

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 Vilim Bouček (Zagreb)
 prof. dr Andreja Katančević (Beograd)
 prof. dr Davorin Lapaš (Zagreb)
 prof. dr Marija Karanikić Mirić (Beograd)
 doc. dr Milica Kovač Orlandić (Podgorica)
 doc. dr Nikola B. Šaranović (Podgorica)

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 Emil Mujević
(Secretary of Editorial Board)

Lektura Sonja Živaljević
(Proofreading)

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

Časopis je indeksiran u bazama EBSCO i CEEOL.

SADRŽAJ

ČLANCI:

ČASLAV PEJOVIĆ

Historical Development of Maritime Law. 7

NIKOLA B. ŠARANOVIĆ

Evropski javni tužilac i Crna Gora — pravni osnovi saradnje 51

IVAN VUKČEVIĆ

Izazovi u rješavanju izbornih sporova u praksi
Evropskog suda za ljudska prava 59

SINIŠA BJEKOVIĆ

Od opšteg pravnog načela do institucionalnog okvira
za tijela jednakosti u EU 75

EMIL MUJEVIĆ

Recepcija prava Evropske unije u Crnoj Gori
— uspješna transplantacija ili iritacija? 105

ANDREA MIĆANOVIĆ

Institut arbitrabilnosti u crnogorskom Zakonu
o arbitraži: kritički osvrt i prijedlozi reformi 121

TEREZA VUJOŠEVIĆ

Pravna zaštita stranaca u Crnoj Gori: migranti
i azilanti između norme i stvarnosti 141

IZLAGANJA NA NAUČNIM I STRUČNIM SKUPOVIMA

MLADEN VUKČEVIĆ

Nikoljdanski ustav (usvajanje, „poustavljenje
vlasti suđenja” i ustavni dometi) 155

PRIKAZI

SAVO MARKOVIĆ

Časlav Pejović, *International Maritime Law and Practice:
Comparative Law in Context*, Informa Law from Routledge,
Abington, Oxon (Oxfordshire) — New York, NY, 2025. 163

IZ PRAVNE ISTORIJE

NIKODIM MILAŠ

Crkveno kazneno pravo. 175



ČLANCI



Historical Development of Maritime Law**

Tekst se bavi istorijskim razvojem pomorskog prava od najranijih početaka u Persijskom zalivu, pa do perioda stvaranja nacionalnih zakonodavstava, zaključno sa Srednjim vijekom. U tom smislu, tekst nije sveobuhvatan, budući da su izostavljeni periodi nacionalne kodifikacije počevši od 17. vijeka i period unifikacije pomorskog prava koji je započeo u 19. vijeku. Ovi periodi su detaljno obrađeni u knjizi autora iz kojeg su preuzeti samo djelovi najranijeg razvoja pomorskog prava. Tekst je jedan od najsveobuhvatnijih pregleda istorije pomorskog prava objavljen dosad, a naslanja se na komparativni metod na koji se naslanja ovaj istorijski pregled, budući da su komparativni i istorijski metod tijesno povezani. Oba služe potpunijem razumijevanju prava, a ovo se posebno odnosi na materiju pomorskog prava. Bez istorijskog uvida bi bilo teško razumjeti neke opskurne djelove pomorskog prava, od kojih neki ne postoje u drugim granama prava.

Ključne riječi: istorija, pomorsko pravo, rimsko pravo, *lex mercatoria*

„The history of what the law has been necessary to the knowledge of what the law is.”
(*Oliver Wendell Holmes, Jr. 1881*)

1. Introduction

Learning history has a peculiar fascination, and so it is with the history of law. Understanding how or why specific legislation is developed can throw new light on some ambiguities or obscure elements in the legislation. The better we grasp the historical development of law, the better we will understand modern law.

The need for a historical approach is particularly strong in maritime law, given its long and rich history. Maritime law is one of the oldest bodies of law today, and maritime books almost always

* Profesor emeritus na Pravnom fakultetu Univerziteta Kjušu u Japanu; *e-mail:* pejovic@law.kyushu-u.ac.jp

** Ovaj tekst je odlomak iz knjige „International Maritime Law and Practice: Comparative Law in Context” autora Časlava Pejovića objavljene 2025. godine od strane Informa Law from Routledge (London/New York). Tekst se, uz manje izmjene i dopune, objavljuje uz prethodnu saglasnost izdavača.

emphasise its ancient character.¹ Researchers in the history of maritime law often realise that ancient doctrines, which might be considered obsolete today, constitute the foundation of the modern law.

An unbroken tradition connects ancient maritime customs or rules with modern maritime law. Naturally, without the effort to understand the ancient rules and their evolution, people may find it difficult to comprehend many of the rules of modern maritime law. Some obscure and ambiguous concepts may become clearer and more transparent when their historical development is revealed. Learning about history may help understand and interpret current rules.

Maritime law resembles a tree with many branches going in different directions and at different heights. As with every tree, maritime law has its roots that define its nature and character and give the tree its unity and stability. That is why it is essential to understand the historical development of law and explore its roots, from which we can appreciate how old rules have evolved and have come to constitute the background of present regulations.

The history of maritime law may be divided into five periods. The first is the ancient period, which spanned many centuries from the earliest traces in the Hammurabi Code, and even earlier, to the demise of the Roman Empire. Most of the rules of this period can be found in Roman and Byzantine laws.

The second period began with the Crusades and the revival of maritime trade after a dark period of wars, invasions, and destruction that followed the fall of the Roman Empire. This was the Middle Ages period during which maritime customs, mixed with Roman law elements and influenced by canon law, served as a basis for the adoption of many important maritime regulations, such as the Oleron Rolls and the *Consolato del Mar*. That was the period of creation and domination of *Lex Mercatoria*.

The third period began with the creation of modern states, when maritime law acquired national character and was codified in civil law countries, whereas in common law countries it was expressed in case law.

The fourth period began in the 19th century, following the replacement of sailboats by steamships and the unification of some international instruments. We are now in a period in which new rules are being developed in response to technological developments and increased attention to environmental protection and new technologies.

The scope of this text is limited to the first two stages, in line with its purpose and character. The remaining two stages are elaborated in detail in the book itself.

¹ As stated by Mme Schade, playing with words, “*la mer comme mère du droit*” (“sea as the mother of law”), R. Schade ‘La mer comme mère du droit’ In: *Studies offered to René Rodière* (Daloz, Paris 1981) 513.

1.1 Ancient Period

1.1.1 Development of Maritime Commerce

Maritime commerce was well-developed in the ancient period in the Arabian Sea, the Persian Gulf, and the Mediterranean.² Little archaeological evidence for prehistoric vessels survived because they were made from perishable materials.

The earliest representation of a ship under sail appears on an Egyptian vase from about 3500 BC.³ Maritime historians know a good deal about ships of this period because the Egyptians, in those days, occasionally buried pharaohs with ships to transport them in the afterlife.⁴

The ablest shipbuilders of ancient times were the Phoenicians, who succeeded the Egyptians as the leaders of commerce in the Mediterranean. They constructed merchant vessels capable of carrying large cargoes from their colonies in the Mediterranean Sea, such as Carthage in North Africa and Cádiz in Spain, as well as from other territories under their control, such as Cyprus and Malta. The design of merchant ships steadily improved, enabling the Phoenicians to navigate beyond the Mediterranean Sea as far as the British Isles and the Canary Islands.

The destruction of Tyre by Alexander the Great in the 4th century BC marked the end of Phoenicia. Even before that, the Phoenicians encountered competition from the Greeks over maritime trade routes. The Greeks gradually became the dominant maritime power in the Mediterranean. Particularly, Rhodes was renowned in those days for its formidable naval fleet.

The domination then shifted again to the west, to the Roman Empire. Rome did not become a naval power until the Punic Wars of the 3rd century BC. Roman galleys and merchant ships dominated the Mediterranean until the Western Empire broke up in the 5th century AD. The Mediterranean was under Roman control during the Roman Empire, and the trade was governed by Roman law.⁵ As a result, maritime law remained uniform and retained this characteristic despite changes throughout history.

Of course, navigation had existed in other parts of the world as well. In China, shipbuilders developed an entirely different type of

² Frederic Sanborn, *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law 3–5* (1930).

³ The oldest picture of a sea-going vessel of large size is the sculptured ship of Queen Hatshepsut, in Egypt, about 1500 BC.

⁴ One such funeral ship was unearthed in 1954 during the excavation of the Great Pyramid of Giza. This ship was constructed for the pharaoh Khufu, also called Cheops, around 2600 B. C. Remarkably well preserved, it was built from wood planks and timbers and was approximately 38 m (125 ft) long. Historians learned a great deal about Egyptian shipbuilding techniques from this vessel, which has come to be known as the Cheops ship.

⁵ Romans called the Mediterranean Sea “*Mare Nostrum*” (Our Sea).

sailing ship called a “junk”, a name derived from the Javanese *djong*, meaning ‘ship’ or ‘large vessel’.⁶ Chinese junks were initially developed during the Han Dynasty (220 BC-200 AD) and evolved into one of the most successful ship designs in history. They were used both for military combat or trade to travel long distances. By the 9th century, Chinese junks regularly plied the coastal and open waters of China, Japan, and Southeast Asia, and by the 15th century, they travelled periodically as far as East Africa.⁷

In southern Asia, sea navigation was also developed. Some texts address aspects of maritime trade.⁸

1.1.2 Early Development of Maritime Law in the Persian Gulf

There is solid ground to believe that the Mediterranean was the birthplace of modern maritime law. The maritime trade was highly developed in the basin of the Mediterranean Sea; it was an ideal environment for trade, large enough to accommodate diverse people with different resources and goods, yet small enough to ensure active contact between them.⁹ However, the early beginnings can be traced to the Persian Gulf.

There is no reliable evidence to prove the existence of maritime legislation in the ancient period. The earliest traces of rules governing boat leases can be found in the Sumerian Laws Handbook (circa 1700 B. C.). Several provisions dealing with shipping are found in the Sumerian Laws Handbook of Forms (ca. 1700 BC). For example, the Lipit-Ishtar Code (1934–1924 BC) contains a provision that deals with liability for unjustified deviation, as understood in those times:

C xiii 12–23 “If a man rents a boat and an agreed route is established for him, but he violates its route and the boat... in that place—he has acted lawlessly; the man who rented the boat shall replace the boat and [he shall measure and deliver in grain its hire].”

⁶ [https://www.newworldencyclopedia.org/entry/junk_\(ship\)](https://www.newworldencyclopedia.org/entry/junk_(ship)).

⁷ Among the most famous accomplishments were the journeys of Chinese explorer Zheng He (Chinese: 鄭和), who belonged to Hui ethnic group and who made seven voyages across the Indian Ocean, the Sea, and the Red Sea, commanding a fleet of about 200 junks in the period between 1405 and 1433. Edward, L Dreyer, *Zheng He: China and the Oceans in the Early Ming, 1405–1433* (New York: Pearson Longman, 2007).

⁸ The Indian *Manusmriti* (Sanskrit: मनुस्मृति) (drafted between 2nd century BC and 3rd century AD) stipulates that a “carrier, who has stipulated to carry (a thing) for a certain time, or for a certain distance {lit. place} in consideration of fares, charged at the rate of compound interest, shall not be entitled to it (compound interest), if he fails to carry it for that much time or distance.” The translation is not very clear, but most likely this was a provision on maritime loans (explanation given in the footnote states that “the interest must not double the amount originally lent and advanced”). Dutt, Manmatha Nath, *Manu Sambhita: English Translation, (The Society for the Resuscitation of Indian Literature, Calcutta, 1909) p. 275.*

⁹ Thomas Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, § 1–2.

There are also a few provisions related to liability:
v 21–26) “If the boat sinks, he shall replace the boat and return its hire to the quay.”

Here is a quote from this Sumerian law related to the hiring of a boat:

Sect. 12–20: “If a man rents a boat, and he destroys the wooden ... and the wooden..., he shall weigh and deliver one-half of its value in silver.”¹⁰

Sect. 4 provides for a daily rate of hiring a boat, and Sect. 5 provides for liability of a negligent boatman: “If the boatman was negligent and caused the boat to sink, whatever he caused to sink he shall pay in full.”

One of the oldest legal texts known in the history of civilisation is the Hammurabi Code, made under the king of Babylon in 1755–1750 BC.¹¹ This Code contained specific rules of maritime law on vessel construction, freight, marine collisions, and the shipowner’s responsibility.

As an illustration, one provision of the Hammurabi Code deals with the liability of shipbuilders:

§ 235. “If a boatman builds a boat for a man and he does not make its construction seaworthy and that boat meets with a disaster in the same year in which it was put into commission, the boatman shall reconstruct that boat, and he shall strengthen it at his own expense and he shall give the boat, when strengthened to the owner of the boat.”

There are several provisions in the Hammurabi Code regarding boat leases. For example, Article 275 provides: “If anyone hires a boat, he shall pay three gerahs in money per day.”¹²

The first traces resembling salvage can also be found in the Hammurabi Code. Article 238 states:

“If a sailor wrecks anyone’s ship but saves it, he shall pay half of its value in money.”

¹⁰ This Lipit-Ishtar Code originated in Lower Mesopotamia and was written in the Sumerian language; it preceded the Hammurabi Code. Laws of Eshnunna (around 1930 BC) was another Mesopotamian law that contained a few provisions related to the hire of boats.

¹¹ Some Sumerian laws, such as the Laws of Ur-Nammu (Sumerian 3rd Dynasty of Ur) are dated back to 2100 BC. Translation can be found in Marta T. Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor* (2nd ed., Atlanta, Ga. Scholars Press, 1997) p. 15.

¹² Articles 376 and 377 provide for lower amounts of hire for smaller boats, which implies that the amount of hire depended on the size of a boat. Articles 236 and 237 also contain provisions on hire of boats.

This provision contains an incentive for a party to salvage a vessel he wrecked by reducing liability for damage to half.

The Hammurabi Code also contains the oldest known legal provision on collision. Article 240 provides:

“If a boat hits and sinks another boat, the owner of the boat which sank shall seek justice before God; the master of the merchant, who wrecked the boat, must compensate the owner for the boat and all that he ruined.”

This provision demonstrates that there was compensation for loss (damages) resulting from ship collisions even in those antique times. However, under this provision, it is unclear whether fault was a requirement for liability or whether sinking a vessel alone constituted the basis for liability, which may be considered an objective responsibility.

1.1.3 Developments in Ancient Greece

The period after the Hammurabi Code is covered by darkness and mystery. A considerable gap exists between the Hammurabi Code and the subsequent preserved maritime law legislation, which is found only in Roman law. Some scarce traces of maritime law are found in Greece, but no record of maritime laws has been discovered for the period that covers more than a thousand years after the Hammurabi Code. Nevertheless, there had to be something in between. It is implausible that ancient people failed to regulate maritime commerce when maritime navigation flourished.¹³ Increasing maritime trade and navigation inevitably led to a rising number of accidents and, consequently, to a greater awareness of the need for legal regulations.

Several Mediterranean trading empires rose and fell during that time. Given that the ancient Egyptians engaged in broad-scale shipping, it can be inferred that they had at least rudimentary laws regulating maritime trade. Similarly, the Phoenicians have been masters of Mediterranean trade for centuries, so it would be reasonable to assume that specific legal rules governing maritime trade existed.¹⁴ The Phoenicians likely developed maritime customs and laid the foundation for maritime law in the Mediterranean. Yet, there is no information on any maritime laws of the Phoenicians. Some authors speculate that nautical laws originated in Phoenicia but offer

¹³ J. Pardessus, *Collections*, Vol. I, 17.

¹⁴ Indirectly, the excellence of the Phoenician law is testified to by Aristotle in his *Politics*, who, referring to Carthage, a Phoenician colony, stated that its institutions were in some respects superior to those of any of the Greek States (Aristotle, *De Politica*, Book II, Chap. 11).

no evidence to support such a claim.¹⁵ Some traces of nautical loans are found in Indian sources.¹⁶

The existence of maritime loans may be traced at least until ancient Greece.¹⁷ The ancient Greek city-states probably had well-developed laws dealing with the carriage of goods by sea and specialised commercial courts to settle disputes among carriers, shippers, and consignees. Some traces of ancient maritime law can be found in Athens.¹⁸ In his orations, Demosthenes referred to shipping contracts, particularly maritime loans.¹⁹ He left abundant material that may be used to reconstruct ancient Athenian legislation on maritime loans.²⁰ Two speeches of Demosthenes (*Adv. Phormionem*, *Adv. Lacritum*) deal exclusively with this subject. A maritime loan generally contained a pledge or hypothecation, and the loan was made repayable upon the safe arrival of the subject hypothecated.²¹ A maritime loan was a loan upon security, and the security might be a ship, its freight, or a cargo.²²

Some of these laws probably originated in Rhodes. One of the earliest known maritime laws, *Lex Rhodia* (Rhodian Law), was created here.²³ The emperor Augustus declared the Rhodian Law the

¹⁵ J. Pardessus Vol. I, xxix; Antonio Brunetti, *Trattato*, I, para 13. Jean Dauviller, “Le droit maritime phénicien” (1959) *Rev. int. des droits des antiquités*, 33.

¹⁶ Manmatha Nath Dutt, *Manu Samhita: English Translation*, (*The Society for the Resuscitation of Indian Literature, Calcutta, 1909*) p. 275.

¹⁷ The evidence of this kind of business can be found in old Athens preserved in court speeches delivered before commercial courts (*dikai emporikai*) attributed to Demosthenes (384–322 B. C.).

In Case No. 32, he mentioned the case of fraud in which merchants from Marseilles took a loan, repayment of which was conditioned on the safe voyage of the vessel and secured by the cargo (respondent). The merchants used the same cargo to take a loan from several other merchants, sent the money home, and then scuttled the ship to avoid repayment. This plan was discovered, and one of the merchants, who was also the ship’s captain, drowned in the attempted barratry.

¹⁸ Walter Ashburner (p. 209–217) provides a detailed discussion on maritime loans in Greece. The main difference from ordinary loans is that the lender takes maritime risks (W. Ashburner, 210).

¹⁹ Four speeches of Demosthenes expressly deal with cases arising out of maritime loans, which seemed to be widely used in Athens in those times: Dem. 32; 34; 35; 56. For example, in a pleading against Lacritus, Demosthenes made explicit reference to maritime loans (*The Orations of Demosthenes*, Translated by Charles Rann Kennedy, (J. London George Bell & Sons, York St., Covent Garden and New York, 1892, pp. 185–202).

²⁰ Pardessus, Vol. I, 38.

²¹ W. Ashburner states (at 210) that “in the Greek documents there is hypothecation of ship or cargo, as the case may be, and the loan is made repayable upon the safe arrival of the subject hypothecated.”

²² Ashburner, 213. The maritime loan generally contained a pledge or hypothecation (*evéxypov*) as a security.

²³ *Lex Rhodia* originated on the island of Rhodes between the ninth and fifth centuries B. C. and is widely considered the oldest maritime law code. Many authors use the name “*Lex Rhodia de iactu*”. Actually, “*de iactu*” addition is about throwing (*iactu* is ablative of *iactus*=thrown, cast), and it probably refers to the

law governing maritime cases at Rome. In contrast, the emperor Antonius referred to the Rhodian Law as the law sovereign on the sea. The Rhodian Law achieved such prominence that a part of it was carried over, after many centuries, into Justinian's legislation. This law is believed to date to the 9th-5th centuries BC, but it is known only as a reference, whose actual content will probably remain a mystery forever.²⁴

1.2 Roman Law

After the Romans conquered Greece following the battle of Corinth in 146 BC, Greek culture infiltrated the Roman Empire. As part of that process, the Romans adopted and adapted Greek law into their civil law system.

The Romans did not create many new maritime law rules; they codified existing customary law and, in doing so, preserved rules that later influenced the further development of maritime law. The Romans never adopted a general code of maritime law, and its provisions are scattered throughout various rules of Roman law.²⁵ In 533 AD, Emperor Justinian published a digest of law in Constantinople that contained comprehensive provisions on maritime commerce.²⁶ At the time the Digest was drafted, the Roman Empire was divided into Western and Eastern parts, with the Western part falling to the Goths. However, there was a close relationship between Constantinople and Italian cities, so the Digest was applied there as well.

From its beginnings, maritime law has been transnational law rather than national law, and it was declared not to be a part of Roman law, which was land law. The *Lex Rhodia* inspired the Digest; *some* parts contain Greek words. Pardessus asserts that *Lex Rhodia* was

jettison of the goods in general average. It can be assumed that the part on general average was one piece of *Lex Rhodia*, and the only one that was preserved in the Justinian digests. The text of the provision on general average states just "*lege Rhodia cavetur*" (Dig. 14.2.1).

²⁴ In 1995, a column containing legal text was found during reconstruction and enlargement work in Rhodes' harbour. The text mentions *Lex Rhodia* and is believed to be a relic of this ancient legislation: Nathan Badoud, "Une inscription du port de Rhodes mentionnant la *lex Rhodia de iactu*" (published in Werner Eck, et al, XIV Congressus Internationalis Epigraphiae Graecae et Latinae. 27-31. Augusti MMXII. Akten (De Gruter, 2014) p. 450. Acknowledging Rhodes as the birthplace of maritime jurisprudence, the maritime code of the later Eastern Empire, dating from the 7th or 8th century AD, was known as the "Rhodian Sea Law" (see 1.3.1.4).

²⁵ Donovan doubts the existence of a Roman maritime code: see James J. Donovan, "*The Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability*" (1979) 53 (4) Tulane LR 999, at 1000. Donovan probably misunderstood the arguments of Gilmore and Black, who doubted the existence of the Rhodian law (Grant Gilmore & Charles Black, *The Law of Admiralty*, at 3-4). There is no doubt that the Roman maritime code never existed.

²⁶ The Justinian Digest was one of the four books of the *Corpus Juris Civilis*, drafted in Constantinople between 528 and 534 A. D.

a major source of maritime law that influenced the Digests.²⁷ Two passages from the Digest evidence this. The first quotes the emperor Antonius (reigned 138–161 AD), who implied the recognition of Rhodian Law in a case of plunder following a shipwreck:

“Yes indeed, I am the Lord of the land, but the Rhodian law is the Lord of the sea. Let the Lex Rhodia decide this case, provided that no law of ours opposes it.”²⁸

Justinian Digest provides an excellent source of information on the character and contents of maritime law in the Roman Empire.²⁹ Maritime law primarily concerns rules applicable to ships and to those who own or navigate them. Several provisions in the Digest regarding shipping are assumed to reflect customary rules of earlier periods. Most important are provisions concerning (i) general average; (ii) shipowner’s liability; (iii) maritime loans; (iv) salvage; and (v) collision. While the limitation of the shipowner’s liability was not regulated, specific Roman law provisions served as the basis for this essential maritime law concept.

(i) General Average

The chapter on general average is explicitly attributed to the Rhodians. It even holds the title *De Lege Rhodia de Jactu*, meaning ‘Of the Rhodian Law of Jettison’.³⁰ The chapter starts with the words “*Lege Rhodia cavetur...*” (“Lex Rhodia stipulates...”).³¹ It refers to the Rhodian law in the statement, “If cargo is thrown overboard to lighten a ship, the loss of the cargo sacrificed for the benefit of all shall be compensated by a contribution from all.” This short sentence contains the principle of the general average. What is given up, or sacrificed, in time of danger for the sake of all is to be replaced by a general contribution of all who have been brought to safety. All parties involved must contribute to bear the loss, as the sacrifice was made voluntarily for the benefit of all; all should proportionally bear the

²⁷ J. Pardessus, Collections, Vol. 1, 22.

²⁸ Dig. 14, 2, 9. Ego quidem mundi Dominus, lex autem maris lege, id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur.

²⁹ The maritime provisions of the Digest are quoted in J. Pardessus, *Collection des Lois Maritimes Anterieur au XVIII Siecle* (1828) 85–132.

³⁰ Dig. 14, 2.

³¹ *Lex Rhodia* originated at the island of Rhodes between the ninth and fifth century B. C. and is widely considered to be the oldest maritime law code. Many authors use the name “*Lex Rhodia de iactu*”. Actually, “*de iactu*” addition is about throwing (*iactu* is ablative of *iactus*=thrown, cast), and it probably refers to the jettison of the goods in general average. It can be assumed that the part on general average was one piece of *Lex Rhodia*, and the only one that was preserved in the Justinian digests. The text of the provision on general average states just “*lege Rhodia cavetur*” (Dig. 14.2.1).

loss according to the value of their property.³² This rule has been universal amongst seamen from the oldest times, founded on the necessities of their position and the need to share the risks. This rule has applied throughout the Mediterranean and still does today, being adopted and recognised in the maritime law of all nations as the general average.

(ii) *Shipowner's Liability*

Roman law regulated the shipowner's liability for the contract concluded by the ship's master — this may be one of the earliest recognitions of an agency relationship. The rubric entitled "*De Exercitoria actione*" is intended to make the shipowner responsible for the shipmaster's acts.³³ A party might have action *ex delicto* against an *exercitor* in respect of the act either of the master or of the sailors, but not on the contract of the sailors. If the master substituted a person in his place, the shipowner would still be bound by any proper contract of such person. According to Ulpian, this was reasonable since the shipowner appointed the master and held him out to third parties as an agent, so the shipowner should be bound by his acts. This applied to all acts the master performed in the discharge of his duties. This included the master's power to borrow money in case of necessity, by taking a loan for the use of the ship. The concept of agency in necessity is still applied in modern contract law.

The first traces of the modern system of carrier liability can be found in Roman law. In Roman law, the contract of carriage had not achieved the status of a distinct contractual form. At that time, lawyers dealt with it within the framework of the contractual forms they knew, such as deposit and hire of services.

The rubric "*Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant*" (Dig. 4, 9) is related to the responsibility of mariners and inn or stable keepers. Under Digest 4.9, shipowners (*nautae*),³⁴ innkeepers (*caupones*), and stable keepers (*stabularii*) were liable to compensate damage to the plaintiff where a delict (or tort) of theft or wrongful loss had been committed by any of their employees in the ship, inn or stable.³⁵

From a theoretical perspective, the liability of shipowners, innkeepers, and stable keepers was based on quasi-delict (*quasi ex delicto*)

³² There were some exemptions from the rule, such as free passengers on a vessel, since the body of a freeman could not be subjected to valuation, in contrast to slaves.

³³ Dig. 14.1. The term "*exercitor*" refers to the person who manages the ship (*qui navem exercet*). This could mean either shipowner or lessee (charterer).

³⁴ The Latin term "*nauta*" means mariner and generally relates to all persons who navigate a ship. In this context, it means the person who acts on behalf of the shipowner.

³⁵ *Actio Adversus Nautas, Caupones, Stabularios*: D. 4.9.1. Ulpianus, On the Edict, Book XIV. The praetor says: "When masters of ship, innkeepers, and the masters of stables have received property for safe keeping, I will grant an action against them if they do not restore it".

that covered several types of harm, grouped by no identifiable principle classified as analogous to extra-contractual (delict) liability. This was a vicarious liability apart from fault, or more precisely, strict liability based on presumed negligence.³⁶ The shipowners, innkeepers, and stable keepers were made liable for their employees' wrongdoing in the course of their employment, and their liability was strict³⁷. Liability extended to cover negligent omissions (*culpa in non-faciendo*). The liability was strict: they had a duty to restore the goods in their custody and were held liable for any loss or damage, regardless of their fault. They would be liable even if they acted with due diligence and could be relieved of responsibility only by proving that the loss was attributable to a fortuitous event outside of human control (*damnum fatale*).³⁸

The common feature linking these three parties was that goods were entrusted to their custody (*receptum nautarum*); this implied that they knew of anything that happened to the goods. They did not enjoy a good reputation as there was a risk of abusing their position as custodians and colluding with thieves.³⁹ The shipowner's liability was based on *custodia*, meaning the duty of due diligence to guard, care, and keep the goods safe. At the same time, they are entrusted to him to deliver the goods in the same condition as he received them for carriage. The rationale for this liability system was the need to protect the parties who entrusted their goods to the custody of shipowners, innkeepers, or stable keepers. Digest 4.9.1.3 provided that the master could issue an acknowledgement called "*xeirembolon*" (χειρέμβολον), which indicated that the master had taken cargo into custody.

The shipowner who agreed to carry the goods safely is bound to deliver them at the destination port in the same condition as when received (Dig. 4, 9, 1). The shipowner's responsibility for cargo that was received and kept in custody was strict. The shipowner was liable for damage even if it occurred without his fault, and he could be exempted only in the case of the peril of the seas or other inevitable accidents (*damnum fatale*) such as piracy and shipwreck (Dig. 4, 9, 3, 1). The rule was justified by public policy, as it was necessary to rely on the honesty of such parties, who were in a position to commit fraud by misappropriating the property entrusted to their custody. The shipowner was responsible to the injured person for theft or assault committed by his sailors. Still, he could exempt himself from responsibility by declaring that the passengers are responsible

³⁶ Thomas AJ McGinn (ed), *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2012) 314.

³⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, 1996). 516.

³⁸ R. Zimmermann, at 515.

³⁹ R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, 1996) 516.

for their own goods if they consent (Dig. 4, 9, 7). Roman law made a distinction between theft by mariners and by passengers, and the shipowner was not responsible for theft by the latter unless he guaranteed the safety of the goods (Dig. 47.5).

Digest 4.9.1.3 provided that the master could issue an acknowledgement called *xeirembolon* (χειρέμβολον), which indicated that the master had taken cargo into custody.⁴⁰ The fact that this important term was in Greek indicates that this provision probably originated in Greece, possibly in the *Lex Rhodia*. There is insufficient evidence to determine whether this acknowledgement was in the form of a document or based on verbal consent.⁴¹ Digest 4.9.1.3 stated that even if the master did not make this acknowledgement, the shipowner would nevertheless be liable for what was received. This can be construed as liability for the property received in custody, which was evidenced by *xeirembolon*, or in the absence of this acknowledgement, by other evidence. *Xeirembolon* was not a guarantee of the safe arrival of the goods, as in such a case it could be construed as a contract of carriage, instead of being just an acknowledgement evidencing that certain goods were received for carriage. However, *xeirembolon* served as the legal basis for liability for safekeeping. The owner of the goods had to prove the damage by relying on *xeirembolon* as evidence; the burden then shifted to the shipowner to prove what happened and that he was not liable.

There is merit to the assertion that *xeirembolon* was the seed from which bills of lading developed later. At the same time, the liability of *nautae* under Roman law represented the basis for the modern concept of presumed liability of the carrier.

These Roman law rules have strongly influenced later rules on the carrier's liability and form the basis of the modern principle of the carrier's presumed liability.

⁴⁰ D. 4.9.1.3, Ulp. Ad edictum:

Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut naufulakes et diaetarii. si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod xeirembolon appellant. sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur. (Translation: "There are also persons who occupy positions on board ships for merchandise such as nauflakes, that is to say, marine guards and stewards. Therefore, if any of these should receive anything, I think that an action should be granted against the owner of the ship because he who appointed persons of this kind to office permits the property to be placed in their charge; even though the captain, or master does that which is called *xeirembolon* that is to say, 'taking the property in his hands'. But even if he does not do this, the ship-owner will nevertheless be liable for what was received.")

⁴¹ According to Pardessus, *xeirembolon* represented a verbal consent (J. Pardessus, *Collection de lois, maritimes antérieures au XVIIIe siècle* I. Paris 1828, 87, note 2).

(III) Maritime Loans⁴²

The Digest contains provisions on maritime loans, entitled *De Nautico Faenore* (Dig. 22, 2, and Code, 4, 33).⁴³ *Pecunia trajectitia* (often referred to as *faenus nauticum*) was a loan by which a merchant extended credit to the shipowner as security for performing the voyage.⁴⁴ The borrower, whose act is *mutuum sumere* or *mutuum accipere*, and the lender, whose act is *mutuum dare*, receive and give what must be given back by substitution⁴⁵

Maritime loans were most often used when, during a voyage, the master needed supplies necessary for the completion of the voyage, and he would enter into maritime loan agreements with merchants on behalf of the shipowner, acting as an agent in necessity.⁴⁶

Foenus nauticum was probably the earliest instrument to separate casualty risks from other business risks. If the voyage was completed successfully, the merchant was entitled to receive a part of the profit; if the ship failed to arrive safely due to any of the perils enumerated in the contract, the creditor would lose his money.⁴⁷ The loan was repayable only upon the safe arrival of the ship and its cargo; the loan was not recoverable in the case of the total loss of that vessel by any of the perils enumerated.

The charge paid was a risk premium (*premium periculi*) and it was far above the ordinary interest rates due to the high risks involved. An edict later restricted the interest on the originally unlimited loan to 12% (*centissimae usurae*).⁴⁸ Maritime loans differed from other loans because the interest rate was calculated per voyage rather than monthly. The maritime loan is considered a primitive form of marine insurance rather than usury, since the loan was

⁴² On the history of maritime loans, GEM de Ste Croix, Ancient Greek and Roman Maritime Loans in Harold Edey and BS Yamey (eds), *Debits, Credits, Finances & Profits* (Sweet & Maxwell, London, 1974). See also, W. Asburner, 210.

⁴³ *Foenus* — interest on money lent. There are strong arguments that bottomry existed before the Roman Empire and was practiced by the Babylonians, Phoenicians, and Greeks. The traces of this kind of business can be found in the Code of Hammurabi and old Athens, preserved in the speeches of Demosthenes (see, para. 1.3.1.2).

⁴⁴ Some authors use “*phoenus*” instead of “*foenus*”. Dig. 22.2.0 is entitled *De nautico faenore*. There are also different English translations; some authors use the term “nautical,” others “maritime,” while Alan Watson, in his translation of the Justinian Digests, uses the term “transmarine” (The University of Pennsylvania Press, 1998).

⁴⁵ Paul D. 22.2.6: “*Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando*” (“A lender lent money at a maritime interest rate and took a mortgage over the goods in the ship”).

⁴⁶ D. 14, 1, Ulpianus.

⁴⁷ A contract whereby the owner of a ship borrows money to enable the vessel to complete the voyage and pledges the ship as security for the loan: Dig. 22.2.6.

⁴⁸ CJ 4.32.26.2.

not recoverable in the event of a total loss of the vessel due to any of the enumerated perils.⁴⁹

A maritime loan was secured by ship and cargo through a pledge (*pignus*) or hypothecation (*hypotheca*).⁵⁰ But repayment of the capital and payment of interest were conditional on the ship's safe return. The pledge or hypothecation might be of the goods purchased with the money lent or to be purchased with the proceeds of sale of these goods, or of other goods belonging to the borrower sailing on other ships.⁵¹ If the ship failed to return from the voyage, the lender would not have any right against the debtor.⁵² One of the peculiar features of the maritime loan was that the lender undertook the risk of maritime adventure. The maritime loan was not a gambling contract, but the parties had a pecuniary interest in maritime adventure.⁵³

(IV) Law of Finds and Salvage

The law of finds had its roots in the so-called *ius naufragii*, a customary rule that gave the inhabitants of the coast the right to the property (e. g., from the wreck of a ship) they would find on the shore, brought by the sea.⁵⁴ The practices based on *ius naufragii* resulted in heavy losses to those engaged in maritime trade and navigation.

Roman law did not recognise this customary rule. If a ship was wrecked, the property cast ashore was not considered derelict, and the person who would take such property was a thief.⁵⁵ Roman law also provided for heavy penalties against shipwreckers. According to

⁴⁹ Marine insurance did not exist in ancient times, although general average and bottomry contain certain features of joint risk-sharing. The need for marine insurance was not significant because maritime navigation was not so developed. Navigation was not practiced from October to April, when it was most risky.

⁵⁰ Dig. 22, 2, 4.

⁵¹ Dig. 22, 2, 4. Ashburner, 221.

⁵² Dig. 22, 2, 6. Ashburner, 221.

⁵³ Dig. 22, 2, 1.

⁵⁴ The Pandects of Justinian contain the following passage:

“When a ship is sunk or wrecked, whatever of his property each owner may have saved, he shall keep for himself”. The condition was that the property owner has abandoned it; otherwise, it was considered theft (Ulpian D. 47, 2, 43, 11). Book II. Of Things “47. Accordingly, it is true to say that anything which is seized on, when abandoned by its owners, becomes the property of the person who takes possession of it. And anything is considered as abandoned which its owner has thrown away with a wish no longer to have it as a part of his property, as it therefore immediately ceases to belong to him.”

⁵⁵ Dig. 41, 1, 9, 8:

“It is another matter with those things which are jettisoned in the stress of seas to lighten the vessel; they remain the property of their owners; for they are not cast overboard because the owner no longer wants them, but that the ship may have a better chance of riding the storm. Consequently, if anyone finds any such things washed up by the waves or, for that matter, in the sea itself and appropriates them with a view to gain, he is guilty of theft.”

the title *De Incendio, Ruina, naufragis, Rate, nave expugnata*,⁵⁶ which is related to the plunder of vessels in distress, the praetor's edict gave fourfold damages to the owner against any person who, by force or fraud, plundered a ship in distress.⁵⁷ The guilty persons were criminally liable and had to make just retribution to the aggrieved party. This rule was aimed at preventing abuses in cases of ship accidents.

Ius naufragii has never been recognised by Roman Law.⁵⁸ According to Roman law, things found on the shore retained the property rights of their original owners unless the property rights were abandoned (*animus dereliquendi*). The goods jettisoned into the sea are not treated as abandoned. The principle was: "*res autem iacta domini manet nec fit adprehendetis quia prom derelicto non habetur*" (Jettisoned goods remain the property of their owner; they are not treated as being abandoned and so do not become the property of whoever collects them).⁵⁹ If a ship is wrecked, goods cast ashore cannot be considered derelict.⁶⁰ "Anything taken from the sea does not begin to be the property of him who obtains it until the owner of said property begins to consider it abandoned."⁶¹

Roman law provided severe penalties for shipwreckers.⁶² The title *De incendio, ruina, naufragis, rate, nave expugnata* relates to the plunder of vessels in distress.⁶³ The praetor's edict gave fourfold damages to the owner against any person who, by force or fraud, plundered a ship in distress. The guilty persons were liable not only to criminal punishment at the government's hands but also to make just retribution to the aggrieved party. According to Ulpian, the severity of the rule was necessary to prevent such abuses in cases of such calamity.

⁵⁶ Dig. 47.9.1:

"The Praetor says: "When it is alleged that anyone at a fire, in the destruction of a building, in a shipwreck, or in an attack on a boat or a ship, has taken anything by violence, or fraudulently appropriated property, or caused any loss, I will grant an action for quadruple damages within a year after the time when an action can be brought, and, when the year has elapsed, I will grant an action for double damages. I will also grant the action against a slave, and an entire body of slaves."

Dig. 47.9.1.5:

"The Praetor also says, "If anything is taken in a shipwreck," and, in this instance, the question arises whether this means if anyone takes property at the time of the shipwreck, or if he takes it at some other time, that is to say, after the shipwreck has occurred; for anything cast upon the shore after a shipwreck is said to belong to the vessel. The better opinion is that this refers to the time of the shipwreck."

⁵⁷ The same sanction was provided in Dig. 41, 1, 44.

⁵⁸ Ulpian D. 47, 2, 43, 11 "When a ship is sunk or wrecked, whatever of his property each owner may have saved, he shall keep for himself". The condition was that the property owner had abandoned it; otherwise, it was considered theft.

⁵⁹ Dig. 14.2.2.8 (Paul 34).

⁶⁰ Dig. XLI, 1, 58; 2, 21, 1.

⁶¹ Dig. 41.1.58. Javolenus, On Cassius.

⁶² Dig. 47, 9.

⁶³ Dig 47. 9. For more details, See Chapter 1, para 1.3.1.3.

The law applied equally to the fraudulent receiver and original taker of the shipwrecked articles, and he was held to be equally guilty. The comparison was made with the things that would accidentally fall from a horse carriage. The person who would take those things was considered a thief.⁶⁴ The same rationale applied: the owner may return to look for his property.

Roman law gave a person who saved the property of another, lost or in peril, a cause of action for reward, while the property remained with the original owner.⁶⁵ The part dealing with the general average concerns divers (urinators) who undertake to salvage jettisoned goods for compensation.⁶⁶

(V) Collision

Roman law did not regulate ship collisions in detail, so the general principle of civil law liability applied. *Lex Aquilia*, which applied to general tort cases, also applied to ship collisions without exception, making a distinction between collisions caused by fault (*culpa*) and accidental collisions (*casus*) and providing for different legal effects.⁶⁷ Under the Roman law maxim “*casum sentit dominus*” (accident is “felt” by the owner),⁶⁸ there was no liability to compensate damages in the case of accidental collisions, in contrast to collisions caused by a fault that gives rise to liability. Several Digests applicable to the collision follow the principles established by *Lex Aquilia*.

According to *Ulpianus*, if a ship causes damage to another ship by collision due to a wrong manoeuvre, the owner of an innocent ship has the right to be compensated by the shipowner at fault.⁶⁹ Still, no liability arose if the collision resulted from a force majeure case.⁷⁰ If

⁶⁴ Dig. XLVII, 9, 3.

⁶⁵ Originally, the Roman law did not give the right to reward the salvor (*Ulpianus* D. 47, 2, 43, 9).

⁶⁶ Dig. 14, 2, 4, 1.

⁶⁷ See, Bruno Bissaldi, *L'urto di navi* (Saggi di diritto commerciale, A. Giuffrè, 1939) 27.

⁶⁸ This maxim represents the basis of the better-known principle “*res perit domino*” (the thing is lost to its owner), which is the basic principle of risk division.

⁶⁹ Digest 9. 2.29.2:

“If your boat causes me damage through colliding with my skiff, it is a question which action is open to me. Proculus says that if it was in the power of the sailors to prevent the collision and it happened through their fault, an action under the *Lex Aquilia* can be brought against them because it matters little whether you do damage by letting your boat run loose or by bad steering or even with your own hand, because in all these ways I suffer damage caused by you; but if a rope broke or the vessel ran into mine when no one was in control of it, no action can be brought against the owner.”

⁷⁰ D. 9, 2, 29, 4:

“If a ship sinks another vessel coming toward it, *Alfenus* says that an action for wrongful damage lies either against the helmsman or against the captain; but if the ship was subject to such forces that it could not be managed, no action should be given against the owner. However, if the collision was

both ships were at fault, such a collision was considered accidental, and each party bore their own damage. Negligence on the part of the plaintiff was a defence on the part of the defendant. If a person suffered damage due to his negligence (*culpa*), he was not entitled to compensation.⁷¹ This was the origin of the contributory negligence doctrine, which interrupted the causal connection between the defendant's act and damage.

A few provisions about the collision that followed Roman law remained in the Mediterranean codes in the medieval period. Chapter XXXVI of Part III of The *Rodion Nautikos* regulated collisions and was based on the same principles as the Digests, with some additions, such as a duty to keep the ship's lights on while lying at anchor during the night, leading to presumed fault in case of failure.⁷²

(VI) Limitation of Shipowner's Liability

The concept of limitation of shipowners' liability has a long history.⁷³ The famous American judge Oliver W. Holmes developed an interesting theory from various historical sources. He argued that the limitation of liability by abandonment developed from early Roman and Germanic law. While in Roman law there are no records of limitation of liability in maritime law, noxal liability (*noxae deditio*) may have served as a theoretical basis for the concept of abandonment of the ship in favour of the claimant.⁷⁴ If an object caused harm or death to a person, the object was to be forfeited to the person in compensation for the harm committed. The rationale was the desire for vengeance on the offending thing. "The ox in Exodus was to be stoned."⁷⁵

caused by fault on the part of the sailors, I think that affords a basis for the Aquilian action."

⁷¹ D. 50.17.203 *Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium*: "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire" (The loss that one suffers through his own fault is not understood to be a loss).

⁷² Part III, Chapter 36; B. Bissaldi, 32; W. Ashburner, op cit. Sect. cclxxv-viii.

⁷³ For an analysis of the historical development of limitation of liability for maritime claims, see J J Donovan, *The Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability* (1979) 53 (4) *Tulane LR* 999, and Norman Martinez Gutierrez *Limitation of Liability in International Maritime Conventions: The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes* (Routledge, 2011) 5–21.

⁷⁴ Donovan expresses skepticism about Holmes' theory, arguing that "a Roman maritime code, if one existed, contained any provision for shipowners' limitation of liability". However, Holmes does not argue that the shipowner's liability was limited to Roman law. He connects the local liability of Roman law with the deodand of common law and links both to the abandonment of the ship to limit liability. Theoretically, there is a logical connection between these three concepts. It should also be mentioned that the Roman maritime code never existed.

⁷⁵ Oliver W. Holmes, *Common Law* (1881) 33.

Holmes linked the noxal liability of Roman law with the deodand of common law, looking for the origin of the limitation of liability of the shipowner by abandoning his vessel.⁷⁶ The liability of a ship *in rem* is comparable to the noxal liability or liability of the owner under Roman Law at various periods to surrender a vicious animal, such as a mad dog.⁷⁷ The deodand was an “accursed thing.”⁷⁸ “The original limitation of liability to surrender, when the owner was before the court, could not be accounted for if it was his liability, and not that of his property, which was in question.”⁷⁹ This can also be traced to Roman law.⁸⁰

Holmes quoted a manuscript of the reign of Henry VI from the 15th century, which stated that “if a man was killed or drowned at sea by the motion of the ship, the vessel was forfeited to the admiral upon a proceeding in the admiral’s court, and subject to release by favour of the admiral or the king.”⁸¹ Holmes has never explicitly stated that the noxal liability of Roman law was the origin of the limitation of shipowners’ liability. Still, he argued that in the Middle Ages, “the ship was not only the source but the limit of liability.”⁸² According to this rule, the owner is discharged from responsibility for wrongful acts of a master appointed by himself “upon surrendering his interest in the vessel and the freight.”⁸³

If noxal liability has anything to do with the limitation of shipowner’s liability, that might have been only indirect, in a similar way to how deodand was developed in common law. Certain similarities among noxal liability, deodand, and limitation of liability can be identified.⁸⁴

⁷⁶ “We have seen the parallel course of events in the two parents—the Roman law and the German customs—and in the offspring of those two on English soil concerning servants, animals, and inanimate things. We have seen a single germ multiplying and branching into products as different from each other as the flower from the root. It hardly remains to ask what that germ was. We have seen that it was the desire of retaliation against the offending thing itself.” (Holmes, 34).

⁷⁷ Noxal surrender applied in Roman law when a delict was brought against a *paterfamilias* for a wrong committed by a son or slave. In that instance, the defendant could surrender the dependent rather than pay the full damages. Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law* (London: University of Georgia, 1991), 75. Noxal surrender also applied to theft committed by a slave on board a ship. The owner of the ship could avoid personal liability for the theft by surrendering the slave: Dig. 47.5.5: “The owner of the ship, however, can release himself from liability incurred by the act of his slave, by surrendering the latter by way of reparation for the damage committed.”

⁷⁸ Holmes, O. W., 35.

⁷⁹ Holmes, O. W., 33.

⁸⁰ Dig. 47.5.5: “The owner of the ship, however, can release himself from liability incurred by the act of his slave, by surrendering the latter by way of reparation for the damage committed.”

⁸¹ Holmes, O. W., *Common Law* (1881) 26. 1 Black Book of the Admiralty, 242.

⁸² Holmes, O. W., *Common Law* (1881) 29; *Customs of the Sea*, cap. 27, 141, 182, in 3 Black Book of the Admiralty, 103, 243, 345.

⁸³ O. W. Holmes, 29.

⁸⁴ *Liverpool, Brazil & River Plate Steam Nav. Co. v. Brooklyn Eastern District Terminal*, 251 U. S. 48, 53 (1919) (holding that “[t]he notion, as applicable to

It can be argued that the role of noxal liability was punishment and vengeance, while the role of limitation of liability is very different: compensation. The institution of noxal liability or noxal surrender was regular in more primitive societies where vengeance was widely used as a sanction. Later developments led to compensation as an alternative to vengeance, which later became compulsory, allowing vengeance to be avoided.

This transformation from vengeance and punishment to some material consideration was not unusual in history. In the case of unpaid debt, once upon a time, the creditor had a right to “put his hand” on the bad debtor, and if the debt was not paid, to kill the debtor or sell him as a slave.⁸⁵ The old proverb, “Who cannot apply by his purse will pay by his skin,” may have originated in Roman law; at least, it can be found there.⁸⁶ So, it can also be argued that noxal liability contained the seed from which the system of limitation of liability by abandonment developed, as the law is also a living thing.

While the issue of the impact of noxal liability on the later development of limitation of shipowner’s liability is open to discussion, there is no doubt that limitation of shipowner’s liability did not exist in Roman law. That would contravene the strict nature of the shipowner’s liability in Roman law.

1.3 Byzantine Law

One important code of laws governing commercial trade and navigation in the Byzantine Empire was the Rhodian Sea Law, called in Greek *Rodion Nomos Nautikos* (Νόμος Ροδίων Ναυτικός), was devoted to maritime law.⁸⁷ While it was of Byzantine origin, it was named after Rhodes, probably to lend it greater authority.⁸⁸

The *Nomos Rodion Nautikos* contained chapters relevant to maritime loans, ship leases, carriage of goods and passengers, general average, and salvage. The first part is a prologue and refers to the ratification of the “*Naval Law*” by the Roman emperors. The second part specifies the crew’s participation in maritime profits and the regulations valid on the ship.

The nautical loan was expressly regulated. Part II, Chapter 17 reads:

a collision case, seems to us to be that if you surrender the offending vessel you are free, just as it was said by a judge in the time of Edward III.: “If my dog kills your sheep and I, freshly after the fact, tender you the dog, you are without recourse against me.” (citing Fitzh. Abr. Barre, 290).

⁸⁵ Table III(5) of the Twelve Tables.

⁸⁶ The historical development of bankruptcy is another example of such a transformation.

⁸⁷ Sanborn summarises *Nomos Rodion Nautikos* (F. Sanborn, *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law*, The Century Co, New York/London, 1930, at 36–37). The translation and commentary can be found in: W. Aschburner, *The Rhodian Sea Law* (Oxford: Clarendon Press, 1909). See also, J. Paredessus, I, pp. 155–260.

⁸⁸ Schoenbaum § 1–3.

“If anyone lends gold or silver for a common purpose on shipboard, and the terms and duration of the loan are made in writing, if the borrower of the gold or silver does not return it when the time agreed expires and the gold or silver is lost either by fire, robbers or shipwreck, the lender does not suffer the loss, but he shall wholly recover his property. But if before the time fixed for repayment has expired, a loss should occur through the fortunes of the sea, the lender shall bear the loss since he stood to make a profit.”

The third and largest part refers to the apportionment of responsibility in case of theft or damage to the cargo or the ship.

Part III, Chapter 12 provided:

“If a man making a deposit in a ship or a house, let him make it with a man known to him and worthy of confidence before three witnesses. If the amount is large, let him accompany the deposit with a writing.”

In case of theft, the man who took the goods in deposit had the burden of proof that he was not responsible and took the oath that there was no fraud on his part. If he cannot discharge the burden of proof, he is responsible for restoring the lost property.⁸⁹

The Byzantine *Nomos Rodion Nautikos* contained several provisions related to the carrier’s liability. Part III, Chapter 10, contains a provision that is contrary to the modern concept of nautical fault and provides for the liability of the master and crew to the merchant for damage caused by their negligence in navigation:

“If the captain or crew are negligent and there is an injury or wreck, let the captain and crew be responsible to the merchant for making the damage good. If it is through the merchant’s negligence that the ship and cargo are lost, let the merchant be responsible for the loss caused by the shipwreck. If there is no default either of the captain or crew or merchant, and a loss or shipwreck occurs, what is saved of the ship and cargo is to come into contribution.”⁹⁰

The *Nomos Rodion Nautikos* does not contain express provisions related to seaworthiness. Still, Part III, Chapter 11 provides that the merchants are required to make certain inquiries regarding the condition of the ship before they load their cargo that has elements of seaworthiness. The text of this provision places a duty on the merchants to make sure that the ship is seaworthy rather than on the shipowners to make the ship seaworthy. According to this provision,

⁸⁹ As explained by Ashburner, this provision was originally related to deposit in a house and later was added to deposit in a ship (W. Ashburner, Translation and Commentary, 93).

⁹⁰ W. Ashburner, Translation and Commentary, 1909, 91.

the merchants should “make precise inquiry from the other merchants who sailed before them before putting in their cargoes, if the ship is completely prepared with strong sailyards, sails, skins, ropes of hemp of the first quality, boats in perfect order, suitable tillers, sailors fit for their work, good seamen, brisk and smart, the ship’s sides staunch. In a word, let the merchants make inquiry into everything and then proceed to load.”⁹¹

The Byzantine Rhodian Sea Law regulated charter parties. Part III, *Chapter 19*:

“If a merchant hires the ship and pays the earnest money, and then says, “I don’t need the ship, he would lose the earnest money. But if the captain acts wrongfully, then he would have to repay the merchant the double earnest money.”⁹²

The contract for hiring the vessel had to be in writing. The penalty for breach of contract could be explicitly provided in the contract. If the parties fail to specify remedies in case of a breach, and the merchant commits a violation, the merchant would have to pay half of the hire to the captain. If the captain were in breach, he would have to pay half-hire to the merchant.⁹³

One provision resembles the modern concept of dead freight: if the merchant did not provide cargo in full, he would have to pay “for what is deficient, as they agreed in writing.”⁹⁴ Chapter 24 provides that if the captain, after receiving the half freight, has set sail and the merchant wishes to return, the merchant loses the half freight. On the other hand, if the captain commits a breach of contract, he is to restore the half freight.⁹⁵ Chapter 25 provides that if the merchant is guilty of undue delay in loading, he is liable to pay the whole freight.

Nomos Rhodion Nauticos contains rules on marine salvage. It recognised the principle of offering a reward for saving distressed property at sea, but only if the salvage was successful.

Article 31 states:

“If the merchant loads the ship and something happens to the ship, all that is saved is to come into contribution on either side; but the silver, if it is saved, is to pay a fifth; and the captain and the sailors are to give help in salving.”

This rule provides for a duty of the master and the crew to “give help in salving”, but is silent about the sanction if they fail to do so.

⁹¹ W. Ashburner, 92.

⁹² W. Ashburner, 98.

⁹³ Part III, *Chapter 20*; W. Ashburner, 98.

⁹⁴ Part III, *Chapter 20*; W. Ashburner, 103.

⁹⁵ W. Ashburner, 204.

It can be assumed that in such a case, they would be deprived of the right to the award (the award was one-fifth of the silver if saved).

Article 40 provides for a duty of passengers to reward the salvor:

“A ship is wrecked, and part of the cargo and the ship is saved. The passengers have on their gold, silver, whole silks, or pearls. The saved gold provides a tenth, and the silver contributes a fifth. Let all the silks, if they are saved dry, contribute a tenth as being equal to gold.”

The right of the salvor and the amount of salvage award depended on the particular situation in which the property was found:⁹⁶

“If a ship be surprised at sea with whirlwinds or be shipwrecked, any person saving anything of the wreck shall have one-fifth of what he saves.”⁹⁷

“If gold, or silver, or any other thing be drawn up out of the sea eight cubits deep,⁹⁸ he that draws it up shall have one-third, and if fifteen cubits, he shall have one-half because of the depth.”⁹⁹

Differences in the rewards to salvors form the basis of modern salvage law criteria, which are based on the degree of danger.

Similar to Roman law, the *Nomos Rhodion Nautikos* imposes sanctions on those who plunder shipwrecks, including fourfold damages, the same sanction as provided by Roman law.¹⁰⁰

In addition to the *Nomos Rodion Nautikos*, there was another important Byzantine source of maritime law called *Basilica* (from Greek *Τὰ Βασιλικά*, “imperial”) initiated by the emperor Basil I and completed by his son Leo the Isaurian (Wise) (886–912) in the 9th century. The *Basilica* was arranged in about 50 books and divided into three parts.

There are various opinions on the relation between the *Nomos Rodion Nautikos* and *Basilica*, with some authors arguing that Book LIII of *Basilica* was based on the *Nomos Rodion Nautikos*. As Ashburner demonstrated, Book LIII was a compilation of rearranged parts of the Digest and customary maritime rules of the eastern Mediterranean, and its contents were quite different from those of the *Nomos Rodion Nautikos*.¹⁰¹ Unlike the Justinian Code, which continued to play an essential role in the West as the continuation of Roman law, Byzantine maritime legislation was applied only within the Byzantine Empire.

⁹⁶ *Nomos Rhodos Nauticos* C. 30, 31, 37, 40, 41, 45, 47.

⁹⁷ Article 45.

⁹⁸ Cubit was an ancient unit of length based on the forearm length from the elbow to the tip of the middle finger and usually equal to about 18 inches (46 cm).

⁹⁹ Article 47. W. Ashburner, 119.

¹⁰⁰ Article 50.

¹⁰¹ Some parts of the *Basilica* deal with issues not related to maritime law, such as sale of wine (W. Ashburner, 108–115).

1.4. *The Period after the Fall of the Roman Empire*

The Western Roman Empire ended with the deposition of its last emperor, Romulus Augustulus, in A. D. 476. The Eastern Roman Empire, known as the Byzantine Empire, became a new commercial and cultural centre in this part of the world, while Rome still maintained its important commercial position. Despite the empire's breakup, Roman law continued to be applied throughout the Mediterranean. The Byzantine influence in Italy gradually disappeared after the 11th century. This allowed the Italian cities to adopt their own regulations based on local merchant customs merged with the Roman law principles.

After the fall of the Roman Empire, Europe was broken into several states, and the seas were infested with pirates. The laws fell into almost absolute oblivion as barbarians overran the continent. The rise of Islam in the 7th century disrupted the ties between Western Europe and the Mediterranean. This unfortunate situation seriously impeded sea navigation and trade, transforming Europe into a dominantly agricultural region. With travel suspended, barbarism everywhere, knowledge buried, and ignorance about other countries became universal. In history, there have been times of depression and crises and other times of progress and advances that have come in waves. At some point, the ultimate point of decline or progress cannot go beyond a certain level. If so, Europe probably reached this ultimate point of decline around the 10th century.

The religious factor strongly influenced subsequent history through the Crusades, a Christian response to the growing power and influence of Muslims (Saracens) in the Mediterranean. The Crusades (1096–1272) served religious objectives but simultaneously stimulated commercial, social, and cultural interchange between Western European peoples and those bordering the eastern Mediterranean.

The Crusades contributed significantly to the development of maritime commerce. These wars helped restore commercial ties between Western Europe and the Middle East while inspiring people in the West to undertake more sea travel. The so-called “nautical revolution of the Middle Ages”,¹⁰² which was propelled by technological advances and innovations, such as the invention of the compass, the production of more accurate maritime maps, the construction of better ships, and so on, led to the expansion of maritime commerce and, eventually, the discovery of new lands. The Crusades also enabled Europeans to become acquainted with maritime law from various parts of the Mediterranean.

¹⁰² Frederic C. Lane, *The crossbow in the nautical revolution of the middle ages, Explorations in Economic History Volume 7, Issues 1–2*, Autumn–Winter 1969, 161–171.

1.5 *The Middle Ages*

1.5.1 *Overview*

The revival of maritime trade in the Middle Ages necessitated new maritime legislation. The invaders who destroyed the Roman Empire were not seafarers, and the conquered people were permitted to keep the Roman law to which they had become accustomed. Roman law retained authority in much of continental Europe during the Middle Ages because the Holy Roman Empire was considered the Roman Empire's successor.

The gradual increase in maritime trade in the Middle Ages led to a need for a more developed body of maritime law than existed in the Roman Empire. Roman law was a highly developed legal system that greatly influenced modern law, but it was designed for a different level of societal development. The expansion of maritime trade following the discovery of new lands required a different legal framework to accommodate the rapid growth of trade.

Maritime law was established as a separate legal discipline in the trading centres of southern Europe in the Middle Ages. It was based on the codification of maritime customs, which still preserved Roman law's influence while incorporating elements of canon law, reflecting the church's growing influence in that period. This served as the basis for maritime law, which first developed in Italian cities and later in the rest of Europe. Those statutes were mainly enacted in the ports, while their formulation was influenced by the nature of trade and local customs. These customs were based on the practical needs of merchants, rationality, and the principles of equity as understood in the Middle Ages.

These codifications had a cosmopolitan character, as they were created before the development of national states. They were typically based on pre-existing merchant customs in that particular area. The maritime commerce law was autonomous and transnational, thus achieving a substantial degree of uniformity. This uniformity was derived from the similarity of merchant customs and the universality of *the ius commune*, which emerged in the medieval period and contains elements of canon law. The uniformity also derived from the universality of political, religious, and ethical theories and from the similarity of the actual conditions of life that prevailed throughout Western Europe.¹⁰³ The stability of merchant trade customs during those times was essential to uniformity. In 1909, Ashburner stated that "between the ninth and the thirteenth century, there was probably less change in the conditions of commerce and navigation than in the last twenty-five years".¹⁰⁴ These factors have contributed to the uniformity of maritime customs and rules because it was easy for

¹⁰³ William S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. 5, p. 60.

¹⁰⁴ W. Ashburner, *op. cit.* cxv.

one port to adopt the same or similar customs as another. As a further step, these ports have codified rules to enhance legal certainty.

Merchant customs were codified by statutes of Mediterranean cities, firstly in Italy, the cradle of commercial law. The trained lawyers drafted the regulations for the merchant guilds, which were usually located in seaport towns. The rules of these statutes were drafted based on merchant customs and codified in many medieval statutes. These statutes had the force of law in those cities and were binding on merchants.

Many such statutes were promulgated between the 11th and 14th centuries in Amalfi, Trani, Venice, Pisa, Genova, and other Italian port cities, each offering its own collection of laws.¹⁰⁵ These codes and statutes spread the customary law throughout Western and later Northern Europe.

The law created in this way was known as the law merchant, or *lex mercatoria*, because it was formulated and applied by merchants based on their customs and usages. In its initial period, *lex mercatoria*, or the law merchant, comprised the commercial and maritime law of modern times.¹⁰⁶ *Lex mercatoria* reflected customary law recognised across Europe and applicable to various commercial transactions. This customary-based law became somewhat standardised before being incorporated into written statutes and codes.

In essence, until the rise of modern nations, maritime law did not derive its force from territorial sovereigns. Still, it represented what was already conceived to be the customary law of the sea. So, it can be said that the customs of merchants were the parent of the law merchants, while maritime law was one branch of that law (*lex maritima*). Both applied to the merchants, developed similarly from customary rules, and were administered in the same or similar courts, distinct from the ordinary courts.¹⁰⁷ Both had an international character and were not governed by the rules of one country but by those of the commercial world.

The law merchants needed different kinds of courts and procedural rules. The application of mercantile law was initially based on the rulings of the specialised “consul” courts established around the 13th century.¹⁰⁸ From the earliest times, a summary mode of proce-

¹⁰⁵ Ashburner has quoted early medieval city-statutes and their dates: 1156–1160 *Constitutum Usus* (Pisa), 1214 Curzola (earliest part), 1227 Ziani (Venetian), 1229–1236 Tiepolo (Venetian), 1255 Zeno (Venetian), and Marseilles, 1258 Barcelona, 1272 Ragusa and Tortosa, 1298, *Breve Curiae Maris* (Pisa), 1312 Spalato, 1313–1344 *Officium Gazarie* (Genoa), 1331 Phara, (Lesina), 1345 *Consolatum Trapani* (W. Ashburner, 119). See, also, Lefebvre d’Ovidio, Pescatore, Tullio, 18–19.

¹⁰⁶ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. 1, p. 526.

¹⁰⁷ W. S. Holdsworth, *ibidem*.

¹⁰⁸ The term “consul” designated a local magistrate elected by the merchants and entrusted with jurisdiction over civil, commercial, and maritime matters. These consuls were to be found spread throughout the Mediterranean world.

dure existed, in which speedy justice was administered in mercantile disputes in accordance with the usages of commerce and equitable principles.

A vital contribution to simplifying the procedures of these courts was the bull *Saepe Contingit*, issued by Pope Clement V in 1306, which defined the formalities that remained necessary and those that could be dispensed with in summary procedure.¹⁰⁹ This was one of many contributions of canon law to the medieval *ius commune*. The result was a speedier trial due to simplified rules on evidence and for the summoning of defendants.¹¹⁰

Another essential element required to create the body of legal rules known as *lex mercatoria* was made by the trained lawyers who drafted the regulations based on merchant customs and developed the body of rules and principles codified in several medieval legislation, mainly adopted in the seaport towns, firstly in the Mediterranean and later moving towards northern Europe.

Mediterranean coastal cities adopted the principles of Roman maritime law and adapted them to their own needs. This resulted in different maritime statutes in each seaport city, reflecting both their Roman origins and local customs. These maritime statutes were the product of merchant associations and practices.

All compilations in the Middle Ages were based on the same principles and often reproduced other legislation, contributing to a high degree of uniformity despite some variations. The general average can serve as an illustration.¹¹¹ Sometimes, it was unclear in which city

¹⁰⁹ This papal bull specified that the judges of these courts should proceed “simply and plainly, without clamor and the normal forms of procedure” (lat. “*simpliciter ac de plano ac sine strepitu et figura iudicii*”). As an illustration of its influence, Chapter XXXVI of *Consolato del Mar* provided that the consuls can decide the cases brought to them “briefly, summarily...without the noise or formality of a judgment...”.

¹¹⁰ See, Stephan Kuttner, “The date of the constitution ‘Saepe’, the Vatican manuscripts and the Roman edition of the Clementines”, in *Medieval Councils, Decretals, and Collections of Canon Law* (Routledge, 1992).

¹¹¹ The Rhodian law (Byzantine) Art. 9 states: “If the captain is deliberating about jettison, let him ask the passengers who have goods on board, and let them take a vote on what is to be done.” Art. 48 the Statute of Amalfi — “If the merchants are greedy, as some people always are, and would rather die on the spot than sacrifice anything so that by their extreme avarice they refuse to jettison, then the captain, after protest may proceed to jettison.” Then under Art. 195 of the *Consolato del Mar* a similar rule included a speech, which the captain must deliver in the presence of the mate and all onboard: “Gentlemen, we cannot avoid shipwreck, and my conviction is that the owners of the vessel shall be held liable for the cargo and the owners of the cargo shall be held liable for the vessel”; then if all or the majority of the merchants’ consent, the jettison may be made; but one of the merchants must first cast over something, then the captain may cast over the remainder. The speech is made shorter in the Oleron Rolls. The speech disappeared in the Wisby Rules and the Hansa Code. It is interesting that the Maritime Law of Malacca (*Undang-Undang Laut Melaka* — (اوندغ ٢ لاوت ملاك), in the East Indies dating back to the 15th century,

some rules were initially drafted. In this way, various principles and regulations originating in southern Europe's seaports became the basis for uniform maritime law throughout medieval Europe. Maritime law in the Middle Ages was contained in local customs, which tended to expand. Once established in some port, other ports later adopted them, and one or other of them ruled the maritime trade of the whole of medieval Europe.¹¹²

1.5.2. Medieval City-States Statutes

(I) Amalphytan Table and Limitation of Shipowner's Liability

After the fall of the Roman Empire, Amalfi maintained "legal relations" with the Byzantines.¹¹³ The city of Amalfi (which is now known as a tourist spot near Naples), has reserved a special place in the history of maritime law. The main surviving copy of the Digest, called "*Litera Florentina*", initially written in Constantinople in the 6th century AD, had been kept in Amalfi, which was later captured by Pisa (12th century AD — *Litera Pisana*) and then by Florence (14th century AD). All the editions of the Pandects are said to have been derived from this Amalfitan copy.

Towards the end of the 11th century AD, the earliest code of modern sea laws was compiled for the Republic of Amalfi during the First Crusade.¹¹⁴ *Tabula Amalphytana*, known as *La Tabula de Amalfi*, *Amalfi's Tablets*, *Amalphytan Table*, or *Amalphytan Code*, superseded the ancient laws, and all the city-states of Italy acknowledged its authority.¹¹⁵ The Amalfitan statute contains several provisions on the wages of the sailors, the barratry, liability of shipowners, duties of the master, jettison and general average, etc.¹¹⁶

Some authors argue that the limitation of liability originated in the *lex maritima* of the Middle Ages. They quote the Amalfitan Table from the 11th century as the first legal source to recognise the limitation of shipowners' liability, without mentioning any specific provision.¹¹⁷ The text of the Amalfitan Table, however, does not contain anything that can be construed as the limitation of the shipowner's liability for maritime claims. The only provision resembling limitation of liability relates to the loss of goods of the mariner on board, in which case, if the mariner cannot prove the value of his goods, he

contains in Art. 11 a similar provision on the general average, calling for a consultation of the owners of the cargo and fixing the rule for calculating contributions, which marks the worldwide universality of the maritime law rules.

¹¹² Holdsworth, Vol. 1, p. 526–527.

¹¹³ Travers Twiss, *The Black Book of Admiralty*, IV, p. x.

¹¹⁴ The oldest preserved copy is from 1274, but it states that it is a revision of an earlier text from 1010.

¹¹⁵ *Tabula Amalphytana* contained 66 articles, and its text is published in Vieusseux, (ed), *Archivio storico italiano*, Volume 1, (Florence, 1842–1844) p. 257.

¹¹⁶ See, T. Twiss, *Black Book of Admiralty*, IV, pp. 3–51.

¹¹⁷ J. J. Donovan, *The Origins, 1001; Martínez Gutiérrez*, 5.

would get six *tarens*,¹¹⁸ to cover the value of his clothes and coverlids only.¹¹⁹ This is a limitation of liability of a different nature and rationale from the limitation of the shipowner's liability; it concerns the treatment of mariners by the shipowner, an issue that received significant attention in medieval legislation. It has nothing to do with the protection of shipping as a business, nor was it strictly related to damages caused by a ship.

There are a few similar provisions related to *commenda*, an early type of limited partnership with probable origin in *societas* of Roman law. In this kind of partnership, where investors had a share in the ship, their liability was limited to their share. However, that is very different from the shipowner's limitation of liability and is much closer to the liability of shareholders in modern joint-stock companies. For example, Article 8 of the Amalfitan Tables states that the part-owners who did not want to take part in a particular voyage had the right of recourse against other property of the shipowner (*patrone*), who had acted against their wishes and had no action against the ship and other part-owners who had shares in the common adventure. Hence, this relates to the partners sharing business risks, not the limitation of the shipowner's liability for maritime claims.

(II) *Trani Ordinamenta et consuetudo maris*

Many other Italian city-states adopted their own legislation during the medieval period. One of the oldest was the *Ordinamenta et consuetudo maris* ("Ordinances and Custom of the Sea"), 1063.¹²⁰ Strict liability of the carrier continued to be applied after the fall of the Roman Empire, as evidenced by texts of statutes adopted during the Middle Ages as part of the *lex mercatoria*. Under Article XVII of the Ordinance of Trani, the master was exempted from liability only for losses caused by bad weather or from capture by pirates.¹²¹

The *Ordinamenta* of Trani contain provisions resembling those of Chapter 24 of the *Rhodium Nauticos*. If the merchant refuses to give the cargo, he pays one-fourth of the freight.¹²² If he insists on having his cargo back before the ship leaves the harbour, he pays one-half of the freight.¹²³ If the ship starts a voyage and returns, and the

¹¹⁸ Amalphitan currency.

¹¹⁹ Art. 45 of the Amalphitan Table: T. Twiss (ed.), *Black Book on Admiralty*, Vol. IV, (Longman & Co., London 1876) p. 31.

¹²⁰ T. Twiss, *The Black Book of Admiralty*, appendix, part iv, 522 n. 1. The statute of the Adriatic city Trani is the oldest among the medieval statutes if the date of 1063 printed on its face is correct (this date is, however, doubted by many scholars, since the original in Latin is lost). Several similar statutes were adopted in other Mediterranean city-states: Ancona, Pisa, Arles (1150), Marseilles (1162), Genova (1186), Venice (1205), Barcelona (1258), Aragon (1270), Ragusa (1272), and many more.

¹²¹ Article XVII.

¹²² Chapter 7.

¹²³ Chapter 6.

merchant takes out his cargo, he must pay the whole freight.¹²⁴ If a ship is loaded or in the course of loading, and it is found out that there are pirates nearby, the merchants are not entitled to have their goods back except on the terms of guaranteeing the ship's ransom.¹²⁵

"The shipowner has the ship ready at the appointed place and time. The merchant fails to load it without a reasonable excuse. He is liable to pay the whole freight; but if the shipowner succeeds in letting the ship, the merchant is only liable to pay the difference, if any, between the freight that he agreed to pay and that which the shipowner got."¹²⁶

In those times, the standard practice was to have on board a clerk called "*scribanus*", or *scriba navis*, who would log data related to voyages, including the cargo loaded on a vessel in a particular record book (*quaterno*). Article XVI of the Ordinance of Trani provided that "every master ought to take a scribe (*scrivano*), who ought to be sworn in his commune, to be honest and loyal". Recording detailed facts concerning the cargo in these books by a scribe became a widespread practice, creating the need for legal regulation. Provisions regarding the scribe can be found in several other statutes, which use different names for this person.¹²⁷ Many statutes provided that every ship should have a *scribanus*, and ships above a specific size were sometimes required to have two.¹²⁸

According to some authors, the ship's mate compiled the ship's register.¹²⁹ The scribe was not a ship's mate, but a kind of notary and not an employee of the shipowner. He was a public servant, sworn before the public authority, and had to safeguard the interests of both shipowners and merchants. "*Omnis credentia est scribani*" ("all trust goes to the scribe"), says the statute of Ragusa (VII, 45).¹³⁰ The scribe had great authority on the ship, in some respects even greater than the shipmaster. He fixed carriage contracts with merchants, and no cargo could be loaded on the ship without his presence.¹³¹ In statutes, particular attention has been given to the security of the register, which was a core duty of the scribe.¹³²

¹²⁴ Chapter 5.

¹²⁵ Chapter 32; W. Ashburner, 93.

¹²⁶ Const. Usus, Chapter 28. W. Ashburner, 205.

¹²⁷ The Statute of Marseilles of 1255 uses the term "*scriptor*", while Article 9 of the Amalfitan Table uses the term "*scribae*", the statute of Venice uses the term "*scribanos*" (providing for duty to have two scribes on the ship). Provisions about *scribanus* were contained in numerous statutes of medieval Mediterranean cities, e. g., Marseilles, Genoa, Sassari, Ancona, Ragusa (Dubrovnik), Zara (Zadar), etc.

¹²⁸ St. Ragusa, VII, 2, St. Zara, IV, 15, 17, 18, Barcelona Ordinance 2.

¹²⁹ Richard Aikens et al., *Bills of Lading* (2nd ed. Informa Law, London 2016) 1.

¹³⁰ Statute of Ancona contains a similar statement giving the scribe's book 'full faith' (*plena fides*).

¹³¹ Consolato del Mare Rule 58.

¹³² Chap. 59-Security of the Ship's Register

"In addition, the patron of the vessel will require that the clerk take an oath that he will not sleep ashore while the vessel is moored without taking the

The scribe was threatened with harsh sanctions if he abused that confidence by entering false particulars about the cargo.¹³³ In a merchant and shipowner dispute, the registry served as evidence. Some statutes provided that the shipowner was liable to restore the merchants' goods as described by the scribe in his register.¹³⁴

The Statute of Trani provided a fixed percentage for the salvage awards depending on the nature of the services. A distinction was made among things found at the shore, things drifting on the sea, and those at the bottom of the sea. According to the Statute of Trani, the salvor was obliged to deliver the salvaged property to the Court. He was entitled to half of the salvaged property if the owner claimed it within 30 days. If the owner does not appear to claim his property within that period, the court will deliver all saved property to the salvor.¹³⁵

(III) Rules on Collision

Roman law influenced the statutes of city republics in the Middle Ages, such as *Constitutum usus di Pisa*,¹³⁶ and *Consuetudini del Valenza*.¹³⁷ For example, *Constitutum usus di Pisa* has a chapter entitled “*de dampno navis dato ab altera navi*” that contains several examples of collisions based on the Digests, mainly referring to collisions in the harbour, without adding anything new compared to the Roman law.¹³⁸

The statute of Ancona deals with a collision on two occasions. Where a ship is anchored correctly, and the captain (*patrone*) and navigating officer (*nochiero*) perform their duties properly, including proper lookout, the ship will incur no liability even if it damages another ship. Where it does incur liability, the liability falls on the owners, but the navigating officer has to pay 10% of the damage. His total liability, however, “is not to exceed one hundred *livere*.”¹³⁹

(IV) Rules on Salvage

In the Middle Ages, the seas were much more dangerous than they are today. Overseas trade was particularly vulnerable, and shipwrecks were common. With the low standard of ships, sailing ships

keys of the chest in which the register is kept; and that he will never keep the said chest unlocked, subject to the above-described penalty.”

¹³³ Consolato del Mare (Chap. 60) provides that in the case of making false entries in the ship's register, the clerk should have his right hand cut off, his forehead marked with a heated iron, and his property confiscated.

¹³⁴ St. Ragusa, VII, 6, St. Phara, V, 1, Ord. Trani, 16 (which provides as if the *scribanus* was personally liable), St. Zara, IV, 21.

¹³⁵ Article 19 of Ordinamenta Trani.

¹³⁶ B. Bissaldi, 42.

¹³⁷ Ibid. p. 42.

¹³⁸ W. Ashburner, op. cit. cclxxxvi; B. Bissaldi, 42.

¹³⁹ Ibid. p. 42.

were the most advanced at the time. With pirates at sea, a lack of safety standards, few lighthouses, and a lack of maps and navigational instruments other than a compass, casualties were common. The locals routinely plundered shipwrecks. Hence, it is unsurprising that many medieval laws referred to salvage.

The Rhodian principles were carried forward in statutes in Italy, including those of Trani, Venice, and Pisa. The Venice statute provided a salvage award of 3% of the value of the goods saved, while the Pisa statute provided a 5% reward.¹⁴⁰ The Ancona statute also distinguished between the goods floating on the sea and those recovered from the bottom of the sea. If the goods were marked, the salvor has no right to reward, but the owner is recommended to give him some reward. If the owner does not appear within 6 months, the property is transferred to the Port of Ancona.¹⁴¹

The Statute of Ragusa provided:

“[If] a ship comes across any goods floating on the sea, its value will be divided into four shares. One share belongs to the ship, another is added to the freight, and the remaining two would be divided among mariners and merchants.”¹⁴²

Several statutes set out the obligations of the master and crew regarding salvage and assistance in the event of a shipwreck.¹⁴³ Statutes of Zara (Zadar) and Spalato (Split) provide for the duty of mariners to remain by the ship until it is repaired or brought safely to its destination.¹⁴⁴

(V) Rules on Corsairs and Pirates

In medieval documents, the terms corsair and pirate are often used interchangeably, for example, in the Statute of Cattaro.¹⁴⁵ The indiscriminate use of the two terms points to a close similarity in the characteristics of the two classes. It is true that in law there was a distinction. The main difference is that corsairs operated with government authorisation, legally attacking enemy ships during wartime. On the other hand, pirates were outlaws who attacked any ship for

¹⁴⁰ W. Ashburner, cclxxxix.

¹⁴¹ Article 60.

¹⁴² Ragusa, 7, 35.

¹⁴³ W. Ashburner p. 172.

¹⁴⁴ Zara 4, 56, Spalato 8, 56. At Venice, they should stay for 15 days and have the right to receive 3% of what they recover (St. Zeno, 42, 90), while the Ordinance of Trani provides for a duty of staying by the ship for eight days (Ordinance, 1). W. Ashburner, 172.

¹⁴⁵ Currently, Kotor in Montenegro. Article 400 provided that the citizens of Cattaro were prohibited from attacking vessels as corsairs (*cursu*) or pirates (*pirata*), and would be punished by a fine of 50 perpers (*yperperos*), unless they had obtained a license. While this provision does not clarify the matter, it is assumed that only corsairs could obtain such a license.

their own profit without any official permission. Corsairs were essentially privateers sanctioned by a state, whereas pirates were criminals operating illegally.

1.6. The Oleron Rolls

The Oleron Rolls appear in different forms and are also known as “the Oleron Rules”, “the Law of Oleron”¹⁴⁶, or in French, “*Rôles d’Oléron*”, “*Loix de Layron*”, “*La Ley Olyroun*”. The Oleron Rolls were based on local customs and were initially promulgated in French in the 12th or 13th century.¹⁴⁷

There are various theories about the authorship of the Oleron Rolls, but none offers conclusive evidence of its accuracy; the only thing that is known with certainty is that no one knows with certainty who the author was, and the origin of the Oleron Rolls is lost in obscurity.¹⁴⁸ There are also several versions of the Oleron Rolls.¹⁴⁹ Most likely, the Oleron Rolls were based on local court judgments and customs.¹⁵⁰

The Oleron Rolls primarily focus on the relationship between the shipowner and the crew. Still, they also contain several provisions on the general average: wrecks and the goods taken from the wrecks, salvage, collision, the duties of the master and seamen, supplies and repairs, and maritime loan. The Oleron Rolls played an essential role in the law of collisions, as they first specified the principle of equal division of damages.

The Oleron Rolls provide that a shipowner must furnish proper equipment, such as ropes on the vessel, which can be considered a

¹⁴⁶ The term “rolls” was used because the text was made on paper rolls.

¹⁴⁷ Edda Frankot *Of Laws of Ships and Shipmen: Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012) p. 11. There are several versions of the Oleron Rolls, and all of them are prefaced by the certificate of 1266 (F. Sanborn, op. cit., p. 63).

¹⁴⁸ On various theories on the origin of the Oleron Rolls, see Twiss (ed.), *The Black Book of the Admiralty*, Appendix-Part II, 1873, xlviii et seq; Sanborn, op. cit. p. 64, James W. Shepard, *The Rôles d’Oléron — A Lex Mercatoria of the Sea?, in Piervigiovanni, Vito (ed), From Lex Mercatoria to commercial law* (Dunker / Humboldt, Berlin, 2005), p. 207 et seq. In contrast to the prevailing views, Shephard asserts that the Oleron Rolls were most likely compiled at the Oleron island based on local customs (J. W. Shepherd, 240).

¹⁴⁹ There is an opinion that the original version of the Oleron Rolls, which consisted of 24 articles, was coherent and corresponded to the stages of the sea voyage: Shepard, op. cit, 213. The text published in *Black Book on Admiralty* has 35 articles.

¹⁵⁰ Schofield argues that the Oleron Rolls were based on the “ancient *Lex Rhodia*, which had governed commercial trade in the Mediterranean for over a thousand years” (John Schofield et al., 8th ed. Informa, Abington, 2022, para. 1.9). It is more likely that the Oleron Rolls were influenced not by the ancient *Lex Rhodia* but by the Byzantine Rhodian Sea Law (see, para. 1.3.1.4). Even that influence is questionable, since the text of the Oleron Rolls is very different from this Byzantine law.

duty related to seaworthiness.¹⁵¹ A shipowner could partly avoid liability if the merchant did not object to the condition of the ropes, and the poor condition of the ropes caused the damage; in that case, the damages would be divided between the shipowner and the merchant.

The Oleron Rolls include a provision regarding laytime. Article XXI provides:

“If a master freight his ship to a merchant, and set him a certain time within which he shall lade his vessel, that she may be ready to depart at the time appointed, and he lades it not within the time, but keep the master and mariners by the space of eight days, or a fortnight, or more, beyond the time agreed on, whereby the master loses the opportunity of a fair wind to depart; the said merchant, in this case, shall be obliged to make the master satisfaction for such delay, the fourth part whereof is to go among the mariners and the other three-fourths to the master, because he finds them their provisions.”

The Oleron Rolls played a vital role in developing the law of collisions by introducing the doctrine of equal division of damages, even when an innocent, anchored vessel was struck by another vessel under sail.

Article XIV:

“If a vessel, being moored, lying at anchor, be struck or grappled with another vessel under sail, that is not very well steered, whereby the vessel at anchor is prejudiced, as also wines, or other merchandise in each of the said ships, are damaged. In this case, the whole damage shall be in common and be equally divided and appraised half by half. The master and mariners of the vessel that struck or grappled with the other shall be bound to swear on the Holy Evangelists that they did it not willingly or willfully. The reason why this judgment was first given is that an old, decayed vessel might not purposely be put in the way of a better, which will be the more readily prevented when they know that the damage must be divided.”¹⁵²

¹⁵¹ Article X

“The master of a ship, when he lets her out to freight to the merchants, ought to shew them his cordage, ropes and slings, with which the goods are to be hoisted aboard or ashore; and if they find they need mending, he ought to mend them; for if a pipe, hogshead or other vessel, should happen by default of such cordage or slings to be spoiled or lost, the master and mariners ought to make satisfaction for the same to the merchants. Also, if the ropes or slings break, and the master does not show them to the merchants beforehand, he is obliged to make good the damage. But if the merchants say the cordage, ropes or slings are good and sufficient, and notwithstanding it happens that they break, in that case they ought to divide the damage between them; that is to say, the merchant to whom such goods belong, and the said master with his mariners.”

¹⁵² See, J. Paredessus, *Collection des lois maritimes*, Vol. 1, 334 (1834).

The rule on equal division, with some variations, was adopted in several Northern European legislations.¹⁵³ For example, the Wisby Rules contain a provision similar to the Oleron Rolls (“If two ships strike against one another and receive damage, the loss shall be borne equally between them...”), with an exemption if the collision was caused on purpose (“...unless the men on board one of them, did it on purpose; in which case that ship shall pay all the damage.”).¹⁵⁴

The principle of equal division was probably used in ship collisions for centuries before it was adopted in the Oleron Rolls. According to Staring,¹⁵⁵ the principle of equal division (“*judicium rusticorum*”)¹⁵⁶ was initially applied on land, which might have governed certain distinctly non-maritime matters in Biblical times.¹⁵⁷ The historical rationale behind the equal division rule reflects the hazardous nature of sea navigation. This rule remained in force for many centuries, and it was a valid law in the US until 1975.¹⁵⁸

In the Middle Ages, various nations enacted laws stipulating severe punishment for persons who deliberately caused shipwrecks, grounded and took advantage of ships in distress, which may be related to the influence of canon law. The Oleron Rolls may serve as an illustration of harsh punishments for such abuses.¹⁵⁹ The Oleron Rolls also provided harsh punishment for the pilots and the lord of the

¹⁵³ Judgments of Damme, 1 Paredessus, *Collection des lois maritimes* 379 (1828); Lubeck, 3 Paredessus, *Collection des lois maritimes* 379, 402 (1834); and Wisby, I id. 501 (1828); J. Paredessus, *Collection des lois maritimes* Vol. 1 379 (1834); 4 *Black Book of the Admiralty* 87, 125, 284 (1876).

¹⁵⁴ Article L.

¹⁵⁵ Graydon S. Staring, “Contribution and Division of Damages in Admiralty and Maritime Cases” 45 Calif. L. Rev. 304 (1957) 306.

¹⁵⁶ The term *judicium rusticorum* is used by Cleirac, comparing the rule to Solomon’s judgment between the two mothers: Etienne Cleriac, *Vs et coutumes de la mer* (Éd. 1647). Available at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k83968f>.
image

¹⁵⁷ Exodus xxi, 35–36:

“And if one man’s ox hurt another’s, that he die; then they shall sell the live ox and divide the money of it; and the dead ox also they shall divide. Or if it be known that the ox hath used to push in time past, and his owner hath not kept him in; he shall surely pay ox for ox; and the dead shall his own”.

¹⁵⁸ *United States v. Reliable Transfer Co. Inc* 1975 AMC 541.

¹⁵⁹ Article 26:

“If the lord of any place be so barbarous, as not only to permit such inhuman people, but also to maintain and assist them in such villainies, that he may have a share in such wrecks, the said lord shall be apprehended, and all his goods confiscated and sold, to make restitution to such as of right it appertained; and himself to be fastened to a post or stake in the midst of his own mansion house, which being fired at the four corners, all shall be burnt together, the walls thereof shall be demolished, the stones pulled down, and the place converted into a market place for the sale only of hogs and swine to all posterity.”

place, who would intentionally cause the ship's grounding so that they could take advantage of such accidents.¹⁶⁰

The mariners who tried to save the ship and cargo were given the right to reasonable reward "if they preserve part thereof," implying that in those days, the principle "no cure, no pay" applied.¹⁶¹ The court should consider the efforts of the salvors and reward them, regardless of the promises made at the time of distress.¹⁶²

The Oleron Rolls also implied a duty to save persons in danger.¹⁶³ This might be the origin of the present customary rule.¹⁶⁴ This rule was probably initially influenced by canon law, which is visible from the text of the Oleron Rolls, which provided for the excommunication from the "holy church" for those who would take advantage of the shipwreck accidents.¹⁶⁵

The Oleron Rolls prohibited salvors from taking advantage of the salvaged property but provided salvors with the right to fair and just remuneration.¹⁶⁶ In case of a shipwreck, the lord of the place was obliged to put the saved property in safe custody and keep it for a year to deliver it to those it belonged to. When the year expired and nobody claimed the property, the lord was obliged to publicly sell it and distribute the proceeds to poor people and for charitable

¹⁶⁰ Article 25:

"...But seeing this is contrary to the law of God, our edict and determination is that notwithstanding any law or custom to the contrary, it is said and ordained, the said lord of that place, salvors, and all others that take away any of the said goods, shall be accursed and excommunicated, and punished as robbers and thieves, as formerly hath been declared..."

¹⁶¹ Article 3(1):

"[i]f any vessel, through misfortune, happens to be cast away, in whatsoever place it be, the mariners shall be obliged to use their best endeavors for saving as much of the ship and lading as possibly they can; and if they preserve part thereof, the master shall allow them a reasonable consideration to carry them home to their own country."

¹⁶² Article 4:

"...if he has promised the people who helped him to save the ship the third, or the half part of the goods saved for the danger they ran, the judicatures of the country should consider the pains and trouble they have been at, and reward them accordingly, without any regard to the promises made them by the parties concerned in the time of their distress."

¹⁶³ Article 29:

"...the lord of that place or country ... and by those under his power and jurisdiction, ought to be aiding and assisting to the said distressed merchants or mariners..."

¹⁶⁴ This customary rule is enshrined in Article 98 of the UNCLOS.

¹⁶⁵ Pope Pius V's bull of 1586 made it compulsory to come to the aid of shipwrecked people on pain of excommunication. Jean-Pierre Beurrier, *De re salvationis* (2023) DMF 976.

¹⁶⁶ Article 29:

"...in saving their shipwrecked goods, and that without the least embezzlement, or taking any part thereof from the right owners; however, there may be a remuneration or consideration for salvage to such as take pains therein, according to right reason, a good conscience, and as justice shall appoint..."

purposes, “according to reason and good conscience,” without retaining any of the property, on pain of excommunication from the church and punishment as thieves.¹⁶⁷

The Oleron Rolls were maybe the most important and influential maritime legislation in the Middle Ages, at least in Northwestern Europe. The Oleron Rolls were the early authority relied upon by the English courts. In 1402, by an act of Parliament, the Admiralty Court was instructed to govern its decisions by the Oleron Rolls and the common law of England. Several medieval legislations in Northern Europe, such as the Judgments of Damme and the Laws of Wisbuy, were influenced by the Oleron Rolls. The Oleron Rolls significantly influenced both civil law and common law traditions and have been cited in some English and US cases.¹⁶⁸

1.7 *Consolat de Mar*

In the Mediterranean, the dominant role in unifying maritime legislation in this region was played by a compilation known under various names, including *Consulatus maris*, *Consulado de mar*, or *Consolato del mare* — a code of laws and customs used by Mediterranean-region countries for centuries.¹⁶⁹

The origin of *the Consolat de mar* is obscure, but it is believed to have been drafted in the 13th or 14th century, while Pisa, Marseilles, and Barcelona have claimed authorship.¹⁷⁰ *Consolat de mar* comprises the Greek and Roman customary rules and ordinances of the kings of France, Spain, and Italian city-states.¹⁷¹ It represented a digest of various rules and usages established among commercial nations in this part of the Mediterranean. It was initially written in the Catalan dialect and has been translated into several European languages.¹⁷² Most probably, it was of Catalan origin and drawn up for the use of the Consuls of the sea at Barcelona.¹⁷³ *The Consolat de Mar* became the common law of many maritime nations. It greatly

¹⁶⁷ Article 30.

¹⁶⁸ *Rex v Well* (1445) *Black Book of Admiralty*, I, p. 255; *Walton v The Ship Neptune*, 1 Peters’ Adm. Dec. 142. *Natterstrom v. Ship Hazard*, in the District Court of Massachusetts, 2 Hall’s L. J. 359. *Sims v Jackson*, 1 Peters’ Adm. Dec. 157, all decided on the authority of the Oleron Rolls.

¹⁶⁹ This code has been reprinted in the second volume of the “Collection de Lois Maritimes Anterieures au XVIII. Siecle, par J. Pardessus, (Paris, 1831).

¹⁷⁰ According to Adolf Shaube, this law originated in Pisa in 1160 (*Das Konsulat des Meers in Pisa*, Leipzig, 1888); Pardessus asserts that it was adopted in Marseilles in the 13th century (Collection, Vol. III, 24); Twiss argues that this law was adopted in Barcelona (T. Twiss, *The Black Book on Admiralty* vol. III xxxiv).

¹⁷¹ According to Sanborn (op. cit. p. 83), the probable date is around 1340.

¹⁷² T. Twiss, vol. III lxxiii; B. Bissaldi, 43. The edition published in Barcelona in 1435 was entitled “*Libre de Consolat de Mar*”.

¹⁷³ Twiss provides several arguments to support the Catalan origin of *Consolato del Mare* (T. Twiss, vol. III xxxiv).

influenced the maritime laws of Italy, Spain, France, and England, while serving as the basis for subsequent maritime ordinances.¹⁷⁴

The Consolat de mar contains several provisions that resemble the modern concept of a ship's cargo worthiness. Article 67(2) of *Consolat de mar* provided for strict liability by stating that "any goods or possessions loaded aboard the vessel and entered in the ship's register, which is subsequently lost, will be the responsibility of the patron of the vessel and its owners must be compensated by him for their loss." A shipowner's liability was strict, but there were certain exemptions. For example, a shipowner was exempted from liability when heavy seas caused damage.¹⁷⁵ Interestingly, the shipowner was liable for cargo damage caused by rats, provided there were no cats on board.¹⁷⁶ Based on the attention given to this issue, it seems that rats were commonplace, so much so that keeping cats on board a ship was an essential duty of the shipowner.¹⁷⁷

Consolat de mar deals with the matter in several groups of chapters that are inconsistent with one another. According to Chapter 38, where the merchant abandons the voyage before putting anything on board, he must pay the shipowner's expenses in connection with the voyage. If he abandons the voyage after having begun loading, he pays half the freight. According to Chapter 39, when the merchant abandons the voyage before bringing his goods to the port of embarkation, he only pays the shipowner's expenses. He pays one-third of the freight if he has brought his goods to the port of embarkation before he abandons the voyage. He pays half the freight if he abandons the voyage after having begun to load or after having loaded in

¹⁷⁴ Casaregis argued that the *Consolat* had in maritime matters, by universal custom, the force of law among all provinces and nations (Dis. 213. n. 12).

¹⁷⁵ Article 64-Waterlogged Cargo:

"The patron of the vessel is required to pay for the damage caused to the cargo aboard the vessel due to dampness caused by seepage through the deck, through the portholes, or due to lack of proper protection of the cargo from the elements. If, however, the cargo was damaged because the decks were swamped by heavy seas and not because there was seepage through the deck which was properly tarred, the patron is not obliged to pay for the damages to the cargo."

¹⁷⁶ Article 67(1) — Cargo Damaged by Rats or Lost Through Other Causes:

"If any property or merchandise aboard the vessel is damaged by rats, and no cat is kept aboard the vessel, the patron is held responsible for the damages.

¹⁷⁷ Article 68-Merchandise Damaged Aboard the Vessel Due to Lack of a Cat:

"If any merchandise or cargo is damaged by rats while aboard a vessel, and the patron had failed to provide a cat to protect it from rats, he shall pay the damage; however, it was not explained what will happen if there were cats aboard the vessel while it was being loaded, but during the journey these cats died and the rats damaged the cargo before the vessel reached a port where the patron of the vessel could purchase additional cats. If the patron of the vessel purchases and puts aboard cats at the first port of call where such cats can be purchased, he cannot be held responsible for the damages since this did not happen due to any negligence on his part."

full but before the ship sets sail. He will pay the whole freight if he abandons the voyage after the ship has set sail.¹⁷⁸

Conoslat de mar contains several provisions related to the hire of ships. Some are too long to be quoted here.¹⁷⁹

Conoslat de mar contained several provisions dealing with collisions in ports.¹⁸⁰ The basic principle was that the ship that reaches the port after another ship already at anchor —the ship that arrived later —should be held liable for the collision caused by dropping anchor too close.¹⁸¹

Conoslat de mar contains several provisions related to salvage. Article 94 deals with the obligation to aid another vessel in distress by towing. If a master had promised to tow another vessel and had failed to do so would be required to reimburse the vessel for all the damages “without any dispute.” Article 112 deals with the apportionment of salvage expenses among the merchants, resembling the rules on the general average. *Conoslat de mar* also contains provisions on salvage reward, stating that “anyone who salvages such a cargo... shall be allowed to keep half of such cargo, provided he has notified the local civil authority about it.”¹⁸² The same article provides for the law of finds: “If the cargo had been found and salvaged after one year and a day from the date it had been lost, its owner could not make any claim upon it, and it should be judged the property of the party or parties who found it.”

Conoslat de mar is also quoted as a law with express provisions limiting shipowners’ liability. Donovan states that this text provided for the owner’s liability for debts incurred by the master or damage arising from improper loading or unseaworthiness, but only to the extent of their respective shares in the ship, without quoting specific provisions. No such provisions are found in the text of *Conoslat de mar*. There is a provision in Section 63 related to liability for damage resulting from improper storage. In such a case, if the patron (shipowner) would be “unable to pay the damages, the vessel must be sold to satisfy these claims”. The provision does not state that the owner could limit his liability by selling the ship. There is no limitation of liability to the share in the ship, but the whole ship

¹⁷⁸ W. Ashburner, 206.

¹⁷⁹ Chapter 83–88.

¹⁸⁰ Articles 200–202.

¹⁸¹ Article 200:

“If behind the vessel that first dropped anchor in a port, at a sand bar, shore, or pier another vessel drops anchor, it should be moored in such a way that it will cause no damage to the vessel that first dropped its anchor at that point. If in mooring it some damage should result to the first vessel, the owners of the second vessel shall pay for the damage without any dispute. However, if the second vessel arrived during a storm and could not be moored without causing damage to the first vessel moored, damages will not be paid for the damage caused since it did not result due to any negligence”.

¹⁸² Article 252.

must be sold to satisfy the claim. This is not a limitation of liability; it is *restitutio in integrum*.

Another provision demonstrates that *Conoslat de mar* adopts the *restitutio in integrum* principle: Section 72 provides that the vessel must pay the whole damage. This provision states that the owner must pay “his share” of damage, but that is a very different kind of limitation, probably related to *commenda* type of business that was developed in the Middle Ages. That kind of limitation relates to shareholders’ liability and has a very different rationale from the limitation of liability for maritime claims.¹⁸³ The crucial part of this section explicitly states that the vessel “must pay the whole amount of the damage”.¹⁸⁴ This is also *restitutio in integrum*.

A notable exception to the regulation of passenger carriage in the Middle Ages is the *Conoslat de mar*, which contains several provisions on the subject. It provides a detailed definition of the passenger:

“A passenger is a person who pays the patron for his own transportation as well as for the transportation of his effects, which are not part of the cargo.” It also links the status of a passenger with the quantity of cargo carried on a ship, stating that “every person whose cargo amounts to less than five quintals shall be required to pay a passage fee for his own person.”¹⁸⁵

The passenger who would board the vessel without the approval of the master or clerk of the vessel “may be charged any amount the patron decides for his accommodations aboard the vessel.”¹⁸⁶

Article 116 defines the shipowner’s responsibilities toward passengers. The shipowner should provide “proper accommodations and water for the passengers and carry them to the agreed-upon destination.” Article 116 also regulates the obligations of the shipowner who received a deposit on the fare from the passenger:

“If a patron has received a deposit on the fare the passenger will pay, he must carry out the promise he had made to the passenger; on the third day after the deposit was paid, the passenger

¹⁸³ Donovan, in his historical overview of the origins of limitation of shipowners’ liability, mentions *commenda*. This implies that he probably confuses shareholders’ limited liability with the limitation of liability for maritime claims. These two kinds of limitations have different natures and different rationales. *Commenda* was not used only for sea voyages but also for land investments in ventures conducted by local entrepreneurs with no connection to sea voyages.

¹⁸⁴ Section 72:

“In all instances where damages have to be paid, of which we have spoken or will speak about in the articles related to marine matters, the patron of the vessel is obliged to pay his share of the damages the vessel must bear, and every shareholder must likewise pay his share, as *the vessel actually must pay the whole amount of the damage*.”

¹⁸⁵ Article 113.

¹⁸⁶ *Ibid.*

should approach the patron to find out the sailing date. If the patron misleads the passenger by giving him a later date and, due to this, the passenger fails to be aboard when the vessel sails, the master of the vessel shall return to the passenger the full fare which would have been paid plus all the losses suffered by the passenger due to the patron's negligence. If, however, the passenger has removed himself from the vicinity of the vessel without finding out the actual date of sailing and fails to return at the time the vessel unfurls its sails, even if he had paid the full fare or had given the master of the vessel one thousand marks, the patron of the vessel is not required to return anything to him”

Art. 117 provides detailed rules for situations in which a passenger dies during the voyage. Particular attention is given to personal belongings and money that a deceased passenger would have on board a vessel before his death.¹⁸⁷

Art. 122 governs the situation in which a passenger has paid for the voyage but decides not to board the vessel. In that case, the master is not required to refund the money.

Art. 123 provides for the passenger's obligation “to help, to protect, and to watch over the vessel, and not to disembark until the journey is completed, unless the patron agrees to some other arrangement.” In addition, the passengers are required “to conduct themselves according to the customs and traditions which have been established”.

Consolat de mar was not typical legislation but a manual based on existing customs, containing and explaining the customary rules, intended to serve as legal sources for special tribunals called *Consulatus maris*. *Consolat de mar* contained 252 short chapters that regulated issues such as the construction and ownership of ships, the rights and responsibilities of the master, seaman, and scribe, equipment and supplies, freight, general average, salvage, and the law of prize.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Article 117:

“...the deceased person's best suit of clothes rightfully belongs to the navigator, and the master of the vessel will take any money which the deceased had, if the deceased did not have a relative aboard the vessel, the master will keep it safely until they reach a port where the heirs can demand that he surrender it to them at any time within three years. If after three years have elapsed and no one claims this estate, the money will be used, with the approval of the local bishop, for the repose of the soul of the deceased...”

¹⁸⁸ *Consolat de mar* is notable for its comprehensive and detailed rules:

Rule 145: “Every patron of a vessel or a boat with a deck must provide the following food for the whole crew: Meat three times per week. This means on Sunday, Tuesday, and Thursday. On the other days of the week, he shall provide soup for them in addition to the bread given to the crew each evening. Also, three times per week, he shall provide them with wine in the morning and the evening. To supplement the bread ration, they should be given cheese, onions, sardines, or another kind of fish.”

1.8 Northern Europe

As maritime commerce extended into northern Europe, rules and customs governing maritime trade began to appear there as well. The Oleron Rolls influenced new legislation in countries further north, such as the old laws of Flanders, known as the Judgments of Damme (Flemish, *Vonnesse van Damme*).¹⁸⁹

Further in the North, there was an ancient compilation of maritime customs compiled by the merchants of the city of Wisbuy, on the island of Gotland, known as the Wisbuy (Visbuy, or Wisby) Rules from around the 14th century, which influenced the trade of the Baltic with foreign ports.¹⁹⁰ The Wisbuy Rules were compiled from three sources. The first is a Baltic source, and the earliest laws attributed to it come from Lübeck.¹⁹¹ The second represents a Flemish version of the laws of Oleron. The third is of Dutch origin and is based on the Ordinances of Amsterdam.¹⁹² The Wisbuy Rules played the dominant role in unifying the laws in northern Europe and influenced the laws of the Hanseatic League.

The Hanseatic League was established around the 13th century by the cities of Lubeck, Bremen, and Hamburg and later expanded to include many towns in Northern Europe. The Hanseatic League was a confederation with the main goals of mutual protection against piracy and the promotion of trade. One of the instruments adopted by the Hanseatic League to ensure smooth trade was an ordinance consisting of maritime rules under the name *Jus Hanseaticum Maritimum*.¹⁹³ This compilation was based on the Oleron Rolls and the Wisbuy Rules, making another contribution to the harmonisation of *lex maritima* in the Middle Ages.

Northern European medieval laws also contained salvage rules, such as those in the statutes of the Hanseatic cities of Hamburg and Lübeck.¹⁹⁴

Rule 170: “A sailor shall not undress for the night unless the vessel is moored in the port for a winter layover. Should he violate this rule, he should be punished for each transgression by being tied and dunked in the ocean three times while held by a rope. If he should violate this rule three times, he shall lose his wages and all his possessions aboard the vessel.”

¹⁸⁹ Damme was Bruges' port.

¹⁹⁰ T. Twiss, *The Black Book of the Admiralty* (Longman, London, 1876) vol. IV xxi. The Laws of Visby are also called the “Gotland Sea Laws”, the contents of which are introduced in *The Black Book of the Admiralty* Vol. IV xxii et seq.

¹⁹¹ T. Twiss, vol. IV xxii.

¹⁹² T. Twiss, Vol. IV, xxvii-xxviii.

¹⁹³ *Jus Hanseaticum Maritimum*, adopted in 1591 and later revised in 1614.

¹⁹⁴ In a letter to the Hamburg council from 13th century the *Lübeck* representatives considered the salvage money awarded to the crew for saving the cargo after a shipwreck to be too high. In contrast, in its reply the Hamburg council stated that a lower reward would lead to a diminished willingness of the crew to assist in the salvage (E. Frankot, *Of Laws of Ships and Shipmen: Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe*, Edinburgh University Press, 2012, p. 126).

1.9 Laws of Melaka

Laws of Melaka (*Undang-undang Melaka*, also known as *Hukum Kanun Melaka Darat Melaka* and *Risalah Hukum Kanun*) were the laws of the Melaka Sultanate (1400–1511).¹⁹⁵ This legislation was made by merging customary law with Islamic principles. It consisted of six parts dealing with various issues, including Islamic marital jurisprudence, while one dealt with maritime law (*Undang-Undang Laut*). The maritime law part consists of 25 clauses. It addresses various matters, including procedures for the distribution of confiscated treasures, general average, rules on collision liability, rules on hierarchy and discipline on a ship, and penalties for breaking the rules of conduct, including rules on adultery on the ship.¹⁹⁶ Particularly interesting are detailed provisions related to adultery on board the ship, which is quite unusual for maritime legislation, and probably based on Islamic moral values.¹⁹⁷

Under the Maritime Law of Malacca¹⁹⁸ from the 15th century, a distinction was made between collisions at night or during a storm and those in daylight, providing for stricter liability in the latter case.¹⁹⁹ This law also contained a lookout provision.²⁰⁰

¹⁹⁵ Richard Winstedt and Josselin de Jong, “The Maritime Laws of Malacca”, *Journal of the Malaysian Branch of the Royal Asiatic Society* 29, (1956) 29, pt. 3 (1956), pp. 22–59.

¹⁹⁶ Article 11 provides for a procedure required in case of general average that is very similar to the rules contained in some of the Mediterranean statutes:

“Before throwing cargo overboard in a storm, the crew has to be consulted, if they also have their share in the cargo. In that case, the part of each crew member’s share in the cargo that is to be thrown overboard should be proportionate to the size of that share. This is the captain’s responsibility.”

¹⁹⁷ Article 2 provides for the death penalty for both offenders for adultery on board the ship:

“If the offenders are both unmarried, fornication is punished by 100 lashes, and the offenders are obliged to marry. If the man is unwilling to do so, he is fined one and one-quarter tael of gold. If a free man commits fornication with a female slave, he pays a fine equal to the slave’s price. But if this female slave has been so long in her master’s possession as to be practically his wife, the master may claim either a fine or the death penalty. If a free man commits adultery with a sailor’s wife, he is put to death. As to the wife, her husband may put her to death. If he does not wish to do so, she becomes the unalienable slave of the captain. A male and a female slave who commit fornication are whipped at the fore-hatch.”

¹⁹⁸ *Undang-Undang Laut Melaka* (arab. لاوت ملاك). Translation of the text with commentary by Sir Richard Winstedt and P. E. De Josselin is found in: (1956) *Journal of the Malayan Branch of the Royal Asiatic Society*, Vol. 29, No. 3 (1956) pp. 22–59.

¹⁹⁹ § 12. ...

“[The master of] the vessel that caused the collision must indemnify two-thirds of the other vessel’s loss. (This applies if the collision occurs at night or during a storm. The total loss should be refunded if it occurred during the daytime.”

²⁰⁰ § 15 (look-out) “The sailors on watch have four duties: to watch the water in the holds; to observe the winds; to keep a lookout for enemies; to guard against fire...”

The laws of Melaka had a provision for the law of finds, where the master or crew would find something ashore,²⁰¹ and a separate provision for salvage at sea.²⁰²

Literature:

1. Ashburner, Walter, *The Rhodian Sea-Law*. Edited from the Manuscripts (Clarendon Press, Oxford, 1909).
2. Bissaldi, Bruno *Lurto di navi* (Saggi di diritto commerciale, Antonio Giuffrè, Milano, 1939).
3. Brunetti, Antonio, *Diritto marittimo privato italiano*, I-IV (Unione tipografico-editrice Torinese, Torino, 1929–1938).
4. Dauvillier, Jean, „*Le droit maritime phénicien*” (1959) *Rev. int. des droits des antiquités*.
5. Donovan, James, J., „*The Origins and Development of Limitation of Shipowners’ Liability*” (1979) 53 (4) *Tulane LR* 999.
6. Dreyer, Edward, L., *Zheng He: China and the Oceans in the Early Ming, 1405–1433* (New York: Pearson Longman, 2007).
7. Dutt, Manmatha Nath, *Manu Samhita: English Translation*, (*The Society for the Resuscitation of Indian Literature, Calcutta, 1909*).
8. Gilmore, Grant, and Black, Jr. Charles L., *The Law of Admiralty* (Foundation Press, Brooklyn, NY, 1957).
9. Holdsworth, William S., *A History of English Law* (3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1922–1945).
10. Holmes, Oliver Wendel, *The Common Law* (McMillan, London, 1882).
11. Lefebvre D’ Ovidio, Antonio, Gabriele Pescatore, and Tullio, Leopoldo, *Manuale di diritto della navigazione* (16th ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022).
12. Martínez Gutiérrez, Norman, *Limitation of Liability in International Maritime Conventions; The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes* (Routledge, Abingdon, 2011).
13. Pardessus, Jean-Marie, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle* (L’Imprimerie Royal, Paris, 1828–1845).
14. Roth, Marta, T. *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor* (2nd ed., Atlanta, Ga. Scholars Press, 1997).
15. Sanborn, Frederic, R. *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law* (Century Co., New York, 1930).

²⁰¹ Article 3:

“If someone goes ashore on the captain’s business and then makes a chance find of gold or silver, etc., the captain may claim the entire treasure trove, and award the finder what he thinks fit. If the finder was ashore on his own business, he keeps one-third of the treasure trove, and the captain gets two-thirds. If the finder is a slave or the captain’s debtor, the captain gets all. If the captain himself makes a find, he retains and shares it with the crew.”

²⁰² Article 5:

“Who even rescues shipwrecked mariners can claim ½ a tael head from the boatswain. (If the rescued men are saved—with their goods, the rescuer can claim an award of 10% of the goods’ value... A member of the crew who tries to conceal his salvaged goods, which later come to light, forfeits all these goods to the captain.”

16. Schoenbaum, Thomas, Admiralty and Maritime Law (5th ed., St. Paul, MN, West, 2012). Schofield, John, Laytime and Demurrage (8th ed., Informa Law from Routledge, Abington, 2022).
17. Thomas AJ McGinn (ed), *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2012).
18. Twiss, Travers, Sir, *The Black Book of Admiralty: With an Appendix* (Longman & Co., London, 1871).
19. Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, 1996).

Časlav Pejović, PhD

ISTORIJSKI RAZVOJ POMORSKOG PRAVA

Tekst se bavi istorijskim razvojem pomorskog prava od najranijih početaka u Persijskom zalivu, pa do perioda stvaranja nacionalnih zakonodavstava, zaključno sa Srednjim vijekom. U tom smislu, tekst nije sveobuhvatan, budući da su izostavljeni periodi nacionalne kodifikacije počevši od 17. vijeka i period unifikacije pomorskog prava koji je započeo u 19. vijeku. Ovi periodi su detaljno obrađeni u knjizi autora iz kojeg su preuzeti samo djelovi najranijeg razvoja pomorskog prava. Tekst je jedan od najsveobuhvatnijih pregleda istorije pomorskog prava objavljen dosad, a naslanja se na komparativni metod na koji se naslanja ovaj istorijski pregled, budući da su komparativni i istorijski metod tijesno povezani. Oba služe potpunijem razumijevanju prava, a ovo se posebno odnosi na materiju pomorskog prava. Bez istorijskog uvida bi bilo teško razumjeti neke opskurne djelove pomorskog prava, od kojih neki ne postoje u drugim granama prava.

Ključne riječi: istorija, pomorsko pravo, rimsko pravo, *lex mercatoria*

Evropski javni tužilac i Crna Gora — pravni osnovi saradnje**

Vrhovno državno tužilaštvo Crne Gore i Kancelarija Evropskog javnog tužioca (EPPO) zaključile su 2022. godine Radni dogovor, predviđen kao mogućnost članom 99 Uredbe o EPPO. Radni dogovori se mogu odnositi na razmjenu strateških informacija i upućivanje oficira za vezu na rad u EPPO, a u trećim zemljama se mogu odrediti i kontakt tačke za saradnju sa EPPO. S druge strane, za EPPO su obavezujući oni međunarodni sporazumi koje je Evropska unija zaključila sa „trećim zemljama”, kao što su, u slučaju Crne Gore, Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog kriminala i Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije. Tema ovog rada su pravni osnovi za ovu saradnju, što istovremeno predstavlja tematski nastavak članka objavljenog u *Studia Iuridica Montenegrina* (broj I godina 4, 2022) pod naslovom „Evropski javni tužilac i Crna Gora”.

Ključne riječi: Evropski javni tužilac, Crna Gora, pravosudni organ, pravni osnov, pravna pomoć

Uvod

Pravni osnovi za saradnju nadležnih organa Crne Gore i Kancelarije Evropskog javnog tužioca navedeni su u članu 1 stav 3 Radnog dogovora Vrhovnog državnog tužilaštva Crne Gore i Kancelarije Evropskog javnog tužioca, koji glasi: „Za prikupljanje dokaza odnosno ostvarivanje izručenja traženih lica, kao i za druge oblike pravosudne saradnje među njima, strane će primjenjivati relevantne multilateralne instrumente za pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima, uključujući, ali ne ograničavajući se na, Evropsku konvenciju o pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima i dodatne protokole uz nju, kao i Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv korupcije.”

Riječ je o upućujućoj odredbi Radnog dogovora, shodno njegovoj pravnoj prirodi administrativnog ugovora, koji ne propisuje, već olakšava saradnju u okviru njenih postojećih mehanizama.

* Docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica u Podgorici; email: nikola.saranovic@udg.edu.me

** Tekst je nastao u okviru projekta Podrška EU jačanju borbe protiv krijumčarenja migranata i trgovine ljudima na Zapadnom Balkanu — EU4FAST.

Iako nije riječ o međunarodnom ugovoru koji je po Zakonu o zaključenju i izvršenju međunarodnih ugovora podložan ratifikaciji¹, Radni dogovor je zaključen u duhu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske zajednice i njenih država članica s jedne i Crne Gore s druge strane, koji predviđa da će „ugovorne strane saradivati na pitanju suzbijanja i sprečavanja krivičnih i nelegalnih aktivnosti, organizovanih ili drugih...”².

1 EPPO i treće zemlje

Odnosi EPPO sa trećim zemljama regulisani su članom 104 Uredbe o EPPO. Ova uredba je obavezujuća samo za one države koje su pristupile pojačanoj pravosudnoj saradnji u okviru Evropske unije i nema dejstvo izvan EU.

U skladu sa ovom uredbom, EPPO može zaključivati radne dogovore sa organima trećih zemalja i međunarodnim organizacijama, posebno radi razmjene strateških informacija i slanja službenika za vezu. Može se dogovoriti uspostavljanje kontakt tačaka u trećim zemljama kako bi se olakšala saradnja. Međunarodni sporazumi koje EU potpiše ili im pristupi, a tiču se oblasti u nadležnosti EPPO-a, obavezuju i EPPO. Ako takvi sporazumi ne postoje, države članice EU mogu priznati EPPO kao nadležni organ za potrebe sprovođenja multilateralnih ili bilateralnih ugovora o pravnoj pomoći — uz saglasnost treće zemlje. Ako nema sporazuma niti priznanja, delegirani evropski tužilac može zatražiti pravnu pomoć od treće zemlje kroz nacionalne kanale, ali mora obavijestiti da je EPPO krajnji korisnik dokaza i, ako je potrebno, tražiti saglasnost treće strane. EPPO može pružiti informacije ili dokaze iz svog posjeda organima trećih zemalja ili međunarodnim organizacijama na zahtjev, uz prethodno

¹ Shodno članu 2 stav 2 Zakona o zaključenju i izvršavanju međunarodnog ugovora „ne smatraju se međunarodnim ugovorima, u smislu ovog zakona, protokoli, zapisnici ili drugi pisani akti koje radi izvršavanja međunarodnih ugovora zaključuju organi ovlašćeni tim ugovorima, kao i drugi međunarodni akti koje zaključuju organi državne uprave u okviru svoje nadležnosti, a kojima se ne preuzimaju nove obaveze za Crnu Goru (u daljem tekstu: administrativni međunarodni ugovori).”

² ...kao što su: (a) krijumčarenje i trgovina ljudima; (b) nelegalne privredne aktivnosti, a naročito falsifikovanje gotovinskih i negotovinskih sredstava plaćanja, nelegalne transakcije proizvodima, kao što je industrijski otpad, radioaktivni materijal i transakcije u koje su uključeni nelegalni, falsifikovani ili piratski proizvodi; (c) korupcija, kako u privatnom tako i u javnom sektoru, naročito povezana s netransparentnom administrativnom praksom; (d) fiskalna prevara; (e) krađa identiteta; (f) nelegalna trgovina drogom i psihotropnim supstancama; (g) nelegalna trgovina oružjem; (h) falsifikovanje dokumenata; (i) krijumčarenje i nelegalna trgovina robom, uključujući automobile; (j) sajber kriminal. Kada je riječ o falsifikovanju valute, Crna Gora će tijesno saradivati sa Zajednicom u borbi protiv krivotvorenja novčanica i kovanica, i suzbijati i kažnjavati svako krivotvorenje novčanica i kovanica koje se može pojaviti na njenoj teritoriji...; Član 86 „Sprečavanje i suzbijanje organizovanog kriminala i drugih nelegalnih aktivnosti” SSP-a.

odobrenje delegiranog tužioca i u skladu s nacionalnim pravom. Kada je potrebno izručenje, delegirani tužilac može zatražiti od nadležnog organa svoje države da formalno podnese zahtjev.³

2. Evropska konvencija o pravnoj pomoći u krivičnim stvarima

Drugi dodatni protokol (ETS 182) predviđa da države mogu putem jednostrane deklaracije priznati institucije kao što je EPPO kao „pravosudni organ”: „Svaka država će, u trenutku potpisivanja ili deponovanja svog instrumenta o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju, putem deklaracije upućene Generalnom sekretaru Savjeta Evrope, definisati koje će organe, za potrebe ove konvencije, smatrati pravosudnim organima.”⁴

Sljedeće države članice EU podnijele su deklaraciju o prihvatanju EPPO kao pravosudnog organa: Austrija, Belgija, Kipar, Češka, Estonija, Finska, Francuska, Holandija, Njemačka, Italija, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Malta, Poljska, Portugal, Rumunija, Slovačka, Slovenija, Španija.⁵

Ovo prihvatanje problematizovala je Švajcarska, koja je u svojoj deklaraciji navela da „Savezno vijeće smatra da Konvencija, kako je izmijenjena Drugim dodatnim protokolom, dozvoljava državama potpisnicama da imenuju samo svoje nacionalne pravosudne organe kao pravosudne organe u smislu Konvencije i njenih protokola. Kancelarija Evropskog javnog tužioca nije pravosudni organ nijedne države potpisnice, već je organ Evropske unije sa sopstvenom pravnom ličnošću i tužilačkim ovlaštenjima. Stoga, Švajcarska smatra da deklaracije gore navedenih država, kao i sve eventualno identične ili slične deklaracije koje budu formulisale druge države koje učestvuju u EPPO, nisu u skladu sa Konvencijom i ne proizvode pravno dejstvo prema Švajcarskoj. Zbog toga saradnja između švajcarskih vlasti i EPPO ne može se ostvariti na osnovu Konvencije i njenih protokola. Zahtjevi EPPO-a prema švajcarskim vlastima biće razmatrani isključivo u skladu sa domaćim zakonodavstvom Švajcarske. Zaključno, Švajcarska pozdravlja i podržava napore Savjeta Evrope usmjerene na izradu obavezujućeg instrumenta koji bi obezbijedio međunarodnopravni osnov za krivičnopravnu saradnju sa EPPO.”⁶

³ Uredba Savjeta (EU) 2017/1939 od 12. oktobra 2017. godine uspostavlja Kancelarija evropskog javnog tužioca (EPPO) putem pojačane saradnje među državama članicama Evropske unije. Službeni list EU L 283/1, 30. 10. 2017.

⁴ Član 6 Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima.

⁵ Fulllist—TreatyOffice.

⁶ Declaration contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Switzerland, dated 27 January 2022, registered at the Secretariat General on 1 February 2022 — Or. Fr.

Navedeni stav Švajcarske utemeljen je u Eksplanatornom izvještaju uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, u kom se navodi da pojam „pravosudni organi” ima različito značenje u različitim državama, odnosno da se „u nekim državama ‘javna tužilaštva’ podrazumijevaju pod tim pojmom, dok se u drugim ne podrazumijevaju”, zbog čega je „dogovoreno da svaka država može, u trenutku potpisivanja ili deponovanja instrumenata o ratifikaciji, definisati kako će tumačiti izraz ‘pravosudni organi’ za potrebe Konvencije, kako bi se omogućilo, ako se to smatra poželjnim, uključivanje javnih tužilaca.”⁷ Drugi dodatni protokol uz ovu konvenciju, kako se navodi u njegovom Eksplanatornom izvještaju, preformulisao je navedeni član, u smislu nametanja obaveze države „da uvijek navedu koje organe smatraju pravosudnim organima za potrebe primjene Konvencije; takvo navođenje u praksi olakšava primjenu Konvencije”. Dodatnim protokolom se ovlašćuju ugovorne strane „da izmijene svoju početnu deklaraciju svaki put kada se promijeni zakon ili okolnosti”⁸.

Švajcarska osnovano tumači član 24 Konvencije odnosno 6 Drugog dodatnog protokola kao unutrašnje pitanje strana Konvencije, u smislu značenja pojma „pravosudni organ”, koji je ograničen državom kao stranom ugovornicom, bez mogućnosti njegovog protezanja na tijela međunarodnih, pa ni nadnacionalnih organizacija, kakva je Evropska unija, koja nije strana Konvencije.

Za Crnu Goru je relevantno da je Državna zajednica Srbija i Crna Gora izjavila prilikom predaje instrumenta o ratifikaciji „da će kao sudske organe, u smislu Konvencije, smatrati redovne sudove i javna, odnosno državna tužilaštva.”⁹

Eventualna izmjena ove interpretativne izjave u pravcu prepoznavanja EPPO-a kao pravosudnog tijela, zahtijevala bi donošenje zakona o izmjenama i dopunama Zakona o ratifikaciji Drugog dodatnog protokola. To bi otvorilo pitanje crnogorskog tumačenja ovog multilateralnog ugovora. S druge strane, za saradnju sa EPPO Crna Gora ima na raspolaganju i instrumente Ujedinjenih nacija.

3. Konvencija UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu — UNTOC

Za razliku od Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, Evropska unija je strana ugovornica

⁷ Explanatory Report to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Strasbourg, 20. 4. 1959, Article 24, p. 12.

⁸ Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Strasbourg, 8. 11. 2001, Article 6, p. 6.

⁹ Član 3 Zakona o ratifikaciji Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, „Službeni list SCG — Međunarodni ugovori”, br. 2/2006 od 12. 5. 2006. godine.

Konvencije UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu, kao regionalna ekonomska organizacija.¹⁰

Informacijom o izmjenama nadležnosti Evropske unije u vezi sa Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i pratećim protokolima nakon Lisabonskog ugovora, EU je obavijestila da je „stekla nadležnost za osnivanje Kancelarije evropskog javnog tužioca (EPPO) (član 86 UFEU). EPPO je osnovan Uredbom (EU) 2017/1939 i nadležan je za sprovođenje istraga, krivično gonjenje i izvođenje pred sud počinitelaca i saučesnika krivičnih djela koja ugrožavaju finansijske interese Unije, posebno za pranje novca, koje uključuje imovinu stečenu takvim djelima, prevare koje utiču na finansijske interese Unije, korupciju koja nanosi ili može nanijeti štetu tim interesima, kao i zloupotrebu sredstava koja oštećuje te interese. EPPO je takođe nadležan za krivična djela u vezi sa učešćem u organizovanom kriminalnom udruženju, kako je definisano Okvirnom odlukom 2008/841/PUP, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, ukoliko je svrha djelovanja te kriminalne organizacije izvršenje bilo kog od gore navedenih krivičnih djela koja štete finansijskim interesima Unije.¹¹

4. Konvencija UN protiv korupcije — UNCAC

Istog dana, Evropska unija je o ovim izmjenama obavijestila generalnog sekretara UN o ovim izmjenama i u odnosu na Konvenciju UN protiv korupcije — UNCAC, čija je takođe strana ugovornica u svojstvu regionalne ekonomske organizacije.

U Informaciji o izmjenama nadležnosti Evropske unije u vezi sa Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i pripadajućim protokolima nakon Lisabonskog ugovora navedeno je „da je Unija takođe stekla nadležnost za osnivanje Kancelarije evropskog javnog tužioca (EPPO) (član 86 UFEU). EPPO je uspostavljen Uredbom (EU) 2017/1939 i nadležan je za sprovođenje istraga, krivično gonjenje i izvođenje pred sud počinitelaca i saučesnika krivičnih djela koja utiču na finansijske interese Unije. U skladu s tom uredbom, to uključuje: pranje novca koje se odnosi na imovinu stečenu izvršenjem takvih djela, korupciju koja šteti ili može da šteti finansijskim interesima Unije, i zloupotrebu sredstava koja nanosi takvu štetu. U navedenim oblastima, u mjeri u kojoj je Unija već donijela odgovarajuće mjere, isključivo je nadležna da zaključuje međunarodne sporazume sa drugim državama ili nadležnim

¹⁰ Član 36 stav 2 UNTOC: „Ova konvencija biće otvorena za potpis i regionalnim organizacijama za ekonomsku integraciju...”

¹¹ Information on the modifications to the competences of the European Union with regard to the United Nations Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols thereto following the Lisbon Treaty, 5 October 2022.

međunarodnim organizacijama, ukoliko bi ti sporazumi mogli da utiču na te mjere ili izmijene njihov obim.¹²

5. Zajednički istražni timovi

Sva tri navedena multilateralna ugovora predviđaju zajedničke istražne timove.

Prema Drugom dodatnom protokolu uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, „u mjeri u kojoj to dozvoljavaju zakoni relevantnih strana ili odredbe bilo kog pravnog instrumenta koji je primjenjiv među njima, može se dogovoriti da i osobe koje nisu predstavnici nadležnih organa strana koje uspostavljaju zajednički istražni tim učestvuju u aktivnostima tog tima. Prava koja se ovim članom dodjeljuju članovima ili upućenim članovima tima ne primjenjuju se na te osobe, osim ako je u sporazumu izričito drugačije navedeno.”¹³

UNTOC i UNCAC sadrže identičnu odredbu: „Države ugovornice treba da razmotre zaključivanje bilateralnih ili multilateralnih sporazuma ili dogovora, kojima bi se omogućilo da, u vezi sa predmetima koji su predmet istraga, krivičnog gonjenja ili sudskih postupaka u jednoj ili više država, nadležni organi mogu uspostaviti zajednička istražna tijela. U nedostatku takvih sporazuma ili dogovora, zajedničke istrage se mogu sprovoditi na osnovu dogovora od slučaja do slučaja. Države ugovornice uključene u istragu treba da osiguraju da se suverenitet države na čijoj teritoriji se istraga sprovodi u potpunosti poštuje”¹⁴

6. Alternativni pravni osnovi

Uredbom o EPPO-u predviđeno je da u slučaju kada „nije moguće da države članice obavijeste da je EPPO nadležni organ za primjenu multilateralnih sporazuma koje su već zaključile sa trećim zemljama, ili kada treće zemlje to ne prihvataju, te do pristupanja Unije takvim sporazumima, delegirani evropski tužioci mogu koristiti svoj status nacionalnih tužilaca u odnosima sa tim trećim zemljama, pod uslovom da obavijeste nadležne organe treće zemlje da će dokazi pribavljeni na osnovu tih sporazuma biti korišćeni u istragama i krivičnom gonjenju koje vodi EPPO, te da, po potrebi, nastoje da dobiju saglasnost tih organa.”¹⁵

¹² Information on the modifications to the competences of the European Union following the Lisbon Treaty concerning matters governed by United Nations Convention against Corruption (UNCAC), 5 October 2022.

¹³ Član 20 Drugog dodatnog protokola.

¹⁴ Član 19 UNTOC, član 49 UNCAC.

¹⁵ Preambula Uredbe o EPPO, 109.

Takođe, upućuje se na mogućnost primjene principa reciprociteta ili međunarodne kurtoazije u odnosima sa organima trećih zemalja, što bi „trebalo da se primjenjuje od slučaja do slučaja, u granicama materijalne nadležnosti EPPO-a i uz poštovanje eventualnih uslova koje postave organi trećih zemalja”¹⁶.

Zaključak: Tri scenarija i opšta preporuka

1. Scenario proširene saradnje kroz postojeće mehanizme:

Crna Gora može koristiti već uspostavljene multilateralne okvire (UNTOC, UNCAC i ETS 182) za konkretne slučajeve pravne pomoći sa EPPO, bez potrebe za izmjenama deklaracija. Ovaj scenario omogućava saradnju u predmetima od zajedničkog interesa, a da se izbjegnu institucionalno osjetljive odluke. Praksa razmjene informacija, slanja kontakt osoba i izvođenja zajedničkih operacija je u potpunosti pravno održiva.

2. Scenario formalne integracije EPPO kao pravosudnog organa:

Ukoliko se u budućnosti procijeni potreba za dubljom integracijom i formalizacijom odnosa, Crna Gora može razmotriti izmjenu postojeće deklaracije uz ETS 182, kojom bi se EPPO prepoznao kao pravosudni organ. Ovaj scenario bi zahtijevao zakonodavni postupak (izmjenu zakona o ratifikaciji protokola), ali bi otvorio širi prostor za automatsku pravnu pomoć. Ipak, takav pristup nosi određene pravne i diplomatske izazove i ne bi trebalo da bude iniciran bez jasnog političkog konsenzusa. Takođe, Crnoj Gori je uvijek na raspolaganju mehanizam izmjene i dopune Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, kojima bi se EPPO prepoznao kao strani pravosudni organ.

3. Scenario bilateralnog sporazuma sa EU/EPPO:

Ukoliko se ukaže potreba, Crna Gora može inicirati zaključivanje posebnog bilateralnog sporazuma sa Evropskom unijom o saradnji sa EPPO. Ovaj scenario zahtijeva političku volju i pregovarački kapacitet, ali pruža najjasnije garancije pravne sigurnosti.

U trenutnim okolnostima, preporučljivo je da Crna Gora zadrži fleksibilan i funkcionalan pristup zasnovan na UN konvencijama, bilateralnoj saradnji i ad hoc operativnim mehanizmima. Time se izbjegava institucionalni spor, poštuje međunarodna pravna arhitektura i omogućava konkretna saradnja u predmetima značajnim za finansijske interese EU i vladavinu prava u Crnoj Gori.

¹⁶ *Ibid.*

Literatura

Pravni akti i dokumenta

1. Explanatory Report to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Strasbourg, 20. 4. 1959, Article 24.
2. Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Strasbourg, 8. 11. 2001, Article 6.
3. United Nations Convention against Corruption (UNCAC), 5 October 2022.
4. United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000.
5. Uredba Savjeta od 2017/1939 od 12. oktobra 2017. Godine o implementaciji pojačane saradnje na osnivanju Kancelarije Evropskog javnog tužioca, OJ L 283, 31. 10. 2017.
6. Ustav Crne Gore.
7. Zakon o ratifikaciji Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, „Službeni list SCG — Međunarodni ugovori”, br. 2/2006 od 12. 5. 2006. godine.
8. Zakon o potvrđivanju Sporazuma o saradnji između Crne Gore i EUROJUST-a, „Službeni list CG — Međunarodni ugovori”, broj 1/9 od 16. 1. 2017.

Nikola B. Šaranović, PhD

EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR AND MONTENEGRO — LEGAL BASIS FOR COOPERATION

The Supreme State Prosecutor's Office of Montenegro and the Office of the European Public Prosecutor (EPPO) concluded a Working Arrangement in 2022, envisaged as an option under Article 99 of the EPPO Regulation. Working Arrangements can relate to the exchange of strategic information and the secondment of liaison officers to work at the EPPO, while in third countries, points of contact for cooperation with the EPPO can also be designated. On the other hand, for the EPPO, the binding agreements are those international treaties concluded by the European Union with „third countries”, such as, in the case of Montenegro, the United Nations Convention against transnational organized crime and the United Nations Convention against corruption. The subject of this paper is the legal basis for this cooperation, which simultaneously represents a thematic continuation of the article published in *Studia Iuridica Montenegrina* (Issue I, Volume 4, 2022) entitled „The European Public Prosecutor and Montenegro”.

Key words: European public prosecutor, Montenegro, judicial body, legal basis, legal aid

Izazovi u rješavanju izbornih sporova u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Predmet rada je analiza prakse Evropskog suda za ljudska prava u oblasti zaštite prava na slobodne izbore. Ovo pravo se garantuje u okviru člana 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih pravih i osnovnih sloboda. Uzimajući u obzir da države članice Savjeta Evrope imaju različite izborne sisteme, izborne organe, izborna pravila, utvrđivanje zajedničkih standarda za održavanje slobodnih izbora je zahtjevan poduhvat. Stoga je utvrđivanje okvira za djelotvornu političku demokratiju neprekidan proces, sa stalnim prilagođavanjem u borbi protiv novih načina ugrožavanja slobodne volje građana.

Cilj ovog rada je prikaz prakse Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti prava na slobodne izbore kroz analizu područja primjene člana 3 Protokola broj 1, kao i obradu važnih elemenata izbornog procesa (izborni sistem, izborna administracija, izborni prag i dr.) u postupcima pred Sudom. Namjera autora je i da prikaže koliki je obim korišćenja polja slobodne procjene u primjeni ovog prava, te kako to utiče na ostvarivanje prava građana i političkih partija. Na kraju, izvedene su zaključne ocjene sa ciljem da se ukaže na osnovne pravce djelovanja Suda u oblasti zaštite izbornih prava, kao i ideje za unapređenje prakse u budućnosti. Autor je u ovom radu koristio normativni i komparativni metod.

Ključne riječi: slobodni izbori, parlament, Sud, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, sudska praksa

Uvod

Primjena člana 3 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Konvencija) koji utvrđuje pravo na slobodne izbore otvara niz pitanja koja se odnose na korišćenje predmetnog prava, jednog od rijetkih političkih prava koje sadrži. Činjenica da je ono utvrđeno u tekstu Protokola a ne u osnovnom tekstu Konvencije, jeste potvrda njegove složenosti i problema u usaglašavanju o njegovim dimenzijama i oblicima zaštite.

Takođe, ono je i jedno od rijetkih konvencijskih prava koja su pozitivne prirode, odnosno njegovo ostvarivanje primarno zahtijeva aktivnosti države. Ovo pravo povezano je sa slobodom izražavanja, sadržano u članu 10 Konvencije, budući da bez slobodnog iskazivanja političkih stavova nema ni legitimnosti izbornog procesa.

* Autor je koordinator Programa za ljudska prava u Centru za građansko obrazovanje; *e-mail:* ivan.vukcevic@yahoo.com

U analizi ovog prava i praksi njegove primjene, treba imati u vidu da se izborni sistemi u državama članicama Savjeta Evrope znatno razlikuju i imaju specifičnosti koje zavise od nivoa političke kulture, političkog i demokratskog razvoja, kao i od istorijskog konteksta. Stoga se, uz navođenje ovih specifičnosti, u pravnoj literaturi iznosi stav da „ono što je u jednom sistemu neprihvatljivo u drugom može biti opravdano, uz uslov da obezbjeđuje primjenu konvencijskih standarda slobodnog izražavanja volje”.¹

Imajući sve navedeno u vidu, i praksa primjene člana 3 Protokola 1 potvrdila je svu osjetljivost primjene ovog konvencijskog prava. Radi njene preglednije prezentacije, rad je podijeljen na sedam sljedećih odrednica: Pojam izbora i područje primjene člana 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Izborni sistem; Izborna administracija; Birački spisak; Izborna kampanja; Ograničenja biračkog prava i Izborni sporovi. Završni dio rada čine zaključne ocjene u kojima su sublimirani nalazi iz sedam navedenih odrednica i naznačeni pravci buduće jurisprudencije po ovom pitanju.

1. Pojam izbora i područje primjene člana 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Izbori su, u širem smislu, različiti institucionalni postupci i sredstva za uspostavljanje predstavničkih političkih tijela. U užem smislu, oni su proces oblikovanja političke volje koja se temelji na mogućnosti birača da se odluče za jednu od ponuđenih opcija, kao i na slobodi njihovog izbora koja nije ograničena pravnim ili samovoljnim propisima i djelovanjem.²

Slobodni i kompetitivni izbori čine temelj svakog demokratskog društva. Obezbjedivanje uslova za takve izbore je od suštinskog značaja za države koje nastoje da razvijaju demokratske vrijednosti.

U članu 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju navodi se: Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primjerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore s tajnim glasanjem, pod uslovima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tijela.³

Izraz „visoke strane ugovornice” podstiče pitanje da li se ovom odredbom stvaraju obaveze samo između država, ili se zasnivaju i subjektivna prava. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu Sud)

¹ Mladen Vukčević, Danilo Čupić, *Uvod u ljudska prava (drugo osavremenjeno izdanje)*, Podgorica, 2024, str. 275.

² Mirjana Kasapović, *Izborni leksikon*, Politička kultura, Zagreb, 2003, str. 129.

³ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf)

u odluci u predmetu *Mathew Moinn and Klerfait v. Belgium*⁴ zauzeo je stanovište da pomenuti izraz ne odražava suštinsku razliku u odnosu na druge odredbe Konvencije i Protokola. Dodatno, on utvrđuje da se na ovaj način pridaje još veća pažnja preuzetim obavezama države da donese pozitivne mjere za održavanje demokratskih izbora,⁵ nasuprot obavezama uzdržavanja ili nemiješanja, kao što je slučaj sa većinom građanskih i političkih prava.

Formulacija „uslovi koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tijela” ukazuje na nužnost jednakog postupanja prema svim građanima u ostvarenju njihovih prava da biraju i budu birani. Ipak, ovo ne ukazuje na činjenicu da svi glasovi moraju nužno imati jednaku težinu ili da svi kandidati imaju jednake šanse da pobijede. Jer, nijedan izborni sistem ne može eliminisati „propale glasove”.⁶

Praksa Suda pokazala je da se primjena člana 3 Protokola broj 1 odnosi samo na parlamentarne izbore. Naime, u različitim predmetima su odluke pokazale da se ovaj član nije primjenjivao na lokalne i regionalne izbore, kao ni na referendum. Neprihvatljivom predstavkom, u smislu člana 3 Protokola broj 1, smatra se i ona koja je podignuta zbog zaštite prava u procesu izbora šefa države.

Pitanje koje se nametnulo u predmetu *Liberal Party, R. and P. v. United Kingdom*⁷ jeste da li se politička stranka može smatrati žrtvom u smislu odredbe iz Protokola broj 1. To pitanje Evropska komisija je ostavila otvorenim punih 27 godina, kada je u novom predmetu *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*⁸ dala na njega pozitivan odgovor.⁹

2. Izborni sistem

Izborni sistem je institucionalni model unutar kojeg birači izražavaju svoje političke preferencije u obliku glasova i unutar kojeg se glasovi birača pretvaraju u mandate.¹⁰

Najvažnija podjela u okviru izbornih sistema je podjela na proporcionalne i većinske. Za proporcionalne sisteme karakteristično je da se zasnivaju na načelu srazmjernog političkog predstavljanja svih djelova biračkog tijela, dok se većinski modeli zasnivaju na stabilnoj parlamentarnoj većini i jednostranačkoj vladi. U uporednim ustavnim

⁴ *Mathew Moinn and Klerfait v. Belgium*, ECHR, 9267/81, 1981.

⁵ Violeta Beširević et al., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik Beograd, 2017, str. 671.

⁶ *Party „Jaunie Demokrāti” and Partija „Mūsu Zeme” v. Latvia*, ECHR, 10547/07, 2007.

⁷ *Liberal Party, R. and P. v. United Kingdom*, ECHR, 8765/79, 1980.

⁸ *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, ECHR, 55066/00, 2007.

⁹ Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2014, str. 1061.

¹⁰ Mirjana Kasapović (2003), str. 160.

sistemima je mnogo više zastupljen proporcionalni izborni sistem.¹¹ Neki autori (A. Lijphart) smatraju da postoji i treća vrsta — poluproporcionalni izborni sistemi. Dodatno, važno je pomenuti i podjelu izbornih lista na otvorene i zatvorene, u zavisnosti od toga da li postoji mogućnost preferencijalnog glasanja. Praksa Suda pokazuje da on ostavlja široko polje slobodne procjene u ovoj oblasti.

Od značaja za djelovanje Suda je bio pomenuti predmet *Liberal Party, R. and P. v. United Kingdom* u kojem tadašnja Komisija u svojoj odluci navodi da „razumije da se podnosioci predstavke osjećaju diskriminisanim jer većinski sistem ne osigurava da glasovi Liberalne partije imaju pravilan odraz u sastavu Donjeg doma”. Ipak, Komisija dalje ističe da je većinski sistem jedan od dva osnovna izborna sistema i da se primjenjuje u velikom broju demokratskih zemalja. Takođe, navodi se da ovaj sistem omogućava „slobodno izražavanje mišljenja naroda” čak i ako djeluje na štetu malih stranaka. Sličan stav povodom ovog pitanja je u jednom od predmeta zauzeo i Ustavni sud Savezne Republike Njemačke,¹² navodeći da su oba sistema (i proporcionalni i srazmjerni) u skladu sa zahtjevima jednakosti glasanja. U odluci po predmetu *Py v. France*¹³ navodi se da „obilježja koja bi bila neprihvatljiva jednom sistemu mogu biti opravdana u kontekstu drugog, barem toliko dugo dok odabrani sistem predviđa uslove koji će osigurati slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnog tijela”. Najzad, pri sličnom opredjeljenju je bio i Ustavni sud Republike Crne Gore kada je u jednom od predmeta donio odluku da „raspodjela odborničkih mandata ne predstavlja povredu biračkog prava u toku izbora, već se radi o primjeni zakona nadležne izborne komisije”.¹⁴

Razumna visina izbornog praga je bila pitanje kojim se Sud bavio u predmetu *Yumak and Sadak v. Turkey*.¹⁵ Naime, podnosioci predstavke su se žalili zato što je njihova partija u svojoj izornoj jedinici osvojila 45,95% glasova, ali je bila lišena zastupljenosti u parlamentu zato što je na nacionalnom nivou osvojila 6,22%, a izborni prag je 10% glasova na nacionalnom nivou. Sud je najprije utvrdio da ovako visok izborni prag nije u skladu sa „zajedničkom političkom tradicijom evropskih zemalja”, primijetivši da Turska ima najviši izborni prag u Evropi (iza nje su Lihtenštajn — 8%, Ruska Federacija — 7% i Gruzija — 7%). Dalje se navodi da se cilj postavljanja visokog ili niskog praga ne može smatrati nerazumnim, zato što su oni usklađeni sa izbornim sistemom određene države. Tako, visok izborni prag teži uspostavljanju stabilne većine, ali, s druge strane, mnoge građane može lišiti zastupljenosti u parlamentu, posebno one koji pripadaju manjinskim zajednicama.

¹¹ Vladimir Mikić, *Pojmovnik evropske ustavnosti*, Beograd, 2022, str. 280.

¹² Više o tome: Jasna Omejec (2014), str. 1071.

¹³ *Py v. France*, ECHR, 6289/99, 2001.

¹⁴ Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore, 91/02

¹⁵ *Yumak and Sadak v. Turkey*, ECHR, 10226/03, 2007.

Vlada Turske je zauzela stav da pravo podnosioca predstavke nije ugroženo zato što su izborom druge strategije (nezavisni kandidati, koalicije sa većim partijama) oni mogli biti izabrani. U zaključku, Sud je naveo da je izborni prag od 10% „očigledno previsok” i na taj način imao isto mišljenje o ovome kao i Savjet Evrope. Jer, ukoliko se političke stranke primoravaju da koriste „poželjne” strategije, to dovodi do izbornog inženjeringa i smanjenja vidljivosti političkih subjekata. Ipak, predstava podnosioca je odbijena zbog neosnovanosti, uz obrazloženje da izborni prag nije doveo do lišavanja izbornih prava, uzimajući u obzir korektiv i druga jemstva koja ograničavaju njegove učinke u praksi.

Navedeni slučajevi koji se bave pitanjima izbornog sistema pokazuju da Evropski sud za ljudska prava uglavnom ostavlja polje slobodne procjene u ovim slučajevima, ističući da različiti izborni sistemi mogu obezbijediti slobodno izražavanje volje građana. Uostalom, izborni sistemi su odraz različitih društvenih i političkih okolnosti u pojedinim državama.

3. *Izborna administracija*

Značaj izborne administracije za sprovođenje demokratskih izbora je izuzetno važan, ona je zajedno sa ostalim činiocima garant da će volja građana objektivno biti pretočena u mandate. Izborna administracija objedinjava organe i postupke koji obezbjeđuju sprovođenje izbora i zaštitu biračkog prava. Svi organi kojima su povjereni poslovi odlučivanja o tome ko može da učestvuje u izbornom procesu, zatim, prijem i potvrda nominacija za učesće u izbornom procesu, organizovanje glasanja, brojanje glasova, objavljivanje rezultata glasanja mogu se računati u organe izborne administracije, pod uslovom da su utvrđeni u pravnim dokumentima države. Ove radnje se najčešće povjeravaju različitim organima (birački odbori, izborne komisije) koji čine jedinstvo izborne administracije, a ponekad postoji i samo jedan organ koji obavlja sve radnje vezane za izborne procese. Postoji i mogućnost kreiranja različitih organa izborne administracije za različite izborne procese, na primjer za sprovođenje parlamentarnih izbora ili organa za sprovođenje predsjedničkih izbora, referendumu itd.

Polazeći od toga, postoje različiti kriterijumi na osnovu kojih je moguće klasifikovati izbornu administraciju. Klasifikacija koja je danas najšire prihvaćena, dijeli organe izborne administracije na tri osnovna modela: (1) nezavisni, (2) izvršni (birokratski) i (3) mješoviti model.¹⁶

Osnovna karakteristika nezavisnog modela je vođenje izbornih procesa od strane organa koji su institucionalno nezavisni i autonomni od izvršne vlasti. Dakle, izvršna vlast formalno nema uticaj na

¹⁶ Rafael Lopez-Pintor, *Electoral Management bodies as Institutions of Governance*, Bureau for Development Policy, United Nations Development Programme, 2000.

funkcionisanje i na rad ovih organa, niti su organi izborne administracije odgovorni organima izvršne vlasti. Oni su odgovorni zakonodavnoj ili sudskoj vlasti, a u nekim državama predsjedniku države. Države u kojima radnje izbornog procesa sprovode organi koje osnivaju institucije izvršne vlasti pripadaju izvršnom modelu. Ovaj model karakterističan je za države sa dugom demokratskom tradicijom, u kojima državne institucije uživaju povjerenje građana. Organi koji sprovode izbore u državama koje pripadaju izvršnom modelu su uglavnom ministarstva ili organi lokalnih vlasti, a odgovorni su izvršnim organima koji su ih osnovali. Mješoviti model ima obilježja oba prethodna modela. Iz ove kombinacije proizilazi i dualna struktura organa izborne administracije mješovitog modela. To znači da se izborna administracija sastoji iz dvije komponente, odnosno dva organa izborne administracije koja se razlikuju po strukturi, funkcionisanju i organizaciji. Prvi organ (nezavisna komponenta) je po strukturi i nadležnosti sličan centralnom organu izborne administracije nezavisnog modela. On je autonoman u svom radu i ima ulogu supervizora u sprovođenju svih izbornih radnji. Drugi organ (institucionalna komponenta) je po strukturi i nadležnostima sličan organu izvršnog modela. On svoje aktivnosti sprovodi pod okriljem institucije organa izvršne vlasti i ima sve karakteristike organa izvršnog modela, a zadužen je za neposredno sprovođenje radnji izbornog procesa.

Sud se izbornom administracijom bavio u predmetu *Georgian Labour Party v. Georgia*.¹⁷ Stav Suda je da izborna komisija treba da osigura djelotvorno administriranje poštenih i slobodnih izbora na nepristrasan način, što bi bilo nemoguće ako bi komisija postala forum za borbu među političkim kandidatima. Posebno je važno da izborna administracija učini svoj rad transparentnim. Sud je došao do zaključka da ne postoji jedinstveni tip izborne administracije koji se koristi u Evropi. Izbor tipa izborne administracije zavisi od istorijskih i političkih činilaca svake konkretne države i zbog toga državama ugovornicama treba da bude dodijeljeno polje slobodne procjene u oblasti organizovanja njihove izborne administracije, sve dok izabrani sistem predviđa uslove koji osiguravaju „slobodno izražavanje mišljenja naroda u izboru njihovog zakonodavnog tijela”. Ipak, iako države imaju polje slobodne procjene u ovoj oblasti, Sud je dužan da ustanovi da li su postojali specifični akti izbornih komisija kojima je, suprotno članu 3 Protokola 1, ograničeno pravo na kandidovanje.

U pogledu izborne administracije, Sud insistira i na efikasnim zaštitnim mjerama od arbitarnosti kroz uspostavljanje odgovarajućih procedura od nadležnih organa. Tako se povredom prava iz člana 3 Protokola broj 1 smatra ako se kandidatura određene partije proglasi nevažećom tri dana prije izbora zbog navodnog neprijavlivanja upotrebe sredstava iz inostranih fondova (*Party Patria and Others v. the Republic of Moldova*).¹⁸

¹⁷ *Georgian Labour Party v. Georgia*, ECHR, 9103/04, 2008.

¹⁸ *Party Patria and Others v. the Republic of Moldova*, ECHR, 5113/15, 2020.

4. Birački spisak

Birački spisak je pravni dokument koji je ujedno „sredstvo registracije i evidencije birača”. Ovo nije „neka nova, dodatna kvalifikacija birača”, nego forma potvrđivanja onih koji koriste to svoje pravo da su stvarno kvalifikovani da ga koriste, a da se onima koji to pravo nemaju onemogućiti da ga koriste.¹⁹

Ovakvo određenje potvrđuje i sudska praksa²⁰ po kojoj je „birački spisak javna isprava za koju postoji pretpostavka potpune istinitosti sve dok se suprotno ne dokaže, a to se jedino može dokazati u postupku pred nadležnim organima za vođenje biračkih spiskova”.

Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Georgian Labour Party v. Georgia*²¹ odlučio o predstavi u vezi sa formiranjem biračkog spiska. Naime, podnosilac predstavke insistirao je na tome da je mjesec dana pred izbore došlo do promjene registracije birača, kao i da je po novom rješenju odgovornost za ažurnost biračkog spiska djelimično pomjerena sa vlasti na birače. Sud je u ovom predmetu pri stavu da temeljna izborna pravila ne treba da budu mijenjana često, a pogotovo ne pred izbore. S druge strane, ističe se da postoji diverzitet sistema vođenja biračkog spiska i da sistem u Gruziji ne može sam po sebi dovesti do povrede prava na kandidovanje. Ističe se i to da u Portugalu i Ujedinjenom Kraljevstvu upis u birački spisak u velikoj mjeri zavisi od izjave birača, pa se ne može reći da je određeni način vođenja i održavanja biračkog spiska bolji, pod uslovom da je izražavanje volje naroda putem slobodnih, poštenih i redovnih izbora zajemčeno. Takođe, citiraju se i navodi posmatračke misije OEBS-a u kojima se ističe da je došlo do „poboljšanja situacije sa biračkim spisakom”. Na kraju, utvrđeno je da, uzevši u obzir okolnosti konkretne situacije, nije došlo do povrede prava podnosioca predstavke.

5. Izborna kampanja

Izborna kampanja je planirana i organizovana politička djelatnost kojom izborni akteri nastoje dobiti što veću podršku birača za vlastite političke opcije i tako osvojiti vlast ili steći što veći udio u vlasti. Izborna kampanja ima tri cilja: mobilizovati birače, predstaviti kandidate, te prikupiti novac i regrutovati aktiviste. Strategija izborne kampanje ima pet elemenata: 1) teme kampanje, 2) primaoci poruka (birače), 3) sredstva kampanje, 4) vrijeme kampanje i 5) ljudski i finansijski resursi.²² Nosioci i glavni organizatori izbornih kampanja

¹⁹ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2008, str. 226.

²⁰ Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore br. 83/97.

²¹ *Georgian Labour Party v. Georgia*, ECHR, 9103/04, 2008.

²² Mirjana Kasapović, (2003), str. 39.

su političke partije koje učestvuju, mada ne same, u njihovom pokretanju, toku i finansiranju.²³

Izborna kampanja se u praksi Evropskog suda za ljudska prava (*Bowman v. United Kingdom*)²⁴ posmatra kao tema koja spada i u domen slobode izražavanja (član 10 Konvencije), i u pravo na slobodne izbore (član 3 Protokola 1). Ova dva prava su, kako je rečeno, povezana i poštovanjem jednog podstiče se poštovanje drugog.²⁵

Sud je u predmetu *Abdalov and Others v. Azerbaijan*²⁶ odlučivao o predstavi koja se odnosila na izbore iz 2010. godine i u kojoj podnosilac tvrdi da je zbog nedostatka mehanizama protiv arbitrarnosti proces registracije njegove kandidature bio obilježen kašnjenjem izbornih organa i da je time ugroženo njegovo pravo zato što je imao malo vremena za kampanju. Sud je donio odluku da je došlo do povrede prava na slobodne izbore zato što je u konkretnom slučaju kandidatu onemogućena efektivna izborna kampanja.

Određivanje kućnog pritvora zbog istrage povodom političke korupcije u toku izborne kampanje ne smatra se povredom prava na slobodne izbore (*Uspaskich v. Lithuania*).²⁷ Sud je u konkretnom predmetu utvrdio da do povrede prava nije došlo, jer je podnosilac predstavke poznata ličnost i njegove partijske kolege su vodile kampanju. Osim toga, kampanja se može voditi i iz kuće, pa kućni pritvor nije mogao biti prepreka za vođenje kampanje, niti uticati na izborni rezultat.

Poseban izazov za Sud u oblasti izborne kampanje u narednim godinama biće korišćenje društvenih mreža u svrhe izborne kampanje i pronalažanje balansa između slobode izražavanja i „prava na informisani izbor”. Opasnost se ogleda u brzom širenju lažnih vijesti (*fake news*) i potencijalnom uticaju na zloupotrebu državnih resursa kroz korišćenje naloga državnih organa.

Direktorat za ljudsko dostojanstvo, jednakost i vladavinu Savjeta Evrope, u analizi povodom efekata koronavirusa ističe da je rapidno širenje virusa u mnogim zemljama dovelo do otkazivanja ili odlaganja izbora, te da su proglašena vanredna stanja zbog kojih su ograničene sloboda kretanja i okupljanja, kao vitalne za izborni proces. Ipak, treba posebnu pažnju posvetiti i „pravu na informisani izbor” koje može biti ugroženo zbog sve veće zloupotrebe u korišćenju društvenih mreža. U prilog ovoj tvrdnji su i izvještaji IFES-a (Međunarodna fondacija za izborne sisteme) koji ukazuju na izazov ogromne količine neprovjerenih informacija na internetu, nazivajući ga „infodemijom”.²⁸

²³ Politička enciklopedija, Beograd, 1974, str. 370.

²⁴ *Bowman v. United Kingdom*, ECHR, 141/96, 1998.

²⁵ Parafrazirano prema: Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2022.

²⁶ *Abdalov and others v. Azerbaijan*, ECHR, 28508/11, 37602/11 and 43776/11, 2019.

²⁷ *Uspaskich v. Lithuania*, ECHR, 14737/08, 2016.

²⁸ Lissa Repel, Beata Martin-Rozumilovic, Vasu Mohan, *Preserving Electoral Integrity During an Infodemic*, International Foundation for Electoral Systems, 2020.

Povodom ovog pitanja ne treba postupati onako kako je Mađarska postupila, usvajanjem jedne od odredbi Zakona o suzbijanju koronavirusa. Tom odredbom propisano je da će osoba koja tokom ovog posebnog pravnog režima pred velikim brojem ljudi tvrdi ili proširi netačnu činjenicu, ili pogrešno interpretira neku tačnu činjenicu kojom se može omesti ili spriječiti efikasnost zaštite od virusa, biti proglašena krivom za djelo za koje će se izreći kazna zatvora od jedne do pet godina. Formulacija ove odredbe je neprecizna i može dovesti do arbitrarnosti, na šta su ukazali i *Amnesty International* Mađarske, kao i mađarski Helsinški komitet. Uzimajući u obzir navedeno, Savjet Evrope bi trebalo da postupi drugačije, kroz donošenje smjernica za adekvatno korišćenje društvenih mreža u svrhe izborne kampanje i predlaganjem preciznih i adekvatnih sankcija za netačne informacije i govor mržnje.

6. Ograničenja biračkog prava

Biračko pravo je ustavom garantovano političko pravo državljana. Ono se sastoji od prava da biraju svoje predstavnike (aktivno biračko pravo) i prava da budu birani u biračka tijela (pasivno biračko pravo). Aktivno biračko pravo izražava biračku sposobnost,²⁹ a pasivno izražava „poslaničku sposobnost”. Biračko pravo razlikuje od izbornog prava koje obuhvata cjelokupnu izbornu problematiku, ono čini samo jedan njegov dio.

Evropski sud za ljudska prava ima bogatu praksu pri utvrđivanju legitimnih ograničenja aktivnog i pasivnog biračkog prava, a u ovom radu biće prezentovano nekoliko predmeta.

U odluci *Hilbe v. Lihtenstein*³⁰ navodi se da država nema obavezu da prizna biračko pravo državljanima koji žive u inostranstvu. Slično navedenom, u već pomenutom predmetu *Py v. France*, Sud je zauzeo stav da propisivanje obaveze prebivališta za ostvarivanje prava glasanja nije arbitrarno ograničenje aktivnog biračkog prava.

Važnim za buduće predmete smatra se odluka Suda da odredba britanskog zakonodavstva, po kojoj lice osuđeno na zatvorsku kaznu ne uživa biračko pravo tokom služenja te kazne, predstavlja povredu aktivnog biračkog prava (*Hirst v. United Kingdom*).³¹ Naime, Sud je naveo da je ograničenje biračkog prava imalo legitiman cilj, a to je da se djeluje podsticajno na ponašanje koje je primjereno uzornom građaninu. Iako postoji polje slobodno procjene, naglašava se da ono nije sveobuhvatno. Dodatno, ističe se da se zabrana odnosila na sve zatvorenike, bez obzira na prirodu ili težinu krivičnog djela, pa ova odredba britanskog zakonodavstva nije bila precizna i prouzrokovala je povredu prava na slobodne izbore.

²⁹ Ratko Marković (2008), str. 470.

³⁰ *Hilbe v. Lihtenstein*, ECHR, 31981/96, 1999.

³¹ *Hirst v. United Kingdom*, ECHR, 74025/01, 2005.

Još jedan primjer ovog shvatanja Suda je i postupanje u predmetu *Scoppola v. Italy*.³² Naime, italijansko zakonodavstvo je zabranjivalo korišćenje biračkog prava zatvorenicima koji su počinili određena krivična djela. Takođe, bilo je precizno određeno i trajanje ove zabrane u zavisnosti od posebnih karakteristika svakog slučaja. Zato ova zakonska odredba nije imala problem nepreciznosti i potencijalne diskriminacije kao britanska u gore navedenom primjeru. Zato je Sud donio odluku da u ovom predmetu nije bilo povrede prava na slobodne izbore.

Kada je riječ o glasanju duševno oboljelih osoba, od značaja za sudsku praksu je predmet *Alajos Kiss v. Hungary*.³³ U ovom predmetu Sud je utvrdio povredu prava na slobodne izbore, jer je mađarsko zakonodavstvo predviđalo apsolutnu zabranu glasanja za lica koja su pod starateljstvom. Podnositelj predstavke je zbog manične depresije bio pod djelimičnim starateljstvom. Sud je u odluci naveo da su duševno oboljele osobe posebno ranjiva grupa i da za ograničenje njihovih prava moraju postojati važni razlozi. U skladu sa navedenim, neophodno je bilo uvesti individualizovanu sudsku procjenu, umjesto automatskog ograničavanja prava svih osoba pod starateljstvom.

Sličan zaključak je Sud zauzeo i u predmetu *Marinov v. Bulgaria*³⁴, gdje je podnosiocu zahtjeva bilo oduzeto pravo glasa zbog stavljanja pod djelimično starateljstvo, a bez sudske procjene njegove sposobnosti da koristi svoje biračko pravo.

Drugačiji zaključak Sud je imao u predmetu protiv Danske³⁵, smatrajući da je u ovom predmetu zakonodavac pažljivo procijenio pitanje oduzimanja biračkog prava, što čini razliku u odnosu na predmet pokrenut protiv Mađarske. Preciznije, Sud je u ovom predmetu utvrdio da je zakonodavac odvagao suprotstavljene interese i vodio računa o srazmjernosti ograničenja, pa zbog toga nije došlo do povrede prava na slobodne izbore.

Sud u novijim presudama ističe da pasivno biračko pravo, ali i sva druga prava iz člana 3 Protokola broj 1 mogu biti predmet implicitnih ograničenja koja moraju imati legitimni cilj i biti saglasna s principom vladavine prava (*Petkov and Others v. Bulgaria*).³⁶

U slučaju *Podkolzina v Latvia*,³⁷ podnositeljki predstavke nije prihvaćena kandidatura zbog nedovoljnog poznavanja letonskog jezika, iako je ona podnijela potvrdu o poznavanju jezika koja nije dovedena u pitanje. Sud je utvrdio da je država imala pravo da kao uslov za kandidaturu odredi poznavanje letonskog jezika, ali nije imala pravo da organizuje ispitivanje bez objektivnih osnova pri utvrđivanju rezultata, čime je povrijedila pravo iz člana 3 Protokola broj 1.

³² *Scoppola v. Italy*, ECHR, 10249/03, 2012.

³³ *Alajos Kiss v. Hungary*, ECHR, 38832/06, 2010.

³⁴ *Anatoliy Marinov v. Bulgaria*, ECHR, 26081/17, 2022.

³⁵ *Strøbye i Rosenlind v. Denmark*, ECHR, 25802/18 i 27338/18, 2021.

³⁶ *Petkov and Others v. Bulgaria*, ECHR, 77568/01, 178/02 and 505/02, 2009.

³⁷ *Podkolzina v Latvia*, ECHR, 46726/99, 1999.

Depozit u iznosu od 160 eura kao uslov za kandidovanje Sud nije ocijenio kao povredu pasivnog biračkog prava (*Sukovetski v. Ukraine*)³⁸ zato što postoji legitiman cilj (sprečavanje neozbiljnih kandidatura), a osim toga, ukrajinsko zakonodavstvo je propisivalo da Ukrajina snosi dio troškova kampanje kako bi se omogućila veća ravnopravnost između kandidata.

7. Izborni sporovi

Zaštita biračkog prava je od posebnog značaja za integritet i demokratski karakter izbornog procesa. Za odluke izborne administracije i (potencijalno) nadležnih sudova o zaštiti biračkog prava propisani su kratki rokovi, sa ciljem da se što brže ostvari pravno dejstvo. S druge strane, treba s posebnom pažnjom pristupiti analizi pojava oblika koji mogu uticati na slobodno izražavanje volje birača, jer je donošenje odluka u izbornim sporovima uvijek ozbiljan izazov za nadležne organe.

Evropski sud za ljudska prava naglašava da određena greška u sprovođenju izbornih procedura nije dovoljna da bi se moglo reći da izbori nijesu sprovedeni u fer uslovima. Koncept slobodnih izbora biće ugrožen samo ako postoje dokazi da je zbog proceduralne greške došlo do značajnog ugrožavanja slobodne volje građana, npr. kada dođe do očiglednog mijenjanja volje birača, a organi izborne administracije nijesu obezbijedili djelotvorne pravne lijekove.³⁹

Osim navedenog, utvrđen je i standard da podnosioci predstavke moraju dokazati da je predstavka „ozbiljna i razumna” da bi je Sud uzeo u razmatranje.⁴⁰ Slično stanovište zauzeo je i Ustavni sud Crne Gore kada je donio odluku da je opštinska izborna komisija postupila ispravno jer je odbila žalbu sa obrazloženjem da „sve i da su navedene nepravilnosti iz žalbe tačne, one ne bi predstavljale bitne povrede biračkog prava”.⁴¹ Ustavni sud je u ovom predmetu naveo da se navodi odnose na „tehničke radnje u postupku sprovođenja izbora” koje suštinski nijesu narušile izborna pravila.

Za praksu je od posebne važnosti predmet *Mugemangango v. Belgium*⁴², zato što je podnositelju predstavke, koji je izgubio mjesto u parlamentu zbog razlike od 14 glasova, nadležna komisija odobrila ponovno ispitivanje 20000 glasova, ali je parlament (koji još nije konstituisan u datom trenutku) odlučio da to onemoguću i započne rad u novom sastavu. Evropski sud za ljudska prava je u ovom slučaju zaključio da je došlo do povrede člana 3 Protokola broj 1 zato što tijelo koje je donijelo odluku o potvrđi izbornih rezultata (parlament

³⁸ Sukovetski v. Ukraine, ECHR, 13716/02, 2002.

³⁹ Davydov and Others v. Russia, ECHR, 18967/07, 2017.

⁴⁰ Namat Alizev v. Azerbaijan, ECHR, 34717/10 and 8791/11, 2010., Gahramanli and Others v. Azerbaijan, 52286/11, 2015.

⁴¹ Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore br. 86/06.

⁴² Mugemangango v. Belgium, ECHR, 310/15, 2020.

u formiranju) nije bilo politički neutralno, pa zbog toga nije obezbijeđena zaštita od arbitrarnosti.

U predmetu *Sejdić & Finci v. Bosnia and Herzegovina*⁴³, predstavka je podnijeta zbog nemogućnosti da se kandiduju za članove Doma naroda Parlamentarne skupštine i Predsjedništva BiH kao pripadnici romske ili jevrejske nacionalne manjine, na osnovu odredbi Odjeljka IV i V Ustava BiH, kojima je propisano da samo pripadnici hrvatskog, bošnjačkog ili srpskog naroda imaju to pravo. BiH je 2002. godine postala član Savjeta Evrope i obavezala se izmijeniti izbornu zakonodavstvo koje diskriminiše pripadnike nacionalnih manjina u BiH uskraćujući im pravo da budu birani u određena državna tijela. BiH je ovu reformu trebalo da sprovede uz pomoć Venecijanske komisije koja je u svom izvještaju iz 2005. godine ukazala na potrebu za izmjenama ustavnih odredbi BiH, kako bi se uskladile sa Konvencijom, iznoseći konkretne predloge za ovu reformu. Po mišljenju Suda, nema razumnog i objektivnog opravdanja za zadržavanje na snazi postojećih odredbi koje predstavljaju diskriminaciju, a Sud je sa 14 glasova za i 3 protiv zaključio da je time prekršen član 14, zajedno sa čl. 3 Protokola 1 kojim se garantuje pravo na slobodne izbore. Član 1 Protokola 12 ima šire područje primjene u odnosu na član 14 i podrazumijeva zabranu diskriminacije u vezi sa bilo kojim pravom zagwarantovanim unutrašnjim pravnim normama. Stoga uključuje i pasivno biračko pravo za članove Predsjedništva, jer ovo državno tijelo kao nezakonodavno tijelo ne može biti obuhvaćeno domenom člana 3 Protokola 1. Shodno navedenom, Sud je sa 16 glasova za i jednim glasom protiv donio odluku da je došlo do povrede člana 1 Protokola 12.

Na predmet *Sejdić & Finci v. Bosnia & Herzegovina* Sud se pozvao prilikom odlučivanja u predmetu *Zornić v. Bosnia & Herzegovina*.⁴⁴ Naime, podnositeljka predstavke se u ovom predmetu žalila zbog povrede prava na slobodne izbore i postojanje diskriminacije. Isticala je da ne može biti izabrana da bude član Doma naroda BiH ili Predsjedništva BiH jer ne pripada konstitutivnim narodima, već se izjašnjava kao građanka Bosne i Hercegovine. Proglašavajući jednoglasno aplikaciju dopuštenom, Sud je presudio da je došlo do povrede člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3 Protokola br. 1 u odnosu na nemogućnost da se podnositeljka predstavke kandiduje na izborima za Dom naroda Bosne i Hercegovine, kao i da je došlo do povrede člana 1 Protokola br. 12 u odnosu na nemogućnost da se podnositeljka predstavke kandiduje na izborima za Dom naroda Bosne i Hercegovine, te da je došlo do povrede člana 1. Protokola br. 12 u odnosu na nemogućnost kandidovanja na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. Sud je u presudi između ostalog zaključio da „više od osamnaest godina nakon završetka tragičnog sukoba,

⁴³ *Sejdić & Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ECHR, 27996/06 and 34836/06, 2009.

⁴⁴ *Zornić v. Bosnia & Herzegovina*, ECHR, 3681/06, 2014.

ne može postojati bilo kakav razlog za održavanje na snazi spornih ustavnih odredbi”, te da je „došlo vrijeme za politički sistem koji će svakom građaninu Bosne i Hercegovine osigurati pravo da se kandiduje na izborima za Predsjedništvo i Dom naroda Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije po osnovu etničke pripadnosti i bez davanja posebnih prava konstitutivnim narodima uz isključivanje manjina ili građana Bosne i Hercegovine”

Odgovor na pitanje da li se član 6 Konvencije (pravo na pravično suđenje) može primjenjivati u slučaju izbornih sporova dat je u odluci u predmetu *Pierre-Bloch v. France*.⁴⁵ Ovom odlukom ističe se da izborni sporovi ne mogu biti tretirani u okviru člana 6 Konvencije, zato što su u pitanju politička, a ne građanska prava.

Pored toga, odugovlačenje u rješavanju izbornih sporova uticalo bi na političku i društvenu neizvjesnost i onemogućavalo redovno funkcionisanje organa vlasti. Na taj način bila bi ugrožena i vladavina prava kao temeljni ustavni princip.

Zaključne ocjene

Sadržaj rada pokazuje važnost ostvarivanja prava na slobodne izbore za stvaranje djelotvorne političke demokratije, što potvrđuje i broj presuda Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti, kao i potreba da u budućnosti treba dodatno razvijati praksu, uzimajući u obzir nove izazove za održavanje fer i slobodnih izbora.

Iz sadržaja rada, mogu se izvesti sljedeći zaključci:

1. Sud prepoznaje da su sloboda izražavanja (član 10) i pravo na slobodne izbore (član 3 Protokola broj 1) povezani i da je njihovo ostvarivanje od posebne važnosti za sprovođenje izbornog procesa.
2. Primjena člana 3 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda se odnosi samo na parlamentarne izbore.
3. Za neke elemente izbornog procesa (izborni sistem, izborna administracija i birački spisak) Sud ostavlja široko polje slobodne procjene, zato što se kroz primjenu različitih zakonskih rješenja može doći do istog cilja (slobodno izražene volje građana).
4. Polazeći od povećanja rizika od lažnih vijesti u izbornoj kampanji korišćenjem društvenih mreža, bilo bi od značaja usvajanje smjernica za adekvatno korišćenje društvenih mreža u svrhe izborne kampanje i propisivanje adekvatnih sankcija za netačne informacije i govor mržnje.
5. Sud insistira na visokom stepenu preciznosti u kreiranju odredbi kojima se ograničava aktivno biračko pravo radi izbjegavanja arbitrarnosti u odlučivanju i potencijalna diskriminacija određenih kategorija stanovništva.

⁴⁵ *Pierre-Bloch v. France*, ECHR, 120/1996/732/938, 1997.

6. U praksi Suda je izgrađen standard da nije svaki propust izborne administracije osnov za ocjenu da izbori nijesu sprovedeni u fer uslovima, već da je potrebno da dođe do ozbiljne povrede slobodnog izražavanja građana.

7. Izborni sporovi ne spadaju u domen primjene člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Na kraju, iz svega proizilazi težišni stav da praksu Suda treba implementirati u nacionalne izborne sisteme kako bi na primjeren način bilo realizovano ustavno načelo o građaninu kao nosiocu suverene vlasti. Takvim pristupom dao bi se doprinos očuvanju i izgradnji vladavine prava kao načela i temeljne ustavne vrijednosti.

Literatura

1. Beširević, V, et al., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih Sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
2. Vukčević, M, Ćupić, D, *Uvod u ljudska prava (drugo osavremenjeno izdanje)*, Podgorica, 2024.
3. Kasapović, M, *Izborni leksikon*, Politička kultura, Zagreb, 2003.
4. Lopez-Pintor, R, *Electoral Management bodies as Institutions of Governance*, Bureau for Development Policy, United Nations Development Programme, 2000.
5. Mikić, V, *Pojmovnik evropske ustavnosti*, Beograd, 2022.
6. Marković, R, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2008.
7. Omejec, J, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2014.
8. Politička enciklopedija, Beograd, 1974.
9. Repel, L, Martin-Rozumilovic, B, Mohan, V, *Preserving Electoral Integrity During an Infodemic*, International Foundation for Electoral Systems, 2020.

Sudska praksa:

1. *Abdalov and others v. Azerbaijan*, ECHR, 28508/11, 37602/11 and 43776/11, 2019.
2. *Alajos Kiss v. Hungary*, ECHR, 38832/06, 2010.
3. *Anatolij Marinov v. Bulgaria*, ECHR, 26081/17, 2022.
4. *Bowman v. United Kingdom*, ECHR, 141/96, 1998.
5. *Davydov and Others v. Russia*, ECHR, 18967/07, 2017.
6. *Gabramanli and Others v. Azerbaijan*, ECHR, 52286/11, 2015.
7. *Georgian Labour Party v. Georgia*, ECHR, 9103/04, 2008.
8. *Hilbe v. Liechtenstein*, ECHR, 31981/96, 1999.
9. *Hirst v. United Kingdom*, ECHR, 74025/01, 2005.
10. *Liberal Party, R. and P. v. United Kingdom*, ECHR, 8765/79, 1980.
11. *Mathew Moinn and Klerfait v. Belgium*, ECHR, 9267/81, 1981.
12. *Namat Alizev v. Azerbaijan*, ECHR, 34717/10 and 8791/11, 2010.
13. *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, ECHR, 55066/00, 2007.
14. *Party „Jaunie Demokrāti” and Partija „Mūsu Zeme” v. Latvia*, ECHR, 10547/07, 2007.
15. *Party Patria and Others v. the Republic of Moldova*, ECHR, 5113/15, 2020.

16. *Petkov and Others v. Bulgaria*, ECHR, 77568/01, 178/02 and 505/02, 2009.
17. *Pierre-Bloch v. France*, ECHR, 120/1996/732/938, 1997.
18. *Podkolzina v Latvia*, ECHR, 46726/99, 1999.
19. *Py v. France*, ECHR, 6289/99, 2001.
20. *Sejdić & Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ECHR, 27996/06 and 34836/06, 2009.
21. *Scoppola v. Italy*, ECHR, 10249/03, 2012.
22. *Strobye i Rosenlind v. Denmark*, ECHR, 25802/18 i 27338/18, 2021.
23. *Sukovetski v. Ukraine*, ECHR, 13716/02, 2002.
24. *Uspaskich v. Lithuania*, ECHR, 14737/08, 2016.
25. *Zornić v. Bosnia & Herzegovina*, ECHR, 3681/06, 2014.
26. Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore br. 86/06.
27. Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore br. 91/02.
28. Odluka Ustavnog suda Republike Crne Gore br. 83/97.

Ivan Vukčević, PhD

CHALLENGES IN FACING ELECTORAL DISPUTES IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The subject of this work is the analysis of the practice of the European Court of Human Rights in the field of protecting the right to free elections. This right is guaranteed under Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Considering that the member states of the Council of Europe have different electoral systems, electoral bodies, and electoral rules, establishing common standards for conducting free elections represents a challenging endeavor. Therefore, establishing a framework for effective political democracy is an ongoing process, with constant adjustments in the fight against new ways of undermining the free will of citizens.

The aim of this work is to present the practice of the European Court of Human Rights in protecting the right to free elections through the analysis of the scope of application of Article 3 of Protocol No. 1, as well as to address important elements of the electoral process (electoral system, electoral administration, electoral threshold, etc.) in proceedings before the Court. The author's intention is also to show the extent of the use of the field of margin of appreciation in the application of this right, and how it affects the fulfillment of the rights of citizens and political parties. Finally, concluding remarks were made to highlight the basic directions of the Court's actions in the area of protecting electoral rights, as well as ideas for improving practice in the future. The author used normative and comparative methods in this paper.

Key words: free elections, parliament, court, European Convention on Human Rights, case law



Od opšteg pravnog načela do institucionalnog okvira za tijela jednakosti u EU

Fragmentacija međunarodnog prava u velikoj mjeri je uslovlila heterogenost brojnih izvora prava i dovela do potrebe pronalaženja ključnih tački spajanja, kako bi se izbjegla kolizija normi u oblasti u kojoj je najmanje poželjna, a to je pravo ljudskih prava. Jedan od načina jeste korišćenje opštih pravnih načela, kao jednog od najuautoritativnijih izvora međunarodnog i prava ljudskih prava. Očigledno je da se u interpretaciji pravnih normi poseže upravo za ovim izvorom prava, držeći ih visoko na ljestvici potrebe poštovanja onoga što je prepoznato kao opšte, kao vrijedno i kao poželjno onda kada treba dati značenje pravnoj normi za slučaj postojanja dileme o njenom cilju i njenoj svrsi. Osim što su takvima viđeni na univerzalnom planu, opšta pravna načela su svakako jedan od ključnih izvora prava EU, što je potvrđeno njihovim statusom u primarnom pravu EU, kao i u praksi pravosudnih institucija Unije. Proces daljeg uređenja načela jednakosti, koje je u srži opštih pravnih načela, uslovio je dalje zakonodavne intervencije u sekundarnom zakonodavstvu Unije, ali i u zemljama članicama transponovanjem u nacionalno pravo, kao i u zemljama kandidatima čija je obaveza usaglašavanje njihovog prava sa pravom EU. U tom kontekstu poseban značaj imaju standardi tijela za jednakost, kao proizvod dugogodišnjeg rada u ovoj oblasti i konvergencije prava EU i prava koje se stvara u okviru Savjeta Evrope.

Ključne riječi: opšta pravna načela, ljudska prava, jednakost i ne-diskriminacija, EU pravo jednakosti, tijela za jednakost

1. O izvorima međunarodnog prava ljudskih prava

Samo kratak pogled na geopolitičku globalnu krizu, sukobe i uopšte odnose u međunarodnoj zajednici, neminovno zahtijeva preispitivanje mjesta i uloge međunarodnog prava, istog onog koje je poslužilo da se međunarodna zajednica konsoliduje nakon perioda najsurovijih ratova i devastacije i ljudskih i materijalnih resursa koja se dešavala decenijama i stoljećima prije toga. Konsolidacija je podrazumijevala, osim političkih i društvenih primjena u najširoj zajednici, djelovanje i na ustrojstvu novog globalnog poretka zasnovanog na pravilima međunarodnog prava i pravno-političkim dokumentima kojima se uređuju pravila ponašanja subjekata međunarodnog prava.

* Zaštitnik ljudskih prava i sloboda Crne Gore; *email:* ombudsman@t-com.me

Polazeći od navedenih činjenica, razvoja međunarodnog prava sa svim bitnim karakteristikama njegovog obima, sadržine, dinamike, te evidentnih perioda uspona i stagnacije, neminovno se nameće pitanje o ključnim aspektima ili elementima koji konstituišu međunarodni pravni poredak, a istovremeno čine podlogu za najširi konsenzus u pogledu prihvatanja i primjene standarda međunarodnog prava. U vezi sa tim, naravno da je suštinsko pitanje šta čini osnovu za stvaranje takvog pravnog poretka, odnosno na kojim izvorima se temelje standardi i pravila međunarodnog prava. Imajući u vidu cilj onoga što se eksplicira u ovom materijalu, logično je da bi ti izvori bili primarno vezani za izvore međunarodnog javnog prava, odnosno prava ljudskih prava.

Pod *izvorima ljudskih prava* podrazumijevaju se sve materijalne i duhovne tvorevine, pravnog, vanpravnog, filozofskog, sociološkog, politikološkog i kulturološkog karaktera, koji su osnovni uzroci i razlozi, odnosno dominantni faktori nastanka i djelovanja koncepta ljudskih prava. Društvene vrijednosti, ciljevi i interesi obuhvaćeni konceptom ljudskih prava sadržani u teoriji i političkoj doktrini — uslovno govoreći — čine *materijalne izvore* ljudskih prava, dok pravni akti u međunarodnom i unutrašnjem pravu čine *formalne izvore* ljudskih prava.

Neki teoretičari iskazuju jasan stav o dominaciji materijalno pravnih izvora, bez koje nije moguće razumijevanje ljudskih prava. To se objašnjava specifičnim vrijednostima, interesima i društvenim ciljevima inkorporiranim u koncept ljudskih prava, kao što su urođena autonomija čovjeka pojedinca i njegovo dostojanstvo, ostvarivanje individualne slobode i ograničenje, odnosno kontrola vlasti. Tome svakako treba pridodati i jednakost ljudi kao derivat primarnih principa i vrijednosti nastalih u različitim periodima civilizacije i tumačenih u skladu sa evolucijom koja se dešavala i dešava u razvoju prava ljudskih prava. Svi navedeni međusobno povezani i uslovljeni principi upućuju na tri vrste izvora ljudskih prava: teorijsko-filozofske, političke i pravne¹.

Filozofske teorije kao izvor ljudskih prava nijesu značajne samo sa njihovog teorijskog aspekta, već i u praktičnom smislu mogu biti nadahnuće i izvor odlučivanja u određenim pravnim stvarima, kada se javljaju važna pitanja za pravni poredak u kojem se ostvaruju i kada se pravo tumači u odnosu na cilj norme (teleološko tumačenje). Postoji nekoliko teorija na koje se naučna misao najčešće poziva u pojašnjenju prirode ljudskih prava. Među njima svakako najčešće pominjana je teorija prirodnog prava, koja korijene vuče još iz antičkog doba, a na nju se naslanjaju novovjekovne teorije koje su osnažile ovaj koncept oslobađajući ga od teoloških primjesa i stvarajući

¹ S. Bjeković, Konvergencija konvencijskog i komunitarnog prava ljudskih prava, Magistarska teza UDG, 2010, str. 7.

temelje klasičnog međunarodnog prava, kao svojevrsnu emanaciju prirodnog prava (Lok, Grocijus, Monteskje)².

Na temeljima prirodnopravnih nastale su tzv. *neonaturalne teorije*, od kojih je u novije vrijeme svakako najznačajnija *Rolsova* teorija pravde, kao dio neo-kantovske filozofske tradicije koja potvrđuje univerzalnu osnovu ljudskih prava. Njegova argumentacija pravednog društva zasniva se na univerzalnoj saglasnosti o moralnim principima, koji suštinski leže u ideji da bi u svakom predružstvenom poretku ljudi, za slučaj da mogu birati, odabrali društvo rukovođeno takvim principima zato što im ono donosi najveće koristi. Ti principi su zasnovani na jednakosti i pravdi³.

U istom pravcu i Dworkin razvija svoj koncept pravde i jednakosti, svodeći ga na suverenu vrlinu političke zajednice, koja istovremeno treba biti parametar individualnih vrijednosti. Filozofska osnova njegove teorije pravde omogućuje jasnu artikulaciju odnosa između jednakosti, slobode, zajedničkih (opštih dobara), individualne autonomije, političkog i individualnog morala, neutralnosti države i pluralističkih vrijednosti unutar liberalne države i društva⁴.

Pored naznačenih filozofsko-teorijskih, značajnu ulogu su odigrali konkretni događaji, revolucije i pokreti i sa njima povezane različite deklaracije i povelje. Njihov uticaj je često prevazilazio vrijeme i prostor u kojima su se desili i učinio samu ideju ljudskih prava u ideološkom smislu privlačnijom, a u sadržinskom smislu bogatijom. Pod uticajem ovih događaja, donijeti su najznačajniji politički dokumenti kao što su *Deklaracija o nezavisnosti američkih država* i *Deklaracija o pravima države Virđžinija* (1776), te francuska *Deklaracija o pravima čovjeka i građanina* (1789).

Prema savremenim shvatanjima, izvore međunarodnog prava ljudskih prava, kao i drugih pravila međunarodnog javnog prava, čine međunarodni ugovori, međunarodno običajno pravo, opšta pravna načela civilizovanih naroda, jednostrani akti država, odluke međunarodnih organizacija i praksa sudskih i kvazisudskih tijela.

2. Opšta pravna načela i princip jednakosti u primarnom pravu EU

Imajući u vidu da je fokus ovog teksta na principu jednakosti i onom što se kao proces dešavalo i dešava unutar granica Evropske unije, sa posebnim naglaskom na proces ujednačavanja prava u zemljama kandidatima za članstvo sa pravom koje se stvara i djeluje u Evropskoj uniji, slijedi kratko zapažanje o opštim pravnim načelima

² N. Vučinić, *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, CID — Podgorica, 2001, str. 14.

³ D. J. O'Byrne, *Human Rights: An Introduction*, Persons Education, Essex, 2003, str. 39.

⁴ D. Vujadinović, *Philosophical Foundations of Dworkin's Theory of Justice*, *Annals — Belgrade Law Review*, Vol. III, 2008, str. 249.

kao izvoru prava, uz saglasje sa onim što konstatuje prof. Degan u svojem poimanju odrednice da se radi o načelima koja su imanentna prosvijećenim narodima, pri čemu je ustvrdio da se termin „prosvijećenim narodima” nikako ne smije tumačiti kao osnov za podjelu na civilizovane i necivilizovane narode, budući da se svi narodi koji su organizovani u države moraju smatrati civilizovanim i ravnopravnim, jer su sve države među sobom pravno jednake⁵ ili bi barem to morale biti.

Po ovome, opšta načela prava predstavljaju pravne norme izrazito generalne prirode koje omogućavaju rješavanje sporova za koje ne postoji jasno, bezuslovno i precizno pisano pravno pravilo. Ona su zajednička svim vrstama prava (međunarodnom, transnacionalnom, supranacionalnom), kao i svim razvijenim pravnim sistemima, bez obzira na oblik civilizacije kojem pripadaju, te treba naglasiti da nije nastala da bi uredila neke konkretne pravne odnose između konkretnih subjekata, ali u njihovom nedostatku bilo koji pravni poređak teško da bi mogao djelovati⁶.

Najčešća podjela izvora prava EU je ona koja je izvedena po osnovu njihove pravne snage i subjekata koji to pravo stvaraju. U pravnoj teoriji ova podjela je izvedena na primarne i sekundarne izvore komunitarnog prava. Međutim, dosljednost ovakve podjele dovodi se u pitanje u slučajevima kada određene pravne izvore nije moguće po automatizmu svrstati u jednu od navedenih kategorija. Tako ne postoji sporenje oko činjenice da primarnim izvorima komunitarnog pravnog poretka pripadaju osnivački ugovori i njihove revizije, kao konstitucionalni elementi sistema. Primarni karakter osnivačkih ugovora je u tome što oni predstavljaju osnov donošenja akata sekundarnog zakonodavstva, odnosno akti sekundarnog zakonodavstva moraju biti u saglasnosti ne samo sa formom, već i sa sadržinom i ciljevima osnivačkih ugovora.

Pravna teorija daje *međunarodnim ugovorima* i *opštim pravnim načelima* status primarnih izvora, kao izraz potrebe da odluke institucija Unije moraju biti u skladu sa još nekim aktima čije norme ulaze u korpus komunitarnog prava. Sa druge strane, ograničenja država u pogledu slobode djelovanja u komunitarnom poretku takođe mogu poticati iz prava i obaveza koji proističu iz takvih ugovora.⁷

Opšti pravni principi kao izvor prava kreiraju se u okviru Unije. Budući da se nijedan pravni sistem, pa ni ovaj komunitarnog prava, ne može definisati isključivo pisanim izvorima, to se u primjeni prava Sud pravde EU i nacionalni sudovi pozivaju na ove principe kada:

- prilikom tumačenja komunitarnog i nacionalnog prava spornim i nejasnim odredbama nalaze značenje koje nije u suprotnosti sa opštim pravnim načelima;

⁵ V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000, str. 76.

⁶ *Ibid.*

⁷ V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik RS — Beograd, 2009, str. 81.

- na njih se pozivaju države i pojedinci u postupku ispitivanja zakonitosti komunitarnih akata sekundarnog zakonodavstva i drugih mjera koje preduzimaju organi Unije,
- na osnovu ovih principa zainteresovani subjekti podnose zahtjeve za preispitivanje zakonskih i upravnih akata koje su donijele države članice u postupku sprovođenja komunitarnog prava.

Ugovori ustanovljavaju hijerarhijski odnos između različitih izvora komunitarnog prava, dajući prednost primarnim izvorima nad sekundarnim zakonodavstvom. Neposredno niži pravni status imaju sporazumi između Unije i jedne ili više država članica i međunarodnih organizacija. Niže hijerarhijsko mjesto pripada aktima sekundarnog zakonodavstva, dok se na posljednjem nivou nalaze akti izvršnog karaktera doneseni po osnovu ovlašćenja iz ugovora⁸.

Osnivačkim ugovorima i sporazumima sa trećim državama priznato je i *vertikalno* (subjektivna prava po osnovu ovih akata mogu se ostvariti i zaštititi u postupku protiv države) i *horizontalno* pravno dejstvo (čini dio stvarne nadležnosti u sporovima između fizičkih i pravnih lica na nacionalnom nivou)⁹.

Načela se utvrđuju kroz praksu Suda Evropske unije, te spadaju, zajedno sa pravnim običajima i sporazumima među državama članicama, u sferu nepisanih izvora prava. Ona se, uz Ugovore Evropske unije s kojima čine primarno pravo EU, nalaze na samom vrhu hijerarhije pravnih normi, ispred međunarodnih sporazuma i sekundarnog prava EU.

Činjenica da se radi o nepisanim izvorima prava ne umanjuje njihovu važnost i vrijednost, s obzirom na to da opšta načela imaju vrlo bitnu ulogu u pravu i pravnoj praksi Unije. Naime, njima se nerijetko popunjavaju pravne praznine ili se njima odgovara na pitanja proizišla iz tumačenja postojećih pravnih akata. Dakle, u nedostatku konkretnih pravnih pravila, tijela EU, primarno Sud, rukovodeći se određenim vrijednostima koja su primjenjiva u datoj pravnoj situaciji, stvaraju i/ili primjenjuju opšta pravna načela. Temelji ovih načela zajednički su pravnim sistemima država članica. Njihova pravna snaga ogleđa se i u činjenici da pravo koje je suprotno opštim pravnim načelima može biti poništeno pred Sudom Evropske unije, a nacionalno pravo koje bi bilo u suprotnosti sa opštim načelima prava EU, nacionalni sudovi dužni su izuzeti iz primjene.

Pozivajući se na opšta pravna načela, Sud EU se vodi pravnim sistemima država članica i međunarodnim konvencijama koje su potpisale države članice. Poseban naglasak u dugom vremenskom periodu stavljen je na načela i standarde preuzete iz *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Savjeta Evrope*. Konačno, nakon što je njihov status uređen ugovorima, zaštita temeljnih prava kao

⁸ B. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet — Beograd, 2009, str. 242.

⁹ B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID — Podgorica, 2004, str. 80.

osnovno opšte pravno načelo potvrdu su dobila uvrštavanjem Povelje o temeljnim pravima EU u koncept Lisabonske revizije ugovora.

Slijedom navedenog, Sud je u predmetu *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰ naglasio da *poštovanje temeljnih prava* mora biti osigurano unutar strukture i ciljeva EU, jer čini sastavni dio opštih pravnih načela.

Nadalje, načelo *zabrane diskriminacije* Sud navodi u slučaju (C 184/99) *Grzelczyk*, dok je načelo ravnopravnosti pojašnjeno u slučaju *Defrenne* (43/75) kroz načelo jednakosti plata između žena i muškaraca.

Načelo *proporcionalnosti*, kao takođe jedno od temeljnih načela, utvrđeno je u slučaju *Swedish Match* (C 210/03). Načelo proporcionalnosti obavezuje institucije EU da prilikom postizanja ciljeva navedenih u ugovorima o EU, moraju voditi računa o tome da su mjere koje uvode putem pravnih akata EU odgovarajuće za ostvarivanje željenog cilja, da ne smiju prelaziti ono što je nužno da taj cilj ostvari, odnosno da se manje restriktivnom mjerom ne može postići isti cilj.

Sud Evropske unije do sada je identifikovao više načela, pri čemu treba imati u vidu ona koja su važna sa aspekta suprematije pravnih izvora, od kojih svakako treba pomenuti načelo nadređenosti prava EU. Naime, pristupanjem države članstvu Evropske unije, nacionalni sudovi dužni su se suzdržati od primjene određene nacionalne norme koja je u suprotnosti odredbama kojima se garantuju četiri temeljne slobode. Umjesto toga, države su dužne primijeniti neku drugu nacionalnu normu koja nije u sukobu sa evropskom, odnosno neposredno primijeniti evropsku normu, što vodi ka primjeni *načela neposredne primjene prava EU*, kao što je navedeno u slučaju *Gourmet* (C-405/98).

Princip jednakosti ili nediskriminacije jedan je od osnova procesa evropskih integracija. Težnja ka jednakosti među ljudima i državama je primarni cilj ovog načela ustanovljenog ugovorima¹¹. Smatra se preduslovom za napredovanje prema „sve bližoj uniji među narodima Evrope” — u mjeri u kojoj je Unija zapravo „zasnovana” na vrijednosti kao što je jednakost.

Pozivanja na načelo jednakosti su vrlo različita. Ipak, sva ona imaju zajednički imenitelj u „meta-principu jednakosti” definisanom pozivanjem na Aristotelovu formulu prilagođenu kontekstu prava EU: Poštovanje principa jednakog tretmana zahtijeva da se uporedive situacije ne smiju tretirati različito i da se različite situacije ne smiju tretirati na isti način osim ako takav tretman nije objektivno opravdan¹².

Pravo na jednak tretman ima dug istorijat, kao i istaknutu ulogu u pravu EU. Ovo načelo je isto tako vrlo dinamično. Način na

¹⁰ Presuda od 17. 12. 1970, EUR-Lex — 61970CJ0011 — EN.

¹¹ Consolidated Version of the Treaty on European Union arts. 3(3), 4(2), Oct. 26, 2012, 2012 O. J. (C 326) 01; Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 8, Oct. 26, 2012, 2012 O. J. (C 326) 47.

¹² E. Muir, *The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins*, German Law Journal (2019), 20, pp. 817–839.

koji je izražavano i funkcije koje su mu date značajno su evoluirali u proteklim decenijama. Nakon što je korišteno kao nepisano načelo i odrednica kroz pojedine članove ugovora, opšte načelo jednakog tretmana inkorporirano je i u nekoliko odredbi *Povelje o temeljnim pravima Evropske unije*.

Ovaj konstitucionalni osnov sada pruža pravosudnim institucijama jasniji mandat za implementaciju prava na jednak tretman. Narativ o jednakom tretmanu takođe je intenzivno korišćen za usvajanje direktiva namijenjenih da izraze osnovno pravo na jednak tretman u određenim oblastima. Ovakvo zakonodavstvo daje značajnu političku vidljivost, kao i legitimnost, pristupu jednakom tretmanu, koji se mogu razlikovati od pristupa razvijenog kroz sudsko tumačenje principa jednakog tretmana ugrađenog u ustavno pravo EU. Takvi zakonodavni alati stoga doprinose raznolikosti načina izražavanja prava na jednak tretman i njegovih funkcija u pravu EU¹³.

Osim što će u pravni poredak EU ući putem inkorporacije opšteg pravnog načela kroz praksu evropskih sudova, pri čemu je prisutna i praksa Evropskog suda za ljudska prava kao neraskidiva spona sa pravom koje se stvara u okviru Savjeta Evrope i na taj način potvrđuje svojevrsnu konvergenciju dvaju pravnih poredata, jednakost kao kategorija može se pronaći u samim osnivačkim ugovorima, naročito u posljednjim fazama njihove revizije¹⁴. Tome treba pridodati i Povelju o osnovnim pravima EU za koju je sami Ugovor o Evropskoj uniji (kao jedan od dva osnivačka ugovora) obezbijedio jednakost pravne snage sa onom koju imaju isti osnivački ugovori (čl. 6 Ugovora o Evropskoj uniji). U stavu 3 ovog člana Ugovora, propisano je da će se prava, slobode i načela iz Povelje tumačiti u skladu sa opštim odredbama njene Glave VII kojima se uređuje njeno tumačenje i primjena, uzimajući u obzir objašnjenja iz Povelje kojima se određuju izvori tih odredaba. Upravo u objašnjenjima koja su data uz Povelju više je nego očigledan uticaj i status Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama na ugovorni pravni poredak unutar Evropske unije.

Tome svakako treba pridodati i još dvije odredbe Ugovora o Evropskoj uniji: prvu, koja se tiče ovlašćenje da Unija može pristupiti Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; i druga, po kojoj temeljna prava, kako su zajemčena Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opšta načela prava Unije. Pri tome se svakako imaju uzeti u obzir čl. 14 Evropske konvencije koji se odnosi na zabranu diskriminacije (koja se najčešće poima kao sinonim za zaštitu jeddnakosti) u odnosu na prava koja su propisana ovom konvencijom i njenim protokolima. Nadalje, posebno je značajno širenje materijalnopravne sadržine Konvencije učinjeno kroz donošenje Protokola broj 12, odnosno

¹³ E. Muir, str. 818.

¹⁴ Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu, FRA 2018, str. 21.

čl. 1 ovog Protokola uz Konvenciju koji propisuje zabranu diskriminacije u odnosu na „uživanje svih prava određenih zakonom koje će se osigurati bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status”.

Glavni izvori načela jednakosti u pravu EU su: Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, Povelja o temeljnim pravima Evropske unije i sekundarno zakonodavstvo EU koje detaljnije razrađuje načelo jednakosti (primarno direktive). Nacionalno zakonodavstvo mora biti u skladu sa načelom jednakosti utemeljnim na nivou primarnih izvora prava. Države članice su dužne osigurati da njihovo zakonodavstvo bude u skladu sa ugovornim okvirom ustanovljenim na nivou Evropske unije.

Princip jednakosti ugrađen je u osnivačke ugovore i Povelju o temeljnim pravima EU. Ugovor o Evropskoj uniji već u svojoj preambuli potvrđuje da se inspiracija za zaključivanje ugovora zasniva na „kulturnom, vjerskom i humanističkom nasljeđu Evrope iz kojeg su se razvile opšte vrijednosti nepovredivih i neotuđivih prava ljudskog bića, slobode, demokratije, *jednakosti* i vladavine prava”.

Nadalje, ovaj ugovor u članu 2 potvrđuje jednakost kao jednu od šest vrijednosti na kojima je EU zasnovana. Isto tako, eksplicitno se navode poštovanje ljudskih prava — uključujući prava pripadnika manjina, nediskriminaciju i jednakost između žena i muškaraca — kao vrijednosti Unije. Jednakost je takođe jedan od ciljeva kojima EU teži¹⁵.

Osim što je vrijednost i cilj Unije, jednakost je i načelo njenog pravnog poretka. Stoga, u svim svojim aktivnostima, Unija mora poštovati princip jednakosti svojih država članica¹⁶ i princip jednakosti svojih građana¹⁷.

Konačno, odredbe Ugovora o Evropskoj uniji kojima se uređuje njeno djelovanje na međunarodnom planu ukazuju da se ona vodi „načelima koja su nadahnjivala njeno stvaranje, razvoj i proširenje i koja ona nastoji promovisati u ostatku svijeta: demokratiji, vladavini prava, univerzalnosti i nedjeljivosti ljudskih prava i temeljnih sloboda, poštovanju ljudskog dostojanstva, *načelima jednakosti i solidarnosti* te poštovanju načela Povelje Ujedinjenih nacija i međunarodnog prava”¹⁸.

Drugi osnivački ugovor, *Ugovor o funkcionisanju Evropske unije*, ustanovljava princip Unije da u svim svojim aktivnostima teži

¹⁵ „Boriće se protiv socijalne isključenosti i diskriminacije” (član 3, stav 3 Ugovora).

¹⁶ „Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihove nacionalne identitete, koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu.” (član 4, stav 2 Ugovora o Evropskoj uniji).

¹⁷ „U svim svojim aktivnostima Unija poštuje načelo jednakosti svojih građana kojima njene institucije, tijela, uredi i agencije posvećuju jednaku pažnju.” (član 9 Ugovora o Evropskoj uniji).

¹⁸ Član 21 Ugovora o Evropskoj uniji.

uklanjanju nejednakosti i promociji ravnopravnosti između muškaraca i žena (član 8); borbi protiv diskriminacije na osnovu pola, rase, etničkog porijekla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili polne orijentacije (član 10); jednako poštovanje statusa koji na osnovu nacionalnog prava imaju ideološke i nekonfesionalne organizacije (član 17); zabrani svake diskriminacije po osnovu državljanstva (član 18); jednakosti muškaraca i žena u pogledu mogućnosti na tržištu rada i postupanja na radnom mjestu (član 153, 2, i); borbi protiv društvene isključenosti (član 153, 2, i); kao i implementaciji principa jednakosti muškaraca i žena kod zapošljavanja i jednakoj zaradi za rad jednake vrijednosti (član 157).

Pravo na jednak tretman povezano je sa slobodnim kretanjem osoba na unutrašnjem tržištu. Slobodno kretanje osoba zahtijeva da ne postoji diskriminacija na osnovu nacionalnosti (Član 19 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije). To znači da građanin Unije koji radi u državi članici koja nije ona čiji je državljanin, mora se u državi članici prijema tretirati na isti način kao i građani te države članice. Slobodno kretanje robe i usluga na unutrašnjem tržištu zabranjuje pravila koja stavljaju u nejednak položaj robu ili usluge na osnovu njihove zemlje porijekla.

Bez obzira na činjenicu da su ljudska prava danas posebno istaknuta kao jedan od temelja na kojima je izgrađena evropska supranacionalna zajednica, Unija će prilično kasno dobiti svoj katalog ljudskih prava i sloboda donošenjem *Povelje o temeljnim pravima EU*. Naime, osnivački ugovori zajednica u početku nisu sadržavali nikakvu odrednicu kada je u pitanju zaštita ljudskih prava. Usvajanjem Povelje to je učinjeno, ali je njena puna implementacija ostala upitna sve do stupanja na snagu *Lisabonske revizije* osnivačkih ugovora. U međuvremenu, ne može se reći da je Unija bila pasivna u odnosu na zaštitu ljudskih prava, uprkos nepostojanju eksplicitnih odredbi o pojedinim ljudskim pravima u osnivačkim ugovorima. Tu aktivnu, a ujedno i kreativnu ulogu imao je, kao i danas, Sud pravde Evropske unije. Taj proces je svakako bio posljedica nekonzistentnosti u praksi nacionalnih sudova i prije svega činjenice da je Sud u svojoj praksi isticao značaj ljudskih prava kao opštih načela evropskog prava koja je dužan štititi.¹⁹

Isto tako, na političkoj ravni treba ukazati da je, kada je jednakost u pitanju, Evropska komisija još 1995. godine u svom saopštenju praćenom Predlogom odluke Savjeta za ustanovljavanje Evropske godine protiv rasizma zaključila da je „pravo na jednak tretman i slobodu od diskriminacije jedno od osnovnih načela koja leže u osnovi svih politika Zajednice”²⁰.

Na formalnoj ravni, sve do donošenja Lisabonskog ugovora Povelja je korišćena na način da da legitimitet i pravni rezon u sudskom

¹⁹ Vidjeti presudu Stauder v. Stadt Ulm, no. 29/69 (1969), od 12. novembra 1969. godine u pogledu osnova presuđenja.

²⁰ Official Journal C 204, 15/07/1996 P. 0023.

odlučivanju, u čemu su bitnu ulogu imali i generalni advokati Suda, dajući nezavisno pravno mišljenje u pravnim stvarima koje su obuhvatale pitanja od značaja za implementaciju načela poštovanja ljudskih prava i sloboda.

Povelja već u preambuli reafirmiše osnovne vrijednosti kao što su ljudskog dostojanstvo, sloboda, jednakost i solidarnost, koji se temelje na principima demokratije i pravne države.

Odnos Povelje prema jednakosti derivira i iz odredbe njenog prvog člana koji propisuje da je dostojanstvo nepovredivo, te da se ono se mora poštovati i štiti. U istom smislu i načelo koje je sadržano u čl. 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koji proglašava da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Ovo načelo zahtijeva da se prema pojedincima postupa ravnopravno pred zakonom i da imaju jednaku zaštitu, bez diskriminacije na osnovu ličnih svojstava poput rase, pola, vjere ili porijekla. Tumačenje i primjenu ovog načela povelje treba povezati sa preambulom Povelje u dijelu kojim ona reafirmiše prava koja proističu, pre svega, iz ustavne tradicije i međunarodnih obaveza koje su zajedničke za države članice. U takvom kontekstu više je nego očigledno da je Univerzalna deklaracija kroz njen status značajnog izvora međunarodnog običajnog prava, sasvim izvjesno dala smjernicu za kontekstualno tumačenje dostojanstva i jednakosti, kao dva korelata na kojima se zasniva sistem zaštite ljudskih prava u Povelji.

Dostojanstvo ljudske osobe samo po sebi nije temeljno pravo, no čini stvarnu osnovu temeljnih prava, kaže se u Eksplanatornom memorandumu uz Povelju uz poziv na preambulu Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima²¹.

Isto tako, kako Oksfordski rječnik kaže, dostojanstvo se definiše kao „uzvišeni karakter i vrijedno poštovanja”. Pozitivan jezik dostojanstva stoga treba koristiti za (ponovno) rješavanje negativne stigme koju su pojedinci pretrpjeli. Drugim riječima, jezik dostojanstva treba koristiti za podvlačenje „dostojanstva i vrijednosti pojedinca” i za uzdizanje diskriminirane osobe do jednakosti²². U jednoj od objavljenih publikacija na istu temu zaključuje se da je dostojanstvo jedna od vrijednosti koje unapređuju antidiskriminacijske norme²³.

U Glavi III Povelje koja nosi naziv Jednakost, sadržano je nekoliko principa ili prava koji se tiču ovog načela. Primarno, to je načelo jednakosti pred zakonom, definisano kao opšte načelo prava koje je uključeno u sve evropske ustave i koje je priznao Sud Unije kao temeljno načelo prava Zajednice²⁴.

²¹ Službeni list Evropske unije broj C 303/17.

²² V. Fikfak, L. I zvorova, Language and Persuasion: Human Dignity at the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2022, 22, str. 21.

²³ McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights (2008) 19 *EJIL*, str. 689.

²⁴ Presuda u predmetu broj 283/83, slučaj *Racke* donijeta 13. novembra 1984; presuda u predmetu broj C-15/95, slučaj *EARL* od 17. aprila 1997; i presuda od 13. aprila 2000, u predmetu C-292/97 *Karlsson*.

To je zatim načelo nediskriminacije iz čl. 21 Povelje, koje se zasniva na članu 13. Ugovora o EZ (kasnije zamijenjenog članom 19 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije), te članu 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima i članu 11 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini vezano za genetsko nasljeđe.

Kada je u pitanju ova odredba Povelje, u njenom Eksplanatornom memorandumu zaključuje se da ne postoji protivrječnost ili neusaglašenost između nje i člana 19 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koji ima drukčije područje primjene, pa i svrhu. Naime, članom 19 Uniji se dodjeljuje ovlašćenje da usvoji zakonodavne akte, uključujući usklađivanje zakona i drugih propisa država članica, radi borbe protiv određenih oblika diskriminacije, koji su iscrpno navedeni u odredbi toga člana. Takvo zakonodavstvo može obuhvatiti djelovanje tijela države članice (kao i odnose između privatnih pojedinaca) u bilo kojem području unutar ograničenja ovlašćenja Unije. Suprotno tome, odredba člana 21 stav 1 ne stvara nikakvo ovlašćenje za donošenje zakona o borbi protiv diskriminacije u tim područjima djelovanja države članice ili u privatnopravnoj sferi, niti se njime određuje sveobuhvatna zabrana diskriminacije u tako širokim postavljenim područjima. Umjesto toga, bavi se pitanjima diskriminacije počinjene od strane samih institucija i tijela Unije, kod izvršavanja ovlašćenja koja su im dodijeljena ugovorima i od strane država članica, ali samo pri njihovoj primjeni prava Unije.

Sljedeća odredba je čl. 23 koji je vezan za načelo ravnopravnosti muškaraca i žena. Prvi stav ovog člana oslanja se na članove 2 i 3 Ugovora o EZ (kasnije zamijenjenima članom 3. Ugovora o Evropskoj uniji i članom 8 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije). Ove odredbe Uniji određuju cilj promovisanja ravnopravnosti između muškaraca i žena, o čemu govori i član 157 stav 1, Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Takođe, ravnopravnost među polovima kao načelo proizlazi iz još dva dokumenta, od kojih je jedan onaj Savjeta Evrope, odnosno načelo sadržano u članu 20 Revidirane Evropske socijalne povelje od 3. maja 1996. i tačke 16 Povelje Zajednice o pravima radnika iz 1989. godine.

Drugi stav čl. 23 Povelje u kraćem obliku preuzima član 157 stav 4 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, prema kojem načelo ravnopravnosti ne sprečava sprovođenje ili donošenje mjera koje osiguravaju posebne prednosti, kako bi se nedovoljno zastupljenom polu olakšalo bavljenje stručnom djelatnošću ili spriječio, odnosno nadoknadio nepovoljan položaj u njihovoj profesionalnoj karijeri.

U istoj, Glavi III, nekoliko odredbi odnosno članova Povelje sadrži prava vezana za specifične, vulnerabilne grupe, a u njihovom objašnjenju istaknuta je očigleda veza sa međunarodnim i regionalnim standardima ljudskih prava kada su u pitanju djeca, starije osobe i lica sa invaliditetom.

3. Načelo jednakosti u sekundarnom pravu Unije

Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama 1999. godine, primarni pravni okvir EU dao je mogućnost za preduzimanje mjera u borbi protiv diskriminacije u odnosu na pojedine lične karakteristike, odnosno osnove diskriminacije. To je dovelo do zakonodavnih aktivnosti na nivou sekundarnog zakonodavstva Unije, kada je započelo donošenje direktiva o jednakosti, koje će potrajati duži vremenski period sa naknadnim pokušajem usvajanja direktive o jednakosti sa horizontalnim učinkom izvan tržišta rada, bez obzira na dob, invaliditet, seksualnu orijentaciju ili vjerska uvjerenja, koja bi imala za cilj proširenje zaštite od diskriminacije putem horizontalnog pristupa. Međutim, budući da za to još nije postignut jednoglasan dogovor, nacrt ove direktive je ostao blokiran u toj fazi²⁵. Cilj ovog predloga je bila implementacija principa jednakog tretmana bez obzira na vjeru ili uvjerenje, invaliditet, dob ili seksualnu orijentaciju izvan tržišta rada. Njime se utvrđuje okvir za zabranu diskriminacije po ovim osnovama i uspostavlja jedinstveni minimalni nivo zaštite unutar Evropske unije za osobe koje su pretrpjele takvu diskriminaciju. Ovaj predlog je trebalo da dopuni postojeći pravni okvir Unije prema kojem se zabrana diskriminacije po osnovu vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije primjenjuje samo na područja zapošljavanja, zanimanja i stručnog osposobljavanja.

Ovom pokušaju je prethodila intenzivna aktivnost na donošenju direktiva o jednakosti. One su zapravo i donijete u godini usvajanja Povelje o temeljnim pravima EU, što donekle simbolično, ali i politički dosljedno govori o ambicijama zakonodavaca da dopune nedostajući pravni okvir u oblasti zaštite jednakosti. U tom smislu su donijete direktive 2000/43/EZ²⁶, 2000/78/EZ²⁷ i 2004/113/EZ koje zabranjuju diskriminaciju na osnovu pola, rasnog ili etničkog porijekla, dobi, invaliditeta, seksualne orijentacije, vjere ili uvjerenja. Diskriminacija na osnovu rase ili etničkog porijekla zabranjena je u zapošljavanju, zanimanju i stručnom osposobljavanju, kao i u oblastima koje nisu vezane za zapošljavanje, kao što su socijalna zaštita, zdravstvena zaštita, obrazovanje i pristup robi i uslugama, uključujući stanovanje, a koje usluge su dostupne javnosti. Diskriminacija na osnovu pola zabranjena je u istim oblastima, sa izuzetkom obrazovanja, te medija i oglašavanja. Međutim, diskriminacija na osnovu dobi, vjere i uvjerenja, seksualne orijentacije i invaliditeta zabranjena je samo u oblasti zapošljavanja, zanimanja i stručnog osposobljavanja.

²⁵ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181}.

²⁶ Direktiva Savjeta 2000/43/EZ o sprovođenju načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo.

²⁷ Direktiva Savjeta EU 2000/78 o uspostavljanju opšteg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja.

Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ morale su biti transponovane u nacionalno zakonodavstvo do 2003. godine, sa izuzetkom odredbi koje se odnose na diskriminaciju na osnovu dobi i invaliditeta, za koje je rok transponovanja produžen na dodatne tri godine. Imajući u vidu da su izvještaji o transponovanju direktiva 2000/43/EZ i 2000/78/EZ usvojeni 2006, odnosno 2008. godine, ovi dokumenti su svjedočili da su sve države članice (osim jedne) transponovale ove direktive u svoje pravne poretke. Direktiva 2004/113/EZ morala je biti transponovana do kraja 2007. godine.

Ovom popisu treba dodati i Direktivu 2006/54/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta o sprovođenju načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinačena). Načelo jednakog postupanja se primjenjuje s obzirom na: (a) mogućnost zapošljavanja, uključujući napredovanje, i strukovno osposobljavanje; (b) radne uslove, uključujući platu; (c) sisteme strukovnog socijalnog osiguranja. Direktiva sadrži i odredbe koje osiguravaju djelotvornu primjenu tog načela sprovođenjem odgovarajućih postupaka.

Djelotvornu primjenu svih navedenih direktiva, a time i načela jednakosti kao opšteg pravnog načela priznatog u pravu Unije, u kontinuitetu i dosljedno sprovodi Evropski sud pravde. Brojni su primjeri koji svjedoče o tome, a u odnosu na postupke pred nacionalnim sudovima naročiti značaj uočava se kod postupanja po zahtjevima za preliminarno odlučivanje u skladu sa čl. 267, stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU o nadležnostima Evropskog suda pravde, koje podnose nacionalni sudovi bez posredovanja bilo koje sudske ili administrativne instance u nacionalnoj državi²⁸.

U slučaju *Foto-Frost*, Sud Unije je detaljno objasnio obaveznost zahtjeva za preliminarno odlučivanje u vezi sa valjanošću akata Evropske unije: „nacionalni sudovi nemaju nadležnost da proglase nevažećim akte koje su usvojile institucije Unije. Kao što je naglašeno u presudi od 13. maja 1981. godine (*Međunarodna hemijska korporacija, 66/80*), priznata nadležnost Suda prema članu 267 Ugovora o funkcionisanju EU uglavnom je usmjerena na osiguranje jedinstvene primjene prava Unije od strane svih nacionalnih sudova”²⁹.

4. Tijela za jednakost — EU i Savjet Evrope

Uporedo sa inkorporiranjem standarda u vezi sa primjenom i tumačenjem načela jednakosti i zabrane diskriminacije, u sekundarnom pravu Unije počinju da se kreiraju standardi tijela koja bi bila u funkciji sprovođenja načela jednakosti u nacionalnim državama.

²⁸ Predmet C-144/04 Mangold v Rüdiger Helm, judgment of the Grand Chamber of 22 November 2005; predmet C-13/05 Chacón Navas, OJ C 69/8, 19. 3. 2005).

²⁹ Presuda Suda od 22. oktobra 1987. u predmetu *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Zahtjev za preliminarno odlučivanje: Finanzgericht Hamburg — Njemačka.

Sada već izvjesno mora se reći da je čitav proces tekao uz kontinuiranu primjenu i onih standarda koji su ustanovljeni i izvan pravnog poretka komunitarnog zakonodavstva, odnosno prava Evropske unije. To su prije svega principi koji se vezuju za tijela sa više mandata, poput Zaštitnika ljudskih prava i sloboda u Crnoj Gori.

Mandat i rad tijela za ravnopravnost prema zakonodavstvu Unije slični su mandatima i radu nacionalnih institucija za ljudska prava prema Pariskim principima i tijela za ravnopravnost osnovanih u kontekstu Savjeta Evrope. Dakle, tijela za ravnopravnost prema pravu Unije mogu biti dio nacionalnih institucija za ljudska prava. Prema radnom dokumentu Komisije iz 2021. godine, „u otprilike polovini država članica, tijela za ravnopravnost imaju više mandata”. U njima je mandat za ravnopravnost često dodijeljen već postojećim tijelima. U tom periodu, od 37 institucija određenih kao „tijela za ravnopravnost u zemljama EU, 13 su istovremeno članovi Evropske mreže nacionalnih institucija za ljudska prava (ENNHRI). Nacionalne institucije za ljudska prava su tijela sa državnim mandatom, nezavisna od vlade, sa širokim ustavnim ili zakonskim mandatom za zaštitu i promociju ljudskih prava na nacionalnom nivou. Imaju međunarodnu akreditaciju, pod uslovom da su u skladu s Pariskim principima.

Pariski principi ističu važnost primjene strogih standarda za rad svih institucija za ljudska prava. Ove standarde je utvrdila Generalna skupština UN 1993. godine³⁰, a oni uključuju: garancije nezavisnosti i pluralističke zastupljenosti; slobodu razmatranja bilo kojeg pitanja koje spada u nadležnost institucije za ljudska prava; mogućnost da ova institucija bude ovlašćena da sasluša i razmotri pritužbe i peticije o pojedinačnim situacijama.

Jedan dio aktivnosti na planu standardizovanja uslova za ustanovljavanje i rad tijela za jednakost odvija se i u okviru međunarodnih mreža, pa s tim u vezi prikladno je navesti one koji su razvijeni pod okriljem Evropske mreže tijela za jednakost (EQUINET) za slučaj da se funkcije tijela za jednakost i nacionalne institucije za ljudska prava stiču u jednoj organizacionoj formi. U takvim okolnostima potrebno je obezbijediti:

- Koherentnu pravnu osnovu i precizna ovlašćenja za sve djelove mandata.
- Adekvatnost resursa za sprovođenje svih djelova mandata i osiguranje odgovarajuće ravnoteže resursa kako bi se osigurala ravnoteža ispunjenja obaveza u svim djelovima mandata.
- Unutrašnju strukturu koja može osigurati ravnotežu funkcionisanja u svim djelovima mandata.
- Kapacitet za razvoj integrisanog pristupa svim djelovima mandata, u mjeri u kojoj je to moguće i prikladno. i
- Multidisciplinarne kompetencije svih zaposlenih u instituciji³¹.

³⁰ Rezolucija A/RES/48/134.

³¹ *Developing Standards for Equality Bodies, An EQUINET Working paper 2016*, https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2016/11/equinet_workingpaper_standardsnebs.pdf.

Godine 1997, Komisija Savjeta Evrope protiv rasizma i netolerancije (ECRI) usvojila je preporuku o tijelima za jednakost u borbi protiv rasizma i netolerancije, koju je revidirala 2017. godine. Preporuka je vrlo detaljna i sadrži veliki broj principa na kojima bi trebalo da se zasniva osnivanje i rad tijela za jednakost, kao što su njihovo osnivanje, institucionalno uređenje, funkcije, nadležnosti u pogledu promocije i prevencije, ovlaštenja za miješanje i vođenje parnica, prirodu odluka koje donose, ovlaštenja za prikupljanje dokaza i informacija, nezavisnost i efikasnost, te dostupnost strankama.

Ona, što je posebno značajno, predviđa *de jure* i *de facto* nezavisnost tijela za jednakost, koja bi trebalo da budu pravna lica odvojena od izvršne i zakonodavne vlasti. Njihov mandat trebalo bi da se fokusira na promociju i postizanje jednakosti, ali i ima reaktivni karakter u odnosu na sprečavanje i eliminaciju diskriminacije i netolerancije na osnovama obuhvaćenim mandatom ove komisije (rasa, boja kože, jezik, vjera, državljanstvo, nacionalno ili etničko porijeklo, seksualna orijentacija i rodni identitet, kao i višestruki i intersekcionalni oblici diskriminacije na ovim osnovama i bilo kojim drugim osnovama, poput onih obuhvaćenih članom 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima). U radu u ovim oblastima, tijela za ravnopravnost treba da održavaju rodnu perspektivu. Ona mogu pokrivati dodatne osnove, poput pola, rodne pripadnosti, dobi i invaliditeta³².

Razvoj evropskog prava o jednakosti je vjerovatno metafora za evoluciju same EU i njenog trenutnog stanja odgovornosti prema ljudskom kapitalu. To je očigledno iz navedenih i skrivenih ciljeva principa jednakosti, u bilo kojem trenutku. Međutim, Evropski sud pravde je tokom godina zabilježio strukturne promjene s ciljem jačanja ovog principa u ključnim slučajevima³³.

Direktiva o rasnoj jednakosti, usvojena 2000. godine, u *Poglavlju III* pod nazivom *Tijela za promociju jednakog postupanja* prvi je izvor sekundarnog zakonodavstva Unije koji od država članica eksplicitno zahtijeva da odrede jedno ili više tijela za promociju jednakog postupanja prema svim osobama, bez diskriminacije na osnovu rasnog ili etničkog porijekla. Budući da direktive obavezuju u pogledu cilja, ali ostavljaju slobodu državama članicama u pogledu izbora oblika i metoda za njihovo sprovođenje to je državama ostavljeno na dispoziciju da prilikom transponovanja Direktive o rasnoj jednakosti odrede ona koja su već uspostavljena na nacionalnom nivou, kao institucije za zaštitu ljudskih prava ili za zaštitu prava pojedinaca, ili da to učine ustanovljavanjem novih tijela. U pogledu organizacije, strukture i funkcionalne odgovornosti, Direktiva ne daje širu elaboraciju, izuzev što u najkraćem ukazuju na nadležnost tih

³² ECRI — Preporuka generalne politike broj 2: Tijela za jednakost u borbi protiv rasizma i netolerancije na nacionalnom nivou, usvojena 13. juna 1997. i revidirana 7. decembra 2017.

³³ L. S. Rossi, F. Casolari, *The Principle of Equality in EU Law*, Springer International Publishing AG, 2017, str. 12.

tijela, a to je: pružanje nezavisne pomoći žrtvama diskriminacije pri pokretanju postupaka zbog diskriminacije; sprovođenje nezavisnih istraživanja koja se odnose na diskriminaciju; i objavljivanje nezavisnih izvještaja i izrada preporuka o svim problemima povezanim sa takvom diskriminacijom (član 13 Direktive).

Direktive koje su kasnije donijete proširile su ovu obavezu kako bi obuhvatile dodatne osnove kao što su pol i rod, kao što je to *Direktiva o sprovođenju načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (izmjena)*. U odnosu na Direktivu o rasnoj jednakosti, ova direktiva proširuje ionako uski obim nadležnosti tijela za jednakost na obavezu razmjene raspoloživih informacija na odgovarajućem nivou sa odgovarajućim evropskim tijelima, dajući primjer da to može biti budući evropski institut za jednakost polova³⁴.

Dakle, iz navedenog proizilazi da su samo direktive koje se odnose na rasu i etničko porijeklo i rod uključivale ovakav zahtjev, što znači da nije postojala eksplicitna obaveza uspostavljanja tijela za jednakost, kako bi se spriječila i riješila diskriminacija na osnovu vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije — iako su mnoge države u praksi proširile mandat postojećih tijela kako bi obuhvatile ove zaštićene osnove.

Zatvarajući ovu listu direktiva o jednakosti, treba pomenuti i Direktivu Evropskog parlamenta i Savjeta o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji su samozaposleni i stavljanju izvan snage direktive Savjeta 86/613/EEZ³⁵. Ovom direktivom prošireno je područje za primjenu načela jednakog postupanja u državama članicama prema samozaposlenim muškarcima i ženama, ili muškarcima i ženama koji doprinose obavljanju takve djelatnosti, u pogledu aspekata koji nisu obuhvaćeni direktivom 2006/54/EZ. Članom 11 ove direktive, državama članicama nalaže se preduzima je potrebnih mjera kako bi se osiguralo da tijelo ili tijela koja su navedena u čl. 20 Direktive 2006/54/EZ budu nadležna i za promociju, analizu, praćenje i podršku jednakom postupanju prema svim osobama obuhvaćenim ovom direktivom, bez diskriminacije na osnovu pola.

Uprkos ovako ograničenom dometu, direktive o jednakosti imale su značajan uticaj na uspostavljanje tijela za jednakost u cijeloj Evropskoj uniji. Prije njihovog usvajanja, manjina država članica imala je uspostavljena tijela za jednakost, ali tokom prve decenije novog milenijuma osnovana su mnoga nova tijela. U nekim zemljama, države su nastojale ispuniti svoje obaveze proširenjem mandata postojećih institucija, uključujući nacionalne institucije za ljudska prava i ombudsmane. Budući da su ove institucije već imale postojeće resurse, strukture i mehanizme, mandat za jednakost mogao se brzo — iako ne uvijek u potpunosti — preuzeti. U drugim zemljama, stvorena je

³⁴ Direktiva 2006/54/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 5. jula, 2006. godine, član 20, stav 2, tačka d).

³⁵ Direktiva 2010/41/EU od 7. jula, 2010.

kombinacija tijela specifičnih za osnovu i tijela za više osnova sa različitim nadležnostima. U nekima su osnovana pojedinačna tijela sa mandatom koji pokriva sve osnove diskriminacije. Uprkos nizu različitih strukturnih i institucionalnih modela, u većini zemalja, tijela za jednakost koja su osnovana prevazilaze minimalne zahtjeve direktiva o jednakosti, sa ovlaštenjima za zaštitu od diskriminacije na širem spektru zaštićenih svojstava i u dodatnim područjima djelovanja, ili pak sa širim spektrom ovlaštenja i funkcija³⁶.

Uporedo sa zakonodavnom aktivnošću institucija Unije, Savjet Evrope je pod okriljem Evropske komisije protiv rasizma i netolerancije razvio standarde za tijela za jednakost kroz Preporuku generalne politike broj 2, koja je donijeta znatno ranije, ali revidovana 2017. godine. Osnovne preporuke koje je ovo tijelo usmjerilo ka državama članicama Savjeta Evrope tiču se:

- Uspostavljanja, na osnovu ustava ili zakona koje donosi parlament, jednog ili više nezavisnih tijela za ravnopravnost, sa ciljem borbe protiv rasizma i netolerancije.

- Utvrđivanja da su tijela za ravnopravnost nezavisna i da je potrebno uspostaviti uslove za osiguranje te nezavisnosti. Ta tijela za ravnopravnost treba da imaju *de jure* i *de facto* nezavisnost, da budu zasebna pravna lica koja se nalaze izvan izvršne i zakonodavne vlasti i da imaju neophodne nadležnosti, ovlaštenja i resurse kako bi vršila stvaran uticaj. Različiti elementi koji su neophodni da bi se zajemčila stvarna nezavisnost i djelotvornost izloženi su u posebnim odredbama Preporuke.

- Mandat, institucionalna arhitektura, funkcije, nadležnosti i ovlaštenja, postupci imenovanja i otpuštanja, zaštitne mjere i mandati za rukovodeće pozicije i aranžmani za finansiranje i odgovornost tijela za ravnopravnost trebalo bi da budu utvrđeni zakonom na način koji osigurava njihovu nezavisnost i djelotvornost³⁷.

Mandati povjereni ovakvom tijelu prema Preporuci trebalo bi da obuhvate:

Promovisanje i ostvarivanje jednakosti, sprečavanje i eliminaciju diskriminacije i netolerancije, uključujući strukturnu diskriminaciju i govor mržnje, te promociju raznolikosti i dobrih odnosa između pripadnika svih različitih grupa u društvu (mandat za jednakost).

Osnove za diskriminaciju obuhvaćene mandatom Komisije, tj. „rasu” (u značenju koje daje Preporuka generalne politike broj 7), boju kože, jezik, vjeru, državljanstvo, nacionalno ili etničko porijeklo, seksualnu orijentaciju i rodni identitet, kao i višestruku i interseksionalnu diskriminaciju po tim osnovima i bilo kojem drugom osnovu, kao što su oni obuhvaćeni članom 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima, uz integrisanje rodne perspektive. Tijela za jednakost

³⁶ Understanding the New EU Directives on Standards for Equality Bodies Legal Digest on Standards for Equality Bodies, EQUINET, 2024, str. 9.

³⁷ CRI(2018)06, 7. decembar 2017.

po ovoj preporuci mogu takođe pokrivati dodatne osnove kao što su pol, rod, dob i invaliditet.

Sva područja u javnom i privatnom sektoru, a naročito: zapošljavanje, članstvo u profesionalnim organizacijama, obrazovanje, osposobljavanje, stanovanje, zdravstvo, socijalna zaštita i socijalne beneficije, socijalne i kulturne aktivnosti, dobra i usluge namijenjene javnosti, bilo da su komercijalno ili slobodno dostupni, javna mjesta, obavljanje privredne djelatnosti i javne usluge i funkcije, uključujući provođenje zakona.

Imajući u vidu različite modalitete i pravna ustrojstva država članice, Preporuka upućuje da se mandat vezuje za čitavu teritoriju države članice.

Osim funkcija promocije i prevencije, postupanja po individualnim i kolektivnim pritužbama i opcione mogućnosti donošenja pravno obavezujućih odluka koje zahtijevaju mjere za prestanak diskriminacije, postizanje pune jednakosti i odvracanje od buduće diskriminacije te izricanje djelotvorne, srazmjerne i odvracajuće sankcije, uključujući plaćanje naknade novčane i nematerijalne štete, novčane kazne i objavljivanje odluke i imena počinitelja³⁸, posebna nadležnost koja proizilazi iz razvoja zaštitnih mehanizama odnosi se na mogućnost vođenja sudskih postupaka, odnosno podršku i zastupanje u sudskim postupcima.

Ova nadležnost u velikoj mjeri odražava ranjiv položaj žrtava diskriminacije, pri čemu im se stavlja na raspolaganje institucionalni mehanizam za pružanje lične podrške i pravno savjetovanje i pomoć osobama izloženim diskriminaciji ili netoleranciji, kako bi se osigurala njihova prava pred institucijama, sudskim tijelima i sudovima; mogućnost pokretanja postupka mirnog rješavanja spornog pitanja, kada za to postoje uslovi; zastupanje osoba izloženih diskriminaciji i netoleranciji, uz njihov pristanak, pred institucijama, sudskim tijelima i sudovima; samostalno pokretanje predmeta o pitanjima individualne i strukturne diskriminacije ili netolerancije pred institucijama, sudskim tijelima i sudovima; pojavljivanje u svojstvu *amicus curiae*, treće strane ili vještaka pred institucijama, sudskim tijelima i sudovima; te konačno praćenje izvršenja odluka institucija, sudskih tijela i sudova koji se bave jednakošću, diskriminacijom i netolerancijom.

Posebna pažnja u Preporuci data je ovlaštenju tijela za jednakost da, na osnovu objavljenih kriterijuma koje su definisala, biraju predmete u kojima će zastupati i strateške parnice, te mjesta na

³⁸ Alternativno je u stavu 18 Preporuke predviđena opcija po kojoj tijela za jednakost koja odlučuju o pritužbama, a nemaju nadležnost za donošenje pravno obavezujućih odluka i izricanje sankcija, moraju imati mandat donošenja pravno neobavezujućih preporuka koje zahtijevaju mjere za prestanak diskriminacije, postizanje pune jednakosti i odvracanje od buduće diskriminacije, te da im se mora osigurati sprovođenje njihovih preporuka i, kada je to primjereno, javno objavljivanje njihovih odluka i preporuka.

kojima žele osigurati prava osoba izloženih individualnoj i strukturalnoj diskriminaciji³⁹.

Nakon što je Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije revidovala svoju Preporuku broj 2 o tijelima za jednakost, uslijedila je nova zakonodavna aktivnost Unije. Godine 2018. donijeta je *Preporuka Komisije (EU) 2018/951 o standardima za tijela za jednakost*, koja je svakako konstatovala činjenicu da su Ujedinjene nacije⁴⁰, EQUINET⁴¹ i Savjet Evrope (Preporuka ECRI broj 2) donijeli standarde za tijela za jednakost.

Dva su ključna cilja donošenja ove preporuke: pridonijeti smanjenju razlika u standardima među tijelima za jednakost u Evropi; i utvrditi standarde koji se odnose na nadležnost, nezavisnost, djelotvornost, pristupačnost i koordinaciju tijela za jednakost i na pristup njima, kako bi se osiguralo da mogu efikasno obavljati svoje zadatke.

Sama Preporuka zasniva se na obavezi Komisije da podstiče države članice i pomaže im u poboljšanju kapaciteta za sprovođenje zakonodavstva Unije i pruža pravne lijekove kako bi se obezbijedilo da diskriminirani pojedinci i grupe zaštićeni pravom Unije mogu u potpunosti ostvariti svoja prava, u skladu s Komunikacijom „Pravo EU: boljom primjenom do boljih rezultata“⁴². Prema ovoj konstrukciji, nezavisna tijela za jednakost imaju ključnu ulogu u djelotvornom sprovođenju i sveobuhvatnom i dosljednom izvršavanju zakonodavstva Unije. Ono što je posebno naglašeno u preambuli ove preporuke, jeste uticaj koji tijela za jednakost imaju na održivi razvoj demokratskih društava u kojima vladaju jednakost i uključivost⁴³.

Ova preporuka je u tri poglavlja sažela ključne principe koji bi trebalo da ujednače status i djelovanje tijela za jednakost na nivou evropskog pravnog prostora i slijeđena je ne samo unutar Unije, već i kod onih zemalja koje slove kao kandidati za članstvo u Evropskoj uniji. Činjenica je da se Crna Gora kroz Sporazum o asocijaciji i stabilizaciji obavezala da poštuje načelo ujednačavanja svog prava sa pravom EU, i to kako na nivou zakonodavne aktivnosti, tako i na nivou sudske prakse, na način što se tumačenje unutrašnjeg pravnog okvira prilagođava pravu EU⁴⁴.

³⁹ Stavovi 14 do 16 Preporuke.

⁴⁰ Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava (OHCHR), načela Generalne skupštine UN o statusu nacionalnih institucija (Pariski principi), Rezolucija 48/134, 20. decembra 1993. i Opšta razmatranja o tumačenju i sprovođenju tih načela Međunarodnog koordinacionog odbora nacionalnih institucija za promociju i zaštitu ljudskih prava, kako je formulisano 21. januara, 2018.

⁴¹ Vidjeti fusnotu 31.

⁴² Komunikacija komisije — Pravo EU: Boljom primjenom do boljih rezultata. (2017/C 18/02).

⁴³ Stav 30 Preambule Preporuke.

⁴⁴ Zakon o ratifikaciji Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane i Republike Crne Gore, s druge strane, Član 72 Sporazuma, Službeni list Crne Gore broj 7 od 20. novembra 2007.

U ključnom Poglavlju II koje definiše sistemski načela organizacije i djelovanja tijela za jednakost, prvi dio posvećen je mandatima i ukazuje da se po tom pitanju oslanja na ranije direktive o jednakosti, pri čemu se preporučuje širenje ovlašćenja na druge zaštićene osnove i područja, sa posebnim osvrtom na procesuiranje govora mržnje. Osim toga, u pogledu unutrašnje strukture za slučaj tijela sa više mandata, Preporuka ukazuje na obavezu posvećenosti svim pravno zaštićenim osnovama i svakom području diskriminacije, pri čemu se očekuje da taj fokus treba da bude srazmjeran uticaju osnove za diskriminaciju, a resursi raspoređeni na odgovarajući način. Preporuka ne ide za tim da ustanovi koji su to osnovi koji bi trebalo da imaju veći prostor u radu tijela za jednakost i može se pretpostaviti da to zavisi od konkretnih okolnosti unutar svake države, odnosno stanja u kojem se nalaze ranjive grupe u svakom konkretnom društvu.

U najkraćem, Preporuka Unije ukazuje na ključne elemente djelovanja tijela za jednakost koji pokrivaju:

- nezavisnu pomoć i podršku osobama u nejednakom položaju, uključujući i sudski postupak i pružanje pravne pomoći,
- redovna i nezavisna istraživanja iz kojih bi se morala obezbijediti dovoljna količina pouzdanih kvantitativnih i kvalitativnih podataka o diskriminaciji, kako bi se omogućila analiza nužna za donošenje zaključaka utemeljenih na dokazima o glavnim problemima i kako ih riješiti,
- države članice trebalo bi da obezbijede da njihova javna tijela, koliko je to moguće, uzmu u obzir preporuke tijela za jednakost koje se odnose na zakonodavstvo, politiku, postupak, programe i praksu. Trebalo bi osigurati da javna tijela izvještavaju tijela za jednakost o tome kako su preporuke uzete u obzir i da te informacije objavljuju;
- promociju jednakosti radi sprečavanja diskriminacije, posebno pružanjem osposobljavanja, informacija, savjeta, smjernica i podrške nosiocima dužnosti koji imaju obaveze u skladu sa direktivama o jednakosti, institucijama i pojedincima, te podizanjem nivoa svijesti u široj javnosti o postojanju tijela, kao i o sadržini postojećih antidiskriminacijskih propisa i o tome kako tražiti pravnu zaštitu,
- garancije nezavisnosti, uključujući i odgovarajuće resurse za izvršenje mandata, i
- podnošenje pritužbi, pristup i pristupačnost koji su u funkciji olakšanog pristupa i komunikacije lica koja traže zaštitu.

5. Nove direktive o jednakosti iz 2024. godine

Novi formalnopravni iskorak donijelo je usvajanje dvije nove direktive o jačanju uloge tijela za jednakost u cijeloj EU, a sljedstveno obavezama država kandidata za prijem u članstvo u Uniji, to se sasvim izvjesno tiče i njihove obaveze da svoj pravni okvir ujednače sa pravom EU u ovoj oblasti. Novi propisi imaju za cilj da unaprijede djelotvornost tih tijela i zajamče njihovu nezavisnost. Ovim

direktivama uspostavljaju se jedinstveni minimalni zahtjevi za tijela za jednakost na nivou EU u nizu ključnih područja, među kojima su tijela za jednakost i borbu protiv diskriminacije na osnovu vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije u području zapošljavanja, kao i diskriminacije na osnovu pola u području socijalne sigurnosti. Ako se pogledaju garancije nezavisnosti u ranijim direktivama, vidjeće se da je i u njima preovladala potreba ustanovljavanja odgovarajućeg stepena nezavisnosti u odnosu na bilo koji spoljašnji uticaj.

Direktivom o standardima za tijela za jednakost u području jednakog postupanja prema osobama, bez obzira na njihovo rasno ili etničko porijeklo, jednakog postupanja u pitanjima zapošljavanja i rada prema osobama, bez obzira na njihovu vjeru ili uvjerenje, invaliditet, dob ili seksualnu orijentaciju, jednakog postupanja prema ženama i muškarcima u pitanjima socijalne sigurnosti te u pristupu i nabavci robe, odnosno pružanju usluga⁴⁵, formalno se mijenja okvir koji je dat direktivama 2000/43/EZ i 2004/113/EZ.

Svrha ove zakonodavne intervencije je utvrđivanje minimalnih zahtjeva za funkcionisanje tijela za promociju jednakog postupanja („tijela za jednakost”), kako bi se povećala njihova djelotvornost i zajamčila njihova nezavisnost, radi bolje primjene načela jednakog postupanja, kako proizilazi iz direktiva o jednakosti. Osim već pomenutih, ova direktiva je uzela u obzir i Direktivu 79/7/EEZ o borbi protiv diskriminacije na osnovu pola u pitanjima socijalne sigurnosti. Poseban značaj ima dio Direktive koji je posvećen minimumu standarda za tijela za jednakost u pogledu njihove nezavisnosti. Naime, sljedstveno svrsi ove direktive jasno se naglašava da tijela za jednakost svoju ulogu mogu djelotvorno ispunjavati samo ako mogu djelovati potpuno nezavisno i bez ikakvog spoljašnjeg uticaja. To podrazumijeva kako politički, tako i finansijski, vjerski ili bilo koji drugi uticaj, direktan ili indirektan, tako da se suzdrže od traženja ili primanja uputstava od bilo koga.

U skladu s ciljevima ove direktive i unutar primjenjivog pravnog okvira, tijela za jednakost trebalo bi da mogu upravljati svojim finansijskim i drugim resursima, pored ostalog da biraju svoje osoblje i upravljaju njime, te u tom smislu određuju sopstvene prioritete. Lica angažovana u tijelima za jednakost koja se privremeno ili stalno nalaze na položajima na kojima se donose odluke ili na rukovodećim položajima, kao što su rukovodioci ili njihovi zamjenici, trebalo bi da budu nezavisni, kvalifikovani za svoj položaj i odabrani transparentnim postupkom.

Dodatno, u okviru svojih nacionalnih budžetskih procedura, države članice trebalo bi da obezbijede da tijela za jednakost dobiju dovoljna sredstva, uključujući kvalifikovano osoblje, odgovarajuće prostore i infrastrukturu za djelotvorno obavljanje svih njihovih zadataka, u razumnom roku ili u roku utvrđenom nacionalnim pravom.

⁴⁵ Direktiva Savjeta (EU) 2024/1499 od 7. maja 2024. godine.

Dobijanje tih dovoljnih sredstava ključno je za djelotvorno funkcioniranje tijela za jednakost i ispunjavanje njihovih funkcija. Važno je da, u slučajevima u kojima se tijelima za jednakost dodjeljuju nove nadležnosti, države članice osiguraju da ona i dalje imaju financijske i druge resurse koji im omogućuju obavljanje zadataka i djelotvorno izvršavanje nadležnosti.

Da bi se uspostavila odgovarajuća ravnoteža između zahtjeva i raspodjele financijskih resursa radi stabilnosti finansiranja, suština je da se budžet planira na višegodišnjoj osnovi, ali i da se tijelima za jednakost omogući da pokriju i teško predvidljive troškove, kao npr. u slučaju povećanja broja pritužbi, sudskih troškova i upotrebe informacijskih sistema.

Tijela za jednakost posebno bi morala biti opremljena odgovarajućim ljudskim i tehničkim resursima. Tim bi resursima tijelima za jednakost trebalo omogućiti da, s jedne strane, automatizovane sisteme upotrebljavaju u svom radu, a sa druge strane, da ocjenjuju njihovu usklađenost sa pravilima o nediskriminaciji. Ako je tijelo za jednakost dio tijela sa više mandata, trebalo bi obezbijediti resurse koji su mu potrebni za izvršavanje nadležnosti u području jednakosti.

Ova direktiva se bavi i određenim procesnim garancijama kako bi se osnažilo i tijelo za jednakost, ali i stranke u postupku, jer je ključ u njihovoj zaštiti od diskriminacije. To se primarno odnosi na način i uspjeh u pribavljanju dokaza kao najproblematičnijoj fazi postupka, imajući u vidu ranjiv položaj žrtava diskriminacije. U istom kontekstu treba tumačiti načelo litispedencije, koje može biti jedno od spornih tačaka u borbi protiv svih oblika diskriminacije, jer se u njemu sadrži rizik uticaja procesnih odluka po položaj stranke u svim, a ne samo postupcima koji se odvijaju pred tijelima za jednakost. To posebno treba imati u vidu ako se zna da je veliki broj stranaka nekvalifikovan i ne razumije u potpunosti čime raspolaže i kakva mu sredstva stoje na raspolaganju u ostvarivanju svog prava na zaštitu jednakosti.

Na sličan način se ukazuje i na potrebu utvrđivanja i uklanjanja potencijalnih prepreka pristupu uslugama tijela za jednakost. Usluge bi trebalo da budu besplatne za podnosiocima pritužbi. Države bi isto tako trebalo da obezbijede da usluge tijela za jednakost budu dostupne svim potencijalnim žrtvama na njihovom državnom području, moguće osnivanjem lokalnih kancelarija, uključivanjem mobilnih timova, upotrebom komunikacijskih alata, organizovanjem lokalnih kampanja, saradnjom sa lokalnim predstavnicima ili organizacijama civilnog društva ili putem ugovornih pružalaca usluga.

Pitanje odnosa tijela za jednakost sa drugim mehanizmima vlasti i karakter njihovih odluka takođe se mora uzeti u obzir, kao i mogućnost djelovanja kao *amicus curiae* u sudskim i drugim postupcima koji za cilj imaju zaštitu žrtava diskriminacije. Iz ove direktive proizilazi da to ne moraju nužno biti pravno obavezujući akti, ali se njihov značaj ne može prosto zanemariti i moraju se uzeti u obzir prilikom sudovanja i drugih oblika zaštite. To podrazumijeva

dokumentovanu podršku u okviru spisa predmeta i/ili neposredno prisustvo postupcima u kojima se obrazlaže stav tijela za jednakost i daje pravni rezon pravnoj situaciji u postupku donošenja odluke. To ne mijenja poziciju niti dispoziciju prava žrtava ili udruženja, organizacija ili drugih pravnih lica koje ostvaruju prava žrtava koje, u skladu sa kriterijumima utvrđenim nacionalnim pravom, imaju legitiman interes osigurati poštovanje direktiva.

Osim izvještavanja kao jednog od alata za promociju transparentnosti rada tijela i institucija kojima se obraćaju, važan element ove direktive je i fokus koji se stavlja na statistiku kao neizostavni pokazatelj stanja u svim oblastima i područjima u kojima se diskriminacija javlja i/ili može javiti.

Konačno, Direktiva upućuje države članice da obezbijede da tijela za jednakost mogu prikupljati i obrađivati lične podatke samo ako je to potrebno za izvršavanje zadataka na osnovu ove direktive, dok je posebna pažnja usmjerena na zaštitu ličnih podataka učesnika u postupku, za šta se upućuje na standard EU sadržan u Uredbi (EU) 2016/679⁴⁶, odnosno uspostavljanju prikladnih i posebnih mjera za zaštitu osnovnih prava i interesa učesnika u postupku pred tijelima za jednakost.

Druga direktiva, donijeta praktično istovremeno, u maju 2024. godine, u cjelini prihvata koncept koji se tiče statusa, položaja, organizacije i funkcionalne dimenzije, odnosno postupanja tijela za jednakost, proširujući područje rada na jednako postupanje prema ženama i muškarcima, te njihove jednake mogućnosti u pitanjima zapošljavanja i rada, inkorporirajući načela i unapređujući postulate vezane za tijela za jednakost u odnosu na ranije direktive 2006/54/EZ i 2010/41/EU⁴⁷.

6. Inkorporacija standarda za tijela/o jednakosti u Crnoj Gori

Refleksija razvoja prava EU na crnogorski pravni i institucionalni okvir zaštite jednakosti nastupila je nešto kasnije u odnosu na donošenje prvih direktiva o jednakosti. Razlog tome je što pređašnji državno pravni okvir i posebno ustavna načela ljudskih prava nisu u dovoljnoj mjeri sadržali standarde koji bi zadovoljili sadašnji nivo zahtjeva. Ustav Crne Gore iz 1992. godine ipak je imao nekoliko važnih odredbi, koje su ostavljale prostor za bolje uređenje i

⁴⁶ Uredba (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Savjeta od 27. aprila 2016. godine o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, te o stavljanju van snage Direktive 95/46/EZ (Opšta uredba o zaštiti podataka).

⁴⁷ Direktiva (EU) 2024/1500 Evropskog parlamenta i Savjeta od 14. maja 2024. o standardima za tijela za jednakost u području jednakog postupanja prema ženama i muškarcima, te njihovih jednakih mogućnosti u pitanjima zapošljavanja i rada te o izmjeni direktiva 2006/54/EZ i 2010/41/EU.

institucionalno ustrojstvo nego što je objektivno postojalo u periodu važenja ranijeg ustavnopravnog akta. Naime, tada važeći ustav je u preambuli potvrdio privrženost Crne Gore slobodi, demokratiji, jednakosti među ljudima i prijateljstvu među narodima. Osim toga, član 15 tadašnjeg ustava garantuje slobodu i jednakost ljudi, bez obzira na bilo kakvu posebnost i lično svojstvo, te jednakost svih ljudi pred zakonom. Značajna je i odredba prema kojoj svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih sloboda i prava u zakonom utvrđenom postupku. Ustav je isto tako garantovao jednako ostvarivanje biračkog prava i jednakost kod ostvarivanja prava na školovanje (obrazovanje).

Ustav toga vremena nije predviđao odnos suprematije međunarodnog prava u odnosu na nacionalno zakonodavstvo, ali je ostavio mogućnost da se građani radi zaštite svojih prava garantovanih Ustavom mogu obratiti međunarodnim organizacijama (član 44, stav 2 Ustava). Čini se da je jedino u području zaštite manjina Ustav bio eksplicitan u tome da se prava pripadnika nacionalnih i etničkih grupa ostvaruju u skladu sa međunarodnom zaštitom ljudskih i građanskih prava (član 67). Tijelo za zaštitu jednakosti nije bilo predviđeno ustavom.

U takvim okolnostima, posebnim zakonom 2003. godine je ustanovljena institucija Zaštitnika ljudskih prava i sloboda kojoj je povjeren opšti mandat zaštite ljudskih prava i sloboda⁴⁸. Najšire postavljenoj normom određena je nadležnost na način što Zaštitnik ljudskih prava i sloboda (Ombudsman, prim. autora) štiti ljudska prava i slobode zajemčena Ustavom, zakonom, ratifikovanim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava kada su povrijeđena aktom, radnjom ili nepostupanjem državnih organa, organa lokalne samouprave i javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlašćenja. Iz navedene odredbe nije bilo moguće zaključiti da Ombudsman ima barem one prerogative koji su već bili dati tijelima za jednakost prvim direktivama o jednakosti. Ovo treba shvatiti u kontekstu činjenice da je Crna Gora u to vrijeme bila daleko od ozbiljnijih pomaka u procesu evro-atlantskih integracija i članstva u EU, pa je zbog toga i sam zakon bio lišen odredbi o nadležnostima Ombudsmana u vezi sa zaštitom jednakosti u skladu sa komunitarnim zakonodavstvom toga vremena.

Novi Ustav⁴⁹, sada već nezavisne države Crne Gore, usvojio je primat međunarodnog prava u odnosu na nacionalno zakonodavstvo⁵⁰, kao i norme koje se tiču zabrane diskriminacije i jednakosti pred zakonom (član 8 i član 17 Ustava). U pogledu institucionalnih rješenja, Ustav je dao posebnu poziciju instituciji Zaštitnika ljudskih prava

⁴⁸ Službeni list Republike Crne Gore, br. 48/92 od 13. oktobra 1992.

⁴⁹ Službeni list Crne Gore br. 01/07 od 25. oktobra 2007.

⁵⁰ Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva (član 9 Ustava).

i sloboda Crne Gore, pozicionirajući je u posebnom dijelu Ustava izvan Dijela III koji uređuje ustrojstvo vlasti. Time je na neki način data potvrda statusa institucije kao *sui generis* organa koji klasičnu vlast ne vrši i ne pripada ni jednoj od klasičnih grana vlasti (zakonodavna, pravosudna, izvršna), što je trebalo da bude dokaz o postojanju — kako neki kažu — četvrte grane vlasti koju predstavlja ombudsmanska institucija.

Institucionalna nadgradnja zaštite jednakosti obuhvata dvije zakonodavne intervencije: prvu, koja je nastupila donošenjem Ustava i Zakona o Zaštitniku/ci ljudskih prava i sloboda Crne Gore sa izmjenama i dopunama⁵¹; i druga koja se ogleda u donošenju sistemskih zakona o jednakosti: Zakonu o rodnoj ravnopravnosti⁵² i Zakonu o zabrani diskriminacije⁵³, uz naknadnu intervenciju putem donošenja posebnog Zakona o zabrani diskriminacije lica sa invaliditetom⁵⁴.

Institucionalna arhitektura crnogorskog ombudsmana je u stvari plod kombinovane ustavnopravne i zakonodavne djelatnosti, pri čemu je osnova bila u direktivama o jednakosti EU. Iako je u međuvremenu ova institucija stekla „B” status institucije za ljudska prava pri Globalnoj alijansi nacionalnih institucija za ljudska prava (GAN-HRI), nakon što je u više navrata procijenjeno da bi institucija crnogorskog ombudsmana morala napraviti novi iskorak na način što će obezbijediti viši status, u aktuelnom trenutku se čine naponi da se obezbijede dodatne pretpostavke radi ispunjenja preostalih kriterijuma standardizovanih Pariskim principima. U međuvremenu, sa novim mandatima i novim obavezama, proces pristupanja EU dodatno je postavio nove ciljeve, posebno kada se to tiče zaštite jednakosti.

Opšti utisak i zakonske pretpostavke govore da je institucija obezbijedila administrativnu nezavisnost i nezavisnost u postupanju, dok se nedostajući standardi vezuju za finansijsku nezavisnost i nedostajuća sredstva za ispunjenje mandata, odnosno samostalnost u regrutovanju kadrova i izboru kandidata za rad na pozicijama sa posebnim zahtjevima u pogledu stručnosti, integriteta i samostalnosti u vođenju postupka.

Prvi sistemski *Zakon o rodnoj ravnopravnosti* ustanovio je mehanizam predavki koje su se podnosile resornom Ministarstvu ljudskih i manjinskih prava. Predstavka se podnosila ukoliko se ukazuje na posrednu ili neposrednu diskriminaciju po osnovu pola. Izmjenama Zakona iz 2015. godine brisane su odredbe o postupanju Ministarstva. Norme koje su brisane bile su neodržive kako u pogledu saglasnosti sa temeljnim načelima organizacije i funkcionisanja, jer se radi o organu državne uprave, koji ni u jednom elementu ne sadrži garancije nezavisnosti imanentne institucijama za ljudska prava i

⁵¹ Službeni list Crne Gore, br. 42/11 od 15. avgusta, 2011, 32/14 od 30. jula, 2014, 21/17 od 31. marta, 2017).

⁵² Službeni list Republike Crne Gore, br. 046/07 od 31. jula 2007.

⁵³ Službeni list Crne Gore, br. 046/10 od 6. avgusta 2010.

⁵⁴ Službeni list Crne Gore, br. 035/15 od 7. jula 2015.

tijelima za jednakost, kako sa stanovišta Pariskih principa, tako i sa stanovišta standarda Savjeta Evrope i Evropske unije. Isto tako, praksa je pokazala da ovo ministarstvo praktično i nije postupalo, već je podnosiocima predstavljeni upućivalo na ostvarivanje prava pred drugim organima. Brisanjem odredbi ovog zakona, nadležnost za postupanje u slučajevima diskriminacije po osnovu pola prešla je na instituciju Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore.

Donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije 2010. godine, stvorene su pretpostavke da se instituciji Zaštitnika eksplicitno dodijeli mandat u slučajevima zaštite od diskriminacije. Ovim zakonom u čl. 21 Zaštitniku (Ombudsmanu) dat je mandat tijela za jednakost, sa nadležnostima koje praktično u cjelini pokrivaju sve oblasti i principe na koje ukazuju direktive o jednakosti. To je logičan slijed zakonodavne inicijative koja se u svom nastanku i obrazloženju Zakona jasno referisala na direktive o jednakosti donijete do iniciranja i realizacije ovog zakonskog projekta. Tako je Ombudsman dobio ovlašćenje da postupa po pritužbama u predmetima diskriminacije, daje savjete, pokreće ili se miješa u sudske postupke na strani žrtve/ava diskriminacije, sprovodi postupke medijacije, upozorava javnost na pojavu težih oblika diskriminacije, vodi posebnu evidenciju o podnijetim pritužbama u vezi sa diskriminacijom, prikuplja i analizira podatke o slučajevima diskriminacije koji su procesuirani pred drugim organima, preduzima aktivnosti radi promocije jednakosti; i podnosi Skupštini Crne Gore, u okviru godišnjeg izvještaja, poseban dio izvještaja o sprovedenim aktivnostima na zaštiti od diskriminacije i promociji jednakosti.

Jednom upućujućom normom u stavu 10 ove odredbe zakona, dato je ovlašćenje tijelu za jednakost da vrši i druge poslove u vezi sa zaštitom od diskriminacije propisane posebnim zakonom kojim se uređuju nadležnost, ovlašćenja, način njegovog rada i postupanje. Ovim zakonom propisan je postupak po podnijetim pritužbama, a posljednjim izmjenama dodatno je ojačana pozicija podnosilaca unošenjem klauzule o podijeljenom teretu dokazivanja, mada se iz prakse Ombudsmana može lako zaključiti da je ovaj princip i prije toga primjenjivan u radu institucije, sa pozivom na primat međunarodnog prava kada neko pitanje reguliše drugačije od nacionalnog zakonodavstva, bez obzira da li se radi o odredbama materijalnog ili procesnog prava⁵⁵.

Istovremeno, Zakonom o Zaštitniku/ci ljudskih prava i sloboda Crne Gore u dijelu koji se tiče posebnih ovlašćenja, Ombudsman je ustanovljen kao institucionalni mehanizam za zaštitu od diskriminacije davanjem dijela prerogative tijela za jednakost u skladu sa pravom Unije. Novelama ovog zakona iz 2014. godine dodatno je ojačana pozicija stručne službe i zaposlenih, što će se kasnije derogirati

⁵⁵ Mišljenje Ombudsmana u predmetu broj 01-330/17 od 27. 11. 2017. godine, stav 15.

drugim zakonima, posebno Zakonom o zaradama u javnom sektoru⁵⁶, kojim će se kao omnibus zakonom derogirati pojedine odredbe Zakona o Zaštitniku/ci koje su predstavljale dio garancija standarda finansijske nezavisnosti crnogorskog tijela za jednakost.

Postojeći status tijela za jednakost (Ombudsmana) u Crnoj Gori u najvećoj mjeri je zavisan od izvršne i zakonodavne grane vlasti. To se lako zaključuje i iz izvještaja međunarodnih tijela, pa je tako Savjetodavni komitet za Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina zaključio da „Zaštitnik ljudskih prava i sloboda ima mandat koji je dobro poznat, a postojeći vršilac funkcije se visoko uvažava za svoj rad. Neki od problema koji su istaknuti u prethodnim preporukama i dalje nijesu riješeni, prije svega vezano za postupak imenovanja, kao i u vezi s postupkom odobravanja finansiranja i adekvatnog nagrađivanja zaposlenih”⁵⁷.

I Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije u svom posljednjem izvještaju, usvojenom 1. jula 2025. godine, zaključuje da nema znakova političkog uticaja na instituciju, ali da nedostaje nezavisnost u pogledu samostalnog izbora kadrova koji se vrši preko organa pod okriljem izvršne vlasti, te da je sporan nedostatak u pogledu slobodnog raspolaganja sredstava dodijeljenih budžetom države. U ovom izvještaju je izraženo očekivanje da je rad na donošenju novog zakona o Zaštitniku/ci ljudskih prava i sloboda Crne Gore odlična prilika da se ove devijacije otklone⁵⁸.

Konačno, kada je u pitanju Savjet za ljudska prava UN, odnosno Univerzalni periodični izvještaj o poštovanju ljudskih prava za Crnu Goru, u okviru debate o izvještaju koji je podniet tokom 2023. godine, podržano je pet preporuka koje se odnose na status nacionalnog ombudsmana (i ujedno tijela za jednakost), od kojih su praktično sve išle za tim da ukažu na potrebu jačanja nezavisnosti i jačanje ljudskih i finansijskih resursa⁵⁹.

Zaključak

Međunarodni pravni okvir i njegova implementacija (unutrašnja i spoljašnja) je jedan od ključnih indikatora razvoja ljudskih prava, ali i drugih segmenata koji se odnose na međunarodno pravo. Imajući u vidu da je oblast prava ljudskih prava komponenta međunarodnog javnog prava, potpuno je jasno da se brojna načela jednako

⁵⁶ Zakon o zaradama zaposlenih u javnom sektoru (Službeni list Crne Gore, br. 016/16, 083/16, 021/17, 042/17, 012/18, 039/18, 042/18, 034/19, 130/21, 146/21, 092/22, 152/22, 152/22, 113/23, 048/24, 084/24).

⁵⁷ <https://rm.coe.int/4th-op-montenegro-summary-me/1680b1c746>, str. 8.

⁵⁸ <https://rm.coe.int/third-report-on-montenegro/488029120c>, str. 7

⁵⁹ https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fdocuments%2Fhrbodies%2Fupr%2Fsessions%2Fsession43%2Fme%2FUPR43_Montenegro_Thematic_List_of_Recommendations.doc&wdOrigin=BROWSELINK

odnose na obje grane prava, pod uslovom da se prihvati koncept po kojem se pravo ljudskih prava izdvaja u posebnu pravnu disciplinu.

Uočljivo je da su opšta pravna načela duboko inkorporirana u sve oblasti pravnih nauka i da čine vrhovne principe, ideje kojima se rukovode kreatori pravnih normi, te da se poimaju kao najviši pravni standardi u određenoj pravnoj oblasti. Ona su zbog toga i opšte uputstvo za orijentaciju kod primjene prava, posebno kod tumačenja nekih instituta i konkretnih pravnih odnosa.

To se ponajbolje vidi u osnovi i strukturi prava koje se stvara pod okriljem Evropske unije, gdje se ta načela koriste za rješavanje sporova za koje ne postoji jasno, bezuslovno i precizno pisano pravno pravilo. Načela su sveprisutna kroz praksu Suda Evropske unije, zbog čega, zajedno sa običajnim pravom i sporazumima među državama članicama, spadaju u oblast nepisanih izvora prava. Kada se to tiče Unije, ona se, uz ugovore sa kojima čini primarno pravo EU, nalaze na samom vrhu hijerarhije pravnih normi, ispred međunarodnih sporazuma i sekundarnog prava.

Među navedenim načelima, jednakost je ujedno temeljno načelo demokratije i univerzalno ljudsko pravo, ako se uzme u obzir sadržina norme iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

Iako se ona ne pominju često u tekstu ugovora, ova načela su prvenstveno razvijena iz sudske prakse Suda Evropske unije, jednako kao što dio tih načela predstavlja i načelo jednakosti. Ovaj sud je presudio da je princip jednakosti jedan od opštih principa prava Unije⁶⁰. Unutar sfere prava Unije, ovaj princip jednakosti isključuje da se uporedive situacije tretiraju različito, a različite situacije da se tretiraju na isti način⁶¹, osim ako tretman nije objektivno opravdan. Dakle, princip da su svi jednaki pred zakonom je osnovni princip prava Unije⁶².

Dalja razrada načela jednakosti u pojedinim oblastima razvijena je kroz ugovorno pravo i posebno kroz usvajanje sekundarnog zakonodavstva, u kojemu su direktive o jednakosti očigledan dokaz značaja ovog načela, ali i potrebe da se njegovo sprovođenje dodatno ojača institucionalnim okvirom, kao podrškom organima koji odlučuju o pravima onih koji traže zaštitu od diskriminacije. Ovaj proces koincidira sa konvergencijom standarda Savjeta Evrope i prava ljudskih prava unutar Unije, te posebno značaja i mjesta koje je dato Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima u ugovorima u Evropskoj uniji.

Proces širenja EU odavno nije samo ekonomska tema, pa se, posebno zahvaljujući kriterijumima iz Kopenhagena i njihovoj sadašnjoj poziciji inkorporiranoj u pravo Unije, sada sa sigurnošću može reći da se bez poštovanja i transpozicije ovog principa u nacionalni pravni okvir zemalja kandidata za prijem u članstvo teško može govoriti o ispunjenju uslova za takvo što. S tim u vezi uočljivo je i

⁶⁰ Slučajevi 117/76 i 16/77 Ruckdeschel [1977] ECR 1753.

⁶¹ Slučaj 106/83 Sermide SpA v Cassa Conguaglio Zuccheri [1984] ECR 4209 at [28].

⁶² Slučajevi 283/83 Racke [1984] ECR 3791 i 15/95 EARL [1997] ECR I-1961.

prisustvo ove obaveze u sporazumima o pristupanju, kako na nivou formalnopravnih akata, tako i na nivou sudske i kvazisudske prakse.

Konačno, veći značaj i ovlašćenja koja se daju tijelima za jednakost mogu poslužiti ostvarenju više ciljeva, a među njima svakako izbjegavanju tereta koji bi mogao nastati članstvom u Uniji ako država buduća članica ne poštuje i ne primjenjuje standarde Unije, a sa druge strane doprinosi jačanju i zaštiti demokratije i poštovanju ljudskih prava unutar Unije, ali i u njenom neposrednom okruženju. Da bi se takvo što postiglo, standardi tijela za jednakost jesu jedan od vitalnih indikatora da je država spremna da prihvati obavezujuća pravila ponašanja unutar Unije.

Na nacionalnom nivou, to je još jedna od garancija ustavnosti i zakonitosti, kao osnov očekivanja svih ljudi koji se nađu u situaciji podređenosti zbog bilo kog ličnog svojstva. U konkretnom, to znači da bez tijela za jednakost u strukturi institucija zaštite načela jednakosti svi navedeni putevi postaju teži i neizvjesniji.

Literatura

1. Vučinić, N, *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, CID, Podgorica, 2001.
2. Degan, V. Đ, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000.
3. Košutić, B, *Uvod u jurisprudenciju*, CID, 2008.
4. Knežević-Predić, V, Radivojević, Z, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Službeni glasnik RS — Beograd, 2009.
5. Košutić, B, *Osnovi prava Evropske unije*, CID, 2014.
6. Laatikainen, K. V, Smith, K. E, *The European Union at the United Nations*, Palgrave Macmillan, 2006.
7. Lubarda, B, *Evropsko radno pravo*, CID — Podgorica, 2004.
8. McCrudden, C, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights* (2008) 19 EJIL.
9. Muir, E, *The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins*, *German Law Journal*, 2019.
10. O'Byrne, D. J, *Human Rights: An Introduction*, Persons Education, Essex, 2003.
11. Rossi, L. S, Casolari, F, *The Principle of Equality in EU Law*, Springer International Publishing AG, 2017.
12. Sargeant, M, *Discrimination Law*, Pearson Education Limited, London, 2004.
13. Condé, H. V, *A Handbook of International Human Rights Terminology, Second Edition*, University of Nebraska–Lincoln, 2004.

FROM A GENERAL LEGAL PRINCIPLE TO THE INSTITUTIONAL
FRAMEWORK FOR EQUALITY BODIES IN THE EU

General principles of law represent legal norms of an extremely general nature that enable the resolution of disputes for which there is no clear, unconditional and precisely written legal rule. They are common to all types of law, as well as to all developed legal systems, regardless of their legal tradition. It should be emphasized that they were not created to regulate any specific legal relations between specific entities, but in their absence, any legal order would hardly be able to function.

General legal principles as a source of law are created within the Union most often through the practice of judicial institutions. Given that no legal system can be defined exclusively by written sources, in the application of law the EU Court of Justice and national courts refer to these principles when giving meaning to the legal norm.

The fact that these are unwritten sources of law does not diminish their importance and value, given that general principles play a very important role in the law and legal practice of the Union. Namely, they often fill legal gaps or answer questions arising from the interpretation of existing legal acts. The foundations of these principles are common to the legal systems of the member states. Their legal strength is also reflected in the fact that a law that is contrary to general legal principles can be annulled before the Court of the European Union, and a national law that would be contrary to the general principles of EU law, national courts must be exempted from application.

The principle of equality as a general legal principle is incorporated in both primary and secondary EU law, which is dynamically developing, especially after the last revision of contract law (Lisbon Treaty). The sequence of events points to additional empowerment through directives as a form of secondary legislation that bounds member states in terms of its objectives and results. The evolution of those standards led not only to the deepening of substantive legal provisions, but also to new procedural guaranties and organizational forms that are recognized by the unique name of the body for equality. It is now certainly not just a new bureaucratic link with the Union, but an expression of the generally accepted need to establish and strengthen new mechanisms of protection against discrimination, which was partly demonstrated by the example of Montenegro and the shortcomings observed in this country's system.

Key words: general principles of law, human rights, equality and non-discrimination, EU equality law, equality bodies

Recepcija prava Evropske unije u Crnoj Gori — uspješna transplantacija ili iritacija?

U radu se ispituje da li je preuzimanje prava EU u Crnoj Gori proizvelo očekivane integrativne efekte ili je, naprotiv, dovelo do normativnih i institucionalnih „sudaranja”. Korišćenjem normativne analize, a u vezi sa istorijskim razvojem shvatanja određenih privatno-pravnih odnosa, zaključuje se da recepcija prava EU u Crnoj Gori ima obilježja ubrzane transplantacije radi ispunjavanja političkih i pregovaračkih obaveza, koja vrlo često dovodi do pravne iritacije nacionalnog pravnog sistema. Puna internalizacija normi evropskog prava u sudskoj praksi crnogorskih sudova, kao i u društvenoj svakodnevici, i dalje je veoma daleko. Brojni pravni instrumenti, poput negativne nasljedne izjave koja se danas daje pred notarom, ponovo omogućavaju i podstiču prisustvo prastarog običaja odricanja ženskog srodnika od svog nasljednog dijela u korist muškog srodnika. Recepcija prava EU u Crnoj Gori ne može se razumjeti kao pitanje normativne harmonizacije, već kao ozbiljan kulturno-pravni problem u kojem se pravo EU sudara sa postojećim običajnim obrascima pravnog ponašanja. Bez transformacije tih obrazaca svaka pravna transplantacija ostaje površna i proizvodi pravne iritacije.

Pristupanje EU predstavlja proces duboke transformacije nacionalnih pravnih poredaka, u kojem pravo EU djeluje kao glavni instrument evropske integracije. Za Crnu Goru usklađivanje sa pravnom tekovinom (*acquis communautaire*) nije samo zadatak tehničke prirode koji se odnosi na puko normativno usvajanje novih rješenja, već predstavlja vrlo složen proces prilagođavanja institucionalne prakse, pravne kulture i očekivanja društva. Odnosno, izgradnja i izmjena sopstvene pravne kulture zavisna je od promjene i drugih kulturnih obrazaca. Da li je u Crnoj Gori došlo do uspješne transplantacije prava ili do pravne iritacije usljed nesklada između normativnog preuzimanja i institucionalne stvarnosti?

Ključne riječi: privatno pravo, pravo EU, Crna Gora, pravna transplantacija, običajno pravo

Uvod

Osnovno pitanje koje se na ovom mjestu postavlja je da li je u našem društvu zavladao evropski duh i život, evropski odnosi i potrebe, odnosno, da li je u našem društvu potpuno napušten narodni pravni život? Recepcija novog duha prava nije isto što i recepcija samog prava. Evropska unija ne zahtijeva od država kandidata

* Asistent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica; *e-mail*: emil.mujevic@udg.edu.me

samo formalno usklađivanje zakonodavstva sa pravnom tekovinom Unije, već i dubinsku promjenu načina na koji se pravo shvata, primjenjuje i doživljava u svakodnevnom društvenom životu. U tom smislu, recepcija prava Evropske unije ne može se svesti na tehnički zadatak prepisivanja normi, već predstavlja sveobuhvatan kulturno-pravni proces. Uprkos značajnom stepenu normativne harmonizacije, crnogorski pravni sistem i dalje pokazuje ozbiljne teškoće u ostvarivanju temeljnih vrijednosti vladavine prava, pravne sigurnost i institucionalne autonomije. Ova diskrepanca između formalnog pravnog okvira i stvarne pravne prakse upućuje na postojanje dubokih strukturnih problema, koji se moraju objasniti i nečim što nije isključivo normativni nedostatak. Naprotiv, ona ukazuje na veoma jak uticaj neformalnih pravila, običajnih obrazaca i pravne kulture, koji faktički oblikuju ponašanje pravnih subjekata i granice stvarne obaveznosti prava.

U tom smislu, običajno pravo u Crnoj Gori ne djeluje kao arhaični ostatak predmodernog društva, već kao aktivan regulator savremenih imovinsko-pravnih i institucionalnih odnosa. Ono se otkriva kroz personalizaciju pravnih odnosa, tolerisanje selektivne primjene propisa, dominaciju faktičkog stanja nad formalnim pravnim osnovom i sklonost ka rješavanju sporova van institucionalnih procedura. Ovi obrasci su u pravnoj praksi često važniji od pisanih zakona i neposredno utiču na domet recepcije savremenih evropskih pravnih standarda. Ako uzmemo za primjer primjenu privatnog prava na našim prostorima u XIX i XX vijeku, možemo primijetiti faktičko stanje koje vrlo malo odgovara pravnom. Srpski građanski zakonik je predviđao norme sa nedovoljnom snagom da od adresata budu tretirane kao obavezne.¹ Hrvatski privatno-pravni organizam bio je tada podijeljen na imovinski, regulisan austrijskim, i lični dio, regulisan narodnim/običajnim pravom. Norme Austrijskog građanskog zakonika nijesu se primile u narodu. Običajna premoć nad zakonskim pravom očigledna je u brojnim pojavama, a takva je snaga običajnog prava izvirala iz njegove duboke istorijske ukorijenjenosti u etnikume, a još duže na samoj teritoriji na kojoj se primjenjivalo.

Hrvatska je sredinom XIX vijeka bila zemlja austrijskog građanskog prava: Opšti građanski zakonik je od uvođenja na dalmatinsko pravno područje i u Istru tokom druge decenije XIX vijeka, te na hrvatsko-slavonsko područje 1853. godine, sve do stavljanja van snage 1946. bio središnja tačka hrvatskog privatno-pravnog sistema i jedna od okosnica pravnog obrazovanja.² U Boki kotorskoj je formalno va-

¹ Emilija Stanković opravdano navodi „da se teško može reći da su Austrijanci i Srbi tog doba bili prije svega na istom stepenu ekonomskog razvitka, a potom i kulturnog. A kako tek onda reći da im je narodni duh blizak?“, Emilija Stanković, Austrijski građanski zakonik kao izvornik Srpskog građanskog zakonika, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka — Apeiron*, god. 3, br. 3, 2013, str. 119–120.

² Dalibor Čepulo, Tradicija i modernizacija: „Iritantnost“ Općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu, *Liber Amicorum: Nikola Gavella — Građansko pravo u razvoju*, Pravni fakultet, Zagreb, 2008, str. 2.

žio Francuski građanski zakonik tokom kratkog perioda francuske vlasti da bi ga nakon Bečkog kongresa zamijenio Austrijski građanski zakonik. Međutim, u bodeljskoj praksi običajno pravo je bilo veoma prisutno, a naročito u oblasti nasljeđivanja i porodično-pravnih odnosa. Razlog za to je relativno veliko geografska udaljenost Boke od centara Dalmacije i Austrije, pa su administrativni nadzor i primjena austrijskog zakona bili otežani, ali i činjenica da su gradovi poput Kotora i Perasta već imali svoje trgovačke i pomorske običaje, a naročito one koji su regulisali pitanja imovine i ugovora. Austrijski Opšti građanski zakonik, sa svojim odredbama o nasljeđivanju, koje su predviđale nasljedne redove³, pravila o nužnom nasljeđivanju, institut odricanja od nasljedstva⁴, različite forme testamena⁵, zakonsko pravo nasljedstva supružnika⁶, u praksi su nailazile na otpor u smislu da se običajno pravo nasljeđivanja, uređeno kroz sistem „kuća”, tj. zadružnih porodica, primjenjivalo potpuno nezavisno od zakonske utemeljenosti stranog prava.

Običajno-pravno regulisanje društvenih odnosa u Crnoj Gori bilo je pravilo u njenom viševjekovnom trajanju. Iako je Rim osvajanjem ilirskih krajeva početkom nove ere politički pokoravao osvojene narode, ipak je omogućavao nastavak života lokalnih običajnih pravila. Rim je imao u interesu unifikaciju privatno-pravnih odnosa u onoj sferi koja se tiče prava svojine i različitih načina njenog raspolaganja. Nije bilo u interesu rimskog okupatora da dira u temeljne ustanove nacionalnih pravnih kultura kao što su: porodica, brak, nasljeđivanje, odnosi između roditelja i djece, već da omogući nesmetani promet roba i usluga na jedinstvenom tržištu u granicama svog carstva. To je omogućilo nastavak specifičnog običajnog regulisanja onih pravnih ustanova koje su preživjele ne samo rimsku već i potonje okupacije — slovensku i tursku.

³ § 730 ABGB: „Zakonski nasljednici najprije su oni koji su sa ostavioem po bračnom porijeklu srodni u najbližem koljenu. Koljena srodstva određuju se na ovaj način”; § 731 ABGB: „Prvom koljenu pripadaju oni, koji se pod ostavioem, kao svojim rodonačelnikom, sjedinjuju: to jeste ostaviočeva djeca i njihovi potomci”. Princip jednakosti nasljeđivanja muške i ženske djece najočigledniji je primjer odredbe ABGB-a koja svoju primjenu nije našla u praksi i nad kojom je običajno pravo imalo nadmoć. U paragrafu 732 austrijski zakonodavac je propisivao: „ako ostavilac ima bračne djece prvoga stepena, onda njima pripada cijelo nasljedstvo, pa bila djeca muška ili ženska, bila ona rođena za života ostaviočeva ili poslije njegove smrti. Ako ima više djece, ona dijele nasljedstvo po svome broju na jednake djelove. Unuci od još žive djece i prauunci od još živih unuka nemaju prava na nasljeđivanje”

⁴ § 551 ABGB: „Ko svojim pravom nasljedstva može punovažno raspolagati, taj je vlastan odreći se unaprijed toga prava. Takvo odricanje važi i za potomstvo”.

⁵ §577–596 ABGB. Ovim paragrafima predviđene su tzv. spoljašnje forme izjave posljednje volje: van suda ili pred sudom, pismeno ili usmeno, pismeno pak pred svjedocima ili bez svjedoka.

⁶ U paragrafu 757 bilo je propisano da supružniku ostavioica pripada pravo plodouživanja, bez obzira na to ima li on svoga imanja ili ne, na podjednak dio nasljedstva sa svakim djetetom — ako ima troje ili više djece, ali ako ima manje od troje djece — onda četvrtina.

Razvoj prava i pravne misli u Crnoj Gori vuče porijeklo iz starih slovenskih pravnih ustanova koje su u narodu živjele, nasuprot rimskim, germanskim i francuskim recepcijama, iako nije izostao, niti je mogao da izostane, romanski i germanski uticaj, onako i onoliko koliko je Crna Gora s tim zemljama dolazila u trgovinske, ekonomske i međunarodne odnose. Čuvajući u svom pravnom životu stare slovenske (*pr. a.* i pred-slovenske) ustanove, koje vuku porijeklo iz predfeudalnog doba, Crna Gora je trpjela i primala uticaj razvoja pravne nauke i zakonodavstva zapada prilagođavajući ga potrebama svog života.⁷

Princip *bona fides* je u sferi ugovornog prava u Crnoj Gori našao svoju primjenu kroz običajni institut *časne riječi* (ili vjere, odnosno bese) još i prije njegove recepcije u obliku rimskog pravnog principa. Službenosti prolaza, i brojne druge stvarne službenosti, svoju su primjenu našle na našim prostorima mnogo prije zvanične kodifikacije rimskih službenosti kroz crnogorske pravne akte — Zakonik Petra I i Opšti imovinski zakonik. Primjeri primjene običajnih pravila koja su suštinski isto, ali formalno potpuno različito, regulisala privatno-pravne odnose govore nam o kontinuitetu specifičnog i jedinstvenog shvatanja i regulisanja brojnih privatno-pravnih odnosa koji su se jednako primjenjivali i u onim zajednicama koje su ostajale na ovom prostoru iza povlačenja pomenutih okupatora. Na temelju toga možemo smjelo utvrditi da se jedinstvo naših podijeljenih zajednica danas može tražiti u sistemu običajnog prava. Jezici su propadali, državna su se ustrojstva mijenjala, ali je običajno pravo naših naroda ostajalo u velikoj mjeri nepromijenjeno i pored veoma naglašenih političkih, vjerskih i nacionalnih previranja. Osim što je ostajalo nepromijenjeno, ono se je na jednak način shvatalo i pravno tretiralo kako u onim krajevima koji su bili podložni uticaju turske vlasti, ili uticaju rimske crkve, kao i u onim sredinama koje su nastavile ili tek počele njegovati istočno pravoslavno hrišćanstvo.

1. Antinomije transplantacije prava u Crnoj Gori

Interpretacija navedene neusklađenosti prava u djelovima Crne Gore, Hrvatske i Srbije krajem XIX vijeka govori nam o neuspjehu austrijskog zakonodavca da u jednom vremenu nametne nova pravna rješenja (koja su vrlo često u svojoj suštini bila ispravnija sa aspekta savremenog vrednovanja pravednosti). Čuvena rasprava između Pierrea Legranda i Allana Watsona o (ne)mogućnosti uspješne transplantacije pravnih ustanova iz jednog pravnog sistema u drugi, proizvela je barem nekoliko novih teorijskih mogućnosti povodom ovog

⁷ Slobodan Blagojević, *O potrebama izučavanja pravne misli u Crnoj Gori*, CANU, Titograd, 1987, str. 392. Međutim, smatramo da običajno-pravni specifikumi na našim prostorima imaju svoj korijen i u pred-slovenskom period, ali ta tema zahtijeva posebno i temeljno istraživanje.

značajnog pitanja uporednog prava. Naime, Legrand je u svom radu „*The Impossibility of Legal Transplants*” negirao mogućnost transplantacije prava ukazujući na složenost i kulturnu jedinstvenost pravnih sistema u kojima žive pojedine institucije, zbog čega evropski pravni sistemi nisu istovjetni.⁸

S druge strane, Watson je ukazao kako visoka razvijenost nezavisne pravničke profesije omogućava pravnu komunikaciju nezavisno od kulturnog okruženja, ali i nezavisno od funkcionalnih potreba pravnih sistema.⁹ Tako se pravne institucije transplantuju iz jednog pravnog sistema u drugi poput organa koja u novom organizmu treba vršiti istu funkciju koju je vršio i u svom matičnom. Vrlo često se u praksi pokazuje nedovoljna snaga tako donesenog pravila. Ono nailazi na otpor koji država onda pokušava nadoknaditi monopolom prinude koja ima svoj novčani izraz, što za posljedicu ima pravnu nesigurnost uzrokovanu opštim nepovjerenjem u funkcionalnost sopstvenog prava. Nedostatak povjerenja u nove pravne ustanove moguće je izbjeći jedino adekvatnom pripremom društva u koje se ima namjera uvesti novo pravno pravilo. Ta je priprema uvijek zavisna od nivoa kulturne, socijalne, ekonomske i ukupne građanske prosvijećenosti društva. Problem je savremenog društva isključivo politički karakter cjelokupnog zakonodavnog procesa. Politički zamah za velike kodifikacije je, kako kroz istoriju razvoja pravnih sistema i kodifikacija možemo vidjeti, ipak bio nužan uslov kako bi do kodifikacija zaista došlo. Knjaz Nikola, Napoleon III, Marija Tereza i Justinijan, iako u potpuno različitim epohama, snagom svog političkog autoriteta obezbjeđivali su na jednak način naučan pristup u kodifikovanju prava država ili carstava koje su vodili. Ali, odlučivanje o tako važnim pitanjima, kakvo je uvođenje stranih pravnih obrazaca u nacionalni pravni sistem, podrazumijeva uključenost naučnih i kulturnih ustanova, uz minimalan stepen političkog uticaja, s obzirom da se objektivnost pravnih, filozofskih i političkih ideja koje se kodifikacijama uspostavljaju ne može obezbijediti onda kada je politički faktor odlučujući u stvaranju novog prava.

Gunther Teubner, njemački sociolog prava, iznio je drugačiju teoriju o pravnim iritantima. Naime, Teubner tvrdi da tzv. „organske” institucije prava nailaze na različit prijem u drugim pravnim sistema od „tehničkih”.¹⁰ Uvezeni pravni transplant ne funkcioniše u domaćem sistemu kao u zemlji porijekla; domaći sistem ne prihvata stranu normu pasivno, već je prevodi, reinterpreтира i prilagođava lokalnom kontekstu. Time je i Teubner odbacio ideju da pravni transplanti poboljšavaju pravne sisteme po automatizmu, već da često, prema njegovom mišljenju, proizvode neočekivane promjene.

⁸ Pierre Legrand, *The impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, 1997, 111–124.

⁹ Allan Watson, *Pravni transplanti*, Pravni fakultet, Beograd, 2000, str. 95–115.

¹⁰ Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends in New Divergences*, *The Modern Law Review* 61, 1998, str. 14–15.

U Crnoj Gori se recepcija *acquis*-a vrši intenzivno kako se članstvo u Evropskoj uniji približava. Prisutne su značajne reforme u oblasti vladavine prava, pravosuđa, uprave, tržišta. Međutim, borba političkih subjekata oko kontrole nad reformskim mehanizmima, kao i ustanovljanje specijalizovanih tužilaštava, stvaraju paralelne centre moći što u konačnom nema za rezultat suštinsku promjenu ponašanja. Pored toga, i pored recepcije prava EU u oblasti konkurencije, zaštite potrošača, javnim nabavkama, i sl, na primjeru Crne Gore može se uočiti da nezavisna regulatorna tijela (u oblasti energetike, telekomunikacija, ukupne tržišne konkurencije) formalno i dalje postoje, ali da intenzivno funkcionišu kao produžena ruka politike. Na ovim primjerima primjećujemo, kako je ranije i Teubner naglasio, da i pored formalno uspješnog uvođenja *acquis*-a u pravo Crne Gore, stvarni efekti uvijek zavise od lokalnih aktera, političke kulture i institucionalnih praksi.

Zajednice u kojima običajno pravo i u modernom vremenu nailazi na relativno široku primjenu u različitim pravnim oblastima ne mogu na isti način recipirati strano pravo, i pored njegove civilizacijske nadmoći, kao što su to mogle one zajednice koje imaju dužu zakonodavnu istoriju i istoriju političkog suvereniteta zasnovanog na zakonu. Suverenitet Crne Gore različit je u tom smislu jer se isti uspješno održavao u većem periodu svoje istorije u ambijentu okupacije. Onda kada je sistem novih zakonskih pravila nailazio na nasilan otpor njega je zamijenilo drevno običajno pravo. Na temelju običajnog prava su brojna plemena Crne Gore sačuvala posebna obilježja svog identiteta i kulture, koja je, i pored različitosti u vjerskom opredjeljenju, u sferi običaja ostala ista kod svih.

Prema Bogišićevim riječima „u slovenskoj familiji vlada načelo zadrugnosti i ravnopravnosti. Ni osobe članova koji zadrugu sačinjavaju, niti imetak nije svojina ni domaćina ni pojedinca, nego cijele familije, kao nekakve moralne osobe, a pojedinci su samo zaživotni uživaoci. Ali ni diobom pojedinac ne postaje neograničenim vlasnikom imetka koji mu u dio dođe, nego samo što od prijašnje jedne moralne osobe postaje diobom više njih. U ovoj vrsti familije, budući više otaca pa više i djece, domaćin ni izdaleka nema one vlasti na osobu pojedinaca ni na obiteljski imetak, kako bi inače imao. Sam naziv zadruga koji se najobičnije čuje u Srbo-Hrvata najbolje nam njezinu osobitost označuje. Domaćin ovdje ako i ima vrhovnu vlast nad cijelom zadrugom, kako i treba da je ima, nema je po sebi i radi sebe *ex se auctoritate proprio*, nego jer mu je članovi dadoše — *potestas delegata* pa došao on do nje izborom ili starješinstvom.”¹¹ Višečlano porodično udruživanje obilježje je svih porodično-pravnih odnosa u Crnoj Gori i kod velikog dijela Južnih Slovena. Bogišić je za ovaj tip porodice koristio izraz koji se koristio u Crnoj Gori — „kuća”.

¹¹ Valtazar Bogišić, *Pravni članci i rasprave*, Geca Kon, Beograd, 1927, str. 134. O zadrugnoj porodici kod Južnih Slovena uopšte vidi i: Živojin Perić, *Zadrugno pravo po građanskom zakoniku Kraljevine Srbije*, Geca Kon, Beograd, 1913.

U vremenu kada je bilo potrebno modernizovati Crnu Goru i učiniti njeno cjelokupno stanovništvo podložnim sistemu privatnog prava izloženog u zakonskom tekstu, koje je sankcionisano aparatom državne prinude, Bogišić je ispravno odlučio da u tom poslu iz kodifikacije treba izbaciti oblast porodičnog i nasljednog prava. Ličan karakter većine porodično-pravnih odnosa (poput braka, odnosa između roditelja i djece, lične obaveze supružnika, prava i obaveza supružnika povodom vođenja zajedničkog domaćinstva) se u Crnoj Gori XIX vijeka mogao sagledavati kroz tri modela, i to s obzirom na pripadnost jednoj od tri dominantne religije na prostoru Crne Gore tada i sad: rimokatoličanstvo, pravoslavlje i islam. Kako donijeti jedinstvene norme o načinu zaključenja braka i o osnovnim pravima i obavezama supružnika ako se istovremeno brak zaključuje na tri različita načina, odnosno, kroz tri različite vjerske forme? Kako izbjeći antinomije neuspješne transplantacije prava koje ne nailazi na jednaku primjenu u svim krajevima Crne Gore, a pogotovo u onima u kojima se običajno pravo i dalje u značajnoj mjeri primjenjuje u privatno-pravnim odnosima ličnog karaktera?

2. Unifikacija ili dezintegracija

Početak ovog milenijuma intenzivirala se težnja u nekim evropskim centrima za donošenjem jedinstvene evropske kodifikacije privatnog prava.¹² Da li možemo zamisliti važenje nekog novog evropskog *Corpus Iuris Civilis* u 2025. godini? Jedan od najranijih poduhvata koji su pokrenuti radi ujednačavanja privatnog prava u Evropskoj uniji jeste inicijativa za izradu Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law — PECL) od strane Komisije za evropsko ugovorno pravo. Danski profesor građanskog i trgovinskog prava Ole Lando je u akademskoj zajednici predstavio ideju o izradi nacrtu budućeg Evropskog jedinstvenog trgovinskog zakonika, odnosno — Načela evropskog ugovornog prava. Projekat je bio podržan neformalno od Komisije Evropske ekonomske zajednice i 1980. godine je formirana Komisija za evropsko ugovorno pravo (Commission on European Contract Law — CECL), koja se naziva i Landova komisija, po svom idejnom tvorcu. Ideja kojom se ova Komisija rukovodila kao i njen ukupan rad bili su odlični: u radu Komisije učestvovali su predstavnici akademske zajednice i pravnici praktičari, a činili su je pravnici iz svih država tadašnje Evropske zajednice, a potom Evropske unije. Širenjem Evropske unije uvećavao se i broj članova Komisije koji su svi trebali doprinijeti njenom radu poznavanjem svojih nacionalnih pravnih sistema. Treba napomenuti da Načela

¹² Ideja se javila u drugoj polovini XX vijeka, najviše kroz radove pravnika poput: Christian von Bar, Hugh Beale, Ole Lando, Giuseppe Gandolfi i drugi. Njihova vizija bila je stvoriti jedinstveni evropski građanski zakonik kojim bi se harmonizovalo obligaciono (a posebno ugovorno) pravo, stvarno pravo a djelimično i porodično i nasljedno.

evropskog ugovornog prava nemaju formalno-pravno obilježje pravnog akta, već predstavljaju neformalan akademski doprinos nezavisnih stručnjaka za privatno pravo.¹³

Lando je ukazivao da u temelju ideje o jedinstvenom privatno-pravnom okviru za evropske zemlje leži uvjerenje da uprkos značajnim razlikama postoje i brojne sličnosti i poveznice između nacionalnih prava pojedinih država članica koje omogućavaju da se pronađe ovo tako potrebno zajedničko jezgro.¹⁴ Najvažnije sličnosti ogledaju se u glavnim ideološkim postavkama, što i pored razlika na kraju dovodi do istih ili sličnih rezultata u sudskom rješavanju pravnih problema.¹⁵ Prema njegovom shvatanju evropski pravni prostor počiva na istim temeljima i povezuje ga zajedničko slično shvatanje većine pravnih vrijednosti. Tome je uzrok zajednička opšta i pravna istorija većine evropskih zemalja kao i zajednički kulturni obrasci koji su se u viševjekovnim procesima međusobno preplitali formirajući savremeni evropski prostor.

Iako Načela nikada nijesu postala obavezan dio evropskog pravnog poretka, ipak su ona postala sastavni dio najambicioznijeg pokušaja stvaranja Evropskog građanskog zakonika (*Common Frame of Reference*), ali je u svakom slučaju akademski doprinos ujednačavanju privatnog prava u savremenoj Evropi važno pomenuti zbog metodološkog pristupa Komisije u činjenice da danas žive kao *soft law* i referentni model u evropskom ugovornom pravu. Posebno je ovaj model trebao poslužiti u aktelnom postupku kodifikovanja građanskog prava u Crnoj Gori.

2.1. Istorijski kontekst recepcije prava u Crnoj Gori

Ako uzmemo u obzir Bogišićeve poteškoće u počecima rada na kodifikaciji crnogorskog privatnog prava, onda kada je naišao na nemoćnost donošenja jedinstvenih normi za lično-pravna pitanja, biće nam jasno da je rad na donošenju takve jedinstvene evropske privatno-pravne kodifikacije već osuđen na propast. Pa, čak je i sami Rim dozvoljavao osvojenim provincijama gotovo potpunu upotrebu običajnog prava u porodičnim i nasljedno-pravnim odnosima. Ako je zadatak pravne norme i samog prava da uredi društvene odnose na taj način da se s obzirom na donijetu presudu ili rješenje može izvršiti opšta legitimizacija iste, zar neće pretjerano zadiranje zakonodavca

¹³ Godine 2003. je tzv. Treća komisija za evropsko ugovorno pravo završila nacrt Načela i objavila ih. On sadrži 18 poglavlja (opšte odredbe, zaključenje ugovora, ovlaštenja zastupnika, valjanost ugovora, tumačenje ugovora, sadržaj i dejstvo ugovora, ispunjenje ugovora, neispunjenje ugovora i pravna sredstva, posebna pravna sredstva u slučaju neispunjenja, obaveze više strana, ustupanje potraživanja, promjena dužnika, ustupanje ugovora, kompenzacija, zastarijevanje, ništavost, uslovi, kapitalizacija kamate).

¹⁴ Silvija Petrić, Uvod u Načela evropskog ugovornog prava (Landova načela), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1, 2008, str. 9–10.

¹⁵ Ole Lando, Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium, in P. Wahlgren (ed.), *Legal Theory*, Stockholm, 1995, str. 355.

u pitanja koja „ne mora” na jedinstveni način urediti ipak dovesti do razjedinjenja same zajednice? Zakon bi trebao da uređuje društvene odnose shodno društvenim potrebama, a pitanje je da li je, primjera radi, evropskom društvu bilo potrebno jedinstveno regulisanje porodično-pravnih pitanja.

Međutim, iako se u Crnoj Gori XIX vijeka nominalno težilo stvaranju jedinstvenog pravnog poretka, stvarna primjena prava i dalje je ostajala duboko ukorijenjena u običajnom pravu. Norme propisane Zakonikom knjaza Danila (1855), a kasnije i Opštim imovinskim zakonikom (1888), nijesu mogle u potpunosti potisnuti pravne institute koji su tokom generacija oblikovali društveni život. Posebno u sferi nasljednog i porodičnog prava, običaji su nastavili da imaju primat nad pisanim pravilima, čak i onda kada su ona formalno bila preciznija, modernija i sistematičnija. Ovakvo stanje bilo je donekle analogno situaciji u južnim djelovima Austro-Ugarske monarhije, gdje je Austrijski građanski zakonik važio kao formalan izvor prava, ali su mnogi pravni odnosi — naročito u oblasti nasljeđivanja, porodičnih imovinskih odnosa i prava na nekretninama i dalje bili regulisani običajima.

Kad govorimo o običajnom pravu u Crnoj Gori, iako veoma neodređeno, ipak se može konstatovati da je raspadom srednjovjekovne države Zete bio zaustavljen njen kakav-takav zakonodavni kontinuitet. Tako je prestala svaka mogućnost za samostalni razvitak pravnih teorija i doktrina. Prvi crnogorski pisani zakonik nastao je 1798. godine (Zakonik obšči crnogorski i brdski) koji je dopunjen 1803. Poznat je i pod imenom njegovog tvorca, mitropolita Petra I Petrovića. Ovaj zakonik nije kodifikacija u modernom značenju te riječi, već ga karakteriše manjak zakonodavnog iskustva i pravne nauke. Međutim, sasvim drugi značaj ima ovaj zakonski spomenik kad se posmatra sa stanovišta pravnih izvora i smisla društvenih koncepcija koje je izražavao.¹⁶ To je bio zakonik koji je odražavao realne društvene uslove i autentične prilike narodnog života, odnosno, to je bila, u dobroj mjeri, kodifikacija običajnog prava koja je sadržala više pravnih oblasti: građansko, krivično, porodično, javno pravo itd. S obzirom na nedostatak pravne nauke u Crnoj Gori XVIII vijeka, kao i s obzirom na odavno zaboravljenu zakonodavnu djelatnost koja se danas u svojoj najčistijoj formi otkriva kroz tekstove srednjovjekovnih primorskih statuta, ne treba čuditi što Zakonik Petra I predstavlja kodifikaciju crnogorskog običajnog prava, sa svim svojim specifičnim ustanovama različitih pravnih oblasti, od kojih između ostalih pominjemo pravo preče kupovine, ustanovu soka ili sodžbine, pravila o krvnoj osveti, kolektivnu odgovornost bratstva/plemena, itd. Uopšte govoreći, osnovni crnogorski zakoni koje je državna vlast donijela u toku XIX vijeka bili su dijalektički spoj prava i morala. Pravo se oslanja na moral; moralna norma sadržinski tumači, bliže opredjeljuje normu

¹⁶ Tomica Nikčević, Problemi recepcije običajnog prava u kodifikacijama građanskog prava u Srbiji i Crnoj Gori XIX vijeka, *Istorijski zapisi*, 1–4/2006, str. 86.

običajnog prava i određuje domet njene primjene. Relevantna je ne svaka moralna norma već ona čije pravilo u dobrim običajima živi.¹⁷

Pored toga, treba napomenuti da je u skladu sa hrišćanskom tradicijom želja tadašnjeg mitropolita bila da podigne plemena na stepen državnog zajedništva. Plemensko društvo se opiralo tom zajedništvu i radije se držalo sakralnog prava. Plemensko društvo je uvijek bilo bogatije pavnom nego bilo kakvom drugom filozofijom. Zato je teško prihvatilo nove religije i pokornost crkvenoj i državnoj aparaturi.¹⁸

U Crnoj Gori je borba između običajnog i evropskog/rimskog prava bila izrazita kod porodice i nasljedstva. U Primorju porodica poprimala sve više oblik evropske gradske porodice, a u kontinentalnom dijelu primjena običajnog prava u ovim pitanjima bila je konstantna. Samim tim, porodične zadruge ili *kuće* su vrlo brzi iščezle iz Primorja, a ni vlast kućnog starješine više nije imala ona obilježja koja su nastavila da žive u *kućama* kontinentalnog dijela i kasnije. U trgovačkom saobraćaju sa primorskim gradskim centrima Crne Gore je ušla u dužničko-povjerilačke odnose i razvila pravne ustanove vezane za prostu robnu razmjenu (kupoprodaja, zajam, jemstvo, ortakluk). I jedne i druge ustanove nijesu prenošene u Crnu Goru u čistom, već u „deformisanom” obliku; njihova recepcija je djelimična i saobražena je domaćim, konkretnim uslovima. Proces uzajamnog prožimanja prava Crne Gore i Primorja i osobiti položaj Primorja u robnom prometu učinili su da „starinske”-„plemenske” uredbе ranije nestanu u Primorju nego u Crnoj Gori.¹⁹

Zadružni sistem porodica u Crnoj Gori direktno je bio suprotan načelima Austrijskog građanskog zakonika i drugih evropskih kodifikacija. Ona je element karakterističan prije svega za ruralne krajeve, ali je postojala i u gradovima i bila je regulisana običajnim pravom koje nije postojalo u pisanom obliku. Stoga, osnovni oblik udruživanja više lica koji se temelji na krvnom srodstvu nije imao svoje uporište u zakonskim već u običajnim normama. Ovdje valja pomenuti i čl. 47 Zakonika knjaza Danila, koji dopušta sinovima da se mogu dijeliti od roditelja, tek ako ovi na to pristanu; međutim, iako je motivisan potrebom održavanja zadruge, ovaj propis je običajno-pravnom praksom stavljen izvan primjene i ostao je mrtvo slovo. Bez obzira na saglasnost roditelja, sinovi su imali pravo da se dijele od oca, čim punoljetni postanu.²⁰ Dakle, običajno-pravni obrasci su u Crnoj Gori bili u određenom broju slučajeva i oni koji su derogirali zastarjele zakonske odredbe, koje su, opet, na osnovu starije običajno-pravne prakse i nastale kao takve. Običajno pravo je u Crnoj Gori bila ključna referentna tačka za pojmove pravde i pravice.

¹⁷ Petar Stojanović, *Nastajanje savremenog prava u Crnoj Gori (1850–1900)*, knj. 1, CANU, Titograd, 1991, str. 45.

¹⁸ Milutin Đuričić, *Običaji i verovanja Albanaca*, Beograd, 1994, str. 314.

¹⁹ Petar Stojanović, *Studije i članci — Strani uticaji u crnogorskom pravu*, tom II, CID, Podgorica, 2009, str. 115.

²⁰ P. Stojanović (1991), *op. cit.*, str. 45.

Posebnosti istorijskog razvoja Crne Gore i njenog državno-pravnog sistema uslovile su poseban odnos savremenih Crnogoraca prema običajno-pravnim normama koje odstupaju od uspostavljenih zakonskih odredbi. Poznato je da princip prioriteta muških u nasljeđivanju potiče iz srednjovjekovnog slovenskog prava.²¹ Nepostojanje građanskih prava žena u crnogorskoj patrijarhalnoj porodici do XX vijeka doprinijelo je veoma nepovoljnom položaju žene u nasljednom pravu nekadašnje Crne Gore. Položaj žene kretao se od potpunog nepriznavanja do ograničenih nasljednih prava davanjem prava plodouživanja iza smrti supruga, čak i na stvarima koje je žena donijela u bračnu zajednicu i na kraju davanjem prava svojine ženama na naslijeđenim stvarima kao savremenije rješenje. Kako zaključuje Petar Stojanović, nasljedno-pravni položaj žene prirodno je mjerilo odnosa između privatno-svojinskih odnosa i rodovskog ustrojstva crnogorskog društva. Što je društvo odbojnije prema nasljednom pravu odive, to su i tragovi roda snažniji i više prisutni u društvenoj praksi i obratno.²² U drugoj polovini XIX vijeka više slabi u intenzitetu odbojan odnos prema nasljednom pravu žene: to pravo je potpunije, kako u pogledu obima, tako i u intenzitetu.²³

Mihailo Konstantinović je tvorac Saveznog Zakona o nasljeđivanju iz 1955. godine („Službeni list FNRJ”, br. 20/55) kojim je konačno potpuno izjednačen nasljednopravni položaj oba bračna partnera, s tim što oba partnera ulaze u konkurenciju za nasljeđivanje sa najbližim srodnicima.²⁴ Međutim, treba uzeti u obzir da je ovaj zakon postao primjenjiv samo uslovno: u Crnoj Gori je i tada, i danas, ostao prisutan običaj odricanja ženskog nasljednika u korist njenog muškog srodnika. Primjer odricanja sestre/žene od dijela nasljedstva u korist njihovog muškog srodnika, kao prastari običaj, nalazi svoju olakšanu primjenu u savremenoj pravnoj praksi u Crnoj Gori kroz različite pravne instrumente od kojih se posebno izdvaja mogućnost davanja negativne nasljedne izjave pred notarom.

3. Izmjena kulturnih obrazaca — nužan uslov za uspješnu recepciju

Na osnovu izloženog možemo zaključiti da Crna Gora nije društvo u kojem se može pravilno izvršiti recepcija nove pravne kulture bez prethodne temeljne pripreme njenih građana na tako složen proces. Isto tako, sudije u Crnoj Gori nijesu na adekvatan način

²¹ P. Stojanović (2009), *op. cit.*, str. 114. O tome takođe: Aleksa S. Jovanović, Prilog našem starom nasljednom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 4/1906, Beograd, str. 307–310.

²² P. Stojanović (1991), *op. cit.*, str. 103.

²³ Ibid.

²⁴ M. Počuča, D. Krstinić, *Nasljedno pravo*, Novi Sad, 2022, str. 91. Takođe: Antić, O, Kadić, Lj, *Osnovi nasljednog prava Crne Gore i Srbije*, Pravni fakultet, Podgorica, 2012, str. 28 i dalje.

pripremljene za primjenu novih pravnih normi. Poseban problem predstavlja preuzimanje terminologije prava EU bez prethodnog prilagođavanja jezičkim obrascima na koje je navikla sudska praksa Crne Gore.²⁵ Time se stvaraju norme koje su formalno „evropske”, ali funkcionalno nejasne onima koji ih trebaju primijeniti. Osim toga, pozivanje na praksu Suda pravde EU je rijetko, a načela poput neposrednog dejstva prava EU i njegove supremacije uglavnom ostaju u domenu teorijskog koncepta. Time se dolazi do faktičke situacije gdje se pravo EU pretvara u eksterni element koji ne mijenja suštinski način pravnog rasuđivanja, primjene i tumačenja prava.

Čini se da se u neophodnoj borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije prilično dugo zanemaruje usredsređenost države i stručne javnosti na svakodnevna pitanja koja stvaraju probleme u funkcionisanju prava.²⁶ Usvajanje „evropskih” zakona služi kao dokaz formalnog napretka u procesu pristupanja, dok se njihove stvarna primjena marginalizuje. Izvještaji Evropske komisije redovno ukazuju postojanje solidnog normativnog okvira, ali i na hronične probleme u njegovoj implementaciji. Ova diskrepanca potvrđuje da se evropska integracija u značajnoj mjeri odvija na nivou normativne simbolike, a ne institucionalne prakse.

U kontekstu imovinskih odnosa, običajno pravo u Crnoj Gori funkcioniše kao skup nepisanih pravila koja uređuju odnose prava svojine, korišćenja i raspolaganja nepokretnostima, često nezavisno od formalnog pravnog okvira.²⁷ Ova pravila ukorijenjena su u porodičnim, plemenskim i lokalnim zajednicama i prenose se generacijama. Takvi običajni obrasci često daju prednost faktičkom stanju i dugotrajnom korišćenju nad formalnim pravnim osnovom, što dovodi do relativizacije značaja upisa u katastar nepokretnosti. Pravna kultura koja toleriše ili čak legitimiše neformalnost u imovinskim odnosima stvara ambijent u kojem se formalni instituti građanskog prava doživljavaju kao sekundarni ili instrumenti koji se aktiviraju

²⁵ Bogišić govori o tome koliko je kodifikatoru prava potrebno temeljno poznavanje jezika onog društva čije pravo kodifikuje: „Svakome je poznato koliko je neophodno ozbiljnom ispitivaču prava opširno znanje jezika onoga naroda pravo kojega postalo je predmet njegovih istraživanja i suđenja. To njegovo znanje ne mora se ograničavati datim literarnim jezikom, no mora dopirati i do živoga govora prostoga naroda, njegovih narečja i provincijalizama, naročito kad se govori o riječima koje imaju značaj tehničkih termina” u Valtazar Bogišić, *Pravni članci i rasprave — o obradi običajnog prava*, Geca Kon, Beograd, 1927, str. 92.

²⁶ Kao i svi raniji, tako i Izvještaj Evropske komisije o napretku za 2025. godinu, posebnu pažnju posvećuje poglavljima 23 i 24 — vladavina prava, borba protiv korupcije i efikasnost pravosuđa. Ističući da je problem funkcionalnosti crnogorskog pravosuđa najevidentniji u toj oblasti, Evropska komisija partnerski sa crnogorskim vlastima u višegodišnjem nizu ignorišu opšta pitanja pravne usklađenosti crnogorskog sa pravom EU.

²⁷ Više o tome: Zoran Rašović, *Stvarno pravo*, Pravni fakultet, Podgorica, 2010, str. 89–114; Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1999, str. 56–63; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 1984, str. 15–16 i 167–180.

samo u slučaju spora. Tim se gubi preventivna funkcija prava, a pravna sigurnost postaje selektivna.

Primjera radi, negativna nasljedna izjava predstavlja pravni mehanizam kojim nasljednik izjavljuje da ne prihvata nasljedstvo, čime se razrješavaju potencijalni sporovi i obezbjeđuje jasnoća u pogledu nasljedno-pravnih odnosa. U savremenom građanskom pravu ovaj institut ima za cilj da spriječi pravnu nesigurnost i produžene imovinske sporove, ali u praksi se ona često ne daje u skladu sa zakonskim zahtjevima ili se uopšte ne daje, jer se nasljedni odnosi uređuju prema običajnom pravu. Često se smatra da formalna izjava nije potrebna ukoliko postoji konsenzus među članovima porodice. Posljedica ovakve prakse jeste postojanje formalnih vlasnika koji faktički ne raspolažu imovinom, kao i faktičkih korisnika bez pravne titule. Time negativna nasljedna izjava gubi svoju pravnu funkciju i postaje puka formalnost. Posebno je pitanje da li primjena ovog mehanizma u Crnoj Gori u XXI vijeku, kada je i dalje u nasljeđivanju značajno prisutno običajno pravo, predstavlja samo olakšan put za pravnu formalizaciju jednog civilizacijski prevaziđenog običaja. Na ovom primjeru može se uočiti pravna iritacija ne samo nacionalnog pravnog sistema, već recept za pospješivanje te iritacije na osnovu neadekvatne primjene jednog građansko-pravnog instituta kroz notarsku praksu.

Pravo EU, dakle, u mnogim segmentima u Crnoj Gori ne djeluje kao pasivni transplant, već kao element koji remeti postojeće običajne obrasce (ili pospješuje primjenu zastarjelih običaja kao što smo vidjeli u prethodnom primjeru) i izaziva prilagođavanja unutar sistema. Međutim, u odsustvu temeljnih kulturnih pojava, ove iritacije ne dovode do transformacije društva, već do stvaranja hibridnog pravnog poretka u koje formalno evropske norme koegzistiraju sa neformalnim običajnim pravilima.²⁸

Iskustvo Crne Gore pokazuje da evropske integracije ne mogu biti svedene na normativni projekat, već da se za uspješnu recepciju podrazumijeva promjena pravne svijesti, profesionalne etike i odnosa prema autoritetu prava. Crna Gora je 2025. godine društvo u kojem se promjena pravne svijesti ne događa po vremenskim mjerilima savremenih evropskih država (ostaci kulture razvijene usljed vjekovnog plemenskog organizovanja i dalje su veoma izraženi).²⁹ Pitanje je u kojoj mjeri crnogorsko društvo i želi promjene. Problemi abortusa,

²⁸ U Crnoj Gori, zapravo, pravo EU ulazi u pravni sistem u kojem neformalna pravila često imaju prednost nad formalnim normama i umjesto da transformišu postojeće obrasce pravo EU se često prilagođava njima, gubeći dio svog normativnog potencijala. Rezultat ovog procesa nije odbacivanje prava EU, već njegova selektivna i instrumentalizovana primjena, u kojoj se evropski standardi koriste kada su kompatibilni sa postojećim običajima, a zanemaruju kada ih dovode u pitanje.

²⁹ Đurica Krstić zaključuje da se mnoga načela nekadašnjeg običajnog prava, čija je sadržina pozitivna u odnosu na savremena shvatanja, nastavljaju primjenjivati i danas. To će se, prema njegovim riječima, nastaviti sve dok se ne izmijene stvarni društveno-ekonomski odnosi koji su je u prošlosti stvarali. Kad prestane stvarna potreba za takvim običajnim pravilima ona će nestati i bez formalne

surogat majčinstva, nasljeđivanja ženskih članova porodice, istopolnih brakova, usvajanja djece od strane partnera istog pola koji žive u zajednici života, jesu problemi koji će opterećivati crnogorsko društvo. Da li promjena pravne svijesti zavisi od prethodne promjene i drugih kulturnih obrazaca?

Pored toga, kodifikatorsko pregnuće Komisije za izradu Nacrta Građanskog zakonika Crne Gore ne uliva nadu za uspostavljanjem trajno funkcionalnog zakonskog teksta koji neće naići na otpor društvene stvarnosti. Dok je Valtazar Bogišić jašući svog konja po crnogorskom kršu i brdima ispitivao narodnu volju o pravnim pitanjima, stavljajući akcenat upravo na nju, dotle se savremeni kodifikatori crnogorskog građanskog prava na ispitivanje društva (a koje ne predstavljaju političke partije, sindikati ili privredna društva) ne obaziru u potrebnoj mjeri. Samo onaj zakon koji je legitimisan od zajednice ima svoju trajnost.

Zaključak

Običajno pravo mijenja se isključivo kroz promjenu očekivanog ponašanja. Trenutni obrasci koji u društvenoj stvarnosti Crne Gore postoje, a koji se odnose na neformalno afirmisanje negativnih postupanja u cilju ostvarivanja svog prava, mogu se promijeniti onda kada institucije počnu nagrađivati zakonito ponašanje, a sudovi sistemski počnu odbijati neformalne argumente. Svaka takva presuda mijenja očekivanja ponašanja u društvu. Ako institucije ne rade očekivanom brzinom, ljudi traže „vezu”. To nam govori da se spojem brzine, predvidljivosti i dosljednosti u primjeni pravnog pravila obezbjeđuje optimalna promjena običajno-pravnog ponašanja. Običaji se moraju mijenjati iskustvom, a ne ideologijom. Kulturna reforma u Crnoj Gori u cilju obezbjeđivanja uspješne transplantacije prava EU podrazumijeva i izgradnju shvatanja o važnosti profesionalne lojalnosti državnom pravu kao najvažnijem sistemu za regulisanje društvenih odnosa. Do očekivane promjene zastarjelog shvatanja prava i izgradnje sopstvene pravne kulture kao savremene, civilizovane evropske države, doći će, po prirodi stvari, onda kada društvo u Crnoj Gori rekonstruiše svoje običajne obrasce u skladu sa zahtjevima vladavine prava. Legitimizacija pisanog prava u Crnoj Gori i dalje traje, ali zakoni vrlo često proizvode otpor zajednice. Onda kada formalne norme postanu opšteprihvaćena pravila ponašanja, a institucije steknu autoritet koji nadilazi lične i neformalne odnose, recepcija prava Evropske unije može proizvesti trajne i stabilne efekte. Do tada, izmjena ustaljenih obrazaca ponašanja vodiće ka trajnom gubitku onih proizvoda crnogorske kulture koji su u sebi sadržavali određenu ili određivu mjeru pravde, što će ulaskom Crne Gore u Evropsku uniju dovesti i do trajnog gubitka kulturnog suvereniteta.

zakonske intervencije u tom smislu. Vidi: Đurica Krstić, *Pravni običaji u prošlosti i danas — komparacije i koncepcije*, CANU, Podgorica, 1997, str. 162–163.

Literatura

1. Antić, O, Kadić, Lj, *Osnovi naslednog prava Crne Gore i Srbije*, Pravni fakultet, Podgorica, 2012.
2. Blagojević, S, *O potrebama izučavanja pravne misli u Crnoj Gori*, CANU, Titograd, 1987.
3. Bogišić, V, *Pravni članci i rasprave*, Geca Kon, Beograd, 1927.
4. Bogišić, V, *Izabrana djela — Građa u odgovorima iz različitih krajeva slovenskog juga*, CID, Podgorica, 2004.
5. Bogišić, V, *Izabrana djela — Studije i članci*, CID, Podgorica, 2004.
6. Vedriš, M, Klarić, P, *Osnove imovinskog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 1984.
7. Đuričić, M, *Običaji i verovanja Albanaca*, Beograd, 1994.
8. Jovanović, A, Prilog našem starom naslednom pravu, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 4, Beograd, 1906.
9. Krstić, Đ, *Pravni običaji u prošlosti i danas — komparacije i koncepcije*, CANU, Podgorica, 1997.
10. Lando, O, Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium, in P. Wahlgren (ed.), *Legal Theory*, Stockholm, 1995.
11. Legrand, P, The impossibility of Legal Transplants, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, 1997.
12. Nikčević, T, Problemi recepcije običajnog prava u kodifikacijama građanskog prava u Srbiji i Crnoj Gori XIX vijeka, *Istorijski zapisi*, 1–4, 2006.
13. Perić, Ž, *Zadružno pravo po građanskom zakoniku Kraljevine Srbije*, Geca Kon, Beograd, 1913.
14. Petrić, S, Uvod u Načela evropskog ugovornog prava (Landova načela), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1, 2008.
15. Počuča, M, Krstinić, D, *Nasljedno pravo*, Novi Sad, 2022.
16. Rašović, Z, *Stvarno pravo*, Pravni fakultet, Podgorica, 2010.
17. Stanković, O, Orlić, M, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1999.
18. Stanković, E, Austrijski građanski zakonik kao izvornik Srpskog građanskog zakonika, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka — Apeiron*, god. 3, br. 3, 2013.
19. Stojanović, P, *Nastajanje savremenog prava u Crnoj Gori (1850–1900)*, knj. 1, CANU, Titograd, 1991.
20. Stojanović, P, *Studije i članci — Strani uticaji u crnogorskom pravu*, tom II, CID, Podgorica, 2009.
21. Teubner, T, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends in New Divergences, *The Modern Law Review*, 61, 1998.
22. Čepulo, D, Tradicija i modernizacija: „Iritantnost” Općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu, *Liber Amicorum: Nikola Gavella — Građansko pravo u razvoju*, Pravni fakultet, Zagreb, 2008.
23. Watson, *Pravni transplanti*, Pravni fakultet, Beograd, 2000.

RECEPTION OF EU LAW IN MONTENEGRO —
SUCCESSFUL TRANSPLANTATION OR IRRITATION?

This paper examines whether the adoption of EU law in Montenegro has produced the expected integrative effects or, on the contrary, has led to normative and institutional „clashes”. Using normative analysis in relation to the historical development of the understanding of certain private-law relations, it concludes that the reception of EU law in Montenegro has features of accelerated transplantation aimed at fulfilling political and negotiation obligations, which very often leads to legal irritation in the national legal system. Full internalization of European law norms in the judicial practice of Montenegrin courts is still very far off. Numerous legal instruments, such as the negative inheritance statement currently made before a notary, once again allow and even encourage the presence of the ancient custom of a female relative renouncing her share of an inheritance in favor of a male relative. The reception of EU law in Montenegro cannot be understood merely as a matter of normative harmonization, but as a serious cultural-legal problem in which EU law clashes with existing customary patterns of legal behavior. Without transforming these patterns, any legal transplantation remains superficial and produces legal irritation.

Accession to the EU represents a process of deep transformation of national legal systems, in which EU law acts as the main instrument of European integration. For Montenegro, harmonization with the *acquis* is not just a technical task related to the mere normative adoption of new solutions, but represents a very complex process of adapting institutional practice, legal culture, and social expectations. In other words, the construction and modification of one's own legal culture depends on the change of other cultural patterns as well. The question is whether Montenegro has experienced a successful transplantation of law or legal irritation due to the discrepancy between normative adoption and institutional reality?

Key words: private law, EU law, Montenegro, legal transplantation, customary law

Institut arbitrabilnosti u crnogorskom Zakonu o arbitraži: kritički osvrt i prijedlozi reformi

Nema transcendentnog određenja pojma arbitrabilnosti, već je on definisan na osnovu njegovog uređenja u pojedinim pravnim porecima i teorijskog određenja njegovih mogućih sadržaja. Jedan od načina na koje možemo definisati arbitrabilnost je da je to složen pojam kojim se definiše šta može da bude predmet arbitraže (arbitrabilnost *ratione materiae*) i ko mogu biti strane potpisnice arbitražnog ugovora (arbitrabilnost *ratione personae*).

Imajući u vidu da je pitanje arbitrabilnosti pitanje koje zauzima centralno mjesto u modernom arbitražnom pravu, jasno je da je od značaja za cjelokupno arbitražno pravo jedne zemlje da arbitrabilnost i njene granice budu pažljivo i valjano regulisane. Cilj ovog rada proistekao je iz brige autorke usmjerene upravo ka tome, pa je rad strukturisan tako da će se, nakon što ponudi teorijski osvrt na pitanje arbitrabilnosti, usko opredijeliti za analizu crnogorskog pravnog sistema i predstaviti način na koji je crnogorski zakonodavac riješio ovo pitanje. Kroz uporednopravni pristup i pregled izdvojenih pozitivnopravnih rješenja arbitražnog prava u regionu — u Srbiji, Hrvatskoj i Sloveniji — nastojace se da se objasne manjkavosti crnogorskog rješenja pitanja arbitrabilnosti i biće predložene njegove odgovarajuće reforme.

Ključne riječi: arbitrabilnost, granice arbitrabilnosti, arbitraža, arbitražni tribunal, autonomija volje

Uvod

Različiti autori definisali su arbitražu na različite načine pa opšteprihvaćena definicija još uvijek ne postoji, za šta najvjerovatnije možemo kriviti njenu dugu istoriju i obimnu primjenu, koja pokazuje pretenziju stalne ekspanzije.¹ Ako krenemo od najjednostavnijih i najočiglednijih karakteristika, reći ćemo da je arbitraža jedan od alternativnih načina rješavanja sporova. Sa druge strane, najsazetije bismo je, uzimajući u obzir uređenje instituta u većini pravnih sistema, uključujući i crnogorski, definisali kao privatno suđenje.

I zaista, stranke se u slučaju arbitraže sporazumijevaju da svoje nastale ili buduće sporove povjere na rješavanje privatno imenovanoj, neutralnoj trećoj strani, koja će o njima donijeti odluku. Ta arbitražna

* Asistentkinja na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica; *email:* andrea.micanovic@udg.edu.me

¹ Janićijević, D. (2011). *Arbitraža*. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije, str. 3.

odluka pravno je obavezujuća i praktično jednako izvršna kao i odluka u redovnom sudskom postupku. Ona je i jednako konačna, ili čak i „više konačna”² u odnosu na sudsku odluku, s obzirom na to da se u odnosu na većinu sudskih presuda može uložiti žalba. U tom smislu, istinska arbitraža predstavlja istinsku alternativu sudskom postupku.³ Na sličan način arbitražu definiše i akademik Siniša Triva, i to kao „rješavanje sporova između dvije ili više stranaka od strane treće osobe (ili trećih osoba), arbitra (ili arbitara), koji svoja ovlaštenja izvodi iz sporazuma stranaka i čija je odluka obavezna za njih i ima, u većini poredaka, učinke koji korespondiraju učincima sudskih odluka”⁴.

Kada je riječ o razlikama između arbitražnog i redovnog sudskog postupka, s aspekta ovog rada najvažnija je ona koja se ogleda u tome da sudija može rješavati sve sporove iz svoje nadležnosti, između svih stranaka, bez obzira na njihova posebna svojstva, dok je krug sporova koje može rješavati arbitar, a koje nazivamo arbitrabilnim sporovima, višestruko ograničen s obzirom na različite kriterijume koji će biti analizirani u nastavku. Ovo pitanje, tj. pitanje arbitrabilnosti spornih odnosa, jedno je od najznačajnijih u arbitražnom pravu (ako ne i najznačajnije), o čemu možda najbolje govori činjenica da je upravo ispunjenost kriterijuma arbitrabilnosti uslov punovažnosti arbitražnog sporazuma, a nearbitrabilnost konkretne pravne stvari može biti razlog za poništaj odluke arbitražnog tribunala ili za odbijanje priznanja i izvršenja (strane) arbitražne odluke.

U prvom dijelu ovog rada predmet istraživanja biće upravo pitanje arbitrabilnosti i njenih granica, koje, u odnosu na kakvoću, mogu biti objektivne, subjektivne, institucionalne i teritorijalne. Iz teorijske perspektive, biće objašnjena svaka od pomenutih granica arbitrabilnosti pojedinačno, nakon čega slijedi analiza crnogorskog pravnog sistema i predstavljanje načina na koji je crnogorski zakonodavac riješio ovo pitanje. Kroz uporednopravni pristup i pregled izdvojenih pozitivnopravnih rješenja arbitražnog prava u regionu — u Srbiji, Hrvatskoj i Sloveniji — nastojaćemo da objasnimo manjkavosti crnogorskog rješenja pitanja arbitrabilnosti i predložiti njegove odgovarajuće reforme.

1. Pojam arbitrabilnosti

Jedan od načina na koji možemo definisati arbitrabilnost je kao „višeznačan, složen pojam kojim se određuje što može biti predmet arbitraže (arbitrabilnost *ratione materiae*) i tko mogu biti stranke

² Arbitražna odluka konačna je u prvom stepenu i ona se može pobijati samo vanrednim pravnim lijekovima (vidi član 44 stav 1 Zakona o arbitraži Crne Gore).

³ Jagtenberg, R. i de Roo, A. (2018). Employment Disputes and Arbitration. An Account of Irreconcilability, With Reference to the EU and the USA. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 68 (2), str. 180. Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/200531>.

⁴ Triva, S. (1983). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, str. 647.

arbitražnog ugovora (arbitrabilnost *ratione personae*), pa se stoga može reći da je arbitrabilnost pretpostavka valjanosti arbitražnog ugovora.⁵ Drugim riječima, „arbitražni sporazum se mora odnositi na spor koji je arbitrabilan. Ovo je opšteprihvaćeno pravilo, a pod njim se podrazumeva da je zaključen između stranaka kojima je dopušteno da ugovore arbitražno rešavanje sporova (arbitrabilnost *ratione personae*) i da se odnosi na materiju koja je podobna za arbitražno rešavanje (arbitrabilnost *ratione materiae*)”⁶.

Prema navedenom, arbitrabilnost ima svoje granice, koje mogu biti objektivne — s obzirom na predmet spora koji se može riješiti pred arbitražnim tribunalom, i subjektivne — s obzirom na subjekte (fizička i pravna lica) koji svoje međusobne sporove mogu rješavati u arbitražnom postupku. Međutim, ukoliko pitanje arbitrabilnosti i njenih granica posmatramo šire, opravdano se nameću još i pitanja da li je određene pravne stvari moguće rješavati isključivo pred domaćim ili i pred međunarodnim arbitražnim tribunalom, i da li postoje ograničenja u pogledu vrste arbitražne institucije koja može rješavati konkretnu pravnu stvar, pa je važno pomenuti još dvije vrste granica arbitrabilnosti: teritorijalne (arbitrabilnost *ratione territorii*) i institucionalne (arbitrabilnost *ratione institutionis*).

1.1. Objektivne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione materiae*)

Objektivne granice arbitrabilnosti su one koje su postavljene s obzirom na predmet spora koji se (ne) može arbitražno rješavati. Dakle, ova vrsta arbitrabilnosti odnosi se na dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na svojstva predmeta spora i uslovljava podobnost samog spora da bude podvrgnut rješavanju u arbitražnom postupku.⁷ Drugim riječima, arbitrabilnost *ratione materiae* daje odgovor na pitanje kakva moraju biti svojstva spora da bi on mogao biti predmet ugovora o arbitraži.

U nacionalnim zakonodavstvima odgovore na ova pitanja najčešće tražimo u posebnim zakonima o arbitraži (tzv. *lex arbitri*).⁸ „Ukoliko se apstrahuju postojeće razlike u nacionalnim pravima u pogledu pojedinosti načina koji se koriste za određivanje arbitrabilnosti

⁵ Knol Radoja, K. (2015). Svršishodnost arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova s posebnim naglaskom na sporove proizašle iz razvoda braka. *Pravni vjesnik*, 31 (1), str. 87. Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/145488>.

⁶ Petrović, M. (2013). Punovažnost arbitražnog sporazuma. *Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu”*, str. 487. Preuzeto sa: <https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik-Harmonizacija/HGPV4.pdf>.

⁷ Janićijević, op. cit., str. 76.

⁸ U nekim zakonodavstvima takvi zakoni inkorporirani su u zakonike o parničnom postupku. Takav je slučaj sa njemačkim ili austrijskim zakonima o parničnom postupku, a tako je bilo i sa jugoslovenskim zakonima o parničnom postupku iz 1956. i 1976. godine. Takođe, odredbe o međunarodnoj arbitraži moguće je u nekim zemljama pronaći i u zakoncima o međunarodnom privatnom pravu, kao što je slučaj u Švajcarskoj.

ratione materiae, dolazi se do zaključka da se u većini slučajeva ona određuje tako što se prvo sistemom generalne klauzule određuje krug sporova koji se mogu arbitražno rješavati, da bi se potom posebnim korektivnim mehanizmima tako određen krug sporova širio ili sužavao.⁹ Uzmimo za primjer rješenje u Zakoniku o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke¹⁰ (dZPO):

U članu 1030 stav 1 dZPO, njemački zakonodavac je pitanje arbitralnosti regulisao upravo prema objašnjenoj formuli. Prvo je u formi pozitivno formulisane generalne klauzule široko stipulisao da se arbitraža može ugovoriti za rješavanje imovinskih sporova, da bi potom korektivnim klauzulama prvo proširio, a zatim i suzio krug arbitralnih sporova. U nastavku člana 1030 stav 1 dZPO navodi se da se, pored imovinskih, pred arbitražnim tribunalom može odlučivati i o neimovinskim sporovima, ali pod uslovom da o njihovom predmetu stranke mogu zaključiti poravnanje. Nadalje, u stavu 2 i 3 odnosnog člana stipulisano je da: a) arbitražni sporazum neće proizvoditi pravno dejstvo ukoliko se tiče pravnih sporova u vezi sa zakupom stambenog prostora na teritoriji Savezne Republike Njemačke (bez obzira na to što su u pitanju imovinski sporovi), te da: b) ostaju na snazi sve odredbe koje su stipulisane u drugim zakonima, a koje predviđaju nearbitralnost pojedinih (imovinskih) sporova, ili predviđaju njihovu arbitralnost jedino ukoliko su ispunjeni tačno određeni uslovi.

Korektivne klauzule kojima se sužava polje arbitralnosti uglavnom su formulisane na dva načina — ili zakonodavac po sistemu *numerus clausus* eksplicitno i taksativno (dakle, na direktan način) navodi koji sporovi se ne mogu rješavati pred arbitražnim tribunalom¹¹, ili na posredan način koriguje prethodno generalnom klauzulom definisano polje objektivne arbitralnosti. Drugi način, dakle,

⁹ Knežević, M. (2008). O pojmu i značaju arbitralnosti. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 42, br. 1–2, str. 878. Preuzeto sa: <https://zbornik.pf.uns.ac.rs/en/zbornici/2008/zbornik-1-2/o-pojmu-i-znacaju-arbitralnosti/>.

¹⁰ Cijeli tekst Zakonika o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke (dZPO) na engleskom jeziku dostupan je na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

¹¹ Primjer za ovaj način formulisanja korektivne klauzule kojom se sužava polje arbitralnosti je upravo njemački Zakonik o parničnom postupku, u čijem članu 1030 stav 2 je zakonodavac eksplicitno naveo da sporovi u vezi sa zakupom stambenog prostora na teritoriji Savezne Republike Njemačke nisu arbitralni. Isti normativni sistem koristi i austrijski zakonodavac kada u članu 582 stav 2 Zakonika o parničnom postupku (ÖZPO) određuje da su nearbitralni sporovi u oblasti porodičnog prava, svi oni koji proizilaze iz ugovora koji su, pa barem i djelimično, podložni Zakonu o zakupu (njem. *Mietrechtsgesetz*) ili Zakonu o neprofitnoj stambenoj djelatnosti (njem. *Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*), kao i oni koji se tiču zaključenja, postojanja, raskida i pravne karakterizacije takvih ugovora, te sporovi u vezi s etažnom svojinom.

Tekst Zakonika o parničnom postupku Republike Austrije (ÖZPO) dostupan je na: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_2006_1_7.

podrazumijeva da se određenim posrednim kriterijumom dolazi do korekcije prethodno u načelu određene arbitrabilnosti *ratione materiae*.

Tipičan primjer za to jeste korišćenje kriterijuma nadležnosti su-
da, odnosno kriterijuma *ratione jurisdictionis*, koji ne daje direktan
odgovor na pitanje koji sporni odnosi nisu arbitrabilni, već onaj ko
to pitanje postavi mora prethodno pronaći odgovor na još jedno —
*Za rješavanje kojih spornih odnosa je predviđena isključiva sudska nad-
ležnost?* Iz toga proizilazi da se radi o indirektnoj metodi, zato što se
„posrednim, indirektnim putem dolazi do odgovora na pitanje koji
sporovi, bliže o kojim pravima, nisu arbitrabilni. Posrednik putem
kojeg se dolazi do takvog odgovora jeste institut isključive nadležno-
sti”¹², koji je uspostavljen imajući u vidu da je arbitraža alternativni
način rješavanja sporova koji izaziva posljedice po javnu politiku, pa
su neke vrste sporova tradicionalno u isključivoj nadležnosti sudova.¹³
Drugim riječima, granice arbitrabilnosti *ratione jurisdictionis* odre-
đuju kao nearbitrabilne sve one sporove za koje je predviđena isklju-
čiva sudska nadležnost i služe da suze generalnom klauzulom defi-
nisano polje arbitrabilnosti *ratione materiae*, pa se mogu posmatrati
kao njen korektiv.¹⁴ U tom smislu, arbitrabilnost *ratione iurisdictio-
nis* samo je dio arbitrabilnosti *ratione materiae*.

1.2. Subjektivne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione materiae*)

Pridjev *subjektivan* u ovom kontekstu znači *ličan*, *onaj koji se ti-
če ličnosti*, pa je pravilno zaključiti da su subjektivne granice arbitra-
bilnosti one koje su postavljene s obzirom na to ko (ne) može izni-
jeti predmet spora pred arbitražu, tj. zaključiti arbitražni sporazum.
Dakle, ova vrsta arbitrabilnosti odnosi se na svojstva potpisnika ar-
bitražnog sporazuma i njen nedostatak može prouzrokovati njego-
vu ništavost.

S obzirom na kompleksnost pravne prirode arbitražnog sporazu-
ma, nije jednostavno dati odgovor na pitanje koja svojstva mora da
posjeduje određeni pravni subjekt da bi ga mogao zaključiti, bez bo-
jazni da će se kasnije, usljed nesposobnosti ugovornih strana, dovesti
u pitanje njegova pravna valjanost. Ako se uzme u obzir da je u kon-
tekstu arbitražnog sporazuma riječ o materijalnom ugovoru sa pro-
cesnopравnim dejstvima, onda se sposobnošću za njegovo zaključče-
nje može obuhvatiti i građanskopravna i procesnopravna sposobnost.
Drugačije, „za sve one koji arbitražu shvataju kao ugovornu institu-
ciju, za zaključenje arbitražnog sporazuma potrebno je da stranke

¹² Knežević, *op. cit.*, str. 882.

¹³ Deskoski, T., Dokovski, V. (2018). Notes on Arbitrability — Focus on Objec-
tive Arbitrability. *Faculty of Law: Journal Articles*. Skoplje: Pravni fakultet
„Iustinianus Primus” Univerziteta svetog Ćirila i Metodija, str. 1. Preuzeto sa:
<https://repository.ukim.mk/handle/20.500.12188/9450>.

¹⁴ Janićijević, *op. cit.*, str. 77.

posjeduju pravnu i poslovnu sposobnost. Sa druge strane, za one koji ističu jurisdikcioni karakter arbitraže, pored ove sposobnosti, neophodno je da stranke posjeduju i stranačku i parničnu sposobnost¹⁵.

Ovdje treba istaći da pojam stranačke sposobnosti u građanskom procesnom¹⁶ i arbitražnom pravu nije nužno identičan, u smislu da u arbitražnom pravu vrlo često nije dovoljno da određeno fizičko ili pravno lice posjeduje pravnu sposobnost kako bi mu se priznala i sposobnost da bude strana u arbitražnom postupku, već je neophodno i da posjeduje neke druge kvalitete, koji se, između ostalog, mogu ticati prebivališta ili uobičajenog boravišta fizičkog, a sjedišta pravnog lica, itd. Primjera radi, crnogorski zakonodavac je stipulisao da je unutrašnja arbitraža ona kojoj je na rješavanje povjeren spor u kojem su stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, odnosno pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore, a da je međunarodna arbitraža ona koja rješava sporove s elementom inostranosti koji se ogleda u tome da je jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u drugoj državi, odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi.¹⁷

To znači da crnogorski Zakon o arbitraži (u daljem tekstu: ZA CG) ne stipuliše mogućnost stranim licima da ugovaraju arbitražu u Crnoj Gori, tj. on, s aspekta unutrašnje arbitraže, odriče stranačku sposobnost u arbitražnom postupku pravnim subjektima koji imaju prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište u drugoj državi, ukoliko barem jedna od strana u arbitražnom sporazumu nije domaći pravni subjekat. Dakle, dva strana lica ne mogu rješavanje spornog odnosa povjeriti arbitraži čije je mjesto na teritoriji Crne Gore, bez obzira na to što su pravno i poslovno sposobna i što im pravila parničnog postupka priznaju stranačku i parničnu sposobnost¹⁸.

Sa druge strane, poređenja radi, srbijansko pozitivnopravno rješenje o subjektivnim granicama arbitrabilnosti takvo je da izjednačava pojam stranačke sposobnosti u građanskom procesnom i arbitražnom pravu. Ono predviđa da arbitražu može da ugovori svako

¹⁵ Petrović, *op. cit.*, str. 492.

¹⁶ Prema zakonskoj definiciji, stranka u postupku može biti svako fizičko i pravno lice, koje može biti nosilac procesnih prava i dužnosti, a biće to ako podnese tužbu — tužilac, odnosno ako bude tužen. Time nijesu određeni i drugi kvaliteti stranke. Vidi: Čizmović, M. i Đuričin, B. (1997). *Građansko procesno pravo*. Podgorica: Kulturno-prosvjetna zajednica, str. 146.

¹⁷ Član 2 stav 1 Zakona o arbitraži, Sl. list CG br. 47/2015.

Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/D8DA34E6-67CF-4B80-8A6C-6A50DBF0477A>.

¹⁸ Član 77 stav 1 Zakona o parničnom postupku, (Službeni list Republike Crne Gore, br. 022/04 od 2. 4. 2004, 028/05 od 5. 5. 2005, 076/06 od 12. 12. 2006, Službeni list Crne Gore, br. 073/10 od 10. 12. 2010, 047/15 od 18. 8. 2015, 048/15 od 21. 8. 2015, 051/17 od 3. 8. 2017, 075/17 od 9. 11. 2017, 062/18 od 21. 9. 2018, 034/19 od 21. 6. 2019, 042/19 od 26. 7. 2019, 076/20 od 28. 7. 2020, 108/21 od 12. 10. 2021). Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/3AB1E7EB-F3F3-425E-9B74-564497792AE4>.

ko, u skladu s odredbama zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku¹⁹. Ovo znači da različita zakonodavstva različito postavljaju subjektivne granice arbitrabilnosti i da je praksa da se za zaključenje arbitražnog sporazuma i kasnije učešće u arbitražnom postupku zahtijeva posjedovanje i drugih svojstava osim pravne i poslovne sposobnosti.

I na međunarodnom planu i danas postoje „brojna ograničenja koja se tiču svojstava potpisnika arbitražnog sporazuma. Tako, neke konvencije i autonomni izvori koji regulišu međunarodnu arbitražu ograničavaju domen svoje primjene na sporove u kojima strane imaju domicil ili boravište u različitim državama”.²⁰ Za takvo rješenje opredijelila se, recimo, Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine (u daljem tekstu: Evropska konvencija), u kojoj se navodi da je polje njene primjene ograničeno na „sporazume o arbitraži sklopljene radi rješavanja sporova koji nastaju iz međunarodne trgovine između *fizičkih ili pravnih osoba koje imaju, u vrijeme sklapanja sporazuma, svoje uobičajeno boravište ili svoje sjedište u različitim državama ugovornicama*”²¹.

U kontekstu subjektivne arbitrabilnosti, važno je i pitanje da li subjekti javnog prava mogu zaključiti arbitražni sporazum. Evropska konvencija daje pozitivan odgovor na ovo pitanje²², pri čemu omogućava svakoj državi da prilikom potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja ovoj konvenciji izjavi rezervu u odnosu na takvo rješenje, tj. predvidi mogućnost arbitražnog rješavanja samo onih sporova koji su nastali između subjekata privatnog prava²³. Ovu mogućnost, primjera radi, nije iskoristila Republika Hrvatska koja je u ZA HR transponovala upravo predstavljeno pravno rješenje, prema kom ona i njene jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave mogu zaključiti ugovor o arbitraži i biti stranke u sporu pred arbitražnim sudom²⁴; kao ni Republika Srbija, čiji je zakonodavac stipulisao da svako fizičko i pravno lice, uključujući i državu, njene organe, ustanove i preduzeća u kojima ona ima svojinsko učešće može da zaključi sporazum o arbitraži²⁵.

Konačno, ovdje još treba istaći da pravna lica javnog prava mogu zaključiti arbitražni sporazum samo pod uslovom da to čine kao privatna lica (lat. *jure gestionis*), a ne kao javna vlast (lat. *iure imperii*). Na primjer, ZA CG predviđa da stranke u arbitražnom postupku mogu, između ostalih, biti državni organ, organ državne uprave,

¹⁹ Član 5 stav 2 ZA CG.

²⁰ Janićijević, op. cit, str. 77.

²¹ Član 1 stav 1 tačka (a) Evropske konvencije. Dostupna na: https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=22&subid=A&clang=_en.

²² Član 2 stav 1 Evropske konvencije.

²³ Član 2 stav 2 Evropske konvencije.

²⁴ Član 7 stav 2 Zakona o arbitraži Republike Hrvatske (Narodne novine br. 88/01). Dostupan na: <https://www.zakon.hr/z/250/Zakon-o-arbitra%C5%BEi>.

²⁵ Član 5 stav 2 Zakona o arbitraži Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 46/2006). Dostupan na: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_arbitrazi.html.

drugo pravno lice koje vrši javna ovlaštenja i organ lokalne samouprave, pa to, u skladu sa prethodno navedenim, znači da ova lica, prilikom zaključenja arbitražnog sporazuma i kasnije u arbitražnom postupku, ne uživaju imunitet koji im garantuje javno pravo (tzv. načelo restriktivnog imuniteta), jer tim povodom ne istupaju kao javna, već kao privatna lica.

1.3. *Institucionalne granice arbitrabilnosti* (*arbitrabilnost ratione institutionis*)

Da bismo razumjeli šta predstavljaju institucionalne granice arbitrabilnosti, nužno je napraviti razliku između institucionalne (stalne) i *ad hoc* arbitraže. Univerzalna definicija ove dvije vrste arbitraže ne postoji, ali se na osnovu odredbi različitih nacionalnih i međunarodnih propisa može zaključiti šta su glavne tačke mimoilaženja ova dva pojma. Na primjer, za potrebe Model zakona UNCITRAL-a arbitraža je definisana kao bilo koja arbitraža bez obzira na to da li njome upravlja stalna arbitražna institucija ili ne²⁶. Iako se termin *ad hoc* ovdje ne pominje, sugerise se da postoje dvije vrste arbitraže: jedna kojom upravlja stalna arbitražna institucija (administrirana, institucionalna arbitraža) i druga koja proizilazi iz negativne karakterizacije prve, odnosno arbitraža kojom ne upravlja stalna arbitražna institucija, koju ćemo označiti kao *ad hoc* arbitražu, u skladu s univerzalnim nazivom ove vrste arbitraže.²⁷ Ove prve postupaju uvijek po istim, institucionalno određenim pravilima, dok druge djeluju u skladu sa pravilima koja odrede stranke manifestacijom principa autonomije volje.

Ovo razlikovanje važno je s obzirom na to da granice arbitrabilnosti mogu biti postavljene upravo u odnosu na to da li konkretan spor može biti povjeren na rješavanje i institucionalnoj i *ad hoc* arbitraži, ili samo ovoj prvoj. U drugom slučaju to bi značilo da su pojedini sporovi nearbitrabilni pred *ad hoc* arbitražom, tj. da mogu biti isključivo rješavani u arbitražnom postupku koji se vodi pred stalnom arbitražom i da je, u tom smislu, sužena autonomija volje strana u spornom odnosu. Dakle, prema nekim zakonima o arbitraži, *ad hoc* arbitražni postupci su ili zabranjeni u vezi s određenom vrstom spорова²⁸, ili nisu izričito prepoznati, zbog čega je u prvom slučaju moguća jedino institucionalna arbitraža, a u drugom odluka *ad hoc* arbitražnog suda nije arbitražna odluka u smislu arbitražnog akta, jer

²⁶ Član 2 stav a) Model zakona.

Dostupan na: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

²⁷ Perales Viscasillas, P. (2014). The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014, str. 31. Dostupno na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2017/0003-25651704028V.pdf>.

²⁸ Na primjer, na osnovu člana 11 bis. stav 3 Zakona o arbitraži Španije zaključuje se da korporativne sporove nije moguće rješavati pred *ad hoc* arbitražom.

je nije donio arbitražni sud koji pripada instituciji čije je osnivanje statutarno riješeno.²⁹

Model zakon UNCITRAL-a pod pojmom „arbitraža” na jednak način podrazumijeva i *ad hoc* i institucionalnu arbitražu, a to čine i Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1958. godine (u daljem tekstu: Njujorška konvencija), te Evropska konvencija. Njujorška konvencija predviđa da pojam „arbitražna odluka” obuhvata kako odluke koje donesu arbitri imenovani za određene slučajeve, tako i one donešene od strane stalnih arbitražnih organa³⁰, što znači da ona na vrlo eksplicitan način izjednačava arbitražne odluke *ad hoc* i institucionalnih arbitraža. Istovremeno, Evropska konvencija predviđa da pojam „arbitraža” ne podrazumijeva samo rješavanje sporova od strane arbitara koji su imenovani za konkretne slučajeve (u okviru *ad hoc* arbitraža), već i od strane stalnih arbitražnih institucija³¹. Na ovaj način obje konvencije, zajedno sa Model zakonom UNCITRAL-a daju strankama potpunu autonomiju da slobodnim izrazom svoje volje odaberu pred kojom od dvije vrste arbitraže (*ad hoc* ili institucionalnom) žele da rješavaju svoj sporni odnos.

Institucionalne granice arbitrabilnosti, dakle, postavljaju se s obzirom na pitanje: *Mogu li neki sporovi biti povjereni na rješavanje samo arbitražnim institucijama ili treba omogućiti njihovo rješavanje pred oblicima arbitraža koje nisu unaprijed organizovane — poznate kao ad hoc arbitraže?*³² Ove granice arbitrabilnosti možemo okarakterisati i kao kompetencijske, tj. ustanovljene s obzirom na isključivu sposobnost, tj. nadležnost određenih vrsta arbitražnih tribunala (*ad hoc* i institucionalnih) da rješavaju određene vrste pravnih stvari.

1.4. Teritorijalne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione territorii*)

Ove granice arbitrabilnosti postavljene su s obzirom na to da li, s aspekta zakonodavstva konkretne države, rješavanje određene vrste sporova može biti povjereno arbitraži izvan teritorije te države ili isključivo onoj koja djeluje u okviru njenog područja. Primjera radi, ako s ovog aspekta analiziramo ZA HR, vidjećemo da on predviđa da stranke u sporovima sa međunarodnim obilježjem³³ imaju mogućnost da ugovore i arbitražu čije je „mjesto izvan područja Republike

²⁹ Perales Viscasillas, P. (2014). The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014, str. 34. Dostupno na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2017/0003-25651704028V.pdf>.

³⁰ Član 1 stav 2 Njujorške konvencije. Dostupna na: <https://www.newyorkconvention.org/>.

³¹ Član 1 stav 2 tačka (b) Evropske konvencije.

³² Uzelac, A. (2002) New boundaries of arbitrability under the Croatian Law on Arbitration. *Croatian arbitration yearbook*, 9, str. 140.

³³ Prema članu 2 stav 1 tačka 7 ZA HR spor sa međunarodnim obilježjem je onaj spor u kojem je „barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili

Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj³⁴. U tom smislu, ugovaranje inostrane arbitraže (arbitraže čije je sjedište izvan teritorije Republike Hrvatske³⁵) — institucionalne ili *ad hoc* — nije dopušteno ni u jednom sporu ako je zakonom propisano da spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj. To bi u većini slučajeva značilo da strana arbitraža nije dopuštena ako je predviđena „isključiva međunarodna nadležnost” suda u Republici Hrvatskoj³⁶.

2. Pregled relevantnih članova crnogorskog Zakona o arbitraži

U crnogorskom ZA nema člana na osnovu čijeg je rubruma očigledno da se tu imaju tražiti odgovori na pitanja o granicama arbitralnosti koja su u ovom radu do sada teorijski analizirana. Onaj ko nije pravnički potkovan tek pažljivijom analizom teksta ZA CG pronaći će tražene odgovore u članu 2 čiji je rubrum *Arbitraža* i u kojem se, zapravo, daje definicija arbitraže na koju se, u skladu sa članom 3 stav 1 ima primijeniti ovaj zakon, a o granicama arbitralnosti se zaključuje na posredan način. Za potrebe dalje analize sadržinu ovog člana prenosimo u cjelini:

„Arbitraža podrazumijeva sprovođenje arbitražnog postupka pred arbitražnim tribunalom radi rješavanja spora u kojem su stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, odnosno pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore (unutražnja arbitraža), kao i spora sa elementom inostranosti u kojem je jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u drugoj državi odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi (međunarodna arbitraža).

Pravno lice u smislu stava 1 ovog člana je državni organ, organ državne uprave, drugo pravno lice koje vrši javna ovlašćenja, organ lokalne samouprave, privredno društvo, javno preduzeće, javna ustanova, nevladina organizacija, investicioni ili drugi fond, kao i drugo udruženje ili organizacija koje u okviru svog poslovanja stalno ili povremeno ostvaruje ili pribavlja sredstva i njima raspolaze.

Pod uobičajenim boravištem iz stava 1 ovog člana podrazumijeva se uobičajeno boravište u smislu zakona kojim se uređuje međunarodno privatno pravo.”³⁷

uobičajenim boravištem u inozemstvu, odnosno pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu”.

³⁴ Član 3 stav 2 ZA HR.

³⁵ U članu 2 stav 1 tačka 2 ZA HR, hrvatski zakonodavac domaću arbitražu definiše kao arbitražu čije je mjesto na području Republike Hrvatske, pa se, *argumentum a contrario*, zaključuje da je inostrana ona arbitraža čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske.

³⁶ Uzelac, op. cit, str. 152.

³⁷ Član 2 ZA CG.

Krenimo i ovdje od arbitrabilnosti *ratione materiae*. Crnogorski zakonodavac, naime, predviđa da „arbitraža podrazumijeva sprovođenje arbitražnog postupka pred arbitražnim tribunalom radi rješavanja *spora*”, na osnovu čega se na prvu, bez dileme, zaključuje da arbitražni tribunal može postupati samo u vezi sa spornim pravnim stvarima. I zaista, ova norma naizgled je jasna i jednoznačna, te je, u skladu sa pravilom da jasne tekstove ne treba tumačiti³⁸ (lat. *In claris non fit interpretatio*) sasvim dovoljno primijeniti metodu jezičkog tumačenja kako bi se razumjela njena sadržina i zaključilo da arbitraža nespornih pravnih stvari u Crnoj Gori nije dozvoljena. Međutim, autorka je mišljenja da će se, ako se ZA CG dublje analizira, primijetiti da jezičko tumačenje nije dovoljno da dovede do ispravnog zaključka i da se navedena norma mora sagledati sistematski, u smislonosti povezanosti sa drugim pravnim normama.

Smatramo da će se, ako se to učini, uočiti da ZA CG nešto kasnije predviđa i mogućnost da stranke u toku arbitražnog postupka zaključče poravnanje, o čemu se, na njihov zahtjev, može donijeti i arbitražna odluka³⁹, pa treba razmišljati na sljedeći način: S obzirom na to da stranke pred arbitražnim tribunalom mogu da se poravnaju, onda one, *arg. ad analogiam*, pred njim mogu rješavati i druge nesporne pravne stvari. Dodatno, ako prema gore citiranoj odredbi stranke mogu zaključiti arbitražni sporazum i uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala za rješavanje spora, onda, *arg. a maiori ad minus*, to isto mogu učiniti i u odnosu na nespornu pravnu stvar, i to pod uslovom, razumije se, da se ne prevazilaze granice u kojima je dopušteno zaključiti arbitražni sporazum. Drugim riječima, iz svega navedenog treba izvući pouku da je prema ZA CG rješavanje nespornih pravnih stvari pred arbitražnim tribunalom moguće, ali da takva mogućnost ne postoji u odnosu na sve, već samo one nesporne pravne stvari koje se mogu smjestiti unutar granica koje su uspostavljene u pogledu vrste pravnih stvari koje su arbitrabilne.

Međutim, takve granice u ovom zakonu nisu definisane. Crnogorski zakonodavac je, kao što smo rekli, predvidio da se arbitraža provodi povodom rješavanja spora, ali je propustio da, s obzirom na vrstu, ograniči krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala⁴⁰, pa se na osnovu člana 2 ZA CG s pravom konstatuje da su arbitrabilni svi pravni sporovi, bez izuzetka. Istina, član 3 ZA CG predviđa mogućnost da se granice arbitrabilnosti *ratione materiae* uspostave u drugim zakonima, na način što stipuliše: „Arbitraža se ne može sprovesti kad je

³⁸ Bogišić je u svom Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru rekao: „Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba” (član 994 OIZ).

³⁹ Član 42 stav 1 ZA CG.

⁴⁰ On nije, dakle, slijedio praksu zemalja u regionu koje su, na primjer, predvidjele da su arbitrabilni samo sporovi o pravima o kojima stranke mogu slobodno raspolagati, imovinski sporovi o pravima o kojima stranke mogu slobodno raspolagati i oni za koje nije predviđena isključiva nadležnost suda itd.

drugim zakonom propisano da se pojedini sporovi ne mogu rješavati arbitražom⁴¹, ali to nije dovoljno da *de facto* otkloni dilemu o tome jesu li, recimo, sporovi o pravima o kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati arbitrabilni ili nisu, ili da li se arbitrabilnim imaju smatrati samo imovinski ili i neimovinski sporovi.

Kada je u pitanju arbitrabilnost *ratione personae*, ni tu crnogorski zakonodavac nije ponudio adekvatno rješenje. Naime, prema citiranom članu 2 ZA CG, unutrašnja arbitraža je moguća povodom rješavanja spora bez elementa inostranosti, a između 1) dva fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem⁴² u Crnoj Gori, 2) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori i pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i 3) dva pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore. To znači da se ne može desiti da nadležnost arbitražnog tribunala u Crnoj Gori uspostave stranke od kojih su jedna ili obje strani pravni subjekti, što predstavlja prvu manu crnogorskog pozitivnog pravnog određenja subjektivnih granica arbitrabilnosti, a u kontekstu granica arbitrabilnosti *ratione territorii*.

Sa druge strane, međunarodna arbitraža se prema crnogorskom arbitražnom pravu može ugovoriti povodom rješavanja spora s elementom inostranosti i to samo između 1) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori ili pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i fizičkog lica sa prebivalištem i uobičajenim boravištem u drugoj državi i 2) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori ili pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i pravnog lica koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi. Ovdje je crnogorski zakonodavac takođe podbacio, jer ovakvo pravno rješenje podrazumijeva da, u slučaju da ugovore arbitražu u drugoj državi, domaća lica ne mogu predvidjeti primjenu arbitražnog prava Crne Gore.

I treća mana načina na koji su u arbitražnom pravu Crne Gore definisane granice arbitrabilnosti *ratione personae* odnosi se na određene pravne lica. Naime, analizom člana 2 stav 2 u kontekstu člana 2 stav 1 ZA CG, zaključuje se da je crnogorski zakonodavac u pravna lica svrstao državne organe, organe državne uprave, te organe lokalne samouprave i na taj način pojam pravnog lica odredio drugačije u odnosu na njegovo opšteprihvaćeno pravno određenje. On je,

⁴¹ Član 3 stav 2 ZA CG.

⁴² Član 2 stav 3 ZA CG upućuje na definiciju uobičajenog boravišta datu u članu 12 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore (Službeni list Crne Gore, br. 001/14 od 9. 1. 2014, 006/14 od 4. 2. 2014, 011/14 od 4. 3. 2014, 014/14 od 22. 3. 2014, 047/15 od 18. 8. 2015), koja glasi: „Uobičajeno boravište fizičkog lica, u smislu ovog zakona, je mjesto u kojem fizičko lice pretežno boravi, nezavisno od upisa u evidenciju nadležnog organa ili odobrenja boravka ili nastanjenja i bez obzira na to da li je boravak vremenski unaprijed ograničen. Prilikom određivanja uobičajenog boravišta treba voditi računa o okolnostima lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa tim mjestom ili na namjeru da se takve veze zasnjuju”. Tekst Zakona dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/9C433C64-9FFB-4B65-AE70-88E401CC217F>.

naime, poistovjetio dva na određeni način subordinirana pojma — pojam pravnog lica i organa pravnog lica. Dok je pravno lice organizacija koja ima svojstvo subjekta prava (imaoca prava i obaveza), organ pravnog lica je jedno ili više fizičkih lica ovlašćenih da izjavljaju volju i preduzimaju pravne poslove pravnog lica, iz čega slijedi da organ pravnog lica nema samostalni pravni subjektivitet⁴³, pa samim tim ne može biti ni stranka u (arbitražnom) postupku.⁴⁴ U tom smislu, stranka u arbitražnom postupku može biti samo pravno lice — država i jedinica lokalne samouprave, a ne njihovi predstavnički, izvršni i drugi organi.

Kada je u pitanju arbitrabilnost *ratione institutionis*, prvo je važno istaći da ZA CG nije izričit u podjeli arbitraže na *ad hoc* i stalnu arbitražu, ali se takva podjela naslućuje iz nekoliko članova ovog propisa. Prvo, ZA CG predviđa da rad arbitražnog tribunala *može* (dakle — ne mora) da organizuje i obezbjeđuje arbitražna institucija⁴⁵, što sugerije da se može uspostaviti i arbitraža kojom takva institucija ne upravlja — *ad hoc* arbitraža. Zatim, isti zaključak može se izvesti i na drugom mjestu gdje se stipuliše: „Ako su se stranke sporazumjele da organizaciju arbitraže povjere arbitražnoj instituciji, mjesto arbitraže određuje se prema pravilima te arbitražne institucije”⁴⁶. Ovdje je veznik *ako* taj koji indikuje da postoji i druga mogućnost — mogućnost da se organizacija arbitraže ne povjeri arbitražnoj instituciji, u kom slučaju je riječ o *ad hoc* arbitraži.

Bilo kako bilo, crnogorsko arbitražno pravo ne ograničava mogućnost ugovaranja *ad hoc* arbitraže i ne pravi razliku između institucionalne i *ad hoc* arbitraže kako bi uspostavio granice arbitrabilnosti *ratione institutionis*. Na strankama je, dakle, da zajednički, bez obzira na vrstu pravne stvari koju treba riješiti, u arbitražnom sporazumu donesu odluku o tome žele li osnivanje jedne ili druge.

Na kraju, važno je istaći i sljedeće: Crna Gora spada u onu grupu zemalja koje nisu zabranile arbitražno rješavanje potrošačkih sporova, ali je u Zakonu o zaštiti potrošača⁴⁷ (u daljem tekstu: ZZZP) predvidjela određeno ograničenje u tom pogledu. Naime, ukoliko analiziramo član 104 stav 1 tačka 19 u kontekstu člana 102 ZZZP CG,

⁴³ Rašović, Z. (2009). *Gradansko pravo*. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, str. 80–81 i str. 95.

⁴⁴ Ovo pravilo slijedi i Zakon o parničnom postupku koji u svom članu 76 stav 1 stipuliše da stranka u parničnom postupku mogu biti samo fizička i pravna lica, a stranačku sposobnost ni na jednom mjestu ne priznaje organima pravnih lica (takvo rješenje ne bi bilo u skladu sa zauzetim teorijskim stanovištem da procesnopravni pojam stranačke sposobnosti odgovara materijalnopravnom pojmu pravne sposobnosti, s obzirom na to da organi pravnih lica ne posjeduju pravni subjektivitet i ne mogu biti nosioci prava i obaveza).

⁴⁵ Član 4 stav 3 ZA CG.

⁴⁶ Član 32 stav 3 ZA CG.

⁴⁷ Zakon o zaštiti potrošača (Službeni list Crne Gore, br. 002/14 od 14. 01. 2014, 006/14 od 4. 2. 2014, 043/15 od 31. 7. 2015, 070/17 od 27. 10. 2017, 067/19 od 11. 12. 2019, 146/21 od 31. 12. 2021, 084/24 od 6. 9. 2024). Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/12BF7559-C3D6-4093-ACD1-4297775B7759>.

zaključićemo da je crnogorski zakonodavac predvidio da se ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo može smatrati nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim organom ili organizacijom, a naročito ako se njome obavezuje potrošač na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena odgovarajućim propisima. On je na ovaj način u crnogorsko pozitivno pravo u originalu transponovao rješenje predviđeno Direktivom Vijeća 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima, što će reći da se u procesu usklađivanja sa pravom EU opredijelio za minimum standarda koji je propisan Direktivom, bez nastojanja da potrošačima pruži bilo kakvu strožiju zaštitu.

U Crnoj Gori, dakle, s aspekta arbitrabilnosti, potrošači ne uživaju veći stepen zaštite, pogotovo ako se ima u vidu da je upravo prezentovano rješenje iz ZZP CG formulisano na način koji predviđa da se odredba koja ispunjava gore navedene uslove *može* (dakle — ne mora) smatrati nepoštenom, što ostavlja prostor za različita tumačenja od slučaja do slučaja i proizvodi rizik da će ishod tumačenja najčešće prevagnuti u korist trgovca kao jače strane, koji se kao ugovorna strana i kao stranka u postupku povodom spornog odnosa javlja češće od potrošača (tzv. *repeat player* efekat). Konačno, kada su u pitanju individualni radni sporovi, crnogorski zakonodavac nije predvidio nikakva ograničenja u pogledu njihove arbitrabilnosti.

3. *Reforma uređenja instituta arbitrabilnosti u crnogorskom pravu*

Nakon analize (manjkavosti) načina na koji je pitanje arbitrabilnosti regulisano u crnogorskom pravnom sistemu, vrijeme je da ponudimo reformska rješenja koja mogu doprinijeti poboljšanju kvaliteta ZA CG u domenu određenja granica arbitrabilnosti — pitanja koje zauzima centralno mjesto u modernom arbitražnom pravu. Na samom početku, u nomotehničkom smislu, a u kontekstu pitanja arbitrabilnosti, bilo bi dobro preurediti ZA CG na način da se na osnovu rubruma konkretnog člana jasno zaključuje da su unutar njega regulisane (barem objektivne i subjektivne) granice arbitrabilnosti.

Crnogorski zakonodavac to može učiniti po ugledu na slovenačkog, tako što će član u kom je regulisao granice arbitrabilnosti *ratione materiae* i *ratione personae* nasloviti „Predmet i stranke arbitraže”⁴⁸, ili može biti još konkretniji poput hrvatskog zakonodavca i nasloviti ga „Arbitrabilnost”. Možda je i najprikladnije rješenje da se za rubrum tog člana iskoristi sintagma „Podobnost spora za arbitražu (arbitrabilnost)”, jer na taj način crnogorski zakonodavac, poput srbijanskog,

⁴⁸ Vidi: Član 4 Zakona o arbitraži Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 45/08). Dostupan na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5288>.

može biti siguran da će i predstavnik/ca stručne i predstavnik/ca laičke javnosti umjeti da nasluti i razumije njegovu sadržinu.

Nadalje, istakli smo da je crnogorski zakonodavac predvidio da se arbitraža sprovodi povodom rješavanja spora, ali je propustio da, s obzirom na vrstu, ograniči krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala, pa se na osnovu člana 2 ZA CG s pravom konstatuje da su arbitrabilni svi pravni sporovi, bez izuzetka. Ovakvo rješenje je loše, što se vrlo lako zaključuje ako se ima u vidu uloga koju bi princip autonomije volje trebalo da ima u određivanju granica arbitrabilnosti. Naime, disponibilnost materijalnopravnog odnosa i arbitrabilnost spora koji iz nje nastane treba da budu podudarne vrijednosti, u smislu da spor koji nastane iz nedisponibilnog materijalnopravnog odnosa treba da u načelu bude nearbitrabilan, a da sporu koji je proizašao iz materijalnopravnog odnosa koji je disponibilan treba priznati arbitrabilnost.

U skladu sa tim, način na koji je hrvatski zakonodavac regulisao granice arbitrabilnosti *ratione materiae* nameće se kao najadekvatnije pravno rješenje. On je u potpunosti ostao vjeran principu autonomije volje i kao jedini kriterijum za određenje objektivnih granica arbitrabilnosti predvidio disponibilnost spora. Na taj način, ne samo da se priklonio onim zemljama koje su u svom arbitražnom pravu ukazale najveći stepen uvažavanja principu autonomije volje, već je i izbjegao svođenje objektivne arbitrabilnosti na sporove o imovinskim pravima, čime bi, poput srbijanskog zakonodavca, kao nearbitrabilne obilježio mnoge sporove o neimovinskim pravima koji bi, s obzirom na svoju materijalnopravnu disponibilnost, i u procesnom pravnom smislu bili sasvim pogodni za rješavanje pred arbitražnim tribunalom.

Dakle, smatramo da bi i crnogorski zakonodavac trebalo da slijedi zakonodavca iz susjedne Hrvatske kada je u pitanju postavljanje granica arbitrabilnosti *ratione materiae*. U tom slučaju, trebalo bi uzeti da su arbitrabilni svi *sporovi* kojima se može pripisati karakter disponibilnosti, pri čemu treba imati na umu dvije napomene u vezi s ovakvim pravnim rješenjem. Prvo, mada se načelno zaključuje da su arbitrabilni svi disponibilni sporovi, ipak treba imati na umu da iz ovog kruga *ius cogens* može isključiti određene takve sporove. I drugo, iako se, ako slijedimo ovo rješenje arbitrabilnost pripisuje samo spornim pravnim odnosima, ne treba ishitreno zaključiti da je arbitrabilnost oduzeta nespornim pravnim stvarima, tj. da arbitraža ne može biti pandan vanparnici. Naprotiv, ako stranke mogu zaključiti arbitražni sporazum i uspostaviti nadležnost arbitraže za rješavanje spora, onda, *arg. a maiori ad minus*, to isto mogu učiniti i u odnosu na nespornu pravnu stvar, i to pod uslovom, razumije se, da se ne prevazilaze granice u kojima je dopušteno zaključiti arbitražni sporazum, pri čemu kogentno pravo ponovo ima primat.

Takođe, istakli smo da, tumačeći član 2 ZA CG, zaključujemo da se ne može desiti da nadležnost arbitraže u Crnoj Gori uspostave stranke od kojih su jedna ili obje strani pravni subjekti, pri čemu

je *ratio* ovakvog rješenja u potpunosti nedokučiv. S tim u vezi, dobro je slijediti rješenje inkorporirano u hrvatski i slovenački zakon o arbitraži, po kom se ovi pravni propisi primjenjuju na domaće arbitraže, bez obzira na to da li je riječ o sporovima sa ili bez međunarodnog obilježja. Na taj način, sporovi sa i bez međunarodnog obilježja bili bi izjednačeni u pogledu mogućnosti ugovaranja domaće arbitraže.

Istovremeno, smatramo da bi granice arbitrabilnosti *ratione territorii* koje je postavio hrvatski zakonodavac trebalo pratiti do kraja, pa i u dijelu koji se razlikuje u odnosu na rješenje iz ZA SLO, a u pogledu mogućnosti rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja pred stranom arbitražom. Dakle, valjalo bi da i crnogorski zakonodavac predvidi da se pred stranom arbitražom može ugovoriti isključivo rješavanje sporova sa međunarodnim obilježjem, koji su definisani kao sporovi u kojima je barem jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inostranstvu, odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu. *A contrario*, povodom rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja, u koje spadaju svi sporovi u kojima su obje stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, i/ili pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore, ne bi trebalo da je moguće ustanoviti nadležnost arbitraže koja se ne nalazi na crnogorskom području. Razlog ovakvog ramišljanja autorke je u očiglednoj potrebi razvoja domaće prakse i kulture arbitražnog rješavanja spornih odnosa u Crnoj Gori.

Kada je riječ o granicama arbitrabilnosti *ratione personae*, istakli smo da se još jedna mana ZA CG ogleda u određenju pravnog lica u članu 2 stav 2, a u kontekstu člana 2 stav 1. Naime, crnogorski zakonodavac je u pravna lica svrstao državne organe, organe državne uprave, te organe lokalne samouprave i na taj način pojam pravnog lica odredio drugačije u odnosu na njegovo opšteprihvaćeno pravno određenje. Poistovijetio je dva na određeni način subordinirana pojma — pojam pravnog lica i organa pravnog lica, a zanemario da stranka u arbitražnom postupku može biti samo pravno lice — država i jedinica lokalne samouprave, a ne njihovi predstavnički, izvršni i drugi organi.

S tim u vezi, crnogorski zakonodavac ovu grešku može ispraviti tako što će se, recimo, osloniti na pravila parničnog postupka i odrediti da arbitražu može ugovoriti svako ko, u skladu sa stipulacijama iz zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku; ili može stipulisati da arbitražu može da ugovori svako fizičko i pravno lice (uključujući subjekte javnog prava — Republiku Crnu Goru, jedinice lokalne samouprave itd).

Dodatno, određene reforme crnogorskog zakonodavstva potrebne su i radi veće zaštite slabije strane (potrošača i zaposlenih) u arbitražnom postupku. U tom smislu, prvenstveno treba mijenjati odredbe ZZP, na način što će, po uzoru na srbijanskog, crnogorski zakonodavac, s aspekta arbitrabilnosti, predvidjeti strožu zaštitu potrošača. Podsjećanja radi, dok crnogorsko potrošačko pravo predviđa da se odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo *mogou* (dakle — *ne*

moraju) smatrati nepoštenim ako isključuju, ograničavaju ili otežavaju pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim organom ili organizacijom, a naročito ako se njima obavezuje potrošač na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena odgovarajućim propisima, srbijanski zakonodavac stipuliše da se takve odredbe *moraju* smatrati nepravičnim bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja.

Konačno, valjalo bi da crnogorski zakonodavac potrošača kao slabiju stranu zaštititi i kroz odredbe ZA CG, sa ciljem da stvori uslove u kojima, s obzirom na njegov nejednak položaj kao slabije, u odnosu na trgovca kao jače strane, neće biti upitno da li je izjava volje potrošača da se sporovi iz ugovornog odnosa s određenim trgovcem rješavaju pred arbitražom bila slobodna i ozbiljna. To može učiniti po uzoru na rješenje iz Hrvatske, na način što će predvidjeti da u slučaju da je spor nastao ili bi mogao nastati iz ugovora u kojem je jedna ugovorna strana potrošač, ugovor o arbitraži mora biti sačinjen u posebnoj ispravi koju su pritom potpisale obje strane, uz napomenu da u toj ispravi, osim ukoliko je sačinjena kod notara, ne smije biti nikakvih drugih utanačenja do onih koja se odnose isključivo na arbitražni postupak.

U ovom dijelu važno je izjasniti se i u odnosu na radne sporove i zaštitu zaposlenih kao slabije strane u kontekstu arbitrabilnosti. Naime, bez obzira na načelnu arbitrabilnost ove vrste sporova, njihova arbitraža u budućnosti bi trebalo da bude restriktivnije uređena posebnim propisima, imajući u vidu njihovu specifičnu strukturu, različit položaj i stepen moći stranaka, izrazitu potrebu za posebnim uređenjem pitanja snošenja troškova postupka, uključujući i aspekt njihovog avansiranja, te s obzirom na potencijalni broj postupaka⁴⁹ i sve druge pojedinosti radnih sporova u odnosu na koje je očekivano pažljivije formulisanje granica arbitrabilnosti *ratione materiae*.

Zaključak

Evropski sud u Strazburu više puta je istakao da se termin „zakon” ne odnosi samo na postojanje zakona u formalnom smislu, već i na postojanje kvalitetnog zakona, i da je, kako bi se jedan opšti akt smatrao zakonom i u materijalnom smislu, neophodno da su njegove norme dovoljno precizne, jasne i predvidive. Nužno je, dakle, pratiti i sadržinske kriterijume kako bi se jedan opšti akt svrstao u kategoriju zakona, a kako bismo osigurali ispunjenost tih sadržinskih kriterijuma, zakon moramo u kontinuitetu preispitivati i unapređivati.

Sa tim ciljem, Zakon o arbitraži Crne Gore u ovom radu bio je predmet takve analize, usmjerene ka njegovom sveobuhvatnom

⁴⁹ Triva, S., Uzelac, A. (2007). Hrvatsko arbitražno pravo: komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava. Zagreb: Narodne novine, str. 29.

preispitivanju u kvalitativnom smislu i definisanju preporuka za poboljšanje određenih pravnih rješenja koja su u njemu sadržana. Imajući u vidu značaj koji pitanje arbitrabilnosti uživa u sferi arbitražnog prava, njegovo uređenje u crnogorskom arbitražnom pravu stavljeno je u centar analize.

Koristeći se metodom analize sadržaja, normativno-dogmatskom metodom, uporednopravnom, induktivnom i deduktivnom metodom, autorka je došla do zaključka da je crnogorsko pravno uređenje pitanja arbitrabilnosti neophodno unaprijediti, pa je sa tim ciljem dobro učiniti sljedeće:

1. U nomotehničkom smislu, a u kontekstu pitanja arbitrabilnosti, preurediti ZA CG na način da se na osnovu rubruma konkretnog člana jasno zaključuje da su unutar njega regulisane (barem objektivne i subjektivne) granice arbitrabilnosti;

2. S obzirom na vrstu ograničiti krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala, pritom imajući u vidu da dostupnost materijalnopravnog odnosa i arbitrabilnost spora koji iz njega nastane treba da budu podudarne vrijednosti, u smislu da spor koji nastane iz nedostupnog materijalnopravnog odnosa treba da u načelu bude nearbitrabilan, a da sporu koji je proizašao iz materijalnopravnog odnosa koji je dostupan treba priznati arbitrabilnost;

3. Izjednačiti sporove sa i bez međunarodnog obilježja u pogledu mogućnosti ugovaranja domaće arbitraže;

4. Predvidjeti da se pred stranom arbitražom može ugovoriti isključivo rješavanje sporova sa međunarodnim obilježjem, a da, *a contrario*, povodom rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja, ne bi trebalo da je moguće ustanoviti nadležnost arbitraže koja se ne nalazi na crnogorskom području. Razlog za to je u očiglednoj potrebi razvoja domaće prakse i kulture arbitražnog rješavanja spornih odnosa u Crnoj Gori;

5. U pogledu arbitrabilnosti *ratione personae* razgraničiti pojam pravnog lica i organa pravnog lica, te odreći organima pravnih lica sposobnost zaključivanja arbitražnog sporazuma;

6. Zaštititi potrošača kao slabiju stranu kroz odredbe ZA CG, sa ciljem da se stvore uslovi u kojima, s obzirom na njegov nejednak položaj kao slabije, u odnosu na trgovca kao jače strane, neće biti upitno da li je izjava volje potrošača da se sporovi iz ugovornog odnosa s određenim trgovcem rješavaju pred arbitražom bila slobodna i ozbiljna; i

7. Bez obzira na načelnu arbitrabilnost individualnih radnih sporova, ograničiti njihovu arbitražu radi što bolje zaštite zaposlenog kao slabije strane.

Svi navedeni zaključci proistekli su iz uporednopravnog osvrta na pravna rješenja pitanja arbitrabilnosti u zemljama regiona, uključujući i dvije članice EU, čije je zakonodavstvo (pa i u oblasti arbitražnog prava) usklađeno sa standardima EU. Oni ne samo da su usmjereni ka boljem definisanju granica arbitrabilnosti u crnogorskom pravnom sistemu, te boljoj zaštiti potrošača i zaposlenih kao

slabijih strana, već su inspirisani podrškom evropskom putu Crne Gore, na kom je potrebno u kontinuitetu i bezuslovno raditi na usklađivanju njenog unutrašnjeg prava s onim što su standardi pravne tekovine Evropske unije.

Literatura

1. Deskoski, T, Dokovski, V, Notes on Arbitrability — Focus on Objective Arbitrability. *Zbornik radova Pravnog fakulteta „Iustinianus Primus” Univerziteta svetog Ćirila i Metodija*, 2018.
2. Jagtenberg, R. i de Roo, A, Employment Disputes and Arbitration. An Account of Irreconcilability, With Reference to the EU and the USA, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 68 (2), 2018.
3. Janićijević, D, *Arbitraža*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš, 2011.
4. Triva, S, *Gradansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1983.
5. Triva, S, Uzelac, A, *Hrvatsko arbitražno pravo: komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
6. Knežević, M, O pojmu i značaju arbitrabilnosti. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 42, br. 1–2, 2008.
7. Knol Radoja, K, Svrsishodnost arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova s posebnim naglaskom na sporove proizašle iz razvoda braka. *Pravni vjesnik*, 31 (1), 2015.
8. Perales Viscasillas, P, The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014.
9. Petrović, M, Punovažnost arbitražnog sporazuma. *Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu”*, 2013.
10. Rašović, Z, *Gradansko pravo*, Pravni fakultet, Podgorici, 2009.
11. Uzelac, A, New boundaries of arbitrability under the Croatian Law on Arbitration. *Croatian arbitration yearbook*, 9, 2022.
12. Ćizmović, M, i Đuričin, B, *Gradansko procesno pravo*, Kulturno-prosvjetna zajednica, Podgorica, 1997.

Nacionalni propisi i izvori međunarodnog prava

1. Zakon o arbitraži Crne Gore („Sl. list CG”, br. 47/2015)
2. Zakon o arbitraži Republike Hrvatske („Narodne novine” br. 88/01)
3. Zakon o arbitraži Republike Slovenije („Uradni list RS”, št. 45/08)
4. Zakon o arbitraži Republike Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 46/2006)
5. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, br. 001/14 od 09. 01. 2014, 006/14 od 04. 02. 2014, 011/14 od 04. 03. 2014, 014/14 od 22. 03. 2014, 047/15 od 18. 08. 2015)
6. Zakon o parničnom postupku Crne Gore („Službeni list Republike Crne Gore”, br. 022/04 od 02. 04. 2004, 028/05 od 05. 05. 2005, 076/06 od 12. 12. 2006, „Službeni list Crne Gore”, br. 073/10 od 10. 12. 2010, 047/15 od 18. 08. 2015, 048/15 od 21. 08. 2015, 051/17 od 03. 08. 2017, 075/17 od 09. 11. 2017, 062/18 od 21. 09. 2018, 034/19 od 21. 06. 2019, 042/19 od 26. 07. 2019, 076/20 od 28. 07. 2020, 108/21 od 12. 10. 2021)
7. Zakonik o parničnom postupku Republike Austrije
8. Zakonik o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke

9. Zakon o zaštiti potrošača Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, br. 002/14 od 14. 01. 2014, 006/14 od 04. 02. 2014, 043/15 od 31. 07. 2015, 070/17 od 27. 10. 2017, 067/19 od 11. 12. 2019, 146/21 od 31. 12. 2021, 084/24 od 06. 09. 2024)
10. Tekst Direktive EU 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima.
11. Tekst Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961. godine.
12. Tekst Model zakon UNCITRAL-a od 7. jula 2006. godine.
13. Tekst Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 7. juna 1959. godine.

Andrea Mićanović, LL. M.

THE INSTITUTION OF ARBITRABILITY IN THE
MONTENEGRIN ARBITRATION LAW: A CRITICAL
VIEW AND REFORM PROPOSALS

There is no transcendental definition of the concept of arbitrability; rather, it is defined through its regulation within individual legal systems and through theoretical interpretations of its possible scope. One way to define arbitrability is as a complex legal concept that determines both what may constitute the subject matter of arbitration (*arbitrability ratione materiae*) and who may be parties to an arbitration agreement (*arbitrability ratione personae*).

Given that arbitrability occupies a central position in modern arbitration law, it is evident that the overall arbitration framework of a given country depends significantly on the careful and coherent regulation of arbitrability and its limits. The purpose of this paper arises from the author's concern precisely in this regard. Accordingly, after providing a theoretical overview of the concept of arbitrability, the paper focuses on an analysis of the Montenegrin legal system and presents the manner in which the Montenegrin legislator has addressed this issue. Through a comparative legal approach and an examination of selected positive-law solutions in the field of arbitration law in the region — specifically in Serbia, Croatia, and Slovenia — the paper seeks to identify the shortcomings of the Montenegrin approach to arbitrability and to propose appropriate reforms.

Key words: arbitrability, limits of arbitrability, arbitration, arbitral tribunal, party autonomy

Pravna zaštita stranaca u Crnoj Gori: migranti i azilanti između norme i stvarnosti

Zaštita koju uživaju stranci u Crnoj Gori, u prvom redu pravna, otvara polje preispitivanja efikasnosti mehanizama zaštite ljudskih prava, kako domaćih tako i međunarodnih. Crnogorski zakonodavni okvir jeste formalno usklađen sa međunarodnim pravnim aktima, te standardima Evropske unije, međutim, praksa ukazuje na, u nekim slučajevima, nepotpunu i ograničenu primjenu osnovnih načela kao što su zabrana vraćanja (*non-refoulement*) i pravo na pristup azilu.

Iako zakon formalno garantuje jednak tretman i pristup pravima, institucionalne „prepreke” kao što su sporost postupaka i nedovoljni kapaciteti, doprinose izazovima u primjeni prava. Ranjivim kategorijama, poput žena, djece, starijih lica, lica bez državljanstva, sve ovo predstavlja dodatno opterećenje pri ostvarivanju prava i/ili integraciji. Dodatno, porast ksenofobije i negativne percepcije migracija utiču na spremnost zajednice da prihvati i integriše strance. Upravo tada jaz između norme i stvarnosti postaje očigledniji i upućuje na nužnost ulaganja dodatnih napora za zaštitu ljudskih prava u Crnoj Gori. Institucionalna koordinacija i primjena standarda zaštite ljudskih prava su jedan od kriterijuma za postojanje funkcionalnog i pravednog sistema međunarodne zaštite, što je i zahtjev Evropske unije u kontekstu procesa pristupanja.

Gljučne riječi: azil, migracije, ljudska prava, međunarodna zaštita, implementacija prava

Uvod: migracije kao ogledalo pravne države

Migracije su oblast od posebnog značaja za nacionalno i međunarodno pravo, ali i politiku na oba nivoa koja, uz ekonomske, te faktore humanitarne prirode, diktira dinamiku globalnih kretanja stanovništva. Da država ima obavezu da pomogne strancu u nevolji rekao je još Grocius govoreći o azilu i protjerivanju,¹ što će i De Wilde potvrditi, posebno kada je riječ o pretpostavljenoj obavezi država.² Dakle, pred državama je, naročito onim koje trpe povećan pritisak uzrokovan migracijama, ozbiljan zadatak da pronađu

* Doktorantkinja na Pravnom fakultetu Univerziteta u Trnavi, Slovačka; *email:* tereza.vujošević@tvu.sk

¹ H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Vol. 2, Book 1, 2 and 3.; by Francis W. Kelsey, with the collaboration of Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves, Oxford: Clarendon [et al.], *The classics of international law*, 1925, 1646, str. 201–202.

² M. de Wilde, *Offering Hospitality to Strangers: Hugo Grotius’s Draft Regulations for the Jews*, *Legal History Review*, 85, 2017, str. 410.

pravi balans između suverene kontrole nad granicama i obaveza koje nalažu poštovanje ljudskih prava. Crna Gora po obimu teritorije i broju stanovnika (13 812 km² i oko 633 158 stanovnika prema podacima Monstata dobijenim nakon popisa stanovništva 2023. godine³) jeste mala, ali ne i izolovana od migracijskih procesa i uticaja. Naime, od 2006. godine, kada je uspostavljen sistem azila u Crnoj Gori, 16 770 osoba je podnijelo zahtjev za azil, od čega je za njih 147 odobrena međunarodna zaštita.⁴ Ovi podaci govore da je, iako primarno zemlja tranzita, krajnja destinacija za dio lica koja su u potrazi za utočištem, međunarodnom zaštitom ili iz nekog drugog razloga odlučila da napuste svoje domove. Migrantska kriza koja je ovaj dio Evrope počela da zahvata od 2015. godine, te oružani sukob u Ukrajini, doprinijeli su da broj stranaca u Crnoj Gori bude povećan. U februaru 2023. godine u Crnoj Gori je registrovano 8 014 izbjeglica iz Ukrajine pod režimom privremene zaštite, što je stvorilo dodatni pritisak na kapacitete sistema⁵. Međutim, taj broj je u narednoj godini počeo da opada, te je do kraja 2024. godine 2 970 osoba izrazilo namjeru za azil.⁶ Ovo je bio povod za pokretanje brojnih pitanja poput institucionalne spremnosti države, efikasnosti sistema azila i efikasnosti u kontekstu ostvarivanja prava garantovanih međunarodnim i domaćim propisima. Prema podacima relevantnih međunarodnih organizacija, broj podnijetih zahtjeva za međunarodnu zaštitu i registrovanih boravaka stranaca je u prethodno navedenom period bio u kontinuiranom porastu, dok je broj lica sa odobrenim nekim vidom međunarodne zaštite i dalje bio relativno mali. Takođe, bezbjednosni aspekt migracija je sve više u fokusu i zbog velikog broja ilegalnih prelazaka granica.

Niz zakona i ratifikovanih međunarodnih ugovora regulišu pravnu zaštitu stranaca u Crnoj Gori bez obzira na njihovo državljanstvo ili pravni status. Međutim, da između normi i njihove primjene u praksi postoje razlike ukazuju i izvještaji koje smo analizirali u pripremi ovog članka. Prije svega ovdje mislimo na pristup procedurama, neujednačenu administrativnu praksu, efikasnost integracijskih mjera i podsticaja. Analizirajući normativni okvir i izvještaje relevantnih institucija i organizacija, prikazaćemo dvije dimenzije — sama propise i njihovu primjenu, te ukazati na neke od razloga zbog kojih usklađenost zakona sa međunarodnim standardima nije dovoljan preduslov za efikasnu zaštitu ljudskih prava stranaca u Crnoj

³ Zavod za statistiku Crne Gore, Monstat, Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u 2023, pristupljeno 18. 10. 2025, <https://www.monstat.org/cg/page.php?id=1992&pageid=1992>

⁴ UNHCR, *Protection Brief: Refugees and Asylum Seekers in Montenegro*, 2025, str. 1.

⁵ UNHCR, Montenegro fact sheet, 2023, pristupljeno 18. 10. 2025, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/2023-03/Bi-annual%20fact%20sheet%202023%2002%20Montenegro.pdf>

⁶ UNHCR, *Protection Brief: Refugees and Asylum Seekers in Montenegro*, 2025, str. 2.

Gori. Odnos države prema migrantima i licima koja traže međunarodnu zaštitu nije samo pitanje tehničke ispunjenosti normativnih zahtjeva, već svojevrsan test stepena vladavine prava i suštinske zaštite ljudskog dostojanstva.

1. Univerzalni i evropski standardi

Zaštita ljudskih prava na međunarodnom nivou zasnovana je na načelima univerzalnog poštovanja prava svih, bez diskriminacije, bez obzira na porijeklo ili pravni status. Crna Gora, kao potpisnica najvažnijih međunarodnih ugovora koji štite ova prava, prvenstveno onih nastalih pod okriljem Ujedinjenih nacija i Savjeta Evrope, dužna je da se pridržava najviših standarda očuvanja i zaštite ljudskih prava, te da reaguje na odgovarajući način u slučajevima njihovog kršenja. Harmonizacija zakonodavstva sa pravnom tekovinom Evropske unije dodatno doprinosi efikasnosti i funkcionalnosti nacionalnog prava.

1.1. Univerzalna zaštita prava stranaca

Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. sa Protokolom iz 1967. prvi put nakon Drugog svjetskog rata u formi moderne kodifikacije postavlja univerzalne standarde zaštite prava migranata i izbjeglica. Sve počinje od definicije pojma izbjeglice kao lica koje zbog opravdanog straha od protjerivanja iz razloga povezanih sa rasnom, religijskom ili nacionalnom pripadnošću, ili pak pripadnošću nekoj društvenoj grupi, te zbog političkog opredjeljenja, ne može ili je onemogućeno da traži zaštitu u zemlji porijekla,⁷ te prava garantovanih ovom konvencijom⁸ i izričite zabrane protjerivanja⁹ koja prerasta u *ius cogens* opšteprihvaćenu normu međunarodnog prava.

Zabrana diskriminacije je garantovana i u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (PGP)¹⁰ i Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (PESK)¹¹ kojim je dodatno istaknuta pozitivna obaveza država da omoguće svima pristup ekonomskim i socijalnim pravima, bez obzira na imigracioni status, poštujući dostojanstvo i prava migranata.

Princip zabrane protjerivanja, *non-refoulement*, našao je svoje mjesto i u Konvenciji protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, kojom je zabranjeno vraćanje lica u onu državu u kojoj im prijeti osnovan rizik od mučenja ili drugih vidova

⁷ Član 2, Konvencija o statusu izbjeglica, Ujedinjene nacije, 1951.

⁸ Čl. 12–31, *Ibid.*

⁹ Član 33, *Ibid.*

¹⁰ Član 2, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Ujedinjene nacije, 1966.

¹¹ Član 2, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Ujedinjene nacije, 1966.

nehumanog postupanja.¹² U slučajevima koji uključuju zaštitu prava maloljetnika, Konvencija o pravima djeteta nalaže obavezu obezbjeđivanja i zaštite najboljeg interesa sve djece, sa i bez pratnje,¹³ podrazumijevajući tu i djecu migrante, te garantuje pravo na neometano obrazovanje,¹⁴ zdravstvenu zaštitu,¹⁵ zabranu svakog vida fizičkog ili mentalnog nasilja i eksploatacije.¹⁶

Kada je riječ o zaštiti prava migrantkinja, žena koje su u procesu traženja azila i žena kojima je odobren neki vid međunarodne zaštite, Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena državama potpisnicama nameće obavezu da donesu mjere koje će spriječiti sve oblike diskriminacije nad ženama,¹⁷ a indirektno i potrebu da „orodne” procedure gdje se podrazumijeva i pristup azilu, ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu, rad i ostala prava.

1.2. *Evropski standardi zaštite prava stranaca*

Ako se fokusiramo na region Evrope, temelji zaštite prava stranaca i lica koja traže međunarodnu zaštitu su postavljeni u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, te praksi Evropskog suda za ljudska prava koji je u svojim presudama učvrstio pravne standarde i istakao apsolutnu zabranu mučenja i nečovječnog postupanja.¹⁸ Da nacionalna bezbjednost niti bezbjednost same države ne mogu poslužiti kao opravdanje za deportaciju lica u zemlju u kojoj postoji rizik da će biti mučeni ili da će biti podvrgnuti nekom vidu ponižavajućeg postupanja, Sud je potvrdio u presudama Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹⁹ i Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva.²⁰ Ovi slučajevi su postavili visok standard zaštite onih koji se nalaze u nekoj od faza postupka azila od protjerivanja, što i Crnu Goru kao članicu Savjeta Evrope obavezuje na poštovanje principa *non-refoulement*. Nadalje, država je dužna da garantuje minimalne standarde koji se odnose na uživanje socijalne i pravne sigurnosti svih koji borave na njenog teritoriji, bez obzira na njihov pravni status. Ova obaveza je utemeljena na Evropskoj socijalnoj povelji²¹, kao dodatnom regionalnom

¹² Član 3, Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Ujedinjene nacije, 1984.

¹³ Član 22, Konvencija o pravima djeteta, Ujedinjene nacije, 1989.

¹⁴ Čl. 28 i 29, *Ibid.*

¹⁵ Čl. 23 i 24, *Ibid.*

¹⁶ Član 19, *Ibid.*

¹⁷ Čl. 2, 3, 7, 10, 12, 14, Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, Ujedinjene nacije, 1979.

¹⁸ Član 3, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Savjet Evrope, 1950.

¹⁹ Evropski sud za ljudska prava, Soering protiv Velike Britanije, broj predstavke: 14038/88, 7. jul 1989.

²⁰ Evropski sud za ljudska prava, Chahal protiv Velike Britanije, broj predstavke: 22414/93, 15. novembar 1996.

²¹ Savjet Evrope, *Evropska socijalna povelja (revidirana)* (usvojena 3. maja 1996, stupila na snagu 1. jula 1999) ETS br. 163, pristupljeno 18. 10. 2025, <https://rm.coe.int/168007cf93>.

instrumentu zaštite ljudskih prava, koja uz Konvenciju o suzbijanju trgovine ljudima²² potencira zaštitu od eksploatacije ovih posebno ranjivih grupa i pojedinaca, te značaj jednostavnog i bez prepreka pristupa pravnoj pomoći.

Zajednički evropski sistem azila (*eng.* Common European Asylum System CEAS) zapravo je sublimat direktiva koje regulišu pitanja postupka azila, uslove prijema i preduslove za odobrenje međunarodne zaštite. Prema stavu nekih autora, politika migracija Evropske unije je zapravo zbir svih formalnih dokumenta koje je Evropska unija usvojila.²³ Obaveza Crne Gore, kao države kandidata, jeste da uskladi sopstveno zakonodavstvo sa zahtijevanim standardima, ali ne samo formalno, već i kroz unapređenje administrativnih i ljudskih kapaciteta, te razvoj i efikasnu primjenu integracionih mehanizama.

1.3. Crna Gora u sistemu međunarodnih obaveza

Stabilna formalna osnova za poštovanje međunarodnih obaveza postavljena je nakon obnove nezavisnosti, kada je Crna Gora ratifikovala skoro sve međunarodne ugovore koji tretiraju pitanja zaštite ljudskih prava i azila. Na taj način je, uz Ustavom uspostavljen princip njihovog primata nad nacionalnim zakonodavstvom, obezbijedena direktna primjena njima propisanih normi, ali i obaveza njihovog poštovanja i dosljedne primjene u institucijama domaćeg zakonodavstva. Osnovne ustavne garancije odnose se na pravo na život, zabranu mučenja, slobodu i sigurnost, te pravo na pravnu zaštitu, a predviđena je i zabrana protjerivanja i izručenja u državu u kojoj postoji opasnost od mučenja ili smrtne kazne,²⁴ čime je princip non-refoulement pronašao svoje mjesto u nacionalnom pravnom poretku.

Temelj sistema azila je postavljen Zakonom o azilu donijetom 2007. godine, a koji je prema stavu CEDEM-a bio preduslov za pristupanje bezviznom režimu sa zemljama Šengen zone.²⁵ On je bio na snazi do donošenja Zakona o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca iz 2017. godine, kojim je upotpunjen normativni okvir, te detaljno uređena prava i obaveze azilanata i lica pod međunarodnom zaštitom u Crnoj Gori. Njime je uveden postupak koji se sastoji iz dvije faze — izjave o namjeri za podnošenjem zahtjeva za azil i formalne prijave, tj. zahtjeva za azil. Takođe, ovim zakonom su precizno definisane kategorije međunarodne i privremene zaštite, te uređen postupak podnošenja zahtjeva i prava stranaca tokom trajanja postupka. Stranac koji traži međunarodu zaštitu u Crnoj Gori ima prava na: boravak u Crnoj Gori, slobodu kretanja u Crnoj Gori, prihvata, zdravstvenu

²² Savjet Evrope, Konvencija o borbi protiv trgovine ljudima, 2005.

²³ A. Niemann, N. Zaun, Introduction: EU external migration policy and EU migration governance: introduction. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 49 (12), 2023, str. 2975–2976.

²⁴ Član 44, Ustav Crne Gore, *Službeni list Crne Gore* br. 1/2007.

²⁵ CEDEM, *Politike azila i migracija u procesu pristupanja Evropskoj uniji — uloga i doprinos organizacija civilnog društva*, 2015, str. 4.

zaštitu, osnovno i srednje obrazovanje, informacije neophodne za boravak i pravne savjete u vezi sa postupkom po zahtjevu za međunarodnu zaštitu i besplatne pravne pomoći, besplatnu pravnu pomoć, rad, ali tek „protekom roka od devet mjeseci od dana podnošenja zahtjeva za međunarodnu zaštitu o kojem Ministarstvo nije donijelo odluku”,²⁶ pravo na isprave u skladu sa Zakonom o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca i pravo na jedinstvo porodice.²⁷

Ovim zakonom je predviđena mogućnost odbijanja zahtjeva u ubrzanom postupku u slučaju ocjene o očiglednoj neosnovanosti, što u praksi može dovesti do potencijalnog proizvoljnog odlučivanja. Postupci u kojima se odlučuje o pravu na međunarodnu zaštitu su relativno spori, što direktno utiče na kvalitet ostvarivanja prava prodnosioca zahtjeva i još jednom pokazuje da formalna garancija prava nije dovoljna ukoliko institucionalni mehanizmi nijesu djelotvorni.

Broj odobrenih zahtjeva za azil u odnosu na ukupan broj podnijetih prijava može ukazivati na potencijalne prepreke u dijelu efikasnosti administracije, te tumačenja uslova za odobrenje međunarodne zaštite. Kao što je prethodno spomenuto, od 2006. godine za samo 147 lica odobren je neki vid međunarodne zaštite.²⁸

Važan element u sistemu zaštite, ali i kontrole stranaca koji se nađu na teritoriji Crne Gore jeste Zakon o strancima²⁹, koji pokušavajući da uspostavi balans između kontrolne funkcije države i poštovanja osnovnih ljudskih prava reguliše pitanja ulaska, boravka i udaljenja stranaca, te izdavanje dozvola za privremeni i stalni boravak.

Za odnos prema migracijama u Crnoj Gori važno je istaći i Strategiju o migracijama i reintegraciji povratnika 2021–2025 sa pratećim akcionim planovima, koja predviđa mjere za jačanje institucionalne saradnje, razvoj integrisanog sistema migracija,³⁰ mjere koje se odnose na poboljšanje uslova u prihvatnim centrima, kao i podršku integraciji lica kojima je odobrena međunarodna zaštita u lokalnim zajednicama čiji su dio faktički postali. Prema Izvještaju o realizaciji iz 2023. godine, od ukupnog broja aktivnosti predviđenih za period od dvije godine od donošenja Strategije, polovina aktivnosti je realizovana, međutim, kako je istaknuto, one najznačajnije, kako što su obezbjeđivanje smještajnih kapaciteta licima kojima je odobrena međunarodna zaštita, uspostavljanje elektronskog sistema identifikacije i registracije migranata i lica sa odobrenom međunarodnom i privremenom zaštitom, te uspostavljanje sistema elektronske razmjene podataka među državnim organima nadležnim za pitanja migracija

²⁶ Član 70, *Ibid.*

²⁷ Član 58, *Ibid.*

²⁸ UNHCR, *Protection Brief: Refugees and Asylum Seekers in Montenegro*, 2025, str. 1.

²⁹ Zakon o strancima „*Službeni list Crne Gore*”, br. 12/2018, 3/2019 i 86/2022.

³⁰ Ministarstvo unutrašnjih poslova, *Strategija o migracijama i reintegraciji povratnika 2021–2025*, 2020, str. 5.

i prava koja iz njih proističu, nijesu.³¹ Uz to, potreba za jačom institucionalnom koordinacijom je jedna od obaveza koje je Crna Gora preuzela u okviru procesa pristupanja Evropskoj uniji i pregovaračkih poglavlja 23 i 24 koja se odnose na pravdu, slobodu, bezbjednost i osnovna prava. Preporuke ove vrste ukazuju da usklađivanje sa standardima Evropske unije nije samo pitanje forme, niti „ček lista” pred proglašenje potpune zakonodavne harmonizacije, već prije svega proces transformacije administrativne i pravosudne prakse.

Zakonodavni sistem na kojem se zasniva zaštita stranaca u Crnoj Gori formalno prati međunarodne i evropske zahtjeve, ali se i dalje bori sa ograničenom sposobnošću institucija da omoguće efikasnost zaštite prava stranaca u praksi. Jasno je da legislativna usklađenost ne podrazumijeva nužno i stvarnu zaštitu prava, što otvara pitanje na koji način je moguće uticati na smanjenje diskrepance između normativnih rješenja i mogućnosti njihove realne primjene. Upravo taj vid disproporcije nosi izazov ostvarivanja balansa između suverenog prava države da vrši kontrolu nad migracionim tokovima i njene obaveze poštovanja i zaštite dostojanstva svakog lica.

2. Kako stvarnost oblikuje norme: izazovi u ostvarivanju prava stranaca u Crnoj Gori

Kao što je u prethodnom dijelu rečeno, crnogorsko nacionalno zakonodavstvo nominalno garantuje zaštitu svih prava koja strancima, različitih pravnih statusa, pripadaju u skladu sa zaštitom koju međunarodni standardi nalažu, ali na polju sprovođenja normi evidentne su određene manjkavosti. To je i razlog što se dio autora odlučuje da izazove u ostvarivanju prava tražilaca azila i lica sa odobrenom međunarodnom zaštitom grupiše prema periodima: tokom apliciranja za azil i prije donošenja odluke, nakon što je odluka donesena i tokom žalbenog perioda, te izazove u procesu integracije.³²

Da bi postupak započeo, lice ima obavezu da izrazi namjeru pred nadležnim organom, a zvanični zahtjev za azil može biti podnesen u roku od 15 dana od dana kada je namjera izražena, dok u suprotnom lice gubi pravo na dalje vođenje postupka.³³ Pravovremene i tačne informacije zato imaju krucijalnu ulogu u svakoj fazi postupka. No, nerijetko se dešava da prevodioci za sve potrebne jezike nijesu odmah dostupni, iako je dozvoljeno da prevode preko telekomunikacionih

³¹ Ministarstvo unutrašnjih poslova Crne Gore, Izvještaj o realizaciji strategije o migracijama i reintegraciji povratnika u Crnoj Gori, za period 2021–2025. godine za 2023. godinu, 2024, str. 12–13.

³² T. Vujošević, Legal protection of migrants, asylum seekers, and persons with granted international protection in Montenegro, University of Miškolc, 2025, str. 37–42.

³³ Čl. 34 i 35, Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca, *Službeni list Crne Gore* br. 2/17, 3/19.

ili audiovizuelnih elektronskih uređaja,³⁴ što otežava razumijevanje postupka, posebno ličnih prava i obaveza, za one koji ne govore lokalni ili engleski jezik.

Sama procedura dodatno opterećuje migrante i administraciju jer ju i dalje nije moguće sprovesti u svim područnim jedinicama Uprave policije, ali napredak postoji u smislu da sada granični prelaz na Božaju nije jedino mjesto gdje se može izjaviti namjera.

Nadalje, pristup tržištu rada je zbog obaveze protoka devet mjeseci od podnošenja zahtjeva za azil ograničen i nosi potencijalne opasnosti kao što je rad na crno i pravne posljedice takvog rada, eksploatacija od strane poslodavaca, neplaćanje za izvršene usluge, rad pod prinudom i prijateljama zbog straha od policije i drugi vidovi zloupotrebe nepovoljnog položaja tražilaca azila. Lica koja tokom tog perioda odluče da ne pristupe tržištu rada na nezakonit način postaju zavisna od pomoći koja dolazi od države, međunarodnih organizacija, u prvom redu UNHCR-a, ili organizacija civilnog društva koje djeluju u Crnoj Gori (Crveni krst Crne Gore, Građanska alijansa, itd.). Međutim, podrška koja im je dostupna ne rješava njihovu situaciju dugoročno, utiče na degradaciju dostojanstva i prijeti da ih još dublje uvuče u jaz zavisnosti od tuđe pomoći.

Problem je i to što lokalne administracije, obrazovne i zdravstvene ustanove nijesu u potpunosti upoznate o pravima tražilaca azila i lica kojima je odobrena međunarodna zaštita, što stvara praktične prepreke pri ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu, obrazovanje, zapošljavanje i ostalih.

Azilanti i stranci kojima je odobrena supsidijarna zaštita, prema Zakonu između ostalog imaju pravo na boravak u Crnoj Gori, smještaj i novčanu pomoć „najduže dvije godine od dana uručjenja odluke o odobravanju međunarodne zaštite”,³⁵ pravo na pristup tržištu rada, odnosno rad, zdravstvenu i socijalnu zaštitu, obrazovanje, besplatnu pravnu pomoć, spajanje porodice, pomoć pri integraciji u društvo, učenje crnogorskog jezika, istorije i kulture, imovinu, isprave.³⁶ Ostvarivanje ovih prava je druga strana medalje, manje sjajna: ta lica se susreću sa preprekama prilikom dobijanja ličnih dokumenata, priznavanja diploma, otvaranja računa u banci, pristupa zdravstvenoj zaštiti, te učenja crnogorskog jezika,³⁷ posebno na većim nivoima čije savladavanje još uvijek nije omogućemo kroz dostupne kurseve. Kao da sve to nije dovoljno, pitanje stanovanja stvara poteškoće, posebno nakon isteka perioda od dvije godine nakon odobravanja međunarodne zaštite, kada su ova lica doslovno prepuštena sebi. Dvije godine jesu vrijeme za koje se pretpostavlja da je moguće djelimično se integrisati, riješiti dio egzistencijalnih pitanja kao što je zaposlenje, savladati jezik bar do nivoa neophodnog za svakodnevnu

³⁴ Član 19, *Ibid.*

³⁵ Član 77, *Ibid.*

³⁶ Član 75, *Ibid.*

³⁷ T. Vujošević, *op. cit.* str. 41.

komunikaciju, ali nije ostavljen prostor za one situacije kada zbog drugih faktora to nije moguće. To mogu biti slučajevi samohranih roditelja, zdravstveni razlozi, pitanja bezbjednosti i drugo.

Integracija se ne dešava preko noći, već je naprotiv dugotrajan proces za koji nijesu neophodni samo dobri zakoni i institucije, već volja zajednice da se uključi i prihvati nove članove. Psihološka dimenzija ovog fenomena se odnosi na pritisak koji osjećaju obje strane, te moguće dugotrajne posljedice ukoliko se ne pruži adekvatna podrška i pomoć. Autori poput Ferrisa naglašavaju korelaciju između percepcije o neadekvatnoj, ili pak neuspješnoj integraciji i sve veće podrške restriktivnim politikama, koje insistiraju na takozvanoj zaštiti bezbjednosti, ekonomije i kulture.³⁸ Porast populizma i jačanje desnice danas skoro svugdje u svijetu donosi nesagledive posljedice u percepciji i odnosu prema migrantima. U jednom od izvještaja Ombudsmana kojim su primarno tretirana postupanja državnih organa prema tražiocima azila u Crnoj Gori ističe se osjećaj nepovjerenja, ksenofobije i rasizma prema migrantima od strane lokalnog stanovništva.³⁹

U prilog tome govori skorašnji događaj u podgoričkom naselju Zabajelo u kom su navodno dva lica, prema prvim informacijama državljani Turske, pa kako je potom navedeno Azerbejdžana, napala mladića ispred jednog od lokala nanoseći mu povrede nožem. Ovo je bilo dovoljno da se prvo putem društvenih mreža počnu dijeliti snimci sa video kamera koji su snimili jedan dio situacije i poruke mržnje, pozivi na linč, što je vrlo brzo eskaliralo izlaskom građana na ulice, uništavanjem imovine državljana Turske koji nijesu povezani sa događajem, zastrašivanjem ostalih, otkazivanjem saradnje sa servisima za dostavu u kojima veći dio zaposlenih čine strani državljani i ostalim vidovima satanizacije stranaca. Odgovor države da ukine bezvizni režim državljanima Turske koji je uslijedio, uspio je sve osim da stabilizuje tenzičnu atmosferu i povrati vjeru u moć institucija.

Zaključak

Analizirajući pravnu zaštitu stranaca u Crnoj Gori, dolazimo da zaključka o izrazitom prisustvu neusklađenosti između normi i njihove primjene. Normativni sistem koji je država upostavila jeste u velikoj mjeri usklađen sa međunarodnim i evropskim standardima, ali praksa pokazuje da između formalne usklađenosti prava i efikasne zaštite ne stoji uvijek znak jednakosti.

Nedovoljni institucionalni kapaciteti, trajanje administrativnog postupka, pristup uslugama i nedostatak potpune informisanosti

³⁸ E. Ferris, Making Sense of Public Policy on Refugee Integration. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 690(1), 2020, str. 201–202.

³⁹ Institucija zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore, Analiza postupanja državnih organa u odnosu na tražioce međunarodne zaštite u Crnoj Gori, 2022, str. 9.

nadležnih organa i lokalnih struktura i dalje predstavljaju ključne prepreke u ostvarivanju prava tražilaca azila i lica kojima je odobrena međunarodna zaštita. Ovakvo stanje dodatno otežavaju porast ksenofobije i negativne percepcije migracija, koje utiču na spremnost zajednice da (ne)prihvati i integriše strance u svoje okruženje. Ukoliko se tome doda i nedovoljno razvijen sistem integracije, naročito nakon isteka dvogodišnjeg perioda institucionalne podrške, jasno je da se izazovi u ovoj oblasti ne mogu riješiti samo izmjenama propisa, već koordinisanim i sveobuhvatnim pristupom.

Pred Crnom Gorom je važan zadatak — da zakone pretoči u dosljednu i djelotvornu praksu. Tek tada će biti moguće govoriti o pouzdanom i humanom sistemu međunarodne zaštite, umeljenom na solidarnosti i društvenoj koheziji, vraćajući povjerenje u vladavinu prava i efikasnost institucija.

Literatura

1. De Wilde, M, Offering Hospitality to Strangers: Hugo Grotius's Draft Regulations for the Jews, *Legal History Review*, 85, 2017, 391–433.
2. Ferris, E, Making Sense of Public Policy on Refugee Integration. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 690(1), 2020.
3. Grotius, H, *De jure belli ac pacis libri tres*, Vol. 2, Book 1, 2 and 3.; by Francis W. Kelsey, with the collaboration of Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves, Oxford: Clarendon [et al.], *The classics of international law*, 1925, 1646.
4. Niemann, A, Zaun, N, Introduction: EU external migration policy and EU migration governance: introduction. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 49(12), 2023, str. 2965–2985.
5. Vujošević, T, Legal protection of migrants, asylum seekers, and persons with granted international protection in Montenegro, University of Miskolc, 2025.

Pravni i drugi izvori

1. CEDEM, *Politike azila i migracija u procesu pristupanja Evropskoj uniji — uloga i doprinos organizacija civilnog društva*, 2015.
2. Evropski sud za ljudska prava, Soering protiv Velike Britanije, broj predstavke: 14038/88, 7. jul 1989.
3. Evropski sud za ljudska prava, Chahal protiv Velike Britanije, broj predstavke: 22414/93, 15. novembar 1996.
4. Institucija zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore, Analiza postupanja državnih organa u odnosu na tražioce međunarodne zaštite u Crnoj Gori, 2022.
5. Ministarstvo unutrašnjih poslova, Strategija o migracijama i reintegraciji povratnika 2021–2025, 2020.
6. Ministarstvo unutrašnjih poslova Crne Gore, Izvještaj o realizaciji strategije o migracijama i reintegraciji povratnika u Crnoj Gori, za period 2021–2025. godine za 2023. godinu, 2024.
7. Savjet Evrope, Evropska konvencija o ljudskim pravima, 1950.

8. Savjet Evrope, *Evropska socijalna povelja (revidirana)* (usvojena 3. maja 1996, stupila na snagu 1. jula 1999) ETS br. 163.
9. Savjet Evrope, Konvencija o borbi protiv trgovine ljudima, 2005.
10. Ujedinjene nacije, Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, 1979.
11. Ujedinjene nacije, Konvencija o pravima djeteta, 1989.
12. Ujedinjene nacije, Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, 1984.
13. Ujedinjene nacije, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966.
14. Ujedinjene nacije, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966.
15. Ustav Crne Gore, *Službeni list Crne Gore* br. 1/2007.
16. UNHCR, Montenegro fact sheet, 2023, pristupljeno: 18. 10. 2025, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/2023-03/Bi-annual%20fact%20sheet%202023%2002%20Montenegro.pdf>
17. UNHCR, *Protection Brief: Refugees and Asylum Seekers in Montenegro*, 2025.
18. Zavod za statistiku Crne Gore, Monstat, Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u 2023, pristupljeno: 18. 10. 2025, <https://www.monstat.org/cg/page.php?id=1992&pageid=1992>
19. Zakon o međunarodnoj i privremenoj zaštiti stranaca, *Službeni list Crne Gore* br. 2/17, 3/19.
20. Zakon o strancima *Službeni list Crne Gore* br. 12/2018, 3/2019 i 86/2022.

Tereza Vujošević, LL. M.

LEGAL PROTECTION OF FOREIGNERS IN
MONTENEGRO: MIGRANTS AND ASYLUM
SEEKERS BETWEEN NORMS AND REALITY

The protection enjoyed by foreigners in Montenegro, primarily legal protection, opens the space for reassessing the effectiveness of human rights protection mechanisms, both domestic and international. Although Montenegro's legislative framework is formally aligned with international legal instruments and European Union standards, practice shows that in some cases the application of fundamental principles, such as the prohibition of return (non-refoulement) and the right to access asylum, is incomplete and limited.

While the law formally guarantees equal treatment and access to rights, institutional „obstacles,” such as slow procedures and insufficient capacities, contribute to persistent challenges in the implementation of rights. For vulnerable categories, including women, children, older persons, and stateless individuals, these shortcomings represent an additional burden in the exercise of rights and/or integration. Moreover, the rise of xenophobia and negative perceptions of migration affects the willingness of local communities to accept and integrate foreigners. It is precisely in such circumstances that the gap between norms and reality becomes more visible, pointing to the need for increased efforts to ensure the protection of human rights in Montenegro.

Institutional coordination and the consistent application of human rights protection standards represent key criteria for the existence of a functional and fair system of international protection — an expectation also articulated by the European Union within the context of the accession process.

Key words: asylum, migration, human rights, international protection, implementation of rights

IZLAGANJA
NA NAUČNIM
I STRUČNIM
SKUPOVIMA

Nikoljdanski ustav (usvajanje, „poustavljenje vlasti suđenja” i ustavni dometi)**

Sećanja čine sačuvani delovi prošlih događaja koji se ponovo javlja-ju u svesti odnosno u priči o njima (Đ. Šušnjić, *Sećanje i zaboravljanje — lično i zvanično*, UDG — biblioteka Diafora, 2020, str. 78)

Tema današnjeg okupljanja utkana je u našu pravnu svijest već 120 godina, a jubilej našeg prvog ustava obavezuje pravničku zajednicu našeg fakulteta, od onih koji počinju studiranje prava, preko saradnika, do univerzitetskih nastavnika. Svi imamo dug obilježavanja jubileja prvog crnogorskog ustava, budući da on predstavlja dio našeg državnog i pravnog identiteta, naše sposobnosti da „osnovnim zakonom” uredimo najbitnije društvene odnose. Sve je to kolega Šaranović osmislio i organizovao u formi trijaloga, sa posvećenošću kojom prepoznaje i druge teme naših pravničkih susrijetanja. Posebno je važno što u trouglu ove pravničke debate jedna stranica pripada studentima. Oni će svojim pitanjima i učešćem u raspravi potvrditi životnost pouka i poruka našeg prvog ustava, nezavisno od toga što je njegovo važenje davno prestalo.

Hvala predsjednici Armenko koja nastavlja saradnju sa našim fakultetom, započetu veoma uspješnom pripremom naših studenata za međunarodna takmičenja u simuliranom suđenju. Takođe, pozdravljam odluku Ustavnog suda da nagradi studente koji napišu najbolje radove na ovu temu i pozivam studente našeg fakulteta da se late pera tim povodom.

Za mene, ovo je treća godina zaredom u kojoj učestvujem na obilježavanju ustavnih rođendana: pretprošle godine — 60 godina od usvajanja ustava iz 1963, prošle — pola vijeka ustava iz 1974. i ove, 120 godina od donošenja prvog crnogorskog *lex superiora*. Bez obzira što su pisani u različitim vremenima i oblicima državnog uređenja, oni su svjedočanstva o namjeri da se u najvišem pravnom aktu oslika tadašnje i projektuje buduće vrijeme.

Sadržaj mog izlaganja je pokušaj objedinjavanja predmeta koja predajem: Ustavnog prava, Organizacije pravosuđa i Ljudskih prava. Stoga i moje obraćanje ima tri dijela. Prvi, koji se odnosi na rodno tlo

* Redovni profesor na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica; *e-mail*: mladen.vukcevic@udg.edu.me

** Izlaganje na tribini Akademijski trijalog: „Nikoljdanski ustav — 120 godina crnogorske ustavnosti” na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica.

ustava — slavljenika, drugi, koji je prikaz njegovih odredbi o sudskoj vlasti, i treći, o uticaju ovog ustava na pravnu i političku emancipaciju Crne Gore.

O rodnom tlu ustava

U izvorima prava koji su prethodnica ovog ustava (običajnim normama i zakonima) nalazimo ustavne ekspresije koje će utirati naš ustavni put, od prvog do sedmog, sada važećeg ustava. U Petrovom zakoniku, u članu 20 piše: „nijedan narod ne može biti čestit i srećan u kome zakonitog suda i dobrog praviteljstva nema”, a u projektu Zakoni otačastva (1833) nastavlja se citirana misao i iskazuje riječima: „zakoni su prva dužnost i potreba svakog naroda ... bez kojih se nijedan narod nije mogao urediti i biti srećan”. Zaokružuje se u ukazu o proglašenju Opšteg imovinskog zakonika (1888), riječima „da ništa tako ne unapređuje pravilan razvitak naroda i država, da im ništa tako ne uređuje blagostanje, kao dobro uređeno, svud i za svakoga jednako pravosuđe”.

Raskršće XVIII i XIX vijeka označilo je stvaranje evropskih država zasnovanih na idejama o društvenom ugovoru, podjeli vlasti, pravima pojedinaca i njihovom pretakanju u prve ustave na američkom i evropskom tlu. I u Crnoj Gori će taj proces podstaći razvoj pravne i političke misli, i potom, donošenje ustava kao kao krovnog akta. U njoj će se svijest o uspostavljanju ustavom uređene države osloniti na dugu državotvornu tradiciju, a svoju normativnu razradu imaće u pravnim aktima, sve brojnijim nakon međunarodnopravnog priznanja (1878). I na kraju, usvajanjem ustava (1905) zaokružiće se normativna postignuća novovjekovne crnogorske države i otvoriti put za onovremenu vladavinu prava, zasnovanu na moralnim postulatima pravde i pravice. Označice godinu kasnije (1906) uvođenje parlamentarizma, mogućnost političkih rasprava i različitih ideoloških profilisanja, zamjenjujući dotadašnje oblike političkih sukobljavanja koje je pod krošnjom Brijesta ili krovom Dvora razrješavao tadašnji monarh.

Promišljanja o usvajanju ustava i dileme koje su pratile taj proces nalazimo u prepiskama knjaza Nikole sa „učenim izvanjcima” (danas bi rekli konsultantima), diplomatama i zvaničnicima sudske vlasti (Lazar Tomanović, Labud Gojnić, Milo Dožić i dr.). Nalazimo ih i u memoarima njegovih bliskih saradnika (vojvoda Sima Popovića i Gavra Vukovića kome je bio posvećen naš prethodni trijalog). Sve je to oblikovalo ustavnu ideju i „ustavni razlog” sa svim dilemama o njenoj primjerenosti tadašnjoj Crnoj Gori. Bio je to ispit spremnosti da se ustanovi novi model vladanja u jednoj tradicionalnoj, patrijarhalnoj zajednici, protkan strahom da dioba vlasti (makar i formalna) ne dovede do anarhije. Ovo potvrđuje i Knjažev tekst objavljen u Glasu Crnogorca, iste godine kada je i usvojen ustav, u kome negira potrebu usvajanja ustava uz navođenje da „često puta ustav može biti samo parče hartije podložno da se ... kroji i prekraja i da služi

kao zaklon, ali prozračni zaklon najsramnijeg apsolutizma i poltronstva ... u našoj patrijarhalnoj monarhiji mi se osjećamo mirni i sretni". Ipak, kod njega i njegovog političkog okruženja prevladaće svijest o oportunisti donošenja ustava.

Kao dominantni ustavotvorac i jedan od ustavopisaca, Knjaz je krunu svojih aktivnosti oblikovao u Proglasu narodu crnogorske (31. oktobra 1905. godine), koji je uputio domaćoj i međunarodnoj javnosti. U njemu se, između ostalog, državnički (i samokritički) iskazuje misao: „Mi ćemo se zato poslužiti primjerima prosvećenih i od nas naprednijih naroda, i što god se bude tamo iskustvom dokazalo, da je bolje u njihovom političkom životu, negoli u ovom našem patrijarhalnom režimu, mi ćemo to polagano primjenjivati na naš život". Na tragu riječi iz Proglasa, u besjedi prilikom usvajanja Ustava, Knjaz je podanicima, koje će ustavni život pretvarati u građane, uputio ove riječi: „Dobra i zdrava svijest narodna ulijeva Mi uvjerenje da će i on biti svestran i prožet ovijem najglavnijem zakonom u zemlji. U ime čega Ja, preko vas, preklinjem moj dobri i poslušni narod, da se po njemu vlada, drži ga i brani, kao što bi i mene branio".

Ustav Knjaževine je bio oktroisani ustav, budući da ga je Knjaz podario, a Skupština je o njegovom sadržaju upoznata. Slično ostalim oktroisanim ustavima, on je usvojen i kao odgovor na unutrašnje političke zahtjeve, ali i one potekle iz intelektualnih krugova školovanih van Crne Gore. Bio je i odgovor i na sazrijevanje socijalnih, ekonomskih, političkih i drugih činilaca koji su se razvijali tokom 27 godina od međunarodnog priznanja na Berlinskom kongresu. Ustavnu dinamiku pospješilo je i to što je evropski pravni prostor u osvitu XX vijeka kao države bez ustava prepoznavao samo Rusiju i Crnu Goru. Stoga se i ustavno legitimisanje Crne Gore nametnulo kao pravno neophodno i politički svrsishodno rješenje.

Po jednoj od standardnih ustavnih klasifikacija, ovaj ustav je prvi ustav i označava početak ustavnog utemeljenja i (potencijalnog) ustavnog kontinuiteta. Po prvi put, u njemu je, u 15 djelova, obuhvaćena ustavna materija (organizacija vlasti i ljudska prava i slobode) i sistematizovana u 222 člana.

Poustavljenje „vlasti suđenja”

Konstitucionalizacija sudske vlasti, odnosno njeno „poustavljenje” (R. Guestini) čini sastavni dio ustavnopravne tradicije, a od posebnog je značaja za države u kojima je pravosuđe do tada bilo uređeno zakonima, podzakonskim aktima i dijelom običajnim normama.. Na taj način nagoviješten je i raskid sa praksom po kojoj je u Crnoj Gori „vladati” značilo što i „suditi”, odnosno „izricanjem pravde zauzeti su svi državni funkcioneri... ko ne sudi, ma kakav položaj imao, nema ugleda” (G. Vuković).

Uopšteno posmatrano, koncepcija i sadržaj prvog crnogorskog ustava bili su, s jedne strane, odraz evropskog ustavnog iskustva, a s

druge, u najviši akt pretočene društvene vrijednosti naših prostora. To se odnosi i na uređenje sudske vlasti, što je Knjaz apostrofirao u Prestonjoj besjedi ističući: „Osobitu smo pažnju posvetili pravosuđu naše drage Domovine, te sa zadovoljstvom konstatujemo da ono sve savršenije postaje i da dostojno odgovara svome uzvišenome pozivu, i Našem staranju oko njega”.

Ustavna rješenja o sudskoj vlasti sadržana su u posebnom, osmom dijelu Ustava, u članovima 142–154. Sudskoj vlasti posvećeni su i članovi 12 i 13 Ustava (amnestija i pomilovanje), kao i članovi 111–117 u kojima je utvrđen postupak utvrđivanja ministarske odgovornosti, koji dominantno ima krivičnopravne odlike. Na ovu granu vlasti (više ili manje izričito) odnose se i odredbe iz drugih djelova Ustava, kao npr. iz člana 199 („Niko ne može biti pritvoren ili inače lišen slobode osim u slučajevima i po propisima, koje je zakon predvidio”) sadržanog u četrnaestom dijelu Ustava naslovljenog kao „Ustavna prava crnogorskih državljana”.

Osim uticaja iz prethodnog perioda crnogorske pravne istorije, u rješenjima kojima se proklamuju principi vršenja sudske vlasti primjetan je uticaj modernih pravnih sistema. U prilog tome svjedoče odredbe o: nezavisnosti sudstva (član 142); stalnosti sudijske funkcije (član 145, stav 2); javnosti suđenja (član 150); ustanovljenju suda na osnovu zakona (član 148); obavezi obrazloženja sudskih presuda (član 151) i pravu na odbranu (član 152). Sve one zajedno afirmišu princip zakonitosti kao ugaoni kamen načela vladavine prava, vladavinu *sub lege* umjesto vladavine *sub homine*. Sastavni dio ustavnih odredbi o sudstvu je i član 147 Ustava kojim je utvrđena zabrana retroaktivnosti („nema povratne sile na štetu prava stečenijeh”), kao brana povredama principa pravne sigurnosti.

Ipak, i pored navedenih načela i proklamacije nezavisnosti sudske vlasti, postojala su ograničenja koja dovode u pitanje punu primjenu ovog i drugih principa. Ona su i potvrda nepostojanja garancija funkcionalne nezavisnosti suda i personalne nezavisnosti sudija. Prije svega, to se odnosi na odredbe po kojima Knjaz ima pravo da postavlja sudije, po naglašenim ovlašćenjima Knjaza u primjeni instituta amnestije i pomilovanja i dr. Takođe, primjetno je da je u Ustavu utvrđena organizacija sudova (članovi 143 i 144) i uslovi (opšti i posebni) za obavljanje sudijske funkcije (član 154), što, po pravilu, nije ustavna materija.

Uticaj Ustava na pravnu i političku emancipaciju Crne Gore

Poseban značaj ovog ustava ogleda se u uticaju na oblikovanje crnogorskog prava i širenje pravne kulture u periodu nakon njegovog donošenja, budući da su njime utemeljena osnovna pravila i uvedeni novi pravni instituti bitni za projektovanje pravne budućnosti Crne Gore.

Stoga se i sada, poslije 120 godina, on može smatrati stožerom crnogorske državnosti i crnogorskog sudstva, i njihove međusobne interakcije. On je bio akt kog je stvorila država i akt koji je stvarao državu, koja je težila korespondiranju sa evropskom ustavnošću, kako tada — tako i danas.

Refleksije donošenja ustava ogledale su se u pravnoj i političkoj ravni. U pravnoj ravni, u pospješivanju zakonodavne aktivnosti, što potvrđuje činjenica da je u deceniji nakon donošenja ustava usvojeno više od 70 zakona, uključujući i donošenje većeg broja zakona kojima se uređuje sudska materija (Krivični zakonik, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama, Zakon o ustrojstvu sudova...). Zakonima je bliže uređena ustavna materija i na kvalitativno nov način oblikovane državne institucije i način njihovog funkcionisanja. U političkoj ravni, refleksije donošenja ustava ogledale su se u organizovanju prvih parlamentarnih izbora, osnivanju političkih stranaka, širenju slobode izražavanja i slobode štampe, (uključujući i pojavu političkih glasila) i dr. Istovremeno, na taj način je ustavnost utemeljena kao princip, postajući mjerilo za vrednovanje sprovođenja principa legaliteta i legitimiteta u vršenju vlasti. Na temelju takvih principa prije nešto više od 60 godina formiran je i čuvar ustavnosti u odori Ustavnog suda.

Ne umanjujući nedostatke ovog ustava (način donošenja i probleme u primjeni), može se zaključiti da on predstavlja temeljni pravni spomenik Crne Gore i važan oslonac njene ukupne emancipacije. Jer, utvrdio je novi model vladanja, osavremenio mehanizme i instrumente kojima se ostvaruje vlast, promovisao građane kao subjekte navedenih procesa, sazdao ono što je sadržina modernog konstitucionalizma.

U zaključku, usvajanje ustava imalo je šire, civilizacijske domete u oblikovanju crnogorskog društva i države, o čemu bi dobro svjedočila još nenapisana istorija crnogorske ustavnosti. Ovaj ustav je svetionik i međaš naše pravničke baštine, tekst učvršćenja i modernog oblikovanja državne vlasti i prava građana kao njenog korektiva, uvijek aktuelan i podsticajan za ovakva i slična pravnička okupljanja.

PRIKAZI

Časlav Pejović, *International Maritime Law and Practice: Comparative Law in Context*, Informa Law from Routledge, Abington, Oxon (Oxfordshire) — New York, NY, 2025.

MEĐUNARODNO POMORSKO PRAVO I PRAKSA: Komparativno pravo u kontekstu, knjiga profesora emeritusa Pravnog fakulteta Univerziteta Kjušu u Japanu, Časlava Pejovića, koja predstavlja sublimat njegovog višedecenijskog naučnog rada, jedno je od najznačajnijih svjetskih izdanja iz oblasti pomorskog prava u 2025. godini. Objavljena je na engleskom jeziku, kod renomiranog međunarodnog izdavača, a upravo kao što nagovještava njen naslov, analitičkim i univerzalnim uporednopravnim pristupom širokoj čitalačkoj publici predočava cjelokupnost različitih pravnih sistema, pomorskopravnih instituta i praksi najobuhvatnijih i najuticajnijih nacionalnih jurisdikcija.

Međunarodno pomorsko pravo i praksa svojom sistematičnošću i komparativnim aspektima omogućava čitateljstvu jedinstvenu perspektivu na ovu granu prava, dovodeći u vezu i odnos englesko pravo posebno sa maritimnim zakonodavstvima i sudskom praksom SAD, Francuske, Italije, Njemačke, Japana, Kine i Južne Koreje. Takav metodološki pristup naslovljenoj temi je jedinstven, kako po kompetentnom razlaganju rješenja zakonske i sudske prakse ovih i mnogih drugih zemalja, kao i međunarodnih konvencija, tako i po dubinskom uvidu u temelje njihovog nastanka i istorijskog razvoja.

Knjiga je podijeljena na 15 glava, koje su u raščlanjivanju materije sistematizovane kroz poglavlja i potpoglavlja. Prethode im *Sadržaj*, *Predgovor*, *Spisak skraćenica*, *Tablica sudskih predmeta* (16 zemalja, Međunarodni sud pravde, Međunarodni sud za pravo mora) i *Tablica propisa*. U predgovoru se autor osvrnuo i na rad i iskustva na Pravnom fakultetu Univerziteta Kjušu i Institutu Maks Plank za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu, ističući da djelo istorijskopravnom i komparativnopravnim metodološkom prizmom indukuje i uvide i ideje koji se protežu preko pozitivnopravnih normi i rješenja pravne prakse.

Prvu glavu knjige predstavljaju *Uvod i istorijat* (str. 1–44), i u njoj se potcrtava analitička koncentrisanost na nekoliko jurisdikcija običajnog i građanskog, odnosno anglosaksonskog i kontinentalnog

* Barska plovidba, Bar, dr sc.; e-mail: maritime@t-com.me

prava, identifikuju njihove osobenosti i karakteristike, uz ekstenzivan istorijski pregled razvoja različitih pomorskopравnih pojmova i instituta. Naglašena je drevnost korpusa pomorskopравnih normi, a istorijat pomorskog prava podijeljen na pet razdoblja. *Antički period* obuhvata vrijeme od *Hamurabijevog zakonika* do propasti Rimskog carstva (u ovom se potpoglavlju objašnjavaju *Lex Rhodia* i drugi „stubovi” pomorstva, poput generalne havarije i pomorskog zajma), a komparativno je upotpunjen osvrtom na istočnoazijsko nasljeđe. S krstaškim ratovima i oživljavanjem pomorske trgovine otpočinje *Srednjovjekovni period*, u kojem pomorski običaji, rimskopravna načela, kanonsko pravo i *ius commune* utiču na stvaranje *Oléronskih pravila*, zbornika pomorskih zakona i uzusa *Consolat de mar*, a razvija se i transnacionalni, evoluirajući korpus *Lex Mercatoria*. Tim je postepenim razvojem, od Vizantinaca preko Amalfija, Pise i dalje, zahvaćena i istočnojadranska obala, te se prve statutarne kodifikacije pomorskopравnih pravila nalaze u statutima Korčule, Dubrovnika, Splita i Hvara. *Period stvaranja nacionalnih zakonodavstava* započeo je usvajanjem *Pomorskih zakonika* u Danskoj (1561) i Švedskoj (1667), francuskom kompilacijom starijih pravila (rouenski *Guidon de la mer* i dr.) nazvanom *Ordonnance de la marine* (1681), te ulogom Admiralitetskog suda u Engleskoj. *Period unifikacije pomorskog prava* započinje krajem XIX vijeka, s nastajanjem međunarodnih organizacija (CMI, IMO, UNCTAD, UNCITRAL), standardizacijom novog trgovačkog i pomorskog prava, s aktuelnim nastojanjima k uniformnosti, partikularnošću i pravnim konfliktima. Autor i ovdje eruditski upućuje na hibridni, privatnopravni i javnopravni, te reaktivni karakter pomorskog prava (*Titanic*, *Torrey Canyon*, *Amoco Cadiz*, *Estonia*), kao i na uporedni razvoj pomorskopравnih instituta, s međuuticajima i distinkcijama u pravnim sistemima (nalog za zamrzavanje imovine *Mareva* injuction i *saisie conservatoire*). *Savremeno razdoblje* obilježava stvaranje pomorskopравnih pravila pod uticajem tehnološkog napretka (na primjer smanjivanjem rizika, s predvidivim nestankom nautičke greške i s plovilima bez posade), kao i podizanje osviještenosti u pogledu hazarda i zaštite životne sredine, u kojem, međutim, neka važna područja pomorskog prava još uvijek nisu regulisana međunarodnim konvencijama.

Druga glava, *Pravni status broda* (str. 45–71) definiše brod, razlaže postupak i svrhu njegove registracije, individualizacije i državne pripadnosti, pri čemu se fenomenom zastava pogodnosti (*Flags of convenience*), odnosno otvorenih i sekundarnih registara, koji zahvata i zemlje koje nemaju pristup moru, zaobilaze trgovinski monopoli i restrikcije, ali i radnopravni, zahtjevi bezbjednosti i zaštite životne sredine. *Ugovori o gradnji brodova* (str. 72–106), treća glava, takođe započinju istorijskim razvojem ovog pomorskopравnog segmenta, koji je inače manje dokumentovan od ostalih, da bi se zatim obrazložila sadržina savremenog kontrakta, posebno u kontekstu isporuke i odnosnog stanja broda, te kršenja ugovornih obaveza od strane brodogradilišta, okončanja ugovora, prenosa vlasništva,

obezbjeđenja stranaka, brodske hipoteke, transfera rizika i osiguranja. Četvrta glava, *Ugovori o prodaji brodova* (str. 107–131), koncentriše se, logičkim slijedom u odnosu na prethodnu i iz praktičnih razloga, na kupoporodaju polovnih (iskorišćavanih) brodova. S obzirom na *sui generis* pravnu prirodu broda, njegova prodaja podvrgnuta je usaglašavanju shodno standardizovanim obrascima, ali i nizu specifičnosti u pregovaranju, posredovanjem brokera, protokola o razumijevanju (MOA), inspekcije broda. Upoređuju se norveški Saleform revidiran 2012 (korišten u 80% transakcija i na kojem je težište razmatranja), od japanskih prodavaca preferirani Nippon-sale 1999, singapurski Shipsale Form (SSF2011) kojim se želi promovisati i tamošnja arbitraža, te BIMCO Shipsale 22. Razmotreni su koncept isporuke i stanje broda kao kompozitnog entiteta prilikom isporuke, prelazak rizika, kupoprodajne isprave, promjena imena broda, pravna opterećenja na brodu i raskid ugovora. Iako nije isključivo vezan za englesko pravo, Saleform 2012 predviđa rješavanje sporova u skladu sa engleskim *Zakonom o arbitraži* iz 1996, arbitražni postupak se mora odvijati shodno uslovima Londonskog udruženja pomorskih arbitara (LMAA), dok npr. Nippon-sale 1999 imenuje Tokijsku pomorskoarbitražnu komisiju (TOMAC) Japanske pomorske berze. U petoj glavi, *Brodska hipoteka i pomorske privilegije* (str. 132–168), razmatraju se najprije pitanja njihovog prioriteta i konflikta interesa, posebna pažnja je posvećena međunarodnim konvencijama koje regulišu ovu oblast iz 1926, 1967. i 1993. (na snazi od 2004), uprkos čemu i dalje očigledna pravna fragmentacija te odsustvo uniformnosti opredjeljuju autora da analizu usmjeri na određene jurisdikcije u kontinentalnom, odnosno konvencijskom i *common law* kontekstu. Izuzetnost piščevog multidisciplinarnog pristupa ogleda se u činjenici što čitaoci savremena pravna rješenja upoznaju simultano s njihovom istorijskopравnom vertikalom, etimološkim, teorijskim i doktrinarnim porijeklom, što omogućava duboko i cjelovito razumijevanje razmatranih instituta (*fenus nauticum, respondentia* i dr.). Tako su date razlike između engleskog i američkog sistema pomorskih privilegija, s jačim uticajem građanskopravnih koncepta na drugonavedeni, te upućeno na rješenje australskog zakona iz 2022. Šesta glava, *Sudska prodaja* (str. 169–178), usredsređuje se na od UNCITRAL-a usvojenu „Pekinšku konvenciju o sudskoj prodaji broda”, koja treba da stupi na snagu u februaru 2026, što je od značaja za IMO platformu *Globalni integrisani pomorski informacionu sistem* (GISIS), a posebno za međunarodnu usklađenost i pravnu sigurnost u ovoj oblasti. Sedma glava, *Zaustavljanje (arrest) broda* (str. 179–214), takođe istorijski, teorijski i uporednopravno eksplicira ovaj institut, od rimskopravne *actio in rem* do nadležnog foruma. Nastojanja unifikacije odnosno materije prikazuju se paralelno egzistirajućim *Arrest* konvencijama iz 1952. i 1999. (stupila je na snagu 2011. g. i do sada joj je pristupilo, odnosno ratifikovalo ju je 13 država). Posebna pažnja je posvećena zaustavljanju brodova istog vlasnika (*sister ships*) radi naplate potraživanja, i *podizanju (probijanju)*

korporativnog vela, kojim se, kroz komparativnu doktrinu, ukazuje na englesku, američku, francusku (*affectio societatis* kao indicija je li karakter kompanije fiktivan), italijansku, špansku i japansku sudsku praksu. Pejović neizostavno predlaže i poboljšanja cjelokupnog sistema solucijama *de lege ferenda*, ponajprije prevazilaženjem konvencijske nepreciznosti u pogledu neopravdanog i pogrešnog zaustavljanja, koncentrisanjem na neopravdani *arrest* učinjen u dobroj vjeri, odnosno nepažljivo, pri čemu bi odgovornost trebalo da bude neograničena u slučajevima izvršenim zlonamjerno ili grubom nepažnjom. Konačno, predlaže i zaštitu brodograditelja dopunom odredbe o sestrijskim brodovima u odnosu na brod u gradnji.

Najopsežnija, osma glava, *Prevoz robe morem* (str. 215–301), tematizuje središnji dio pomorskog prava, s kojim su povezane sve njegove oblasti. S tim u vezi, objašnjavaju se karakteristike linijske i slobodne (tramperske) plovidbe, i s istorijske i komparativne perspektive predstavlja regulativa pomorskog transporta od rimskog prava, *Nomos Rhodion Nautikosa*, preko *Lex mercatoria* s razvojem tovarnog lista i koncepta sposobnosti broda za plovidbu do XIX v. i *Harter Acta* iz 1893. Konvencijska unifikacija ove oblasti predstavljena je Haškim pravilima (1924), Haško-visbijskim (1968), Hamburškim (1978), Roterdamskim pravilima (2008), s uporednopravnim osvrtom na razlike i sličnosti *civil law* i *common law* sistema. Odgovornost vozara sagledana je detaljno shodno Haško-Visbijskim pravilima radi obrazlaganja kompromisa suprotstavljenih interesa prevoznika i vlasnika tereta, koji izaziva kontroverze. Kod prevoznih se isprava potanko objašnjavaju funkcije teretnice, pri čemu se nakon njene uloge dokaza o postojanju ugovora o prevozu, derivirane njenim izvršavanjem, prelazi na ulogu i svojstva hartije od vrijednosti, s uporednog, stanovišta *civil law* i *common law* (engleskog i američkog prava). Razmatra se zatim funkcija tovarnog lista kao potvrde koja formalno dokazuje da je navedeni teret predat na prevoz, pri čemu se njegov evidencijski učinak sagledava u kontekstu dva navedena pravna sistema i međunarodnog konvencijskog prava. U odnosu na pravni režim odgovornosti, prava prevoznika na unošenje specifičnih rezervi u teretnicu ekspliciraju se pravnim dejstvom i validnošću prethodno odštampanih klauzula. Razložene su zatim obaveze prevoznika u odnosu na terete koji se prevoze u kontejnerima. Čiste teretnice, učinci klauzula koje se u njih unose i stavovi o valjanosti rezervi, sagledani su s aspekta *common law* i *civil law* (francuskog, njemačkog, italijanskog, švedskog, norveškog, grčkog prava) i pravne nauke, s upućivanjem na stavove cijenjenog pomorskopravnog pisca Branka Jakaše, kao i glavnog autorovog djela u ovoj materiji. U sljedećim poglavljima razmatraju se *garantna pisma* (*Letters of Indemnity*), pri čemu autor savjetuje striktno kriterijume u utvrđivanju njihove važnosti, *opšta načela koja se odnose na isporuku tereta*, s poređenjem azijskih jurisdikcija (Južna Koreja, Japan, Kina, Singapur, Tajland), te *Pomorski tovarni list*, elaboriranjem njegovih svojstava i uloge u međunarodnoj trgovini, kao i prava kontrole tereta

koje zadržava pošiljalac. *Multimodalni transportni dokumenti* se razmatraju u kontekstu njihovih obilježja u prevozu analizom komparativnih koncepata i rješenja, a posebno engleskog, konvencijskog i uređenja u Roterdamskim pravilima. *Elektronske prevozne isprave*, kao funkcionalni ekvivalent teretnica, razmatraju se u kontekstu prenosa prava sadržanih u ispravi i kroz nastojanja pravnog uređenja i adaptacije u vremenu automatske obrade podataka i bezbjednosnih standarda e-trgovine. Predstavlja se njihov razvoj od *Registra teretnica*, s egzemplarnim modelima Bolero i essDOCS, preko tehnologije distributivnog knjiženja, tzv. *blockchain* teretnica, do UNCITRAL *Modela zakona o elektronskim prenosivim ispravama* (MLETR) iz 2017. g., čija će uspješnost zavisiti od nivoa njegove prihvaćenosti. U uporednopravnom pregledu ove izuzetno aktuelne oblasti, u skladu sa autorovim najrecentnijim istraživanjima problematike globalnog priznanja elektronskih trgovinskih dokumenata, predstavljaju se zakonodavstva Njemačke, SAD, Singapura, Francuske i Velike Britanije (*Zakon o elektronskim trgovinskim dokumentima* iz 2023. bi mogao u znatnoj mjeri uticati na ostatak pomorskog svijeta zbog dominantnog položaja engleskog u ovom području prava), u perspektivi tehnološkog mrežnog razvoja i razmjene podataka iz intangibilnih transportnih dokumenata.

Deveta glava, *Ugovori o čarteru* (str. 302–368), započinje definisanjem i određivanjem njihove pravne prirode, etimološkom (*carta partita*) i istorijsko-pravnom metodološkom analizom, a zatim se razlažu kriterijumi za određivanje njihovih vrsta te regulativa tih kontraktata. Detaljno su obrađeni zakupna pogodba, odnosno lizing broda — *demise (bareboat) charter*, čarter ugovor na putovanje broda u slobodnoj plovidbi (s podvrstama: za više uzastopnih putovanja; *količinski, Volume* — COA; ugovor o korišćenju dijela brodskog prostora za smještaj kontejnera — *Slot charter party*) i čarter ugovor na vrijeme za cijeli brod (*time charter party*). Kod *voyage chartera* najrasprostranija je standardna forma GENCON, pri čemu su pored pojedinih klauzula posebno eksplicirani koncepti *sigurne luke i sigurnog veza* (s obzirom na referiranu sudsku praksu poveznica je to s domaćim nasljeđem), *stojnica, prekostojnica i vozarine (freight)*. Vrlo značajni i instruktivni za pomorsku praksu, kod tajmčartera su posebno obrađeni *predaja i vraćanje broda*, te pravo naručioca na obustavu vozarine (*Off-hire*).

Relativno nova oblast pomorskog prava, *Prevoz putnika*, obrađena je u desetoj glavi (str. 369–389), takođe s uvodnim istorijatom i s težištem na regulativi shodno *Atinskoj konvenciji o prevozu putnika i njihovih prtljaga morem* (1974) i njenom *Protokolu 2002. Pomorski sudar* je razmotren u jedanaestoj glavi (str. 390–432). Istorijski razvoj odnosno regulative prati se od *Hamurabijevog zakonika* i načela *Lex Aquilia. Oléronska pravila* donose iskorak razvijajući načelo jednake podjele štete i stvarajući model za mnoge jurisdikcije, posebno u Sjevernoj Evropi, što se zatim komparativno slijedi u obuhvatima *civil law* sistema, engleskog — do *Law Reform (Contributory*

Negligence) Acta iz 1945. — i američkog, odnosno međunarodnog konvencijskog prava. Izlažu se vrste sudara, odgovornost i karakteristike krivice, a detaljno pravila navigacije (COLREGS). Analizirani su uzročna veza, način alokacije krivice, odnosno raspodjele odgovornosti uključiv unakrsnu, procjene i naknade štete, nadležnost i primjena *legis loci* u slučaju sudara u teritorijalnim vodama, *lex vexillum*, odnosno *lex fori* ako se to dogodi na otvorenom moru. Uporednopravno se također upućuje na odgovornost za sudar unajmioca broda prema tajmčarteru u Japanu, Južnoj Koreji i Kini. *Zagađenje uljem (naftom)* je tema dvanaeste glave (str. 433–474), pri čemu je stvaranje pravnog okvira koji reguliše ovu materiju u poređenju s prethodnima znatno recentniji, ishodovan u znatnoj mjeri čuvenim ekološkim incidentima, odnosno katastrofama. Odgovornost po CLA konvenciji zasniva se na *usmjerenoj odgovornosti* (s obaveznim osiguranjem), uz strogo propisane uslove koji isključuju objektivnu odgovornost brodovlasnika (*strict liability*). Sastavni dio režima 1969/1992 je Konvencija o osnivanju fonda ograničene odgovornosti, odnosno Međunarodnog fonda za nadoknadu šteta od zagađenja (IFC 1971/1991; IOPC Funds), a posebna pažnja je posvećena ostvarivanju prava na naknadu zbog zagađenja, preventivnim mjerama i kvantifikaciji štete. Nakon incidenta *Exxon Valdeza* na Aljasci 1989. g. SAD donose *Oil Pollution Act* (OPA 1990), koji ustanovljava solidarnu odgovornost stranaka, uključivši mogućnost podnošenja odštetnog zahtjeva protiv unajmioca, a ekološka šteta i odgovornost za zaštitu životne sredine u naslovu su i sadržaj niza drugih međunarodnih instrumenata, kakav je *Najrobi konvencija* iz 2007. g.

Spasavanje (na moru) je trinaesta glava (str. 475–515), historijski potkrijepljena brojnim svjedočanstvima razvitka ovog instituta (uključivši *Ordinamenta Trani* i statute dalmatinskih gradova), kao i regulativom međunarodnim konvencijama. Kod ugovora o spasavanju posebno je razmotrena *no cure — no pay* Lloydova forma (LOF 2024), a dalje: odnos spasavanja i tegljenja, spasavanje života, specijalna kompenzacija za napore na sprečavanju i umanjenju zagađenja morske sredine, SCOPIC klauzula, sticanje, utvrđivanje visine, podjela i obezbjeđenje nagrade za spasavanje. Dat je i osvrt na regulisanje uklanjanja (brodskih) olupina.

Četrnaesta glava je *Ograničenje odgovornosti brodovlasnika* (str. 516–543), koja metodološki najprije objašnjava ovaj institut globalnog karaktera s historijskopravnog i komparativnopravnog aspekta, u sistemima *civil law* i *common law*, te sa stanovišta nastojanja prevaziženja različitosti unifikacijom međunarodnim konvencijama. Razmatra se koje osobe imaju pravo na ograničenje odgovornosti, koji su brodovi i potraživanja podložni takvom ograničenju, a koja potraživanja izuzeta, kao i gubitak prava na ograničenje odgovornosti. Formulacija predmetne konvencije iz 1957, prema kojoj se vlasnik pomorskog broda nije mogao pozivati na svoju ograničenu odgovornost ako je do štete došlo usljed njegove *stvarne (lične) krivice*, što se najčešće tumačilo u odnosu na primjerenu kontrolu i obavještanje

zapovjednika broda u pogledu pojedinih dužnosti, odnosno na odsustvo dužne pažnje pri njegovom izboru, zamijenjena je u konvenciji iz 1976. g. formulacijom o gubitku prava na ograničenje odgovornosti odgovornog lica ako se dokaže da je šteta nastala „njegovim ličnim činjenjem ili propustom”. Shodno izreci čl. 4 Konvencije, to odgovara gruboj nepažnji (*gross negligence*) i u sudskom postupku prebacuje teret dokazivanja na drugu stranu. Uporednopravno su iznijete specifičnosti engleske i francuske sudske prakse, te američkog prava i prakse. Uz IMO smjernice u tumačenju navedenog čl. 4 i procjenu tog režima, predstavljeni su zatim: protivpotraživanja, iznosi ograničenja te osnivanje i raspodjela fonda ograničenja odgovornosti.

Pomorsko osiguranje je posljednja, petnaesta glava (str. 544–575). S prvim trgovima u XIII vijeku, s kratkoročnim zajmovima sa založnim pravima i visokim kamatama (*bottomry*) koji su kao lihvarski sankcionisani od Katoličke crkve (1236), što je zaobišao *cambium nauticum*, pomorski zajam se razvio u ranu vrstu ugovora o osiguranju, čemu je doprinijela i notarizacija. U razvoju legislacije posebno mjesto pripada Đenovi (1343), ali dubrovačkom pravu (*Ordo super assecuratoribus*, 1568). Novo poglavlje u istoriji pomorskog osiguranja otvaraju italijanski *Lombardi*, vodeći brokери u Engleskoj, ali se već 1577. g. u Londonu osniva sud za sporove u stvarima osiguranja. Moderno razdoblje započinje ulogom Edvarda Lojda koji je pokrenuo kasnije vodeći žurnal osiguranja *The List* (1734); 1769. se osniva prominentno udruženje znano kao *Lloyd's of London*, a 1779. je stvorena standardna polisa osiguranja (S. G.). Pravni okvir pomorskog osiguranja je visoko standardizovan i univerzalan, bazično zasnovan na važnosti i uticaju engleskog prava, posebno *Zakona o pomorskom osiguranju* (*Marine Insurance Act*; MIA 1906), i strogom poštovanju načela *maksimalno dobre vjere* (*utmost good faith*), utemeljenog u *posebnom povjerenju* civilnog prava (*uberrimae fidei*). Pomenutoj S. G. polisi pomorskog osiguranja priključivane su zatim kao suplementi institutske klauzule, koje, predstavljajući zaokružene sisteme, danas (*Lloyd's Marine Policy, Form MAR*) sadrže sve osiguravajuće uslove za pojedine vrste ugovorenog osiguranja. Osnovna je razlika između *The Institute Hull Clauses* (revidiranih 2003; ima i drugih kada je u pitanju osiguranje trupa broda, npr. *War clauses*, osiguranje rizika štrajka) i *The Institute Cargo Clauses*. Teret u pomorskom prevozu koji se osigurava shodno standardnim institutskim uslovima obezbjeđuje pokriće prema setu A, B ili C klauzula, od kojih je prvi set najširi. Načela pomorskog osiguranja su: *obeštećenje* za izgublenu vrijednost, *osiguravajući interes* (takođe vezan za opseg kompenzacije), *obaveza fair saopštavanja okolnosti od značaja za zaključenje ugovora* (pomenuti moto *Lloyd'sa*, budući suviše u korist osiguraoca, kao princip je izmijenjen 2015. g.). Obaveza prezentacije činjenica u dobroj vjeri data je komparativno u francuskom i njemačkom pravu, a signifikantno je da englesko ugovorno pravo ne poznaje dužnost *dobre vjere*, tako da je ugovor o osiguranju izuzetak. Eksplicira se zatim dejstvo posebnih ugovornih pogodbi (*warranties*),

potpuni gubitak broda (stvarni i izvedeni), i djelimični gubitak. Kod uzročne veze između osiguranog rizika i nastale štete težišna pažnja je posvećena utvrđivanju neposrednog uzroka (*proximate cause*), koji je identifikovan dejstvom (*proximate in efficiency*), najodlučniji i stvarni uzrok gubitka. Komparativnopravno, građanskopravni sistem prihvata isto (Njemačka) ili slično načelo; u Francuskoj je to *cause generatrice*, dok Belgija i skandinavske zemlje prihvataju načelo ekvivalentnog uzroka, koji shodno učešću u šteti doprinosi i u raspodjeli odgovornosti. *De lege ferenda*, autor se opredjeljuje za *equivalence des conditions*, kako je ovaj pristup nazvan u belgijskom pravu, koji preciznije odražava stvarnost nudeći pravičnije balansiranije između interesa ugovornih strana. Razmatranje ove oblasti zaključuje se subrogacijom osiguraoca, odnosno doktrinom i dopunom toga instituta načelom obeštećenja.

Bibliografija tematskih, monografskih izdanja pomorskog prava nalazi se u knjizi na str. 577–581, i s člancima citiranim u fusnotama (s novom numeracijom u svakoj idućoj glavi), među kojima su i autori radovi, upućuje na dalja istraživanja. *Indeks* stvarnih pojmova s temeljnim uputnicama za snalaženje je na str. 582–594.

Knjiga Časlava Pejovića¹ *Međunarodno pomorsko pravo i praksa: Komparativno pravo u kontekstu*, izuzetna je monografiju pomorskog

¹ Profesor emeritus Časlav Pejović, veliki autoritet, svjetski priznati i istaknuti stručnjak pomorskopravne nauke, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Kjušu (Kyushu, Fukuoka) od 1997. g. do penzionisanja, prethodno vanredni profesor na Pravnom fakultetu u Podgorici, gdje je i diplomirao, magistrirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu i, na japanskom jeziku, na Pravnom fakultetu Kijoto Univerziteta. Doktorirao je 1990. g. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zagrebu. Njegovi akademski i istraživački interesi obuhvataju pomorsko pravo, komparativno pravo, međunarodno trgovačko i poslovno pravo, pravo stranih ulaganja, japansko radno pravo i korporativno upravljanje. Godine 1992. objavio je knjigu *Prevozne isprave u pomorskoj plovidbi* (dopunjena doktorska disertacija; Cetinje, *Obod*), 1993. djelo *Potvrda ukrajca i teretnica* (Bar, *Prekookeanska plovidba*), 2012. sa G. McAlinnom uredio je knjigu *Pravo i razvoj u Aziji (Law and Development in Asia*, Routledge), jedan je od autora vodeće knjige *Transnational Commercial Law*, objavljene 2015. u izdanju *Oxford University Press*, a 2019. sa profesorom emeritusom B. Ivoševićem knjige *Pomorsko pravo* (Beograd, Univerzitet Union, Službeni glasnik). Godine 2020. izdavač *Informa from Routledge*, Abington/New York, takođe u Biblioteci *Maritime and Transport Law*, objavljuje mu knjigu *Transportni dokumenti u pomorskom prevozu: Međunarodno pravo i praksa (Transport Documents in Carriage of Goods by Sea: International Law and Practice)*. Koautor je više knjiga najprestižnijih međunarodnih izdavača i autor velikog broja zapaženih radova u renomiranim međunarodnim časopisima. Aktivni je član nekoliko međunarodnih akademskih i strukovnih udruženja, uključujući Međunarodnu akademiju za uporedno pravo (IACL), Međunarodnu akademiju za trgovačko i pravo zaštite potrošača (IACCL), Udruženje za pravo i društvo (LSA), Azijsko udruženje za pravo i društvo (ALSA) i Japansko udruženje za pomorsko pravo. Prvi predsjednik Crnogorskog udruženja za pomorsko pravo, počasni je član Hrvatskog udruženja za pomorsko pravo, član Japanskog udruženja za pomorsko pravo. Bio je arbitar Međunarodne trgovačke komore (MTK) u Parizu, Crnogorske trgovačke arbitraže, Spoljnotrgovinske arbitraže u Beogradu,

prava na svjetskom nivou. Djelo je to koje obuhvata istorijski razvoj, slojevitu analizu savremene uporedne i transnacionalne regulative, sublimat je sudske prakse i promišljanja o pomorskopравnim institutima *de lege desiderata*. Autor je prikazao izuzetno kompleksnu i zahtjevnu materiju na sistematičan i precizan način. Univerzalnoj temi pristupio je prikazom drevnih začetaka, obradom razvitka i funkcionisanja njenih modernih koncepata, ponajprije u različitim, sistemima običajnog, anglosaksonskog (engleskog i američkog) i građanskog (evropskog, kontinentalnog) prava, sa stalnim kompariranjem rješenja u nacionalnim zakonodavstvima, posebno većim, kao i onim istočnoazijskih zemalja. Pri tome, akumuliranim znanjem sažima teoretske definicije, djelotvorno razrađuje i objašnjava dosege relevantnih međunarodnih ugovora, pomorskopравnih konvencija i protokola (uključujući obavijesti s preparatornih radova), argumentovano i jasno iznosi vlastito mišljenje i citira jurisprudenciju.² S dubokim uvidima u razmatranu pomorskopравnu tematiku, s kritičkim osvrtima, originalnim promišljanjem i konstruktivnim konkretnim stavovima s ciljem unapređenja i unifikacije pojedinih problematičnih pitanja, što se odnosi i na najrecentnija legislativna rješenja, profesor emeritus Pejović doprinosi pomorskopравnoj nauci u globalnim razmjerama. Knjiga će biti od izuzetne koristi međunarodnoj akademskoj zajednici i teoretičarima, neizostavna na specijalističkim i doktorskim studijama, podrška pomorskopравnim praktičarima svih profila i obuhvata, brodskim zapovjednicima i oficirima, profesionalno stalno izloženim potrebi rješavanja najrazličitijih pomorskopравnih pitanja. Ovo djelo svojim metodološkim pristupom teoriji i praksi i briljantnim rezultatima čitalačkoj publici značajno približava integralnost pomorskog prava, zadobijajući zapaženo međunarodno interesovanje. Zato imam čast da autoru čestitam i da ovu vrhunsku knjigu čitateljstvu svesrdno preporučim.

u pomenutoj japanskoj komisiji TOMAC, Tajlandskom arbitražnom institutu (TAI) i Arbitraži Međunarodne trgovinske komore (ICC). Držao je predavanja na univerzitetima u Oksfordu, Hajdelbergu, Sijetlu, Washingtonu (Georgetown University), Torontu, Tilburgu, na Institutu Maks Planck (Hamburg), u Bangkoku (Chulalongkorn University), Singapuru, Pekingu, Tokiju, Seulu, Hong Kongu, na Korea University, National University of Indonesia, University of Western Australia, na univerzitetima u Beogradu, Novom Sadu, Zagrebu i na mnogim drugim. Redovni je profesor na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica u Podgorici.

² Svjedočanstvo praktičnog iskustva, među sudskim slučajevima koji su u knjizi navedeni je i *Preookeanska plovidba v Felstar Shipping Corporation and Se-tramar SRL and STC Scantrade A. B. (Third Party), (The „Carnival“)* [1992] 1 Lloyd's Rep. 449; [1994] 2 Lloyd's Rep. 14. (str. xxxviii, United Kingdom; 332, 398), jedan od predmeta u koje je autor bio direktno uključen dok je bio radno angažovan za *Preookeansku plovidbu* (brod *Danilovgrad* u Raveni).

IZ PRAVNE ISTORIJE

Crkveno kazneno pravo^{*}

A) CRKVENI PRIJESTUPI

Pod imenom crkvenoga prijestupa razumijeva se u crkvenome pravu povreda spoljašnjim nekim činom postojećeg jednog crkvenog zakona, kad naime neko učini nešto, što nije smio da učini, ili propusti izvršiti nešto, što prema dužnosti svojoj nije smio propustiti da izvrši.

Prema raznim dužnostima, koje članovi crkve imaju u crkvi, razlikuju se prijestupi, koje učine sveštena lica, od prijestupâ, koje mogu učiniti svjetovnjaci. Prijestupi *sveštenih lica* mogu se ticati, ili posebne službe njihove u crkvi, ili pak općih dužnosti, koje vezuju svakoga hrišćanina. I o jednim i o drugim nadležna je crkvena vlast da sudi; a ukoliko pojedini od tih prijestupa mogu zasizati u oblast općeg društvenog života, nadležna je i svjetovna vlast, da o tim prijestupima sudi. Na crkvene prijestupe *vjernih svjetovnjaka* crkva smatra kao na grijehove u duhovnome smislu, koji kao takvi spadaju pod unutrašnji sud njezin, i dakle stoje van kruga crkvenoga prava. Ali ima nekih crkvenih prijestupa, koje ne mogu svjetovnjaci da učine, a da ne potpadnu i pod spoljašnji sud crkve; a to su prijestupi, koji diraju osnovu i ustrojstvo same crkve. Za ovakve prijestupe podlaže crkva tome spoljašnjem sudu dotične prijestupne svjetovnjake, i presuda njezina o takvim prijestupima ima i mora imati pravni značaj; svjetovna pak vlast u ovakvim slučajevima samo konstatira učinjeni prijestup, i podvrgava ga kaznama po zakonu.

a) Opći crkveni prijestupi

1. *Apostasija* (ἀποστασία). Biva, kad se jedan kršteni odreče hrišćanske vjere, te primi kakvu drugu nehršćansku vjeru. Apostasija može biti, ili namjerna, ili od straha. Svjetovnjak apostat u prvom slučaju odlučava se od pričešća za sav život, a u drugom slučaju za dvanaest godina;¹ svešteno lice za prvo biva isključeno iz crkve, za

^{*} Odlomak iz knjige *Pravoslavno crkveno pravo* (Drugo izdanje, Izdavačka knjižarnica Pahera i Kisića, Mostar, 1902) Nikodima Milaša, episkopa dalmatinskog.

¹ Vas. vel. kan. 73, Grigor, nisk. 2 i Nomokan. XIII 20 (At. Sint. I, 321). Zakone grčko-rimskih careva o ovome vidi u *Vlastarevoj sintagmi* A; i (At. Sint. VI,

drugo, ako se srdačno pokaje, zadržava čast i ime sveštenučko, ali bez prava, da može ikada sveštenodejstvovati.²

2. *Jeres* (αἵρεσις) je hotimično i stalno odricanje jednog dogmata, koji je crkva opredijelila, ili javno ispovijedanje i štićenje jedne dogmatičke zablude, koju je crkva osudila.³ Za jeres crva kazni anatemom.⁴

3. *Raskol* (σχίσμα) biva od dvije vrste: *vjerski i crkveni*. Prvi biva, kad se odijele od crkve neki, koji drukčije misle o nekim drugostupnim predmetima crkvenog učenja i o takvim pitanjima, koja je lako izravnati.⁵ Drugi biva, kad neki odreku poslušnost zakonitoj jerarhiji.⁶ Za raskol prve vrste kanoni opredjeljuju kazne prema mjeri odstupanja od ustanovljenih propisa o crkvenom učenju; a za raskol druge vrste kanoni nalazu na sveštena lica svrgnuće, a svjetovnjake, koji slijede raskolu, podvrgavaju odlučanju.⁷

4. *Simonija* (Σιμωνος αἵρεσις). Ovaj strašni i teški prijestup sastoji se u trgovanju sa blagodaću sveštenstva. Dobio je ime svoje od onoga Simona, koji je nudio apostolima novaca, da dobije sveštenučku vlast.⁸ Kriv je u simoniji ne samo onaj, koji rukopolaže ili proizvada na jerarhijske stepene za novac, nego i onaj, koji prima rukopoloženje za novac, a tako isto i svi oni, koji posreduju u tome poslu.⁹ Pri tome novac ne mora se uzimati ovdje u bukvalnome smislu, jer i osim novca, ili drugog kakvog dara, kao mito da se dobije sveštenstvo, simonija biva još: a) kad se rukopoloži ili proizvede neko u nagradu za kakvu

57). Po §§ 122–124 kaznen. Zakonika biva kažnjen tamnicom od 6 mjeseci do 10 godina, ko nastoji da nekoga navede na apostasiju.

² Ap. kan. 62, ankir. 1. 2, Petra aleks. 10, Zakone o ovome grčko-rimskih careva vidi u Nomokan. IX, 25 (At. Sint. I, 188 i sl.).

³ Vas. vel. kan. 1, II vas. kan. 6. Prema tome *Zonara* u tumač. ovog posljednjeg kanona, naziva jereticima πάντας τοὺς παρὰ τὴν ὀρθόδοξον πίστιν δοξάζοντας, κἂν πάλαι ἀπεκρῦχθησαν, κἂν προσφάτως, κἂν παλαιαῖς αἱρέσεσι κοινωνῶσι, κἂν νέαις (At. Sint. II, 182). Isporedi tumačenje 14, kan. IV vas. sabora istoga *Zonare* (Ib. II, 252).

⁴ Vidi nomokanon sav. 12 naslov (At. Sint. I, 261–274), a zakone grčko-rimskih careva u *Vlastarevoj* sintagmi A, 2 (Ib. VI, 74–75) Vidi također odluke carigradsk. patrijarš. sinoda 25, nov. 1701, septembra 1836. I 2. oktobra 1869.

⁵ Vas. vel. kan. I.

⁶ Ap. kan. 31, gangr. 6, antioh. 5, kartag. 10, 11, prvodr. 13, 14, 15. Ispor. *Vlastar. sintagmu* Σ, 12 (At. Sint. VI, 450–454).

⁷ Vidi kanone spomenute u gornjoj bilješci.

⁸ Djel. ap. 8, 18–19. Vidi tačno kanonično učenje o ovome prijestupu i o veličkoj težini njegovoj u kanoničkim poslanicama *Genadija carigradskog* 459. God i *Tarasija carigr.* ok. 788. god. (Pravila, II, 485–496). *Zonara* u tumačenju 6. kan. II vas. sabora stavlja je među najteže prijestupe ἢ ἐπὶ δόσει χρημάτων χειροτονία (At. Sint. II, 182). Za vrijeme *Tertulijanovo* (II vijek) naredba sv. pisma o ovome smatrala se već kao pravilo, o čemu svjedoči isti Tertulijan: Praesident probati quique seniores, honorem istum *non pretio*, sed testimonio adepti; *neque enim ulla res Dei constat* (Apol. e. 39). *Teodorit* (lib. I, c. 4) zove simoniju *χριστεμπορεία* (impia ex Christo nundinatio). Isporedi i *Thomassin*. *Vetus et nov. eccl. disciplina*. p. III, lib. 1. c. 49. sq. (Ed. cit. VII, 396 sq.).

⁹ IV vas. kan. 2 i nomokan. I, 24 (At. Sint. I, 61).

ličnu uslugu,¹⁰ *b*) kad se to učini iz rodbinskih ili prijateljskih obzira (nepotizam),¹¹ *v*) kad se upotrebe neka lica, koja vlast imaju, da se protivno crkvenom zakonu dobije neko dostojanstvo u crkvi,¹² i *g*) kad se upotrebljavaju različna sredstva, da se zadobiju glasovi za izbor na kakvo mjesto službe u crkvi.¹³

Objekt prijestupa simonije biva: *a*) kad se za mito primi ili dade episkopski, prezviterijski ili djakonski čin,¹⁴ *b*) kad se na taj isti način dobije ili dade neko mjesto u upravnoj crkvenoj jerarhiji,¹⁵ *v*) kad se istražuje novac za pričešće ili druga sveštenodještva¹⁶ i *g*) kad se iz niske koristi zloupotrebljava pravom suda i kažnjenja, te se protivu pravice, a radi svoje koristi ili radi kakve lične strasti, izriče nepravedni sud i nalaže nezasužena kazna.¹⁷ Prema težini ovoga prijestupa, dopušta se svakome, da može podići tužbu na simoniste, i prima se svaki svjedok bez razlike, i potpuno se uvažava njegove svjedodžba, osim jedinog slučaja, ako se dokaže da hotimično teži da okleveta;¹⁸ a prema toj istoj težini prijestupa, i što se simonijom ruši sva zgrada crkvenog organizma, za simoniju kanoni nalažu najstrašnije kazne: episkop, koji se zateče u simoniji ma koje bilo vrste, biva svrgnut; onaj, koji je dobio rukopoloženje ili kakvo dostojanstvo na jedan od onih načina, koje smo gore spomenuli, podleži anatemu, pošto bude svrgnut sa onoga čina, koji je nezakonito dobio; lica pak, koja su posredovala u takvom bezakonitom poslu, ako pripadaju kliru, bivaju svrgnuta, a svjetovnjaci podleže anatemi.¹⁹

¹⁰ *Grigor. vel.* 4. i 17. homilija na jevandelja, a ispor. i *Tarasijevu* poslanicu (Pravila. II, 489–496).

¹¹ *Grigorija vel.* poslan. 26 (V knj.), 110 (VII knj.) Ispor. *Thomassin.* III. I, 49. n. 13.

¹² Ap. kan. 30, i tumačenje *arhim. Joanna* ovoga kanona (Sp. knj. 1, 172).

¹³ Sardič. kan. 2, *Thomassin.* III. I, 56.

¹⁴ Ap. kan. 29, trul. 22, VII vas. 4 i tumačenje *arhim. Joanna* ap. 29. kanona (I, 171).

¹⁵ IV vas. 2. i moje tumač. ovoga kanona (Pravila. I, 329).

¹⁶ Trul. kan. 23 i tumačenje *arhim. Joanna* ovoga kanona (II, 382–383).

¹⁷ VII vas. kan. 4. i tumačenje *arhim. Joanna* istoga kanona (II, 519–522).

¹⁸ Vidi 137. novelu *Justinijanovu*, a isporodi *Thomassin.* cap. cit.

¹⁹ „Koji episkop za novce obavi rukopoloženje, i blagodat, koja se ne može prodavati, pretvori u predmet prodaje, te za novac postavi episkopa ili horepiskopa, ili prezvitera, ili djakona, ili drugoga koga, koji spada kliru, ili iz gadne pohlepe za dobitkom proizvede za novac ekonomu, ili ekdika, ili paramonara, ili ma koga drugoga, koji je u kanonu ubrojen, pak se dokaže, da je zaista to činio, neka se sa svoga stepena svrgne; a onaj, koji je takvim putem postavljen, neka nikakve koristi nema od kupljenoga rukopoloženja ili proizvedenja, nego neka se smatra, kao i da nema dostojanstva, ili službe, koju je novcem dobio. Koji je pak i posrednikom bio u ovakoj gnusnoj i bezakonitoj trgovini, takav, ako je klirik, neka se svrgne sa svoga stepena; ako je svjetovnjak, ili monah, neka bude anatema.” IV vas. kan. 2. — Ap. kan. 29. propisuje sveštenome licu za simoniju svrgnuće i odlučenje od crkve, dakle dvije kazne; i *Zonara*, osvrćući se na to, što je u 25. ap. kanonu rečeno, da ne treba nalagati dvije kazne za jednu stvar, opaža, da u ovome slučaju, to jeste, za simoniju kanon nalaže dvostruku kaznu διὰ τὴν τῆς κακίας ὑπερβολήν, καὶ τὴν τῶν ἀμαρτημάτων βαρύτερα (zbog prevelikoga zla i težine grijehova). At. Sint. II 37. Vidi ἐνταλμα

b) Prijestupi od strane sveštenih lica

Priestupi, koje mogu učiniti sveštena lica, tiču se ili posebne njihove službe u crkvi, ili pak općih dužnosti, koje vezuju svakoga hrišćanina.

I. U pogledu posebne službe u crkvi sveštenih lica u crkveno-pravnim izvorima spominju se ovi priestupi: 1) Kad jedan episkop, prezviter ili djakon poslije pravilno obavljenoga nad njim rukopoloženja, primi od nekoga po drugi put rukopoloženje na isti stepen;²⁰ 2) Kad jedno svešteno lice, koje je zakonitim putem bilo svrgnuto zbog nekog priestupa, usudi se samovoljno sveštenodjejtovati, bez obzira na svrgnuće;²¹ 3) Kad jedan episkop samovoljno obavi rukopoloženje u tuđoj eparhiji, bez privole na to dotičnog eparhijskog episkopa;²² 4) Kad jedan sveštenik služi u privatnoj bogomolji, bez znanja i privole na to eparhijskog episkopa;²³ 5) Kad jedan episkop, prezviter ili djakon samovoljno ostavi jedno mjesto službe u crkvi, i zauzme drugo, bez znanja i privole na to nadležne crkvene vlasti;²⁴ 6) Kad jedan eparhijski episkop zapusti svoju eparhiju i za duže vremena boravi u drugom kakvom mjestu van granica svoje eparhije;²⁵ 7) Kad jedan episkop ili prezviter ne vrši sveštenodjejtva u crkvi po propisanom ustavu, nego samovoljno uvodi nešto novo;²⁶ 8) Kad jedan episkop ili prezviter zanemari povjereni mu narod i ne vrši učiteljsku dužnost u crkvi;²⁷ 9) Kad jedan episkop ili prezviter povrijedi pečat ispovijedi i javi trećima kakav priestup, što mu je na ispovijedi neko otkrio;²⁸ 10) Kad jedno svešteno lice rasiplje crkveno imanje, ili ga upotrebljuje na svoju ličnu korist;²⁹ 11) Kad jedno svešteno lice bavi se takvim poslovima, koji ne stoje u neposrednoj svezi sa njegovom sveštenučkom službom, a zapušta pri tome svoje dužnosti;³⁰ 12) Kad jedno svešteno lice zanemaruje

πρὸς χειροτονούμενον μητροπολίτην καὶ ἀρχιεπίσκοπον (At. Sint. V, 547), a također i okružnice atinskoga sinoda 11. jula 1853. i septembra 1854. o dužnostima episkopa (Χριστοπούλου Συλλογή. σελ. 161, 179). Isporedi i 4. tačku današnje arhijerejske zakletve. Propise grčko-rimskoga zakonodavstva u pogledu simonije vidi u nomokan. I, 24. (At. Sint. I, 61–63).

²⁰ Ap. kan. 62, kartag. 48. i tumač. *arhim. Joanna* 62. ap. kanona (I, 216–217).

²¹ Ap. kan. 28, II vas. 6, antioh. 4.

²² Ap. kan. 35, I vas. 15, II vas. 2, III vas. 8, IV vas. 5, ankir. 13, antioh. 13, 22, sardič. 3, kartag. 48.

²³ Trul. kan. 31, 59. VII vas. 10, prvodr. 12.

²⁴ Ap. kan. 14, 15, 16. I vas. 15, 16. IV vas. 5, 12, 20, trul. 17, 18, 20, antioh. 3, 21, sardič. 1, 2, kartag. 54, Nomokan. I, 26 (At. Sint. I, 63–65).

²⁵ Antioh. kan. 17, sardič. 12, kartag. 71, prvodr. 16.

²⁶ I vas. kan. 20, tru. 28, 32, 81, kartag. 103. i tumačenja *arhim. Joanna* ovih kanona. Isporedi i tumač. Zonare 6. kan. VII vas. sabora (At. Sint. II, 578).

²⁷ Ap. kan. 58, trul. 19. Isporedi §. 92. I i §. 100. II. ove knjige.

²⁸ Kartag. kan. 132, Vasil. vel. 34. Isporedi časopis „Istina”. I, 270–272.

²⁹ Ap. kan. 38, ankir. 15, antioh. 25, kartag. 26, 33, nomokan. X, 2, 4. (At. Sint. I, 238, 239).

³⁰ Ap. kan. 6, 20, 81, 83, IV vas. 3, VII vas. 10, prvodr. 11.

svojom spoljašnošću, i ne stara se, da ona odgovara karakteru njegovom sveštenučkom.³¹

Za sve ove prijestupe, koji su sada poredani, odnosno kazne spomenute su u istim onim crkveno-pravnim izvorima, koji o tim prijestupima govore. Pri nalaganju tih kâzna crkvena vlast uzima svagda u obzir one kanoničke propise, koji postoje u pogledu nalaganja kâzna uopće (§. 154). O ostalim prijestupima i prekršajima sveštenih lica po službi presuđuje crkvena vlast s obzirom na vezu, u kojoj oni stoje sa gorepoređanim prijestupima, i u koliko od toga straga dobri red u crkvi i ugled sveštenučkog čina.

II. O većini prijestupa, koje može učiniti jedno svešteno lice, a koji se tiču općih dužnosti u društvenome životu, danas sude svjetovni sudovi i propisuju odnosno kazne za takve prijestupe. Ali prema neposrednoj jurisdikciji crkve nad sveštenim licima, isti prijestupi potpadaju i pod spoljašnji sud crkve, koja ima pravo da istražuje iste i da nalaže kaznu svrgnuća, odlučjenja i druge, prema težini i sušnosti učinjenoga prijestupa.

Između prijestupa ove vrste glavniji su: 1) Veleizdaja (*χαλδαισιμός*);³² 2) Zavjera, koju neka sveštena lica sklope protivu postojeće zakonite vlasti (*συνωμοσία, φατρία*);³³ 3) Kad neko pogazi položenu zakletvu (*ἐπιορκία*);³⁴ 4) Svetogrđe, naime diranje u stvari, koje su posvećene Bogu, i upotrebljavanje tih stvari na nesvete cijelji (*ἱεροσυλία*);³⁵ 5) Psovka svetinje (*βλασφημία*);³⁶ 6) Klevetanje i opadanje (*συκοφαντία, βρισις, λοιδορία*);³⁷ 7) Krađa (*κλοπή*);³⁸ 8) Kamatarenje (*τοκισμός*);³⁹

³¹ Trul. 27, 62, 96, VII vas. 16. U pogledu kose i brade propisuje 44 kan. Statuta eccl. antiqua: „Clericus nec comam nutriat, nec barbam radat” (*Harduini*. I, 982, adnot in h. c.).

³² Ap. kan. 83. i tumačenje *arhim. Joanna* ovoga kanona (I, 234). Nomokan. IX, 36 (At. Sint. I, 227–229). Isporedi §§. 58–63 austr. kazn. zakonika.

³³ IV vas. 18, trul. 34, kartag. 53. Nomokan. IX, 37 (At. Sint. I, 229–230). *Vlastar*. sintagma Σ, 11 (Ib. VI, 449–450).

³⁴ Ap. kan. 25, Vas. vel. 10, 17, 29, 64, 82. Nomokan. XIII, 18 (At. Sint. I, 314–320). *Vlastar*. E, 32 (Ib. vi, 18, 288–293. §§. 99 a. 202–205 austr. kazn. zakonika.

³⁵ Ap. kan. 72, 73, IV vas. 24, trul. 49, 97, VII vas. 13, prvodr. 1. 10, Kiril. aleks. 2. Nomokan. II, 2 (At. Sint. I, 108–113). *Vlastar*. I, 1 (Ib. VI, 306–308). §§. 174, 175 austr. kaznen. zakonika.

³⁶ Nomokan. I, 1. V, 1 (At. Sint. I, 35, 131). Justin. nov. 137. c. 1. §. 122. a. austr. kaznen. zakonika.

³⁷ Ap. kan. 55, 56, I vas. 21, kartag. 8, 19, 128, Vasil. vel. 89. Teof. alek. 14. *Basilicor*. LX I, 10, XXI, 1. *Vlastar*. 1 (At. Sint. VI, 481). §§. 209, 487, 488, 492 austr. kazn. zakonika.

³⁸ Ap. kan. 25. Vasil. vel. 61, Grigor. nisk. 6. Grigor. bogosl. 11. Nomokan. II, 2 (At. Sint. I, 111). *Vlastar*. K, 23 (Ib. VI, 332–334). §§. 171i sl. austr. kazn. zakonika

³⁹ Ap. kan. 44, I vas. 17, trul. 10, laod. 4, kartag. 21, Grig. nisk. 6. *Vlastar*. II, 11. T, 7 (At. Sint. VI, 430, 473–476).

9) Ubijstvo (φόνος);⁴⁰ 10) Bijenje (τύψις);⁴¹ 11) Preljuba (μοιχεία);⁴² 12) Blud (πορνεία);⁴³ 13) Pijanstvo (μέθη);⁴⁴ 14) Igra (κύβεια);⁴⁵ 15) Krčmljenje (καπηλεία);⁴⁶ 16) Pohađanje nemoralnih mjesta.⁴⁷ Ovi prijestupi, koje smo priveli, pri uporstu u istima od strane dotičnih, koji ih učine, vode za sobom kaznu svrgnuća sa sveštenoga čina. O kaznama za ostale prijestupe prosuđuje crkvena vlast prema tome, koliko oni vrijeđaju sami čin i s pogledom na sablazan, koju proizvode.

Presuđivanje o težini jednog ili drugoga prijestupa, koji učine neka sveštena lica, osobito u pogledu njihove službe u crkvi, pripada onoj sudskoj vlasti, kojoj ta lica po jerarhijskom položaju svome u crkvi podleže. Kakve sudske instancije postoje, mi smo već kazali (§. 145). Nezadovoljni presudom prve instancije, mogu se obratiti utokom na višu instanciju; a presude, kad je kom sveštenom licu zabranjeno na svagda sveštenodjejtvovanje, ili kad je svešteno lice osuđeno na lišenje zvanja, ili na konačno lišenje sveštenečkoga čina, ove presude mogu biti izvršene samo, kad su razviđene i potvrđene u posljednjoj sudskoj instanciji. Crkva priznaje vladaocu, kao vrhovnom zaštitniku crkve i čuvaru crkvenih zakona (supremo ecclesiae tutori et canonum custodi) pravo pomilovanja osuđenog sveštenog lica, kad najviša crkvena vlast nađe, da osuđeni zaslužuje milost.

B) CRKVENE KAZNE

Čim u crkvi postoji samostalna zakonodavna vlast, koja ima da očuva pravne odnošaje crkve, to neophodno u svezi s tijem, mora da u njoj postoji i vlast da kazni svaki čin, koji vrijeđa te odnošaje i priječi dostiženju zadaće same crkve u svijetu. Jedna bez druge ne mogu se ni zamisliti, jer zakon jedan bez spoljašnje sankcije, nije nego gola riječ; i ko je član crkve, taj je bezuslovno obavezan pokoravati se njenim zakonima, ne pokori li se po dobroj volji, on mora biti prinuđen na to, ako želi da ostane i dalje članom crkve.⁴⁸ Vlast crkve, da kazni

⁴⁰ Ap. kan. 54, I vas. 11, Vas. vel. 7, 8, 11, Grig. nisk. 5. *Vlastar*. F. 5 (At. Sint. VI, 485). §§. 134 i sl. austr. kazn. zakonika.

⁴¹ Ap. kan. 27, 65, prvodr. 9, Vas. vel. 55. Ispor. tumačenje *Valsamona* 27. ap. kan. (At. Sint. II, 35).

⁴² Ap. kan. 48, 61, trul. 87, 98, ank. 20, neok. 8, kartag. 102. Vasil. vel. 5, 18, 58, 77. Grig. nisk. 4. Nomokan. XIII, 5 (At. Sint. I, 301–309). *Vlastar*. M, 14 (Ib. VI, 374–379).

⁴³ Ap. kan. 25, 61. Neokes. 1, Vas. vel. 3, 22, 29, 32, 38, 59, 70. Grig. nisk. 4. Nomokan. XIII, 5 (At. S. I, 301–309). *Vlastar*. II, 15 (Ib. VI, 433–436). §§. 125 i sl. austr. kazn. zakonika

⁴⁴ Ap. kan. 42, 43. laod. 55, kart. 60. *Vlastar*. sintagma K, 35 (At. Sint. VI, 345–346)

⁴⁵ Ap. kan. 42 43, trul. 50. *Vlastar*. I. c.

⁴⁶ Trul. kan. 9 i tumačenje *Valsamona* ovoga kanona (At. Sint. II, 327).

⁴⁷ Ap. kan. 54, trul. 24, laod. 24, 54, kart. 40. Nomok. IX, 35 (At. Sint. I, 226–227). *Vlastar*. K, 7 (Ib. VI, 317–318).

⁴⁸ Vidi šta je kazano o prinudnoj sili crkveno-juridičkih zakona, a također o razlici ovih zakona od moralnih zakona, na str. 4–6 ove knjige. Ἀρετῆ νόμου καὶ

one, koji se opiru i protive njenim zakonima, počiva na božanskom pravu, onako isto, kao i vlast suđenja. Iz onog istog mjesta sv. pisma, koje smo spomenuli u pogledu crkvenoga suda, potiče i vlast crkve da kazni prestupnike njenih zakona; a to nam isto mjesto kazuje i u čemu se sastoji sušnost crkvenih kâzna.⁴⁹

Osnovatelj crkve, pošto je spomenuo sredstva, koja treba upotrebiti, da se prestupnik zakona popravi, dodao je, da pri uporstu njegovom, treba ga *lišiti zajednice sa crkvom*, isključiti ga iz crkve, i smatrati ga tuđinom za crkvu. U lišenju zajednice sa crkvom (excommunicatio) sastoji se dakle pošljednja, i prema tome najveća kazna, koju crkveni sud može naložiti onima, koji se ogriješ o njene zakone. Pod imenom *zajednice* (communio) razumijevaju se sva ona prava, koja dobiva čovjek, kad stupi u crkvu, a posebno prava, da se koristi blagodatnim sredstvima crkve, kojih sredstava vrhunac sastavlja sv. pričesće. Ova prava pripadaju svakome članu crkve, bez razlike položaja, koji on zauzima u crkvi, čim on izvršuje sve propise zakona crkvenog, te i zajednica, koja sadrži u sebi sva ova prava, zove se općom zajednicom, zajednicom svjetovnjaka (communio laica). Ali u crkvi postoje, osim svjetovnjaka, i sveštena lica, kroz koja se saopćuju blagodatni darovi, i koja, prema visokoj službi svojoj i povlaštenom položaju svome u crkvi, uživaju pored pravâ sviju ostalih članova crkve, i neka posebna svoja prava. Skup ovih prava, koja pripadaju tim sveštenim licima, zove se zajednicom sveštenećkom (communio clericalis).⁵⁰ Kako u jednoj, tako i u drugoj zajednici, različni su stepeni pravâ, koja dotični uživaju: neka su od tih pravâ glavna, a neka su podređena. U svezi sa ovim, pri povredi ustanovljenog zakona, dotični lišavaju se u određenoj postupnosti i pravâ, koja im pripadaju, i čim je veća povreda zakona, tim se više pravâ gubi, tim se većoj crkvenoj kazni dotični podvrgavaju, i obratno. A pošto sušnost svake crkvene kazne, ticala se ona vjernog svjetovnjaka, ili sveštenoga lica, sastoji se u lišenju zajednice, to i stepen kazne zavisice od višeg ili manjeg lišenja te zajednice, kome je neko podlegao.

Treba u ostalom ovdje uzeti u obzir subjekt prijestupa; i ako je taj subjekt između onih, koji su u zajednici svjetovnjaka, kazne bivaju svoje vrste, ako li je od onih, koji spadaju u sveštenećku zajednicu,

δύναμις τὸ κελεύειν, τὸ ἐπιτρέπειν, τὸ τιμωρεῖσθαι. Basilicor. II, I, 18 (Digest. I. III, 7). Νόμος ἐστὶ κοινὸν παράγγελμα, φρονίμων ἀνδρῶν δόγμα, ἐκουσίων καὶ ἀκουσίων ἀμαρτημάτων ἐπιστροφή, πόλεως συνθήκη κοινή. Basilicor. II, I, 13 (Digest. I. III, 1).

⁴⁹ Bilj. 2. § 143, a ispredi i I Kor. 5, 3–5, I Tim. 1, 20. — Ispredi o ovome knjige, koje smo spomenuli u 1. bilj. 146, a također i *arhim. Joanna* Церковное запрещеніе и разрѣшеніе (Прав. Собес. 1860. III, 367. i sl.), *Iv. Milovanosa* О преступленіяхъ и наказаніяхъ церковныхъ (Христ. Чтен. 1887. I, 508 i sl. 1888. I, 110 i sl.), *Ed. Katz*, Ein Grundriss des kanon. Strafrechts. Berlin, 1881.

⁵⁰ „Communio unum est nomen, sed diversi sunt actus. Aliud est communicare episcopum cum episcopo et aliud comunicare laicum cum episcopo”. *Op-tat. Milev*. De schismate Donati lib. VII. c. 6.

kazne opet druge vrste bivaju. Ovo biva uslijed položaja, koji zauzimaju u crkvi jedni i drugi, svjetovnjaci i sveštena lica. Najveća crkvena kazna, kojoj može podleći sveštenik, to je *lišenje sveštenećkog čina*, a najveća kazna za svjetovnjaka jest *isključenje iz crkve*. Ovoj posljednjoj sveštenik, kao takav, ne može podleći, nego joj može podleći tek tada, kad je uslijed svrgnuća prešao u red svjetovnjaka, a učinio je neki prijestup, koji vodi za sobom tu najveću kaznu, a za takav isti prijestup, on će, kao sveštenik kažnjen biti lišenjem čina, dakle najvećom kaznom sveštenećkom. Uzrok ovoga izražen je u 25. ap. kanonu, gdje se spominje mjesto iz sv. pisma: „ne sveti se dva puta za jednu istu stvar”; a Vasilije veliki razjašnjava ovo u svom 3. kanonu, kazujući za djakona, koji prestupi zakon, da ga treba lišiti čina, „ali pošto bude zbačen na mjesto svjetovnjaka, neka se ne lišava i općenja (τῆς κοινωνίας οὐκ εἰρχθήσεται), jer postoji stari kanon, da oni, koji se zbacuju sa svoga stepena (jerarhijskog), imaju biti podvrgnuti toj jednoj samo vrsti kazne, pri čemu su stari, kako ja cijenim, slijedili onome zakonu: ne sveti se dva puta za jednu istu stvar, — pak i zbog drugoga razloga, naime, što oni koji bivaju zbačeni sa mjesta vjernih, poslije se iznova mogu primiti na ono mjesto, s koga su pali bili, a djakon jednom za svagda podvrgava se kazni trajnoga svrgnuća, te stoga su se oci ograničavali na tu jednu kaznu, pošto mu se već nikada više djakonstvo ne može povratiti. I ovo biva po ustanovama (ταῦτα μὲν οὖν τὰ ἐκ τῶν τύπων).”

Kazna (τιμωρία) u crkvenome pravu ima svoj posebni značaj, koji je uslovljen zadaćom same crkve (§. 1). Glavna i prva cijelj svake crkvene kazne sastoji se u tome, da se na dobro upute članovi crkve, koji slučajno sa pravoga puta zastrane. Kad crkva upotrebljuje prinudnu silu protivu kog člana svoga, koji je povrijedio neki zakon crkveni, tijekom ona hoće da privoli istoga člana, da se popravi, kako bi opet zadobio izgubljeno dobro, koje samo u zajednici sa crkvom može da nađe, i tek u kajnjem slučaju ona ga lišava sasvijem te zajednice. Sredstva, koja crkva radi toga upotrebljuje, mogu biti i jača, prema tome, koliko je posrijedi dobro sve crkve i ugled njezin. Kao u svakome društvu, tako i u crkvi, prijestupi pojedinih članova, kad ne bi bili osuđeni i ne bi se vlašću uzdržala sila zakona, lako mogu zavesti i druge članove crkve, te se tako rasprostraniti zlo na široko. Pri tome i red u crkvi bi se mogao poremetiti, mogao bi se izložiti opasnosti i sami život crkve, kad ona ne bi imala prava, da isključi iz svoje zajednice hrđave članove i tijekom da sačuva od zaraze dobre i poslušne članove. Mnogi propisi crkvenoga zakonodavstva pokazuju nam, da je crkva duboko proniknuta bila ovom mišlju, te koliko se ona starala, da pruži sredstva dotičnima, da se poprave, toliko isto je ona gledala i da se tim sredstvima preduprede slučajni dalji prijestupi, i da se očuva dobro sve crkve. Isto tako propisi crkvenoga zakonodavstva kazuju nam, da pri nalaganju kaznâ za razne prijestupe treba imati živo pred očima i ugled crkve. Kako u prvim vijekovima crkve, tako isto i danas, inovjerci će morati da poštuju crkvu, ako vide da se članovi njeni odlikuju moralnim životom i uzornim vladanjem, i

obratno, to će štovanje crkve od strane inovjercâ početi da iščeza-
va, čim vide, da moral kod članova crkve nestaje i da na mjesto nje-
ga porok u crkvi vlada; a ovome bi se otvorio široki put, kad crkva
ne bi sa svom strogošći postupala protiv onih, koji prestupaju njene
zakone, kad bi trpjela u svojoj zajednici prestupnike. I radi ugleda
crkve, crkvena vlast mora da upotrebljuje prinudna sredstva protivu
svakoga, koji svojim postupanjem može da ponizi taj ugled njezin,
i da time dade povoda inovjercima, da je ne poštuju. Vasilije veliki,
preporučujući u svom 6. kanonu najveću strogost sa sveštenim lici-
ma, koja padaju u bludočinstva, dodaje, „da će ovo korisno biti i ra-
di utvrđenja crkve, i neće se time dati prilike protivu nas jereticima,
kao da mi popuštanjem u grijehu koga sebi privlačimo”.

Iz privedene razlike, koju kanoni čine između subjekata prijestupa,
i raznih sredstava, koja oni propisuju, da treba upotrebljavati protivu
prestupnika zakonâ, vidi se već i opća razlika u cijelji, koju crkva ima
pred očima, nalažući kazne raznim svojim članovima, kad prestupe
zakone njezine. Prijestupi svjetovnjaka za crkvu su predmet, pri ko-
me ona vrši svoju službu obraćanja. Ona teži u pogledu prestupnih
svjetovnjaka samo da ih obrati na pravi put i da ih popravi, kako bi
postali poslušnim sinovima crkve, te prema tome i kazne, koje im
ona nalaže, nijesu u strogome smislu kazne, nego *pokore* (ἐπιτιμιαί,
poenitentiae), dok se sasvijem ne obrate; i ona će primiti u svoju za-
jednicu čak i takve prestupne svjetovnjake, koji su najvećem stepenu
kazne, anatemi, podlegli bili, samo ako se iskreno pokaju i propisa-
nu pokoru izdrže. Ali sasvijem drukčije crkva smatra na prijestupe
sveštenih lica. Sveštena lica ona podlaže *kaznama* u strogome smi-
slu, čim se ogriješe o postojeći zakon, i tijekom strožijim kaznama, čim
je teži prijestup; ne pomognu li njene kazni, ona ih lišava povjerenje
im službe i sveštenoga čina, i predaje ih svjetovnoj vlasti, da im ona
sudi, kao svakom drugom prestupniku zakona. Prijestupi prvih, ko-
ji se zovu prosto *grijesima* (ἁμαρτίαι), potpadaju pod unutrašnji sud
crkve, na ispovijedi (forum internum); prijestupi drugih, kao pravi
prijestupi (ἐγκλήματα), potpadaju spoljašnjem, formalnom sudu cr-
kvenom (forum externum).

a) Kazne za svjetovnjake

Crkvena kazna, kojoj može podleći jedan svjetovnjak za učinjeni
grijeh, zove se u kanonima *odlučenje* (ἄφορισμός, excommunicatio).⁵¹
Ono se sastoji u tome, što je dotični grješnik, prema težini učinjeno-
ga grijeha, bio lišavan višeg ili manjeg općenja u crkvenoj zajednici
sa ostalim vjernima. Ovo lišenje općenja, ili odlučjenje, kao što smo

⁵¹ O ovoj kazni govori *Zonara* u tumačenju 13. kan. prvodrugoga sabora: ἔστι γὰρ ἄφορισμός καὶ τὸ μόνος εἶργεσθαι τῆς μεταλήψεως τῶν θείων μυστηρίων... καιρὸν δὲ τῷ ἄφορισμῷ τοῦτω ὀρίζουσι τὴν ἐκείνων ἐπιστροφὴν (At. Sint. II, 690). Ispo-
redi *Suiceri* Thesaurus. II, 601–602.

spomenuli, bilo je sredstvo, koje je crkva upotrebljavala, da se dotični grješnik obrati, te radi toga ona je i nalagala izvjesne pokore, koje je on morao da izdrži, dok se ne bi sasvijem oprao od grijeha i postao dostojan da bude opet primljen u zajednicu crkvenu. Čim je teži bio grijeh, tijekom je veća bila pokora i tijekom je duže trajalo vrijeme kajanja, i obratno. Četiri je stepena kajanja bilo, kroz koje su pokajnici morali prijeći. Prvi stepen, *σύστασις* (consistentia) sastojao se u tome, što je dotični pokajnik mogao se moliti u crkvi zajedno sa ostalima, ali nije imao prava da se pričesti. Drugi, *ὑπόπτωσις* (substratio, genu-flexio) — u tome, što je dotični mogao učestvovati samo u nekim molitvama u crkvi, i u određenom času preklanjao je koljena, ispovijedao je javno svoj grijeh, i saslušavši molitvu, koja se nad njim čitala, izilazio bi iz crkve. Treći, *ἀκρόασις* (auditio) — u tome, što se pokajniku dopuštalo da stoji samo u pritvoru (*νάρθηξ, πρόναος*) crkve i od tuda da sluša, dok bi se izgovorila obična propovijed, i tada se morao udaljiti. Najposlije četvrti, *πρόκλαυσις* (fletus), sastojao se u tome, što dotičnim pokajnicima zabranjen je bio sasvijem ulaz u crkvu, i oni su u pokajničkom odijelu stajali pri vratima crkve, moleći sa plačem vjerne, da im svojim molitvama izdjeluju oproštaj grijehova. Kao što se vidi, ovaj posljednji stepen bio je najteži, i na isti je crkva osuđivala samo one, koji bi teški kakav grijeh učinili. Na svakome stepenu dotični su ostajali godinama, i za sve to vrijeme oni su morali činiti razna djela milosrđa, molili su se, postili su i nosili su pokajnička odijela.⁵²

Postupno je ovo ukinuto bilo; i danas je ostalo samo lišenje pričesća za duže ili kraće vrijeme, kao crkvena kazna za svjetovnjake,⁵³ i anatema. Pri smrti, ma kakav bio prijestup, što je jedan svjetovnjak učinio, ako se samo pokaje, crkva ga udostojava pričesća, i došljedno hrišćanskog opijela i pogreba.⁵⁴ Ovo posljednje ona odriče samo upornim grješnicima, koji nijesu htjeli ni u času smrti pomiriti se sa crkvom, isto kao što to odriče i onima, koji hotimično liše sebe života, naime, samoubijcima.⁵⁵

⁵² Podrobnosti o ovome svemu vidi u mome tumačenju 11. kan. I vas. sabora (Pravila I, 208–213), a isporedi i *Kraus*, Real-Encyklopädie pod riječju „Busse”. I, 182.

⁵³ Uopće ovo je posao duhovnikâ na ispovijedi i spada u forum internum, dakle van granica crkvenoga prava. Među kanonima ima mnoštvo takvih, koji opredjeljuju na koliko vremena treba razne grješnike odlučivati od pričesća; a posebno rukovodstvom u ovome služe duhovnicima: *Κανονικὸν τοῦ ἁγίου Ἰωάννου τοῦ Νηστευτοῦ* (Vidi str. 116 ove knjige) i „Nomokanon” pri vel. trebniku.

⁵⁴ I vas. kan. 13, kartag. 7, Grigor. nisk. 5. Vidi tumačenje *arhim. Joanna* 13. kan. I vas. sabora (I, 310–312).

⁵⁵ Timot. aleks. 14. kanonički odgovor. Isporedi i 178. kan. nomokanona pri vel. trebniku. — U nekim državama vodi se računa o tome, koji se ne pričesćuju, i ovo vodi za sobom izvjesne posljedice i u građanskom životu. Radi toga na prim. u *Rusiji* paroh. sveštenici dužni su između drugih službenih knjiga voditi i „исповѣдныя росписи” o svima parohijanima koji su pristupili ili nijesu ovoj tajni, te tačni izvod slati svake godine konsistoriji, koja poslije dostavlja to sinodu (čl. 16. konsist. ustava); a za neurednost u ovome kazni se dotični

Od spomenutih kâzna razlikuje se *anatema* (ἀνάθημα),⁵⁶ ili konačno isključenje nekoga lica iz crkve. Osnovu svoju ova kazna ima u sv. pismu, te dakle potiče iz božanskoga prava.⁵⁷ Crkva je nalagala ovu kaznu za najteže crkvene prijestupe i samo u krajnjim slučajevima, kad nikakva već sredstva nijesu pomagala, da se dotični okrene na pravi put.⁵⁸ Obično se anatema izricala pri svečanim crkvenim obredima; pa da se uzdrži u živoj uspomeni vjernih ova strašna kazna, ustanovljeno je bilo na carigradskom saboru 842., da se svake godine u prvu nedjelju velikoga posta (nedjelju pravoslavlja) spominju na svečanoj službi crkvenoj svi oni prijestupi protivu kojih je izrečena bila anatema.⁵⁹ Posljedice anateme sastojale su se u tome, što lice, koje je potpalo anatemi, lišavalo se ne samo pravâ koja su u crkvi imali drugi članovi crkve, dakle pričešća i zajedničke crkvene molitve, nego se lišavalo prava i da opći sa pravoslavnim hrišćanima u običnome životu; i pravoslavni, koji bi se usudio ma u kakav snošaj stupiti sa takvim licem, podvrgavao se strogim kaznama.⁶⁰ Pošto osnova ove kazne počiva na božanskom pravu, to crkva ima pravo i danas i svagda, da podvrgne anatemi svakog onoga, koji to zasluži; i državna vlast, kao što je priznavala u starije doba odluke crkvene vlasti u ovome pogledu i podvrgavala i sa svoje strane kaznama lica, koja su za izvjesne crkvene prijestupe potpadala ovoj crkvenoj kazni,⁶¹ tako ta ista državna vlast, bar u većini hrišćanskih država, podvrgava i danas takve crkvene prestupnike i svojim kaznama.⁶²

paroh onako isto, kao za neurednost u vođenju maticâ (čl. 195 istog ustava). Naredba državne vlasti u ovome pogledu sadrži se u 22. čl. Уст. о предупр. и пресѣч. пресѣт., izd. 1876. (Isporedi *Barsova* Сборникъ. N. 1501–1504).

⁵⁶ Podrobnosti o anatemi u mome tumačenju 5. ap. kanona i 1. kanona II vas. sabora (Pravila. I, 58–59, 239–242).

⁵⁷ Mat. 18, 17, I Kor. 5, 5, I Tim. I, 20.

⁵⁸ Isporedi 4. kan. Petra aleksandr., 7. kan. II vas. sabora, 88. kanon Vasilija vel., i dr.

⁵⁹ Vidi o ustanovi ove svetkovine pravoslavlja u *Chr. W. F. Walch*, Entwurf einer vollstandigen Historie der Ketzereien (11 Bde. Leipzig, 1762–1785) Bd. X. S. 797. fg. Nalik je na ovo bilo u rimokatoličkoj crkvi čitanje svake godine bule *in coena Domini* (na veliki četvrtak), koje je zavedeno bilo pri papi Urbanu V (1362), a poslije (1770) ukinuto pri papi Klementu XIV. (Vidi Cardinal I, *Hergenrother*, Allgemeine Kirchengeschichte. II. Aufl., Freiburg i B. 1880. Bd. II. S. 180. 567).

⁶⁰ Isporedi II Jovanovu poslanicu str. 9–11, I Kor. 5, 11, II Sol. 3, 6, 14, ap. kan. 10. i iscrpno u ovome pitanju tumačenje *arhim. Joanna* (Sp. knj. I, 152–154). „Qui communicaverit, vel oraverit cum excommunicatio, sive clericus, sive laicus, excommunicetur”, naređuje 73. kanon Statuta ecclesiae antiqua (*Harduini*. I, 983).

⁶¹ Vidi zakone grčko-rimskih careva, koji su privedeni u κείμενον i u σχόλιον nomokanona IX, 10 (At. Sint. I, 183–184).

⁶² Na prim. u *Austriji* po 122. i 123. § kaznenoga zakonika 27. maja 1852. kazne se teškom robijom od 1 do 10 godina prijestupi protivu vjere, koje crkvena vlast kazni anatемом. Isporedi o ovome za rimokatoličku crkvu lijepu raspravu *Dr. Jos. Fessler*, Der Kirchenbann und seine Folgen (Sammlung vermischter Schriften über Kirchengesch. u Kirchenrecht, Freib. i. B. 1869, 187 fg.).

b) Kazne za sveštena lica

Kazne za sveštena lica bivaju od četiri vrste: *opomena* (παράκλησις), *odlučenje* (ἀφορισμός), *svrgnuće* (καθαίρεσις) i *anatema*. Odlučenje, o kome se ovdje govori u pogledu sveštenih lica, razlikuje se od odlučjenja, kome se podvrgavaju svjetovnjaci, prema onoj razlici, koja postoji među kaznama jednih i drugih (§. 151), i sastoji se ne u odlučjenju od pričešća, kao kod svjetovnjaka, nego u odlučjenju od službe crkvene, u zabrani (suspensio) da okrivljeno u nekom manjem prijestupu svešteno lice uživa izvjesna prava, koja mu po službi i jerarhijskom stepenu pripadaju. Svrgnuće sastoji se u tome, što se dotični lišava sveštenstva, biva smetnut (depositio, degradatio) sa sveštenoga čina. Anatema je isto što i kod svjetovnjaka, isključenje iz crkve, naravno poslije svrgnuća.

Osim posljednje, svaka od ovih vrsta kaznâ, ima nekoliko stepena, prema vrsti i težini prijestupa, i nalaže se od nadležnog crkvenog suda, ili za određeno vrijeme, ili na svagda. S pogledom na cijelj, sve se kazne, kojima može podleći jedno svešteno lice, dijele na kazne, koje imaju zadaću da se popravi odnosni sveštenik: τιμωρίαι διορθούσαι (poenae medicinales, censurae) ili pak na kazne u strogome smislu: τιμωρίαι σωφρονίζουσαι (poenae vindicativae).⁶³

1. *Opomena* (παράκλησις, obsecratio, увѣщаніе). Opomena je predočenje dužnosti, na koje su sveštena lica po položaju svome u crkvi obvezana, i toj se opomeni podvrgava svako svešteno lice, čim učini kakav omanji prijestup; pri čemu mu se stavlja pred oči značaj prijestupa i posljedice, koje ga čekaju, ako se ne popravi. Opomena se ponavlja do dva i tri puta, i poslije toga već slijedi dalja kazna.⁶⁴

2. *Ukor* (ἐπίπληξις, ἀπειλή, exprobatio, minae, прещеніе) daje ili lično episkop, ili sabor. U ovom drugom slučaju ukor je javan, te prema tome on sastavlja veći stepen kazne od ukora, koji sam episkop daje. O ukoru, kao crkvenoj kazni, spominje se u najstarijim crkveno-pravnim spomenicima.⁶⁵

3. *Premještaj krivca sa onoga mjesta, koje mu pripada po vremenu rukopoloženja ili proizvedenja, na posljednje mjesto među ravnima mu po sanu*. Ova se kazna, po smislu 7. kanona trulskoga sabora nalaže onima, koji drsko i protuzakonito hoće da zauzmu u crkvi starije mjesto pred onima, koji su na istome stepenu sveštene ili upravne jerarhije, a prije su rukopoloženi ili proizvedeni.⁶⁶

⁶³ Ovako dijeljenje privodi i *Скворцовъ*, Записки по церк. законовѣдѣнію. Sp. izd., str. 241.

⁶⁴ Ap. 31. kanon, govoreći o kazni, koju treba naložiti prezviteru, koji se odmetne od svog episkopa, dodaje, da to treba učiniti, μετὰ μίαν, καὶ δευτέραν, καὶ τρίτην παράκλησιν (At. Sint. II, 39).

⁶⁵ Ap. ustanov. knj. II. gl. 48; 19. kan. IV vas. sabora. U smislu ukora, o kome spominje ovaj kanon IV vas. sabora, treba razumijevati i 25. kan. antioh. i 13. kan. sardič.

⁶⁶ U kanonima spominje se za slične prijestupe kazna, da dotični mora biti svrgnut sa jednog, višeg jerarhijskog stepena na niži (episkopskoga na prezviteri,

4. *Odlučenje od mjesta službe za neko opredjeljeno vrijeme.* U početku krivac, koji je potpadao ovoj kazni, provodio je vrijeme odlučanja u sjedištu episkopskom pod nadzorom episkopa. Poslije, kad se našlo, da su manastiri za to zgodni, slali su krivce u manastire pod nadzor manastirskih starješina, te za vrijeme trajanja ove kazne, krivac je morao podleći još i odnosnoj epitimiji, koja se obično sastoji u strogom obdržavanju manastirskog ustava uz udvojenju molitvu i poklone.⁶⁷

5. *Zabrana sveštenodještvovanja na vrijeme.* Ova se kazna obično nalaže, ili kad treba da neki krivac okaje koji prijestup, što je učinio u vršenju sveštene službe, ili pak za vrijeme sudske istrage, ako je neko optužen za kakav prijestup, koji vodi za sobom svrgnuće. Za vrijeme izdržavanja ove kazne, krivac, pored toga što je lišen prava da sveštenodještvoje, on ne može uživati ni druga prava, koja su skopčana sa jerarhijskim stepenom, dakle ni učiti, niti učestvovati u crkvenoj upravi. On je sveštenik samo po imenu, ali bez ikakvih sveštenečkih prava.⁶⁸

6. *Zabrana vršenja nekih određenih sveštenodještva.* Ovoj kazni potpadaju oni, koji učine kakav prijestup, koji po vrsti njegovoj nikada ne mogu okajati, da zadobiju pravo na vršenje sviju sveštenodještva,⁶⁹ ili pak koji prisvoje sebi neko pravo u sveštenodještvovanju, koje im po položaju u upravnoj jerarhiji ne pripada.⁷⁰

Spomenute do sada kazne upotrebljuju se, osim pošljednje, da se popravi dotično svešteno lice, koje je neki manji crkveni prijestup učinilo. Pošljednja od privedenih sastavlja prijelaz k kaznama u strogoj smislu, a te su:

20. kan. trulskoga, isporedi i 10. kan. laod.). Ali ovo proturječi 29. kan. IV vas. sabora, koji kaže da je *εροσυλία, ἐπίσκοπον εἰς πρεσβυτέρου βαθμὸν φέρειν*; te dakle po tumačenju *Zonare* 20. kan. trulskoga (At. Sint. II, 349), *Valsamona* (ib. 350) i *arhim. Joanna* (II, 317) treba razumijevati onako, kao što smo mi u tekstu kazali; a osnovni razlog ovoga vidi u mome tumačenju 29. kan. IV vas. sabora (I, 424), a isporedi i moje tumačenje 20. kan. trulskoga (Pravila. I, 493).

⁶⁷ Ap. kan. 35. U *Srbiji* važi propis, da osuđeni sveštenici: „a) ne smiju nikad izvan manastira izlaziti, niti ići u parohiju; b) kad je sabor u manastiru, moraju u sobi svojoj biti, a ne po narodu ići; v) osim određene im sobe, ne smiju noćivati u drugoj sobi, niti se zadržavati kod koga u tuđoj sobi; g) moraju tano i uredno dolaziti na jutrenju, časove ili liturđiju i na večernje, i za pjevnicom čitati ili pojatai; d) u ćeliji čitati Bibliju i druge knjige crkvenog sadržaja” (raspis konsistorijama od 15. sept. 1865. br. 1567); a ako dotični pogriješe protivu propisanih za njih pravila vladanja, „nadležan je manastirski starješina da ga ispravlja ovim kaznama: metanijama u crkvi do sto, čitanjem jedne ili više katicama iz psaltira, zatvorom u ćeliji gdje osuđeni stanuje do 24 sahata bez suhojadenija ili sa suhojadenijem” (raspis 22. dec. 1869. br. 6065).

⁶⁸ Ap. kan. 5, 59, IV vas. 20, trul. 3, sard. 14, kartag. 19, 133.

⁶⁹ Neokes. kan. 9.

⁷⁰ Antioh. kan. 10. Spominje se u kanonima još jedna kazna, da neki ne mogu biti proizvedeni u viši jerarhijski stepen, zbog ustanovljenih pogriješaka, u koje su pali (trul. kan. 3). Ovo je u ostalom bilo, samo povodom izdanja jednog zakona po konkretnom predmetu, o kome dotle nije bilo tačnoga propisa, i ovo bi moglo važiti, kad bi se slični slučaj ponovio.

1. *Odlučenje od mjesta službe na svagda.* Nalaže se ova kazna za neuredno vršenje dužnosti, koju jedno svešteno lice ima u upravnoj jerarhiji i za narušenje crkvene discipline, na primjer, kad jedan episkop ostavi za duže vremena svoju eparhiju,⁷¹ kad nasilno zavlada nekom eparhijom,⁷² kad jedan prezviter bez dozvole svog episkopa napusti svoje mjesto službe i samostalno zauzme drugo mjesto,⁷³ i t. d. — Ali, pošto u staro doba niko nije mogao biti rukopoložen bez naznačenja za određeno mjesto (ἀπολλελλυμένως), to, kad je neko bio odlučan od dotičnoga mjesta službe na svagda, tijekom je već potpadao i pod drugu tešku kaznu, a naime,

2. *Lišenje prava od svakog sveštenodjejtvovanja na svagda, ali uz pravo dotičnoga da može nositi sveštenu ime i uživati sveštenu čast.* Ova kazna nalaže se za teže prijestupe, osobito za takve koji proizvode sablazan u narodu, ali koje su neki učinili, ili po neznanju, ili uslijed kakve neobične prilike, a međutijem su se pokajali i popravili. U kanonima nalazimo, da su ovim stepenom kazne kažnjeni bili, na primjer, oni koji su za vrijeme gonjenja popustili bili u vjeri, pa se poslije pokajali,⁷⁴ ili oni, koji su u neznanju stupili bili u nepravilni brak prije rukopoloženja,⁷⁵ i t. d.

3. *Svrgnuće, ili lišenje prava od svakog sveštenodjejtvovanja na svagda i ujedno lišenje imena i časti sveštenučke.* Ova se kazna nalaže kako za osobito teške prijestupe protivu pravilâ jerarhije, na primjer, za simoniju, tako isto i za one krivce, zbog kojih svjetovnjaci bivaju odlučeni od crkve. Svešteno lice, koje je kažnjeno svrgnućem, gubi najprije sva prava i povlastice, koje je imalo prema trostrukoj vlasti crkve, dakle pravo sveštenodjejtvovanja, pravo učiteljstva i pravo pastirstva;⁷⁶ dalje, gubi sva prava časti, koja su mu, kao svešteniku, pripadala;⁷⁷ zatijem, briše mu se ime iz sveštenučkoga kataloga (ἐκ τοῦ ἱερατικοῦ καταλόγου), u koji je upisan bio pri rukopoloženju,⁷⁸ i najposlije, stavlja se u red svjetovnjaka, sa pravima u crkvi, koja samo svjetovnjaci uživaju.⁷⁹ Svrgnuće, kome potpadne neko svešteno lice, traje na svagda, i onaj, koji je jednom svrgnut, ne može više nikada biti primljen na nikakav jerarhijski stepen,⁸⁰ ma se on i pokajao i ma koliko obećavao, da će se po kanonima vladati. U ovom posljednjem

⁷¹ Kan. 16. prvodr. sabora.

⁷² Antioh. kan. 16.

⁷³ Ap. kan. 15. Vidi za dalje u azbučnom pregledu moga Zbornika pod riječima „episkop” i „kllirik”.

⁷⁴ Ankir. 1. kanon propisuje o takvima, „da mogu uživati i dalje čast sjedišta (τῆς μὲν τιμῆς τῆς κατὰ τὴν καθέδραν μετέχειν), ali ne smiju ni prinose svršavati, ni pripovijedati, niti uopće ma koju sveštenučku službu obavljati”.

⁷⁵ Trul. kan. 26, neokes. 8, 9, Vas. vel. 27.

⁷⁶ Vidi na prim. 3. kan. antiohijskoga sabora, 27. kan. Vasilija vel. i dr.

⁷⁷ Τοὺς δὲ καθαιρεθέντας ἀποστερεῖσθαι καὶ τῆς ἕξωθεν τιμῆς, ἧς ὁ ἅγιος κανὼν καὶ τὸ τοῦ Θεοῦ ἱερατεῖον μετείληφεν, kaže 1. kan. antioh. (At. Sint. III, 124).

⁷⁸ Ap. kan. 8, 17, 18, 51, 61 i dr.

⁷⁹ Za svrgnutoga sveštenika, kaže 62. ap. kanon: ὡς λαϊκὸς δεχθῆτω (At. Sint. II, 80), a isporedi i 21. kan. trul. sabora.

⁸⁰ Vidi trul. kan. 21. Vasil. vel. kan. 3. i dr.

slučaju, kanoni dopuštaju samo da se snishodljivije sa takvim postupaju u crkvi ali samo „kao sa svjetovnjakom”.⁸¹

4. *Svrgnuće i ujedno odlučenje*. Svešteno lice, koje potpadne ovoj kazni, podvrgava se ne samo posljedicama svrgnuća, koje smo gore spomenuli, nego poslije toga podleži i odlučanju, koje se na prijestupne svjetovnjake nalaže, to jest, lišava se za duže ili kraće vrijeme crkvene zajednice u molitvama sa vjernima. Ova velika crkvena kazna nalaže se obično, kad svešteno lice, ne motreći na svrgnuće, ipak se usudi sveštenodjejtвовати,⁸² ili, kad poslije svrgnuća, učini onakav isti prijestup, zbog koga je bio već svrgnut,⁸³ ili pak, kad učini takav prijestup, koji dira u osnovu vjere i crkve.⁸⁴ Lica, koja su potpadala ovoj kazni, u starija vremena obično su ih slali u kakav manastir, da tamo izdrže strogu epitimiju;⁸⁵ ili pak, ako su produžavali, i pored naloženih im crkvene kazne, uznemiravati crkvu i opirali se njenome sudu, crkvena ih je vlast predavala radi odnosne kazne svjetovnome sudu.⁸⁶

5. *Anatema*. Ova je kazna jednaka kao i za svjetovnjake,⁸⁷ i izriče se protiv jednog sveštenog lica za teške prijestupe, poslije svrgnuća i odlučnja.

U pogledu nekih prijestupa određen je stepen kazne u samim kanonima, koji spominju te prijestupe: a u pogledu ostalih nalaganje odnosne kazne ostavljeno je uvidavnosti i pravičnosti samih sudija. O ovome govorimo u slijedećem paragrafu. U novijem crkvenom zakonodavstvu mi nalazimo u glavnome poređane ove iste kazne za prijestupe sveštenih lica.⁸⁸

⁸¹ Vidi bilj. 17. ovog §.

⁸² Ap. kan. 28, antioh. 4, Vas. vel. 88.

⁸³ Vas. vel. 3, 88.

⁸⁴ Ap. kan. 30, 64, trul. 1, 86, antioh. 1 i dr.

⁸⁵ Vidi nomokanon IX, 10 (At. Sint. I, 184).

⁸⁶ Antioh. 5, kartag. 48.

⁸⁷ Vidi bilj. 6. i sl. 152. §.

⁸⁸ U *Grčkoj*: 1) Ἐπίπληξιν. 2) Ἀργίαν πάσης ἱεροπραξίας μετὰ στερήσεως τῶν δικαιωμάτων τῆς ἡμέρας τοῦ τιμωρουμένου. 3) Ἐκπτώσιν τοῦ ἀξιώματος εἰς ὃ ἦτον ἰδίως διωρισμένος ὁ τιμωρούμενος. 4) Σωματικὸν περιορισμὸν ἐντὸς διατηρουμένου μοναστηρίου, ἢ ἄλλου εἰδικοῦ διὰ τοὺς κληρικοὺς σωφρονιστικοῦ καταστήματος. 5) Ἀπότισιν ποσοῦ διπλασίου τῶν ὅσα χρήματα ἔλαβεν ὁ τιμωρούμενος πλεον τοῦ νενομισμένου, ἢ διὰ πράξιν ἀπηγορευμένην καὶ ἐναντίαν εἰς τὰ καθήκοντά του. Ἡ εἰσπραξίς δὲ αὕτη ἐνεργεῖται ὑπὸ τῆς πολιτικῆς ἀρχῆς καὶ κατατίθεται εἰς τὸ ἐκκλησιαστικὸν ταμεῖον. 6) Ἀφορισμὸν προσωπικὸν κατὰ κληρικοῦ μοναχοῦ. 7) Καθαίρεσιν. Vidi Νόμος περὶ Ἐπισκόπων κτλ. 9. Ἰουλίου 1852. ἀρθρ. Θ'. Νόμος καταστατικὸς τῆς ἱερᾶς συνόδου. 9. Ἰουλίου 1852. ἀρθρ. ΙΔ'. Ἐγκύκλ. 11. Ἰουλίου 1853. (Χριστοπούλου Συλλογή. σελ. 8, 23, 163). U *Srbiji*: 1) Опомена. 2) Укор. 3) Epitimija. 4) Odlučenje od zvanja na vreme. 5) Zabрана sveštenodjejtвовanja na vreme. 6) Lišenje svoje parohije. 7) Lišenje sveštenog čina (Zakon 27. apr. 1890. o crkven. vlastima, čl. 174). U *Rusiji*: 1) Лишение священнослужителей сана, а священномонашествующихъ сана и монашества, съ исключеніемъ изъ духовнаго вѣдомства. 2) Лишение священнослужителей сана, съ оставленіемъ въ духовномъ вѣдомствѣ на низшихъ должностяхъ, и лишение священномонашествующихъ сана, съ оставленіемъ въ одномъ монашествѣ на покаяніи. 3) Временное запрещеніе въ священнослуженіи, съ отрѣшеніемъ отъ должности и

Državna vlast u grčko-rimskoj carevini priznavala je crkvi u punome smislu pravo ne samo vršenja kaznene vlasti, nego je pružala i svoju pomoć u izvršenju presudâ crkvenih sudova.⁸⁹ Danas crkva u većini država uživa slobodno pravo u nalaganju crkvenih kâzna, u koliko te kazne vode za sobom posljedice crkvenoga svojstva; a da dobiju iste i građanski značaj, moraju biti priznate odnosnom odlukom državne vlasti.⁹⁰ Nekadašnju pomoć državne vlasti radi izvršenja presuda crkvenih sudova u službenim i disciplinarnim prekršajima sveštenih lica, tu pomoć ne odriče ni danas državna vlast u svima onim državama, u kojima postoji pravilni odnošaj između crkve i države, uz očuvanje pri tome zakonom normiranih propisa.⁹¹ Ali priznavajući slobodu crkvenim sudovima, da određuju kazne sveštenim licima, državna vlast, proniknuta interesom, da u crkvi sve bude shodno značaju same crkve, i da ne bi ko po ličnoj samovolji postupio u nalaganju kâzna na takav način, da postrada načelo hrišćanske ljubavi i snishođenja prema nemoći ljudskoj, ta državna vlast postarala se da pruži pomoć i u tome kanoničkim propisima crkve, te svojim zakonima obezbjedila je i sa svoje strane tačno očuvanje onoga načela ljubavi i lične slobode, kojega je načela crkva glavni nosilac.⁹²

съ опредѣленіемъ въ причетники. 4) Временное запрещеніе въ священнослуженіи, безъ отрѣшенія отъ мѣста, но съ возложеніемъ эпитиміи въ монастырь или на мѣста. 5) Временное испытаніе въ архіерейскихъ домахъ и монастыряхъ. 6) Отрѣшеніе отъ мѣста. 7) Исключеніе за штатъ. 8) Усугубленіе надзора. 9) Пеня и денежное взыскаііе. 10) Поклоны. 11) Строгий или простой выговоръ. 12) Замѣчаніе (Уставъ дух. консисторій 9. апрѣля 1883. ст. 176). У *bugarskom* egzarhatu: 1) Бѣлъжка. 2) Мъреніе. 3) Глоба. 4) Аргосваніе. 5) Граниченіе въ монастырь. 6) Лишеніе отъ офіки. 7) Прѣставаніе отъ длѣжностъ. 8) Низверженіе. 9) Отлученіе на случаитѣ, предвиденіе отъ церковнитѣ правила. 10) Заплащаніе въ двоємъ размѣрѣ количеството, взето по вече отъ опредѣлѣната такса за извършаніе свещенитѣ трѣби (Чл. 165. егзархијског устава 13. јанв. 1895). У *karlovačkoj* mitropoliji: 1) Опомена. 2) Укор. 3) Privremena zabrana sveštenodjeјstva. 4) Privremeno odlučenje od mjesta službe. 5) Gubitak crkvenog odličija. 6) Gubitak mjesta službe. 7) Konačna zabrana sveštenodjeјstva. 8) Lišenje čina. 9) Anatema (§§. 84–86. disciplin. pravila od 5. marta 1900).

⁸⁹ Cod. Theodos. de episcopis. XVI, 2. Nov. Justin. 83, 123.

⁹⁰ Na prim. Disciplinarna pravila za *karlovačku* mitropoliju bila su odobrena carskom odlukom 5. marta 1900. Za *Srbiju* Zakon 27. aprila 1890. Za *Rusiju* čl. 210–217. t. XIV Уст. о пред. и пресѣч. прест., izd. 1860.

⁹¹ Na prim. za *Austriju* vidi §. 27. kan. 7. maja 1874, koji ako je i izdan za rimokatoličku crkvu, ali na osnovu 15. čl. zakona 21. dec. 1867. (a ispredi naredbe 20. juna i 13. oktobra 1781. i 24. januara 1850) važi i za pravoslavnu crkvu; za *Rusiju* ukaz 16. aprila 1819; za *Rumuniju* zakon 13. maja 1868; za *Grčku* zakon 22. juna 1853; za *Srbiju* ministarski raspis 6. marta 1863. br. 673.

⁹² Isporedi za *Austriju* otpis ministarstva bogočasti 7. juna 1869. u pogledu načina izvršenja onih odluka crkv. sudova, koje nalažu sveštenim licima kaznu zatvora u mjestima, koja stoje pod nadzorom crkvene vlasti (geistliche Correcti-onanstalt), i slični otpis ministara bogočasti, pravde i unutrašnjih poslova od 7. avgusta iste godine. Za *Srbiju* vidi ministarski raspis svima konsistorijama od 22. dec. 1869. br. 6065, ako bi manastirski starješina nečovječno postupao sa sveštenim licima, koja su na zatvor osuđena.

c) *Nalaganje kâzna*

Pri nalaganju kâzna ima nekoliko kanoničkih propisa, na koje su dužni crkveni sudovi da obraćaju pažnju, kako bi presuda njihova odgovarala duhu hrišćanstva i bila slobodna od svega, što bi moglo baciti sjenku podozrenja na pravičnost njezinu. Ako svjetovni sudija, da može pravičan sud izreći, mora da se osvrće marljivo na pobude, koje su izazvali nekoga na prijestup i da ispita sve okolnosti, pri kojima je prijestup izvršen bio, to je tijekom više obavezan osvrutati se na ovo duhovni sudija, koji je pozvan, da u ime Boga vrši pravdu u crkvi.

1. Pobud prijestupa, to je glavno što se mora izimati u obzir pri nalaganju kazne. Čim je taj pobud hrđaviji i pokazuje, da je neko hotimično htio da izvrši neki prijestup, tijekom i kazna mora biti teža; i obratno, ako se dokaže, da je neko, po neznanju zakona, nehotimično ili nerazmišljeno, učinio prijestup, tada i kazna mora blažija biti i sudija snishodljiviji u presudi.⁹³ Isto tako u obzir se moraju uzimati i uzroci, zbog kojih je jedan prijestup izvršen; te ako je neko silom fizičkom prinuđen bio da učini nešto, što je protivno zakonima crkve, u takvom slučaju kanoni oslobađaju dotičnoga od svake odgovornosti;⁹⁴ je li pak samo moralna sila po srijedi, tada ga već od te odgovornosti kanoni ne oslobađaju, pošto hrišćanin nije dužan pokoriti se ničijoj zapovijedi, kad traže od njega, da učini nešto, što se protivi božjem ili crkvenom zakonu.⁹⁵ Važan značaj pri nalaganju kazne ima i to, kakav je bio život dotičnoga prije nego što je učinio neki prijestup; te ako je taj život njegov bio primjeran, tada i učinjeni prijestup može biti protumačen slučajnim okolnostima, koje su ga izazvale, i prema tome kazna blažija; i obratno, ako je dokazano, da je dotični rasputno živio, da učinjeni njim prijestup nije drugo nego proizvod njegove opće moralne pokvarenosti, tad i kazna mora biti strožija, i težiti, koliko da kazni sami prijestup, toliko i da preduredi novi prijestup.⁹⁶

2. Pri nalaganju kazne svagda se prikazuju neke okolnosti, koje mogu ili ublažiti krivicu, ili otešćati je. Ublažice krivicu: *a)* ako je dotični sam prizna i očituje, prije nego što ga sudija izobličí⁹⁷ i *b)* ako poslije prijestupa, krivac po svome ličnome pobudu učini neko dobro, koje je protupoložno učinjenom prijestupu i tijekom ga tako reći sam zagladi.⁹⁸ Otešćaće pak krivicu, kad se opazi kod krivca da je uporan u zlu i da nije voljan pokajati se za ono, što je učinio,⁹⁹ dalje, kad prijestup po sebi i po svojim posljedicama nanosi zla općem

⁹³ Isporedi na prim. u pitanju apostasije kanone: ankir. 6, Vasil. vel. 64, 73, 81, 82.

⁹⁴ Ispor. 1 vas. kan. 10, ankir. kan. 3.

⁹⁵ Ispor. prvodr. sabora kan. 8, 9, Petra aleks. kan. 6, 7.

⁹⁶ Ispor. ankir. 5.

⁹⁷ Grigor. neok. kan. 4.

⁹⁸ Ankir. 1, 2, Vasil. vel. 38.

⁹⁹ I vas. 12, trul. 102, neokes. 3, Vas. vel. 3, 74. i dr.

životu crkve i prijeti zarazom mnogim drugim članovima crkve,¹⁰⁰ i najposlije, kad je prijestup učinjen od takvoga lica, koje bi moralo po položaju svome u crkvi da služi za druge ugledom vrline i primjerom tačnoga vršenja zakona.¹⁰¹

3. Prema etičkoj cijelji, kojoj teži kazneno pravo u crkvi, kanoni propisuju, da svaka kazna koju crkveni sud za nekoga naloži, mora imati opći značaj i obveznu snagu za svu crkvu, te dakle, koji je učinio neki prijestup i naložena mu bila za taj prijestup odnosna kazna u jednoj epariji, tu kaznu moraju uvažavati sve ostale eparhije pravoslavnoga svijeta, niti jedna pomjesna crkva smije primiti u svoju zajednicu jedno svešteno lice, koje je zakonitim sudom odlučeno bilo ili svrgnuto u drugoj pomjesnoj crkvi.¹⁰² Radi ovoga u crkveno-sudskoj praksi mi nalazimo, da presude jedne crkve protivu većih prijestupa saopćavale su se svima crkvama, kako bi svima poznata bila ista presuda, i kako bi shodno toj presudi postupale i one naspram dotičnih prestupnika. Ovo se radilo i mora se raditi kroz odnosne poslanice, koje jedan episkop šalje ostalim episkopima, ili sabor jedne crkve kroz okružne poslanice svima crkvama.¹⁰³ Radi ovoga istoga, kanonički je ustanovljeno izdavanje naročitih pismenih svjedodžaba od strane dotičnog episkopa svima sveštenim licima, a i svjetovnjacima, koji pođu u oblast drugog episkopa, u kojima se svjedodžbama potvrđuje, da je dotični pravoslavne vjere i da se hrišćanski vlada, a posebno, ako je svešteno lice, da nije pod zabranom sveštenodjeystvovanja, a ako je svjetovnjak, da nije odlučen od pričesća, i da može slobodno stupiti u klir ako to zaželi.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Ap. 45, 55, 56.

¹⁰¹ Ap. 42, 43.

¹⁰² Kartag. 105, Vas. vel. 88. i dr.

¹⁰³ O svrgnuću Arija u Socrat. hist. eccl. I, 6, 9.

¹⁰⁴ Vidi o ovim svjedodžbama u mome tumačenju 11. kanona IV vas. sabora. Pravila. I, 357.

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