is their non-profit-making character. Thus, for example, Lador-Lederer determines non-governmental organizations as non-profit-making.²¹ The requirement for the INGOs’ non-profit-making character is also emphasized by some authors like Willetts²² and Stošić,²³ and equally can be found in the Resolution of the *Institut de Droit International*,²⁴ and the European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organizations

¹⁵ See e. g. White, *supra* note 13, p. 7. See also L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Vol. 1, Éditions A. Pedone, Paris, 1951, pp. 488–489. Cf. R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law* (9th ed.), Vol. 1, Longman, London, 1992, p. 21.

¹⁶ P. Willetts (ed.), ‘The Conscience of the World’ — The Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System, The Brookings Institution, Washington D. C., 1996, p. 5.

¹⁷ See N. Sybesma-Knol, ‘Non-State Actors in International Organizations: An Attempt at Classification’, in van Boven et al. (eds.), *supra* note 10, p. 29.

¹⁸ See Draft Convention aiming at facilitating the work of international non-governmental organizations, submitted to UNESCO by the Union of International Associations (UIA). For the text, see Union of International Associations (ed.), *International Association Statutes Series*, Vol. 1, K. G. Saur, München, New York, London, Paris, 1988, Appendix 4.10.

¹⁹ See B. Stošić, *Les organisations non gouvernementales et les Nations Unies*, Librairie Droz, Genève, 1964, p. 77.

²⁰ In French: ‘Les associations internationales (...) sont des groupements de personnes ou de collectivités (...) qui exercent (...) une activité internationale d’intérêt général, en dehors de toute préoccupation d’ordre exclusivement national.’ Les conditions d’attribution d’un statut international à des associations d’initiative privée, *Projet de Convention*, Art. 2, Session de Bath — 1950, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. XLIII (II), 1950, p. 384.

²¹ See J. J. Lador-Lederer, *International Non-governmental Organizations and Economic Entities*, A. W. Sythoff, Leiden, 1963, p. 60.

²² See Willetts (ed.), *supra* note 16, p. 5.

²³ See Stošić, *supra* note 19, pp. 77 and 311.

²⁴ See *supra* note 20, p. 384.

of 1986,²⁵ as well as in the UIA Draft Convention aiming at facilitating the work of international non-governmental organizations.²⁶ Of course, this non-profit-making characteristic should not be understood as barring INGOs from making any profit at all in their activities. It means only that profit-making should not be their primary purpose.²⁷

Having discussed the above definitions, for the purposes of this paper we can determine INGOs as being organizations which are international in their aims and activities, non-governmental in their membership and non-profit-making in their objectives.

Diplomatic privileges and immunities for 'advanced' ingos

The functional ground of international relations followed by the technological development in the previous centuries has not only considerably facilitated co-operation across States' borders, but has also led to the appearance of numerous private, non-governmental organizations and their active participation in more and more legally regulated relations in contemporary international community. Among some of the new actors who have appeared on the international law-making stage, INGOs started to play a significant role in many fields of international law participating in the work of diplomatic conferences.

Thus, for example, INGOs had the important role in the development of international environmental law almost from its beginning. What is more, it would be possible to follow the history of international environmental law through the activities of some of the most influential INGOs. However, the turning point happened in the beginning of the 1970s, in the moment when INGOs started to play a more visible role in environmental matters on the global stage. Some of today's most influential environmental INGOs such as Greenpeace, World Watch Institute (WWI), World Wide Fund for Nature (WWF), Friends of the Earth, International Institute for Environment and Development (IIED), etc. started their activities at that time. During that period INGOs began to organize INGOs conferences, usually taking place along-side the official, governmental environmental conferences. The following decades witnessed the proliferation of global environmental concerns in many fields: the creation of treaties, conferences, the increasing interest of the media and NGO activities. One of the best known soft-law instruments from that period is the Report of the World Commission on

²⁵ See *supra* note 9.

²⁶ See *supra* note 18.

²⁷ Understood in this way, even 'business INGOs' (BINGOs) should not be excluded from the definition of INGOs. Cf. C. Archer, *International Organizations* (3rd ed.), Routledge, London, New York, 2001, pp. 38–40.

Environment and Development (WCED) of 1987: Our Common Future (so-called 'Brundtland Report'). It is interesting to compare the number of 400 NGOs that attended the Stockholm Conference in 1972 to some 10000 NGOs participating in the UN Conference on Environment and Development (Rio Conference) in 1992, where many of these organizations have already been organized within large NGOs networks.²⁸

Some authors see the period of the 1980s and 1990s as an era of populist approaches to environmental problems but at the same time they remark on the significant progress in certain environmental fields.²⁹ The activities of environmental INGOs continued in the beginning of 2000s, although in a different atmosphere and circumstances compared to those which prevailed at the time of the Rio Conference. Some of the environmental INGOs today enjoy very broad public support and significant financial resources. In 2010, Greenpeace raised over 226 million EUR and had more than 2.8 million donors.³⁰ The income of the WWF was 525 million EUR,³¹ and Friends of the Earth gathered more than 2 million members and supporters.³² These numbers are important by themselves but if we compare them to the same categories in 2000, a very significant increase will be visible in all of them.³³ This being so, one can conclude that some important conditions for the increasing participation of

²⁸ As the examples of such networks Yamin mentions the Climate Action Network (CAN), Pesticide Action Network (PAN), Regional Environmental Centre for Central and Eastern Europe (REC), Global Legislators for a Balanced Environment (GLOBE); see F. Yamin, 'NGOs and International Environmental Law: A Critical Evaluation of their Roles and Responsibilities', *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10, No. 2, 2001, p. 152.

²⁹ Thus, Palassis has remarked the following achievements in that period: '1) the significant reduction of vessel-source environmental pollution; 2) the international regulation of the trade in hazardous waste; and 3) the successful avoidance of the narrowly-averted disaster of irreversible ozone depletion.' Also, the same author mentions the 'greening of the European Union (EU) treaty-system' as an environmental success of the time. See S. N. Palassis, 'Beyond the Global Summits: Reflecting on the Environmental Principles of Sustainable Development', *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 22, No. 1, 2011, p. 46.

³⁰ The data is available at: http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/greenpeace/2011/GPI_Annual_Report_2010.pdf (accessed on 6 September 2018).

³¹ The data is from WWF Annual Review 2010; available at: <http://wwf.panda.org/> (accessed on 6 September 2018).

³² Available at: <http://www.foei.org/en/who-we-are> (accessed on 7 November 2017).

³³ F. Yamin quoted the following data for the year 2000: The World Wide Fund for Nature had around 5 million supporters and income of around SFr 470 million; Greenpeace International had more than 2.5 million members in 158 countries with an annual budget in the region of 30 million USD and Friends of the Earth had over 1 million members in 58 countries. See Yamin, *supra* note 28, p. 151.

INGOs in the environmental field have been improved, as well as the support of the public for their work.

The influence of the INGOs rose further at conferences and in documents created after the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and particularly in the most important document related to it — the Kyoto Protocol.³⁴ At the same time, the attendance of representatives of civil society at key environmental conferences has gradually become more visible. Thus, some 533 INGOs attended the second official meeting of the Conference of the Parties (COP) of the UNFCCC in Berlin in 1995.³⁵ In 2009, more than 1300 INGOs were admitted to the Copenhagen meeting including representatives from all the three major groups of INGOs (activist, scientific and business INGOs).³⁶ At the COP meeting in Durban in December 2011, almost 1400 INGOs were registered as observers.³⁷ However, it is worth noting that a huge majority of the INGOs attending the Conference were Western hemisphere INGOs.³⁸

Furthermore, INGOs that had observer status with the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS) were invited by the UNISPACE III Conference Preparatory Committee to submit their statements in writing to the plenary and their papers to the executive secretariat. They were also invited to identify agenda items and conference activities, including workshops, through which they could participate in the work of the Conference. In particular, pursuant to the request by the Preparatory Committee, the executive secretariat of the Conference invited the International Society for Photogrammetry and Remote Sensing (ISPRS), the International Astronomical Union (IAU), the Committee on Space Research (COSPAR) and the International Institute of Space Law (IISL) to participate at the Conference which dealt with various topics: the environment and remote sensing (ISPRS), science and education including astronomy, the preservation of the space environment (IAU), the contribution of space techniques in exploring the

³⁴ For the text of the Kyoto Protocol, see <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> (accessed on 11 September 2018).

³⁵ Data quoted from: A. Spain, 'Who is going to Copenhagen — The Rise of Civil Society in International Treaty Making', *American Society of International Law Insights*, Vol. 23, No. 35, 2009, pp. 1–2.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Data quoted from: M. Müller, 'The Myth of a Global Civil Society', available at: <http://www.dandc.eu/articles/197598/index.en.shtml> (accessed on 11 September 2018).

³⁸ Müller states, for example, that from populous and ecologically threatened Bangladesh only 8 civil society organizations were presented in comparison to some 120 German or 50 French. Other interesting data she states is that some large western INGOs as Oxfam or Germanwatch endeavoured to represent the voices of NGOs from developing countries. *Ibid.*

universe, recent progress in future plans for the exploration of the solar system (COSPAR), and space law (IISL).³⁹

Equally, INGOs participate in the international law-making process in many other fields of international law, i. e. human rights law, humanitarian law, and even international sport law, such as the International Committee of the Red Cross (ICRC) or the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), the International Olympic Committee (IOC), as well as some other so-called 'advanced' non-governmental organizations (NGOs).

Although such organizations, unlike IGOs, still wait for a place among the universally accepted subjects of international law, some of them already participate in international legal relations with States and IGOs (e. g. the UN), sometimes obtaining some diplomatic-like privileges and immunities. Thus, for example, currently, more than 4500 NGOs enjoy consultative status with ECOSOC.⁴⁰ As Tomuschat correctly remarked: '...[S]ome NGOs have been given a status that is modeled on régimes normally granted only to States or international organizations.'⁴¹ Thus, on 1 November 2000 the International Olympic Committee (IOC) concluded the Agreement with the Swiss Federal Council regarding the IOC's status in Switzerland, providing the IOC with some of the diplomatic privileges usually granted to States and IGOs, i. e. independence and freedom of action of the IOC on Swiss territory (Art. 2), or the exemption from direct federal taxes (Art. 3). In addition, Article 9 of the Agreement provides that 'the Swiss authorities shall take all necessary measures to facilitate entry into Swiss territory, exit from this territory and stay of all members of the IOC as well as, as far as possible, all persons,

³⁹ See UN Doc. A/AC. 105/685, of 6 January 1998, pp. 6–8 and 10. The standard-setting role is sometimes provided by the statutes of these organizations. Thus, for example, provision IV of the ISPRS Statutes includes the development of standards in photogrammetry, remote sensing and spatial information sciences in the activities of the organization. Similarly, the preparation of scientific and technical standards related to space research is one of the most important COSPAR activities; see the ISPRS Statutes, July 2016, available at: <http://www.isprs.org/documents/statutes16.aspx> (accessed on 12 September 2018). See also Art. I of the COSPAR Charter. The text of the COSPAR Charter is available at: <https://cosparhq.cnes.fr/about/charter> (accessed on 12 September 2018). There is no doubt that these scientific standards are going to become legal standards as well, serving as a basis for the international legal regulation of these activities. On the INGOs' role in international standard-setting see also I. Rossi, *Legal Status of Non-governmental Organizations in International Law*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, pp. 16–21.

⁴⁰ Currently, there are 149 organizations in general consultative status, 3389 in special consultative status and 975 on the Roster. For the List, see E/2016/INF/5. Available at: <http://undocs.org/E/2016/INF/5> (accessed on 1 September 2018).

⁴¹ Ch. Tomuschat, 'General Course of Public International Law', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 281, 1999, p. 159.

whatever their nationality, who are called upon to work with the IOC in an official capacity.⁴²

According to Tomuschat, some other NGOs, like the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), went even further here. Based on the Status Agreement with the Berne authorities, the Federation was granted freedom of action, inviolability of premises and archives, immunity from jurisdiction and execution, tax exemption, preferential custom treatment similar to IGOs, privileges and immunities for the President of the Federation and the top management of its Secretariat similar to diplomatic agents, etc.⁴³ Equally, on the basis of the Headquarters agreement between the International Committee of the Red Cross (ICRC) and the Swiss Federal Council relating to the legal status of the Committee in Switzerland of 19 March 1993,⁴⁴ the ICRC was granted similar privileges and immunities. The Federal Council recognized the ICRC's international legal personality (Art. 1) together with inviolability of its premises, i. e. buildings or parts of buildings and adjoining ground used for the purposes of the ICRC, as well as the inviolability of the ICRC's archives and all documents 'at all times, wherever they may be' (Art. 3 and 4).⁴⁵ Also, according to Article 9 of the Agreement the ICRC shall enjoy for its official communications treatment 'not less favorable than that accorded to the international organizations in Switzerland.' This includes the same privileges and immunities for its diplomatic bags and couriers.⁴⁶

In addition, according to Article 5 of the Agreement the ICRC shall enjoy immunity from legal process and execution except, for example, 'in respect of civil liability proceedings brought against the ICRC for damage caused by the vehicle belonging to it or circulating on its behalf'. Thus, the exception to immunity from legal process and execution includes the proceedings for damage caused by any vehicle belonging to or driven by the persons serving the ICRC in an official capacity (Art. 13). Such provision can be compared to Article 31, para. 2(d) of the Convention on Special Missions, and even to Article 43, para. 2(b) of the Vienna Convention on Consular

⁴² For the text, see <https://archive.icann.org/en/psc/annex6.pdf> (accessed on 12 September 2018). For more details, see also J.-P. Chappelet, B. Kübler-Mabbott, *The International Olympic Committee and the Olympic System — The Governance of World Sport*, Routledge, London, New York, 2008, p. 107.

⁴³ See Tomuschat, *supra* note 41, p. 159.

⁴⁴ For the text, see Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council, *International Review of the Red Cross*, No. 293, 1993, pp. 152–160.

⁴⁵ Cf. Art. 22, and esp. Art. 24 of the VCDR which use almost the same wording: 'The archives and documents of the mission shall be inviolable at any time and wherever they may be.' See also Article II, Section 4 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations and Article III, Section 6 of the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, see *supra* notes 2, 6 and 7.

⁴⁶ Cf. Art. 27 of the VCDR, see *supra* note 2.

Relations (hereinafter VCCR).⁴⁷ Furthermore, the ICRC is also exempt from direct federal, cantonal and communal taxation in Switzerland (Art. 6).

Finally, Article 15 of the Agreement determines that the privileges and immunities provided for in the Agreement 'are not designed to confer any personal benefits on those concerned', but are 'established solely to ensure the free functioning of the ICRC and the complete independence of the persons concerned in discharging their duties'. This provision obviously corresponds to the Preamble to the VCCR, as well as to the Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations, and Specialized Agencies.⁴⁸ However, it is worth mentioning that, according to Article 15, para. 2, the President of the ICRC 'must waive the immunity of a staff member or expert in any case where he considers that such immunity would impede the course of justice and could be waived without prejudice to the interests of the ICRC' (emphasis added). Moreover, according to the same provision the Assembly of the ICRC has the power to waive the immunity of the President or of the ICRC members. Similarly, it is worth pointing out here that the previously mentioned Section 20 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, and Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies also provide not only the right, but the duty 'of the UN Secretary-General', and 'of each specialized agency' to waive the immunity of any official in any case where such immunity would impede the course of justice. What is more, the former Convention in Section 20 provides that in the case of the Secretary-General, the UN Security Council shall have the right to waive his immunity.⁴⁹

Of course, Switzerland is not the only State that has regulated the legal status of the ICRC on its territory. Many countries in which the ICRC acts through its missions and offices concluded similar agreements providing for it the same diplomatic-like privileges and immunities. Thus, for example, the ICRC signed similar headquarters agreements with Australia, Bangladesh, Croatia, Gabon, Mexico, Morocco, Nepal, Russian Federation, Sudan, Ukraine, the United States, and many other countries. These agreements provide, among other things, similar diplomatic-like immunities from legal process except in the case of express waiver. However, some of them contain very detailed provisions on the ICRC's privileges and immunities. Thus, the ICRC's Headquarters Agreement with Nepal⁵⁰ in Article

⁴⁷ 1963 *Vienna Convention on Consular Relations*, opened for signature 24 April 1963, *UNTS*, Vol. 596, 1967, p. 262 (entered into force 19 March 1967).

⁴⁸ *Cf. supra* notes 6 and 7.

⁴⁹ See *ibid.*

⁵⁰ Headquarters Agreement between His Majesty's Government of Nepal and the International Committee of the Red Cross on the Establishment of Delegation in Kathmandu, Nepal. The Agreement was signed in Kathmandu on 20 January 2003. The text is available at: <http://nepalconflictreport.ohchr.org/files/>

III recognizes the legal personality of the ICRC, thus enabling its delegation 'to contract obligations, institute legal proceedings, acquire rights and to acquire and dispose of movable and immovable property, in accordance with the laws and regulations.' In addition, in Article VII the Agreement provides the inviolability of the premises, property, assets and archives of the Delegation, i. e. the ICRC office in Nepal. Furthermore, the assets, premises and other property of the Delegation are exempt from all direct taxes, but also from all indirect taxes including value-added taxes for which the Government shall make appropriate arrangements for the remission or reimbursement 'equivalent to facilities provided to intergovernmental organisations working in Nepal' (Art. IX). Similarly, according to Article X of the Agreement, the Delegation shall enjoy for its official communications the same treatment as accorded to intergovernmental organizations, being 'free to use the means of communications it deems most appropriate for its contacts, in particular with ICRC headquarters in Geneva, with other related international agencies and organisations, with government departments, and with bodies corporate or private individuals.' This privilege includes the right to dispatch and receive correspondence by courier or in sealed bags, which shall have the same immunities and privileges as diplomatic courier and bags (Art. X, para. 4). Moreover, the same paragraph explicitly provides that 'the ICRC official mail should in any case not be read.' Finally, the Agreement provides that the 'members of the Delegation, their spouses and dependent children shall have the same status as that accorded to the members of international inter-governmental organisations' (Art. XII, para. 1). They enjoy immunity, even after they have left the service of the Delegation, from any form of legal or administrative process, including personal arrest or detention, seizure of their personal baggage and from being called as a witness in respect of all acts performed in their official capacity. Equally, their private residences, vehicles, documents, manuscripts and all other personal effects shall be inviolable. They shall also be exempt from all immigration fees and restrictions as well as from all taxes on salaries and other emoluments (Art. XII).

Similar provisions on the privileges and immunities of the ICRC can be found in the Arrangement between the Government of Australia and the ICRC of 2005.⁵¹ Its Article 1 provides that 'the status of the ICRC in Australia will be comparable to that of an inter-governmental organization.' Furthermore, according to Article 3 the

docs/2003-01-20_document_govt-of-nepal-and-icrc_eng.pdf (accessed on 12 September 2018).

⁵¹ Arrangement between the Government of Australia and the International Committee of the Red Cross ('ICRC') on a Regional Headquarters in Australia. The Arrangement was signed at Canberra on 24 November 2005. For the status of the ICRC in the Australian legal order *see also* the Regulation No. 237 of 8 November 2013. The text is available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/F2013L01916> (accessed on 10 September 2018).

ICRC, its property and assets, wherever located and by whomsoever held, will enjoy immunity from every form of legal process, except insofar as in any particular case the ICRC has expressly waived its immunity. However, this immunity does not extend to a suit or other legal process for the recovery of damages in respect of any damage, injury or death resulting from an accident in which a motor vehicle owned by, or operated on behalf of the ICRC was involved, as well as to any contract entered into by the ICRC for supply of goods or services, any loan or other transaction or any contract of guarantee or indemnity to which the ICRC is a party. Equally, the immunity does not extend to a counter-claim made against the ICRC by a party to proceedings instituted by the ICRC, or to remuneration by the ICRC to its employees and experts, in accordance with a final order of an Australian court (Art. 3, para. 2). In addition, Article 4 of the Arrangement provides the inviolability of the ICRC's premises, property and assets including the immunity from search, requisition, confiscation, or expropriation. According to the same Article, no authorities of Australia will enter the premises of the ICRC without the consent of the ICRC. However, such consent will be deemed to have been provided 'in the case of fire or other emergency requiring immediate protective action' (para. 2). This provision on the inviolability of the ICRC's premises can be compared to the analogous provision of Article 25 of the Convention on Special Missions. Furthermore, Article 5 of the Arrangement guarantees the inviolability of the ICRC's archives and, in general, all documents belonging to it or held by it, wherever located. This provision is comparable to provisions of the VCDR, and the Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and of Specialized Agencies. Moreover, Article 6 provides that 'the ICRC will enjoy in Australia for its official communications treatment not less favourable than accorded by the Government to any other international organisation or diplomatic mission.' In addition, according to Article 8 of the Arrangement the ICRC is exempt from customs duties or any equivalent charge, restrictions and prohibitions on the import, export or transit through Australia of articles for official use or intended for ICRC assistance programs within Australia or in another country.

The analogy of these privileges and immunities to those provided for in the VCDR, the Convention on Special Missions, or in the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations and in the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, could go on. Unfortunately, in some countries such agreements with the ICRC are classified,⁵² or are just not published

⁵² Thus, for example, VanLandingham points out that '[T]he U. S. — ICRC headquarters agreement is treated as a classified document and is not available for review or citation.' R. E. VanLandingham, 'U. S. Modern Military Operation and the International Committee of the Red Cross — The Department of Defense's Unique Relationship with the Guardian of International Humanitarian

in the official gazettes. Thus, for example, the Republic of Croatia concluded such an Agreement on 20 April 1994, providing for the ICRC, among other things, immunities from legal process except in the case of an express waiver. However, the Agreement has never been ratified and published in the Official Gazette of the Republic of Croatia since the Croatian Parliament, bearing in mind the disputed international legal personality of the ICRC, does not consider the Agreement an ‘international treaty’.⁵³ In spite of that, Article 19 of the Agreement provided for its provisional application pending its entry into force.⁵⁴

On the other hand, sometimes similar diplomatic-like privileges and immunities are recognized by States even for foreign single-country NGOs, based on bilateral agreements with the States of their registration. Thus, for example, according to Article 3D of the Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the United States of America concerning Economic, Technical and Related Assistance of 6 May 1994, ‘private organizations under contract with or financed by the Government of the United States of America and their employees, who are present in the Republic of Croatia to perform work in connection with this Agreement, shall be immune from all civil liability directly related to the performance of such work.’⁵⁵ In addition, Article 3 E of that Agreement provides that the persons who are present in the Republic of Croatia to perform work in connection with this Agreement and who are not members of the US diplomatic mission, except nationals or permanent residents of Croatia, ‘shall be exempt from income and social security taxes levied under the laws of the Republic of Croatia and from taxes on purchase, ownership, use or disposition of personal movable property intended for their own use.’ According to the same provision, ‘such personnel (and their families) shall be exempt from customs, import, and export duties on all personal effects, equipment and supplies (including food, beverages and tobacco), imported into the Republic of Croatia for their own use, and

Law’, in G. S. Corn, R. E. VanLandingham, Sh. R. Reeves (eds.), *U. S. Military Operations — Law, Policy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 393.

⁵³ According to Article 141 of the Constitution of the Republic of Croatia, only ‘international treaties which have been concluded and ratified in accordance with the Constitution, published and which have entered into force shall be a component of the domestic legal order of the Republic of Croatia and shall have primacy over domestic law.’ Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine — međunarodni ugovori*, (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 85, 2010. The English version is available at: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405> (accessed on 29 August 2018).

⁵⁴ Unpublished Agreement on file with author. Cf. *1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, opened for signature 23 May 1969, *UNTS*, Vol. 1155, 1980 p. 332 (entered into force 27 January 1980), Art. 25.

⁵⁵ For the text of Agreement, see *Narodne novine — međunarodni ugovori* (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 3, 1995.

from all other duties and fees with respect to such personal effects. Such personnel (and their families) shall be immune from criminal and civil liability to the same extent as comparable personnel of the (US) diplomatic mission.'

Based on these provisions, a municipal court and a county court in Croatia declared lack of jurisdiction in a case where such a 'private organization' (the International Rescue Committee, Inc. from New York), was a party.⁵⁶ Moreover, the Supreme Court of the Republic of Croatia confirmed these decisions.⁵⁷

As a final point, the decision of the Constitutional Court of Croatia in this case, although contrary to the decisions of the other courts, is relevant to the subject of this paper. The Constitutional Court found that the 'private organization' in question stipulated the jurisdiction of the Croatian Municipal Court in its employment contract and in spite of the previous decisions made by the municipal and county courts and the Supreme Court, correctly interpreted this provision as an expressed waiver of immunity in accordance with the analogous provision in Article 32, para. 2 of the VCDR.⁵⁸

*Concluding remarks:
Emerging new diplomatic law?*

Diplomatic relations, and accordingly their legal regulation, are probably as old as the participants in them given that they have never been an end in themselves. For centuries, diplomatic relations have developed alongside the development of the international community, i. e. international relations and their participants. For that reason, the history of diplomatic law cannot be understood in isolation from the concept of international legal personality. Although State-centric in the beginning, diplomatic law gradually incorporated the emergence of other, non-territorially but functionally determined participants in international legal relations, and as such new subjects of international law, extending its norms to IGOs in the second half of the 20th century. The diplomatic privileges and immunities present for centuries in inter-State diplomatic relations in the form of customary international law and codified in the VCDR and the Convention on Special Missions,⁵⁹ were significantly extended to embrace IGOs, confirming the functional *ratio* of contemporary diplomatic law. It is no surprise that the most significant universal IGOs (like

⁵⁶ See Pr-355/01-7; 18 March 2002, and Gž 732/02-3; 18 April 2002. The International Rescue Committee, Inc. as a NGO enjoys special consultative status with the UN ECOSOC. See *supra* note 40.

⁵⁷ See Revr. 589/02; 26 November 2002.

⁵⁸ For the text of the Decision of the Croatian Constitutional Court, see U-III-1150/2003; *Narodne novine* (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 147, 2005.

⁵⁹ See *supra* notes 2 and 3.

the UN and its specialized agencies) ‘broke the ice’ here. Moreover, according to Amerasinghe ‘the argument may be made that particularly since the end of the Second World War the acceptance of the conventional law, especially the UN Convention and the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, has given rise to practice which has resulted in the creation of customary international law.’⁶⁰ However, the social process in the international community and international law, including diplomatic law, did not stop here.

In fact, the functional logic of international relations and the accelerated technological development of the previous two centuries went further leaving States faced with the necessity of delegating some of their competencies in international relations even to non-governmental entities, capable, due to their knowledge, experience and influence, of making international co-operation more successful. Hence, the increasing number of INGOs has necessarily led to the appearance of diplomatic-like relations, and consequently to the necessity of their legal regulation commencing a new stage in the development of diplomatic law.

This paper focused on some of the most advanced or most illustrative INGOs which seem to be at the forefront today. Attention was drawn to the legal solutions concerning their privileges and immunities which are analogous to those contained in classic diplomatic law, i. e. in the VCDR and the Convention on Special Missions, as well as in multilateral diplomacy, i. e. in the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, and the Vienna Convention on the Representation of States in their Relation with International Organizations of a Universal Character. Such analogous legal solutions regulating diplomatic-like relations between States and these new participants in international relations are currently mostly contained in bilateral agreements. However, not only the analogy, but also the growing number of such agreements with numerous States raises the question of the emergence of a new customary law due to the uniformity of States’ practice and its acceptance as law (*opinio iuris*).⁶¹ Even if there is doubt about the

⁶⁰ C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (2nd ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 344–345.

⁶¹ Thus, for example, the International Law Commission in its Report of 2016 on identification of customary international law confirmed that the treaty rule can give rise ‘to a general practice that is accepted as law (*opinio juris*), thus generating a new rule of customary international law.’ See ‘Identification of customary international law’, Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May — 10 June and 4 July — 12 August 2016), General Assembly Official Records Seventy-first session Supplement No. 10 (A/71/10), Chapter V, Conclusion 11, pp. 78 and 105–106. After all, as Jennings and Watts pointed out: ‘No fixed time can be set for the evolution of such treaty rules into rules of customary international law. The process whereby a treaty’s provisions may

legal nature of such agreements as sources of international law, this should not be the decisive criterion in the process of the creation of customary law. Thus, Degan points out: 'In a larger sense, any national legislation or administrative ruling can also be embraced under the notion of the State practice.'⁶² What is more, the same author continues: 'On the other hand, all normative acts of a State are of importance in customary process, because the State in question cannot later on deny their existence.'⁶³ Besides, not only State participation in these agreements and their rising number, but also the implementation of agreements could have a probative value in identification of *opinio iuris*.

However, such development seems to us more like proof of the functional *ratio* of diplomatic law than a revolutionary stage in its long history. Like international law in general, diplomatic law has always been characterized much more by evolution than revolution, following the meta-juridical logic of functionality in international relations and the co-operation of their participants. Therefore, we believe that the earlier-mentioned 'advanced' INGOs entering into diplomatic-like relations could influence the development of diplomatic law through the process of the creation of customary law, perhaps in the not-so-distant future leading towards its new codification.

Bibliography

Books and articles:

1. Amerasinghe, C. F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2005;
2. Archer, C., *International Organizations* (3rd ed.), Routledge, London, New York, 2001;
3. Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2, North-Holland Elsevier, Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo, 1995;
4. Boven, Th. C. van, Flinterman, C., Grünfeld, F., Hut, R. (eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1997;
5. Cavaré, L., *Le droit international public positif*, Vol. 1, Éditions A. Pedone, Paris, 1951;
6. Chappelet, J.-P., Kübler-Mabbott, B., *The International Olympic Committee and the Olympic System — The Governance of World Sport*, Routledge, London, New York, 2008;

come also to be rules of customary law is of considerable significance for the role of treaties in international law.' Jennings, Watts (eds.), *supra* note 15, pp. 1204–1205.

⁶² V. D. Degan, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1997, p. 156.

⁶³ *Ibid.*, p. 157.

7. Corn, G. S., VanLandingham, R. E., Reeves, Sh. R. (eds.), *U. S. Military Operations — Law, Policy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2016;
8. Degan, V. D., *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1997;
9. Hart, S. N., Thetaz-Bergman, L., ‘The Role of Nongovernmental Organizations in Implementing the Convention on the Rights of the Child’, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 6, No. 2, 1996;
10. Hobe, S., ‘Non-Governmental Organizations’, in Wolfrum, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VII, Oxford University Press, Oxford, 2012;
11. Jennings, R., Watts, A. (eds.), *Oppenheim’s International Law* (9th ed.), Vol. 1, Longman, London, 1992;
12. Ku, Ch., ‘The Developing Role of Non-governmental Organizations in Global Policy and Law Making’, *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, Vol. 13, 1994–95;
13. Lador-Lederer, J. J., *International Non-governmental Organizations and Economic Entities*, A. W. Sythoff, Leiden, 1963;
14. Liszt, F. von, *Das Völkerrecht — systematisch dargestellt*, Verlag von O. Haering, Berlin, 1902;
15. Müller, M., ‘The Myth of a Global Civil Society’, available at: <http://www.dandc.eu/articles/197598/index.en.shtml> (accessed on 11 September 2018);
16. Palassis, S. N., ‘Beyond the Global Summits: Reflecting on the Environmental Principles of Sustainable Development’, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 22, No. 1, 2011;
17. Rechenberg, H. H.-K., ‘Non-governmental Organizations’, in Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2, North-Holland Elsevier, Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo, 1995;
18. Rodley, N. S., ‘Human Rights NGOs: Rights and Obligations (Present Status and Perspectives)’, in Boven, Th. C. van, Flinterman, C., Grünfeld, F., Hut, R. (eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1997;
19. Spain, A., ‘Who is going to Copenhagen — The Rise of Civil Society in International Treaty Making’, *American Society of International Law Insights*, Vol. 23, No. 35, 2009;
20. Stošić, B., *Les organisations non gouvernementales et les Nations Unies*, Librairie Droz, Genève, 1964;
21. Sybesma-Knol, N., ‘Non-State Actors in International Organizations: An Attempt at Classification’, in Boven, Th. C. van, Flinterman, C., Grünfeld, F., Hut, R. (eds.), *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1997;
22. Tomuschat, Ch., ‘General Course of Public International Law’, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 281, 1999;

23. VanLandingham, R. E., 'U. S. Modern Military Operation and the International Committee of the Red Cross — The Department of Defense's Unique Relationship with the Guardian of International Humanitarian Law', in Corn, G. S., VanLandingham, R. E., Reeves, Sh. R. (eds.), *U. S. Military Operations — Law, Policy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2016;
24. White, L. C., *International Non-Governmental Organizations*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1951;
25. Willetts, P. (ed.), 'The Conscience of the World' — The Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System, The Brookings Institution, Washington D. C., 1996;
26. Williams, J. F., 'The Legal Character of the Bank for International Settlements', *American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 1930;
27. Wolfrum, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VII, Oxford University Press, Oxford, 2012;
28. Yamin, F., 'NGOs and International Environmental Law: A Critical Evaluation of their Roles and Responsibilities', *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 10, No. 2, 2001.

Documents:

1. 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, UNTS, Vol. 1, 1946–1947;
2. 1947 Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, UNTS, Vol. 33, 1949;
3. 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, UNTS, Vol. 500, 1964;
4. 1963 Vienna Convention on Consular Relations, UNTS, Vol. 596, 1967;
5. 1969 Convention on Special Missions, UNTS, Vol. 1400, 1985;
6. 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS, Vol. 1155, 1980;
7. 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relation with International Organizations of a Universal Character, UN Doc. A/CONF. 67/16;
8. 1986 European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organizations, ETS, No. 124, 1986;
9. Agreement between Switzerland and the International Olympic Committee, available at: <https://archive.icann.org/en/psc/annex6.pdf> (accessed on 12 September 2018);
10. Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the United States of America concerning Economic, Technical and Related Assistance of 6 May 1994, *Narodne novine — međunarodni ugovori* (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 3, 1995;
11. Arrangement between the Government of Australia and the International Committee of the Red Cross ('ICRC') on a Regional Headquarters in Australia. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/F2013L01916> (accessed on 10 September 2018);
12. Case of the S. S. 'Lotus', Judgment No. 9, 1927, *P. C. I. J. Series A*, No. 10;
13. Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine — međunarodni ugovori*, (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 85, 2010. The English version is available at: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405> (accessed on 29 August 2018);
14. COSPAR Charter, available at: <https://cosparhq.cnes.fr/about/charter> (accessed on 12 September 2018);
15. Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, U-III-1150/2003; *Narodne novine* (Official Gazette of the Republic of Croatia), No. 147, 2005;

16. Draft Convention aiming at facilitating the work of international non-governmental organizations, submitted to UNESCO by the Union of International Associations (UIA), Union of International Associations (ed.), *International Association Statutes Series*, Vol. 1, K. G. Saur, München, New York, London, Paris, 1988, Appendix 4.10;
17. Headquarters Agreement between His Majesty's Government of Nepal and the International Committee of the Red Cross on the Establishment of Delegation in Kathmandu, Nepal. Available at: http://nepalconflictreport.ohchr.org/files/docs/2003-01-20_document_govt-of-nepal-and-icrc_eng.pdf (accessed on 12 September 2018);
18. 'Identification of customary international law', Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session (2 May — 10 June and 4 July — 12 August 2016), General Assembly Official Records Seventy-first session Supplement No. 10 (A/71/10);
19. ISPRS Statutes, July 2016, available at: <http://www.isprs.org/documents/statutes16.aspx> (accessed on 12 September 2018);
20. Kyoto Protocol, available at: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> (accessed on 11 September 2018);
21. Les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée, Projet de Convention, Art. 2, Session de Bath — 1950, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XLIII (II), 1950;
22. List of non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council, E/2016/INF/5. Available at: <http://undocs.org/E/2016/INF/5> (accessed on 1 September 2018);
23. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, 11 April 1949, International Court of Justice, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949;
24. UN Doc. ECOSOC Res. 1296 (XLIV), of 23 May 1968;
25. UN Doc. ECOSOC Res. 1996/31, of 25 July 1996.

Other internet sources:

1. http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/greenpeace/2011/GPI_Annual_Report_2010.pdf (accessed on 6 September 2018);
2. <http://www.foei.org/en/who-we-are> (accessed on 7 November 2017);
3. WWF Annual Review 2010; available at: <http://wwf.panda.org/> (accessed on 6 September 2018).

DIPLOMATSKE PRIVILEGIJE I IMUNITETI MEĐUNARODNIH
NEVLADINIH ORGANIZACIJA (INGO): KORAK
NAPRIJED KA NOVOM DIPLOMATSKOM PRAVU?

Suvremeni međunarodni odnosi potaknuti uvelike tehnološkim razvojem u posljednja dva stoljeća rezultirali su ne samo slabljenjem državocentrične strukture međunarodne zajednice i formiranjem funkcionalno utemeljenih, neteritorijalnih subjekata međunarodnog prava poput međuvladinih organizacija, već i nastankom privatnih, nevladinih organizacija i njihovim povezivanjem preko državnih granica. Premda još u doktrini sporne kao subjekti međunarodnog prava, te su organizacije aktivni sudionici međunarodnih odnosa kako s državama, tako i s međuvladinim organizacijama, što međunarodno, posebice diplomatsko pravo sve manje može ignorirati. Nastaju tako u novije doba na međunarodnoj razini pravne norme koje uređuju status nevladinih organizacija kako na diplomatskim konferencijama i pri međuvladinim organizacijama, tako i u odnosu s državama, dajući im neke privilegije i imunitete analogne onima u klasičnom diplomatskom pravu. U tom smislu ovaj rad obrađuje takve pojave u kontekstu razvoja diplomatskog prava, usredotočujući se na tzv. „napredne” nevladine organizacije čiji je pravni položaj u međunarodnim odnosima detaljnije uređen.

Ključne riječi: Diplomatske privilegije i imuniteti; nevladine organizacije (NVO); diplomatsko pravo; Međunarodni komitet Crvenog krsta



Ultra vires doktrina i pravna sposobnost privrednih društava**

Ultra vires doktrina obuhvata preduzimanje pravnih radnji od strane privrednog društva van okvira delatnosti definisanih osnivačkim aktom. Autor u ovom radu prvo analizira razloge za uvođenje ove doktrine u kompanijsko pravo, gde se isprva isticala potreba zaštite interesa države, da bi kasnije dominantno objašnjenje postala potreba za zaštitom interesa članova (investitora) i poverilaca. U drugom delu rada se prikazuje postepeno ublažavanje dejstava ove doktrine, kako od strane prakse, tako i od strane zakonodavaca u uporednom pravu. Konačno, u poslednjem delu rada je ukazano na razvoj *ultra vires* doktrine, prvo u jugoslovenskom, a kasnije i u crnogorskom pravu. Kritici su podvrgnuta i pozitivnopravna crnogorska rešenja, kao i relevantne odredbe Nacrta novog Zakona o privrednim društvima.

Ključne reči: privredno društvo, pravna sposobnost, pretežna delatnost, osnivački akt, Prva direktiva kompanijskog prava

1. Značenje *ultra vires* doktrine

Ultra vires doktrina je godinama zaokupljala pažnju teoretičara i praktičara. Reč je kontroverznoj temi kompanijskog prava, koja je prouzrokovala brojne polemike, koje su najvećim delom bile kritički usmerene. U literaturi se veoma često moglo pročitati kako je ova doktrina zastarela, problematična, kao i da ne odgovara potrebama modernog vremena.¹ Nekada opravdan, ovaj koncept je vremenom „nadživio svoju korisnost” i postao barijera ostvarivanja ciljeva zbog kojih je uveden.² No, i pored oštih kritika, koje su se veoma često svodile na zagovaranje potpunog ukidanja *ultra vires* doktrine, ona je decenijama odoljevala. Međutim, praktični problemi koje je ona indukovala su primoravali zakonodavce da u

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, LL. M. (University of Pittsburgh).

e-mail: vuk@ius.bg.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Identitetski preobražaj Srbije” (2018), čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹ J. Kiggundu, “The never ending story of *ultra vires*”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, br. 24/1991, str. 1.

² S. J. Leacock, “Rise and Fall of the *Ultra Vires* Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience over Logic”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, br. 5/2006, str. 68–69.

svakoj narednoj reformi kompanijskog zakona ublažavaju dejstva primene ove doktrine, što je u mnogim državama dovelo do njenog potpunog napuštanja.

Od nastanka prvih privrednih društava aktuelno je pitanje njihove pravne sposobnosti. Osnovna dilema je bila u sledećem: da li privredna društva imaju potpunu pravnu sposobnost, čime bi se upodobili pravnoj sposobnosti fizičkih lica, ili je njihova pravna sposobnost na neki način ograničena. U izboru između potpune i delimične pravne sposobnosti, veliki broj nacionalnih zakonodavstava se opredeljavao za delimičnu (ograničenu, specijalnu) pravnu sposobnost privrednih društava. Ta ideja je inkorporirana u svetski poznatu *ultra vires* doktrinu, čiji je rodonačelnik Velika Britanija, a tradicionalno su je prihvatili i francusko i sovjetsko pravo.³

Ova doktrina je naziv dobila po latinskoj sintagmi „*ultra vires*”, što u prevodu znači „van ovlašćenja” ili „van nečije moći”. Njena suptnost predstavlja izraz „*inter vires*”, koji označava postupanje u okviru ovlašćenja, tj. pravne sposobnosti.

Ultra vires doktrina ima više značenja. U užem smislu, ona podrazumeva da privredno društvo može preduzimati samo one pravne radnje koje su u okvirima njene pravne sposobnosti, pri čemu se pravna sposobnost konkretnog privrednih društava ograničava osnivačkim aktom. Drugim rečima, osnivači su ti koji utvrđuju pravni kapacitet privrednog društva definisanjem dozvoljenih delatnosti u osnivačkom aktu. Otuda se može zaključiti da *ultra vires* doktrina u užem smislu označava preduzimanje pravne radnje van okvira delatnosti definisanih osnivačkim aktom.⁴ Ovde se ne misli na svako postupanje protivno odredbama osnivačkog akta, već samo protivno odredbama koje definišu opseg dozvoljenih delatnosti.⁵

U nešto širem smislu, *ultra vires* doktrina se odnosi i na preduzimanje radnji zabranjenih zakonom.⁶ Ovaj aspekt doktrine se može shvatiti na dva načina. Prvi način se vezuje za postupanje društva protivno zakonskim zabranama u kontekstu primene brojnih instituta kompanijskog prava (na primer, raspodela dividende iz zakonskih rezervi, upis sopstvenih akcija ili emisija akcija sa popustom).⁷

³ A. Finžgar, „Pravna i poslovna sposobnost pravnog lica”, *Pravni život*, br. 11/1983, str. 1138.

⁴ J. Birds *et al*, *Boyle & Birds' Company Law*, 4th ed., Jordans, Bristol 2000, str. 102.

⁵ W. Woon, „Ultra Vires and Corporate Capacity in Singapore”, *Singapore Academy of Law Journal*, br. 1/1989, str. 56.

⁶ O nezakonitosti kao neadekvatnom objašnjenju *ultra vires* doktrine više vid.: C. E. Carpenter, „Should the Doctrine of Ultra Vires Be Discarded”, *Yale Law Journal*, br. 33/1923–1924, str. 59–61. Više o odnosu *ultra vires* i nezakonitosti vid.: J. D. Brady, „The Doctrine of Ultra Vires, its Nature, Elements and Modern Application”, *American Law Review*, br. 54/1920, str. 535–562.

⁷ Više vid.: W. Horowitz, „Company Law Reform and the *Ultra Vires* Doctrine”, *The Law Quarterly Review*, br. 62/1946, str. 73–74; H. Rajak, „Judicial Control: Corporations and the Decline of Ultra Vires”, *Cambrian Law Review*, br. 26/1995, str. 9–11; J. Birds *et al*, str. 103.

U osnovi se ovde ne može primeniti *ultra vires* doktrina, jer nezakoniti akt društva treba da bude sankcionisan na zakonom predviđen način.⁸ Međutim, ova doktrina bi bila primenljiva onda kada bi društvo odlučilo da neku od zakonskih zabrana stavi u svoj osnivački akt.⁹ Drugo shvatanje pojma radnji zabranjenih zakonom se odnosi na zakonska ograničenja pravne sposobnosti privrednih društava, koja su naročito prisutna kod specijalizovanih privrednih društava.

U najširem smislu, *ultra vires* doktrina se odnosi i na prekoračenje ovlašćenja od strane zastupnika društva. Zapravo, ovde je reč o pravnim radnjama koje su preduzete u okviru pravne sposobnosti privrednog društva, tj. društvo je imalo pravo da ih preduzme, ali lice koje ih je preduzelo nije na to bilo ovlašćeno.¹⁰ I pored korišćenja slične terminologije, *ultra vires* doktrinu ipak ne treba širiti i na problematiku prekoračenja ovlašćenja zastupnika, jer bi to stvorilo konfuziju.¹¹ To su u osnovi različiti instituti, koji podležu bitno drugačijim sankcijama i drugačijoj logici.¹²

2. Razlozi za uvođenje *ultra vires* doktrine

Ultra vires doktrina svoje izvorište ima u javnom pravu.¹³ Tamo je ona uvedena sa idejom zaštite privatnih interesa (interesa pojedinaca) u odnosu prema javnim vlastima. Kako je došlo do primene ova javnopravne doktrine u jednoj privatnopravnog grani prava, kao što je kompanijsko pravo? Prvobitne razloge treba tražiti u zaštiti interesa države, tj. zaštiti javnopravnih interesa.¹⁴ Ona predstavljaju odraz shvatanja, prema kome osnovano privredno društvo, ovde se prevashodno misli na akcionarska društva, ima i određene javnopravne elemente.¹⁵ Naime, mnogo decenija se smatralo da su privredna društva „državna tvorevina”, koja bez dozvole države ne mogu ni nastati.¹⁶ Samim tim država mora da snosi i određenu odgovornost. Zbog toga je država želela da joj ograniči ovlašćenja na one delatnosti koje

⁸ Cf. W. Horowitz, str. 74.

⁹ Vid.: H. Rajak, str. 11.

¹⁰ J. Birds *et al*, str. 102–103.

¹¹ S. McLaughlin, *Unlocking Company Law*, Hodder education, London 2009, str. 128. Slično: J. Birds *et al*, str. 103; H. Rajak, str. 12.

¹² Cf. W. Woon, str. 56.

¹³ Više vid.: H. Rajak, str. 9–10.

¹⁴ Više vid.: J. Anderson, „The Evolution of the *Ultra Vires* Rule in Irish Company Law”, *Irish Jurist (N. S.)*, br. 36/2001, str. 264–266.

¹⁵ *Ultra vires* doktrina se gotovo nigde nije primenjivala na društva lica, za koja se smatra da imaju opštu pravnu sposobnost. Vid.: A. Barak, „The Recommendations of the Company Law Reform Committee and the Doctrine of *Ultra Vires*”, *Israel Law Review*, br. 3/1968, str. 130.

¹⁶ „*Ultra-vires* doktrina nije građansko-pravnog porijekla, nego je ustavno-pravni postulat, koji se na pravne osobe primjenjuje samo zato jer im je (i kada im je) personalitet proizašao iz zakona.” N. Gavella, „O opsegu pravne sposobnosti pravnih osoba s obzirom na *ultra-vires* doktrinu engleskog prava”, *Privreda i pravo*, br. 6/1975, str. 18.

su navedene u osnivačkom aktu, na sličan način kako to radi za institucije javnog prava.¹⁷ Zapravo, država je dala dozvolu za osnivanje društva za obavljanje određenih delatnosti, navedenih u osnivačkom aktu, te se posledično izvodi zaključak da društvo ne može da obavlja i druge delatnosti, jer za njih nije dobilo dozvolu države. Ako se ovome doda i činjenica da je u tom periodu država imala strah od akcionarskih društava,¹⁸ jer je postalo očigledno da ta društva mogu da prikupe ogroman kapital, a time i utiču na prava velikog broja lica, prihvatanje *ultra vires* doktrine je imalo za cilj da se takvim društvima postave određene granice, tj. „da se limitira koncentracija njihove ekonomske moći”.¹⁹

Pored interesa države, koji je vremenom postajao sve manje vidljiv, osnovna opravdanja za zadržavanje *ultra vires* doktrine su se svodila na zaštitu interesa članova i poverilaca. Zaštita članova, u širem smislu investitora, počiva na sledećoj pretpostavci: članovi su investirali u akcije, odnosno udele društva pouzdajući se da će društvo obavljati one delatnosti koje su navedene u osnivačkom aktu.²⁰ Prema ovom objašnjenju, jedan od značajnih faktora prilikom donošenja investicione odluke je obuhvat dozvoljenih delatnosti društva. Ova argumentacija se nastavlja tako što se pretpostavlja da investitori ne bi ulagali u određeno društvo da su znali da će ono naknadno da promeni svoju delatnost.²¹ Zapravo, ovde je reč o tome da bi obavljanjem delatnosti koje nisu navedene u osnivačkom aktu bila iznevena opravdana očekivanja članova. Takođe, postupanje van okvira navedenih delatnosti se ranije posmatralo kao kršenje ugovornih obaveza preuzetih prema članovima, što je bilo odraz ugovornog shvatanja privrednog društva.²² Konačno, ne treba zanemariti ni argument prema kome se ograničavanjem pravne sposobnosti, članovi društva štite u odnosu na članove uprave, što je naročito aktuelno u državama u kojima dominira prvi agencijski problem.²³

¹⁷ J. Dine, *Company Law*, 5th ed., Palgrave Macmillan, Hampshire 2005, str. 47–48.

¹⁸ Vid.: E. Kefauver, “The Doctrine of Ultra Vires”, *Tennessee Law Review*, br. 6/1927–1928, str. 20.

¹⁹ F. A. Gevurtz, *Corporation Law*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000, str. 220. Vid. i: L. D. Solomon *et al*, *Corporations Law and Policy — Materials and Problems*, 4th ed., West Group, St. Paul, Minn. 1998, str. 92.

²⁰ A. Barak, str. 128; P. J. Omar, “Powers, Purposes and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule”, *Bond Law Review*, br. 16(1)/2004, str. 94, J. Anderson, str. 267; W. Woon, str. 55; S. J. Leacock, str. 77; N. Gavella (1975), str. 19.

²¹ M. A. Schaeftler, “Ultra Vires — Ultra Useless: The Myth of State Interest in Ultra Vires Acts of Business Corporations”, *Journal of Corporation Law*, br. 9/1983, str. 81, fn. 1.

²² C. E. Carpenter, str. 65; J. Anderson, str. 267. Vid. i: E. Owusu-Dapaa, S. Adarkwah, “The Doctrine of Ultra Vires and the Protection of Shareholders, Creditors and Third Parties in Ghana: A Balancing Act”, *Commonwealth Law Bulletin*, br. 35(3)/2009, str. 541.

²³ Vid.: A. Hicks, “Ultra Vires in Company Law — A Capacity to Confuse”, *Bracon Law Journal*, br. 27/1995, str. 44; J. Kiggundu, str. 5.

Zaštita poverilaca je drugi osnovni razlog za zadržavanje *ultra vires* doktrine. Nakon uvođenja koncepta ograničene odgovornosti članova za obaveze društva, postalo je jasno da postoji potreba za posebnom zaštitom poverilaca.²⁴ Tradicionalno se ističe argument prema kome sposobnost društva da izvršava svoje obaveze značajnim delom zavisi i od delatnosti koje društvo obavlja.²⁵ Prema tome, poverioci su prihvatili to svojstvo, imajući u vidu rizičnost i prinose od delatnosti koje društvo može da obavlja.²⁶ Po prirodi stvari, ovi argumenti se odnose samo na voljne poverioce. Zaštita poverilaca objašnjava zašto je rano kompanijsko pravo zabranjivalo akcionarima da ratifikuju *ultra vires* pravni posao, kao i da menjaju delatnosti društva navedene u osnivačkom aktu.²⁷

3. Sumrak *ultra vires* doktrine

Zaštita članova i poverilaca ne može da objasni zbog čega društvo nema pravo da obavlja i neke druge delatnosti, od kojih bi bila ostvarena veća dobit. Profitabilnije poslovanje je nesporno u interesu društva, a posredno i svih njegovih nosilaca interesa. Tako posmatrano, *ultra vires* doktrina može predstavljati kočnicu za brži razvoj društva i njegovo prilagođavanje novonastalim okolnostima, a samim tim i objašnjenje da je to u interesu članova, odnosno poverilaca nema logičko utemeljenje.²⁸ Takođe, ako se kaže da ova doktrina štiti poverioce, onda to znači da oni mogu da se na nju pozivaju u postupcima protiv društva. Međutim, u isto vreme na nju može da se poziva i samo društvo, u postupcima koje pokreću poverioci, kako bi izbeglo svoje obaveze zbog radnje preduzete van okvira delatnosti navedenih u osnivačkom aktu. To zapravo znači da u jednom obligacionom odnosu, korišćenje *ultra vires* doktrine u interesu društva može biti direktno upereno protiv interesa konkretnog poverioca. Smatra se da je sve učestalija odbrana društva sa pozivom na ovu doktrinu predstavljala uvertiru u brojne zakonodavne promene.²⁹

Kao najbolji primer promena koje su se desile u ovoj oblasti, može se ukratko prikazati razvoj *ultra vires* doktrine u državi u kojoj je i nastala — Velikoj Britaniji. Tradicionalno je kompanijsko pravo Velike Britanije zahtevalo da se u osnivačkom aktu obavezno navedu delatnosti koje društvo obavlja. Sve do druge polovine XIX veka bilo je nejasno kakav je pravni značaj delatnosti navedenih u osnivačkom aktu, tj. da li društvo ima opštu pravnu sposobnost ili je ona ograničena tim delatnostima. Tada važeći kompanijski propisi nisu o

²⁴ J. Kiggundu, str. 6.

²⁵ J. Anderson, str. 270.

²⁶ Cf. S. J. Leacock, str. 78.

²⁷ J. Kiggundu, str. 7.

²⁸ Cf. P. L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, str. 153.

²⁹ J. Anderson, str. 270.

tome imali eksplicitnu normu. Konačno, Dom lordova je 1875. godine u čuvenom slučaju *Ashbury Carriage*,³⁰ zauzeo eksplicitan stav prema kome je pravna sposobnost društva ograničena delatnostima koje su deo osnivačkog akta. Prema tome, društva nisu mogla da ulaze u druge poslovne sfere, navedene u osnivačkom aktu, kao što društvo nije moglo naknadno ni da promeni svoj osnivački akt u delu koji se odnosi na delatnosti.³¹ Radnje preduzete van okvira pravne sposobnosti su bile ništave. Ovakav stav engleskog prava je bio potpomognut institutom poznatim pod nazivom “*constructive notice*”, prema kome se pretpostavljalo da su svi podaci upisani u registar, a to znači i delatnosti društva, poznati trećim licima.³²

Dalji razvoj *ultra vires* doktrine se može posmatrati iz ugla korporativne prakse i zakonodavnih promena. Korporativna praksa je odmah po uvođenju *ultra vires* doktrine pokušala na različite načine da zaobiđe njene negativne efekte. Zapravo, u narednim decenijama postojala je tenzija između onoga što su bile privredne potrebe i rigidnih stavova sudske prakse. Sudovi su se učestalo vraćali osnovnim principima *ultra vires* doktrine, bez obzira na to što su privredna društva zagovarala liberalnija shvatanja.

Prvi odgovor prakse na *Ashbury* slučaj se sastojao u širokom formulisanju delatnosti u osnivačkom aktu, kako se ni ne može desiti u praksi da je neki pravni posao društva *ultra vires* (tzv. „sindrom iscrpne liste”³³).³⁴ Inicijalno je sudska praksa imala negativan stav prema ovakvom širenju delatnosti koje društvo može da obavlja. Ona je smatrala da među svim delatnostima treba pronaći onu koja je glavna, a sve ostale treba tretirati sporednim. Kompanije su u želji da zaobiđu pravilo glavne delatnosti počele da formulišu delatnosti tako da svaka predstavlja deo za sebe i da se ne može tumačiti u vezi sa drugim delatnostima. Sudovi su bili veoma nezadovoljni ovakvom praksom, ali su je na kraju ipak prihvatili.³⁵ Takođe, društva su u osnivački akt unosila i odredbu prema kojoj je kompanija ovlašćena da preduzima i sve druge radnje koje su sporedne i služe vršenju registrovanih delatnosti. Konačno, postojala je i praksa unošenja subjektivnih odredaba u osnivački akt, prema kojima društvo može da obavlja i sve druge delatnosti, za koje uprava smatra da služe osnovnim delatnostima, tj. da su korisne za društvo.³⁶

Zakonodavne aktivnosti na polju ublažavanja dejstva *ultra vires* doktrine su započete 70-ih godina prošlog veka, nakon što je Velika Britanija postala članica Evropske zajednice. U cilju usklađivanja sa Prvom direktivom, uvedena je pretpostavka prema kojoj se

³⁰ *Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Riche* (1875) LR 7 HL 653.

³¹ D. Kershaw, *Company Law in Context — Texts and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2009, str. 107.

³² Ovaj institut je u engleskom pravu ukinut tek 1989. godine. Vid.: J. Dine, str. 48.

³³ P. J. Omar, str. 102.

³⁴ Za sličnu praksu u SAD vid.: L. D. Solomon *et al*, str. 92.

³⁵ Vid.: *Cotman v Brougham* [1918] AC 514.

³⁶ Više vid.: J. Birds *et al*, str. 103–110.

pravni posao smatra da je u okviru pravne sposobnosti, ako je treće lice postupalo u dobroj veri.³⁷ Nakon ove odredbe *ultra vires* doktrina je nastavila da se primenjuje u brojnim slučajevima kada treće lice ne postupa u dobroj veri. Zbog toga se često i konstatuje da Velika Britanija nije do kraja implementirala relevantnu odredbu Prve direktive.³⁸

Velike promene su se desile 1989. godine, izmenama Kompanijskog zakona usvojenog 1985. godine,³⁹ a konačno uobličene su dobile Kompanijskim zakonom iz 2006. godine. Danas je osnovno pravilo da se punovažnost pravne radnje kompanije ne može dovesti u pitanje na osnovu nedostatka pravne sposobnosti zbog bilo čega što je sadržano u osnivačkom aktu.⁴⁰ Drugim rečima, *ultra vires* doktrina više ne deluje prema trećim licima, tj. nema eksterni efekat. Takođe, uvedeno je i pravilo prema kome kompanija može svojim osnivačkim aktom da ograniči delatnosti koje obavlja, a u slučaju da takve odredbe nema, delatnosti su neograničene.⁴¹ Iz svega navedenog se jasno može zaključiti da je Velika Britanija napravila veliki otklon u odnosu na *ultra vires* doktrinu, ali je nije u potpunosti derogirala, jer ona i dalje ima značajan domen primene, naročito u internim odnosima (u odnosima između direktora i društva, kao i članova i društva).⁴²

Američko pravo je takođe tradicionalno prihvatilo *ultra vires* doktrinu. Međutim, za razliku od Velike Britanije, sudovi su ubrzo postajali sve manje naklonjeni ovoj doktrini, te ona nikada nije bila striktno i rigorozno primenjivana, već je bila prisutna velika doza fleksibilnosti. Danas u Americi važi kao osnovno pravilo da je svako akcionarsko društvo osnovano sa svrhom obavljanja svake zakonite delatnosti (engl. *any lawful business*), osim ukoliko je u osnivačkom aktu predviđena ograničena svrha.⁴³ Kao logičan sled nastavlja se i odredba prema kojoj se ne može osporavati valjanost pravne radnje akcionarskog društva na osnovu činjenice da društvo nema ovlašćenje za njeno preduzimanje, osim u tri izričito navedena slučaja.⁴⁴

³⁷ Više o uklađivanju britanskog prava u ovom domenu vid.: P. J. Omar, str. 108–110.

³⁸ Više vid.: J. Birds *et al*, str. 127–132; P. J. Omar, str. 109–110; S. McLaughlin, str. 129.

³⁹ Više vid.: P. J. Omar, str. 110–112; J. Kiggundu, str. 23–28; F. Cassim, “The Rise, Fall, and Reform of the Ultra Vires Doctrine”, *South African Mercantile Law Journal*, br. 10/1998, str. 297–300.

⁴⁰ Britanski Companies Act 2006, čl. 39(1).

⁴¹ Britanski CA (2006), čl. 31(1).

⁴² P. L. Davies, str. 154.

⁴³ Model Business Corporation Act — MBCA, § 3.01. (a); Delaware Code, Title 8. Corporations, General Corporation Law — Delaware GCL, § 101(b).

⁴⁴ MBCA (1984), § 3.04.; Delaware GCL, § 124. Više vid.: F. A. Gevurtz, str. 226–229.

Sličan zakonodavni put su imale i gotovo sve države Komovelta — Australija,⁴⁵ Novi Zeland,⁴⁶ Kanada,⁴⁷ Barbados,⁴⁸ Singapur,⁴⁹ Malezija, Južnoafrička Republika,⁵⁰ i sl. Čini se da je najmodernije shvatanje ono koje je prihvaćeno u Australiji i Kanadi, prema kome privredna društva imaju pravnu sposobnost izjednačenu sa fizičkim licima.

Ultra vires doktrina je bila i jedna od prvih kompanijskopравnih tema o kojima se raspravljalo i na nivou Evropske unije (tada Evropske zajednice). Uostalom, već je Prvoj direktivi, davne 1968. godine, zauzet sledeći nedvosmislen stav po ovom pitanju: društvo kapitala obavezuju svi pravni poslovi preduzeti od strane njegovih organa, van okvira delatnosti društva navedenih u internim aktima.⁵¹ Direktiva je omogućila državama članicama da uvedu i jedan izuzetak od ovog pravila, prema kome društvo neće obavezivati ovakav pravni posao, ako dokaže da je treće lice znalo ili prema okolnostima slučaja nije moglo da ne zna za delatnosti navedene u internom aktu. U tom pogledu je važno naglasiti da treće lice nije dužno da istražuje ove činjenice, što proizlazi iz pravila da objavljivanje internog akta samo po sebi ne predstavlja dovoljan dokaz.⁵² Prikazan fakultativni izuzetak je u interesu društva, jer isključuje primenu osnovnog pravila prema nesavesnim trećim licima.

4. *Ultra vires* doktrina u crnogorskom pravu

Ultra vires doktrina ima dugu tradiciju, prvo u jugoslovenskom, a kasnije i u crnogorskom pravu. Posleratno jugoslovensko zakonodavstvo je prihvatilo koncept specijalne (posebne) pravne sposobnosti privrednih društava.⁵³ Ona je nesporno proizlazila iz dva osnovna

⁴⁵ Australijski Corporations Act 2001, sect. 124.

⁴⁶ Novozelandski Companies Act 1993, čl. 16–17.

⁴⁷ Kanadski Business Corporations Act 1985, C-44, čl. 15–17.

⁴⁸ Više vid.: Stephen J. Leacock, str. 97–98.

⁴⁹ Singapurski Companies Act 1967, čl. 23 i 25–25 A. Više vid.: W. Woon, str. 54–67.

⁵⁰ Više vid.: F. Cassim, str. 306–310.

⁵¹ First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, *Official Journal* L 065, 14. 3. 1968, čl. 9(1); Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, *Official Journal* L 169, 30. 6. 2017, čl. 9(1).

⁵² S. Grundmann, *European Company Law — Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen — Oxford 2007, str. 145.

⁵³ Ova pravilo je nesporno važno u prvom periodu nakon Drugog svetskog rata (tzv. period administrativnog socijalizma), da bi nakon toga postalo sporno da li SFRJ prihvata koncept opšte ili specijalne pravne sposobnosti. Više vid.: N. Gavella (1975), str. 13; A. Finžgar, str. 1138–1139.

pravna izvora: Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o udruženom radu. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, „pravno lice može zaključivati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti”.⁵⁴ Iz ove odredbe se izvlačio zaključak da je pravna sposobnost pravnih lica ograničena,⁵⁵ a način ograničavanja je zavisio od specijalizovanih propisa koji su uređivali pojedine forme pravnih lica. U tom pogledu je centralni značaj imao Zakon o udruženom radu.⁵⁶

Ovaj zakon je uveo dva veoma značajna pravila, koja su sve do 2002. godine bila deo crnogorskog kompanijskopravnog sistema. Prema prvom pravilu, „organizacija udruženog rada može da zaključuje ugovore i da obavlja druge poslove prometa robe i usluga samo u okviru svojih delatnosti koje su upisane u sudski registar”.⁵⁷ Na ovaj način je pravna sposobnost privrednih subjekata bila ograničena registrovanim delatnostima, što predstavlja klasičnu primenu *ultra vires* doktrine. Drugo pravilo je omogućavalo privrednim subjektima da pored registrovanih (osnovnih) delatnosti, mogu da obavljaju i sporedne delatnosti.⁵⁸ Sporedne delatnosti su definisane kao delatnosti koje neposredno služe obavljanju osnovnih delatnosti i uobičajeno je da se obavljaju uz određenu osnovnu delatnost u manjem obimu ili povremeno, ili ako njihovo obavljanje doprinosi potpunijem iskorišćavanju kapaciteta, sirovina, otpadaka ili pomoćnog materijala koji se upotrebljava za obavljanje osnovnih delatnosti, ili ako u drugom pogledu služe racionalnijem obavljanju osnovnih delatnosti. Uvođenje koncepta sporednih delatnosti je imalo za cilj proširenje pravne sposobnosti privrednih subjekata. Uostalom, ovo je bilo karakteristično i za britansku sudsku praksu primene *ultra vires* doktrine.

Pravne posledice zaključivanja ugovora *ultra vires* su bile sledeće: ovakav ugovor nije imao pravno dejstvo, a saugovarač je imao pravo da zahteva naknadu štete koju je pretreo zbog zaključenja ovakvog ugovora, pod uslovom da je bio savestan.⁵⁹

Zakon o preduzećima iz 1988. godine je prihvatio osnovno pravilo Zakona o udruženom radu, prema kome društvo može da zaključuje ugovore i obavlja druge poslove u okviru delatnosti koje su upisane u sudski registar, a to uključuje i obavljanje sporednih delatnosti. Međutim, ono što je velika novina ovog zakona je odredba prema kojoj

⁵⁴ Zakon o obligacionim odnosima — ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003, čl. 54(1).

⁵⁵ D. Pop-Georgiev u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima — knjiga prva* (red. S. Perović, D. Stojanović), Pravni fakultet u Kragujevcu i Kulturni centar, Novi Sad 1980, str. 247; I. Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima — I knjiga* (red. S. Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, str. 125.

⁵⁶ Više vid.: A. Finžgar, str. 1140–1146.

⁵⁷ Zakon o udruženom radu, *Službeni list SFRJ*, br. 53/1976, čl. 415.

⁵⁸ ZUR, čl. 410–411.

⁵⁹ ZOO, čl. 54 (2–3).

je *ultra vires* ugovor punovažan.⁶⁰ Zapravo, ovo i nije novina u našem pravnom sistemu, jer je slično pravilo sadržao i Osnovni zakon o preduzećima iz 1965. godine,⁶¹ od koga je odstupio Zakon o udruženom radu.⁶² Imajući u vidu navedeno, u odnosu na preduzeća više se nije moglo primenjivati pravilo Zakona o obligacionim odnosima prema kome ugovor zaključen van okvira pravne sposobnosti nema pravno dejstvo, zbog činjenice da je Zakon o preduzećima specijalan zakon, koji derogira pravila opšteg zakona (ovde Zakona o obligacionim odnosima).⁶³ Sankcija više nije bila građanskopravna, već kaznenopravna (odgovornost za privredni prestup).⁶⁴ Ovo rešenje se moglo oceniti kao značajno unapređenje regulative, koje je u osnovi imalo za cilj zaštitu druge ugovorne strane, a posredno i pravne sigurnosti.⁶⁵

Usvajanjem Zakona o preduzećima iz 1996. godine nisu izvršene značajnije promene u ovoj oblasti. I dalje preduzeća mogu da preduzimaju pravne radnje samo u okviru registrovanih i sporednih delatnosti, a sankcija je odgovornost za privredni prestup.⁶⁶ No, dve promene su ipak vidljive. Prvo, definicija sporednih delatnosti je znatno uža, jer obuhvata samo poslove koji se uobičajeno obavljaju uz registrovane delatnosti, u manjem obimu ili povremeno, dok je izostala mogućnost da sporedna delatnost služi potpunijem iskorišćavanju registrovanih delatnosti. Druga promena je značajnija, jer uvodi izuzetak od pravila da je *ultra vires* pravni posao punovažan, u slučaju da je treće lice znalo ili moralo znati za prekoračenje. Prema tome, nesavesnost druge strane čini pravni posao nepunovažnim.⁶⁷ Rešenje je očigledno bilo inspirisano britanskom implementacijom Prve direktive, gde je korišćen standard dobre vere.

Crna Gora je 2002. godine usvojila Zakon o privrednim društvima, koji je do danas pretrpeo više izmena.⁶⁸ Ovim zakonom je za društva kapitala prihvaćeno moderno rešenje, prema kome pravne radnje preduzete od strane organa društva ili drugih lica ovlašćenih za zastupanje društva obavezuju društvo, čak i u slučaju da izlaze van okvira registrovanih delatnosti društva.⁶⁹ Ovakvo rešenje implicira da postupanje društva *ultra vires* nema pravnog dejstva u odnosu na treća lica, a tako zaključen pravni posao je punovažan. Savesnost trećeg lica je bez značaja, jer se i lice koje je znalo da društvo prekoračuje

⁶⁰ Zakon o preduzećima — ZOP 1988, *Službeni list SFRJ*, br. 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90, *Službeni list SRJ*, br. 24/94, čl. 149.

⁶¹ Osnovni Zakon o preduzećima, čl. 289(1).

⁶² Vid.: A. Finžgar, str. 1139.

⁶³ I. Jankovec u: S. Perović, str. 126.

⁶⁴ ZOP 1988, čl. 190(1)(2).

⁶⁵ I. Jankovec u: S. Perović, str. 126.

⁶⁶ Zakon o preduzećima, *Službeni list SRJ*, br. 29/1996, čl. 20 i 439(1)(2).

⁶⁷ Ovo pravilo je sudska praksa primenjivala i po prethodnom zakonu, ali uz dodatni uslov da je druga strana to činila u cilju špekulacije. Nav. prema: I. Jankovec u: S. Perović, str. 126.

⁶⁸ Zakon o privrednim društvima — ZOPD CG, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 6/02, 17/07, 80/08, 40/10, 36/11, 40/11.

⁶⁹ ZOPD CG, čl. 29(2) i 72(2).

svoje delatnosti može pozivati na punovažnost pravnog posla. Posmatranjem samo kompanijskog zakona moglo bi se zaključiti da postupanje društva *ultra vires* nema eksterne, već samo interne posledice.

Prema pravilima registracije, privredna društva imaju obavezu da registruju samo pretežnu delatnost. Zakon o privrednim društvima ne poznaje pojam pretežne delatnosti. Ovaj pojam je u crnogorsko pravo uveden obrascima privrednog registra,⁷⁰ koji su doneti na osnovu podzakonskog akta koji uređuje rad Centralnog registra privrednih subjekata.⁷¹ Registracija pretežne delatnosti ni na koji način ne ograničava pravnu sposobnost privrednih društava, jer ona mogu da obavljaju i svaku drugu delatnost, koja ne mora imati nikakvu vezu sa pretežnom delatnošću. Na ovaj način je u Crnoj Gori na mala vrata u celosti derogirana *ultra vires* doktrina, te postupanje van okvira registrovane delatnosti ne rađa ni eksterne ni interne posledice.

Poslednjih godina se u Crnoj Gori ulažu naponi u pravcu fundamentalnog reformisanja kompanijskopravnog okvira. Kao rezultat tih zalaganja sačinjen je i javno publikovan Nacrt zakona o privrednim društvima.⁷² Ovaj nacrt predviđa dva jednostavna pravila: 1) društvo ima pretežnu delatnost, koja se registruje u postupku osnivanja i 2) društvo može obavljati i druge delatnosti koje nisu zakonom zabranjene, ako su utvrđene osnivačkim aktom, odnosno statutom.⁷³ Čini se da je Nacrt imao nameru da postojeći blagi konflikt između registracionog i kompanijskog propisa otkloni, kako bi prihvatio najmodernije rešenje, prema kome privredno društvo ima opštu pravnu sposobnost. Međutim, u tom pogledu je napravljena jedna omaška, jer Nacrt govori o tome da se registruje samo pretežna delatnost, a da se ostale delatnosti moraju navesti u konstitutivnim aktima društva. Obaveza navođenja i drugih delatnosti u praktičnim efektima znači vraćanje *ultra vires* doktrina u crnogorsko pravo. Zbog toga se treba založiti za sledeće rešenje: društva obavezno registruju pretežnu delatnost, a pored nje mogu obavljati i sve druge delatnosti koje nisi zakonom zabranjene, bez obzira na to da li su utvrđene osnivačkim aktom, odnosno statutom.

⁷⁰ Vid. obrazac PS-01 Registracija — privredni subjekt i obrazac PS-01 a Registracija — Preduzetnik. Dostupno na: <http://www.crps.me/preuzimanja/pregled> (1. 9. 2018).

⁷¹ Uputstvo o radu Centralnog registra privrednih subjekata i obrascima za upis, *Službeni list RCG*, br. 6/2002, *Službeni list CG*, br. 17/2007, 80/2008 i 36/2011.

⁷² Nacrt je javno dostupan na zvaničnoj prezentaciji Ministarstva ekonomije Vlade Crne Gore: <http://www.mek.gov.me/vijesti/174469/Javna-rasprava-na-Nacrt-zakona-o-privrednim-drustvima.html> (1. 10. 2018).

⁷³ Nacrt Zakona o privrednim društvima, čl. 16.

Literatura

1. Anderson J., "The Evolution of the *Ultra Vires* Rule in Irish Company Law", *Irish Jurist (N. S.)*, br. 36/2001
2. Barak A., "The Recommendations of the Company Law Reform Committee and the Doctrine of Ultra Vires", *Israel Law Review*, br. 3/1968
3. Birds J. *et al.*, *Boyle & Birds' Company Law*, 4th ed., Jordans, Bristol 2000
4. Brady J. D., "The Doctrine of Ultra Vires, its Nature, Elements and Modern Application", *American Law Review*, br. 54/1920
5. Carpenter C. E., "Should the Doctrine of Ultra Vires Be Discarded", *Yale Law Journal*, br. 33/1923–1924
6. Cassim F., "The Rise, Fall, and Reform of the Ultra Vires Doctrine", *South African Mercantile Law Journal*, br. 10/1998
7. Davies P. L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008
8. Dine J., *Company Law*, 5th ed., Palgrave Macmillan, Hampshire 2005
9. Finžgar A., „Pravna i poslovna sposobnost pravnog lica”, *Pravni život*, br. 11/1983
10. Gavella N., „O opsegu pravne sposobnosti pravnih osoba s obzirom na ultra-vires doktrinu engleskog prava”, *Privreda i pravo*, br. 6/1975
11. Gevurtz F. A., *Corporation Law*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000
12. Grundmann S., *European Company Law — Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen — Oxford 2007
13. Hicks A., "Ultra Vires in Company Law — A Capacity to Confuse", *Bracton Law Journal*, br. 27/1995
14. Horowitz W., "Company Law Reform and the *Ultra Vires* Doctrine", *The Law Quarterly Review*, br. 62/1946
15. Kefauver E., "The Doctrine of Ultra Vires", *Tennessee Law Review*, br. 6/1927–1928
16. Kershaw D., *Company Law in Context — Texts and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2009
17. Kiggundu J., "The never ending story of ultra vires", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, br. 24/1991
18. Leacock S. J., "Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience over Logic", *DePaul Business & Commercial Law Journal*, br. 5/2006
19. McLaughlin S., *Unlocking Company Law*, Hodder education, London 2009
20. Omar P. J., "Powers, Purposes and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule", *Bond Law Review*, br. 16(1)/2004
21. E. Owusu-Dapaa, S. Adarkwah, "The Doctrine of Ultra Vires and the Protection of Shareholders, Creditors and Third Parties in Ghana: A Balancing Act", *Commonwealth Law Bulletin*, br. 35(3)/2009
22. Perović S., Stojanović D. (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima — knjiga prva*, Pravni fakultet u Kragujevcu i Kulturni centar, Novi Sad 1980
23. Perović S. (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima — I knjiga*, Savremena administracija, Beograd 1995
24. Rajak H., "Judicial Control: Corporations and the Decline of Ultra Vires", *Cambrian Law Review*, br. 26/1995
25. Schaeftler M. A., "Ultra Vires — Ultra Useless: The Myth of State Interest in Ultra Vires Acts of Business Corporations", *Journal of Corporation Law*, br. 9/1983

26. Solomon L. D. *et al*, *Corporations Law and Policy — Materials and Problems*, 4th ed., West Group, St. Paul, Minn. 1998
27. Woon W., “Ultra Vires and Corporate Capacity in Singapore”, *Singapore Academy of Law Journal*, br. 1/1989

Vuk Radović, PhD*

ULTRA VIRES DOCTRINE AND LEGAL CAPACITY OF COMPANIES

Ultra vires doctrine encompasses legal acts of the company that fall outside the activities defined in the articles of incorporation. The author in this paper analyses the reasons for introduction of this doctrine in company law. In the beginning the protection of state interests were emphasized as the main reason, and later the dominant explanation became the need for protection of members (investors) and creditors of the company. In the second part of this paper it has been shown how gradually the effects of this doctrine have been reduced by practice and lawmakers in comparative law. Finally, in the last part, the author elaborated the development of ultra vires doctrine, firstly in Yugoslav and later on in Montenegrin law. De lege lata Montenegrin solutions have been criticized, as well as the relevant provision of the pending Draft of the new Law on partnerships and companies.

Key words: company, legal capacity, dominant activity, articles of incorporation, First company law directive

* Professor at the University of Belgrade — Faculty of Law



Fleksibilizacija radnog prava — izazovi i granice

Fleksibilizacija radnog prava predstavlja složen proces koji sa sobom nosi brojne izazove. Uopšteno govoreći, podrazumijeva napuštanje pojedinih zakonskih rješenja, kako bi se poslodavcima omogućilo da slobodnije upravljaju svojom radnom snagom. Fleksibilizacija je, u većoj ili manjoj mjeri, zahvatila brojne institute radnog prava ali je, u prvom redu, uticala na porast broja atipičnih formi rada i mogućnost otkazivanja ugovora o radu. Prema prvobitnoj zamisli, ovaj proces trebao je da bude praćen garancijom određenog nivoa prava radnika, odnosno da pored fleksibilnosti za poslodavca, obezbijedi i određenu sigurnost za radnika, ali je ova ideja iznevjerena. U radu se, otuda, ukazuje na to da je potrebno nanovo promisliti o odnosu između problema ekonomskog tržišta, sa jedne i snižavanja standarda kojima se štite prava radnika, sa druge strane. Ukazuje se i na to da fleksibilizacija radnog prava ne smije voditi ukidanju istorijski ostvarenih vrijednosti i potpunoj deregulaciji. Autor razmatra proces fleksibilizacije iz ugla izazova koje je sa sobom donio, prije svega, u pogledu zaštite radnika i segmentacije tržišta rada, te, u tom kontekstu, nastoji odrediti granice fleksibilizacije, a sve imajući u vidu da dalje snižavanje radnih standarda neće značajnije poboljšati ekonomsko tržište.

Ključne riječi: ekonomska kriza, fleksigurnost, atipične forme rada, otkaz, segmentacija tržišta rada

Uvod

Fleksibilizacija je centralni pojam svih reformi koje su zahvatile radno pravo posljednjih dvadesetak godina. Kao koncept, vezuje se za neoliberalizam i potiče iz Sjedinjenih Američkih Država, gdje je radni odnos, zbog dosljedne primjene ekonomskog liberalizma i slobode ugovaranja, u osnovi fleksibilan.¹ Nasuprot tome, radno pravo u evropskim državama karakteriše državni intervencionizam, sa zaštitnom ulogom prema radniku kao slabijoj strani u radnom odnosu. Fleksibilizacija radnog prava, otuda, otvara mnogo više pitanja i donosi mnogo više izazova u državama socijalnog modela.

* Saradnik u nastavi na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica, doktor pravnih nauka.
e-mail: milica.kovac@udg.edu.me.

¹ V. Gotovac, „Radno pravo za 21. stoljeće: Mitovi o fleksibilizaciji”, *Financijska teorija i praksa*, vol. 27, br. 4, 2003, str. 418.

Uopšteno govoreći, fleksibilizacija podrazumijeva napuštanje pojedinih zakonskih rješenja, kako bi se poslodavcima omogućilo da slobodnije upravljaju svojom radnom snagom. U pitanju je niz reformi radnog zakonodavstva kojima se želi umanjiti sigurnost zaposlenja, ali i ukupan nivo zaštite radnika, a sve u cilju izbjegavanja negativnih ekonomskih posljedica na strani poslodavca. Uzroci fleksibilizacije se vezuju za ekonomski neoliberalizam, globalizaciju, internacionalizaciju, demografska kretanja, pa čak i za jačanje sindikalne moći.² Ipak, u praksi i teoriji dominiraju stavovi o tome da rigidna zakonska rješenja dodatno otežavaju poziciju poslodavca koji, u uslovima ekonomske krize, nije u mogućnosti da održivo posluje ili da predstavljaju tzv. biznis barijere, te značajan faktor visoke stope nezaposlenosti. Kao dodatni razlozi za deregulaciju tržišta rada navode se podsticaj ekonomskog rasta i povećanje konkurentnosti nacionalnih ekonomija.³ Nakon 2008. godine situacija se dodatno pogoršava, pa se kao jedini motiv reformi radnog prava navodi svjetska ekonomska kriza, a radno zakonodavstvo u većini evropskih država doživljava brojne i ozbiljne izmjene. Sve ovo, međutim, često je činjeno bez kritičkog promišljanja i peispitivanja opravdanosti reformi, odnosno njihove nužnosti i eventualnih istinskih (skrivenih) motiva fleksibilizacije radnog prava, poput sticanja većeg profita.

Sasvim su pogrešne pretpostavke o tome da se problemi proistekli iz finansijske krize mogu uspješno rješavati kontinuiranim i strukturnim reformama radnog prava.⁴ Radni standardi ne uzrokuju finansijsku krizu pa je, otuda, teško zamisliti da izmjene radnog prava mogu predstavljati adekvatan odgovor na istu.⁵ Štoviše, agresivna deregulacija u oblasti radnih odnosa može biti kontraproduktivna i dodatno opteretiti nacionalnu ekonomiju i sistem socijalne sigurnosti.⁶ Mala je, dakle, vjerovatnoća da će se reformom radnog prava ostvariti ciljevi vezani za smanjenje javnih troškova i stope nezaposlenosti.⁷ Kao posebno problematično javlja se pitanje trajanja i obima mjera koje se uvode kao odgovor na kriznu situaciju. Ako se reforma radnog zakonodavstva doživljava kao odgovor na finansijsku krizu onda bi i *trajanje* takve reforme trebalo biti ograničeno na period dok kriza i njene posljedice traju.⁸ Problem je, međutim, to što

² *Ibid.*, str. 421.

³ Najснаžнији притисци за флексибилизацију и дерегулацију радног права, притом, долазе од међународних организација које афирмишу преиспитивање и преисмјеравање циљева радног права у правцу обезбјеђивања доброг функционисања тржишта рада у оквиру капиталистичке привреде (Међународни монетарни фонд, Свјетска банка, Европска централна банка). Лј. Ковачевић, *Валјани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 234.

⁴ J. Prassl, "Contingent crises, permanent reforms: Rationalising labour market reforms in the European union", *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014, str. 211.

⁵ *Ibid.*, str. 213.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, str. 216.

⁸ *Ibid.*, str. 226.

su uglavnom sve reforme dizajnirane i uvedene u radno pravo na trajan način, bez mogućnosti povratka na staro, a što znači da kada se, pod izgovorom finansijske krize, jednom snizi nivo garantovanih prava (zaštite) radnika, mala je vjerovatnoća da će se ikada više taj nivo vratiti na staro.⁹ Na drugoj strani, postoji potreba da se razbiju mitovi o tome da odredbe radnog zakonodavstva predstavljaju osnovni uzrok nezaposlenosti. Ova tvrdnja dostigla je mitski status iako se rijetko, ako ikada, dokazala u praksi.¹⁰

Prema prvobitnoj zamisli trend fleksibilizacije radnog prava trebalo je da bude praćen garancijom određenog nivoa prava radnika, odnosno da pored *fleksibilnosti* za poslodavca, obezbijedi i određenu *sigurnost* za radnika, pa je tako i nastao pojam *fleksigurnosti* (eng. *flexicurity*). Ideja o ovakvoj uravnoteženoj fleksibilizaciji radnog prava dobija i zvaničnu potvrdu 2006. godine kada je Komisija evropskih zajednica donijela *Zelenu knjigu o modernizaciji radnog prava u susret izazovima XXI vijeka*, u cilju otvaranja javne rasprave u okviru Evropske unije o tome na koji način se reformom radnog zakonodavstva, odnosno radnog prava može osigurati održiv ekonomski rast, uz više boljih radnih mjesta.¹¹ Prema ovom dokumentu, fleksibilizacija radnog prava treba da omogući veću prilagodljivost radnika i poslodavaca (preduzeća), u cilju postizanja pune zaposlenosti, produktivnosti rada i socijalne kohezija.¹² Međutim, ova ideja o nekonfliktnosti rješenja koja bi značila više fleksibilnosti za poslodavca, ali i zadržavanje određenog nivoa sigurnosti za radnika, pokazala je sve svoje slabosti u vrijeme finansijske krize.¹³ O ovome najbolje svjedoči činjenica da su pojedine kategorije radnika najviše izložene problemima ekonomskog tržišta i da su upravo ti radnici (ne i drugi) jedine žrtve ekonomske krize i radnopravnih reformi, zbog čega je na tržištu rada došlo do podjele radnika na *zaštićene* i *nezaštićene*, odnosno na tzv. insajdere (eng. *insiders*) i autsajdere (eng. *outsiders*). Ovako izražena segmentacija tržišta rada s pravom je navela pojedine autore na zaključak o tome da se naspram koncepta sigurnosti radnika ne nalazi *fleksibilnost*, već *rizik* imanentan takvoj fleksibilnosti,¹⁴ te da upravo taj rizik predstavlja razlog zbog koga pojedine evropske države nisu uspjele da uspostave odgovarajući balans između fleksibilnosti, na jednoj i sigurnosti, na drugoj strani.

Premda je tačno da je umjerena fleksibilizacija radnog prava poželjna, te da se može uspostaviti određena veza između mobilnosti

⁹ Ibid.

¹⁰ *Ibid.*, str. 216.

¹¹ Green paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, Commission of the European Communities, Brussels, 2006.

¹² B. Lubarda, „Fleksigurnost — Eufemizam za neoliberalizam ili fenomen inherentan globalizaciji i starenju stanovništva”, *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, Beograd, Pravni fakultet, 2007, str. 1–2.

¹³ P. Loi, „Risk: A new paradigm to face market challenges”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014, str. 390.

¹⁴ *Ibid.*, str. 393.

na tržištu rada i stope privrednog rasta,¹⁵ vrijeme je da se proces fleksibilizacije uspori i odrede njegove granice, kako se radno pravo ne bi vratilo nekoliko koraka unazad u pogledu prava radnika na dostojanstven i pristojan rad. Koncept pristojnog rada predstavlja sintezu svega onoga što je od nastanka radnog prava pa do danas učinjeno na planu poboljšanja uslova rada i zaštite radnika, s tim da je sam pojam pristojnog rada novijeg datuma.¹⁶ Pristojan rad ima svoju ekonomsku komponentu, zbog čega treba da obezbijedi pristojan životni standard zaposlenog i njegove porodice, a njegovu sadržinu, između ostalog, čine *jednakost na radu* i *sigurnost rada*,¹⁷ kao vrijednosti koje su najviše pogođene fleksibilizacijom radnog prava.

Treba imati na umu i to da bi, sa aspekta zaštite pozicije radnika i tekovina radnog prava, prihvatljivije bilo govoriti o *modernizaciji*, nego o *fleksibilizaciji* radnog prava, a istinske uzroke modernizacije tražiti u procesu globalizacije, starenju evropskog stanovništva, te uticaju koji je razvoj informacionih tehnologija donio u svijet rada. Ovo iz razloga što modernizacija, za razliku od fleksibilizacije, nužno ne podrazumijeva snižavanje garantovanog nivoa prava (zaštite) radnika, već prilagođavanje tradicionalnih instituta radnog prava savremenim uslovima rada. Ovo posebno imajući u vidu da *reforma*,¹⁸ sama po sebi, podrazumijeva neku promjenu nabolje, odnosno poboljšanje postojećeg stanja. Otuda, reforma radnog prava, u kontekstu modernizacije, u prvom redu, podrazumijeva prilagođavanje informacionim tehnologijama, podsticanje doživotnog učenja, te olakšavanje pomirenja porodičnih i profesionalnih dužnosti. Drugim riječima, fleksibilizacija ne smije voditi ukidanju istorijski ostvarenih vrijednosti i standarda rada i potpunoj deregulaciji, već treba da bude reregulacija (reforma) koja se temelji na novim vrijednostima i standardima koji su pomireni sa realnim zahtjevima i na novim osnovama.¹⁹ Ovakva,

¹⁵ R. Brković, „Fleksibilno tržište rada u uslovima globalizacije”, u: B. Šunderić, B. Lubarda, P. Jovanović (ur.), *Socijalna prava i evropske integracije*, Zbornik radova sa Savjetovanja pravnika, 5–8. oktobar 2011, Zlatibor, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2011, str. 112.

¹⁶ Pojam pristojnog rada prvi put se javlja na 87. zasjedanju Opšte konferencije rada 1999. godine, u izvještaju generalnog direktora Međunarodnog biroa rada u kome je istaknuto da je: „Primarni cilj MOR-a danas, da unaprijeđuje mogućnosti za žene i muškarce u dobijanju pristojnog i produktivnog rada, u uslovima slobode, jednakosti, sigurnosti i ljudskog dostojanstva”. Deklaracija o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije iz 2008. godine (*ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adopted by the International Labour Conference, 97th session, Geneva, June, 2008). S. Perić, *Pristojan rad*, Doktorska disertacija (neobjavljena), Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Niš, 2011, str. 11.

¹⁷ S. Perić, *op. cit.*, str. 63–64.

¹⁸ Od francuske riječi *réforme* — izmijena postojećeg sistema u cilju njegovog boljeg funkcionisanja. I. Klajn, M. Šipka, *Veliki riječnik stranih riječi i iznaza*, Prometej, Novi Sad, 2008, str. 1080.

¹⁹ V. Gotovac, *op. cit.*, str. 432.

umjerena reforma, da bi bila uspješna, nužno zahtijeva da bude praćena reformom obrazovanja, sistema socijalne sigurnosti, poreskog sistema, sudstva i državne uprave.²⁰

1. *Fleksibilizacija radnog prava*

Premda fleksibilizacija radnog prava podrazumijeva skup različitih promjena radnog zakonodavstva, ona se prvenstveno odnosi na: 1) zapošljavanje; i 2) otkaz ugovora o radu. Fleksibilizacija, odnosno modernizacija je zahvatila i brojna druga pitanja radnog prava, uključujući zaradu, racionalizaciju broja zaposlenih, raspored radnog vremena, rad van prostorija poslodavca uz korišćenje modernih tehnologija i sl. Štoviše, ona se posredno odrazila i na mnoga druga pitanja radnog prava, uključujući sindikalno organizovanje i kolektivno pregovaranje. Najdrastičniju promjenu predstavlja napuštanje načela *in favor laborem*, zahvaljujući čemu je, u pojedinim evropskim zemljama, a suprotno istorijskoj funkciji kolektivnog ugovora da unaprijedi položaj zaposlenih, socijalnim partnerima omogućeno da derogiraju određene zakonske odredbe na štetu zaposlenih.²¹

Reforma zarada i razionalizacija broja zaposlenih uglavnom se odnose na javni sektor, budući da je u nizu evropskih država došlo do snižavanja/zamrzavanja zarada državnih službenika i smanjenja broja zaposlenih u državnoj upravi.²² Poslodavcima se, istovremeno, ostavlja više prostora da organizuju radno vrijeme i vrše njegovu preraspodjelu shodno svojim potrebama. Na drugoj stani, sve više se uvodi fleksibilno radno vrijeme koje je u interesu zaposlenog jer mu omogućava da, u okvirima utvrđenim opštim aktom poslodavca ili kolektivnim ugovorom, sam odredi početak i završetak sopstvenog radnog vremena, pri čemu nije nužno da svakog dana radi isti broj časova, s tim da u prosjeku ostvari ugovoreno radno vrijeme — najčešće na nedjeljnom ili dvonedjeljnom, rjeđe, mjesečnom nivou.²³

²⁰ *Ibid.*, str. 346.

²¹ U Litvaniji je, primjera radi, kao privremena mjera bilo uvedeno pravilo da se kolektivnim ugovorima može suziti zaštita zaposlenih u pogledu prava na otpremninu i otkazni rok, dok je u Grčkoj, dopušteno da se kolektivnim ugovorom kod poslodavca ugovaraju uslovi rada koji su nepovoljniji od uslova ugovorenih granskim kolektivnim ugovorom. Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 237–238.

²² Tako je, primjera radi, pravni režim rada državnih službenika drastično izmijenjen u Španiji i Portugaliji. Uloga kolektivnog pregovaranja je svedena na minimum, zarade su umanjene i ukinute brojne privilegije, zbog čega se režim rada u državnoj upravi sve više približava onome u privatnom sektoru. J-M. Miranda Boto, "Some observations on public employment in Europe", *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014, str. 255.

²³ Fleksibilno radno vrijeme je, u najvećoj mjeri, rezultat rastuće potrebe za usklađivanjem profesionalnih i porodičnih dužnosti, posebno u uslovima krize tradicionalne porodice i povećanja broja samohranih roditelja, kao i uticaja informacionih tehnologija na organizaciju rada. B. Lubarda, *Radno pravo — Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 492.

U nekim zemljama deregulacija u oblasti rada ocjenjuje se kao prekomjerna dok je, pak, u nekim drugim zemljama umjerena. U Crnoj Gori bi se, u pogledu odredaba o otkazu ugovora o radu, mogla označiti kao *umjerena*, a u pogledu zapošljavanja kao *prekomjerna*, imajući u vidu činjenicu da broj radnika koji rade na određeno vrijeme čini trećinu ukupno angažovane radne snage u Crnoj Gori.²⁴

1.1. *Fleksibilizacija radnog odnosa*

Dugo vremena stalnost zaposlenja (zapošljavanje na neodređeno vrijeme) smatrala se osnovnim obilježjem radnog odnosa, čime se izražavala težnja društva da obezbijedi materijalnu sugurnost radno angažovanih pojedinaca. U pitanju je forma angažovanja koja radniku garantuje najširi spektar zaštite, uključujući i trajnost zaposlenja, a što je u skladu sa idejom o zaštitnom karakteru radnog zakonodavstva.²⁵ Postoje brojni argumenti za ovakvo poimanje radnog odnosa, poput onih o prirodnoj težnji čovjeka za sigurnošću ili o potrebi očuvanja dostojanstva zaposlenog i smanjenja stresa koji fleksibilne forme rada nose sa sobom, te potrebi zaštite ekonomski slabije strane u radnom odnosu. Ovi argumenti, međutim, nisu u vezi sa potrebama tržišta i finansijskim interesima poslodavca. No, procesi globalnih razmjera učinili su da se sve više počne uvažavati ova druga grupa argumenata, što je, donekle, izmijenilo tradicionalno shvatanje ugovora o radu na neodređeno vrijeme. U sudaru tradicionalnih i modernih zahtjeva tržišta rada, nastoji se pronaći fleksibilno rješenje koje će očuvati postojeću prirodu ugovora o radu, ali koje će, istovremeno, omogućiti poslodavcu da fleksibilnije upravlja radnom snagom. Ovakvo nastojanje stavlja državu pred brojne izazove u postupku zakonskog regulisanja fleksibilnih formi ugovora o radu. U ovim novim okolnostima stalnost zaposlenja nije više, sama po sebi, cilj, već su kontinuitet zaposlenja, jednakost i zaštita od zloupotrebe zaposlenih koji rade u atipičnim formama rada ciljevi koje treba ostvariti.

Pod fleksibilnim zapošljavanjem podrazumijeva se angažovanje radnika u različitim fleksibilnim (atipičnim) formama rada koje se razlikuju od tradicionalnog načina zasnivanja radnog odnosa na neodređeno vrijeme i sa punim radnim vremenom. Tu se, u prvom redu, misli na ugovor o radu na određeno vrijeme i ugovor o radu za privremeno obavljanje poslova, kao formama rada koje u najvećoj mjeri pogađaju stalnost zaposlenja. Pored ovih, postoje i mnoge druge atipične forme angažovanja radnika, poput rada sa nepunim radnim vremenom, rada na daljinu, rada na poziv i sl. Sve ove forme rada omogućavaju preduzećima da brzo reaguju na izmijenjene potrošačke

²⁴ *Saopštenje Zavoda za statistiku Crne Gore*, br. 53, Anketa o radnoj snazi za 2016. godinu, Podgorica, 03. 04. 2017. godine.

²⁵ A. Ludera-Ruszel, "Evaluation of the legal regulation concerning the fixed term employment contract in the context of the implementation of the protective function of labour law — Poland case study", *International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences & Arts SGEM*, 2014, str. 595–596.

trendove i povećaju produktivnost, dok radnicima daju veću mogućnost da utiču na radno vrijeme, razvijaju karijeru i balansiraju porodične i profesionalne dužnosti.²⁶ Kada predstavljaju izraz volje zaposlenih lica, fleksibilne forme rada imaju niz pozitivnih efekata, a među njima i lakše uključivanje lica sa invaliditetom i lica sa porodičnim dužnostima na tržište rada. Međutim, rad u ovakvim ugovornim formama nužno sa sobom nosi opasnost od snižavanja radnih standarda, od diskriminacije i nehumanog tretmana zaposlenih, neloyalne konkurencije i socijalnog dampinga.²⁷

Premda je u većini evropskih država ugovor o radu na neodređeno vrijeme ostao pravilo, zakoni su omogućili poslodavcu da angažuje radnike i na određeno vrijeme (*ugovor o radu na određeno vrijeme*). Ovakva mogućnost poslodavca obično je praćena zaštitnim odredbama, poput onih o opravdanom razlogu za zaključenje ugovora o radu na određeno vrijeme, o vremenski ograničenom sukcesivnom zaključivanju ugovora radu ili ograničenom broju obnavljanja ugovora, o prekidu između dva ugovora koji se zapravo ne smatra prekidom ili o transformaciji radnog odnosa na određeno, u radni odnos na neodređeno vrijeme. Međutim, i pored svih zaštitnih mjera, zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme u značajnoj je mjeri promijenilo poziciju radnika, a što je posebno došlo do izražaja u uslovima visoke stope nezaposlenosti i u slučaju nisko kvalifikovane radne snage, budući da poslodavac može uvijek iznova angažovati novog radnika za rad na određeno vrijeme, pa se radnik sada svjesno odriče prava iz rada (i po osnovu rada) iz straha da mu ugovor, nakon isteka roka na koji je zaključen, neće biti obnovljen, odnosno transformisan u ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Ipak ohrabruje činjenica da Direktiva 99/70/EZ²⁸ pruža znatan obim zaštite radnika angažovanih u ovoj formi, te da je Evropski sud pravde restriktivno tumačio pojmove *objektivan razlog* i *sukcesivni ugovori o radu na određeno vrijeme*. Sud je u slučaju *Adeneler*, interpretirajući odredbe Direktive, zauzeo stav da je njen osnovni cilj da zaštiti zaposlene od nesigurnosti zaposlenja, zbog čega se zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme vezuje za ograničen broj slučajeva i za tačno određene okolnosti, odnosno *objektivan razlog*, pri čemu taj razlog mora biti precizan i konkretan, te dovoljan da opravda ovakav aranžman i mora biti u vezi sa nekom privremenom potrebom poslodavca.²⁹

²⁶ Green paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century.

²⁷ M. Kovač-Orlandić, „Privremeno zapošljavanje posredstvom agencije”, *Zbornik škole prava Evropske unije*, 07–10. maj, Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Donja Gorica, Podgorica, 2013, str. 73.

²⁸ Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP (Official Journal L 175, 10. 07. 1999., str. 43–48).

²⁹ *Adeneler and others v Ellinikos Organismos Galaktos*, Judgement of 4 July 2006, IRLR 716, Case C-212/04. L. Zappala, “Abuse of Fixed-term employment contracts and sanctions in the recent ECJ’s jurisprudence”, *Industrial Law Journal*, vol. 35, br. 4, 2006, str. 441.

Na drugoj strani, u mnogo težoj poziciji nalaze se radnici koji su posredstvom agencija za privremeno ustupanje angažovani da rade na osnovu *ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova*. Osnovno obilježje ovakvog aranžmana je *trilateralnost*, budući da zaposleni zasniva radni odnos sa jednim subjektom (*agencijom/preduzećem za privremeni rad*) radi izvršavanja rada kod drugog subjekta (*preduzeća korisnika rada*). Ovakav *three-way* odnos nosi sa sobom veliki rizik zloupotrebe, te je, otuda, od velike važnosti predvidjeti odgovarajuću zaštitu privremno angažovanih radnika. Pravni režim zaštite privremenih radnika, prema Direktivi 2008/104/EZ, obuhvata zaštitu od nejednakog tretmana, zaštitu zdravlja i bezbjednosti na radu i zaštitu od otkaza u slučaju prestanka potrebe za radom zaposlenog kod preduzeća korisnika.³⁰ No, uprkos namjeri da zaštiti privremeno angažovane radnike, Direktiva ne predviđa bilo kakva ograničenja za uvođenje ovog oblika rada, čime je širom otvorila vrata privremenog rada,³¹ i dala zamah daljoj fleksibilizaciji radnog prava, te drastično promijenila poziciju današnjeg radnika, koji je sada, u uslovima visoke stope nezaposlenosti, dodatno izložen riziku zloupotrebe od strane poslodavca. Ovakvi radnici, po pravilu, pristaju na niže zarade, diskriminaciju, uznemiravanje, prekovremeni rad, te se veoma rijetko sindikalno organizuju. Premda je Direktiva 2008/104/EZ prvi dokument koji je trebalo da podrži koncept *fleksigurnosti*, on je, sasvim suprotno, žrtvovao sigurnost u korist deregulacije, nesigurnosti i segmentacije tržišta rada, zbog čega se smatra *prekršenim obećanjem fleksigurnosti*.³²

Njegujući model zaštitnog radnog zakonodavstva, pojedine evropske države su predvidjele ograničenja privremenog angažovanja radnika posredstvom agencije, pa se, otuda, radnici na ovaj način mogu angažovati na određeni period ili u određenom procentu, čime se, u prvom redu, uvažava *privremenost* kao osnovno svojstvo ovog oblika angažovanja. Tako se, primjera radi, u Portugaliji privremeni rad posredstvom agencije zakonski ograničava na period od dvije godine (bez obzira na broj sukcesivnih ugovora), dok je u Italiji kolektivnim ugovorom za finansijski sektor predviđeno da poslodavac može na ovaj način angažovati svega 5% od ukupnog broja radnika u kompaniji.³³ No, za razliku od toga, u crnogorsko radno zakonodavstvo se 2011. godine, bez ikakvih ograničenja, u pravni život uvodi sasvim novi institut privremenog (agencijskog) rada, čime je,

³⁰ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work (*Official Journal* L 327/9, 05. 12. 2008., str. 9–14).

³¹ R. Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2012, str. 512.

³² N. Countouris, R. Horton, "The temporary agency work Directive: Another broken promise?", *Industrial Law Journal*, vol. 38, br. 3, 2009, str. 338.

³³ N. Countouris, S. Deakin, M. Freedland, A. Koukiadaki, J. Prassl, *Report on temporary employment agencies and temporary agency work*, International Labour Organization, 2016, str. 60–64.

u proteklom periodu, nanijeta nemjerljiva šteta radnicima angažovanim putem agencija. Zakonskim putem se, dakle, ne ograničava, (iz razloga sprječavanja zloupotreba od strane poslodavaca koji imaju potrebu za stalnim kadrom) maksimalno trajanje privremenog rada, zbog čega se privremeni radnici u praksi smatraju radnicima *drugog reda* čija se pozicija umnogome razlikuje od tzv. zaštićenih radnika, odnosno radnika zaposlenih na neodređeno vrijeme i direktno kod poslodavca.

Moglo bi se zaključiti da uvođenje atipičnih formi rada nije, samo po sebi, sporno, ali da problem predstavlja to što se ove forme rada danas pretjerano *upotrebljavaju i zloupotrebljavaju*.³⁴ Ovo ne čudi, ako se uzme u obzir činjenica da poslodavci privremene forme angažovanja radnika doživljavaju kao *atraktivnu alternativu* trajnoj formi angažovanja koja ne daje mogućnost lakog otkazivanja ugovora o radu,³⁵ zbog čega, u ovim formama rada, angažuju radnike i za obavljanje poslova koji su aktom o sistematizaciji radnih mjesta određeni kao trajni, odnosno za kojim poslodavac ima trajnu potrebu. Problem pretjerane upotrebe i zloupotrebe atipičnih formi rada bio bi, dakle, najvećim dijelom riješen ako bi se ove forme angažovanja u praksi isključivo koristile za obavljanje poslova privremenog karaktera, budući da je njihovo osnovno svojstvo *privremenost*. Na ovaj način bi se smanjio i jaz među različitim kategorijama radnika, a sada već nezaustavljiv proces fleksibilizacije radnog prava bi, ako ne u istoj, onda bar u sličnoj mjeri pogodio sve radnike. U skladu sa ovim je i stav po kome su se stekli uslovi da se radni odnos na određeno vrijeme transformiše u radni odnos na neodređeno vrijeme, ako zaposleni nije angažovan za rad na određeno vrijeme iz razloga koje predviđa zakon, već za rad na radnom mjestu koje je sistematizovano aktom poslodavca.³⁶

1.2. *Fleksibilizacija odredaba o otkazu ugovora o radu*

Otkaz ugovora o radu od strane poslodavca predstavlja jedan od najznačajnijih instituta radnog prava kome se, zbog posljedica koje nosi sa sobom, uvijek posvećivala velika pažnja. Zaštitne odredbe u pogledu otkaza imaju za cilj da spriječe samovoljno postupanje poslodavca i obezbijede veću sigurnost zaposlenja. Postoje četiri aspekta zaštite zaposlenog od otkaza: 1) *opravdan razlog za otkaz* ugovora o radu od strane poslodavca; 2) *procedura otkazivanja* ugovora o radu koja osigurava učešće predstavnika radnika; 3) *finansijska nadoknada* — otpremnina u slučaju kada je otkaz rezultat ekonomskih potreba poslodavca; i 4) *mogućnost osporavanja otkaza* ugovora o radu pred sudskim ili drugim nadležnim tijelom koje ispituje opravdanost otkaza i *izricanje odgovarajućih sankcija* poslodavcu u slučaju

³⁴ A. Ludera-Ruszel, *op. cit.*, str. 598.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, *Rev. br. 39/17 od 16. 06. 2017. godine.*

kada se utvrdi neopravdanost otkaza.³⁷ Svaki od ovih aspekata zaštite zaposlenog od otkaza je, međutim, pretrpio određene promjene usljed fleksibilizacije radnog prava. Zahtjevi za fleksibilnim prestankom radnog odnosa počivaju na uvjerenju da su poslodavci destimulirani da zapošljavaju nove radnike zbog straha od troškova koje će imati kada ih budu otpuštali, dok pravila o prestanku radnog odnosa obezbjeđuju zaštitu postojećih zaposlenih, čije se otpuštanje svodi na minimum, jer je odveć skupo za poslodavce.³⁸

Koncept opravdanog otkaznog razloga se uglavnom zadržao i danas,³⁹ s tim da se fleksibilnije tumači mogućnost poslodavca da otkaze ugovor o radu iz ekonomskih razloga, a visina nadoknade koja u ovom slučaju pripada zaposlenom višestruko je umanjena. Posebno ohrabruje činjenica da reforma radnog prava nije uticala na pravila o *nedozvoljenim otkaznim razlozima*, već da je, sasvim suprotno, posljednjih par decenija, znatno unaprijeđena zaštita zaposlenih od diskriminatornog otkaza, otkaza kao vida odmazde prema zaposlenom (zviždaču) i otkaza pojedinih kategorija radnika (trudnica i dr.). Uporedo sa ovim, razvila se i ideja o tome da otkaz ugovora o radu od strane poslodavca ne smije biti povezan sa *kršenjem ljudskih prava* na radnom mjestu.⁴⁰

Reforma odredaba o otkazu je najviše uticala na procedure koje poslodavac mora poštovati kada otkazuje ugovor o radu, budući da on u određenim, zakonom predviđenim, slučajevima može otkazati ugovor o radu zaposlenom bez otkaznog roka i nakon što ga je prethodno pismeno upozorio na postojanje otkaznog razloga, a bez vođenja disciplinskog postupka.⁴¹ Treba, međutim, imati na umu i to da zaposleni kome prestaje radni odnos ima pravo na otkazni rok *razumne dužine*,⁴² pri čemu, u većini evropskih država, ovaj rok varira i određuje se srazmjerno dužini radnog staža zaposlenog.⁴³ Dosadašnje reforme radnog prava nisu (osim izuzetno) uticale na mogućnost

³⁷ S. Laulom, "Dismissal law under challenge: new risks for workers", *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014, str. 231.

³⁸ Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 239.

³⁹ Izuzetak predstavlja Estonija, gdje su 2009. godine pravila o otkazu izmijenjena, u cilju proširivanja područja poslodavčeve vlasti otpuštanja. U Portugalu je uveden novi otkazni razlog: neprilagodljivost zaposlenog, a u Mađarskoj: povreda obaveze vjernosti zaposlenog poslodavcu. Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 242–244.

⁴⁰ U pitanju je metod interpretacije koji Evropski sud za ljudska prava primjenjuje u svojim odlukama, a zahvaljujući kome je moguće obezbijediti zaštitu ekonomsko-socijalnih prava koja nisu sadržana u Konvenciji onda kada je to neophodno za ostvarivanje, u njoj garantovanih, građanskih prava. V. Mantouvalou, "Work and private life: Sidabras and Džiautas v. Lithuania", *European Law Review*, vol. 30, 2005, str. 573.

⁴¹ Član 143 stav 2 i član 143 b stav 1 Zakona o radu („Sl. list CG”, br. 49/08, 26/09, 59/11, 66/12, 31/14, 4/18).

⁴² Konvencija br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine („Sl. list SFRJ — Međunarodni ugovori”, br. 48/84, 7/91, preuzeta Odlukom o proglašenju nezavisnosti Republike Crne Gore, „Sl. list RCG”, br. 36/2006).

⁴³ Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 246.

zaposlenog da ospori poslodavčevu odluku o otkazu ugovora o radu, bez obzira na to što reintegracija zaposlenog nije više isključivo pravilo. U nekim državama, drugačije su uređene posljedice povrede otkaznog postupka, i to na način da one, po pravilu, ne predstavljaju razlog za poništaj rješenja o otkazu, već poslodavac ima (samo) obavezu da zaposlenom isplati naknadu štete (primjera radi u Španiji i Portugaliji).⁴⁴ U svakom slučaju, sve je veći broj država u kojima naknada štete predstavlja osnovni instrument zaštite od nezakonitog otkaza.⁴⁵ Pored toga, u mnogim državama su umanjene naknade na koje zaposleni kome je radni odnos prestao nezakonito ima pravo, čime je, na štetu zaposlenog, poremećena tradicionalna ravnoteža između prava poslodavca da otkáže ugovor o radu i prava zaposlenog na odgovarajuće kompenzacije.⁴⁶ Poslodavac je, dakle, zadržao pravo na otkaz, dok je na zaposlenog prenesen finansijski i socijalni rizik takvog otkaza.⁴⁷

U kontekstu reformi odredaba o otkazu ugovor o radu spominje se i sve češća praksa ugovaranja dužeg perioda *probnog rada*, budući da se na ovaj način poslodavcu na zaobilazan način daje mogućnost da otkáže ugovor o radu zaposlenom. Otuda, ugovaranje probnog rada više nema za primarni cilj testiranje radnikovih sposobnosti u određenom periodu, već je cilj garantovanje perioda u kome se, na određen način, stavljaju po strani odredbe o otkazu i daje mogućnost poslodavcu da otkáže ugovor o radu bez navođenja otkaznog razloga.⁴⁸ Treba imati na umu i to da Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 158 dozvoljava odstupanje od zaštitnih pravila o otkazu u slučaju probnog rada, pod uslovom da je u pitanju, kako je naveo njen tripartitni komitet, *period razumnog trajanja*.⁴⁹

2. Fleksibilizacija radnog prava — izazovi i granice

Imajući u vidu obim promjena koje je pretrpjelo, radno pravo se danas suočava sa brojnim izazovima na koje nije lako dati adekvatan odgovor. Ovi izazovi se, prije svega, odnose na saniranje negativnih posljedica fleksibilizacije radnog prava, *odnosno smanjenje razlika u položaju tzv. zaštićenih (insajdera) i nezaštićenih (autsajdera) radnika*. Ovo iz razloga što autsajderi danas nose najveći teret reformi radnog prava, izloženi su stalnom stresu i pritisku da će biti zamijenjeni, zbog čega pristaju i na uslove rada koji su daleko ispod garantovanih. Sve ovo dovodi do njihovog nejednakog položaja u odnosu

⁴⁴ *Ibid.*, str. 248.

⁴⁵ Primjera radi, u Mađarskoj reintegracija zaposlenog nije više pravilo. Osnovna sankcija za nezakonit otkaz je nadoknada štete čiji maksimalni iznos ne može preći 12 mjesečnih zarada. S. Laulom, *op. cit.*, str. 246–247.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 254.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, str. 250–251.

⁴⁹ Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 245.

na insajdere. Mit je, dakle, da je fleksibilizacija teret jednak za sve.⁵⁰ Istina je da fleksibilizacija dijeli radnike i zamagljuje njihove zajedničke interese.⁵¹ U vezi sa ovim je i drugi izazov koji je fleksibilizacija radnog prava donijela sa sobom, a odnosi se na pitanje *kako, u uslovima izražene segmentacije tržišta rada, očuvati ulogu i značaj sindikata, odnosno sindikalnu moć*. U uslovima deregulacije, sindikati bivaju snažno pogođeni, budući da se radnici angažovani u atipičnim formama rada u znatno manjoj mjeri sindikalno organizuju ali da, i onda kada to čine, često nemaju iste interese kao i njihove kolege tzv. insajderi, čime se jedinstvo i solidarnost radnika okreće u svoju suprotnost. Na drugoj strani, ponovnu ravnotežu interesa radnika i poslodavaca moguće je efikasno i brzo uspostaviti jedino putem sindikalnog aktivizma i socijalnog dijaloga. Paradoksalno je, dakle, to što se upravo od oslabljenih sindikata očekuje da budu *slamka spasa* i očuvaju ono što su zakonodavac i socijalni partneri decenijama stvarali.

Izjednačavanje radnika (insajdera i autsajdera) u položaju i pravima svakako bi se postiglo uvođenjem odgovarajućih zakonskih ograničenja fleksibilnim formama rada, ali i efikasnim inspeksijskim nadzorom. Kakva će biti ta ograničenja zavisi od ukupnih prilika na tržištu rada ali ona, u prvom redu, treba da spriječe zloupotrebe od strane poslodavca koji pretenduje da za rad na stalnim radnim mjestima, odnosno radi obavljanja poslova za kojima postoji trajna potreba, angažuje zaposlene u kratkim/atipičnim formama rada. Promjene koje su zadesile radno pravo definitivno zahtijevaju i drugačiju (efikasniju) inspekciju rada koja sada, i u pogledu nadležnosti i kapaciteta, treba biti ojačana. U pitanju je dizajniranje radnog zakonodavstva u skladu sa potrebama jedne zemlje i njene privrede, bez slijepog vjerovanja u to da će svaka (i bilo kakva) fleksibilizacija dovesti do privrednog rasta i smanjiti stopu nezaposlenosti. Ne postoje dokazi o tome da zemlje sa inferiornim radnim standardima pokazuju superiorni izvozni učinak, niti o tome da strogost zakonodavstva o radu ima efekte na nivo ukupne zaposlenosti.⁵² Ukoliko fleksibilizacija radnog prava ne dovodi do povećanog zapošljavanja, rasta zarada ili povećanja blagostanja u državi, postavlja se onda pitanje njene shrsishodnosti i nužnosti. Pitanje je, dakle, kome je fleksibilizacija radnog prava koristila,⁵³ da li nam je bila nužna ili je samo hir nosilaca kapitala, odnosno izgovor za sticanje većeg profita. Ako se prihvati stanovište po kome je fleksibilizacija radnog prava, u određenoj mjeri, poželjna, i ako se stavi u kontekst modernizacije i reformi koje koriste svima (i radu i kapitalu), onda se, kao sljedeće, postavlja

⁵⁰ V. Gotovac, *op. cit.*, str. 426.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² G. Obradović, „Fleksibilizacija radnih odnosa — uzroci i granice”, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, 2008, str. 206–207.

⁵³ *Ibid.*, str. 206.

pitanje njenih granica. *Da li je fleksibilizacija radnog prava prešla granicu nužnog i gdje je zapravo ta granica?*

Mada ju je teško precizno odrediti, granicu fleksibilizacije radnog prava, u svakom slučaju, čine ljudsko dostojanstvo i ljudska prava. *Ljudsko dostojanstvo* predstavlja univerzalnu vrijednost, a odnosi se na pravo svake individue na poštovanje njene ukupne ličnosti i etički odnos od rođenja. Kao pravna kategorija štiti se proklamovanjem, garancijom i zaštitom ljudskih prava. *Ljudska prava, u prvom redu socijalna, predstavljaju osnovnu branu daljih reformi radnog prava*. Drugim riječima, sudovi (domaći i međunarodni) imaju moć da zaustave dalju reformu radnog prava bar onda kada se takvom reformom krše domaći i međunarodni standardi ljudskih prava.⁵⁴ Jedan ovakav, ohrabrujući primjer dolazi iz francuske sudske prakse, budući da je zakonsko rješenje o *ugovoru o novom zaposlenju* označeno kao suprotno Konvenciji br. 158, najprije od strane Komiteta eksperata MOR-a, a zatim i od francuskog Kasacionog suda.⁵⁵ Ovo iz razloga što je ugovor o novom zaposlenju omogućavao poslodavcu da, tokom dvogodišnjeg perioda, otkáže ugovor o radu zaposlenom *iz bilo kod razloga*, a što je period koji se nikako ne može smatrati *razumnim*.⁵⁶ Slična je situacija i sa periodom probnog rada koje predviđa grčko radno zakonodavstvo, a koji je Evropski komitet za socijalna prava označio suprotnim članu 4 Evropske socijalne povelje.⁵⁷

Uspostavljanje granica dalje fleksibilizacije radnog prava putem zaštite socijalnih prava ima svoja ograničenja, budući da se pojedina od ovih prava još uvijek smatraju *programskim* i da se obaveza njihovog poštovanja različito tumači upravo sa pozivanjem na unutrašnje prilike u jednoj zemlji. Situacija je, međutim, drugačija po pitanju građanskih prava i sloboda, čija zaštita na radnom mjestu ide uzlaznom putanjom i čije se kršenje ne može pravdati potrebom fleksibilizacije radnog prava, odnosno finansijskim interesima poslodavca. O tome najbolje svjedoče presude Evropskog suda za ljudska prava u kojima je primjenjen tzv. *integrisani pristup ljudskim pravima*, na način što je omogućena zaštita prava na rad i prava na zaštitu od nedozvoljenog otkaza, onda kada je to neophodno za ostvarivanje građanskih i političkih prava i sloboda.⁵⁸ Na taj način, noviju istoriju radnog prava karakterišu dva donekle suprotna procesa: slabljenje pozicije

⁵⁴ J. Prassl, *op. cit.*, str. 227.

⁵⁵ S. Laulom, *op. cit.*, str. 252.

⁵⁶ Lj. Kovačević, *op. cit.*, br. 245.

⁵⁷ S. Laulom, *op. cit.*, str. 252.

⁵⁸ U slučaju *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije* podnosioci predstavke su smatrali da otkaz ugovora o radu i zabrana zapošljavanja bivših pripadnika KGB-a u javnom, i značajnom dijelu privatnog sektora, predstavlja diskriminaciju na bazi članstva u političkoj partiji, a u vezi sa tim, i povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovanog članom 8 Konvencije. *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Judgment of 27 July 2004, no. 55480/00 and no. 59330/00.

radničkih prava, na jednoj i jačanje pozicije građanskih prava i sloboda na radnom mjestu, na drugoj strani.

Ukoliko se dalji proces fleksibilizacije radnog prava nesmetano nastavi, odnosno ukoliko ga garancije ljudskih prava i sindikalne aktivnosti zaposlenih ne stave pod kontrolu, postoji opasnost od pretvaranja radnog odnosa u moderan oblik *najamnog rada*, imajući u vidu da je ideja fleksigurnosti sasvim iznevjerena. Ovo nas približava onima koji tržište rada u budućnosti vide kao tržište modernih agenata, od kojih svako pregovara za svoje sopstvene uslove zapošljavanja, gdje će dugoročno obavezivanje preduzeća prema radniku, ali i radnika prema preduzeću biti zamijenjeno kratkoročnim ugovornim odnosom i gdje će obojica partnera moći da promijene onog drugog po želji.⁵⁹

Zaključak

Fleksibilizacija radnog prava predstavlja složen proces čije stvarne uzroke nije lako identifikovati i čije posljedice nije lako sanirati. Premda postoje brojne rasprave o stvarnim (istinskim) uzrocima fleksibilizacije radnog prava, u ovom momentu, mnogo je značajnije pažnju usmjeriti na posljedice koje je ovaj proces donio sa sobom i na pitanje da li je prešao granicu nužnog. Ovo posebno imajući u vidu da se radno pravo danas nalazi u raskoraku između onoga što mu njegova istorijska uloga nameće i onoga u šta se, pod uticajem fleksibilizacije, transformiše, pa se postavlja pitanje kako da, u sasvim novim uslovima, očuva (zaštitnu) ulogu koja mu pripada.

Mada davanje odgovora na ovo pitanje nije nimalo lak zadatak, u prvom redu, potrebno je ukazati na činjenicu da se reformom radnog prava teško mogu postići ciljevi poput smanjenja javnog duga i stope nezaposlenosti, kao i da je dosadašnja fleksibilizacija radnog prava pokazala brojne slabosti i iznevjerila ideju fleksigurnosti, te da, u tom smislu, ne postoji opravdanje da se ovaj proces u nedogled nastavi. Štoviše, brojni su razlozi da se dalja fleksibilizacija radnog prava stavi pod kontrolu i ograniči. Ovo se, u prvom redu, postiže zakonskim izmjenama koje imaju za cilj da u pravima i položaju približe tzv. zaštićene i nezaštićene radnike, jer svaka reforma, i kada se desi, mora biti pravedna. Najteži zadatak, međutim, predstavlja ponovno jačanje sindikalne solidarnosti i moći, za koje odgovornost moraju preuzeti i sami sindikati. Na kraju, sasvim je sigurno da ljudsko dostojanstvo i garancije ljudskih prava, te pravo na pristojne i dostojanstvene uslove rada, predstavljaju krajnju granicu daljeg snižavanja radnih standarda.

⁵⁹ G. Obradović, *op. cit.*, str. 206.

Literatura

1. Blanpain, R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2012.
2. Brković, R., „Fleksibilno tržište rada u uslovima globalizacije”, u: B. Šunderić, B. Lubarda, P. Jovanović (ur.), *Socijalna prava i evropske integracije*, Zbornik radova sa Savjetovanja pravnika, 5–8. oktobar 2011, Zlatibor, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2011.
3. Countouris, N., Horton, R., “The temporary agency work Directive: Another broken promise?”, *Industrial Law Journal*, vol. 38, br. 3, 2009.
4. Countouris, N., Deakin, S., Freedland, M., Koukiadaki, A., Prassl, J., *Report on temporary employment agencies and temporary agency work*, International Labour Organization, 2016
5. Gotovac, V., „Radno pravo za 21. stoljeće: Mitovi o fleksibilizaciji”, *Financijska teorija i praksa*, vol. 27, br. 4, 2003.
6. Klajn, I., Šipka, M., *Veliki riječnik stranih riječi i izraza*, Prometej, Novi Sad, 2008.
7. Kovačević, Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
8. Laulom, S., “Dismissal law under challenge: new risks for workers”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014.
9. Loi, P., “Risk: A new paradigm to face market challenges”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014.
10. Lubarda, B., *Radno pravo — Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
11. Lubarda, B., „Fleksibilnost — Eufemizam za neoliberalizam ili fenomen inherentan globalizaciji i starenju stanovništva”, *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, Beograd, Pravni fakultet, 2007.
12. Ludera-Ruszel, A., “Evaluation of the legal regulation concerning the fixed-term employment contract in the context of the implementation of the protective function of labour law — Poland case study”, *International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences & Arts SGEM*, 2014.
13. Mantouvalou, V., “Work and private life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania”, *European Law Review*, vol. 30, 2005.
14. Miranda Boto, J-M., “Some observations on public employment in Europe”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014.
15. Obradović, G., „Fleksibilizacija radnih odnosa — uzroci i granice”, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, 2008.
16. Orlandić-Kovač, M., „Privremeno zapošljavanje posredstvom agencije”, *Zbornik škole prava Evropske unije*, Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Donja Gorica, Podgorica, 07–10. maj 2013.
17. Perić, S., *Pristojan rad*, Doktorska disertacija (neobjavljena), Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Niš, 2011.
18. Prassl, J., “Contingent crises, permanent reforms: Rationalising labour market reforms in the European union”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, br. 3–4, 2014.
19. Zappala, L., “Abuse of Fixed-term employment contracts and sanctions in the recent ECJ’s jurisprudence”, *Industrial Law Journal*, vol. 35, br. 4, 2006.

Ostali izvori

1. Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP (Official Journal L 175, 10. 07. 1999).

2. Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, (*Official Journal* L 327/9, 05. 12. 2008)
3. *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adopted by the International Labour Conference, 97th session, Geneva, June, 2008.
4. Green paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, Commission of the European Communities, Brussels, 2006.
5. Konvencija broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca („Sl. list SFRJ — Međunarodni ugovori”, broj 4/84, preuzeta Odlukom o proglašenju nezavisnosti Republike Crne Gore, „Sl. list RCG”, br. 36/2006).
6. Presuda ESLJP u predmetu *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Judgment of 27 July 2004, No. 55480/00 and No. 59330/00.
7. Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 39/17 od 16. 06. 2017. godine.
8. *Saopštenje Zavoda za statistiku Crne Gore*, br. 53, Anketa o radnoj snazi za 2016. godinu, Podgorica, 03. 04. 2017. godine.
9. Zakon o radu Crne Gore („Sl. list CG”, br. 49/08, 26/09, 59/11, 66/12, 31/14 i 4/18).

Milica Kovač-Orlandić, PhD*

FLEXIBILISATION OF LABOUR LAW —
CHALLENGES AND BOUNDARIES

Flexibilisation of labour law represents a complex process that brings with it numerous challenges. Generally speaking, it implies the abandonment of certain legal solutions in order to allow employers to freely manage their workforce. Flexibilisation has, to a greater or lesser extent, affected numerous labour law institutes, but has, in the first place, influenced the increase in the number of atypical forms of work and the possibility of terminating employment contracts. According to the original idea, this process should have been followed by a guarantee of a certain level of employees' rights, that is, in addition to flexibility for the employer, it should have also provided certain safety for an employee, but this idea has been lost. The paper, thus, points out that it is necessary to rethink the relationship between the issues of the economic market, on the one hand and lowering the standards that protect the rights of employees, on the other hand. It also points out that flexibilisation must not lead to the abolition of historically realised values and complete deregulation. The author considers the flexibilisation process from the perspective of the challenges it brought with it, primarily, with regard to the protection of employees and the labour market segmentation, therefore, in this context, seeks to determine the flexibilisation limits, bearing in mind that further lowering of labour standards will not significantly improve the economic market.

Key words: economic crisis, flexicurity, atypical forms of work, dismissal, labour market segmentation.

* Associate at Faculty of Law, University of Donja Gorica, Podgorica, Montenegro

PRIKAZI

Prof. dr Nevenka Bogojević-Gluščević,
Statut grada Skadra iz prve polovine XIV
vijeka sa dodacima, završno sa 1461.
godinom, Univerzitet Crne Gore,
Pravni fakultet Podgorica, 2016.

Knjiga *Statut grada Skadra iz prve polovine XIV vijeka sa dodacima, završno sa 1461. godinom* prof. Bogojević-Gluščević važan je i pregalački pothvat na polju naše poznosrednjevjekovne i ranomoderne pravne istorije, ali i u izučavanju društvene istorije uopšte. Na 337 strana, B5 štamparskog formata u tvrdom povezu, pred čitaoca je postavljeno pravo bogatstvo različitog sadržaja koji poteže od recenzija, uvodnih studija, preko izvornog teksta Statuta sa prevodom na naš jezik do priloga.

Priznajući i sama u Predgovoru ovog djela da izučavanje pravne prošlosti primorskih gradova, osim puke atraktivnosti, sobom nosi i poteškoće, prof. Bogojević-Gluščević navodi ključ za razumijevanje značaja ove knjige. Upravo se u pravnoj posebnosti primorskih i gradova u zaleđu mora dogodio susret sa jednom širom pravnom kulturom, prvenstveno onom koju nazivamo recipiranim rimskim pravom, ali i drugim mediteranskim pravnim kulturama — *i. e.* vizantijskom, mletačkom, srednjevjekovnom srpskom i dr. Stoga ovu knjigu treba čitati dvojako: prvo kao napor da se osvijetli jedan konkretni autonomni pravni sistem, ali i kao pregnuće da se pruži komparativni metod za dublje ispitivanje uticaja drugih pravnih kultura koje su ove obale zapljuskivale zajedno sa talasima Jadrana.

Svojevrsnu proemiju ovom djelu čine i recenzije dvaju uglednih istraživača i to (*i*) prof. dr Žike Bujuklića, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i (*ii*) prof. dr Marka Višića, vanrednog profesora Filozofskog fakulteta Univerziteta Crne Gore. Ovim je recenzijama nesumnjivo dokazano da je pitanje Skadarskog statuta međunarodno relevantno, ali i da prevazilazi isključivo pravničke egzaminacije.

Recenzijama slijedi Uvodna studija „Skadar i njegovi statuti” na 79 strana. Uvodna je studija zapravo niska zasebnih tekstova triju referentnih autora (sva tri u prevodu sa italijanskog koji je sačinila prof. Vesna Stanković), koji ovako brižljivo odabrani i predočeni profesorkom Bogojević-Gluščević predstavljaju stanovitu tematsku

* Saradnik u nastavi na predmetu Rimsko privatno pravo i Pravna istorija, Fakultet pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica.
e-mail: andrej.bracanovic@udg.edu.me

kolokaciju koja čitaocu — bilo da je onaj bolje obaviješteni, bilo da je početnik-entuzijasta — daje vrijedan i koristan oslonac za snalaženje u samom tekstu Statuta. Prvi u nizu uvodnih tekstova jeste rad italijanskog profesora Gherarda Ortallija „*Statuti između Skadra i Venecije*”. Njemu slijedi tekst bečkog profesora Olivera Jensa Schmitta „*Skadarski statut: Jedan spomenik srednjovjekovnoj Albaniji*”. Uvodnu studiju okončava tekst italijanske autorke, prof. Lucije Nadin pod naslovom „*O tekstu Skadarskog statuta*”.

Prvi od tri rečena teksta najprije ukazuje na relevantnost teksta skadarskog statuta, vezujući ga za savremene i relevantne autore, ali i sjetno referišući na više od jednog stoljeća tokom kojeg su istraživači bili pasivni prema samom Statutu još otkad se našao pobrojan u Fontanijevoj Bibliografiji o statutima sa samog početka XX vijeka. Prva Ortallijeva namjera jeste identifikovanje same epohe koja je izrodila predmetni Statut, ne bi li na taj način što preciznije datirao i nastanak Statuta. Prepoznajući u odredbama Statuta kraljevski naslov (Dušanov), Ortalli nam više ne ostavlja prostor za sumnju da sâm nastanak Statuta pada prije Dušanovog krunisanja za cara na proljeće 1346. godine, te sljedstveno i prije proglašenja Zakonika tri godine docnije. Ova je vremenska vertikalna vrlo dokučivo zaokružena uporedbom sa ostalim statutima sa ovog dijela primorja. U nastavku se kazuje o periodu do ustanovljenja osmanskog vrhovništva u trećoj četvrtini XV vijeka, a naročito o periodu kada su gradom upravljali Balšići, koje autor, doduše, bez posebnog pojašnjenja naziva „knezovima od Albanije”, kao i o prelasku Skadra u zaklon Kriatog Lava sa zapadne obale Jadrana. Na koncu ovog segmenta pripomjenjuje se o Mehmed-pašinom zauzimanju grada. Druga važna namjera ovog teksta jeste da ukaže na pravni kontinuitet Statuta pod različitim gospodarima grada. Tu se kao poseban ističe prelazak pod mletačku vlast, kada se po uzoru na ostale gradove (naročito Drač) predaja grada omogućila uz uslov da se sačuvaju, koliko je to moguće, pravila „statuta, naredbi i običaja”. Istina je, ovaj je uslov dodatno dopunjen onim „*quantum poteritis*”, kao i „*secundum Deum & honorem nostri Domini*”, čime je koncept pravnog kontinuiteta, uprkos njegovoj vidljivosti, prilično umekšan. Svoje kazivanje Ortalli nastavlja periodom kada je Dulčić (kako se to obično smatra, iako to pitanje ostaje otvoreno za nauku — A. B.) prepisivao ovaj pravni tekst sa originala koji mu je bio dostupan iz arhiva Vijeća desetorice, doduše donekle mutno kazujući o porijeklu tzv. Albanske škole, tj. bratovštine uspostavljene u Veneciji sredinom XV vijeka. U konačnici ovog teksta, Ortalli ukazuje i na izvjesne omaške, netačnosti i nedosljednosti u samom tekstu, uistinu, samo primjerice, ne opterećujući čitaoca njihovom brojnošću.

Drugi među trima tekstovima, Olivera Jensa Schmitta, polazi od nešto dubljeg istorijskog mapiranja regiona, uvodeći kao referentne rimski, grčki, slovenski i druge slojeve, kao i različite administrativne i etničke obrasce. Time nam autor i otkriva svoju nakanu u tekstu, a to je da odredbe Statuta smjesti u njegov širi istorijski kontekst. S tim

ciljem Schmitt prvenstveno pozicionira Statut između „dalmatinske tradicije”⁶⁰ i „srpsko-vizantijskog uticaja”. I Schmitt u ovom pothvatu polazi od poređenja skadarskog sa budvanskim i kotorskim statutom, nastavljajući sa formalnom podjelom teksta, kao i pojedinačnim pravnim oblastima u njemu. Baveći se datiranjem Statuta, autor takođe utvrđuje da se kao krajnji datum nastanka Statuta mora uzeti Dušanovo krunisanje, ali njega interesuje i *terminus post quem*, u čemu ne ide dalje od okvirnog određenja da to moraju biti prve decenije XIV vijeka. Posebno je zanimljiv segment koji skadarski statut stavlja u relaciju sa Zakonikom, u čemu autor i iznosi sud da se Statut može smatrati i njegovim direktnim izvorom, nastavljajući sa analizom odredbi javnog prava u Statutu. Centralni dio ovog teksta čini vrijedna analiza razvoja komunalnog uređenja opština u srednjevjekovnoj Albaniji.⁶¹ Tu Schmitt vješto ukazuje da se vlast u sjevernoalbanskim komunitadima u drugoj polovini XIV vijeka (dakako, ne i samo u njima — A. B.) konstantno uravnotežavala između oblasnih gospodara, episkopske vlasti i same opštine kao političkog faktora. Ovome slijede kazivanja o ustrojstvu i radu osmočlanog Vijeća, ali i o djelatnosti skadarskih sudija. Autor proširuje komparaciju Statuta i na gradove južno od Skadra, u prvom redu na Drač, a nešto kasnije i na druge statute slobodnih opština pok okriljem Svetoga Marka.

Treći i završni tekst uvodne studije, autorke Lucije Nadin, s početka nam kazuje o jednom neočekivano dobro sačuvanom i poznatom korpusu običajnog prava (*Kanun*) suprotstavljajući to poteškoćama koje nauka ima u rekonstrukciji „slike jedne vrlo drugačije gradske stvarnosti”. Istini za volju, autorka donekle prenaplašeno pokušava da izvede etničku i državnu podudarnost „albanskih brđana” i njihovog običajnog prava s jedne, te gradskog stanovništva s pisanim zakonim s druge strane, naročito stavlajući oboje u dvadesetovjekovni kontekst. Autorka, ne zadirući pretjerano u datiranje samog Statuta, u ovom tekstu pokušava da datira sam rukopis⁶² koristeći se grafijom i heraldikom, te zaključuje da mora biti da je ovaj prepis nastao nakon 1479. godine. Na narednih sedamnaest strana, Nadinova donosi pregled najznačajnijih od 268 osnovnih i 11 dodatnih poglavlja Statuta. U tom prikazu autorka kazuje o mogućem broju originalâ Statuta, crkvenim praznicima i neradnim danima u gradu, stratifikaciji stanovništva, poljoprivrednim i zanatskim radovima, izboru zvaničnikâ, a naročito o položaju žena u okviru grada, gdje posebno ističe testamentarnu autonomiju skadarskih stanovnica. Izlaganje sadržaja Statuta zaokružuje prikaz odredaba javnoga prava, naročito onih koje se odnose na krivična djela i kazne, ali se dotiče i stanovitog pitanja krvne osvete. Analizirajući tekst dodatnih poglavlja Statuta, tj. onih koja su nastala pod mletačkom vlašću, Nadinova utvrđuje da se ona

⁶⁰ Pod pojmom Dalmacija Schmitt ovdje podrazumijeva njeno mletačko, administrativno značenje. (*prim. aut.*)

⁶¹ Vide supra.

⁶² Radi se o gorepomenutom Dulčićevom prepisu.

mahom odnose na administrativna pitanja. Tekst se okončava ukazivanjem na značaj Statuta za buduća historijsko-pravna istraživanja jeseni Srednjega vijeka na Jadranu, ali i šire, na ukupnom Mediteranu.

Konačno, nakon Uvodne studije, knjiga nam otkriva svoj nadasve najdragocjeniji dio, a to je sâm izvorni, *volgare* mletački tekst Statuta grada Skadra. Nakon početne „Privilegije Aleksandra Velikog Makedonskog sa grčkog originala prevedene” na latinski, slijedi spisak svih 279 poglavlja (*capitula*) sa pojedinačnim im naslovima. Nakon spiska poglavlja, po redu kako su u njemu i izložena, slijede pojedinačna poglavlja data po modelu: (i) titulus poglavlja, (ii) broj poglavlja i (iii) tekst poglavlja. Po završetku izvornog teksta Statuta, knjiga donosi i njegov prevod na naš savremeni jezik, takođe po gornjem modelu.

Ova je knjiga vrijedan pokušaj da izučavanje poznog Srednjega vijeka na ovom području vrati u interesovanje naučne i istraživačke, ali i šire zainteresovane javnosti na jedan novi način, koji nije podvrgnut višedecenijski dominantnom, državocentričnom i nacionalističkom diskursu kakav se gotovo jedino preporučivao čitaocu. Interesovanje za Statut grada Skadra nije samo priča za pravnike i zaljubljenike u njegovu povijest, već i za etnologe, lingviste, historičare... Mogućnost korištenja gotovog prevoda za one kojima mletačka talijanština nije pristupačna, omogućava da ova knjiga bude i korisno sredstvo u nastavnom procesu kao dodatak pravno-historijskoj literaturi, koju studenti pravâ u Crnoj Gori koriste. Konačno, budući povezane sa relevantnom, najskorijom literaturom i referentnim autorima, odredbe skadarskog statuta, koje nam u ovoj knjizi donosi prof. Bogojević-Gluščević, snažan su podsticaj za dalja i dublja istraživanja i interpretacije koje su ovog puta opravdano izostale.

Izvod iz uputstva autorima

Tekstovi se predaju na crnogorskom i drugim jezicima ovog govornog područja ili na engleskom jeziku, ukupnog obima 1 – 1,5 autorski tabak (do cca. 45000 znakova sa bjelinama).

Predati tekst na početku sadrži apstrakt s osnovnim nalazima, obima do 20 redova i do pet ključnih riječi. Na kraju teksta nalazi se Apstrakt (summary) približnog obima i do pet ključnih riječi na engleskom, odnosno njemačkom jeziku, te eventualno na drugom stranom jeziku koji je relevantan za disciplinu na koju se tekst odnosi.

Potrebno je navesti i spisak literature i izvora po azbučnom, odnosno abecednom redu.

Za objavljivanje se prihvataju isključivo originalni tekstovi.

Redakcija zadržava pravo da tekstove prilagođava opštim pravilima uređivanja časopisa i jezičkom standardu u pogledu pravopisa i gramatike.

Excerpt from author guidelines

Articles should be submitted in Montenegrin or any other language from this speaking area or in English language. Articles should not be longer than 1 – 1,5 sheet (cca. 45000 characters with spaces).

An abstract of the article containing general results of maximum 20 lines should be included at the beginning together with up to 5 keywords. At the end of an article a resume (summary) of an approximate length written in English, German, or any other language relevant for the area related to the article should be included.

A list of references and sources should be submitted in alphabetical order.

Only original articles shall be accepted for publishing.

The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the general rules of Author Guidelines and with regards to Grammar and Orthography.

CIP — Каталогизација у публикацији
Национална библиотека Црне Горе, Цетиње

ISSN 2661–2623 = *Studia iuridica Montenegrina*
COBISS. CG-ID 38090512