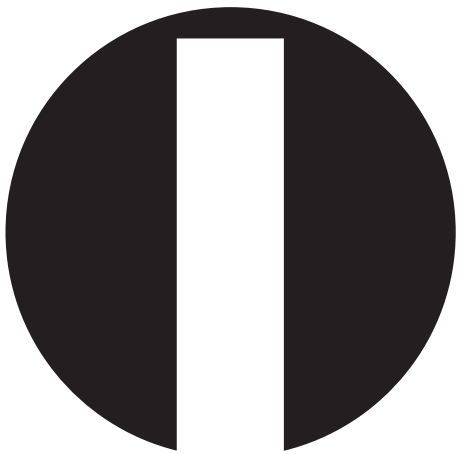
UDK 340.137 | ISSN 2334-6566



2017
HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: *Christa Jessel-Holst (Maks Plank Institut, Hamburg, Nemačka)*

Urednici: *Mirjana Radović, Milena Đorđević, Nenad Tešić*

Uređivački odbor: *Vanja Bajović, Slavko Đorđević, Hano Ernst, Lazar Jovevski, Balša Kašćelan, Svetislav Kostić, Snežana Marković, Zlatan Meškić, Bojan Milisavljević, Emilia Mišćenić, Nataša Petrović Tomić, Stefan Pürner, Vuk Radović, Angel Ristov, Marko Stanković, Nenad Vujić, Vladimir Vuletić*

Međunarodni naučni savet: *Bettina Mia Bujnakova (Nemačka), Nataša Hadžimanović (Švajcarska), Tatjana Josipović (Hrvatska), Florian Grisel (Francuska), Rainer Kulms (Nemačka), Eugenia Kurzynsky-Singer (Nemačka), Damjan Možina (Slovenija), Yuko Nishitani (Japan), Meliha Povlakić (Bosna i Hercegovina), Oliver Remien (Nemačka), Hannes Rösler (Nemačka)*

Sekretar: *Filip Bojić*

Izdavač: *Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Beograd, www.harmonius.org*

Dizajn: *Peđa Hadžimanović*

Štampa: *Dosije studio, Beograd*

Tiraž: *200*

Godina: *VI, br. 2017, izlazi jednom godišnje*

HARMONIUS | Akademija za pravne studije

in cooperation with:

Gefördert durch:

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

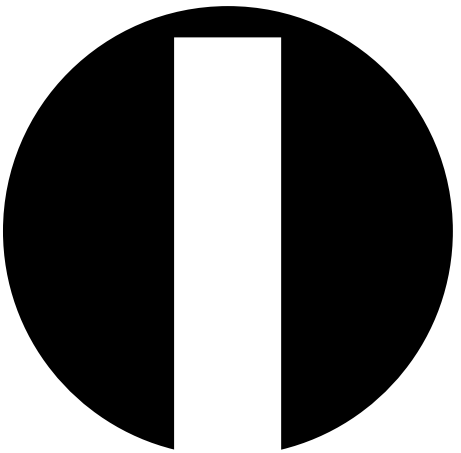
aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR INTERNATIONALE RECHTLICHE ZUSAMMENARBEIT E.V.

IRZ

www.harmonius.org

HARMONIUS
Journal of Legal and Social Studies in South East Europe



2017

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

2017 • HARMONIUS • Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: Christa Jessel-Holst (Max-Planck Institut, Hamburg, Nemačka)

Urednici: Mirjana Radović, Milena Đorđević, Nenad Tešić

Uređivački odbor: Vanja Bajović, Slavko Đorđević, Hano Ernst, Lazar Jovevski, Balša Kašćelan, Svetislav Kostić, Snežana Marković, Zlatan Meškić, Bojan Milisavljević, Emilia Mišćenić, Nataša Petrović Tomić, Stefan Pürner, Vuk Radović, Angel Ristov, Marko Stanković, Nenad Vujić, Vladimir Vuletić

Međunarodni naučni savet: Bettina Mia Bujnakova (Nemačka), Nataša Hadžimanović (Švajcarska), Tatjana Josipović (Hrvatska), Florian Grisel (Francuska), Rainer Kulms (Nemačka), Eugenia Kurzynsky-Singer (Nemačka), Damjan Možina (Slovenija), Yuko Nishitani (Japan), Meliha Povlakić (Bosna i Hercegovina), Oliver Remien (Nemačka), Hannes Rösler (Nemačka)

Sekretar: Filip Bojić

Izdavač: Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v,
11000 Beograd, *www.harmonius.org*

Dizajn: Peđa Hadžimanović

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

Tiraž: 200 primeraka

ISSN 2334-6566

Godina: VI, br. 2017, izlazi jednom godišnje

SADRŽAJ

EDITORIAL NOTE 11

PREFACE BY THE IRZ 13

NAUČNI ČLANCI I RASPRAVE

Milica Arsić
NORME NEPOSREDNE PRIMENE U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI 17

Bojana Babić
PROBIJANJE PRAVNE LIČNOSTI U PRAKSI IKSID ARBITRAŽE 34

Dejan Bodul
REFLEKSIJE O NEKIM HRVATSKIM MODELIMA DEJUDICIJALIZACIJE 56

Mirza Čaušević
DOKTRINA HUMANITARNE INTERVENCIJE U MEĐUNARODNOM (JAVNOM) PRAVU 71

Sanja Grbić
NEZAVISNOST I NEPRISTRANOST SUDOVA PREMA ČLANKU 6 EUROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA: TEMELJNO PRAVNO NAČELO 94

Svetislav V. Kostić, Miloš Milošević
OPOREZIVANJE DOHOTKA SPORTISTA I ESTRADNIH UMETNIKA U SRPSKOM I MEĐUNARODNOM UGOVORNOM PORESKOM PRAVU 108

Damjan Možina
NAKNADA ŠTETE ZBOG DISKRIMINACIJE I ZLOSTAVLJANJA NA RADNOM MESTU 127

Nikola Paunović
PRINUDNO ZAKLJUČENJE BRAKA – NOVO KRIVIČNO DELO I MOGUĆA SPORNA PITANJA U BUDUĆOJ PRAKSI 148

Nataša Petrović Tomić, Miloš Radovanović
PORAVNANJE O NAKNADI ŠTETE IZ SREDSTAVA GARANTNOG FONDA 170

Marko Stanković
BOSNA I HERCEGOVINA I USTAVNO SUDSTVO 193

Dražen Štrbac
IUS RETENTIONIS U PRAVNOJ NAUCI I SUDSKOJ PRAKSI 208

Ivan Todorović
ZABRANA KONKURENCIJE U KOMPANIJSKOM PRAVU . . . 238

Ilija Vukčević
USTAVNI PRINCIP ZAKONITOSTI POREZA I PORESKE OLAKŠICE: DA LI JE USTANOVLJAVANJE PORESKIH OLAKŠICA NA OSNOVU PODZAKONSKIH AKATA U PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE SUPROTNO USTAVU? . . 253

Igor Vuletić, Tunjica Petrašević
EUROPSKI UHIDBENI NALOG NAKON PRESUDE EUROPSKOG SUDA *ARANYOSI I CĂLDĂRARU* 269

Lidija Živković
POSTUPAK ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA U PORESKIM STVARIMA U SVETLU *BEPS* AKCIONOG PLANA 286

PRILOZI

Nemanja Ćurčić
IMENOVANJA ARBITRA U VIŠESTRANAČKOJ ARBITRAŽI 305

Sanja Gongeta
FAKTORING – IZVOR FINANCIRANJA POSLOVANJA MALIH I SREDNJIH PODUZEĆA 315

Lazar Jovevski
PITANJE TRGOVINE LJUDIMA U SVRHU RADNE EKSPLOATACIJE U REPUBLICI MAKEDONIJI 326

Kevin Rihtar
IZVRŠENJE NA NEPOKRETNOSTI ZBOG MINORNOG DUGA: PREDMET VASKRSIĆ 343

Katarina Tomić
VIŠESTEPENE KLAUZULE: DOBRE I LOŠE STRANE..... 360

MEĐUNARODNA SARADNJA

Stefan Pürner
PROBLEM POMIRENJA SA PROŠLOŠĆU ("*VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*") U KONTEKSTU AKTIVNOSTI IRZ-A U JUGOISTOČNOJ EVROPI..... 373

UPUTSTVO ZA AUTORE..... 389

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 393

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL NOTE 11

PREFACE BY THE IRZ 13

ARTICLES

Milica Arsić
MANDATORY RULES OF LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION 17

Bojana Babić
PIERCING THE CORPORATE VEIL IN ICSID ARBITRATION 34

Dejan Bodul
ON THE TOPIC OF A FEW CROATIAN MODELS OF DEJUDICIJALIZATION 56

Mirza Čaušević
DOCTRINE OF HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL (PUBLIC) LAW 71

Sanja Grbić
INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF TRIBUNALS ACCORDING TO ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF LAW 94

Svetislav V. Kostić, Miloš Milošević
THE TAXATION OF INCOME OF ATHLETES AND ARTISTS IN SERBIAN AND INTERNATIONAL TAX TREATY LAW 108

Damjan Možina
COMPENSATION FOR DISCRIMINATION AND HARASSMENT IN THE WORKPLACE 127

Nikola Paunović
FORCED MARRIAGE – NEW CRIMINAL OFFENSE AND POTENTIAL CONTROVERSIAL ISSUES IN FUTURE CASE LAW 148

Nataša Petrović Tomić, Miloš Radovanović
COMPENSATION CLAIMS SETTLEMENT FROM THE GUARANTEE FUND 170

Marko Stanković
BOSNIA AND HERZEGOVINA AND CONSTITUTIONAL REVIEW 193

Dražen Štrbac
IUS RETENTIONIS IN JURISPRUDENCE AND LEGAL PRACTICE 208

Ivan Todorović
DUTY NOT TO COMPETE IN THE COMPANY LAW 238

Ilija Vukčević
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF LEGALITY OF TAXES AND TAX RELIEFS: IS THE ESTABLISHMENT OF TAX RELIEFS ON THE BASIS OF SECONDARY LEGISLATION IN THE MONTENEGRIN LEGAL SYSTEM CONTRARY TO THE CONSTITUTION? 253

Igor Vuletić, Tunjica Petrašević
EUROPEAN ARREST WARRANT AFTER THE DECISION *ARANYOSI AND CĂLDĂRARU* 269

Lidija Živković
MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE IN THE LIGHT OF THE BEPS ACTION PLAN 286

CONTRIBUTIONS

Nemanja Ćurčić
APPOINTMENT OF ARBITRATORS IN MULTIPARTY ARBITRATION 305

Sanja Gongeta
FACTORING – INSTRUMENT FOR FINANCING SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES 315

Lazar Jovevski
THE ISSUE OF TRAFFICKING FOR THE PURPOSES OF LABOUR EXPLOITATION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA 326

Kevin Rihtar
ENFORCEMENT AGAINST REAL ESTATE OVER A MINOR DEBT: THE VASKRSIĆ CASE 343

Katarina Tomić
MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES: BENEFITS AND DRAWBACKS 360

INTERNATIONAL COOPERATION

Stefan Pürner
THE ISSUE OF COMING TO TERMS WITH THE PAST ("*VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*") IN THE CONTEXT OF IRZ'S WORK IN SOUTH-EAST EUROPE 373

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN SERBIAN 389

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN ENGLISH 393

EDITORIAL NOTE

The Harmonius Editorial Board is proud to present the latest issue of Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe 2017. This journal aims at fostering and promoting harmonization of law in the SEE region with EU law and with general principles of international law, whilst providing a forum for the exchange of ideas and scholarly work of young scholars from the region and beyond. In accordance with the mission of the journal, as well as the main objectives of the Harmonius association, this issue of the journal features fifteen articles and five contributions on important topics, all of which will be presented at the international Conference "Ako čoveku oduzmete prava, on prestaje biti čovečan - Ako uskratite sudiji nezavisnost, on prestaje biti pravičan / If you deny the right of the individual, (s)he ceases to be a human being - If you take away the independence of the judge, (s)he ceases to be trustworthy", with participation of professors and young scholars from Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia. This Conference is organized by the Harmonius Association in cooperation with the Judicial Academy and takes place in Belgrade (Serbia) on December 1th, 2017. Last but not least, the section on international cooperation includes an important article by the IRZ on its contribution to the legal harmonization in the region.

Members of the Editorial Board are particularly grateful to the IRZ – *Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*, for the continuous support to the publication of this journal. We are also indebted to the distinguished professors and scholars who, despite their busy schedules, accepted to review the articles submitted for this issue. In adition to that, the Editorial Board wishes to thank all the contributors without whom the publication of this issue would not have been possible. We believe that the contributions to this issue will be of ample interest to the wide-ranging public in South East Europe. We also

hope that this issue will enhance interest in publishing in this journal in the future, and that it will continue to attract authors from numerous jurisdictions, thus leading to the full accomplishment of our mission.

Editors

PREFACE BY THE IRZ

The German Foundation for international legal Cooperation (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*, shortly *IRZ*) is once again supporting this edition of the journal "HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South-East Europe". This way it would like to contribute to giving young lawyers from the region, who are particularly interested in the harmonisation of the law of their home countries with European law and in regional cooperation, the opportunity to publish articles. In doing so, they will improve their personal qualifications and at the same time make a contribution to extending the knowledge about European law as well as to the expert exchange between lawyers from their home countries and other European countries.

The publication is already the 6th volume of the journal. Like in the past, it covers a wide range of topics related to European law, legal harmonisation and international best practices in law. The focus of the articles in this edition is on civil law. This emphasises the growing importance of this filed of law in the European harmonization not only of the EU member states but also states which prepare the membership or which due to pragmatic reasons take over European standards with aiming at a future EU membership.

The IRZ would also like to thank the HARMONIUS Network as a whole for the excellent cooperation in every respect. Furthermore, the IRZ would especially like to thank the German Federal Ministry of Justice and for Consumer Protection and the German Foreign Ministry, which support the activities of the IRZ in various ways. Without this funding a cooperation like this would not be possible. The ongoing support of initiatives such as HARMONIUS from the federal government budget (and thus from the German taxpayers' contributions) shows that Germany is strongly involved in the region of South-East Europe, with which it has traditionally maintained manifold relations. (Other examples of IRZ's activities in the field of legal publications in the region may be found on the Internet under

http://www.kontinentalno-pravo.info/, *www.evropsko-pravo.info*, *http://nova-pravna-revija.info/* and *www.antidiskriminacija.info*. In addition to that, the two legal journals coedited by IRZ "Nova Pravna Revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" (shortly; NPR) and "Европско право" (shortly EP) may be downloaded from HARMONIUS webpage *www.harmonius.org*). Moreover a big number of German Laws and otherwise interesting legal information translated in the languages of the region may be found in the download section of IRZ's webpage under "Publikacije i pr(ij)evodi na bosanski, crnogorski, hrvatski i srpski".

The signatory also wishes to express, once again, his sincere thanks to Mr. Dana Trajčev-Božić who has organised the cooperation with HARMONIUS in her function as IRZ Project Manager in a very competent and dedicated way.

For those who are interested in finding out more about the activities of the IRZ, please read the article "The issue of coming to terms with the past ("*Vergangenheitsbewältigung*") in the context of IRZ's work in South-East Europe" in this journal. Further information about the IRZ in English but also in German, Russian and Arabic, is available at *www.irz.de*. This website also posts regular announcements of current events and other activities of the IRZ in South-East Europe as well as other states.

Dr. Stefan Pürner, Attorney at Law
Head of Section for "South-East Europe I"
(Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia)
at the IRZ

NAUČNI ČLANCI
I RASPRAVE

UDK 341.63:339.5

*Milica Arsić, LL.M.**

NORME NEPOSREDNE PRIMENE U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI

U ovom radu autor analizira ključne faktore koji utiču na primenu normi neposredne primene u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Predmet ispitivanja naročito je legitimnost očekivanja arbitražnih stranaka i karakter interesa koji se štite ovim propisima, uz poseban osvrt na posledice postupka kontrole arbitražne odluke i domet određenih vrednosti koje su se uzdigle kao principi međunarodnog javnog poretka. Autor zaključuje da činjenica da su stranke izabrale lex causae sama po sebi ne oduzima arbitrima nadležnost da primene norme trećih zemalja, ali da konačan odgovor pre svega zavisi od posledica koje bi primena ili odbijanje primene imale na širu zajednicu.

Ključne reči: *Međunarodna trgovinska arbitraža. – Norme neposredne primene. – Autonomija volje arbitražnih stranaka. – Kontrola arbitražne odluke. – Međunarodni javni poredak.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Međunarodna trgovinska arbitraža je poželjan metod rešavanja sporova sa elementom inostranosti u poslovnoj zajednici, ali i poprište bitke suprotstavljenih stavova o sadržaju i dometu većine njenih instituta. Jedan od najkompleksnijih zadataka pred arbitre postavlja problematika normi neposredne primene (*mandatory rules, lois d'application immediate/lois de police*, *Eingriffsnormen*) koje pretenduju da budu primenjene nezavisno od merodavnog prava. Ovi propisi deluju bez kon-

* Autor je master prava i advokatski pripravnik u advokatskoj kancelariji NKO Partners, *marsic@nko-law.com*. Članak je zasnovan na rezultatu istraživanja prilikom izrade master rada na temu '*Arbitraža i norme neposredne primene*' koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 7. septembra 2017. godine pred komisijom koju su činili mentor prof. dr Vladimir Pavić i doc. dr Milena Đorđević.

sultovanja kolizione tehnike, sami određujući situaciju u kojoj zahtevaju da im se pruži prednost i mogu imati veoma različite pojavne oblike, od carinskih i antimonopolskih propisa do krivičnog zakonodavstva i normi kojima se štiti životna sredina.

Dok sudije suočene sa normama neposredne primene problemu pristupaju kroz prizmu pravnog sistema kome pripadaju, uvek polazeći od sadržaja *lex fori*, ovakav model se ne može preslikati na arbitražno odlučivanje. Ne samo da se arbitri ne mogu poistovetiti sa sudijama, već ne bi trebalo ispustiti iz vida ni činjenicu da su arbitraži sve norme neposredne primene na izvestan način strane. Arbitri se svakako mogu voditi kriterijumima izraženim u zavidnom broju nacionalnih i međunarodnih akata i iskristalisanim u sudskoj praksi, pre svega ispitivanjem bliskosti veze određene norme i spornog odnosa, kao i prirode i cilja kojem norma teži, ali odluku o sudbini konkretne norme ne mogu doneti oslonivši se isključivo na predočene faktore.

Da li i kada treba dati prednost određenom propisu ovog karaktera zavisi od shvatanja kakva je priroda položaja arbitra i koje su to dužnosti koje on ne sme zanemariti. U ovoj areni uvek se kao suštinsko pojavljuje pitanje dokle se može ići, a da arbitraža i dalje ostane vid pravnog odlučivanja.

2. NADLEŽNOST ZA PRIMENU

Primat autonomije volje stranaka je taj činilac koji arbitra postavlja u posebnu poziciju prilikom razmatranja problematike normi neposredne primene. Arbitri imaju manje-više odrešene ruke da odluče o sudbini norme neposredne primene ukoliko su im stranke prepustile izbor merodavnog prava. Međutim, ukoliko su stranke izabrale *lex causae*, može nastati konflikt između njihovih očekivanja i interesa koje štite norme koje pretenduju da budu primenjene. Dakle, srž problema koji norme neposredne primene predstavljaju jeste pitanje da li treba primeniti propise koji ne pripadaju pravu koje su strane izabrale kao merodavno za razrešenje spornog odnosa.

Arbitri nisu personifikacija državnih organa, već ovlašćenje crpe iz arbitražnog sporazuma, tako da prekoračenje granica njihovog mandata može povući ozbiljne posledice. U skladu sa relevantnim propisima, ovakva povreda predstavlja jedan od osnova za poništaj arbitražne

odluke u zemlji sedišta arbitraže,[1] odnosno razlog za odbijanje njenog priznanja i izvršenja.[2] Najpoznatiji slučaj koji se navodi kao klasičan primer greške načinjene prilikom primene normi neposredne primene[3] jeste nesumnjivo *Hilmarton*[4] koji je naknadnu slavu zaslužio i brojnim komplikacijama koje su se ticale priznanja odluke koja je poništena u državi sedišta.

Francuska kompanija OTV angažovala je englesku kompaniju Hilmarton za pružanje pravnih i poreskih saveta i koordinaciju administrativnih pitanja u cilju pribavljanja koncesije u Alžiru. Kada je došlo do spora u vezi sa isplatom ugovorene naknade, arbitar je proučavanjem podnetih dokaza došao do zaključka da je Hilmarton prikupljao poverljive informacije delujući suprotno alžirskom pravu koje zabranjuje posredovanje i to služeći se koruptivnim radnjama. Proglasio je ugovor ništavim zbog nepoštovanja norme neposredne primene Alžira, a time i člana 20(1) švajcarskog Zakona o obligacionim odnosima.[5] Međutim, sud u Ženevi poništio je ovako donetu odluku proglasivši je arbitrarnom i zauzeo stav da za razliku od korupcije, korišćenje posrednika nije suprotno švajcarskom pravu koje je jedino merodavno za razrešenje spora.[6]

'Neuspeh' normi neposredne primene u slučaju *Hilmarton* donekle se može pripisati načinu na koji je odluka obrazložena. Arbitar se oslanjao na odredbu švajcarskog ZOO koja propisuje da je ugovor protivpravan ukoliko je suprotan švajcarskom pravu. Kako bi ispitao postojanje protivpravnosti okrenuo se cilju sa kojim je doneta norma neposredne primene alžirskog prava, a to je sprečavanje trgovine uti-

1 Član 34(2)(a)(iii) UNCITRAL Model zakona – MZ; član 58(3) Zakona o arbitraži – ZA, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

2 Član V(1)(c) Konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka – NYC; član 66(3) ZA.

3 J. Savage, E. Gaillard, „Part 5: The Law Applicable to the Merits of the Dispute", *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (eds. J. Savage, E. Gaillard), Kluwer Law International, The Hague 1999, 853.

4 ICC Award No. 5622, Yearbook Commercial Arbitration Vol. IX, Kluwer Law International 1994, 105.

5 Vid. obrazloženje dato na strani 112 Odluke.

6 Odluka suda u Ženevi od dana 17 novembra 1989. godine, Yearbook Commercial Arbitration Vol. XIX (1994), 214. Konačno potvrđeno Odlukom Vrhovnog suda Švajcarske *Hilmarton Ltd (UK) v Omnium de Traitementet de Valorisation – OTV (France)*, Yearbook Commercial Arbitration Vol. XX, 663.

cajem, dodatno se pozivajući na činjenicu da *'mnoge evropske države dele ovaj interes i donele su posebne antikorupcijske propise'*.[7] Konačni zaključak arbitra bio je da je postupanje koje je ilegalno prema normi koja reflektuje vrednosti međunarodnog pravnog poretka automatski suprotno i odredbama švajcarskog prava. Dakle, arbitar nije oglasio ugovor ništavim primenivši normu neposredne primene, već je istu iskoristio samo za kvalifikaciju postupanja stranaka, uz usputno pozivanje na međunarodnu borbu protiv korupcije. Zabrana posredovanja u Alžiru zaista jeste doneta u cilju sprečavanja korupcije, ali takva norma sama po sebi ne odražava univerzalno prihvaćen moralni princip. Optirajući za preterano komplikovan pristup u pokušaju da svoj izbor opravda, arbitar je postigao upravo suprotno.

Mogućnost prekoračenja mandata nikako ne bi trebalo poistovetiti sa isključenjem primene normi neposredne primene trećih zemalja u arbitraži. Naprotiv, nijedan relevantan izvor u predmetnoj materiji ne zabranjuje eksplicitno primenu ovih normi. Tako UNIDROIT Načela potvrđuju načelnu mogućnost njihove primene.[8] Izričito ovlašćenje arbitra da u slučaju postojanja bliske veze primeni norme koje pripadaju drugom pravu, a ne onom koje su stranke odredile takođe je potvrđeno stavom radne grupe ICC u vidu dve alternativne formulacije.[9]

Pitanje koje se vezuje za postojanje nadležnosti arbitara jeste da li je arbitar ovlašćen da samoinicijativno uzme u razmatranje mogućnost primene određene norme ukoliko se nijedna stranka nije pozvala na nju. Mišljenja su podeljena, tako da pojedini autori smatraju da se

7 Iz obrazloženja arbitražne odluke, 32.

8 Relevantni član 1.4 UNIDROIT Načela glasi: *„Nijedna odredba ovih pravila ne ograničava primenu imperativnih normi nezavisno od njihovog nacionalnog, međunarodnog ili nadnacionalnog karaktera, a koja se imaju primeniti u skladu sa relevantnim propisima međunarodnog privatnog prava.*" U nekoliko slučajeva u praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije zauzet je stav da se pod određenim uslovima i same odredbe Bečke konvencije mogu smatrati normama neposredne primene, mada je ovo tumačenje veoma sporno: V. Pavić, M. Đorđević, „Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije", *Pravo i privreda*, 5–8/2008, 575–576.

9 *The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*, The Institute of International Law, Session of Basel, Seventh Commission 1991, *http://justitiaetpace.org/resolutions_alpha.php?alpha=c&word=contract*, čl. 9.

stranka mora izričito pozvati na određenu normu,[10] dok drugi tvrde da tribunal ima slobodu da *ex officio* ispita da li postoji osnov da se primeni norma neposredne primene.[11]

Odluka za koju mnogi smatraju da je izvršila presudan uticaj na shvatanja u ovom domenu[12] doneta je u sporu *Mitsubishi Motors Corporation vs. Soler Chrysler-Plymouth*.[13] Potvrđujući arbitrabilnost materije zaštite konkurencije,[14] Sud se dotakao i teme normi neposredne primene uopšte, potvrdivši postojanje dužnosti arbitra da ispita pravo koje je adekvatno za razmatranje zahteva u slučaju kada se stranka poziva na postojanje određenih prava i obaveza.[15]

Ono što bi trebalo zaključiti jeste da arbitri svakako imaju *pravo*, ali ne i *obavezu* da primene norme neposredne primene. Da li će do primene određene norme na kraju zaista i doći zavisi od toga kojoj će se strani arbitri prikloniti nakon analize očekivanja stranaka i kvaliteta objekta koji predmetna norma štiti.

3. PITANJE LEGITIMNIH OČEKIVANJA STRANAKA

U praksi se odbijanje primene određene norme po pravilu pravda neispunjenjem određenog objektivnog uslova,[16] najčešće neposto-

10 P. Mayer, „Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arbitration International* (ed. P. Sanders), Vol. 2, Oxford 1986, 138.

11 M. Blessing, „Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration,* 14(4), Kluwer Law International, The Hague 1997, 34.

12 G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2014, 952.

13 *Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985).

14 Za detaljnu analizu i uticaj ove odluke videti D. F. Donovan, A. Greenawalt, „Chapter 1: Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators", *Pervasive Problems in International Arbitration* (eds. J. D. M. Lew, L. A. Mistelis), Vol. 15, Kluwer Law International, The Hague 2006.

15 J. Waincymer, „International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law", *Asian International Arbitration Journal,* Vol. 5(1), Kluwer Law International, The Hague 2009, 20–21.

16 Y. Derains, „Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice* (ed. P. Sanders), ICCA Con-

janjem dovoljno bliske veze između pomenute norme i odnosa koji je predmet spora. Međutim, ističe se da se iza ovakvog obrazloženja često krije drugi princip kojim se arbitri zapravo najviše vode kada su suočeni sa problematikom normi neposredne primene, a to je potreba da se izađe u susret očekivanjima stranaka.[17] Moguće je razlikovati dve relevantne situacije u slučaju kada su stranke načinile izbor *lex causae.*

Prvo, pitanje legitimnih očekivanja stranaka se najčešće postavlja kada volja stranaka nije izričito izražena u pogledu određenog pitanja.[18] Ovakva situacija podrazumeva da su stranke zauzele neutralan stav u odnosu na primenu određene norme ili, preciznije – da nisu uopšte zauzele stav. Analiza šta zapravo stranke očekuju se u ovom slučaju vrši radi utvrđivanja da li postoji implicitno ovlašćenje na primenu normi van *lex causae.* Pozitivan ishod bi značajno olakšao položaj arbitra koji bi onda samo trebalo da proveri da li su opšti uslovi za primenu norme ispunjeni.

Postavlja se pitanje šta učiniti kada stranke otvoreno izbegavaju primenu određenog prava u slučaju kada arbitar smatra da su svi ostali faktori za primenu određene norme zadovoljeni. U ovakvoj konstelaciji neki autori rešenje vide u odbijanju arbitra da prihvati mandat, dok mogućnost rešavanja protivno volji stranaka ne podržavaju.[19] Naravno da je izbegavanje *receptum arbitri* jedan od mogućih izbora, ali stvara polarizaciju u pristupu rešavanja problema, tako da bi se sa jedne strane nalazili arbitri nedovoljno hrabri da se upuste u razmatranje ovog pitanja, a sa druge oni koji bi slepo pratili uputstva koja su im data.

Mišljenja smo da je stav po kome je arbitru zabranjeno da protivno volji stranaka uopšte razmotri pitanje norme neposredne primene opasno blizu dogme. Ne sme se zaboraviti da i ako su očekivanja stranaka možda najznačajniji element u arbitraži, nisu u isto vreme i jedini. Pravičnost bi bila postignuta kada bi se svim elementima koji utiču na odnos između stranaka poklonila određena pažnja. Zato je

gress Series (Vol. 3), Kluwer Law International, The Hague 1987, 248; videti npr. odluku od 11. januara 1982. godine Arbitraže Amsterdamske asocijacije za trgovinu žitaricama, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VIII, 1983.

17 A. Barraclough, J. Waincymer, „Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, Volume 6, 2005, 29; Y. Derains, *ibid*., 253.

18 Y. Derains, *ibid*., 233.

19 A. Barraclough, J. Waincymer*, op. cit*., 31.

potrebno razviti kriterijume koji bi sprečili da arbitražna klauzula zajedno sa izborom merodavnog prava postane instrument za izbegavanje određenih imperativnih normi, a arbitri saučesnici stranaka u tom poduhvatu. Sprovedena analiza upućuje na zaključak da arbitri treba da postupe objektivno, a u skladu sa onim što bi stranke *trebalo* da očekuju, a ne sa njihovim stvarnim očekivanjima. Arbitar koji savesno obavlja svoj mandat svakako će se u nekom trenutku prilikom odlučivanja o primeni normi neposredne primene okrenuti i proceni očekivanja koja stranke imaju u konkretnom slučaju. Prilikom takvog ispitivanja bitno je utvrditi kakva su očekivanja stranaka po svojoj sadržini i da li su kao takva legitimna, jer upravo davanjem prednosti normama neposredne primene kada je to opravdano arbitri zaista deluju u interesu stranaka.

4. INTERESI KOJE DRŽAVA ŠTITI

Arbitri nesumnjivo moraju imati legitimna očekivanja stranaka u vidu, a postavlja se pitanje da li su dužni da pokažu određeni stepen lojalnosti prema državama. Ukoliko to jeste slučaj, potrebno je naći razlog koji je dovoljno ubedljiv da opravda postavljanje državnog interesa iznad autonomije stranaka.

Pozivajući se na ograničenost autonomije volje, pojedini autori navode da arbitražni sporazum ne može u apsolutnoj meri sprečiti primenu prava suverenih zemalja,[20] kao i da bi države jednostavno mogle da donesu propise kojim bi značajno suzile, ako ne i isključile arbitrabilnost određene materije.[21]

Odnos države i arbitraže je nesumnjivo kompleksan. Država pruža podršku arbitraži kao instituciji koja predstavlja izvor kako prihoda, tako i prestiža, a sa druge vrši određeni stepen kontrole u cilju poštovanja elementarne pravičnosti.[22] Države su potpisnice međunarodnih konvencija koje se odnose na arbitražu i same donose propise koji regulišu ovu materiju. Na osnovu tako donetih propisa države određuju koje sporove smatraju arbitrabilnim, ali i pružaju procesnu pomoć tokom trajanja arbitražnog postupka. Stranke su kreatori ovlašćenja koja je arbitrima dato, ali država je kontrolor ishoda te kreacije.

20 *Ibid.*, 22.

21 *Ibid.*, 10.

22 N. Blackaby *et al.*, „Chapter 3. Applicable Laws", *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)* (eds. N. Blackaby, J. M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern), Oxford University Press, 2015, 57–58.

Međutim, podjednako je tačno da arbitražni postupak ne bi trebalo upodobiti sudskom, niti arbitre proizvesti u sudije. Arbitraža jeste u vezi sa državom u odnosu koji se iskazuje kroz pružanje pomoći i vršenje ograničene kontrole, ali to ne znači da država *poseduje* arbitražu kao instituciju.

Kao jedna od opasnosti koje vrebaju ukoliko se zauzme preterano liberalni stav prema normama neposredne primene pominje se agresivno proširenje nacionalnih propisa država.[23] Međutim, ovaj argument je teško odbranjiv, imajući u vidu da države donose propise vodeći se kriterijumima koji se ne mogu zasnivati isključivo na statistici uvažavanja normi neposredne primene u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.

Takođe se ističe da sa usponom broja normi neposredne primene stranke neće biti u mogućnosti da se unapred upoznaju sa svim relevantnim normama koje mogu uticati na njihov odnos,[24] što je preporuka određenih instrukcija izdatih na međunarodnom nivou.[25] Sa druge strane, i ako se od stranaka očekuje da pokažu izvestan stepen pažnje kada stupaju u pravne relacije, ne bi trebalo da se primena normi zasniva na pitanju da li su stranke mogle predvideti njihovo dejstvo. Takav zahtev bi se mogao pokazati i kao nemoguć, npr. u slučaju donošenja norme sa *ex tunc* efektom.

Naravno, arbitri ne bi trebalo da nekritično primenjuju sve imperativne propise koji bi na to pretendovali. Intenzitet pretenzije na primenu i u arbitraži mora biti dovoljno snažan, što je najbolje iskazano rečima arbitra angažovanog na jednom od slučajeva koje je administrirao ICC: „*...Država koja pretenduje da se primene njeni propisi mora dokazati da ima jak i legitiman interes koji bi takvu primenu opravdao.*“[26]

---

23 Tzv. *state legal expansionism*. Za više o ovom stanovištu videti u A. Barraclough, J. Waincymer, *op. cit*., 9.

24 *Ibid*., 21.

25 Tako UNCITRAL Pravni vodič za izradu međunarodnih ugovora o industrijskoj izgradnji posebno savetuje ugovorne strane da već prilikom pregovora ispitaju postojanje i domet normi neposredne primene koje mogu uticati na ugovorni odnos: *UNCITRAL Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, (A/CN.9/SER.BI2), UN Publication, New York 1988, 18.

26 ICC Case No. 6320/1992, ICCA Yearbook XX 1995, 87; Yearbook Commercial Arbitration 1995 – Volume XX (ed. van den Berg); Jan 1995.

4.1. Kontrola arbitražne odluke

Radi rasvetljavanja nešto praktičnijih reperkusija koje nepoštovanje normi neposredne primene može imati, mnogi autori su se pragmatično okrenuli pitanju postupka poništaja i priznanja donete arbitražne odluke. Najpre, nezadovoljna stranka može zahtevati poništaj odluke u državi u kojoj se nalazi sedište arbitraže. Zatim, čak i odluka koja je 'preživela' postupak poništaja u državi porekla ne mora nužno biti priznata u zemlji u kojoj bi se tražilo njeno izvršenje.

Pitanje položaja normi koje pripadaju *lex arbitri* je specifično, jer se upliv sedišta arbitraže ne može poistovetiti sa uticajem *lex fori* u sudskom postupku. Zbog toga se primena ovog prava pravda nešto drugačijim razlozima, a takođe najčešće stavlja u isti rang sa normama neposredne primene 'trećih zemalja'.

Razlog zašto norme neposredne primene *lex arbitri* moraju biti uzete u obzir jeste njihova potencijalna karakterizacija kao dela javnog poretka ovog sistema.[27] Nacionalni propisi koji regulišu ovu materiju se veoma često oslanjaju na rešenja MZ koji propisuje da se odluka može poništiti iz razloga ugrožavanja javnog poretka države u kojoj se nalazi sedište arbitraže, a koje sud ceni po službenoj dužnosti.[28]

Naravno, zbog prirode odnosa arbitraže i njenog sedišta koji se po pravilu zasniva na neutralnosti, moguće je da intenzitet sa kojim pravo *lex arbitri* želi da bude primenjeno neće biti dovoljno jak. Zapravo, u velikom broju slučajeva norme neposredne primene države sedišta će zaista i biti potpuno irelevantne za rešavanje spora, dok će norme nekih drugih prava biti itekako značajne.[29] Dakle, položaj *lex arbitri* bi mogao da se izjednači sa položajem prava trećih zemalja, uz dve važne napomene. Prvo, činjenica da se sedište arbitraže bira zbog neutralnosti terena često će za posledicu imati nepostojanje veze dovoljnog intenziteta da se opravda primena njegovih normi i drugo, arbitri će uvek znati mesto eventualnog postupka poništaja arbitražne odluke, a za treće zemlje treba proceniti kakve su šanse da se u njima traži priznanje i izvršenje.

27 Y. Derains, *op. cit*., 254.

28 Vid. čl. 34(2)(b)(ii) MZ.

29 G. Born, *op. cit*., 2710; V. Pavić, „Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy", *Victoria University Wellington Law Review,* 2012, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2252499*, 676–677.

Kada je u pitanju kontrola odluke koju sprovodi treća država u kojoj se zahteva priznanje, javlja se posebno značajna veza sa pitanjem postojanja obaveze da se donese odluka koja je podobna za izvršenje. Dok se neki autori i dalje oslanjanju na postojanje *dužnosti* da se donese ovakva odluka,[30] drugi smatraju da je nerazumno očekivati da arbitar predvidi svaku zemlju u kojoj će se priznanje zahtevati i anticipira stav suda koji bude primenjivao pravo te zemlje,[31] odnosno da se radi o obavezi *sredstva*, a ne rezultata.[32]

Činjenica je da je zahtev za nepriznavanje odluke arbitara koji su zanemarili norme neposredne primene u sudskoj praksi veoma često bio odbijen zbog nepostojanja flagrantnog kršenja *ordre public*.[33] Ovo nije iznenađujuće, imajući u vidu da je povreda javnog poretka inače poslednji argument kojem nezadovoljna stranaka ima tendenciju da pribegne. Iza ovog osnova često se krije namera da se sudija namami u zabranjenu zonu ispitivanja materijalnog dela odluke. Zbog toga je opšteprihvaćeno da se svi zahtevi koji se pozivaju na povredu *ordre public* moraju tretirati restriktivno.[34]

Naravno, uvek bi trebalo uzeti u obzir kvalitet normi koje pripadaju javnom poretku zemlje postupka priznanja. Arbitar nije čuvar interesa država koje ponekad ispoljavaju specifičnu vrstu arogancije pokušajima da nametnu svoje nacionalne zakone, shvatanja i interese

30 S. L. Brekoulakis, „Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 2 – On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (eds. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Vol. 19, Kluwer Law International, The Hague 2009, 31; A. Barraclough, J. Waincymer, *op. cit*., 12; G. Born, *op. cit*., 1992.

31 N. Blackaby *et al*., *op. cit*., 607. Takođe i detaljnije J. Waincymer, *op. cit*., 96–102.

32 Da je zapravo u pitanju obaveza *sredstva*, a ne rezultata sugeriše i činjenica da relevantni pravilnici propisuju da je arbitar dužan da '*nastoji*' ili '*učini sve u svojoj moći*' da osigura izvršnost odluke: vid. Pravilnik ICC, čl. 41; Pravilnik LCIA, čl. 32(2).

33 Odluka Apelacionog suda u Parizu od 17. decembra 2009. godine, *Société Gothaer Finanzholding AG v. Liquidators of ICD*, 25(3) Mealey's Int'l Arb. Rep. 26; Odluka Kasacionog suda od 4. juna 2008. godine, *SNF v. Cytec*, Rev. arb. 473 (French Cour de cassation civ. 1e); Odluka Apelacionog suda u Parizu od 18. novembra 2004. godine, *SA Thales Air Defence v. GIE Euromissile and SA EADS France*.

34 Odluka *OLG München* od 20. novembra 2003. godine Judgment of 20 November 2003, Yearbook Commercial Arbitration Vol. XXIX, 773; G. Born, *op. cit*., 3327.

drugima.[35] Potrebno je imati u vidu da se zbog karaktera međunarodne trgovine priznanje odluke može tražiti u više zemalja i biti oprezan ukoliko neke od njih prezentuju ekstremna shvatanja.

Kako je dužnost arbitra da razmotri sve norme svih zemalja u najmanju ruku dubiozna, izvesna prednost se priznaje mestu ispunjenja ugovornih obaveza.[36] Možda bi se najkorisnijim pokazalo proučavanje sudske prakse mesta priznanja odluke, ali sve ovo prejudicira obavezu arbitra da uloži značajno vreme i energiju u vaganje kakva će biti sudbina njegove odluke. Zbog toga se ovakve kalkulacije mogu smatrati zaista opravdanim samo u slučaju kada se sa visokim stepenom sigurnosti može predvideti u kojoj zemlji će se tražiti priznanje. Kada je u pitanju utvrđivanje sadržaja *ordre public*, ovo se može pokazati kao veoma težak zadatak čak i ukoliko je arbitar poznavalac tog prava. Međutim, arbitri se u ovom poduhvatu mogu voditi procenom koji su to osnovni principi od kojih jedna država ne bi odustala. Jedino uputstvo pri klasifikaciji normi neposredne primene kao dela javnog poretka glasi da se obrati pažnja na objekat koji štite. Tako, ukoliko se određena norma neposredne primene može supsumirati pod fundamentalne vrednosti jednog pravnog sistema, onda će njeno kršenje u isto vreme značiti povredu javnog poretka te zemlje i sa sobom povući odgovarajuće posledice.

4.2. Zaštita javnog interesa

Oslanjanje na postojanje eksternih faktora u vezi sa spornim odnosom može biti od velike pomoći prilikom donošenja odluke da li priznati dejstvo normi neposredne primene. Tako mnogi autori daju posebnu težinu normama neposredne primene koje štite prava trećih lica i ovu situaciju identifikuju kao poseban razlog koji govori u prilog njihovoj primeni.[37]

Javni interes je pravo koje ne pripada arbitražnim strankama, već zajednici koja nikada nije potpisala arbitražni sporazum. Ukoliko arbitar napravi i grešku prilikom određivanje ili primene merodavnog

35 M. Blessing, *op. cit*., 39.

36 Y. Derains, *op. cit*., 254.

37 A. Barraclough, J. Waincymer, *op. cit*., 16; A. Maniruzzaman, „International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview", *Journal of International Arbitration*, 7/1990, 53.

prava, takvu grešku su obavezne da trpe stranke koje su ga izabrale. Međutim, ukoliko bi arbitražna odluka uticala na pravo lica koja nikada nisu zaključila arbitražni sporazum, potrebno je udaljiti se od klasične koncepcije o primatu autonomije volje stranaka.[38]

U ovoj kategoriji posebno se izdvajaju propisi o zaštiti konkurencije Evropske unije.[39] Njihov uticaj je diktiran prirodom Unije koja je pre svega ekonomska zajednica, tako da nema dileme da je sloboda tržišta imperativ ovog pravnog sistema.

Slučaj koji je nesumnjivo ustanovio ovakav položaj propisa o zaštiti konkurencije EU jeste *Eco Swiss* koji je rešen pre više od 15 godina. Arbitražni tribunal sa sedištem u Holandiji utvrdio je da je tuženi, Benetton Investment NV, dužan da naknadi štetu tužiocu, Eco Swiss China Ltd, a koju je prouzrokovao raskidom ugovora o ekskluzivnoj distribuciji satova na teritoriji Evrope.[40] Benetton je pokrenuo postupak pred holandskim sudovima, zahtevajući da se odluka poništi iz razloga suprotnosti sa javnim poretkom, tvrdivši da ugovor o ekskluzivnoj distribuciji narušava konkurenciju u skladu sa članom 81 TEU[41] (sada član 101 TFEU[42]). Slučaj je na kraju došao do Vrhovnog suda Holandije koji se obratio Evropskom sudu pravde zahtevajući razjašnjenje ovog pitanja. Evropski sud pravde svojom odlukom je potvrdio da povreda propisa o zaštiti konkurencije daje osnov za poništaj arbitražne odluke: „*Nacionalni sudovi moraju usvojiti zahtev za poništaj arbitražne odluke kada je ona suprotna odredbama člana 81 TEU, ukoliko*

38 D. F. Donovan, A. Greenawalt, „Chapter 1: Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators", *Pervasive Problems in International Arbitration* (eds. J. D. M. Lew, L. A. Mistelis), Vol. 15, Kluwer Law International, The Hague 2006, 29; J.-F. Poudret *et al*., *Comparative Law of International Arbitration*, Vol. 2, Sweet & Maxwell, Zurich, Switzerland 2007, 610.

39 D. Girsberger, N. Voser, „Chapter 6: The Law Applicable to the Merits of the Case", *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (eds. Girsberger D, Voser N.), Kluwer Law International, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, 353; M. Blessing, *op. cit*., 34; N. Blackaby *et al.*, *op. cit*., 112.

40 Odluka Nederlandse Arbitrage Instituut od 23. juna 1995, *Eco Swiss China Ltd v Benetton* Investment.

41 Ugovor iz Mastrihta, Treaty on European Union –TEU доступно *на http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT*.

42 Ugovor o funkcionisanju EU, Treaty on the Functioning of the European Union, dostupno *na http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:12012E/TXT.*

je prema pravu te zemlje moguć poništaj odluke iz razloga suprotnosti sa njenim javnim poretkom."[43]

Nacionalni propisi o zaštiti konkurencije država članica EU su takođe primenjeni u međunarodnoj arbitraži.[44] Kada je u pitanju Srbija, imajući u vidu da je sloboda tržišta garantovana Ustavom,[45] norme kojima se štiti konkurencija bi se opravdano mogle smatrati delom javnog poretka naše zemlje.

Propisi o zaštiti konkurencije jesu vrsta normi neposredne primene koja nosi izvesnu notu stabilnosti. Uspeh pomenutih normi se pre svega može pripisati objektu koji štite, a čija je vrednost duboko utemeljena u zemljama koje su u isto vreme značajni arbitražni centri. Njihova specifičnost leži u zaštiti osnovnih ekonomskih interesa, a to su interesi koji će države i nadnacionalni entiteti braniti pre svih drugih.

5. MEĐUNARODNI JAVNI POREDAK

Nesporno je da nema rezona za bezrazložno odbijanje da se norme neposredne primene koje štite širu zajednicu uopšte uzmu u obzir pri odlučivanju. Ono što jeste problematično i kao takvo predstavlja konačni problem normi neposredne primene jeste procena da li je vrednost koja se štiti fundamentalna, nesporna, princip kojem se jednostavno mora dati prednost. Poslednja smernica koja možda krije odgovor na ovo pitanje jeste međunarodni javni poredak.

U svom najelementarnijem obliku, međunarodni javni poredak označava najosnovnije vrednosti i moralne principe koji povezuju međunarodnu zajednicu u kojoj o njihovom primatu postoji konsenzus.

43 Odluka u slučaju Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, C-126/97, *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997CJ0126:EN:HTM*, 41. Imajući u vidu broj potpisnica NYC, zahtev postojanja osnova za poništaj iz razloga suprotnosti sa javnim poretkom te zemlje danas bi se mogao smatrati gotovo univerzalno ispunjenim.

44 Tako je ICC tribunal sa sedištem u Ženevi primenio norme italijanskog Zakona o zaštiti konkurencije, dok je prethodnim ispitivanjem utvrđeno da nisu ispunjeni uslovi za primenu članova 81 i 82 TEU iz razloga nepostojanja dovoljnog procenta učešća na relevantnom tržištu koji je neophodan za aktiviranje propisa Unije – ICC Case No. 14046; Yearbook Commercial Arbitration 2010 – Volume 2010.

45 Vid. član 84 Ustava RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

Osnovni nedostatak predočene definicije jeste njen nejasan sadržaj, a naročito u kom trenutku se može smatrati da je jedan princip široko prihvaćen od strane međunarodne zajednice. Neki autori su se u pokušaju da razreše ovaj problem okrenuli autoritetu koji uživaju određene međunarodne organizacije, pre svega Ujedinjene nacije, opravdavajući sprovođenje odluka tela kao što je Savet bezbednosti i implementaciju konvencija koje su donete u okviru UN.[46] Upravo iz ovih razloga se kao najčešći primeri opšteprihvaćenih principa navode zaštita osnovnih ljudskih prava, borba protiv rasne, polne i verske diskriminacije, suprotstavljanje korupciji, kao i krivičnim delima ustanovljenim međunarodnim aktima kao što su terorizam ili ratni zločini.

Kada je u pitanju odnos međunarodnog javnog poretka i normi neposredne primene, može se primetiti da je veza između ova dva instituta dvostrukog karaktera.

Prvi, i nešto ređe razmatran aspekt podrazumeva da međunarodni javni poredak postavlja negativnu granicu opredeljenju za primenu normi neposredne primene. Dakle, kao i bilo koji drugi imperativni propis, ni norme neposredne primene neće se primeniti ukoliko su suprotne međunarodnom javnom poretku.[47]

Druga i značajnija strana ovog odnosa podrazumeva opravdavanje primene određenih normi činjenicom da oslikavaju vrednosti koje su opšteprihvaćene u međunarodnoj zajednici.[48] U ovom slučaju, postavlja se pitanje da li odluku treba zasnovati na načelu čija je univerzalnost utvrđena ili na konkretnoj normi neposredne primene. Stavu prema kojem je odluka koja se poziva direktno na međunarodni javni poredak primerenija transnacionalnoj ulozi arbitara nego primena normi prava koje ne pripada *lex causae*[49] suprotstavlja se argument da je *'bolje primeniti precizno definisanu normu nego neodređeni princip*',[50] kao i da je postojanje određene norme lakše dokazati od sadržaja me-

46 D. Girsberger, N. Voser, *op. cit*., 354; M. Blessing, *op. cit*., 25.

47 J. Savage, E. Gaillard, *op. cit*., 396; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 881–882.

48 Autori koji su posebnu pažnju posvetili ovom pitanju jesu P. Mayer, „Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration", *Pervasive Problems in International Arbitration* (J. Lew, L. Mistelis), Vol. 15, Kluwer Law International, The Hague 2006, 66; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, 420.

49 J. Savage, E. Gaillard, *op. cit*., 855.

50 P. Mayer (2006), *op. cit*., 66–67.

đunarodnog javnog poretka.[51] Međutim, trebalo bi obratiti pažnju da osnov primene u slučaju direktnog pozivanja na načela međunarodnog javnog poretka *per se* ne leži u normi neposredne primene, već u načelima međunarodnog javnog poretka.[52] Sa druge strane, izbor da se primeni konkretna norma vodi do posredne primene principa međunarodnog javnog poretka koji je u konkretnom slučaju vokalizovan kroz norme neposredne primene.

U arbitražnoj praksi su mnogo puta ilustrovani pokušaji da se u slučaju preduzimanja koruptivnih radnji izvrši moralizacija trgovinske prakse,[53] mada se ispravno navodi kako je korupcija upravo i tipičan primer problema koji se javljaju pri definiciji određenih vrednosti.[54] Nesumnjivo je da se smatra odioznom praksom protiv koje se treba boriti, ali pitanje je gde je granica između legalnog i protivpravnog ponašanja?[55] U nekim zemljama davanje 'prigodnih' poklona ne predstavlja krivično delo, već je deo kulturoloških shvatanja jedne zemlje, dok se u drugim posmatra kao gotovo nezamisliv akt koji prate rigorozne sankcije.

51 J. Savage, E. Gaillard, *op. cit*., 855.

52 *Ibid.*, 850.

53 P. Lalive, „Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* P. (ed. P. Sanders), ICCA Congress Series (Vol. 3), Kluwer Law International, The Hague 1987, 275. Tako su u pogledu slučaja *Hilmarton*, neki autori primetili da bi po sudbinu oduke bilo bolje da je arbitar sledio svoje sumnje do njihovog logičkog zaključka koji bi ga odveo do korupcije koja bi se lakše napala iz pozicije međunarodnog javnog poretka. J. Savage, E. Gaillard, *ibid*., 854–855.

54 L. Mistelis, „Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives", Arbitrability: International and Comparative Perspectives (eds. L. Mistelis, S. Brekoulakis), Vol 19, Kluwer Law International, The Hague 2009, 9; vid. Takođe i V. Pavić (2012), *op. cit*., 685.

55 Najznačajniji izvor u ovoj materiji svakako predstavlja Konvencija UN o borbi protiv korupcije – United Nations Convention against Corruption, 31 October 2003, *Resolution 58/4 C.F.R.* dostupno na *https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/*. Radi upoznavanja sa relativnošću obaveznosti i dometa odredbi Konvencije videti V. Pavić, *ibid*., 663–667. Takođe, za detaljan prikaz ove problematike na poslovnom terenu u regionu videti naročito *Business, Corruption and Crime in the Western Balkans: The impact of bribery and other crime on private enterprise, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*, Vienna 2013, dostupno na: *https://www.unodc.org/documents/data-and analysis/statistics/corruption/Western_balkans_business_corruption_web.pdf*.

I pored pobrojanih nedostataka ovog instituta, međunarodni javni poredak može biti od dragocene pomoći arbitrima pri anticipiranju mesta izvršenja odluke. Ukoliko se za određeni princip na kome se zasniva norma neposredne primene može reći da je međunarodno prihvaćen, postoji opravdana mogućnost da će na određeni način biti zaštićen i u zemlji u kojoj će se tražiti priznanje. Na ovaj način, međunarodni javni poredak može poslužiti arbitru da sa izvesnim stepenom verovatnoće proceni kakve su šanse da odluka koju je doneo bude poništena. Davanjem prednosti normi koja oslikava stav međunarodnog javnog poretka arbitar može smatrati da je ispunio obavezu da učini sve u svojoj moći u cilju donošenja odluke podobne za izvršenje.

6. ZAKLJUČAK

Svaki arbitar mora imati na umu značaj očuvanja arbitraže kao metoda rešavanja sporova. I ako bi bilo dramatično zaključiti da će se svako pominjanje negativnih primera proširiti brzinom šumskog požara i efikasno pokopati arbitražu, arbitri moraju biti svesni da uticaj izbora koji načine ne nestaje sa okončanjem njihovog mandata. Kako god se spor okončao, ono što je sigurno jeste da će određeni utisak ostati, bio on pozitivan ili negativan.

Prilikom odlučivanja o sudbini određene norme arbitar će se naći u povoljnijem položaju kada se suočava sa propisima o zaštiti konkurencije koji definitivno imaju najviše uspeha u praksi, dok su principi međunarodnog javnog poretka zasada korisne smernice koje će u budućnosti možda prerasti u preciznija uputstva. Konačna odluka koju su arbitri doneli možda neće biti toliko značajna koliko obrazloženje razloga koji su doveli do takvog rešenja. Odbijanje primene isključivo oslanjanjem na činjenicu da norma ne pripada *lex causae* koje su stranke izabrale može podriti poverenje u ozbiljnost odlučivanja podjednako kao i neopravdana primena svih normi koje imaju ikakve veze sa ugovornim odnosom.

Perspektiva se menja kada se činjenice jednog spora dotaknu interesa šire zajednice jer je tada potrebno da se preuzme veća odgovornost. Kada do ovakvih situacija dođe, poverenje koje su arbitrima stranke ukazale imenovanjem, kao i moć koju im je država dala ustupanjem nadležnosti stavlja se na test. Jedini način da arbitri ovakav test polože jeste da ispitaju očekivanja stranaka, ali odbace stav da je nji-

hova volja sveti princip bez ikakvih granica; da obrate pažnju kakvi su zahtevi koje države pred njih postavljaju, ali da ne dozvole da pragmatičnost prevlada nad pravičnošću i da svojom konačnom odlukom ne nanesu štetu onima koji nisu bili ni svesni da se o njihovim interesima odlučuje.

Milica Arsić, LL.M.

MANDATORY RULES OF LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

This article examines key factors that influence the implementation of mandatory rules in international commercial arbitration. The subject of analysis are particularly parties' legitimate expectations as well as the nature of interests protected by these rules, with special regard given to consequences of state control of arbitral awards and certain values now recognized as principles of the international public policy. According to the author, parties' choice of *lex causae* does not forbid arbitrators to consider the application of rules of other legal systems, while the final answer depends on the effect that such application or non-application could have on wider community.

Key words: *International commercial arbitration. – Mandatory rules. – Parties' autonomy. – Control of arbitral awards. – International public policy.*

UDK 341.6:339.727.22/.24 ; 341.631/.632

*Bojana Babić, master prava**

PROBIJANJE PRAVNE LIČNOSTI U PRAKSI IKSID ARBITRAŽE**

Institut probijanja pravne ličnosti nije pravno regulisan u međunarodnom investicionom pravu. Bez obzira na to on se primenjuje u praksi IKSID arbitraže što dovodi do nepredvidljivosti u odlučivanju. U prvom delu rada navodimo uslove koji su neophodni za nadležnost IKSID arbitraže, a potom ukazujemo na neke njene specifičnosti i mogućnosti investicionog planiranja. U drugom delu rada razmatramo slučajeve gde su se tribunali bavili pitanjem dozvoljenosti primene principa probijanja pravne ličnosti prilikom odlučivanja o nadležnosti. Videćemo da se analizom odluka mogu uočiti određene pravilnosti u odlučivanju različitih arbitražnih tribunala u prisustvu istih ili sličnih činjenica i okolnosti. Na kraju rada dajemo svoj zaključak o uslovima potrebnim za probijanje pravne ličnosti u IKSID arbitraži što doprinosi njenoj predvidljivosti i boljem investicionom planiranju.

Ključne reči: *Međunarodna investiciona arbitraža. – IKSID arbitraža. – IKSID konvencija. – Probijanje pravne ličnosti. – Investiciono planiranje.*

1. UVOD

Probijanje pravne ličnosti kao pravni institut i dalje nije normativno regulisan u okviru međunarodnog prava, već postoji samo u nacionalnim pravima i kao takav se primenjuje izuzetno.[1] U međunarod-

* Autorka je javni beležnik u Smederevu, *bojana.babic57@gmail.com*.

** Ovaj rad je deo master rada „Probijanje pravne ličnosti u praksi IKSID arbitraže“ koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2016. godine.

1 Nacionalna prava usko postavljaju uslove za probijanje pravne ličnosti, jer je suština ovog instituta da lice koje je zloupotrebilo princip odvojene pravne ličnosti zauzme mesto kao tuženi umesto ili pored pravnog lica koje je zloupotrebljeno.

noj investicionoj arbitraži (engl. *international investment arbitration*) koju organizuje Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (engl. *International Center for Settlement of Investment Disputes – ICSID*, u daljem tekstu: IKSID ili Centar) princip probijanja pravne ličnosti ima drugačiji *ratio* od onog koji postoji u nacionalnim pravima. Može se argumentovati stav da se ovaj princip koristi da bi se predupredile zloupotrebe pravne ličnosti društva u cilju izigravanja svrhe Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, potpisane u Vašingtonu 18. marta 1965. godine (Konvencija).[2]

Prema teoriji prvi slučaj kada se koristi ovaj princip u praksi arbitraže pod okriljem IKSID-a (u daljem tekstu: IKSID arbitraža) je slučaj sličan primerima u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, kada se primenjuje kao deo doktrine „grupa kompanija".[3] Institut „indirektnog ulagača" predstavlja funkcionalni ekvivalent teorije „grupa kompanija", kojim tužioci nastoje da utvrde nadležnost arbitražnog suda *rationae personae*, odnosno primenljivost bilateralnog sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja (engl. *Bilateral Investment Treaty*, u daljem tekstu: BIT) koji im odgovara. Prema tom institutu pošto su akcije takođe investicije prema jezičkom tumačenju BIT-a, svaki vlasnik akcija može pokrenuti postupak protiv države domaćina kao zaštićeni ulagač gde je svaki akcionar zaštićen, čak i „indirektni".[4]

Drugi, kontroverzniji slučaj kojim ćemo se više baviti jeste kada se princip probijanja pravne ličnosti koristi da bi se utvrdila stvarna kontrola nad domaćim pravnim licem u cilju zasnivanja nadležnosti u skladu sa čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije, odnosno da bi se utvrdio stvarni krajnji vlasnik u cilju odbijanja nadležnosti.

---

2 Prema podacima objavljenim na internet stranici *https://icsid.worldbank.org* Konvenciju je potpisala 161 država od kojih je 151 država ratifikovala Konvenciju i za njih je ona stupila na snagu. Srbija je potpisala i ratifikovala Konvenciju (Zakon o ratifikaciji Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori,* br. 2/06) koja je stupila na snagu za Srbiju 8. juna 2007. godine.

3 M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, JP Službeni glasnik, Beograd 2013, 148.

4 Slučaj AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April, 2005, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

2. MEĐUNARODNA INVESTICIONA ARBITRAŽA

Predmet i svrha Konvencije jeste da uredi mehanizam za rešavanje sporova koji se javljaju između države ugovornice Konvencije i stranog državljanina, a proističu iz investicionog odnosa.[5] Iako se već iz naslova Konvencije može naslutiti, nadležnost IKSID-a je uređena čl. 25 koji glasi:

„(1) Nadležnost Centra obuhvata svaki pravni spor između države ugovornice (ili sastavnog dela ili organa države ugovornice koje je ta država odredila kod Centra) i državljana druge države ugovornice, koji je nastao neposredno iz investicija i za koji su stranke u sporu dale pismeni pristanak da ga podnesu Centru. Kad stranke daju pristanak, nijedna stranka ne može jednostrano povući svoj pristanak.

(2) Državljanin druge „države ugovornice" znači:

(a) svako fizičko lice koje je bilo državljanin druge države ugovornice, izuzev države koja je stranka u sporu, na dan kad su stranke pristale da spor podnesu na mirenje ili arbitražu, kao i na dan kad je zahtev registrovan na osnovu čl. 28 st 3 ili čl. 36 st. 3 ali ne obuhvata lice koje je ili jednog ili drugog od ova dva dana bilo, takođe, državljanin države ugovornice koja je stranka u sporu; i

(b) svako pravno lice koje imalo državljanstvo neke države ugovornice, izuzev države koja je stranka u sporu, na dan kad su stranke pristale da spor podnesu na mirenje ili arbitražu, i svako pravno lice koje je tog dana imalo državljanstvo države ugovornice koja je stranka u postupku ali su se stranke saglasile da, zbog strane kontrole, tretiraju to pravno lice kao državljanina druge države ugovornice za svrhe ove konvencije."

Da bi se zasnovala nadležnost IKSID arbitraže potrebno je da su ispunjeni kumulativno sledeći uslovi: da je u pitanju pravni spor, da je spor nastao direktno iz investicije (nadležnost „*ratione materiae*"), da je spor između države ugovornice i državljana druge „države ugovornice" (nadležnost „*ratione personae*") i da su obe strane u sporu dale svoj pismeni pristanak.

Pristanak da se spor reši pred arbitražom je *conditio sine qua non* i može biti dat na tri različita načina. Prvi način je pristanak koji

5 Vid. Preambulu Konvencije i čl. 1 Konvencije.

je inkorporiran u investicionom sporazumu države sa investitorom. Pristanak može biti dat za buduće sporove i čak kada država nije još potpisala Konvenciju[6] ili za sporove koji su već nastali.[7] Drugi način je pristanak koji je dat u okviru nacionalnog prava posebnom arbitražnom klauzulom inkorporiranom u pravni propis države.[8] Ova arbitražna klauzula koja sadrži ponudu države da investitor reši spor pred IKSID-om mora biti na snazi u trenutku kada investitor prihvata takvu ponudu. I treći način je arbitražna klauzula u bilateralnim investicionim sporazumima ili regionalnim multilateralnim sporazumima (čl. 1120 NAFTA[9] ili čl. 26 Sporazuma o energetskoj povelji[10]). U ovim slučajevima država je opet dala ponudu, te da bi se arbitražni sporazum sklopio, investitor mora da da svoj pristanak koji može dati samim dostavljanjem zahteva IKSID-u i pokretanjem postupka. Danas je ustanovljeno van svake sumnje da se generalno upućivanje na IKSID u bilateranom sporazumu može smatrati pismenim pristankom države ugovornice, a dostavljanje zahteva za arbitražu od strane investitora se smatra kasnijim pismenim pristankom.[11]

Specifičnost međunarodne investicione arbitraže je u tome što jedna strana uopšte nije učestvovala u sastavljanju arbitražne klauzule i nije bila u ugovornom odnosu sa drugom stranom u sporu. Da bi se istakla činjenica da se u ovom slučaju odstupa od relativnog dejstva arbitražne klauzule, odnosno da se na arbitražnu klauzulu poziva lice koje nije ugovorna strana u ugovoru u kojem se arbitražna klauzula nalazi (BIT-u), neki autori ovu arbitražu još nazivaju i „arbitraža bez

6 Slučaj Holliday Inn v. Marroco, ICSID Case No. ARB/72/1, dostupno na: *http://www.italaw.com/cases/3391*, 12. septembar 2016. godine.

7 Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, dostupno na: *http://www.italaw.com/cases/3361*, 12. septembar 2016. godine.

8 Slučaj Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/, dostupno na: *http://www.italaw.com/cases/3361*, 12. septembar 2016. godine, slučaj Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/00/1, dostupno na: *http://www.italaw.com/cases/3273*, 12. septembar 2016. godine.

9 Tekst dostupan na: *https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement*, 12. septembar 2016. godine.

10 Tekst dostupan na: *http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/*, 12. septembar 2016. godine

11 H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration, The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, 21.

ugovora" (engl. *arbitration without privity*).[12] Očigledan nedostatak pristanka je apsolutna prepreka za pokretanje postupka. Jednom dat pristanak se više ne može povući jednostrano ukoliko je proizveo dejstvo. Ovde možemo primetiti osnovnu razliku između međunarodne trgovinske arbitraže i međunarodne investicione arbitraže, gde kod prve pozivanjem na doktrinu „grupa kompanija" i probijanjem pravne ličnosti, arbitražni sporazum se može proširiti na lice koje nije potpisnik sporazuma i koje nije dalo pristanak, dok kod arbitraže pred IKSID-om takva mogućnost ne postoji ukoliko nema pristanka.

3. INVESTICIONO PLANIRANJE

Kupovina sporazuma (engl. *treaty shopping*) ili kupovina nacionalnosti (engl. *nationality shopping*) kako je nazivaju Dolcer (*Dolzer*) i Šrojer (*Schreuer*)[13] je kontroverzan pojam koji ima značenje koje se pridaje procesu planiranja od strane investitora da li da investiraju sa ili na teritoriji druge države, pa se u tom cilju vrši analiza svih investicionih sporazuma koje je zaključila ta država sa državom porekla investitora kao i drugim državama, a kako bi se utvrdilo koji sporazum nudi najbolje podsticaje i zaštitu investiciji.[14] Potencijalni investitor može kupiti (engl. *shop*) najpovoljniji tretman koji bilateralni sporazumi o podsticaju i zaštiti investicija pružaju putem osnivanja društva za posebne namene u zemlji za koju je analiza utvrdila da ima najbolji tretman prema zaključenom sporazumu, odnosno za slučaj da lice koje je pravi investitor je poreklom iz zemlje koja uopšte ni nema zaključen sporazum sa državom domaćinom. Ovakav postupak nailazi na kritike, ali bez obzira na to on je validiran od strane arbitražnih tribunala sa obrazloženjem da nigde nije zabranjen.[15] Samo neki bilateralni spo-

12 J. Paulsson, „Arbitration without Privity", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, 232–257.

13 R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York 2008, 54–56.

14 M. Mcilwrath, J. Savage, *International Arbitration and Mediation, A practical Guide*, Wolters Kluwer, Law & Business, 385–387.

15 Slučaj dobrog investicionog planiranja jeste ADT v. Bolivija kada je urađeno unapred poresko planiranje i obezbeđivanje najboljeg režima koji se može primeniti na investiciju kroz primenu povoljnog bilateralnog investicionog sporazuma. Naime, društvo ADT je dobilo koncesiju od Vlade Bolivije 1999. godine. Nakon određenih problema koji su se javili, došlo je do kompletnog

razumi isključuju mogućnost osnivanja društva sa posebnim namenama uvodeći zahtev kroz definiciju „investitora" da strani inestitor mora suštinski da se angažuje u poslu i investiciji na teritoriji države domaćina.[16]

Jedan od potencijalnih vidova zloupotrebe jeste pravno dozvoljena mogućnost transfera vlasništva nad imovinom koja se smatra investicijom u stranoj zemlji sa društva koje je osnovano u jednoj zemlji na društvo osnovano u drugoj zemllji (npr. transfer na društvo koje je osnovano u SAD). Takva promena investitora bi mogla dovesti do kupovine foruma (engl. *forum shopping*) nakon što je spor nastao.[17] Prema mišljenju Daglasa (*Douglas*) nakon podnošenja zahteva IKSID-u, u svakom slučaju bilo kakav *forum shopping* je van dometa.[18] Shodno Daglasovom pravilu 52 svojinska ili vlasnička prava se ne mogu transferisati kako bi se obezbedila nadležnost foruma koji predviđa određeni investicioni sporazum, osim ukoliko ne postoji izričita saglasnost države na takav transfer. Ovakav stav Daglas utemeljuje na principu *nemo potiorem potest transfere quam ipse habet*, odnosno ne može se preneti vlasništvo nad investicijom u vreme povrede koje ima određena prava koja bi transferom bila bolja zbog boljeg tretmana investitora iz te zemlje.[19]

---

restrukturiranja unutar grupacije, tako da je krajnji vlasnik akcija u ADT koje je bilo osnovano kao lokalno investiciono društvo u Boliviji, bilo društvo iz Holandije. Na ovaj način se obezbedila primena bilateralnog sporazuma između Holandije i Bolivije, jer bilateralni sporazum između SAD i Bolivije nije postojao (ADT je bilo osnovano prvenstveno od društva iz SAD). Prilikom razmatranja odluke o prigovoru nenadležnosti, tribunal nije uzimao u obzir ovaj transfer vlasništva nad lokalnim investicionim društvom ADT i zasnovao je nadležnost obijajući sve prigovore nenadležnosti koje je istakao tuženi.

16 Vid. BIT Argentina – SAD, BIT Austrija – Jordan.

17 Tribunali su sugerisali da bi trebalo oduzeti važnost kupovini sporazuma u slučaju zloupotrebe i kao primer su naveli situacije kada se ovo čini nakon što je spor nastao, R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.* fn. 13, 55.

18 Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2009, 467.

19 Upor. C. H. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention, A Commentary,* Cambridge University Press, Cambridge – New York 2009, 318; Šrojer postavlja retoričko pitanje: „Da li je dovoljno za državljanje država koje nisu ugovornice ili države domaćina da osnuju odgovarajuću kompaniju u državi ugovornici kako bi kreirali privid odgovarajuće strane kontrole?", a njegov odgovor je „bolji pristup izgleda da bi bio realističan pogled na stvarne kontrolore koji time blokiraju pristup Centru za pravna lica koja su direktno ili indirektno pod kontrolom

4. PRAKSA IKSID ARBITRAŽE

Doktrinu probijanja pravne ličnosti u međunarodno pravo je uveo Međunarodni sud pravde u slučaju *Barcelona Traction*.[20]Međunarodni sud pravde je u svojoj odluci naveo „da u međunarodnom pravu jeste dozvoljeno probijanje pravne ličnosti da bi se sprečile zloupotrebe prednosti koje ima princip odvojenih pravnih ličnosti, u određenim slučajevima prevara ili nezakonito ponašanje, da bi se zaštitilo treće lice kao što je poverilac ili kupac, ili da bi se sprečila evazija pravnih obaveza ili zahteva". Primena je bila bazirana na analizi ovog principa regulisanog u nacionalnim pravnim sistemima i primenjivanog u sudskoj praksi.

Nasuprot ovom stavu Međunarodnog suda pravde, IKSID tribunal je u jednom slučaju naveo u odluci da „nigde u Konvenciji ne postoji osnov za probijanje pravne ličnosti označenog tužioca" i time zauzeo načelan stav da ovaj princip nema primenu u međunarodnom pravu. [21]

Tokios Tokelés v. Ukraine[22] predstavlja jedan od prvih slučajeva gde se tribunal bavio pitanjem probijanja pravne ličnosti. *Tokios Tokeles* je bila kompanija osnovana u Litvaniji koja je obavljala svoju de-

državljana država koje nisu ugovornice ili državljana koje su državljani države domaćina".

20 Slučaj Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgium v. Spain, International Court of Justice, Judgment of 5 February, 1970, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinion and Orders. Slučaj se tiče kompanije *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* koji je inicirala Vlada Belgije protiv Španije 19. 6. 1962. godine pred Međunarodnim sudom pravde, u kojem je tražila naknadu štete koja je učinjena raznim radnjama španskih organa državljanima Belgije, koji su bili akcionari u kanadskom društvu *Barcelona Traction*. Međunarodni sud pravde je usvojio prigovor Vlade Španije i našao da nije nadležan da odlučuje o ovom zahtevu jer akcionari nemaju pravo na zaštitu pred Međunarodnim sudom pravde, već na to ima pravo samo kompanija koja je iz Kanade. Međutim Kanada nikada nije pokrenula postupak protiv Španije kako bi zaštitila povređena prava kompanije.

21 Slučaj Rumeli Telecom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. Kazahstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of July 29, 2008, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

22 Slučaj Tokios Tokelés v. Ucraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction of April 29, 2004, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

latnost preko dva zavisna društva *T Spravi* i *T Spravi II* osnovana u Ukrajini. Osnivači *Tokios Tokeles* su bila braća Danilov, oba državljani Ukrajine. Predmet tužbe je bila povreda obaveza iz BIT-a zaključenog između Ukrajine i Litvanije i to standarda jednakog i pravičnog tretmana i eksproprijacija. Zahtev za arbitražu je podnet 16. 8. 2002. godine od strane *Tokios Tokeles* i *Taki Spravi*. Prema iznetim činjeničnim navodima tužioca, poreska inspekcija Ukrajine je istraživala postojanje poreske evazije i pranja novca kroz fiktivna društva koja su bila osnovana samo kao lokalno društvo za posebne namene (engl. *local investment vehicle*). Bez obzira na pravu svrhu lokalnog društva koje je nesporno bilo pod kontrolom krajnjih vlasnika koji su bili državljani Ukrajine i kao takvi državljani države domaćina, većina u tribunalu je zaključila da je tužilac *Tokios Tokeles* kao investitor državljanin druge države ugovornice – Litvanije u skladu sa odredbom čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije i time da je zadovoljen uslov za zasnivanje nadležnosti IKSID-a. Tribunal je doneo odluku o nadležnosti obrazlažući da je u svetlu predmeta i svrhe bilateralnog investicionog sporazuma između Litvanije i Ukrajine jedina ključna stvar da li je tužilac državljanin neke druge države i u tom smislu da li je tužilac osnovan u skladu sa zakonima Litvanije. Tribunal je naveo: „mi odbijamo da gledamo dalje od tužioca do njegovih akcionara ili drugih pravnih lica koja mogu imati neki pravni interes iz tužbe. Nacionalnost tužioca je utvrđena na osnovu sedišta ili mesta inkorporacije. Tužilac jeste „investitor" iz Litvanije u skladu sa članom čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije i predmetnog BIT-a na osnovu svog statusa inkorporacije u Litvaniji."[23]

Profesor Vejl (*Weil*) kao treći član tribunala je po prvi put u praksi IKSID-a zauzeo odlučan stav o slučaju kada se ISKID mora oglasiti nenadležnim.[24] U svom izdvojenom mišljenju je naveo da se po prvi put u istoriji dovodi u pitanje svrha Konvencije, i stoga može doći do ugrožavanja budućnosti ove institucije. Kako dalje navodi Vejl i sam Izveštaj Izvršnih direktora o Konvenciji objašnjava da je cilj kreiranja bio „da se dizajnira način rešavanja sporova između Države i stranog investitora" u cilju „stimulisanja većeg protoka privatnog internacionalnog kapitala u države koje takav kapital teže da privuku."[25]

23 *Ibid.*

24 Tokios Tokeles v. Ucraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prosper Weil of April 29, 2004, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

25 *Ibid.*

Vejl naglašava da se možemo složiti da Konvencija zabranjuje da bude tužena država domaćin od strane svog državljanina osim u slučajevima predviđenim članom čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije. Po njemu,kao što je navedeno u Odluci, nesporno je da 99% akcija u *Tokios Tokeles* kao i dvotrećinska većina u upravi u rukama ukrajinskih državljana. Ukoliko spor zadovoljava kriterijum da proizlazi direktno iz investicije koji je propisan čl. 25 Konvencije, pitanje koje se nameće je da li spor spada u kategoriju sporova između države i državljana druge države kao što se zahteva isto čl. 25? Prema profesoru po prvi put u praksi IKSID tribunal mora da proceni specifičan problem da li spor protiv države A (Ukrajine) i društva koje ima nacionalnost države B (Litvanije) ili je kontrolisan od strane državljana države A (Ukrajine) iako formalno zadovoljava kriterijume, jeste suštiniski spor između države ugovornice i društva kontrolisanog od strane njenih državljana. U ovom slučaju *Tokios Tokeles* je nesporno i potpuno u rukama državljana Ukrajine. Vejl zaključuje da odluka zanemaruje zahtev „porekla kapitala" i inkozistentna je sa ciljem i svrhom Konvencije i omogućuje široku zaštitu investitorima i njihovim investicijama na teritoriji bilo koje države.

Gotovo identičan način razmljišljanja nalazimo i u slučaju *Rompetrol Group N.V. v. Romania*.[26] Tribunal je ispitivao navode tuženog o navodnoj zloupotrebi Konvencije i druge navode i našao je da: „ne može usvojiti argument tuženog da je u međunarodnom pravu opšte pravilo za utvrđivanje statusa pravnih lica stvarna i efektivna nacionalnost." Ali što je još posebnije, tribunal nigde ne može da nađe opravdani razlog za argument da međunarodno pravo lišava državu koja je zaključila multilateralnu konvenciju kao što je IKSID ili BIT prava da dozvoli ili propiše mesto i pravo inkorporacije kao definitivni element za utvrđivanje korporativnog državljanstva za svrhu tog sporazuma. U svetlu navedenog, tribunal je jasnog mišljenja da nema mesta argumentu da pravilo „stvarne i efektivne nacionalnosti bi trebalo da nadvlada odredbu člana 25 Konvencije ili definicije u BIT-u".[27] Tribunal na kraju nalazi da niti korporativna kontrola, efektivno sedište niti poreklo kapitala igraju bilo kakvu ulogu za utvrđivanje državljanstva

26 Slučaj Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award of 29 April, 2013, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

27 *Ibid.*

prema BIT-u Holandije i Rumunije. U ovom slučaju je tribunal našao da se tužba može podneti i zasnovao je nadležnost za rešavanje spora.[28]

Drugačiji pristup nalazimo u slučaju *Vacum Salt Products Ltd. v. Ghana*.[29] *Vacum Salt Products Ltd.* je potpisao ugovor o zakupu sa Ganom u kojem je u članu 36 bila je sadržana arbitražna klauzula koja je predviđala za slučaj spora nadležnost IKSID-a u skladu sa Konvencijom. Stanovište tužioca je bilo da iako je *Vacum Salt Products Ltd.* organizovano u skladu sa nacionalnim pravom Gane, strane u ugovoru o zakupu su se saglasile da će se *Vacum Salt Products Ltd.* tretirati kao strano društvo u cilju primene Konvencije, a s obzirom da je kontrolisano od strane državljanina Grčke. Ovaj put je tribunal odlučio da ne postoji nadležnost i odbacio zahtev, a dilema je bila da li je društvo *Vacum Salt Products Ltd.* pod stranom kontrolom ili je pod kontrolom državljana Gane i u tom slučaju ne spada pod domen Konvencije (nije ispunjen uslov strane kontrole). Tribunal je naveo: „Kada država ugovornica potpiše investicioni sporazum, koji sadrži IKSID arbitražnu klauzulu, sa pravnim licem pod stranom kontrolom koje ima isto državljanstvo kao država ugovornica i to učini sa znanjem da će spor biti isključivo predmet IKSID nadležnosti ako se saglasila da to pravno lice tretira kao pravno lice druge države ugovornice, ima se smatrati da se država ugovornica saglasila sa takvim tretmanom saglašavajući se sa arbitražnom klauzulom. Ovo je naročito slučaj kada nacionalno pravo zahteva od stranog investitora da osnuje lokalno društvo kao pravno lice da bi izvršio investiciju.“[30] Tribunal je postavio kao ključno

28 Slično rezonovanje je imao i drugi tribunal u slučaju *Saluka Investments b.v. v. Czech Republic*, Partial Award of 17 March, 2006, *ad hoc* arbitraža sa sedištem u Ženevi, u skladu sa UNCITRAL pravilima. Tribunal je u obrazloženju svoje odluke naveo da ima simpatije za argument da društvo koje nema nikakve stvarne veze sa državom ugovornicom u investicionom sporazumu i koja je u stvarnosti samo fiktivna (*shell*) kompanija kontrolisana od strane druge kompanije koja nije osnovana u skladu sa tom državom, ne bi trebalo da bude ovlašćena da se poziva na odredbe tog investicionog sporazuma. Takva mogućnost upravo dovodi do zloupotreba arbitražne procedure i prakse kupovanja sporazuma i državljanstva i koja može da podeli mnoge mane sa do sada kritikovanom praksom kupovanja foruma. Tribunal nije objasnio kako to praksa kupovanja sporazuma može da podeli nedostatke kupovanja foruma, i nadležnost je ipak ustanovljena nad *shell* kompanijom iz Holandije.

29 Slučaj Vacum Salt Products Ltd. v. Ghana, Case No. ARB/92/1, Award of 1 February 1994, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

30 *Ibid.*

pitanje da li je strana kontrola postojala u trenutku davanja saglasnosti, gde je u svakom slučaju grčki državljanin imao 20% akcija koje prema nacionalnom pravu koje je regulisalo rudarstvo bilo dovoljno da bi se smatralo da postoji kontrola. Tribunal je želeo da bude konzistentan sa *travaux preparatories* Konvencije, i u skladu sa tim je smatrao da je pristanak (saglasnost) strana kamen temeljac nadležnosti Centra (engl. *cornerstone of the jurisdiction of the Centre*). Sama saglasnost strana da je pravno lice pod stranom kontrolom ne može biti sama sebi cilj, već zaista ona mora da bude data samo u slučaju objektivnog postojanja strane kontrole. Ispitujući sve okolnosti slučaja i uzimajući u obzir i ostale akcionare koji jesu bili državljani Gane, tribunal je našao da je gospodin Panagiotopulos imao kontrolu nad *Vacum Salt Products Ltd.* sa svojih 20% akcija, ali da se ne može uzeti da je to dovoljno da bi se primenio čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije. Zaključio je da ne postoji univerzalna „formula" po kojoj se može utvrditi na nesumnjiv način postojanje kontrole. Izuzetak postoji kada je u pitanju jednočlano društvo sa 100% stranim vlasništvom i drugi kraj kada ne postoji uopšte strano vlasništvo nad kapitalom društva. Međutim, uzimajući u obzir sve okolnosti datog slučaja, tribunal je naveo da prema njihovom mišljenju prihvatanje nadležnosti „bi dozvolilo da se Konvencija koristi u svrhe za koje je jasno da nije bila doneta" i da pozivanje na 25 st. 2 tač. b Konvencije i „stranu kontrolu" obavezno postavlja objektivnu granicu iza koje nadležnost IKSID-a ne može da postoji, i da zato strane nisu ovlašćene da same to urede, ma koliko posvećeno to želele da učine".[31]

U slučaju *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina*[32] društvo *TSA Spectrum de Argentina S.A.* („TSA") je bilo društvo koje je osnovano u Argentini kao jednočlano društvo u vlasništvu holandske kompanije *TSI Spectrum International N.V* („TSI"). TSA je podnelo ponudu na tenderu za privatizaciju administracije, upravljanja i kontrole radio spektruma koji je organizovala Argentina preko podsekreterijata za komunikacije i nacionalne komisije za telekomunikacije („KNK"). Kao najbolji ponuđač TSA je dobila koncesiju. Ugovor o koncesiji je bio potpisan 11. 6. 1997. godine između TSA i KNK. Ugovor o koncesiji je sadržao arbitražnu klauzulu. Ugovor je bio raskinut 2004. godine. Pozivajući se na arbitražnu klauzulu iz bilateralnog sporazuma

31 *Ibid.*

32 Slučaj TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine, ICSID Case No. ARB/05/5, Award of 19 December, 2008, dostupno na: *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf*, 12. septembar 2016. godine.

između Holandije i Argentine, TSA je obavestila Argentinu da daje saglasnost da se reši spor pred IKSID-om u skladu sa BIT-om. Tribunal je u toku postupka tražio dokumentaciju o vlasničkoj strukturi TSA, kako bi odlučivao o prigovoru Argentine da TSA nije pravno lice koje uživa zaštitu kao investitor pod okriljem BIT-a između Holandije i Argentine.

Pozivajući se na slučaj *Vacum Salt Products Ltd*. tribunal je pošao od toga da li je strana kontrola postojala u trenutku davanja saglasnosti, što je u konkretnom slučaju bilo onda kada je TSA obavestio IKSID da se slaže (2004. godina). Čl. 10 st. 6 BIT-a prihvata nadležnost IKSID-a kada su kompanije u Argentini pod kontrolom državljana druge države ugovornice. Pod kontrolom znači biti stvarno pod kontrolom druge kompanije prema ovom BIT-u. U svetlu svih utvrđenih okolnosti, tribunal je našao da mora doći do probijanja pravne ličnosti, jer holandska kompanija koja tvrdi da ima kontrolu nad lokalnom kompanijom u stvari je nema nego je samo društvo za posebne namene osnovano da bi druge kompanije preko njega kontrolisale u stvari argentinsko društvo. Tribunal je uvažio i izdvojeno mišljenje profesora Vejla, a koje bi ovde trebalo da bude primenjeno. Prema njegovim komentarima samo izvorna i suštinski strana investicija bi trebalo da uživa zaštitu po Konvenciji. Ispitivanjem činjeničnog stanja tribunal je našao da u matičnom holandskom društvu nije bilo holandskih državljana u organima upravljanja, nego da su to bili do 2002. francuski državljani, a posle državljani Argentine, i da je sedište matičnog društva TSA bilo registrovano na adresi gde je bilo registrovano još 225 drugih društava, i da su postojale sumnje u aktivnosti ovog matičnog društva uopšte. Prema mišljenju tribunala činjenica da postoji 225 drugih društava na istoj adresi znači da sedište TSI uopšte ni ne postoji. TSI je bio osnovan 15. 8. 1996. godine, a TSA je bio osnovan od strane TSI već 20. 8. 1996. godine. Primarni cilj osnivanja TSA je bio da investira u dobijanje koncesije koja je dodeljena 11. 6. 1997. godine. Tribunal je naveo argumente Argentine da: „Kontrola nad TSA je bila do jula 2002. godine od strane *Tales*, francuske kompanije. Zatim je *Tales* prodao svoj većinski udeo. Postoje dve mogućnosti. Ili je kontrolna kompanija druga strana kompanija osnovana u drugoj jurisdikciji, te prema tome ne može se pozvati na BIT između Holandije i Argentine. Ili još ozbiljnije, kontrolna kompanija je argentinska kompanija ili državljanina Argentine.

U tom slučaju kompanija nije pod stranom kontrolom."[33] Na ovakve navode Argentine, TSA je naveo da oni nisu u skladu sa literalnim značenjem BIT-a, kao ni u skladu sa dosadašnjim precedentima IKSID arbitraže.[34] Tribunal je naveo da: „Postoji značajna razlika između dve odredbe čl. 25 st. 2 tač. b, gde prva koristi formalne pravne kriterijume – državljanstvo, dok druga koristi materijalni ili objektivni kriterijum, „strana kontrola" u cilju probijanja pravne ličnosti i zahvatanja realnog koji se krije iza nacionalnosti."[35] Ovde se tribunal osvrnuo i na reči profesora Šrojera: „Ovi slučajevi, naročito *Vacum Salt Products Ltd*., čine jasnim da strana kontrola u vreme davanja pristanka je objektivni zahtev koji se mora ispitati od strane tribunala u cilju ustanovljavanja nadležnosti."[36] Tribunal na kraju zaključuje da iz svih dostavljenih informacija se dolazi do činjenice da je na datum i oko datuma kada je dat pristanak krajnji vlasnik TSA argentinski državljanin Horhe Neus. Iz toga sledi da bez obzira na tumačenje BIT-a između Argentine i Holandije, TSA se ne može tretirati kao državljanin Holandije u svrhu primene člana čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije zato što nema „strane kontrole" i da tribunal nema nadležnost da ispita zahteve TSA.

U slučaju *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*[37] tužena Mađarska država je tvrdila da s obzirom na činjenicu da je kapital poreklom iz Kanade, i da Kanada nije država ugovornica Konvencije, tribunal bi trebalo da odbije zahteve tužioca, jer takvi zahtevi ne pripadaju državljanima države ugovornice. Tribunal nije prihvatio ove navode tuženog i njegovo pozivanje na princip „*piercing the corporate veil*". U odluci arbitri su naveli: „Iako takav princip postoji u domaćim pravnim praksama u nekim

33 *Ibid.*

34 Kao relevantne precedente tužilac je naveo sledeće slučajeve: Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, AMCO Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, Tokios Tokelés v. Ukraine, *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 Slučaj ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of Tribunal of 27 Spetember, 2006, dostupno 12. septembra 2016. godine na *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf*.

jurisdikcijama, on je retko i uvek oprezno primenjivan. Dalje, u ovom slučaju je neprimenjiv. Razlog je što se taj princip primenjuje samo u situacijama kada pravi vlasnik biznisa zloupotrebi korporativnu formalnost u cilju skrivanja svog pravog identiteta i izbegavanja odgovornosti. U ovom slučaju, Mađarska je bila u potpunosti svesna korišćenja kiparskih entiteta i manifestno i izričito ih odobrila. Stoga, mišljenje tribunala je da se argumenti tuženog „poreklo kapitala", „kontrola" kao i „probijanje pravne ličnosti" ne mogu prihvatiti."[38]

Sa druge strane u slučaju *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifèrevvdu Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*[39] tribunal je odlučivao da li *Banro Resources* koji je inkorporiran u Kanadi koja nije država ugovornica može da bude tužilac u IKSID arbitraži. Ovde su moguća dva pristupa rešavanju problema. Da li da se sagledava postupak koji je inicirao *Banro American Resources* kao državljanin države ugovornice koja nije država domaćin, ili njegovo matično društvo *Banro Resources*. *Banro American Resources* je osnovan u skladu sa pravom SAD, dok je SAKIMA kao zavisno društvo osnovana u Kongu. *Banro Resources* je osnovan u Kanadi. Kongo je dao pristanak na arbitražu samo prema *Banro Resources* i SAKIMA, a ne za *Banro American Resources*. Drugi pristup koji bi tribunal mogao da primeni jeste da vidi stvarne tužioce u ovom postupku, odnosno kao majku kompaniju *Banro American Resources*, i to *Banro Resources* sa SAKIMA koja deluje kao zavisno društvo u Kongu. Drugim rečima, veo grupne strukture bi bio podignut kako bi se otkrila prava matična kompanija koja jeste stvarni tužilac u ovom slučaju. Na ovaj način bi u stvari prevladala finansijska realnost nad pravnim strukturiranjem. I poslednje što se razmatralo i cenilo u ovom slučaju jeste činjenica da je transfer udela u *Banro Resources* izvršen na društvo u Americi, *Banro American Resources* nakon što je spor nastao i neposredno pre incijacije postupka pred IKSID-om. Na taj način je prema teoretičarima ovakav transfer poslužio nedozvoljenoj svrsi, a to je omogućavanje pristupa IKSID-u radi rešavanja spora.[40] Tribunal je našao da nema nadležnost za ovaj slučaj.

38 *Ibid.*

39 Slučaj Banro American Resources, Inc. and Société Aurifèrevvdu Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award of the Tribunal of 1 September, 2000, dostupno 12. septembra 2016. godine na *http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6351.pdf.*

40 Upor. R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.* fn. 13, 54–56.

5. ANALIZA PRISTUPA ARBITRAŽNIH TRIBUNALA

Jaraslav Krivoj (*Yaraslau Kryvoi*) tvrdi da u kontekstu međunarodne arbitraže probijanje pravne ličnosti znači uključivanje stranaka koje nisu potpisale arbitražni sporazum, majki kompanija, zavisnih kompanija, privatnih individua, državnih i kvazi-državnih entiteta i država. [41] Polazeći od kriterijuma da li je potpisan arbitražni sporazum, našao je da IKSID tribunal koristi sledeće pristupe pri donošenju odluke o nadležnosti: formalistički pristup, tretiranje pravnog lica koje nije strana ugovornica kao „investitora" (engl. *treating non-signatory corporation as "investor"*), i tretiranje pravnog lica koje nije strana ugovornica kao „investicije" (engl. *treating non-signatory corporation as "investment"*).[42]

Formalistički pristup se svodi na utvrđivanje da li su svi formalni uslovi ispunjeni kako bi tribunal zasnovao svoju nadležnost u skladu sa Konvencijom – da li je strana u sporu investitor, da li je predmet spora investicija, i da li su se strane saglasile da IKSID rešava njihov spor. Drugim rečima, tribunal će doneti odluku da je nadležan u prisustvu izričitog arbitražnog sporazuma koji u svemu zadovoljava kriterijume predviđene Konvencijom i BIT-om, i ukoliko su svi formalni uslovi za zasnivanje nadležnosti ispunjeni.[43] Tribunali koji zastupaju formalistički pristup neće primeniti princip probijanja pravne ličnosti, bez obzira na okolnosti slučaja koje ukazuju na opravdanost primene ovog instituta u konkretnom slučaju. [44]

Drugi pristup tribunala prema ovom autoru jeste primena ovog principa u cilju utvrđivanja da li je pravno lice zaista pod kontrolom „stranog investitora" u smislu čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije. U anali-

41 Y. Kryvoi, „Piercing the corporate veil in international arbitration", 169–186, tekst članka dostupan je 12. septembra 2016. godine na *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1572634.*

42 *Ibid.*

43 Prema ovom autoru tribunal koji zastupa ovaj pristup će ispitati da li strane u sporu jesu zaista registrovane kao takve i neće dozvoliti pri tom da jedna strana zastupa odnosno podnosi zahtev u svoje ime i ime svojih zavisnih društava ili matičnog društva. Izuzetak može da bude samo u slučaju da su obe strane koje su registrovane dozvolile trećem licu – kompaniji da stupi (engl. *to join*) u postupak.

44 Vid. slučaj Tokios Tokelés v. Ukraine.

zi slučajeva *Vacum Salt Products Ltd. v. Ghana* i *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina* autor nalazi da je tribunal koristeći princip probijanja pravne ličnosti našao da ne postoji strana kontrola, te da ne postoji ni nadležnost IKSID-a.[45]

Treći pristup jeste da tribunal može zasnovati svoju nadležnost i za zahteve akcionara u lokalnom investicionom društvu, bez obzira što ovakvi akcionari, bilo oni fizička ili pravna lica nisu strane u arbitražnom sporazumu. Polazni osnov za ovakav pristup je našao u praksi IKSID arbitraže i članu 25 Konvencije „bilo koji pravni spor koji proističe iz investicije". Tribunali su se vodili logikom da ukoliko investitor osnuje lokalno investiciono društvo, njegove akcije u tom društvu ili drugi način učešća u tom društvu predstavljaju njegovu investiciju u državu domaćina. Samim tim investitor bi u smislu člana 25 Konvencije zadovoljio test državljanstva druge države ugovornice Konvencije, a drugi uslovi za zasnivanje nadležnosti bi takođe bili ispunjeni.[46]

Drugi autor Leonid Šmatenko (*Leonid Shmatenko*) tvrdi suprotno, odnosno da samo u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži princip probijanja pravne ličnosti služi da se veže strana koja nije potpisnica arbitražnog sporazuma (matično društvo kao akcionar u lokalnom društvu) dok u međunarodnoj investicionoj arbitraži arbitri teže da pozivanjem na princip probijanja pravne ličnosti nađu investitora iz „strane države" koji će ispuniti uslove iz čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije kako bi zasnovali nadležnost IKSID-a.[47]

Skloniji smo da usvojimo mišljenje drugog autora, da se u međunarodnoj investicionoj arbitraži probijanje pravne ličnosti ne može primeniti da bi se proširilo dejstvo arbitražnog sporazuma na stranu koja ga nije potpisala. Kao što smo naveli, ova arbitraža se još naziva arbitraža bez ugovora, te je moguće da se postupak vodi i kad arbitražnog sporazuma nema, što u suštini demantuje pristup Jaraslava Krivoja. Sa druge strane, bez pristanka, strana se ne može privoleti na arbitražu ni u kom slučaju, čak ni primenom doktrine probijanja pravne ličnosti.

---

45 Vid. slučaj Vacum Salt Products Ltd. v. Ghana и TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina.

46 CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, dostupno na: *http://www.italaw.com/cases/288*, 12. septembar 2016. godine.

47 L. Shmatenko, „Piercing the Corporate Veil is Relative", dostupno na: *https://www.academia.edu/1226868/_Piercing_the_Corporate_Veil_is_relative*, 12. septembar 2016. godine.

Dakle, smatramo da arbitri primenjuju princip probijanja pravne ličnosti isključivo da bi našli investitora iz „strane države" koji će ispuniti uslove iz čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije i proći test suštinske i efektivne „strane kontrole".

Slučaj *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina* je prvi slučaj gde je tribunal utvrdio činjenicu da je sedište matičnog društva bilo registrovano na adresi gde je bilo registrovano još 225 drugih društava i da postojanje 225 drugih društava na istoj adresi znači da sedište uopšte ni ne postoji. Samim tim što sedište ne postoji, ne postoji ni osnovni kriterijum „sedišta" prihvaćen u običajnom međunarodnom pravu za utvrđivanje „državljanstva", a bez stranog državljanstva nema ni stvarne „strane kontrole" niti „stranog investitora". Ovo dalje može dovesti do revolucije u praksi IKSID-a naročito s obzirom na nedavno otkriće u vezi sa aferom „Panama papers"[48] gde je navodno nađeno da je panamska advokatska firma Mosak Fonseka (*Mossack Fonseca*) registrovala 214.000 kompanija u Panami i drugim različitim gradovima (Cirih, London i Hong Kong) koje su bile *shell* kompanije, bez stvarnog sedišta.

U drugom relevantnom slučaju tribunal je naveo da bi veo grupne strukture morao bio podignut kako bi se otkrila prava matična kompanija koja jeste stvarni tužilac, kao i da utvrđena činjenica da je transfer udela izvršen[49] na odgovarajuće društvo nakon što je spor nastao i neposredno pre incijacije postupka pred IKSID-om ukazuje da je transfer poslužio nedozvoljenoj svrsi, a to je omogućavanje pristupa IKSID-u radi rešavanja spora. Na ovaj način se investiciono planiranje i *treaty shopping* pretvara u nedozvoljeni *forum shopping*.

Uzimajući u obzir dva precedenta u IKSID arbitraži (*Vacum Salt Products Ltd. v. Ghana* i *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina*) kao i ostale analizirane slučajeve, prema kriterijumu da li tribunal primenjuje princip probijanja pravne ličnosti možemo razlikovati: formalno-pravni pristup kada se ne primenjuje princip probijanja pravne ličnosti, i materijalno-objektivni pristup kada se primenjuje princip probijanja pravne ličnosti

Formalno-pravni pristup primenjuje doslovno tumačenje čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije i priznaje za „državljanstvo" druge države ugo-

48 Vid. na *https://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers.*

49 Vid. slučaj Banro American Resources, Inc. and Société Aurifèrevvdu Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo.

vornice koja nije strana u sporu kriterijum za pravna lica koji je široko prihvaćen i zastupljen: mesto inkorporacije ili sedište pravnog lica. U ovom pristupu nema mesta probijanju pravne ličnosti radi utvrđivanja suštinskog identiteta stranog investitora ni kao tužioca ni kao imaoca „strane kontrole" nad tužiocem.[50] I u ostalim slučajevima možemo reći da IKSID tribunal koristi formalno-pravni pristup. To čini tako što prihvata definiciju „investicije" iz BIT-a merodavnog za konkretan slučaj i dozvoljava da akcionar bude tužilac, odnosno zasniva nadležnost kada utvrdi da su ispunjeni svi formalni uslovi, da je strana u sporu investitor koja ima državljanstvo druge države ugovornice, da predmet spora proizilazi iz investicije, i da su strane pristale da IKSID rešava njihov spor.[51]

Mišljenja smo da tribunal ne koristi princip probijanja pravne ličnosti onda kada nema razloga da probija pravnu ličnost, jer su strane iskoristile mogućnost iz Konvencije i već su se same sporazumele da otkriju identitet nosioca strane kontrole. Svakako ovaj kriterijum strane kontrole mora biti materijalno i suštinski ispunjen i objektivno dokazan da je u skladu sa onim što su se strane sporazumele. Međutim ostaje sporno, da li strane mogu da idu do krajnjeg vlasnika, ili je smisao Konvencije da strane stanu kod prvog nosioca strane kontrole. U praksi tribunal nije išao dalje od prvog nivoa kontrole,[52] niti se javilo u praksi da u investicionom sporazumu država ugovornica i investitor saglasnošću volja idu do krajnjeg vlasnika u cilju određivanja strane kontrole.[53]

Kod materijalno-pravnog pristupa tribunal dosledno primenjuje princip probijanja pravne ličnosti u cilju utvrđivanja stvarnog nosioca

50 Slučajevi u kojima je tribunal primenio formalno-pravni pristup i potpuno zanemario argumente tužene države o postojanja očigledne i dokazane potpune kontrole nad stranom kompanijom od strane domaćih državljanja te države jesu Tokios Tokelés v. Ucraine i Rompetrol Group N.V. v. Romania.

51 Vid. slučaj AES Corporation v. Argentine Republic.

52 Vid. slučaj AMCO and others v. Republic of Indonesia, Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela and Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia.

53 Slučajevi kada nije bilo saglasnosti ali je tribunal odlučio da probije pravnu ličnost sukcesivno prilikom identifikacije strane kontrole i državljanstva onih koji imaju stranu kontrolu su Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal i najskoriji African Holding Company of America and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. Republic of Congo.

„strane kontrole" o kojem ne postoji saglasnost strana. Kada na onovu svih činjenica i dokaza koje tužena država iznese u svom prigovoru nenadležnosti IKSID tribunal utvrdi stvarnog nosioca „strane kontrole", svaki tribunal postupa diskreciono, jer nema normiranog pravila koje bi mogao da primeni. U analiziranim slučajevima smo videli da tribunal kada nađe da je nosilac „strane kontrole" domaći državljanin ili lice bez državljanstva države ugovornice neće postupiti uvek na isti način.

Mišljenja smo da bi trebalo da bude primenjeno već pomenuto Daglasovo pravilo 52 u slučaju da je društvo osnovano samo sa ciljem da posluži zasnivanju nadležnosti tribunala nakon izbijanja spora, i da se u tim slučajevima ne zasnuje nadležnost bez obzira na postojanje svih formalnih elemenata. Ukoliko nađe da je „strana kontrola" samo rezultat dobrog unapred izvedenog investicionog planiranja i nije usmerena na urušavanje i negiranje osnovne svrhe i cilja same Konvencije, uočili smo da tribunal neće kažnjavati investitora i uskratiti mu povlastice osim ukoliko ne postoji izričita odredba u BIT-u.

Dakle, može se zasnovati teorija da tribunal primenjuje materijalno-objektivni pristup i princip probijanja pravne ličnosti tek kada je to neophodno u svetlu iznetih činjenica i dokaza. Dilema ostaje da li će uvek uskratiti benefite dobrog investicionog planiranja poslovanja kada je ono izvršeno daleko pre izbijanja spora.

Ovde možemo poći od pretpostavke koju je postavio Vilijam Park (*Wiliam W. Park*) da saglasnost mora da postoji bilo u obliku implicitne saglasnosti ili kao negiranje postojanja odvojene pravne ličnosti (engl. *disregard of corporate personality*).[54] On kaže da kada su argumenti za uključivanje strane koja nije potpisnica u arbitraži utemeljeni u institutu pravne ličnosti, polazna osnova za dalju analizu je pravo mesta osnivanja (engl. *law of the place of incorporation*). U tom slučaju može se tvrditi da društvo nikada nije valjano osnovano ili da nema suštinsku poslovnu delatnost ili da nema sedište u skladu sa pravom zemlje u kojoj je osnovano, te se može tvrditi u odsustvu ovih zahteva da a*b initio* to društvo nije imalo zasebnu pravnu ličnost, te da je samo zloupotrebljen njen pravni subjektivitet u cilju pristupa povlasticama iz BIT-a.[55]

54 W. W. Park, „Non-signatories and International Contracts, An Arbitrator's Dilemma", *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009, 18.

55 *Ibid.*

Ovde bi možda pomoglo sagledavanje vanimovinskih dejstava pravnog subjektiviteta društva.[56] Ukoliko bi tribunal utvrdio da privredno društvo ima samostalno poslovno ime, da privredno društvo ima svoje sedište (koje ne deli sa drugim društvima), da privredno društvo ima svoju delatnost – predmet poslovanja, i da privredno društvo ima svoju pripadnost (određenoj državi), mišljenja smo da bi pravilo trebalo da bude da tribunal ne bi trebalo da uskrati nadležnost bez obzira što je stvarni nosilac „strane kontrole" domaći državljanin ili državljanin države koja nije ugovornica. Sa druge strane, ukoliko je stvarni investitor osnovao privredno društvo koje ništa od ovih vanimovinskih dejstava nema, tribunal bi trebalo da procenjujući sve okolnosti slučaja i vodeći se pre svega svrhom i ciljem Konvencije uskrati nadležnost iz razloga što to društvo *ab initio* nikada nije imalo zasebnu pravnu ličnost, te ni ne može da bude imalac „strane kontrole" već je imalac „strane kontrole" domaći državljanin ili državljanin države koja nije ugovornica.

6. ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da u praksi IKSID arbitraže princip probijanja pravne ličnosti ima drugačiji *ratio* od onog koji postoji u nacionalnim pravima. On se poklapa sa jednim od osnovnih ciljeva Konvencije, a to je da se ne dozvoli rešavanje međunarodnih investicionih sporova između države i njenih državljana odnosno između države i državljana države koja nije ugovornica Konvencije. Cilj primene principa probijanja pravne ličnosti u IKSID arbitraži jeste sprečavanje zloupotrebe pravnog subjektiviteta društva radi zasnivanja nadležnosti IKSID-a, za razliku od međunarodne trgovinske arbitraže gde je zloupotreba usmerena na izbegavanje odgovornosti prema trećim licima.

Polazeći od ovih zaključaka i analize relevantnih slučajeva možemo dalje izvesti formalne i materijalne uslove za primenu prinicipa probijanja pravne ličnosti u IKSID arbitraži.

Formalni uslovi su: 1) da je osnivač stranog društva (nosioca „strane kontrole") državljanin domaće države ili državljanin države koja nije ugovornica Konvencije, 2) da je osnivač preko stranog druš-

56 Profesor Mirko Vasiljević pravi podelu na imovinska i vanimovinska dejstva pravnog subjektiviteta društva, M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije, 9. izdanje, Beograd 2015, 65.

tva osnovao lokalnu investicionu kompaniju u cilju ispunjenja uslova „strane kontrole“ iz čl. 25 st. 2 tač. b Konvencije koja je potpisala investicioni sporazum sa domaćom državom koji sadrži arbitražnu klauzulu i saglasnost države, i 3) da strano društvo *ab initio* nema poseban pravni subjektivitet i vanimovinska dejstva već samo skriva identitet svog osnivača ili da je društvo osnovano nakon što je spor nastao radi pristupa IKSID-u.

Materijalni uslov je da je lice iz tačke 1) zloupotrebilo pravnu ličnost lokalne investicione kompanije radi postizanja cilja koji je suprotan cilju i svrsi Konvencije da se štite samo strani investitori iz države ugovornice.

Svakako bez pravnog regulisanja uslova za primenu ovog instituta u međunarodnom investicionom pravu stranka u IKSID arbitraži ne može sa apsolutnom sigurnošću predvideti odluku tribunala o nadležnosti, i može se osloniti samo na arbitra koji jeste ili nije pristalica primene principa probijanja pravne ličnosti, te biranjem određenog arbitra u konkretnom sporu se može donekle predvideti barem njegov stav koji će zastupati u odlučivanju.

Bojana Babić, Master of Law (Belgrade)

PIERCING THE CORPORATE VEIL IN ICSID ARBITRATION

Summary

Regardless of the fact that piercing the corporate veil as a law principle is not regulated in international investment law, it is applied in ICSID arbitration which leads to the unpredictability in decision making. In the first part of the paper we list the conditions that are necessary for the jurisdiction of ICSID arbitration, and then we point out its particularities and possibility of investment planning. In the second part of the paper we are discussing cases where the tribunals dealt with the question of permissibility of application of the piercing-the-corporate-veil principle when deciding on jurisdiction. We will see that by analyzing the decisions certain rules can be observed in the decision-making process of different arbitration tribunals in the presence of the same or similar facts and circumstances. At the end of the paper, we give our conclusion on the conditions necessary for piercing the corporate veil in ICSID arbitration, which contributes to its predictability and better investment planning.

Key words: *International investment arbitration. – ICSID arbitration. – ICSID convention. – Piercing the corporate veil. – Investment planning.*

UDK 342.56(497.5) ; 347.9(497.5)

*Dr Dejan Bodul**

REFLEKSIJE O NEKIM HRVATSKIM MODELIMA DEJUDICIJALIZACIJE**

Od hrvatskog Ustava iz 1990. (NN, 56/90), koji je na bitno drugačiji način regulirao ustroj i položaj sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj, sustavno se radi na daljnjoj reformi, razvoju i unaprjeđenju stanja u sudstvu. Ipak loši procesni parametri, među ostalim, i u stečajnim te ovršnim postupcima naveli su zakonodavca da počne promišljati pa i provoditi postupak njihove dejudicijalizacije.

Ovaj rad ima za cilj analizirati navedeni postupak, odgovarajući na pitanje – gdje smo i šta dalje na planu u dejudicijalizaciji stečajnih i ovršnih postupaka? Kompleksnost predmeta istraživanja i postavljeni zadaci uvjetovali su izbor metoda pa je u istraživanju prvenstveno korišten povijesno-pravni i normativno-pravni metodološki pristup.

Ključne reči: *Sud. – Dejudicijalizacija. – Stečajni i ovršni postupci.*

1. UMJESTO UVODA

Imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji analiziramo, smatramo značajnim na početku napraviti terminološko razgraničenje kako bi bilo jasno šta se podrazumijeva pod pojmovima „sud" i „dejudicijalizacija".

Sukladno odredbama Zakona o sudovima, sud je definiran kao tijelo državne vlasti koji sudbenu vlast obavlja samostalno i neovisno u okviru djelokruga i nadležnosti određene zakonom (čl. 2).[1] Ipak, uva-

* Autor je docent na Katedri za građansko postupovno pravo, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, *dbodul@pravri.hr*.

** Ovaj je rad nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 *Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtednes*.

1 Zakon o sudovima – ZoS, *NN*, br. 28/13, 33/15, 82/15 i 82/16. Vladajuća doktrina smatra kako su Ustavom definirani okviri za ustanovljenje, organizaciju i nadležnost sudova te proceduru pred njima, na relativno su uopćenoj razini,

žavajući činjenicu da se preko judikature Europskog suda za ljudska prava (ECHR) afirmira princip precedenata i time judikature kao formalnog izvora prava, pojam „*sud*" u čl. 6, st. 1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s Protokolima[2] ne treba nužno shvatiti kao sud „u klasičnom smislu", koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje (čl. 2 ZoS), već kao tijelo koje odlučuje o pitanjima u okviru svoje nadležnosti na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se provodi na način kako je propisano zakonima. Naravno takvo tijelo mora zadovoljiti i niz kriterija, prvenstveno kriterij nezavisnosti i nepristranosti, način postavljanja i trajanje mandata, postojanje garancija protiv vanjskog pritiska i pitanje ostavlja li to tijelo dojam nezavisnosti.[3] Svakako je važno spomenuti kako su se ulaskom RH u EU počela primjenjivati brojna nova pravila pa i uredbe iz područja građanskoga parničnog postupka, pri čemu je odmah uočeno da se iste odnose samo na sudove i taksativno nabrojena tijela.[4]

U navedenom kontekstu se govori i o dejudicijalizaciji zaštite građanskih prava i obveza. Naime, nesumnjivo je kako su pravni sustavi modernih zemalja izloženi reformskim procesima, a jedan od njih

postavljeni u skladu s postulatima suvremenog (europskog) ustavnog prava. Tako, M. Dika, „Marginalije uz problem reforme pravosuđa", *Hrvatska – kako dalje: zadanosti i mogućnosti* (ur. J. Kregar, V. Puljiz, S. Ravlić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Zagreb, 2004, 119–133. Ipak analizirajući noviju legislativnu povijest, prvenstveno razdoblje 90-ih godina prošlog stoljeća, vidimo kako je uloga sudova bila sustavno potiskivana i marginalizirana. Podrobnije, A. Uzelac, „Zavisnost i nezavisnost, prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* vol. 42, br. 4, 1992, 582–590.

2 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s Protokolima – Konvencija, *NN-MU*, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

3 D. Bodul, S. Grbić, „O međusobnoj komplementarnosti pojmova „sud" i „javni bilježnik" u praksi Europskog suda za ljudska prava", *Časopis Javni bilježnik*, br. 40, 2014, 35 *et seq.*

4 *Exempli causa,* Uredba (EU) br. 1215 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o sudskoj nadležnosti te priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (*SL EU*, br. L 351, 2012) pod pojmom „sudska odluka" podrazumijeva bilo kakvu sudsku odluku koju donese sud neke države članice, bez obzira na to kako se ta sudska odluka naziva, uključujući presudu, nalog, odluku ili nalog za izvršenje te odluku o utvrđivanju troškova koju izdaje sudski službenik. Zanimljivo je da se tu navodi i da izraz „sud" uključuje i u Mađarskoj, u skraćenim postupcima u vezi s platnim nalozima (*fizetési meghagyásos eljárás*) i javne bilježnike (*közjegyzö*) (čl. 3).

je i dejudicijalizacija. Za potrebe ovog rada dejudicijalizaciju možemo naznačiti kao proces prenošenja određenih poslova sudbenosti osobama koje nisu suci, dakle nesucima, a u našem slučaju na javne bilježnike, javne ovršitelje i Financijsku agenciju (FINAu).

2. DEJUDICIJALIZACIJA U PODRUČJU POSTUPAKA SPECIJALNE EGZEKUCIJE

Dugotrajnost ovršnih postupaka i povećan broj nagomilanih ovršnih predmeta postali su najeklatantniji primjer disfunkcionalnosti sudskog sistema što je rezultiralo višestrukim negativnim posljedicama.[5] U želji da se ovrha općenito učini učinkovitijom, transparentnijom i pravednijom Ovršni zakon iz 1996.[6] mijenjan je gotovo svake godine, s tim da treba istaknuti kako je tada, pa još i danas, prisutan znatan broj predmeta iz razdoblja važenja Zakona o izvršnom postupku.[7]

Model dejudicijalizacije u području postupaka specijalne egzekucije, još uvijek normativno aktualan, je model javnobilježničkog određivanja ovrhe temeljem vjerodostojne isprave.[8] Navedeni model osobitost je ovršno-pravnih uređenja postjugoslavenskih država.[9] Ovršno rješenje je „dvokomponentno" i sadrži: platni nalog (nalog ovršeniku da namiri tražbinu zajedno s odmjerenim troškovima) i uvjetno rješenje o određivanju ovrhe: (a) općenito na imovini ovršenika, bez navođenja sredstva i predmeta ovrhe ili (b) na jednom ili više

5 T. Zoroska-Kamilovska, „Reforme sistema izvršenja u državama regiona – konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme", *Zbornik radova: Harmonizacija građanskog prava u regionu*, 2013, 447 *et seq.*

6 *NN*, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08.

7 *NN*, br. 53/91, 91/92.

8 Svakako vidjeti, G. Mihelčić, uz suradnju s D. Kontrec, *Komentar Ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb 2015, 823–857. Treba spomenuti *par excellence* svojstvo javnobilježničke isprave, njenu ovršnost (tzv. klauzula e*xequendi*), što daje vjerovniku mogućnost da dospjelo potraživanje iz pravnog posla prisilno ostvari bez drugih akata, primjerice, presude suda (čl. 54 Zakona o javnim bilježnicima, *NN*, br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16).

9 M. Bratković, „Reorganizacija ovrhe na temelju vjerodostojne isprave u Sloveniji", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* vol. 36, br. 2, 2015, 1025 *et seq*.

predmeta ovrhe.[10] Iako je određivanje ovrhe na temelju vjerodostojne isprave kod hrvatskih javnih bilježnika relativno novi institut, *implementiran u Ovršni zakon Novelom iz 2005.*,[11] predmet je učestalih kritika.[12] Još od implementiranja, *exempli causa*, prof. Uzelac navodi kako se „...glavni oslonac reforme sastoji od prebacivanja ovlasti za donošenje rješenja o ovrsi na javne bilježnike – pri čemu se može primijetiti da se na taj način sudovima oduzima možda jedina aktivnost koja bi im trebala biti ostavljena (a usto je u praksi izazivala i najmanje teškoća)".[13] Svakako treba spomenuti i rješenje koje je izazvalo nelojalnu konkurenciju među bilježnicima pa i kritiku dijela javnobilježničke profesije. Naime, u praksi zbog odredbi čl. 279, st. 1 i 2 Ovršnog zakona[14] javila se nemogućnost ravnomjerne raspodjele ovršnih predmeta na javne bilježnike, koja je, primjerice, izvršena u ostavinskim predmetima (dodjela u rad po abecednom redu prezimena javnih bilježnika). Kritika je struke kako svaka koncentracija ovršnih predmeta kod određenih javnih bilježnika predstavlja narušavanje počela nepristrane službe i dovodi do „neopravdanog bogaćenja",[15] jer notarijat nije poduzetnička djelatnost te je zabranjeno pribavljanje stranaka putem promidžbe. To je bio i predmet odlučivanja Ustavnog suda koji je konstatirao kako se navedeno pitanje odnosi na profesionalnu etiku među javnim bilježnicima te da kao takvo spada izvan okvira odlučivanja Ustavnog suda *ratione materiae.*[16] Pravna dvojba oko provođenja javnobilježničke ovrhe je uslijedila i od Suda Europske unije koji je naveo

10 Podrobnije, R. Benc, „Dostignuća notarijata u Hrvatskoj (rasterećenje sudova u ostavinskim, registarskim i ovršnim postupcima)", Fondacija Centar za javno pravo, dostupno na mrežnim stranicama: *http://notarrs.com/aktuelnosti/fotosi/Rankica_Benc.pdf*, 12. 6. 2017.

11 *NN*, br. 88/05.

12 Za suprotna stajališta vidi, R. Benc, *op. cit.*

13 Tako, A. Uzelac, „Vladavina prava i pravosudni sustav: sporost pravosuđa kao prepreka pridruživanju", u: K. Ott, (ur.), *Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji: Izazovi institucionalnih prilagodbi*, Zagreb 2004, 110 *et seq.*

14 *NN*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17.

15 Termin je prvi put korišten u mišljenju Zaštitnika građana o nedostacima u postupku uspostavljanja notarske službe. Dostupno na mrežnim stranicama: *http://www.paragrafco.co.rs/dnevne-vesti/031114/031114-vest5.html*, 19. 7. 2017.

16 Vidi odluku Ustavnog Suda RH, br. U-I-104/2014, Zagreb, 13. svibnja 2015. Podrobnije, D. Bodul, „Prilog raspravi o normativnoj konvergenciji europskoga latinskoga javnog bilježništva", *Zbornik radova s međunarodnog savjetova-*

kako Uredbu (EZ) br. 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o uvođenju europskog naloga za izvršenje za nesporne tražbine,[17] treba tumačiti na način da javni bilježnici u Hrvatskoj, kada postupaju u okviru ovlasti koje su im povjerene nacionalnim pravom u ovršnim postupcima na temelju „vjerodostojne isprave", nisu obuhvaćeni pojmom „sud".[18]

Daljnji korak dejudicijalizacije je napravljen 2010. implementacijom Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima,[19] prema kojem „ovrhu na novčanim sredstvima provodi Financijska agencija, Hrvatska narodna banka i banke" (čl. 2). U obrazloženju Prijedloga Zakona, potreba za njegovim donošenjem proizlazi iz činjenice da 1. siječnja 2011. na snagu stupa novi Zakon o platnom prometu[20] kojim se platne usluge u Republici Hrvatskoj uređuju istovjetno kao u zemljama članicama Europskoga gospodarskog područja, zbog čega se njime ne uređuju aktivnosti koje se, prema direktivi s kojom je usklađen, ne smatraju platnim uslugama. Stoga, platne transakcije zadane na temelju rješenja o ovrsi i drugih po pravnoj snazi izjednačenih isprava uređuje novi Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima.[21] Izvršenje na novčanim sredstvima i dalje je u nadležnosti FINAe.[22]

---

nja – aktualnosti građanskog procesnog prava: nacionalna i usporedna pravno teorijska i praktična dostignuća, Pravni fakultet, Split 2015, 357–391.

17 *SL* L 143 2004, str. 15, *SL*, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19, svezak 3, str. 172.

18 Predmet, C-484/15. Ipak navedena problematika je znatno složenija, ali zbog opsega rada nismo je u mogućnosti detaljnije analizirati.

19 Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima – ZPONS, *NN*, br. 91/10, 112/12.

20 *NN*, br. 133/09, 136/12.

21 Dostupno na mrežnim stranicama: *http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=34427*, 6. 7. 2017.

22 Ipak, ovdje bi skrenuli pažnju, na uvjetno govoreći, dvije „vrste" ovrhe: upravnu ovrhu koju provode upravna tijela na temelju izvršnih rješenja donesenih u upravnom postupku i sudsku ovrhu koju provode sudovi i javni bilježnici na temelju ovršnih i vjerodostojnih isprava. Primjerice, Zakon o financiranju vodnog gospodarstva, *NN*, br. 153/09, 90/11, 56/13, 154/14, 119/15, 120/16, definira kako ovrhu radi naplate vodnih naknada za koje rješenja o obračunu donose Hrvatske vode, provode Hrvatske vode sukladno Općem poreznom zakonu (čl. 40) što predstavlja tipični primjer tzv. upravne ovrhe. Ipak, upravna ovrha je prepoznata kao pitanje koje iziskuje posebnu pažnju pa neće biti predmet istraživanja u ovome radu. O tomu podrobnije, Z. Turčić, *Komentar*

Ubrzo nakon implementacije ZPONS, *uz novi Ovršni zakon iz 2010.*,[23] čija se rješenja također mogu problematizirati, *uvodi se još jedan novi model izvansudske ovrhe putem Zakona o javnim ovršiteljima*.[24] Ovim je Zakonom izvršena radikalna redefinicija i temeljiti redizajn pravila postupka ovrhe.[25] Ideja je djelomično prihvaćena u znanstvenoj i stručnoj javnosti budući su statistike pokazale kao nesporno da dosadašnji sudski model provođenja ovrhe nije u stanju izvršavati svoju funkciju. Novim uređenjem ovrhe napušta se dosadašnji model sudske ovrhe i provedba iste se daje u nadležnost javnih ovršitelja (u nadležnosti sudova ostat će samo ovrha radi predaje djeteta roditelju i ovrha radi ostvarivanja susreta i druženja roditelja s djetetom te određivanje ovrhe na temelju odluke stranog suda, domaćeg ili stranog arbitražnog pravorijeka ili kada je Ovršnim ili drugim zakonom propisano da ovrhu određuje sud).[26] Umjesto početka rada za koji se 71 osoba pripremala na način da je položila stručni ispit i ispunila sve druge materijalno pravne uvjete, zakonodavac se odlučio za napuštanje službe javnih ovršitelja i uvođenje novog starog zakonodavnog modela sudske ovrhe.[27] U problematiku se involvirao i Ustavni sud navodeći kako je u ingerenciji države izbor zakonodavnih modela za uređenje pojedinih odnosa u društvu što samo po sebi ne podliježe ustavnom nadzoru. Ipak je pritom naznačio da iako zakonodavac ima ustavnu ovlast da stavi ZJO izvan snage, *modus operandi* zakonodavca je odredio kao potpuno neprimjeren i suprotan idealu svake suvremene pravedne i socijalne države.[28]

Zakona o općem upravnom postupku s prilozima, sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova, 3. izdanje, Organizator, Zagreb 2012, 312–333.

23 *NN*, br. 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12, 80/12.

24 Zakon o javnim ovršiteljima – ZJO, *NN*, br. 139/10, 50/11, 70/12.

25 Njime je uređen institut javnih ovršitelja, način njihova izbora, uvjeti za imenovanje, kriteriji za određivanje broja javnih ovršitelja, njihova nadležnost, ovlasti i obveze, odgovornost za štetu, obveza stalne edukacije, stegovna odgovornost, sustav kontrole i uspostava čvrstog i stalnog mehanizma praćenja njihovog rada.

26 Konačni prijedlog Zakona o javnim ovršiteljima, Klasa: 711-01/10-01/03, Ur. broj: 5030109-10-6, Zagreb, 28. listopada 2010. Dostupno na mrežnim stranicama: *http://www.google.hr/search?q=javni+ovr%C5%A1itelji%2C+damir+kontrec%2C+pdf&*, 1. 7. 2017.

27 Zakon o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima, *NN*, br. 112/12.

28 Vidi, odluke Ustavnog suda pod brojevima U-I-5612/2011, U-I-6274/2011, U-I-178/2012, U-I-480/2012, U-I/2886/2013.

Dugogodišnji prijepori oko troškova prisilne naplate radiotelevizijske pristojbe rezultirali su *daljnjim procesom dejudicijalizacije ovršnog postupka. Isti je izvršen 2017. novim čl. 36.a Zakona o dopuni Zakona o Hrvatskoj radioteleviziji.*[29] Njime je propisan novi način prisilne naplate mjesečne radiotelevizijske pristojbe (odgoda do 1. siječnja 2018). Naime, dosadašnji sustav naplate mjesečne pristojbe provodi se kroz institut ovrhe na temelju vjerodostojne isprave što je rezultiralo kompliciranim postupkom i disperzijom nadležnosti između sudova, javnih bilježnika i odvjetnika, a samim time i neproporcionalnim troškovima za dužnika. U osnovi, novo rješenje se temelji na autonomnom izdavanju specifičnoga platnog naloga, kojem se u slučaju nepodnošenja pravodobnog prigovora, *ex lege* priznaje svojstvo ovršne isprave, a posljedično tome i mogućnost traženja ovrhe pred sudom ili FINAom, u skladu s općim načelima OZa.[30] Treba istaknuti kako do vremena sačinjavanja ovog rada nije postojalo dovoljno praktičnog iskustva da bi se spomenute novine mogle analizirati s kritičkog aspekta.

3. DEJUDICIJALIZACIJA U PODRUČJU POSTUPAKA GENERALNE EGZEKUCIJE

Sudska ingerencija u stečajnom postupku odnosno u postupku generalne ovrhe je rezultat težnji da se ostvari pravednost u pogledu ostvarenja cilja stečajnog postupka, odnosno da se dosljedno ostvari načelo jednakosti vjerovnika, koje je relativizirano postojanjem isplatnih redova. Ipak, postoje široke, pa i povijesne, varijacije u smislu postojanja današnjih profesionalnih standarda u organizaciji sudova i insolvencijskom sudovanju.[31]

Prvim modernim Stečajnim zakonom iz 1997.[32] redefinirana su počela stečajnog postupka. Stečajni postupak ostaje sudski postupak koji se vodi po pravilima izvanparničnog postupka. U odnosu na dru-

29 *NN*, br. 137/10, 76/12, 78/16, 46/17, 73/17.

30 Podrobnije, B. Bugarin, „Dopuna Zakona o Hrvatskoj radioteleviziji – najava većih promjena?", *Hrvatska pravna revija*, br. 6, 2017, 88–95.

31 D. Bodul *et al.*, „Uloga suda kao tijela državne vlasti u insolvencijskim postupcima – od rimskih „*praetora*" do novog hrvatskog Stečajnog zakona i konvencijskih „tribunala"", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Vol. 9, br. 17, 2016, 11–41.

32 *NN*, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

ge sudske postupke koje vode isključivo sudska tijela, stečajni postupak vode sudska i izvansudska tijela. Sudska tijela su, prvotno stečajno vijeće (ukinuto 2003.)[33], kasnije stečajni sudac kao sudac pojedinac. Sud donosi odluke o prijedlogu za pokretanje postupka, imenovanju privremenog stečajnog upravitelja te stečajnog upravitelja, odobrava isplatu vjerovnika kao i o zaključenju stečaja. Uz to, sud analizira ekonomsko financijsko stanje dužnika te odlučuje ima li mjesta pokretanju stečajnog postupka. Također, on donosi i odluku o visini naknada i nagrada u stečajnom postupku, a na koje imaju pravo vještaci, privremeni stečajni upravitelj, stečajni upravitelj i članovi odbora vjerovnika. Također, odlučuje po prigovorima i vrši nadzor nad operativnim provođenjem stečajnog postupka, odnosno radom stečajnog upravitelja. Samim tim, on kontrolira prijavu potraživanja i sama potraživanja vjerovnika, unovčavanje, čuvanje i oblikovanje stečajne mase te namirenje vjerovnika. Drugim riječima, stečajni sudac ovlašten je odlučivati o svim pitanjima stečajnog postupka, osim o onima o kojima po Zakonu odlučuje koje drugo tijelo stečajnog postupka (izvansudska tijela stečajnog postupka). Možemo konstatirati kako stečajni sudac vodi i nadzire cijeli stečajni postupak kao i da su njegovi poslovi raznovrsni jer on, osim donošenja odluka u stečajnom postupku, vrši i koordinaciju između pojedinih tijela stečajnog postupka. Iz navedenog proizlazi i opseg njegove odgovornosti. Godine 1996. implementiran je i preustroj (Glava VI čl. 213–265 SZ), kao jedan od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedina alternativa likvidaciji stečajnog dužnika.[34] Novelom SZ iz 2000.[35] preustroj u smislu reorganizacije zamijenjen je širim i preciznijim pravno-tehničkim terminom „stečajni plan" čime Zakon nije nikako na normativnom planu ništa izgubio od svoje reorganizacijske dimenzije – ona je svedena u svoje prave okvire jednog od mogućih načina uređenja odnosa između dužnika i njegovih vjerovnika. Sudu je dana ovlast da provodi postupak stvaranja, usvajanja te nadziranja izvršenja stečajnog plana.[36]

33 *NN*, br. 123/03.

34 M. Dika, „Razlozi za reformu hrvatskog insolvencijskog prava i neke temeljne novine toga prava", *Novo ovršno i stečajno pravo*, Organizator, Zagreb 1996, 203–227.

35 *NN*, br. 129/00.

36 M. Dika, *Novosti u stečajnome pravu s pročišćenim tekstom Stečajnoga zakona*, Organizator, Zagreb 2001.

Ipak kako je postojeća primjena SZ-a dovela u pravilu do nestanka pravne osobe te kako u europskim zakonodavstvima postoji tendencija prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika nalik na glavu 11 Stečajnog zakona SAD-a *implementiran je Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*.[37] Cilj je omogućiti dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. Sam ZFPPN velikim je dijelom imao uzor u spomenutom jugoslavenskom, kasnije i u hrvatskom ZPNSL-u i slovenskom *Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*.[38] Problem je u tomu što naš zakonodavac to negira, smatrajući da je donio izvorno rješenje za rješavanje široko rasprostranjene insolventnosti u gospodarstvu države. Temeljna novina ZFPPN se ogleda u tijelima koja vode postupke. Naime, tijela u postupku predstečajne nagodbe su nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe. Postupak se vodi u FINI u mjesno nadležnom regionalnom centru gdje se i nalazi nagodbeno vijeće koje vodi postupak. Nagodbeno vijeće sastoji se od dva člana i predsjednika vijeća koji donose odluke u postupku, a koje imenuje ministar financija. Zakonska uloga vijeća je da vodi postupak, da pazi da se postupak odvija u zakonskim okvirima i da usmjerava stranke da dođu do sporazuma kojim će urediti međusobna prava i obveze. Ako dođe do sporazuma nagodba se ne sklapa pred nagodbenim vijećem, već pred mjesno nadležnim trgovačkim sudom prema sjedištu dužnika. Na ovaj je način, barem po riječima predlagača zakona i dijela pravne teorije, izbjegnuta uloga vijeća kao tijela koje odlučuje o međusobnim pravima i obvezama dužnika i njegovih vjerovnika. Ipak, autor ne može zaobići činjenicu da je Republika Hrvatska, kao stranka u postupku predstečajne nagodbe u pravilu bila najveći vjerovnik, pa se opravdano postavljalo pitanje objektivnosti i nepristranosti osoba koji su članovi nagodbenog vijeća. Štoviše, članove nagodbenog vijeća imenuje jedna od stranaka u postupku, i to, nerijetko, vjerovnik s najvećim pravima na imovini predstečajnog dužnika. Iznesena teza dobiva na važnosti ako ulogu nagodbenog vijeća, kao subjekta u predstečajnoj nagodbi, analiziramo i kroz prizmu članka 6 Konvencije.[39] Dakle, zakonodavac je od-

37 Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi – ZFPPN, *NN*, br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15, 78/15.

38 *Ur. list RS*, br. 13/14, 10/15, 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C.

39 D. Bodul *et al*., „O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i

lučio postupak predstečajne nagodbe delegirati pravnoj osobi s javnim ovlastima Financijskoj agenciji (FINI), a ne sudovima, što je presedan u cjelokupnoj hrvatskoj povijesti postupaka u svezi s likvidnošću od 1840.[40] Štoviše, Zakon je potaknuo i seriju prijedloga za preispitivanje njegove ustavnosti,[41] a Ustavni sud, iako ovlašten donijeti odluku o neustavnosti zakona koji su prestali važiti,[42] isto nije napravio navodeći kako „ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari".[43]

Implementacijom ZFPPN znatno je izmijenjen i okrnjen stečajni postupak u Republici Hrvatskoj, a to se otklonilo donošenjem najnovijeg Stečajnog zakona.[44] Najvažnije novine su članci Glave II (čl. 21–74 SZ) prema kojima odredbe o predstečajnoj nagodbi prelaze iz ZFPPN u SZ kao predstečajni postupak sukladno kojima bi FINA ostala tijelo predstečajnog postupka koje sada samo tehnički i administrativno pomaže sudu.[45] Dakle, sada su tijela predstečajnog postupka sudac pojedinac i povjerenik (čl. 21 SZ), a ne više nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 32 ZFPPN). Pritisak za reformu predstečajnih nagodbi, odnosno za jaču ulogu suda, vršila je i primjena čl. 6 iz Konvencije. Naime, praksa ECHR-a naznačuje kako se čl. 6, st. 1 primjenjuje na stečajni postupak, pa prva dvojba koja se odnosi na samu legitimnost procesa dejudicijalizacije kroz model predstečajne nagodbe je činjenica da stečajno pravna zaštita mora biti u nadležnosti onog tijela koje Konvencija označava sintagmom „tribunal", a danas ta svojstva u pozitivnom pravu ima samo sud. To je rezultiralo „brisanjem" zakonodavnih rješenja po kojima je FINA *de facto* i *de jure* odlučivala u postupcima predstečajne nagodbe. Novo rješenje ukazuje na samostalnost suda što podrazumijeva da je sud posebna vrsta tijela državne

temeljnih sloboda", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* Vol. 34, br. 1, 2013, 471 *et seq.*

40 J. Garašić, „Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku, izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe", *Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Mihajla Dike,* Pravni fakultet, Zagreb 2013, 479.

41 Odluke Ustavnog suda, U-I-518/2012, U-I-2948/2013, U-I-3291/2013, U-I-4175/2013, U-I-4400/2013, U-I-4416/2013, U-I-4419/2013.

42 Ustavni Zakon o postupku pred Ustavnim sudom, *NN*, br. 99/99, 29/02, 49/02, čl. 56.

43 Rješenje Ustavnog suda, br. U-I-5181/2012 i dr., Zagreb, 20. listopada 2015.

44 Stečajni zakon – SZ, *NN*, br. 71/15 od 1. rujna 2015.

45 Treba napomenuti kako je uloga trgovačkog suda u postupcima predstečajne nagodbe opisana u čl. 66 ZFPPN-a koji je noveliran čak tri puta.

vlasti za koji vrijede posebna pravila suđenja, a pritom FINA služi kao „ispomoć" u postupku.[46] Ipak, FINA je i dalje neizostavni sudionik postupka, a sud je tijelo koje joj može u svako doba davati upute, zatražiti obavijesti ili izvješće o poduzetim radnjama u postupku te nadzirati njezin rad (čl. 45).[47] Međutim, pitanje uputa i nadzora ostaje i nadalje otvoreno.[48] Nadalje, zakonodavac određuje da će se predstečajni postupak otvoriti ako „sud utvrdi" da dužnik svoje obveze neće moći ispuniti po dospijeću (čl. 4 SZ). U praksi potvrdom FINE se dokazuje postojanje predstečajnog razloga. Što ako sud odluči da takva potvrda nije dostatna, pa sam odluči ocjenjivati opravdanost predstečajnog razloga (čl. 13, st. 3 (tzv. istražno načelo))? Je li on to u mogućnosti napraviti s obzirom da nema specifična ekonomska znanja? Štoviše, čak i u slučaju da zatraži potrebita vještačenja, postoje li u sudu za to potrebna sredstava? U prilog ovom pitanju govori i činjenica da predujmljeni iznos za predstečajne postupke od 5.000,00 kuna bruto (dakle oko 2.600,00 neto) (čl. 28) nije dostatan za troškove povjerenika, troškove FINE, sudskog vještaka i troškove utvrđivanja činjenica *ex offo*. Konačno, svakako je bitno i pitanje dostave između suda i FINE koja se obavlja elektroničkim putem, a kako navedena mogućnost nije implementirana u tehničkom smislu, javlja se nemogućnost da sud obavlja svoju zakonsku funkciju.[49] Uz navedena materijalno-postupovna pitanja, bitan je i organizacijski element. Naime, pitanje je može li sadašnja organizacija trgovačkih sudova podnijeti „teret" vođenja pet vrsta insolvencijskih postupaka – predstečajnih nagodbi, predstečajnih postupaka, stečajnih postupaka, skraćenih stečajnih postupaka i tzv. automatskih stečajeva. Iz statističkih podataka Ministarstva pravosuđa za 2015. jasno proizlazi da zakonodavac nije predvidio posljedice koje će reforme SZ proizvesti te uslijed toga nije ni pripremio pravosudni sustav da spremno dočeka povećani priljev stečajnih predmeta.[50] Naime, tijekom 2015. svi trgo-

46 J. Čuveljak, „Novosti u Stečajnom zakonu", *Pravo i porezi,* br. 1, 2013, 18 *et seq.*

47 Ako FINA ne poduzima radnje u postupku u skladu s odredbama ovoga Zakona, sud je može kazniti novčanom kaznom do 50.000,00 kuna (čl. 45 SZ).

48 Pritom treba imati na umu da sud, za razliku od FINE, primjenjuje Sudski poslovnik koji takvo postupanje ne regulira.

49 N. Radić, „Predstečajni postupak", *IUS-INFO,* 2016, 75 *et seq.*

50 Vidi Statistički pregled za 2015. – Ministarstvo pravosuđa, dostupno na mrežnim stranicama: *https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Strategije,%20planovi,%20izvje%C5%A1%C4%87a/Statisti%C4%8Dki_pregled_za_2015.pdf* , 12. 7. 2017.

vački sudovi zaprimili su ukupno 169.094 predmeta, riješili 158.250 predmeta te je na kraju 2015. ostalo 44.236 neriješenih predmeta što predstavlja znatno povećanje broja neriješenih predmeta u odnosu na 2014. Posebno se uočava drastično smanjenje indikatora CR (stope rješavanja) za stečajne predmete (27%) što je posljedica primjene novog SZ od 1. rujna 2015. prema kojem je nad velikim brojem poduzeća pokrenut stečaj *ex offo*. Istovremeno, indikator DT (pokazatelj vremena rješavanja predmeta) ukazuje kako je trgovačkim sudovima najviše dana potrebno za rješavanje stečajnih predmeta, za koje je potrebno prosječno 1.304 dana, dok je najmanje dana potrebno za rješavanje predmeta sudskog registra (21 dan). Za dvije osnovne vrste predmeta koje rješavaju trgovački sudovi u okviru svoje nadležnosti – parnične trgovačke i stečajne, u odnosu na prethodnu godinu bilježi se smanjenje vremena potrebnog za rješavanje parničnih predmeta sa 343 na 324 dana, dok je kod stečajnih predmeta, zbog ranije spomenutog SZ zabilježeno drastično povećanje vremena potrebnog za rješavanje sa 506 na 1.304 dana. Što se tiče predmeta predstečajne nagodbe, prosječno vrijeme potrebno za rješavanje istih u 2015. je 124 dana, što predstavlja smanjenje u odnosu na 2014. (kada je ovaj indikator bio 150 dana). Pri tome se u 2017. očekuje daljnji rast priljeva stečajnih predmeta kao izravna posljedica reforme SZ te je potrebno poduzeti korektivne mjere kako bi se trgovački sudovi mogli nositi s ovako povećanim priljevom predmeta.[51] U navedenom kontekstu svakako je bitno spomenuti Konvenciju koja obvezuje države ugovornice, dakle i Republiku Hrvatsku, na organiziranje svojih pravosudnih sustava na način koji omogućava rad sudova u skladu sa zahtjevom za vođenjem postupaka u „razumnom roku".

Na postulatima financijskog oporavka implementiran je i Zakon o stečaju potrošača.[52] Posebne insolvencijske odredbe pružaju potrošačima pravo na otpust dugova u tri etape. Ipak, kako bi se rasteretilo sudove od velikog broja očekivanih postupaka, zakonodavac je predvidio dužnost predlagatelja da pokuša u prvoj fazi postići sporazum sa svojim vjerovnicima u izvansudskom postupku pred FINA-om ili drugim savjetovalištima tijekom određenog razdoblja prije podnošenja prijedloga za otvaranje postupka stečaja potrošača nadležnom općinskom sudu

51 K. Turkalj, „Kako pravosuđe može dati doprinos gospodarskom rastu u Republici Hrvatskoj", *Pravo i porezi*, br. 2016, 59 *et seq.*

52 *NN*, br. 100/15 od 18. rujna 2015.

(čl. 8 ZSP).[53] Za potrebe rada važno je spomenuti i strukturu izvansudskog modela postupka u okviru kojeg će se odlučivati o postupku otpusta dugova. Hrvatski zakonodavac je odredio kako izvansudski postupak provodi posrednik u savjetovalištu. U osnovi radi se o vrsti formalnog postupka kojem je svrha, osim svojevrsnog posredovanja među sudionicima postupka, prikupljanje svih relevantnih podataka o potraživanjima vjerovnika kao i o potrošačevoj imovini. Pritom je kao savjetovališta odredio ustrojstvene jedinice FINA-e i druge osobe koje će pravilnikom od strane ministarstva pravosuđa dobiti dozvolu za obavljanje poslova savjetovališta (čl. 9 i čl. 80, st. 2 ZSP). S druge strane, operativno tijelo – posrednik – je djelatnik FINA-e, odnosno druga fizička osoba kojoj je ministar nadležan za poslove pravosuđa izdao dozvolu za obavljanje poslova posrednika. Posrednik može biti fizička osoba koja kumulativno ispunjava sljedeće: koja ima poslovnu sposobnost; koja ima završen diplomski sveučilišni studij čijim završetkom je stekla najmanje 300 ECTS bodova ili ima završen preddiplomski sveučilišni studij ili stručni studij čijim završetkom je stekla najmanje 180 ECTS bodova, iz područja ekonomije ili prava; koja ima iskustva u mirnom rješavanju sporova između strana sa suprotnim interesima ili iskustva u vođenju postupaka u kojima su sudjelovale strane sa suprotnim interesima; koja je dostojna za obavljanje poslova posrednika. Njegova je obveza osiguravati poštivanje osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti potrošača. Također je dužan vidjeti radi li se o poštenom potrošaču provjeravajući popis imovine i obveza koje je potrošač dužan priložiti pri podnošenju zahtjeva za provedbom izvansudskog postupka. Ipak možda i njegova najvažnija funkcija, iako se obavlja na zahtjev potrošača, pružanje je stručne pomoći potrošaču za sastavljanje plana ispunjenja obveza (vidi čl. 10, 13, 14 i 17 ZSP).

4. UMJESTO ZAKLJUČKA ILI BILANCA REFORMI

Postoje mnoge nedoumice koje se javljaju i u svjetskoj praksi i doktrinarnim razmatranjima o konstrukciji postupaka generalne i specijalne egzekucije.

53 Ipak, činjenica da je postupak stavljen u stvarnu nadležnost općinskih (čl. 21, st. 1), a ne trgovačkih sudova, koji tradicionalno vode ovu vrstu postupaka, može biti indikativa, jer je pitanje hoće li sudovi koji nisu specijalizirani za ovu vrstu predmeta biti u stanju iste adekvatno i provoditi.

Obiter dicta, u pogledu organizacije ovrhe, bez obzira na to hoće li se u nekoj od reformi odabrati privatna ili javna struktura ovrhe, potrebno je preispitati ulogu sudova. Formiranje stručno osposobljenog pravnog kadra u području ovrhe, kao što su javni bilježnici, načelno je imalo pozitivne učinke koji se najbolje mogu prikazati boljim procesnim parametrima.

Iz hrvatske perspektive, evidentno je da problem plaćanja dospjelih novčanih obveza u gospodarstvu nije do kraja otklonjen što znači da će se (stečajni) sudovi nastaviti boriti s velikim brojem predmeta pa ideja o provođenju restrukturiranja izvan i prije stečajnog postupka, ali pod nadzorom suda (kako bi se dug učinio održivim, a poslovanje prilagodilo novim okolnostima) dobiva na posebnom značaju i u Republici Hrvatskoj.[54]

Iako prostor koji ovdje imamo, nažalost, ne dopušta detaljnu raščlambu predmetne problematike, indikativna metoda utvrđivanja činjenica ukazuje kako su navedeni procesi dejudicijalizacije zaštite građanskih prava i obveza u Hrvatskoj više odraz oportunističkih, potencijalno i neustavnih rješenja, a manje promišljenih sistemskih legalističkih zahvata. Štoviše, analizirajući legislativnu povijest donošenja spomenutih zakona, pokazuje se kako nije postojao konsenzus struke oko, ne samo donošenja, već i provedbe navedenih propisa. Tako se dolazi do najvažnije ocjene kada je o bilanci reformi riječ: procesi su (opet) na početku, što indicira pripremu nove strategije.

Ipak, navedeni problemi su suviše političko i institucionalno senzibilni te bi analiza zahtijevala znatno širi, pa i interdisciplinarni, prostor. Stoga izazov daljnjeg proučavanja i praćenja procesa dejudicijalizacije zaštite građanskih prava i obveza u postupcima generalne i specijalne egzekucije ostaje predmet daljnjeg akademskog istraživanja.

54 B. Radulović, „Sporazumno finansijsko restrukturiranje u Republici Srbiji – uporednopravna i empirijska analiza", *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. V. Radović), Pravni fakultet, Beograd 2015, 148–182.

Dejan Bodul, PhD
Assistant Professor at the University of Rijeka Faculty of Law

ON THE TOPIC OF A FEW CROATIAN MODELS OF DEJUDICIJALIZATION

Summary

Since the 1990 Constitution of the Republic of Croatia (NN, 56/90), which regulated the organization and the position of the judiciary in the Republic of Croatia in a significantly different way, legislator is constantly working on further reform, development and improvement of the situation in the judiciary. However, the length of court proceedings have prompted the legislator to begin to deliberate and to implement the process of dejudicijalization of the protection of civil rights and obligations. The purpose of this paper is to analyze the results of the existing dejudicijalization procedures so far as to answer the question: Where are we and what is further on the plan of dejudicijalization of the protection of civil rights and obligations in general and special execution procedures? The complexity of the subject matter of the research and the set tasks required the choice of methods, so the author primarily used a historical and normative methodological approach.

Key words: *Court. – Dejudicialization. – Enforcement and bankruptcy procedures.*

UDK 341.018:341.355.4

*Mirza Čaušević, LL.M.**

DOKTRINA HUMANITARNE INTERVENCIJE U MEĐUNARODNOM (JAVNOM) PRAVU**

Prilikom čitanja samog naslova članka, nužno je istaknuti kompleksnost interesa kod humanitarne intervencije, što jasno znači da elaborirani institut međunarodnog (javnog) prava treba isključivo tumačiti kroz „ozbiljna" i „masovna" kršenja ljudskih prava. Tome u prilog govore notorne činjenice da zbog širokog manevarskog prostora, koji joj omogućuje najčešću primjenu u praksi i „plesa" na tankoj liniji između pozitivnih i negativnih stavova međunarodne zajednice te zbog naglašenog moralnog elementa, zbog kojeg doista najviše od svih oblika odmah podsjeća na elemente doktrine (ne)pravednog rata. U skladu s tim, permanentno ugrožavanje ljudskih prava dovelo je do autorove potrebe da kroz praktične primjere humanitarnih intervencija u Libiji i Siriji naglasi (ne)postojanje legitimiteta i legaliteta za poduzimanje vojne akcije sa ciljem zaštite ljudskih prava. Cilj ovog rada je istraživanje pozadine humanitarne intervencije sa aspekta međunarodnog ugovornog i običajnog prava, dok je posebna pažnja posvećena djelovanju Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija.

Ključne reči: *Humanitarna intervencija. – Doktrina (ne)pravednog rata. – Ljudska prava. – Povelja Ujedinjenih nacija. – Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Humanitarna intervencija, kao oblik upotrebe oružane sile radi zaštite ljudskih prava, izazivala je i još uvijek izaziva brojne političko-pravne dileme među državama, internacionalistima i teoretičarima međunarodnog prava. Dakle, u ovom članku će se posebno apostro-

* Autor je viši asistent Fakulteta pravnih nauka Sveučilišta/Univerziteta „Vitez" u Vitezu, *mirza.causevic@unvi.edu.ba.*

** Članak predstavlja rezultat rada na doktorskoj disertaciji pod nazivom „*Efekti globalizacije i rješavanje međunarodnih sporova putem prinude*".

firati centrifugalna i centripetalna osnova determinističkog tumačenja unilateralne humanitarne intervencije poduzete bez odobrenja Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija (u daljnjem tekstu: SB). U savremenom, današnjem međunarodno-pravnom „životu" doktrina humanitarne intervencije u međunarodnom (javnom) pravu prevashodno tumači ponovnu upotrebu unilateralne humanitarne intervencije, kao i najavu nekih međunarodnih organizacija da će u svoje strategije uvrstiti i pravo na upotrebu sile radi zaštite ljudskih prava bez odobrenja SB, kao i izostanak adekvatnih akcija SB u situacijama masovnih kršenja ljudskih prava, presudno su uticale na autora članka da se opredijeli za proučavanje ovog problema.

Šta podrazumijevamo pod (in)doktrinacijom humanitarne intervencije u međunarodnom pravu? Sasvim je sigurno, da odgovor na ovo pitanje ne može biti obuhvaćen jednom rečenicom, ali, ipak, izvjesno je da (in)doktrinacija humanitarne intervencije predstavlja predmet intenzivne i dugotrajne debate u pravnoj, političkoj, društvenoj i filozofskoj literaturi. U skladu s temom ovog članka, glavni akcenat pri tumačenju doktrine humanitarne intervencije stavljen je na međunarodno-pravnu analizu, dok njeni ostali aspekti predstavljaju uzgredne probleme koji se uzimaju u razmatranje samo kada je to neophodno za potrebe pravne analize. Naime, iz gore navedenog, jasno se može zaključiti da institut humanitarne intervencije spada u domen *ius ad bellum*, odnosno u dio međunarodnog prava koji reguliše upotrebu sile u međunarodnim odnosima. Shodno tome, sasvim je razumljivo da humanitarna intervencija izaziva u međunarodno-pravnom poretku tenzije na relaciji suverenost – zabrana upotrebe sile, s jedne strane, i zaštite ljudskih prava i pravde, na drugoj strani. Samim tim kod humanitarne intervencije se suprotstavljaju načelo neintervencije i zahtjev za sprječavanjem ili zaustavljanjem ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava. Dapače, sve ove vrijednosti su univerzalni postulati, na kojima se temelji današnje savremeno međunarodno pravo. Od *Vestfalskog mira iz 1648. godine*, pa i dan danas, suverenost je najstarija vrijednost države, naročito za one koje nisu moćne, ljubomorno čuvaju ovu tekovinu koju su teškom mukom stekle. Dakako, zabrana upotrebe sile, postala je temelj savremenih međudržavnih odnosa, tek nakon stradanja koja su donijela dva svjetska rata. Na osnovu ovih činjenica, može se konstatovati da je poštovanje ljudskih prava vrijednost koja je najkasnije izgradila sebi mjesto u međunarodnom pravu, ali postoji određeni broj teoretičara koji smatraju da su ljudska prava svojim intenzivnim razvo-

jem dostigla takav značaj da je neki smatraju važnijom od suverenosti i zabrane upotrebe sile.

Dakle, sa aspekta organizacije i funkcionisanja međunarodne zajednice (u daljnjem tekstu: MZ) i njenih institucija, čovjek kao pojedinac, sve više postaje noseći subjekt uticaja, a njegova prava konstituišu težišni objekat zaštite u međunarodnom društvu. Savremenu civilizaciju, i pored takvog pridavanja značaja zaštiti prava čovjeka i snažnog talasa demokratizacije u svijetu poslije hladnog rata, i dalje karakterišu pojave masovnog kršenja ljudskih prava, često praćene okrutnim i najtežim kršenjima međunarodnog prava. Iako je poslije hladnog rata smanjena opasnost od međudržavnih sukoba većih razmjera, ali su u prvi plan izbili brojni tzv. ratovi nove vrste, koji nažalost, takođe, izazivaju ogromne patnje i nepotrebna stradanja ljudi. Upravo unutrašnji konflikt u jednoj državi, u kome sama vlast takve države vrši masovno kršenje ljudskih prava sopstvenog stanovništva, praćeno teškim zločinima protiv čovječnosti, predstavlja i najteži izazov za organizovanu i pravno zasnovanu intervenciju MZ u cilju njihove potpune zaštite. U ovakvim situacijama MZ je prinuđena da poziva vlade članica Ujedinjenih nacija (u daljnjem tekstu: UN) da pomognu i intervenišu u sprječavanju ljudskih patnji, pružanju pomoći pri pojavi izbjeglica ili u ublažavanju drugih implikacija određene unutrašnje krize u jednoj državi. Za djelotvornost takve intervencije često je neophodno korištenje spoljne vojne sile – humanitarne intervencije uz upotrebu sile. Međutim, takvu intervenciju prate brojne političke, pravne i moralne kontroverze.

Dakle, izvjesno je da autor u članku potencira na postuliranju suštinske determinisanosti na relaciji humanitarna intervencija po odobrenju UN-a – humanitarna intervencija bez odobrenja UN-a, i pri tome se detaljno apostrofira i konstitutivno analizira gore navedena relacija sa stanovišta postojećeg prava (*de lege lata*), dok se sa druge strane daje međunarodno-pravna „terapija" za bolje (buduće) uređenje humanitarne intervencije (*de lege ferenda*). Nakon elaboriranja primarnih napomena u vezi humanitarne intervencije, autor dovodi u vezu pojam humanitarne intervencije sa (ne)pravednim ratom, jer linija pravednosti ogleda se u zaštiti od „ozbiljnih" i „masovnih" kršenja ljudskih prava, dok se pak segment nepravednosti ogleda pri proizvoljnosti pri poduzimanju humanitarne intervencije, s ciljem zaštite ekonomskih, političkih, društvenih, kulturnih i drugih interesa velikih (super)sila današnjice (humanitarne intervencije u Libiji i Siriji). Takođe, valja

napomenuti da se u članku razrađuju objektivni i subjektivni međunarodnopravni elementi tumačenja humanitarne intervencije u okviru Ujedinjenih nacija, što naznačava ulogu SB UN-a, kao jedinog relevantnog „organa akcije" za poduzimanje humanitarne intervencije. Na kraju članka, prije zaključnih razmatranja, elaboriraju se perspektive razvoja doktrine humanitarne intervencije.

2. HUMANITARNA INTERVENCIJA – RAZVOJ PRAVNE DOKTRINE

Začetak razvoja i procvata doktrine humanitarne intervencije vezuje se prevashodno za ustanovljenje međunarodnog prava i smjenu (nad)nacionalnih autoriteta u XVII stoljeću (učvršćivanje sekularne države i kraj dominacije konfesije).[1] Imajući u vidu da je ovdje u žiži proučavanja razvoj pravne doktrine humanitarnog prava, ipak je neophodno u određenom obimu poznavati sam pojam humanitarne intervencije. Dakle, jasno je da postoji ogroman broj definicija humanitarne intervencije, ali ponajmanje protivrječnom čini se definicija *Instituta za međunarodne poslove Kraljevine Danske*, koji smatra da: „Humanitarna intervencija je snažna akcija preduzeta od država uključujući i upotrebu oružane sile, prema ili u drugoj državi, bez pristanka njene vlade, sa ili bez odluke Savjeta bezbjednosti UN u cilju sprječavanja ili zaustavljanja brutalnog masovnog nasilja nad ljudskim pravima ili međunarodnom humanitarnom pravu."[2] U skladu s tim, šarenolikost pristupa humanitarnoj intervenciji naročito se ogleda u tumačenju autoriteta i kriterijima koji određuju kada jedna pojava zahtjeva humanitarnu intervenciju u određivanju karaktera takve intervencije, postavljanju krajnjeg cilja, izboru sredstava i slično.

Nakon terminološkog određenja pojma humanitarne intervencije, nužno je detaljno pojasniti hronološki razvoj međunarodno-pravne doktrine po pitanju humanitarne intervencije. Naime, od Vestfalskog ugovora 1648, suverene države postaju, i do današnjeg dana ostaju,

1 Glavne etape u razvoju međunarodnog prava su: Vestfalski ugovor (1648), Bečki kongres (1815), Pariski kongres (1856), Berlinski kongres (1878), Haške mirovne konferencije (1899, 1907), Povelja Lige naroda (1928) i Povelja UN (1945).

2 *Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects*, Danish Institute of International Affairs, Copenhagen 1999, 11.

primarni subjekt međunarodnih odnosa i vrhovni unutrašnji autoritet nad stanovništvom. Dakle, sasvim je logično i razumljivo da je jedna od osnovnih, nominalnih i praktičnih dužnosti suverene države zaštita sopstvenih državljana.[3] Međutim, opremljene neprikosnovenom vlašću unutar i zaštitom suvereniteta od uticaja spolja, mnogobrojne države su postajale aktivni faktor i akter neopisivog terora protiv svojih sopstvenih državljana. Državni teror je ubrzo iskrsnuo kao jedan od najozbiljnijih problema na političkoj sceni, jer se ispostavilo, na koncu, da građani jedne države nemaju odgovarajuću zaštitu protiv svog „zaštitnika" – države.[4] Dapače, na ovom kontekstu došlo je do prvih zagovornika humanitarnih intervencija krajem XVII stoljeća. Kada je riječ o humanitarnoj intervenciji, jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja jest da li je moguće sa čistom savješću nijemo posmatrati kako suverene države zlostavljaju, zatvaraju, protjeruju ili čak, u krajnjem slučaju, ubijaju hiljade nevinih ljudi? Ipak da li sa druge krajnosti međunarodna zajednica (stalne članice SB UN) manipulišu institutom humanitarne intervencije putem *prava veta*?

Valja napomenuti da u to vrijeme (XVII stoljeće) ratovi i drugi načini upotrebe sile nisu bili generalno zabranjeni kao sredstvo međunarodne politike, jer je opšteprihvaćenim načelima prirodnog prava smatrano da su ratovi sredstvo za kažnjavanje nepravde i onih koji čine zločine pravedni ratovi. U tom kontekstu, u međunarodnom pravu je inaugurisan stav, da podrška strane sile unutrašnjem otporu stanovništva jedne države na njenu represiju može biti zakonita. Dakle, početna doktrina humanitarne intervencije zasnivala se na načelima (ne)pravednog rata, odnosno, na ideji o legitmnosti otpora na represiju tiranije.

Među tada vodećim pravnicima, u koje spada i *Hugo Grotius*,[5] zastupan je stav da u ekstremnim slučajevima tiranije, koja se sprovodi u cilju vladavine, postoji prirodno pravo na unutrašnji otpor stanov-

3 S. Savić, „Međunarodno pravo i humanitarna intervencija", *Institut za pravo i finansije*, Vol. 59, No. 317/07, 2007, 5–48, 9.

4 *Ibid.*

5 Jedan od osnivača međunarodnog prava kao posebne pravne nauke je Hugo Grocijus (*Hugo Grotius*, 1583–1645). On je među prvima pristupio sistematizovanju odredbi međudržavnih sporazuma i ugovora pretačući ih u norme (pravila) međunarodnog ponašanja država. Prema njegovom i danas aktuelnom načelu razlikuju se dva izvora međunarodnog prava: prirodno pravo (*ius naturale*) i pravo zasnovano na volji država (*ius voluntarium*).

ništva. Naime, ipak je postojala razumna potreba da se pravno definišu moralni i politički kriterijumi upotrebe sile, uvažavajući i tradicionalno shvatanje „pravednog rata" (*Just War*).

Pojavom koncepta ljudskih prava, naročito političkog liberalizma, koji je u XVIII i XIX stoljeću doveo do konstituisanja prvih ustavnih demokratija (zemlje Zapadne Evrope i Sjedinjene Američke Države), pravo na humanitarnu intervenciju je ojačano, što je suštinski uticalo na državnu praksu tokom XIX i početkom XX stoljeća. Zanimljivo je napomenuti da je tijekom prve polovine XX stoljeća pravna doktrina humanitarne intervencije dobila i prve protivnike, što je uticalo da broj poduzetih humanitarnih intervencija drastično opadne. Simptomatično je da su dva razloga uticala na primjenu humanitarne intervencije u međunarodnim odnosima, i to: 1) sve brojniji zahtjevi za preispitivanjem osnova i karaktera humanitarnih intervencija, jer je u praksi XIX stoljeća učestala pojava isticanja humanitarnih ciljeva kao opravdanja svih drugih intervencija; i 2) inicijativa da se upotreba sile u međunarodnim odnosima stavi van pravne opravdanosti, a rat kao sredstvo u međunarodnim odnosima bezuslovno zabrani kroz Kelog-Brajanov pakt iz 1928. godine (*Kellogg-Briand Pact*).[6] *Princip neintervencije*, konstituiran Paktom iz Pariza 1928. godine, kasnije je preuzet, a zatim je materijalno i pravno proširen Poveljom UN, i to posebnom deklaracijom UN, dodatno potvrđen kao jedno od temeljnih načela međunarodnih odnosa.[7]

U skladu sa navedenim, temeljna dilema međunarodno-pravne (savremene) doktrine humanitarne intervencije suštinski je sadržana u odgovorima na dva pitanja, i to: Da li regionalne organizacije (npr. NATO) mogu koristiti silu bez odobrenja UN-a? Može li se dozvoliti ogromno i sistematsko kršenje ljudskih prava, sa značajnim humanitarnim posljedicama? Reagujući na iznijetu dilemu, u gore postavljenih pitanja, državni i međunarodni zvaničnici pretežno iz „zapadnih zemalja", tvrde da je ključni razvoj međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava izmijenio tradicionalni koncept suvereniteta.[8] Sa druge strane, pravni eksperti i državnici iz slabije razvijenih zemalja Evrope,

6 T. Weiss, *Military Civilian Interaction: Intervention in Humanitarian Crises*, Rowman and Littelefield, Publisher Inc., Lahnmann, Maryland 1999, 1.

7 T. Meron, „The Humanization of Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, Vol. 54, No. 94, 2000, 230–254, 239.

8 *Ibid.*

Azije i Afrike, ističu sumnju da otvorena vojna intervencija u unutrašnja pitanja jedne države pravdana humanitarnim ciljevima može biti zaštita političke manipulacije intervenišuće države (najčešće moćne) ili grupa država i njihovih organizacija u funkciji sopstvenih interesa. Takvu sumnju je izrazio tadašnji alžirski predsjednik Abdelaziz Bouteflika, kada je septembra 1999. godine, u debati o humanitarnoj intervenciji u Generalnoj skupštini (u daljnjem tekstu: GS) saopštio da: „Mi u ostatku svijeta smo izuzetno osjetljivi na bilo kakvo narušavanje našeg suvereniteta, ne samo zato što je suverenitet naša posljednja odbrana protiv neproporcionalnih odnosa u svijetu, nego i zato što mi ne učestvujemo u procesu donošenja odluka u SB. Zbog tih činjenica, izvjesno je da suverenitet predstavlja našu posljednju liniju odbrane od samovolje pri poduzimanju unilateralnih humanitarnih intervencija, što bi na koncu, oskrnavilo našu zemlju sa aspekta nezavisnosti, teritorijalnog integriteta, te bi u potpunosti taj čin oskrnavio naš suverenitet."[9] Na osnovu iznijetog mišljenja, jedan broj pravnika i humanista, kao kontra-argument, postavlja suštinski raznovrsna pitanja. Naime, šta se događa ako se vladajuća elita jedne države, koristeći suverenitet, ponaša kao nasilnik prema svome narodu? Treba li takva država (njena vlada) biti zaštićena pravilima suvereniteta i neintervencije? Kakvu odgovornost ima MZ i druge države kao garanti međunarodno priznatih ljudskih prava?

Na osnovu gore postavljenih pitanja, uočava se razlika između zaštite ljudskih prava (kao motiva humanitarne intervencije) i utvrđenih principa u međunarodnim odnosima (kao ograničenja) postoji suprotnost, koja utiče da u pristupima humanitarnoj intervenciji nema jedinstvene pravne doktrine. Zbog toga humanitarna intervencija danas predstavlja najveći test i izazov za MZ.

3. HUMANITARNA INTERVENCIJA – SAVREMENA DOKTRINA (NE)PRAVEDNOG RATA

Humanitarna intervencija se u međunarodnom pravu smješta između pojma suverenosti država i zaštite ljudskih prava budući da je ona taj treći pojam koji svojom pojavom nameće nužnost odabira jed-

9 B. Crossette, „U.N. Chief Wants Faster Action to Halt Civil Wars and Killings", in: *The New York Times*, September 21, 1999, 14–16, 1.

nog ili drugog, kada se nađu u međusobnom sukobu. Interesantno je napomenuti da je Ujedinjeno Kraljevstvo bilo posebno aktivno u percipiranju i razvijanju pojma humanitarne intervencije, te je u skladu s tim 2001. godine izdalo Smjernice o humanitarnim krizama (*Policy Guidelines on Humanitarian Crises*), u kojima se navodi da bi SB UN-a trebao odobravati akcije kojima se nastoje zaustaviti ili odvratiti teška kršenja humanitarnog prava, te da bi se u takvim kriznim situacijama trebala moći upotrijebiti sila, jer vlasti države u kojoj se takva neodoljiva i neposredna (*overwhelming and immediate*) humanitarna katastrofa događa same tu katastrofu ne mogu ili ne žele spriječiti, sve su druge nenasilne metode iscrpljene, a razmjer stvarnih ili potencijalnih ljudskih patnji opravdava rizik vojne akcije te je jasan cilj odvraćanja ili zaustavljanja katastrofe u skladu sa očekivanjima ugroženih osoba, dok bi posljedice nedjelovanja bile gore od posljedica intervencije.[10] Dakle, upotreba sile trebala bi biti poduzeta kao kolektivna akcija, uz ograničenja u razmjerima i proporcionalnom postizanju humanitarnog cilja, te bi, dakako, trebala biti dosljedna pravilima međunarodnog (humanitarnog) prava.[11]

Humanitarna intervencija često se karakterizira kao kontroverzno pitanje, tako da stepen njene prihvaćenosti u međunarodnom pravu nije primarna tema ovog članka. Dakako, za ovaj članak dovoljna je spoznaja da taj pojam danas postoji (bez obzira na sporost i konkretnu karakterizaciju) i da se realizira u praksi (ne)pravedno.[12] Tako u doba zabrane ratova na međunarodnu scenu stupa humanitarni oblik intervencije kroz koji države opet, kao u doba prije bilo kakvog pravnog uređenja ratova, opravdavaju svoju upotrebu sile (ne)pravednom svrhom koju time žele postići, objašnjavajući svoje (ne)ispravne namjere, uvjeravaju međunarodnu zajednicu u nemogućnost izbora i odabir jedine preostale opcije, da države opet vode (ne)pravedne ratove.

Svrha akcije koju države poduzimaju nazivajući je humanitarnom intervencijom jest spasiti ljude, zaštititi njihova osnovna ljudska prava, počevši od prava na život, kada su ona neodoljivo i neposredno ugrožena. Dakle, odbrana nevinih ljudi uvijek se smatrala, i još uvijek

10 M. N. Shaw, *International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 1119.

11 D. Lapaš, „Neka razmišljanja o dopustivosti jednostrane upotrebe sile u suvremenom međunarodnom pravu", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 1, No. 1, 2010, 36–56, 36.

12 *Ibid.*

se smatra pravednom svrhom rata, te je sa teološkog stanovišta imala veću važnost od samoodbrane.[13] Teško je i zamisliti „pravedniju" svrhu ratovanja, jer teško je zamisliti da rat, koji po prirodi nosi sa sobom stradanja, kataklizmu i patnju može imati potpuno „svijetlu" nijansu pravednosti.

Shodno tome, kada se govori o *namjeri* sa kojom se ide u rat, misli se zapravo na motivaciju država za poduzimanje akcije. Ključna namjera sa kojem se ide u pothvat humanitarne intervencije jest ostvarenje primarne svrhe – (ne)pravedne svrhe – sprječavanje i zaustavljanje kršenja osnovnih ljudskih prava, što je plemenit cilj; ili nažalost manipuliranje sa pravednošću kroz zaštitu interesa superbogatih zemalja kroz „prikriveno" poduzimanje unilateralne humanitarne intervencije. Na osnovu iznesenog, humanitarna intervencija, da bi bila preduzeta po pravilima međunarodnog prava, neophodno je da se objavi svima na znanje, MZ i unutar same države koja se sprema na akciju, radi uklanjanja bilo kakve sumnje. U skladu s tim, logično je da ono što ostaje ispod površine, jest činjenica da, gledajući ovaj element doktrine (ne)pravednog rata, odnosno pojma humanitarne intervencije, praksa država pokazuje nedosljednost i selektivnost,[14] čime se dovodi u pitanje namjera, odnosno motivi koji se iznose u javnosti, u odnosu na one prave, kojima se države zapravo vode u svojim odlukama i djelovanjima.

Kada bi se doista vodilo zaštitom ljudskih prava, kao primarnim „okidačem" za poduzimanje vojnih akcija u svim slučajevima njihova teškog kršenja, pojavio bi se neko u međunarodno-pravnom smislu, ko bi u proteklih šest godina već poduzeo mjere radi zaštite sirijskog stanovništva, za čija je ljudska prava i sama Nezavisna međunarodna istražna komisija UN za Siriju (koju je osnovalo Vijeće za ljudska prava UN-a) u svojim izvještajima od novembra 2011. godine do danas navodila da su podložna rasprostranjenom i sistemskom kršenju, koje se događa u velikoj mjeri, jasno navodeći da se na tom prostoru događaju masovni ratni zločini i zločini protiv čovječnosti te da počinitelji na svim stranama u sukobu krše međunarodno pravo bez ikakva straha od odgovornosti, pa se samim tim na Siriju gleda kao na (ne)pravednu

13 M. Fixdal, D. Smith, „Humanitarian Intervention and Just War", *Mershon International Studies Review*, Vol. 44, No. 42, 1998, 283–312, 297.

14 P. Perišić, „Preventivna samoobrana i međunarodno pravo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 51, No. 2, 2014, 510–533, 517.

primjenu instituta humanitarnog intervenisanja, ali o tome će više riječi biti nešto kasnije.[15]

Ovlašteni suveren (u našem slučaju najčešće država) za poduzimanje humanitarne intervencije jest element sa kojim se više zalazi u područje legitimiteta takvih intervencija.[16] U praksi ih poduzimaju države, pojedinačno ili u koaliciji, a imajući na umu pravilo o zabrani jednostrane upotrebe sile, osim u slučaju samoodbrane, što humanitarna intervencija nije, jasno je da one nisu ovlaštene. Za zakonitu humanitarnu intervenciju ovlašteni su samo UN, tj. SB, djelujući na temelju svojih ovlasti iz Glave VII Povelje UN-a. Kada bi je i proveli, to bi zasigurno bio slučaj ovlaštene upotrebe sile, zakonitog savremenog (ne)pravednog rata. Dakako, i ostali kriteriji (ne)pravednog rata[17] koji su se razvili naknadno, primjenjivi su u potpunosti na pojam humanitarne intervencije. Samim tim, ona se opravdava kao posljednji izbor (*last resort*), nakon iskorištenih drugih mogućih (dostupnih) sredstava postizanja istovjetnog cilja. Veoma je važno da se pazi na kriterij proporcionalnosti (*proportionality*), pri čemu treba da se ima u vidu odnos između posljedica intervencije i posljedica nedjelovanja. Postoji izvjestan broj teoretičara međunarodnog prava, koji smatraju da postoji i dodatni kriterij „vjerovatnost uspjeha" (*probability of success*), kao proračunata prethodna „računica" za ulazak u akciju.

Pojam humanitarne intervencije ima sve što je potrebno da zadovolji kriterije doktrine (ne)pravednog rata i da doista, u situacijama kada je to opravdano ciljevima najviših vrijednosti, opravdava upotrebu sile vodeći se starim kriterijima pomoći. No počevši od problematike ovlasti za njezino provođenje preko svih drugih elemenata koji u stvarnosti mogu biti dijametralno suprotni teoretskim modelima, pretvorila se u kontroverzni pojam sa puno više negativnih posljedica.[18] U pokušaju da se spasi ono što je u njoj pozitivno osmišljen je potpuno nov pojam, u svojoj biti zapravo isti kao humanitarna intervencija, na-

15 Sedam Izvještaja Nezavisne međunarodne istražne komisije Ujedinjenih nacija za Siriju od 23. 11. 2011. do 12. 2. 2014. godine, *http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx*, 13. august 2017.

16 D. Lapaš, *op. cit*., 44.

17 P. Perišić, *op. cit*., 524.

18 T. Meron, *op. cit*., 244.

zvan „*responsibility to protect*" (*R2P*),[19] pod kojim se opet nalazi ideja o opravdanosti upotrebe sile u slučajevima „ozbiljnog" i „masovnog" kršenja ljudskih prava.

U stvarnosti savremene MZ, koju, ponovimo još jednom, karakterizira zabranu upotrebe sile, jednostrane intervencije nisu nimalo neuobičajena pojava. U nastavku članka slijedi prikaz humanitarne „naftne" intervencije u Libiji iz 2011. godine i humanitarna (ne)intervencija u Siriji (2011–2017.), te pokušaj određenja njihove prirode i veze sa doktrinom (ne)pravednog rata.

3.1. Humanitarna „naftna" intervencija u Libiji 2011. godine

Humanitarna intervencija u Libiji iz 2011. godine predstavlja s jedne strane reglektirajuće stanje u vezi Arapskog proljeća (2010–2011. godine), što je za cilj imalo promjenu Gadafijevog autokratskog režima i uvođenje demokratije i poštovanje ljudskih prava. Sa druge strane NATO intervencija u Libiji imala je, u potpunosti, karakter političke i ekonomske intervencije. Naime, Sjedinjene Američke Države, Velika Britanija i Francuska imali su prvenstvo primarni interes političke realizacije njihovih strateških interesa, ali zasigurno najveći interes bio je „umotan" u pitanje humanitarne „naftne" intervencije. Zanimljivo je napomenuti da koalicijske snage započinju ratne operacije u ime „zaštite civila", dok je Libija praktično do izbijanja pobune, bila pohvaljena od strane Ujedinjenih nacija zbog poštovanja ljudskih prava libijskog stanovništva.

Opštepoznato je da se četrdesetogodišnja (apsolutistička) vladavina Muamera Gadafija (*Muammar Gaddafi*) završila njegovim brutalnim ubistvom 2011. godine. Naime, zbog svoje „bratske" politike prema Palestini, prečesto se nalazio na udaru zapadnoevropskih država, a posebno su ga na „nišanu" držale Sjedinjene Američke Države. Shodno tome, koristeći velike količine pronađene nafte (libijska nafta – najlakše preradiva na Svijetu), maksimalno je unaprijedio životni standard Libijaca, bez obzira na nasljeđene probleme vezane uz Čadski rat, koji će trajati sve do kraja osamdesetih godina.[20]

19 D. Lapaš, *op. cit*., 48.

20 Pohvalna činjenica u vezi *libijske Džamahirije* ogledala se u primarnom segmentu da je rezultat unutrašnje gadafijevske politike prosvjećenog apsolutizma

Nadalje, simptomatično je da su gotovo sa početkom humanitarne „naftne" intervencije u ime, navodne, „zaštite" libijskog stanovništva, UN je pohvalio Libiju zbog sveobuhvatnog poštivanja ljudskih prava tih istih stanovnika, u čije će ime biti pokrenuta opsežna vojna (zračna) akcija.[21] Hronološki, na početku je karakterističan vladin pokušaj gušenja demonstracija, što je prouzrokovalo eskalaciju nasilja, što dovodi do toga da na stranu demonstranata prelaze pojedine jedinice libijske vojske, kao i libijskih diplomata, te nekoliko najbližih Gadafijevih saradnika. U roku od sedam dana, pobunjenici su zauzeli Bengazi (uporište pobunjenika) zajedno sa istočnim dijelom Libije, nakon čega dobivaju američku vojnu pomoć u obliku specijalnih jedinica sa ciljem blagovremene organizacije političke i (para)vojne vlasti. Shodno tome, po ugledu na istočni dio zemlje, dio gradova u zapadnom dijelu Libije takođe prelazi na stranu pobunjenika, koji ubrzo dobivaju dodatnu vojnu pomoć, kada početkom marta 2011. godine na teritorij pod njihovom kontrolom ulaze i specijalne vojne jedinice novih „revolucionarnih" vlada Egipta i Tunisa, kako bi pomogle pobunjenike.[22] Dakako, zapadni mediji konstantno propagiraju stvaranje zone zabrane leta iznad Libije kako bi se u potpunosti zaštitilo civilno stanovništvo od napada „krvožednog diktatora".

Kada je postalo očigledno da pobunjeničke snage doživljavaju vojni kolaps, u cilju daljnjeg napredovanja vladinih snaga, došlo je do izglasavanja rezolucije SB UN-a u momentu kada je prijetio pad pobu-

---

postojala neupitna činjenica da su stanovnici Libije sa prosječnom godišnjom platom od 12.000 američkih dolara uživali najviši životni standard u Africi. Na osnovu iznijetih podataka, logično je da argument o pobuni zbog siromaštva pada u vodu, što je, na koncu, priznala britanska vlada da se radi o jednoj relativno bogatoj državi.

21 Pravi razlog intervencije predstavljaju naftna bogatstva Libije, te najlakše preradiva nafta na Svijetu, a nepobitna činjenica je da je Nacionalno prijelazno vijeće Libije obećalo Francuzima 35% naftnih rezervi, ukoliko nastave sa zračnim napadima na vladine postrojbe. Vidi detaljnije: Libya's Late, Great Rights Record and Human Rights, *http://www.nytimes.com/2011/03/06/weekinreview/06libya.html?_r=2*, 14. august 2017.

22 Svojevrsno je da za slanje inostranih boraca u Libiju iz Egipta i Tunisa, od novih „revolucionarnih" vlada tih država, nije dobivena legitimna odluka Savjeta bezbjednosti UN, te je suštinski narušen suverenitet Libije. Detaljnije vidi u: Egypt and Tunis sent Libyan rebels against Gadhafi, International Review of World Peace, Human Rights, *http://www.upi.com/Top_News/Special/2011/03/09/Egypt-aids-Libyan-rebels-again-Gadhafi*, 14. august 2017.

njeničkog (glavnog) grada Bengazija, u istočnoj Libiji. Najvažniji dijelovi *Rezolucije 1973*[23] (2011) za Libiju su: 1) države članice UN-a dobivaju dopuštenje da poduzmu sve potrebne mjere u ime zaštite civila i civilnih područja, koja se nalaze pod prijetnjom napada, ali izuzimajući bilo koju vrstu okupacijskih (kopnenih) snaga; 2) zabrana letova svih vrsta aviona, koji nisu u korist „libijskog naroda"; 3) stvaranje pomorske blokade, tj. flote brodova koja bi kontrolirala sve brodove koji plove prema Libiji; 4) zapljena svih ekonomskih sredstava libijske vlade na stranim računima, a zapljena sredstava će u kasnijoj fazi biti data na korištenje u ime dobrobiti „libijskog naroda" i 5) zabrana putovanja u inozemstvo za visoke dužnosnike Libije (Gadafi, članovi njegove vlade i porodice).

Interesantno je da sama rezolucija, koja poziva na zaštitu civilnog stanovništva, mnogo puta prekršena od NATO saveza, tako da postaje mrtvo slovo na papiru, osim onog dijela koji dopušta invaziju, pošto u interpretaciji zapadnih saveznika ona dopušta naoružavanje pobunjenika, slanje zapadnih vojnika tzv. naoružanih zapadnjaka u Libiju, ubistvo državnog vođe, kao i mobilizaciju školske djece na područjima koja kontroliraju pobunjenici.[24] Dakle, bez obzira što je djelimično postojala međunarodnopravna podloga za humanitarnu intervenciju, koaliciona (zračna) akcija NATO snaga prekršila je odredbe Rezolucije koje „joj nisu odgovarale", ali isto tako spremno su iskoristile „zračne" argumente za humanitarnu „naftnu" intervenciju. Shodno tome, važno je napomenuti da Rezolucija direktno isključuje angažovanje stranih (koalicionih) kopnenih jedinica. Dapače, niti je, međutim, definisano, da li kontrola zabrane letenja podrazumijeva primjenu sile samo u slučaju da se ona krši, niti da li ciljana vojna intervencija savezničkih snaga treba da uslijedi samo u slučaju da je neposredno ugroženo civilno stanovništvo. I u jednom i u drugom slučaju vojna koalicija

23 UN Security Council Resolution 1973 (2011) on Libya – full text, The Guardian, World Human Rights for Libya, *http://www.theguardian.com/world/2011/mar/17/un-security-council_resolution*, 14. august 2017.

24 SB UN izglasao je Rezoluciju 1973 (2011), koja je pružila pravnu podlogu za savezničku vojnu intervenciju u Libiji. „Za" je glasalo deset članica SB, protiv nije bio niko, dok su Kina, Rusija, Indija, Brazil i Njemačka bili suzdržani. Rezoluciju je u ime Arapske lige podržao Liban. Podrška jednog dijela arapskih zemalja za vojnu intervenciju u Libiji bila je ključna, da bi se izbjegao utisak da poslije Iraka i Afganistana zapadne sile ponovo silom intervenišu u jednoj muslimanskoj zemlji.

predvođena formalno Francuskom i Velikom Britanijom, a *de facto* Sjedinjenim Američkim Državama, tumači Rezoluciju tako da, uprkos tome što vlada u Tripoliju u više navrata objavljuje primirje i jednostrani prekid vatre, *a priori* treba „neograničenim sredstvima" onesposobiti Gadafijevu vojsku (njemu se ne može vjerovati), što je uticalo da se tokom bombardovanja uzdrma prividno jedinstvo međunarodne zajednice oko Rezolucije 1973 (2011).[25]

3.2. Humanitarna (ne)intervencija u Siriji 2011–2017. godine

Humanitarna (ne)intervencija u Siriji, po mišljenju autora članka, predstavlja globalističko društveno-političko nadmudrivanje Rusije i Kine, s jedne i Sjedinjenih Američkih Država, Francuske i Turske, s druge strane, dok vladajući režim Bašara el Asada (*Bashar al Assad*) koristi priliku da se obračuna sa pobunjeničkim frakcijama, a svesrdno potpomognut zračnim napadima na pobunjenike od strane vazduhoplovstva Ruske Federacije. Dakako, zbog nepostojanja legitimiteta i legaliteta za sprovođenje humanitarne intervencije od strane SB UN, sve vojne (zračne) akcije u Siriji nemaju međunarodnopravnu opravdanost. Shodno tome, postojalo je više nacrta rezolucija za Siriju, ali nažalost, niti jedan nije stupio na snagu. Prvi pokušaj se odnosi na *nacrt Rezolucije iz 2012. godine*, podnesen od strane zapadnih zemalja, a tiče se prevashodno osude krvavog gušenja prosvjeda u Siriji (korištenje vojnih otrova) i nametanje sankcija za sirijski vladajući režim. Nakon toga, jasno je bilo da će Kina i Ruska Federacija iskoristiti pravo veta u SB UN, tako da je nacrt gore pomenute Rezolucije ostao mrtvo slovo na papiru.[26]

Dakle, prvi ozbiljniji pokušaj uvođenja sankcija, na osnovu poglavlja VII Povelje UN-a, koji bi ujedno i omogućio upotrebu oružane sile (legitimna humanitarna intervencija), nije uspio. Nakon toga, u 2013. godini Francuska je uputila *prijedlog Rezolucije za Siriju SB UN*, a ista se ticala definisanih uslova pod kojima Sirija treba da stavi he-

25 SAD pod svaku cijenu žele svrgnuti Gadafija sa vlasti, i time se gubi humanitarni karakter Rezolucije.

26 Nacrt Rezolucije zapadnih sila, prije svega Sjedinjenih Američkih Država bio je direktno usmjeren protiv vladajućeg režima Bašara el Asada, što Kina i Ruska Federacija nisu mogle i željele podržati, jer su direktno bile na strani postojeće sirijske vlade i režima.

mijsko oružje pod međunarodnu kontrolu i prihvati njihovo uništavanje.[27] Na koncu, najnoviji *nacrt Rezolucije Ruske Federacije za Siriju iz 2016. godine*, a tiče se očuvanja suvereniteta Sirije, odbačen je u SB UN korištenjem prava veta od strane Sjedinjenih Američkih Država, Francuske i većine članica ovog „organa akcije" UN-a, što je, dakako, potvrdilo nedovoljno razumijevanja i površne angažiranosti u Siriji.

Opštepoznato je da ruska intervencija dobiva potpunu podršku i odobrenje od predsjednika Sirije, ali je sa druge strane, takođe, na osnovu gore iznesenih navoda, sasvim lako zaključiti da nije postojalo odobrenje od SB UN-a. Dakle, Rusija, čija se jedina vanjska vojnopomorska baza na Sredozemnom moru nalazi u Siriji, zračnu vojnu intervenciju u toj zemlji započela je 30. septembra 2015. godine, temeljem prethodnog poziva aktuelnog predsjednika Bašara el Asada, čijoj je vojsci u ljeto 2015. godine prijetio potpuni kolaps i poraz od snaga teroristička tzv. „Islamske države" i drugih, više ili manje sa njom povezanih ili samo njoj sličnih terorističkih postrojbi, poput „*Jabhat al Nusra*" – sirijskog ogranka zloglasne „*Al Qaide*". Ruski državni i vojni vrh, prethodno je sačinio detaljnu analizu vojnog i političkog stanja u Siriji i njezinom širem okruženju i izučio posljedice koje pad Asadovog režima može imati u dva smjera, i to: „1) po sirijski narod, u smislu pretpostavljenih enormnih civilnih žrtava, bilo kao posljedica zvjerskih iživljavanja terorista prema „krivovjernicima" (npr. alaviti ili kršćani) ili režimu odanim stanovnicima, bilo u smislu zbjegova miliona ljudi koji bi krenuli prema libanonskom i turskom teritoriju i dalje prema Evropi; 2) i drugo, u odnosu na Rusku Federaciju, u smislu stvaranja bliskoistočnog pseudo-halifata kao izvorišta radikalnih oblika zloupotrebe konfesije (u ovom slučaju islama) i šarenolikog oblika povezanih terorističkih organizacija, a koje bi onda bilo nemoguće zadržati u okvirima arapskog poluotoka."[28]

Na osnovu iznijetog može se, nedvojbeno, zaključiti da iako je ruska vojna intervencija imala jednostrano odobrenje predsjednika Bašara el Asada, nije imala legitimitet i legalitet, jer nije dobila podršku

27 Poput nacrta Rezolucije iz 2012. godine, takođe prijedlog francuske Rezolucije za Siriju iz 2013. godine nije imao uspjeha, jer su ponovo Kina i Rusija uložili pravo veta u Savjetu bezbjednosti Ujedinjenih nacija, pa i ovaj prijedlog nažalost ostaje mrtvo slovo na papiru.

28 Ovo je prava pozadina Putinovog vojnog izlaska iz Sirije, što naglašava ulogu Ruske Federacije.

i „zeleno svjetlo" od strane SB UN. Samim tim, u tom trenutku predsjednik Sirije je imao izborni legalitet, ali ne i legitimitet, ali ni to nije bilo presudno za njegov poziv upućen Rusiji za humanitarno intervenisanje, koja ujedno nije imala neophodni legalitet i legitimitet MZ, tj. SB UN. U skladu s tim, za zakonitu humanitarnu intervenciju ovlaštene su samo Ujedinjene nacije, tj. SB UN („organ akcije"), djelujući isključivo na temelju svojih ovlasti iz glave VII Povelje UN-a, i samo u tom slučaju možemo govoriti o zakonitoj humanitarnoj intervenciji, što u Siriji nije bio slučaj. Nažalost, današnja međunarodnopravna praksa pokazuje sve veći broj poduzetih humanitarnih intervencija bez odobrenja SB UN, što će biti detaljno elaborirano u ovom članku.

4. HUMANITARNA INTERVENCIJA BEZ ODOBRENJA SAVJETA BEZBJEDNOSTI UJEDINJENIH NACIJA

Na bazi iznesenih, prethodnih, konstatacija o humanitarnoj intervenciji nedvojbeno je da u odnosu na SB UN, suštinski koegzistiraju dva načina realiziranja humanitarne intervencije, i to: a) uz odobrenje od strane SB UN (Libija) i b) bez odobrenja SB UN (Sirija).[29] Samim tim, uopšteno elaborirajući pojam humanitarne intervencije, ključni problem je fokusiran na segment sporenja po pitanju legalnosti i opravdanosti humanitarne intervencije realizirane isključivo primjenom sile od strane pojedinačne države, grupe država ili njihovih organizacija bez odobrenja SB UN. Sasvim je logično, da treba potvrditi temeljnu dvojbu, koja je objedinjena u pitanju, da li postoji pravo na humanitarnu intervenciju upotrebom sile bez odobrenja SB UN?

Odgovor na postavljeno pitanje, nije nimalo jednoobrazan i jednostavan. Uopšteno govoreći, važno je napomenuti da postoje dvije škole, po pitanju tumačenja legalnosti humanitarne intervencije bez odobrenja SB.[30] Dakako, u prvu školu spadaju oni koji favoriziraju tzv.

29 F. Thomas, N. Rodley, „Humanitarian Intervention and World Politics", *The Globalization of World Politics – An Introduction to International Relations*, (eds. J. Baylis, S. Smith), Oxford University Press, Oxford 2001, 474.

30 Duke Simon konstatira da postoje „tri široka pristupa pitanju legalnosti humanitarnih intervencija, i to: (1) restrikcionistički, prema kome je humanitarna intervencija podrazumijeva kršenje teritorijalnog integriteta i političke nezavisnosti države; (2) oni koji su bliži tradiciji prirodnog prava i smatraju da je

pravo na „unilateralnu intervenciju" smatrajući da je evolucija pravila međunarodnog humanitarnog prava imala značajan uticaj na cjelokupni međunarodni pravni sistem i Povelju UN. Ova međunarodnopravna škola zastupa stav da kada suverenitet dođe u konflikt sa ljudskim pravima, obaveza nad zaštitom ljudi i ljudskih prava mora imati, u potpunosti prednost. Jedan od ključnih promotera ove škole je *Fernando Teson*, koji tvrdi da su ljudska prava „imperativna osnova koncepta države i vlasti, i one, u stvari, postoje da bi ih štitile." U skladu sa ovim obrazloženjem Teson zastupa stav da korištenje sile u odbrani ljudskih prava nije u suprotnosti sa primarnim ciljevima UN.[31] Za razliku od ove škole, drugoj školi pripadaju pozitivisti, tj. oni koji su protiv prava na uniletarnu intervenciju. Oni se, u potpunosti, zalažu za poštovanje osnovne interpretacije Povelje UN. Pripadnici ove škole smatraju da su osnovna ljudska prava odgovornost svih država i predstavljaju granične paramentre za određivanje statusa jedne države prema drugim državama. Mada svaka država ima pravo preduzimanja akcija za osiguranje poštovanja ljudskih prava, to ne podrazumijeva po automatizmu i pravo na korištenje sile bez odobrenja SB. U pogledu prednosti prava na humanitarnu intervenciju i međunarodnog mira, pozitivisti smatraju da mir mora biti izričit i preovlađujući činilac.

Na osnovu pravno-historijskog stajališta, prije 1945. godine nije postojala generalna zabrana upotrebe sile u međunarodnim odnosima, mada se i tada, prema međunarodnom pravu, vođenje rata smatralo nezakonitim. Naime, sami izuzeci su nalazili pravno uporište u običajnom pravu. Usvajanjem Povelje UN to se u mnogome, iz temelja, promijenilo. Povelja UN postaje autoritativna deklaracija običajnog međunarodnog prava, i u vezi sa upotrebom sile, određuje sljedeće načelo: „*Svi članovi UN će se uzdržati u svojim međunarodnim odnosima od prijetnje silom ili upotrebe sile protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti svake države, ili na bilo koji način nesaglasan s ciljevima Ujedinjenih nacija*."[32]

---

takva intervencija dozvoljena prema Povelji UN – jer su UN izričito privržene zaštiti ljudskih prava i (3) oni koji prihvataju da humanitarna intervencija koja se izvodi kolektivno predstavlja izraz volje međunarodne zajednice." D. Simon, „The State and Human Rights: Sovereingty Versus Humanitarian Intervention", *International relations XII*, London 1994, 33.

31 F. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquary into Law and Morality*, New York 1997, 173–174.

32 Čl. 2 st. 4 Povelje Ujedinjenih nacija.

Većina međunarodnopravnih i drugih naučnih autoriteta, gore navedeni stav Povelje UN, tumači u smislu osnovnog ograničenja prava, s jedne strane, te potpunu opravdanost svake upotrebe sile u međunarodnim odnosima, s druge strane. Dakako, većina pravnika smatra, da dva izuzetka od principa zabrane upotrebe sile (sadržani u članovima 42 i 51 Povelje UN), nisu pravno relevantna za poduzimanje humanitarne intervencije bez saglasnosti SB UN. Interesantno je drugačije mišljenje određenog broja pravnika (ponajviše iz Sjedinjenih Američkih Država), a koji smatraju da gore pomenuti izuzeci pravno uključuju dozvolu humanitarne intervencije bez saglasnosti SB UN.[33] Kao glavni argument, afirmacije humanitarne intervencije, navode da takva intervencija nije uperena protiv teritorijalnog integriteta države u kojoj se interveniše i, iznad svega, nije nesaglasna sa namjerama i principima Povelje UN, što implicira da nije u suprotnosti sa članom 2 (4) Povelje UN. Dakle, izvjesno je da je po njima humanitarna intervencija u potpunoj saglasnosti i koordinaciji sa primarnim ciljevima UN i globalnom promocijom poštivanja ljudskih prava, inkliniranoj u članu 1 stavu 3 Povelje UN. Drugi, znatno senzibilniji argument, većina gore pomenutih pravnika, da humanitarna intervencija nije u suprotnosti sa članom 2 stav 4 Povelje UN, zasnivaju na pomoćnoj odgovornosti država članica UN u uspostavljanju trajnog mira i bezbjednosti kada SB nije u mogućnosti da donese odluku u skladu sa članom 24 Povelje ili da djeluje prema odredbama glave VII Povelje UN. Dakako, ovaj međunarodnopravni stav podrazumijeva opšte rezonski pristup, koji većina teoretičara međunarodnog prava naziva „teorija povezanosti" (*Link Theory*).[34]

Brojni oponenti iznesenih tvrdnji, iznose suprotna stajališta, da oni nemaju uporište ni u međunarodnom pravu, a pogotovo ne u Povelji UN. Posebno je bez osnova tumačenje u vezi člana 24 Povelje UN, jer ovaj član daje samo „primarnu" odgovornost SB UN za uspostavljanje međunarodnog mira i bezbjednosti, te jasno upućuje na pomoćnu odgovornost drugih organa UN, posebno GS UN, ali ne i država članica. Pored toga, isticanje da su se uslovi pod kojima je Povelja usvojena u osnovi promijenili i da zbog izostanka ispunjenja odgovornosti SB UN, Povelja mora djelimično biti suspendovana, jer je izgubi-

33 *Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects*, Danish Institute of International Affairs, *op. cit*., 82.

34 *Ibid.*, 82.

la mnogo na snazi, ne stoji, s obzirom na potpunu revitalizaciju uloge SB 1991. godine. Nadalje, zabrana upotrebe sile između država ima svoje uporište i u dijelu običajnog međunarodnog prava, nezavisno od Povelje UN, koja sa druge strane pruža snažnu i nezamjenjivu podršku mjerama kolektivne bezbjednosti, sadržanim u glavi VII Povelje UN.

Dakle, sasvim je jasno i očigledno da među državama ne postoji konsenzus o pravnoj opravdanosti intervencije bez saglasnosti SB UN, bez obzira što značajan broj pravnih autoriteta pokušava da dokaže njenu bezuvjetnu opravdanost i što jedan broj država podržava stavove o opravdanosti primjene humanitarne intervencije, u određenim uslovima, i bez odobrenja SB UN.[35] Interesantno je da, u potpunosti, preovladavaju uvjerenja da značenje člana 2 stava 4 Povelje UN mora biti tumačeno kao opšta zabrana upotrebe sile između država. Samim tim, logično je da bez ikakvih izuzetaka, osim onih koji su eksplicitno naznačeni u Povelji UN, a to se prvenstveno odnosi na univerzalno pravo samoodbrane država, kao subjekata međunarodnog prava. Na osnovu ove konstatacije, izvjesno je da Povelja UN zabranjuje humanitarnu intervenciju bez saglasnosti SB UN.

Ipak, trebamo još jednom razmotriti postojeću dilemu, jer suština je u tome da se razjasni postojeća problematična paradigma poduzimanja humanitarnog intervenisanja. Da bismo to učinili, treba se odgovoriti na suštinsko pitanje. Da li su mogući izuzeci za preduzimanje humanitarne intervencije bez odobrenja SB UN? Mada je očigledno da humanitarna intervencija preduzeta bez saglasnosti SB ne može biti legalna, zbog pojava u međunarodnoj praksi država, korisno je dopunski istražiti da li u međunarodnom pravu postoje bilo kakvi predvidivi i izuzetni slučajevi koji omogućavaju pravnu opravdanost humanitarne intervencije bez odobrenja SB UN.[36]

Interesantno je napomenuti, da je među brojnim komisijama i tijelima UN za različita područja djelovanja, formirana i Komisija za međunarodno pravo (*International Law Commission – ILC*).[37] U skladu s tim, ova komisija, od 1955. godine, konstantno radi na kodifikaciji međunarodnog prava na nivou odgovornosti država, kao i okolnosti koje unaprijed isključuju takvu odgovornost. Njen rad, još uvijek, nije okončan, ali je izrađen Nacrt (*Draft*) kodifikacije postojećih pra-

35 *Ibid.*, 83.

36 *Ibid.*, 83.

37 International Law Commission, *http://www.un.org/law/ilc/*, 18. august 2017.

vila običajnog međunarodnog prava.[38] Prema odredbama Nacrta, i to članovi 29 i 31, postoji šest slučajeva u kojima postoji mogućnost za pravdanje djelovanje subjekata MZ (posebno država), a koje nije u potpunosti pravno određeno međunarodnim pravom. Radi se o sljedećim situacijama, i to: „...kada država daje svoj pristanak, kao i pojedine situacije prinude (*force majeure*), zabrane, stanja krajnje nužde (*state of necessity*), u samoodbrani (protiv oružanog napada) i kao mjera represije-protivmjera (*reprisals*) na kršenje sankcija uspostavljenih po međunarodnom pravu od strane drugih država."[39] Ali, međunarodnopravna opravdanost i takvih akcija zahtijeva, u potpunosti, odgovarajuću saglasnost MZ o njihovom poduzimanju. Iako, postoji izvjestan broj uglednih pravnika, koji tumače pomenuti Nacrt kodifikacije odgovornosti država, kao krajnju mogućnost pravdanja intervencije u humanitarne svrhe, pa i onda kada uistinu nema izričitog pristanka SB UN. Dakako, oni ističu mogućnost međunarodno-pravnog pravdanja humanitarne intervencije, i to preduzetih bez odobrenja SB UN i bez pristanka države prema kojoj se preduzimaju, i to posebno u slučajevima „stanja krajnje nužde" i kao „protivmjera".

Doktrina „stanja krajnje nužde" daje najuvjerljiviju opciju kao izuzetak za pravno opravdanje humanitarne intervencije bez saglasnosti SB UN. Ona je tako i prihvaćena od Komisije za međunarodno prava, samo kao izuzetak i u strogo ograničenom obimu i uslovima. Prema članu 33 stav 1 Nacrta Komisije za međunarodno pravo: „Stanje krajnje nužde može jedino biti prihvaćeno kao opravdanje nekog djelovanja, koje nije u skladu sa međunarodnim pravom, ako je jedino sredstvo odbrane osnovnih interesa države protiv velike i stvarne opasnosti i ako u isto vrijeme neće značajno ugroziti poštovanje međunarodnih obaveza koje država ima."[40] Samim tim, na osnovu ove konstatacije može se istaći da prema međunarodnom pravu ne postoji pravo država, grupe država ili njihovih organizacija na humanitarnu intervenciju koja nije odobrena od SB UN. Poduzimanje takve intervencije ne može se pravdati pravilima međunarodnog prava ali, u izuzetnim situacijama, ona može biti pravdana moralnim i političkim obzirima,

38 Draft Report ILC, Draft Articles on State responsibility, General Assembly 35th Session, 1980, Doc. GA No 10 (A/35/10), *http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/.pdf*, 18. august 2017.

39 *Humanitarian Intervention – Legal and Political Aspects*, Danish Institute of International Affairs, *op. cit*., 84.

40 *Ibid.*, 85.

na kojima potencira Komisija za međunarodno pravo, što je djelimično izvan okvira međunarodnog prava.

Generalno, državna praksa humanitarnih intervencija poslije hladnog rata nije pridobila odlučujući broj pristalica u MZ za podršku prava država na humanitarnu intervenciju bez saglasnosti SB kao običajnog prava. Ali, mora se reći da je broj onih koji optužuju sve manji i da je u porastu broj onih pravnika koji u potpunosti podržavaju opravdanost takve intervencije, i to kada se radi o intervencijama strogo humanitarnog karaktera.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Stavovi relevantnih pravnih stručnjaka, kao što se iz prethodnog dijela članka može vidjeti, pokazuje da je, prema međunarodnom pravu, legitimnost i legalnost humanitarnih intervencija poduzetih bez odobrenja SB UN najblaže rečeno veoma sporna. Šire sagledavanje ideja o uspostavljanju pravne doktrine humanitarne intervencije i kriterijumima njene primjene zahtjeva, slično kao i propitivanje državne prakse humanitarnih intervencija, znatno veći prostor od ovog članka.

Na osnovu iznijetih tvrdnji, lako je zaključiti da humanitarna intervencija nije kompatibilna sa Poveljom UN, kojom se generalno zabranjuje upotreba sile između država. Sama Povelja UN daje mogućnost prava na upotrebu sile samo u slučaju samoodbrane članica UN od oružanog napada i u odbrani protiv prijetnji međunarodnom miru i bezbjednosti, kada mora biti odobrena od SB UN. Prema tome, u međunarodnom pravu ne postoji generalno pravo na preduzimanje humanitarne intervencije upotrebom sile. Takvu intervenciju jedino može da odobri SB UN u skladu sa odredbama međunarodnog prava. (primjer humanitarne intervencije u Libiji)

Nadalje, logično je da ideje o uspostavljanju pravne doktrine humanitarne intervencije bez odobrenja SB na osnovu „stanja krajnje nužde“ ili kao „protivmjera“, nisu pravno prihvatljive, prvenstveno zbog činjenica da sadrže upotrebu sile bez odobrenja SB UN (primjer humanitarne intervencije u Siriji) i što pruža državama mogućnost da same ocijene uslove „stanja krajnje nužde“ ili potrebu za „protivmjerom“ umjesto međunarodne zajednice.

Državna praksa humanitarnih intervencija, posebno krajem XX i početkom XXI stoljeća, nije proizvela običajno pravo kao pravo na

humanitarnu intervenciju bez saglasnosti SB UN. Ipak broj država koje podržavaju takvu intervenciju bez odobrenja SB, kada nedvosmisleno ima humanitarne rezultate, sve je veći. Državna praksa humanitarnih intervencija pruža dokaze većeg prihvatanja njihove moralne opravdanosti, ali ne i kao pravo država na takvu intervenciju. Nepostojanje jasnih i opšteprihvaćenih kriterijuma prema kojima bi se na neprotivrječan način utvrđivali uslovi humanitarne intervencije proizvodi dodatne pravne tenzije humanitarne intervencije. Među brojnim idejama o uspostavljanju kriterijuma humanitarne akcije MZ na principu „odgovornosti za zaštitu ljudskih života".

U nedostatku kriterijuma i nemogućnosti postizanja konsenzusa u SB UN o humanitarnoj intervenciji, prisutna je i pojava tzv. taktičke ili naknadne legalizacije humanitarne intervencije preduzete od država ili njihovih organizacija bez odobrenja SB UN, u slučajevima kada je evidentno da ima značajne humanitarne rezultate, te uspjelu humanitarnu misiju.

Globalni humanitarizam, koji je u usponu i sve više prožima demokratska društva širom svijeta, snažno promoviše humanitarno pravo, ali ne daje odgovor na koji način MZ može da spriječi ekstremno kršenje ljudskih prava u nekoj državi bez upotrebe (ekstremne) sile.

Dakle, humanitarna intervencija bez saglasnosti ostaje kontroverzno pitanje međunarodnog prava. Samim tim, logično je da u svijetu ne postoji konsenzus o pravnoj opravdanosti ovakve intervencije, bez obzira što su brojni pravnici pokušali da dokažu njenu opravdanost i što neke države, pretežno zapadne, podržavaju opravdanost njene primjene kao običajnog prava u određenim (dozvoljenim) uslovima. Humanitarna intervencija odobrena od SB UN je i dalje jedina pravna zasnovana opcija za sprječavanje masovnog i brutalnog kršenja ljudskih prava u nekoj državi.

Mirza Čaušević, LL.M.
Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Vitez

DOCTRINE OF HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL (PUBLIC) LAW

Summary

When reading the title of the article, it is necessary to highlight the complexity of interest in humanitarian intervention, which clearly means that elaborated institute of international (public) law should be interpreted solely through "serious" and "massive" human rights violations. This is supported by the notorious fact that because of its room for maneuvers, which enables the widest application in practice and "dancing" on the thin line between positive and negative attitudes of the international community and because of the enhanced moral element, for which indeed most of all forms immediately remind us of the elements of the doctrine of (un)just war. Accordingly, the permanent violation of human rights has led to the author's need to emphasize the (non)existence of legitimacy and legality to take military action in order to protect human rights on practical examples of humanitarian intervention in Libya and Syria. The aim of this work is to research the background of humanitarian intervention in terms of international treaty and customary law, while paying particular attention to the action of United Nations Security Council on the basis of the Charter of the United Nations.

Key words: *Humanitarian intervention. – Doctrine of (un)just war. – Human rights. – The Charter of the United Nations. – United Nations Security Council.*

UDK 341.645.5(4) ; 341.231.14

*Dr Sanja Grbić**

NEZAVISNOST I NEPRISTRANOST SUDOVA PREMA ČLANKU 6 EUROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA: TEMELJNO PRAVNO NAČELO

Nezavisnost i nepristranost sudova predstavlja osnovu trodiobe vlasti te je kao takvo temeljno pravno načelo koje doista omogućava u teoriji i praksi nezavisnost i nepristranost sudova. U ovom radu autorica poseban naglasak stavlja na važnost čl. 6 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koji govori o pravu na pošteno suđenje pred nezavisnim i nepristranim sudom. Složenost predmeta istraživanja dovela je do korištenja metodološkog pristupa kojim se analizira sudska praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na nezavisnost i nepristranost sudova prema čl. 6. Ta sudska praksa uspostavila je mnogobrojne principe i kriterije koji omogućavaju ostvarenje i poboljšanje provođenja ovog temeljnog pravnog načela.

Ključne reči: *Sud. – Nezavisnost. – Nepristranost. – Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

1. UVOD

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP) potpisana je 4. studenog 1950., a stupila je na snagu 3. rujna 1953. nakon što ju je ratificiralo deset prvobitnih država članica. Danas su svih 47 država članica Vijeća Europe ujedno i stranke EKLJP-e. U većini država članica, kao i u Hrvatskoj, EKLJP inkorporirana je u nacionalni pravni sustav te po pravnoj snazi nadilazi zakone. Ona je živi instrument i ovisi o sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP). Stoga, primjena EKLJP-e povlači i primjenu sudske prakse ESLJP čime dolazi do usvajanja novih pravila koja odgovaraju novonastalim potrebama.

* Autorica je docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska, *sgrbic@pravri.hr*.

Pravo na pošteno suđenje prema čl. 6 EKLJP je jedno od najznačajnijih prava, pa je tako ono najčešći predmet postupaka koji se vode pred ESLJP-om, a i članak u odnosu na koji je utvrđeno najviše povreda EKLJP. Stoga je ESLJP razvio opsežnu praksu u tumačenju ovoga prava. Tako je još u predmetu iz 1970. *Delcourt protiv Belgije*[1] autonomno tumačio pojam sud:

„U demokratskom društvu u smislu EKLJP-e, pravo na pošteno provođenje pravde zadržava tako značajno mjesto da restriktivno tumačenje čl. 6, st. 1 ne bi odgovaralo cilju i svrsi te odredbe."

Čl. 6 sastoji se od dva dijela raspoređena u tri stavka. Prvi dio iz prvog stavka definira načela sudskog postupka uopće, a drugi dio koji obuhvaća njegov drugi i treći stavak odnosi se na načela kaznenog postupka. Prava zajednička građanskim i kaznenim postupcima mogu se razvrstati u tri značajne cjeline, a to su pravo na pristup sudu, pravo na postupak odgovarajuće kvalitete i pravo na zakonom ustanovljeni, nezavisan i nepristran sud. Tako će u ovom radu biti obrađeno pravo na nezavisan i nepristran sud koje je jedno od temeljnih načela u pravnom sustavu Republike Hrvatske, a na čiji je razvoj i zaštitu uvelike utjecala i sudska praksa ESLJP.

EKLJP je stupila na snagu u odnosu na Hrvatsku 5. studenog 1997. te je prema čl. 134 Ustava Republike Hrvatske[2] po pravnoj snazi iznad zakona. U Republici Hrvatskoj državna vlast temelji se na trodiobi vlasti: zakonodavna, izvršna i sudska. Kako bi se to doista i ostvarilo bitno je da je sudska vlast organizacijski samostalna i funkcionalno nezavisna. Sve to jamči i Ustav RH koji kaže da sudsku vlast obavljaju sudovi te da je ona samostalna i nezavisna. Također, određeno je i da sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. Međutim, ovako postavljeno ustavno uređenje nezavisnosti sudske vlasti da bi doista bilo zajamčeno u praksi mora biti zakonski uređeno, a sa time moraju biti usklađena i konkretna politička i pravna praksa. Stoga, ocjena nezavisnosti sudske

1 *Delcourt protiv Belgije*, presuda, 17. siječnja 1970, br. 2689/65.

2 Ustav Republike Hrvatske – Ustav RH, *Narodne novine*, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014, čl. 134: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava."

vlasti neće ovisiti samo o njezinom ustavnom uređenju već i o načinu primjene i uređenju tog temeljnog načela u praksi gdje je veliku ulogu odigrala i praksa ESLJP. Tako će posljednje poglavlje ovoga rada biti usmjereno na presude ESLJP u odnosu n Hrvatsku kao i na objašnjenje posljedica do kojih je došlo u hrvatskom sudbenom sustavu zbog utvrđenja povrede čl. 6, tj. nezavisnosti i nepristranosti sudova.

2. POJAM SUDA PREMA AUTONOMNOM TUMAČENJU ESLJP

Prema čl. 6 EKLJP[3] svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud ispita njegov slučaj. Stoga je ESLJP u predmetu *Belilos protiv Švicarske*[4] istaknuo:

„...pojam sud/tribunal određen je njegovom sudskom funkcijom što znači da on odlučuje o predmetu u okviru svoje nadležnosti, na temelju vladavine prava, a nakon provedenog postupka koji mora biti reguliran odgovarajućim propisima... Pojam suda/tribunala mora ispunjavati i sljedeće zahtjeve – nezavisnost, posebice od egzekutive; nepristranost; određeno vremensko trajanje mandata njegovih zaposlenika; postojanje postupovnih jamstava – od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6, st. 1."

Bitno obilježje suda je njegova nadležnost u donošenju pravno obvezujućih odluka. Prema svom sastavu sud može biti sastavljen većinom ili u cijelosti od osoba koje nisu profesionalni suci, primjerice javni službenici i pripadnici oružanih snaga mogu biti članovi upravnih i disciplinskih sudova.[5]

Nadalje, čl. 6 određeno je kako mora postojati zakonom ustanovljeni sud, pa organizacija sudstva mora biti regulirana zakonom. Također, moguće je zakonom delegirati na izvršnu vlast ovlast za formiranje dijelova sudske organizacije, primjerice posebnih sudskih tijela, pod uvjetom da se propišu odgovarajuća jamstva kako bi se spri-

3 Čl. 6, st. 1: „*Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj...*"

4 *Belilos protiv Švicarske,* presuda, 29. travnja 1988., br. 10328/83.

5 D. J. Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 285–286.

ječila proizvoljnost. Niti jedan sudski postupak ne može se isključiti iz ove odredbe, pa i ako se radi o posebnom sudu[6] što je utvrđeno u predmetu *Zand protiv Austrije*.[7]

Stoga, određena tijela koja ne potpadaju pod pojam suda prema nacionalnom pravu, smatraju se sudovima prema čl. 6 u skladu s autonomnim tumačenjem ESLJP. Izraz tribunal, preveden u Hrvatskoj kao „sud", ne znači da osobe i tijela koje vode postupak formalno pripadaju državnoj sudbenoj vlasti, ali se traži da u konkretnom slučaju imaju svojstva nezavisnosti i nepristranosti te da njihovo ustrojstvo i rad budu propisani unaprijed određenim pravilima.[8] Tako se mogu smatrati nezavisnim i nepristranim sudom određena vojna ili zatvorska disciplinska tijela, profesionalni arbitražni sudovi i sl.[9]

2.1. Nezavisnost suda

O nezavisnosti i nepristranosti ESLJP često odlučuje zajednički, jer su međusobno vrlo povezani. Najčešće među njima ne postoji jasna granica. Tako odlučivanje ESLJP o nezavisnosti sudova često dovodi i do rasprave o njegovoj nepristranosti i obrnuto.

Uobičajeno je da se sudovi smatraju nezavisnim tijelima te se njihova nezavisnost rijetko ispituje. Nezavisnost se najčešće dovodi u pitanje kada se radi o odlučivanju nesudskih tijela.[10] Takva tijela, također, mogu odlučivati o građanskim pravima i obvezama ili o kaznenoj optužnici iz čl. 6. U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[11] ESLJP je naveo što uzima u obzir pri razmatranju zahtjeva nezavisnosti:

---

6 *Ibid.*, 70.

7 *Zand protiv Austrije,* presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

8 A. Uzelac, „Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", *Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. I. Radačić), Zagreb 2010, 95.

9 Vid. npr. *Sramek protiv Austrije*, presuda, 26. siječnja 1984., br. 8790/79, *Ettl protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., br. 9273/81 i *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 i 9405/81.

10 W. M. Janis *et al.*, *European Human Rights law*, *Text and materials*, Oxford 2008, 783.

11 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda, 28. lipnja 1984, br. 7819/77 i 7878/77.

„Pri odlučivanju je li tijelo nezavisno – konkretno od izvršne vlasti i stranaka u postupku – ESLJP ispituje način na koji se izabiru suci, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka te doima li se takvo tijelo nezavisnim."[12]

2.1.1. Sastav suda i imenovanje sudaca

U tekstu čl. 6 ne navodi se kakav točno sastav suda mora biti. To je detaljno razrađeno sudskom praksom ESLJP te je usko vezano uz autonomno tumačenje pojma sud o kojem je bilo riječi na početku ovog poglavlja. Stoga, sud se može sastojati od sudaca, sudaca i porotnika, a postoje i druge kombinacije.[13]

U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*[14] ESLJP je utvrdio da prisutnost sudaca ili pravno obrazovanih članova u sudskom tijelu najčešće predstavlja ispunjenje zahtjeva nezavisnosti. U *Langborger protiv Švedske*[15] je naveo:

„Kada su pojedinci kvalificirani za rješavanje pojedinog pitanja, i kada nema subjektivnih razloga za sumnju u njihov osobni integritet, važno je sačuvati izgled objektivne nezavisnosti i nepristranosti."

Taj kriterij poglavito zahtijeva da oni koji odlučuju o pojedinom pitanju ne smiju biti u vezi s bilo kojom od stranaka u postupku, što je i česta osnova za odlučivanje o pristranosti sudaca. Primjerice, u predmetu *Pescador Valero protiv Španjolske*[16] sudac je bio zaposlen i kod stranke u postupku, a u *Sigurdsson protiv Islanda*[17] suprug sutkinje bio je dužnik jedne od stranaka što je bio dostatan razlog ESLJP-u za utvrđivanje povrede čl. 6.[18]

Kada ESLJP ispituje je li došlo do povrede nezavisnosti zbog načina na koji su imenovani suci onda činjenica da djelatnike suda ili sudskih tijela izabire izvršna vlast sama po sebi ne predstavlja povredu

12 D. J. Harris *et al.*, *op. cit.* fn. 5, 287.

13 D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg 1996, 169–170.

14 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije,* presuda, 23. lipnja 1981., br. 6878/75 i 7238/75.

15 *Langborger protiv Švedske,* presuda, 22. lipnja 1989, br. 11179/84.

16 *Pescador Valero protiv Španjolske,* presuda, 17. lipnja 2003, br. 62435/00.

17 *Sigurdsson protiv Islanda,* presuda, 10. ožujka 2003, br. 39731/98.

18 D. Gomien, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Rijeka 2007, 92.

EKLJP-e.[19] U predmetu *Zand protiv Austrije*[20] ESLJP zaključio je da je za povredu nezavisnosti sudaca, zbog načina na koji se oni izabiru, potrebno dokazati da je: „način na koji je sudac izabran nezadovoljavajući u cijelosti ili da je sastav suda takav da bi mogao utjecati na donošenje odluke u konkretnom predmetu."[21]

2.1.2. Trajanje mandata sudaca

Nezavisnost sudaca uvjetovana je trajanjem njihova mandata te ako su suci ili osobe koje odlučuju u drugim sudskim tijelima izabrane na vremenski određeni mandat, takav postupak predstavlja jamstvo nezavisnosti. Koliko dugo će to razdoblje biti ovisi o konkretnim okolnostima svakog pojedinog predmeta o kojemu ESLJP raspravlja i nije izričito utvrđeno. U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*[22] mandat članova Žalbenog vijeća u trajanju od šest godina predstavljao je jamstvo nezavisnosti. U *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[23] odlučivalo se o nezavisnosti zatvorskog odbora koji se birao na tri godine. Iako je to relativno kratko vrijeme, ESLJP je uzeo u obzir činjenicu da je to neplaćeni posao i da je teško doći do volontera koji bi ga obavljali. To vremensko razdoblje bilo je dovoljno za osiguranje nezavisnosti njegovih članova pa nije došlo do povrede čl. 6.

2.1.3. Postojanje zaštite od vanjskih pritisaka

Odredba o nezavisnosti i nepristranosti temelji se na načelu diobe vlasti te se ni zakonodavna ni izvršna vlast ne smiju miješati u djelovanje sudova. U predmetu *Beaumartin protiv Francuske*[24] ESLJP je utvrdio: „Samo tijelo koje ima punu jurisdikciju i zadovoljava mnogobrojne zahtjeve, između kojih je i zahtjev nezavisnosti od izvršne vla-

19 Vid. primjerice, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda, 28. lipnja 1984., br. 7819/77 i 7878/77, *Belilos protiv Švicarske,* presuda, 29. ožujka 1988, br. 10328/83.

20 *Zand protiv Austrije,* presuda, 16. svibnja 1977, br. 7360/76.

21 D. J. Harris *et al.*, *op. cit.* fn. 5, 287.

22 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije,* presuda, 23. lipnja 1981, Serija A, br. 43.

23 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda, 28. lipnja 1984, br. 7819/77 i 7878/77.

24 *Beaumartin protiv Francuske, presuda*, 24. studeni 1994. br. 15287/89.

sti, a i nezavisnost od stranaka u postupku, može se nazvati sudom u smislu čl. 6."

2.1.4. Vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje

U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[25] ESLJP je postavio kriterij prema kojemu se odlučuje doima li se tijelo koje odlučuje o predmetu nezavisnim. To je tzv. objektivni kriterij. Zahtjevi koji proizlaze iz takvog kriterija uglavnom su institucionalne naravi i traže odvojenost vlasti u okviru ustavnog uređenja države. Tu je bitan položaj suca: ako vlada ili druga tijela vlasti mogu smjenjivati suce, njihova institucionalna nezavisnost bit će povrijeđena. Nadalje, nezavisnost će biti dovedena u pitanje i kada su suci ili sudovi pod utjecajem ili nadzorom nesudskih tijela. Do toga će doći i ako postoji nadzor nad plaćama sudaca, mogućnost izdavanja uputa sudovima drugih vlasti, ili prijetnje sucima da će ih se premjestiti na druga radna mjesta, ako njihove odluke ne budu sukladne s očekivanjima ili navedenim uputama.[26] Međutim, ako dođe do povrede nezavisnosti tijela koje odlučuje zbog vanjskog dojma nezavisnosti, onda ipak neće doći do povrede čl. 6, ako njegove odluke može preispitati sudsko tijelo koje ima punu jurisdikciju i potpada pod pojam suda prema sudskoj praksi ESLJP.[27]

U *Procola protiv Luksemburga*[28] sudac je obavljao i savjetodavnu i sudsku dužnost u istom predmetu. U *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[29] sudac koji je predsjedao u žalbenom postupku koji se vodio zbog postupka planiranja, sudjelovao je i u usvajanju takvog razvojnog plana unutar parlamenta te je ESLJP i tu utvrdio povredu nezavisnosti.[30]

Zaključno, kada ESLJP primjenjuje objektivni kriterij u odlučivanju doima li se tijelo koje odlučuje nezavisnim onda detaljno ispituje

25 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984, br. 7819/77 i 7878/77.

26 D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *op. cit.* fn. 13, 169.

27 P. Leach, *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Oxford 2011, 289.

28 *Procola protiv Luksemburga,* presuda, 28. rujna 1995, br. 14570/89.

29 *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda, 8. veljače 2000, br. 28488/95.

30 M. Nuala, C. Harby, *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 3.*, Strasbourg 2006, 288.

činjenice svakog konkretnog predmeta i tek tada primjena objektivnog kriterija može dovesti do odluke o povredi nezavisnosti.

2.2. Nepristranost suda

Sud ne smije biti opterećen predrasudama u vezi s odlukom koju donosi. U sudnici ne smije biti pod utjecajem vanjskih informacija, stajališta javnosti ili nekog drugog pritiska. Svoje mišljenje treba isključivo temeljiti na onome što je izneseno na suđenju.

Nepristranost pretpostavlja nepostojanje predrasuda ili pristranosti kao što je to utvrđeno u predmetu *Piersack protiv Belgije*.[31] U predmetu *Hauschildt protiv Danske*[32] ESLJP je postavio dva kriterija prema kojima procjenjuje je li došlo do povrede nepristranosti:[33]

„Postojanje nepristranosti u smislu čl. 6, st. 1 mora biti utvrđeno prema subjektivnom kriteriju, što znači na temelju osobnog uvjerenja suca koji odlučuje o predmetu, i na temelju objektivnog kriterija kojim se isključuje postojanje bilo kakve opravdane sumnje u njegovo takvo odlučivanje."

Da bi se dokazala subjektivna nepristranost, ESLJP zahtijeva dokaze konkretne pristranosti. Osobna nepristranost sudaca pretpostavlja se dok se ne dokaže suprotno. Ovo je vrlo snažna pretpostavka i u praksi ju je vrlo teško dokazati.

Kada je riječ o objektivnom kriteriju, ESLJP je u predmetu *Fey protiv Austrije* [34] iznio:

„U okviru objektivnog kriterija mora se odrediti, u potpunosti odvojeno od osobnog ponašanja suca, postoje li činjenice koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristranost. U tom pogledu čak i dojam može imati izvjesnu važnost. Ono što je ovdje važno je povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati javnosti..."

U svojoj praksi ESLJP je u više navrata istaknuo, da se svaki sudac za kojeg postoji legitiman razlog za bojazan da nije nepristran, mora povući.[35]

---

31 *Piersack protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982, br. 8692/79.

32 *Hauschildt protiv Danske,* presuda, 24. svibnja 1989, br. 10486/83.

33 Vid. *Driza protiv Albanije*, presuda, 13. studeni 2007, br. 33771/02.

34 *Fey protiv Austrije,* presuda, 24. veljače 1992, br. 14396/88.

35 L. Loucaides, *Judge Loukis Loucaides: an alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a collection of separate opinions*

2.2.1. Različite uloge sudaca

U velikom broju predmeta u kojima je ESLJP odlučivao o nepristranosti radilo se o situacijama u kojima su suci imali različite uloge tijekom postupka.[36] Većinom se radilo odlučivanju o nepristranosti u kaznenim postupcima, ali daljnjom sudskom praksom ESLJP ti kriteriji i načela protegnuli su se i na građanske postupke.

U predmetu *Piersack protiv Belgije*[37] sudac koji je sudio u postupku protiv podnositelja prije toga bio je član odjela koji je proveo i istragu u tom predmetu te podnio tužbu protiv njega. ESLJP smatrao je da je time došlo do povrede čl. 6 i to na temelju povrede objektivnog kriterija: „ako pojedinac obavlja dužnosti u uredu državnog odvjetnika, a kasnije odlučuje o istom predmetu u ulozi suca onda je opravdan strah javnosti da takav sudac neće zadovoljiti zahtjeve nepristranosti." Stoga je zaključio kako nije zadovoljen zahtjev nepristranosti, jer sastav suda koji je trebao odlučiti o optužbi ide u prilog tužiteljstvu.[38]

U presudama koje su uslijedile nakon predmeta *Piersack* ESLJP je ispitivao prethodni angažman sudaca prilikom odlučivanja o meritumu predmeta što utječe na njegovu nepristranost povodom donošenja odluke. Tu je utvrđivao je li već u tom stadiju postupka stvorio odluku o podnositeljevoj krivnji.

U *Hauschildt protiv Danske*[39] ESLJP je utvrdio da je sudac donosio prethodne odluke u kaznenom postupku, uključujući i odluku o pritvoru, a nakon toga odlučivao i o meritumu samog predmeta. U Danskoj, za razliku od Belgije ne postoji istražni sudac. Istragu i progon počinitelja kaznenih djela u potpunosti provodi policija i tužiteljstvo. Sudac u tom stadiju postupka odlučuje samo jesu li predočeni dokazi koji opravdavaju pritvaranje. Tu je sudac nekoliko puta odlučivao o produženju pritvora na temelju izričito utvrđene sumnje te je stoga došlo do povrede čl. 6.

U predmetu *Delcourt protiv Belgije*[40] podnositelj se žalio na ovlasti *Avocate generale*, člana državnog odvjetništva u Belgiji. On je od-

(1998–2007), Leiden, Boston 2008, 121–122.

36 M. Nuala, C. Harby, *Pravo na pošteno suđenje*, Sarajevo 2005, 66–67.

37 *Piersack protiv Belgije,* presuda, 1. listopada 1982, br. 8692/79.

38 Vid. Berger, L. V. Petiti, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris 2007, 233.

39 *Hauschildt protiv Danske,* presuda, 24. svibnja 1989, br. 10486/83.

40 *Delcourt protiv Belgije,* presuda, 17. siječnja 1970, br. 2689/65.

lučivao o žalbi koju je donio belgijski Kasacijski sud u kaznenom postupku protiv podnositelja. *Avocate generale* podnio je svoje mišljenje o predmetu nakon saslušanja stranaka te je sudjelovao u odlučivanju tog suda. ESLJP je smatrao da takvo postupanje nije ugrozilo nezavisnost i nepristranost Kasacijskog suda. Utvrdio je da odjel ureda državnog odvjetnika koji je sudjelovao u odluci suda nije ovisio o odjelu tog ureda koji je bio zadužen za progon podnositelja. Kao takav bio je nepristran savjetnik sudu. Međutim, 1991. takav belgijski postupak uspješno je osporen pred ESLJP-om u predmetu *Borgers protiv Belgije*.[41]

Stajalište koje je ESLJP zauzeo u predmetu *Borgers* prošireno je i na građanske predmete u *Lobo Machado protiv Portugala.*[42] Tu je zamjenik državnog odvjetnika podnio Vrhovnom sudu prethodnu preporuku na žalbu i sudjelovao u odlučivanju povodom te žalbe.[43]

Stoga, sama činjenica da je sudac prethodno imao veze s podnositeljem ne predstavlja automatski povredu čl. 6. Potrebne su posebne pretpostavke koje su detaljno razrađene u ovom radu i na temelju kojih ESLJP utvrđuje povredu čl. 6.

3. SUDSKA PRAKSA ESLJP-A U ODNOSU NA HRVATSKU

Od trenutka stupanja na snagu ESLJP u Republici Hrvatskoj pa do kraja 2016. doneseno je ukupno 349 presuda. Od toga 92 presude odnosile su se na povredu prava na pošteno suđenje, a još 96 presuda na povredu prava na pošteno suđenje u razumnom roku. Ovdje će biti ukratko iznesene najvažnije presude u kojima je ESLJP utvrdio povredu nezavisnosti i nepristranosti sudova u odnosu na Hrvatsku te što je Hrvatska poduzela da te povrede ispravi.

U predmetu *Mežnarić protiv Hrvatske*[44] podnositelj se žalio da je lišen svoga prava na suđenje nepristranog suda jer je o njegovoj ustavnoj tužbi odlučilo vijeće sudaca u kojem je bio sudac M. V., iako su i on, a kasnije i njegova kćer, zastupali protivnike podnositelja. Prema praksi ESLJP, postojanje nepristranosti prema čl. 6 mora biti utvrđeno prema

41 *Borgers protiv Belgije,* presuda, 30. listopada 1991, br. 12005/86.

42 *Lobo Machado protiv Portugala,* presuda, 20. veljače 1996, br. 15764/89.

43 W. M. Janis *et al.*, *op. cit.* fn. 10, 769–774.

44 *Mežnarić protiv Hrvatske*, presuda, 15. srpnja 2005, br. 71615/01.

subjektivnom i objektivnom kriteriju. Glede subjektivnog kriterija, osobna nepristranost suca mora se pretpostaviti dok se ne dokaže suprotno. U ovome predmetu podnositelj nije dostavio nikakve dokaze o tome, te nije bilo ničega što bi ukazalo na osobnu pristranost suca M. V. Glede objektivnoga kriterija, mora se utvrditi postoje li, sasvim odvojeno od ponašanja suca, provjerljive činjenice koje mogu potaknuti dvojbu glede njegove nepristranosti. To podrazumijeva da je, pri odlučivanju postoji li u nekom predmetu legitiman razlog za bojazan da neki sudac nije nepristran, stav dotične osobe važan, ali ne i odlučan. Ono što je odlučno jest to može li se ta bojazan smatrati objektivno opravdanom. Odnosno, „ne samo da se pravda mora izvršavati, mora se i vidjeti da se ona izvršava". Činjenica da je sudac djelovao u različitim svojstvima u istome predmetu može u određenim okolnostima kompromitirati nepristranost suda. ESLJP je utvrdio da se u ovome se predmetu radilo o dvostrukoj ulozi suca u samo jednom postupku, a uz to povredi nepristranosti doprinijela je i činjenica da je kćer suca M. V. zastupala protivnika podnositelja.

ESLJP se u presudi *Mežnarić* pozvao na odredbe Ustavnog zakona o Ustavnom sudu i Zakona o parničnom postupku iz 1999. koje su govorile o izuzeću sudaca i tako omogućavale nepristranost sudova. Ovdje je bitno istaknuti da ESLJP ne ispituje koliko su uistinu odredbe hrvatskoga zakonodavstva omogućavale nepristranost u skladu s odredbama EKLJP-e, ali je ipak nužno to istaknuti budući da su navedene odredbe izmijenjene Zakonom o Ustavnom sudu iz 2002., kao i izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2001. kako se ovakve situacije ne bi ponovile.

U predmetu *Olujić protiv Hrvatske*[45] koji je potaknuo pitanje sukladnosti odredaba Zakona o državnom sudbenom vijeću koji je tada bio na snazi s EKLJP-om raspravljalo se o nepristranosti. Nakon utvrđene povrede čl. 6 taj zakon je izmijenjen kako bi se i osigurala veća nepristranost hrvatskih sudova. Sve se to odrazilo i na rad Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tako je postignut napredak u rješavanju pitanja nepristranosti sudova posebice stoga što je Ustavni sud počeo primjenjivati iste kriterije kao i ESLJP pri odlučivanju o nezavisnosti i nepristranosti sudova. U navedenom predmetu ESLJP ispitivao je povredu nepristranosti tri člana Državnog sudbenog vijeća zato što su tijekom stegovnog postupka protiv podnositelja davali intervjue, objavljene u dvjema različitim nacionalnim novinama, izražavajući nesklonost prema podno-

45 *Olujić protiv Hrvatske*, presuda, 5. veljače 2009, br. 22330/05.

sitelju. Podnositelj je bio sudac i predsjednik Vrhovnoga suda Republike Hrvatske. Bio je i član Državnog sudbenog vijeća (dalje: DSV). DSV je pokrenuo stegovni postupak protiv podnositelja, a on je podnio zahtjev za izuzeće iz rada na predmetu tri člana DSV-a zbog toga što je smatrao da su stvorili mišljenje o njegovoj krivnji prije okončanja postupka što je bilo dovoljno za utvrđenje njihove nepristranosti i povrede čl. 6.

U predmetu *Parlov – Tkalčić protiv Hrvatske*[46] podnositeljica je prigovorila da nacionalni sudovi koji su njezin predmet rješavali u građanskom postupku zbog stjecanja bez osnove nisu bili nepristrani, posebno zbog toga što je predsjednik drugostupanjskog suda prethodno protiv nje bio podnio kaznenu prijavu. ESLJP smatra da osobna nepristranost sudaca koji su odlučivali o podnositeljičinoj žalbi u ovome predmetu nije upitna, te smatra da se prigovor o pomanjkanju nepristranosti mora ispitati s polazišta testa objektivne nepristranosti. ESLJP nije utvrdio da je stvarnost situacije u ovome predmetu bila u sukobu s pravom podnositeljice na suđenje pred nepristranim sudom s aspekta vanjskog dojma. Ponavlja da su pojmovi nezavisnosti i objektivne nepristranosti usko povezani te da ih je ponekad teško odijeliti. U odnosu na pitanje nezavisnosti ponavlja da je potrebno uzeti u obzir način imenovanja sudaca tog suda i njihov mandat, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka te ostavlja li on vanjski dojam nezavisnosti. Međutim, sudačka nezavisnost zahtijeva da nijedan sudac ne smije biti izložen neprimjerenim utjecajima koji dolaze ne samo izvan pravosuđa, već i iznutra. Ta unutarnja sudačka nezavisnost zahtijeva da suci ne budu izloženi uputama i pritiscima drugih sudaca ili osoba poput predsjednika suda ili predsjednika sudskog odjela. Ako nema dostatne zaštite koja osigurava nezavisnost sudaca unutar pravosudnoga sustava, a osobito u odnosu na njihove nadređene u pravosudnim tijelima, ESLJP bi mogao zaključiti da su sumnje podnositelja glede (nezavisnosti i) nepristranosti suda objektivno opravdane. Dakle, ispitivalo se jesu li suci, koji su bili članovi vijeća koje je odlučivalo o žalbi bili dovoljno nezavisni o predsjedniku tog suda. ESLJP je zaključio da je hrvatsko zakonodavstvo koje je bilo na snazi u relevantno vrijeme predviđalo odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog izvršavanja dužnosti predsjednika suda vezanih uz (pre)raspodjelu predmeta u rad sucima. Nadalje, ispitao je je li bilo kakvih drugih elemenata u (hijerarhijskom) odnosu između sudaca koji su odlučivali o žalbi podnositeljice i predsjednika suda, koji su mogli ograničiti njihovu

46 *Parlov – Tkalčić protiv Hrvatske*, presuda, 22. studeni 2009, br. 24810/06.

unutarnju nezavisnost. ESLJP je smatrao da je hrvatsko zakonodavstvo u relevantno vrijeme imalo odgovarajuće mehanizme za sprječavanje neprimjerenih uplitanja koja su dolazila iz samoga pravosuđa, te da se za ovlasti što su ih predsjednici sudova imali nije moglo opravdano smatrati da idu na štetu unutarnje nezavisnosti sudaca ili da izazivaju strah od posljedica izražavanja vlastitog mišljenja koji je mogao narušiti njihovu unutarnju nezavisnost. Suci koji su ispitivali žalbu podnositeljice bili su dovoljno nezavisni o predsjedniku tog suda. Stoga, strahovi podnositeljice glede pomanjkanja nepristranosti suda nisu bili objektivno opravdani pa nije došlo do povrede čl. 6.

4. ZAKLJUČAK

Osnova vladavine prava i demokratskog uređenje počiva na trodiobi vlasti. Kako bi se ona doista ostvarila nezavisnost i nepristranost sudova moraju biti uobličeni kao temeljna pravna načela ne samo u teoriji već i u primjeni i praksi. Od osamostaljenja Republike Hrvatske 1990. pa do danas intenzivno se radilo na ostvarenju ovoga načela, budući da je za vrijeme bivšeg socijalističkog režima bilo dominantno načelo jedinstva vlasti. U kreiranju početne ustavne i zakonske regulaciji ovog načela uvelike je doprinijela sudska praksa ESLJP, budući da je Republika Hrvatska postala strankom EKLJP 1997. Prihvaćanjem i primjenom te sudske prakse i Ustavni sud Republike Hrvatske je počeo primjenjivati, a i danas primjenjuje kriterije prema kojima se utvrđuje je li došlo do povrede nezavisnosti i nepristranosti sudova, a koji su detaljno obrađeni u ovom radu. Stoga, može se reći da je nezavisnost i nepristranost sudova temeljno pravno načelo u Republici Hrvatskoj koje kao takvo štiti i Ustavni sud. Nadalje, kako bi ono doista jamčilo trodiobu vlasti nužno je između ostalog pratiti, poznavati i primjenjivati sudsku praksu ESLJP. Stoga, može se reći da je stvoren kodeks „minimalnih standarda" o nezavisnosti i nepristranosti sudova na globalnoj razini koji potvrđuje važnost ovog temeljnog pravnog načela.

Sanja Grbić, PhD
Assistant Professor at the University of Rijeka, Faculty of Law

INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF TRIBUNALS ACCORDING TO ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF LAW

Summary

Independence and impartiality of the tribunal is fundamental for the division of government into three branches and as such exists as a fundamental principle of law, which in fact in theory and practice allows for independence and impartiality of the tribunals. In this paper, the author emphasizes the importance of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which refers to the right to a fair trial conducted by an independent and impartial tribunal. The complexity of the subject matter has led the author to the use of a methodological approach that analyzes the case law of the European Court of Human Rights in relation to the independence and impartiality of the tribunals according to Article 6. This jurisprudence has established a number of principles and criteria that enable the realization and improvement of the implementation of this fundamental principle of law.

Key words: *Tribunal. – Independence. – Impartiality. – European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

UDK 336.226.112.1:78/79(497.11)

*Dr Svetislav V. Kostić, LL.M**

*Dr Miloš Milošević***

OPOREZIVANJE DOHOTKA SPORTISTA I ESTRADNIH UMETNIKA U SRPSKOM I MEĐUNARODNOM UGOVORNOM PORESKOM PRAVU***

Kao i u mnogim drugim državama i u Srbiji poreska pitanja uspevaju da zaokupe pažnju šire javnosti tek kada im se doda određena primesa bilo glamura, bilo populističke političke retorike, gde se svakako ističu ona vezana za oporezivanje dohotka uspešnih sportista ili poznatih estradnih umetnika. Ovaj rad se upravo bavi oporezivanjem dohotka sportista i estradnih umetnika u srpskom i međunarodnom ugovornom poreskom pravu. Pored objašnjavanja osnovnih pojmova prekograničnog oporezivanja dohotka, autori pristupaju dubljem razmatranju pitanja kada se dohodak sportiste ili estradnog umetnika može smatrati ostvarenim na teritoriji određene države, kako odrediti dohodak koji država izvora ima pravo da oporezuje, ali i na koji način prepoznati sportistu, odnosno estradnog umetnika, s obzirom na to da ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja predviđaju posebna pravila za potrebe oporezivanja dohotka koji ove osobe ostvare od ličnog izvođenja nastupa. S obzirom na to da srpske prakse u ovoj oblasti gotovo i da nema, autori se oslanjaju na uporednu jurisprudenciju i zakonodavstvo. Na samom kraju, oni upozoravaju na nezavidno stanje u sprovođenju važećih poreskih propisa u ovoj oblasti od strane srpskih poreskih organa i njihovu dosadašnju nesposobnost da se, primenom onoga što im je već stavljeno na raspolaganje, uhvate u koštac sa verovatno značajnim razmerama poreske evazije sa kojom se u Srbiji susrećemo.

---

* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *skostic@ius.bg.ac.rs.*

** Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *milosevic@ius.bg.ac.rs.*

*** Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2017. godinu.

Ključne reči: *Sportista. – Estradni umetnik. – Rezidentstvo. – Izvor. – Porez na dohodak.*

1. UVOD

Kao i u mnogim drugim državama i u Srbiji poreska pitanja uspevaju da zaokupe pažnju šire javnosti tek kada im se doda određena primesa bilo glamura, bilo populističke političke retorike, gde se svakako ističu ona vezana za oporezivanje dohotka uspešnih sportista ili poznatih estradnih umetnika. Malo je onih čiju maštu nisu zagolicale brojke koje se vezuju za prihode sportista ili estradnih umetnika, priče o životu na visokoj nozi, pri čemu su sumnje da iza njihovog izbora određenih mesta za život (npr. Monako) stoje i poreski razlozi postale opšte poznata stvar. U siromašnim državama priče o dečacima i devojčicama koji usled svoje darovitosti za sport ili muziku, iz skromnog okruženja, gotovo preko noći, dolaze do basnoslovnog bogatstva i raskoši, postaju stvar nade i utehe, odnosno često se ne prepoznaje razlika između bajki i stvarnosti. Poreski skandali, ili glasno promovisani (a u Srbiji po pravilu neuspešni) pokušaji državnih organa da zahvate sav onaj dohodak poznatih osoba koji imaju pravo da oporezuju, odnosno način na koji se o njima govori u „laičkim" krugovima i medijima, ukazuje na veoma oskudno razumevanje najosnovnijih poreskih stvari, pri čemu često prepoznajemo i nedostatak primene zdravorazumskog rasuđivanja. Stoga, mada se na prvi pogled može činiti efemernom, upravo oblast oporezivanja dohotka sportista i estradnih umetnika nam može pružiti izvanrednu priliku da razumemo osnovne koncepte oporezivanja dohotka fizičkih lica, izbore koje poreska politika svake države ima pred sobom, kao i da uočimo osobenosti srpskog poreskog prava, ali i nedostatke našeg administrativnog okvira koji služi sprovođenju poreskih normi.

2. RAZMERE PORESKE OBAVEZE

Osnovno pitanje kod utvrđivanja bilo čije poreske obaveze mora biti da li to lice podleže oporezivanju u određenoj poreskoj jurisdikciji. Gledano iz srpske perspektive, navedeno pitanje možemo preformulisati u: Da li Srbija ima pravo da oporezuje dohodak nekog pojedinca?

Prema odredbama Zakona o porezu na dohodak građana[1] obveznik ovog poreskog oblika je fizičko lice[2], pri čemu razmere njegovih obaveza zavise od toga da li je poreski rezident Srbije. Naime, ona fizička lica koja imaju status poreskog rezidenta Srbije u njoj podležu oporezivanju na svoj celokupan svetski dohodak,[3] dok sva ostala bivaju oporezovana samo na onaj dohodak koji je ostvaren na teritoriji Srbije.[4]

Opisani pristup određivanja razmera poreskih obaveza fizičkih lica koji srećemo u Srbiji je prisutan i u najvećem broju država na svetu čije zakonodavstvo predviđa porez na dohodak fizičkih lica,[5] pri čemu nam nameće potrebu da odgovorimo na sledeća dva pitanja:

a) Kada se određeno fizičko lice može smatrati rezidentom Srbije?
b) Kada se dohodak može smatrati ostvarenim na teritoriji Srbije, odnosno kada dohodak svoj *izvor* (engl. *source*) ima na njenoj teritoriji?

U pogledu rezidentstva fizičkih lica srpski zakonodavac nam pruža nekoliko alternativnih kriterijuma za sticanje ovog statusa:

„Rezident Republike, u smislu ovog zakona, jeste fizičko lice koje:

1) na teritoriji Republike ima prebivalište ili centar poslovnih i životnih interesa, ili
2) na teritoriji Republike, neprekidno ili sa prekidima, boravi 183 ili više dana u periodu od 12 meseci koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini.“[6]

---

1 Zakon o porezu na dohodak građana – ZPDG, *Službeni glasnik RS*, br. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14, 112/15.

2 Vidi: ZPDG, čl. 6.

3 Vidi: ZPDG, čl. 7, st. 1.

4 Vidi: ZPDG, čl. 8.

5 Vidi: S. Kostić, „Rezidentstvo fizičkih lica u srpskom poreskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta*, 2/2008, 321.

6 ZPDG, čl. 7, st. 2. ZPDG u čl. 7, st. 8 predviđa još jedan kriterijum za poresko rezidentstvo vezan za fizička lica koja su iz Srbije upućena u drugu državu radi obavljanja poslova u našim diplomatskim ili konzularnim predstavništvima, odnosno obavljanja poslova za Srbiju u međunarodnim organizacijama.

Nažalost, dok nam ZPDG pruža jasan odgovor na prvo pitanje, on je suštinski nem kada je u pitanju određivanje izvora dohotka i prepušta nas oslanjanju na oskudnu srpsku poresku jurisprudenciju i upravnu praksu, odnosno uporedno pravo.[7]

Međutim, ono što možemo zaključiti iz raspoloživih odredbi ZPDG je da svako fizičko lice koje ispunjava makar i jedan od navedena tri kriterijuma za srpsko poresko rezidentstvo mora da u Srbiji prijavi svoj celokupan dohodak, gde god da je taj dohodak ostvaren. Pojednostavljeno, čovek koji se u Srbiju doseli iz Senegala kako bi igrao u nekom srpskom fudbalskom klubu, pri čemu na njenoj teritoriji provede 183 ili više dana u periodu od 12 meseci koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini, podleže našem porezu na dohodak građana ne samo u odnosu na naknadu koju prima od svog kluba, već i na npr. kapitalni dobitak koji ostvari prodajom svog stana u Dakaru. Posmatrano iz obrnute perspektive, svaka osoba koja privremeno (pri čemu ta *privremenost* može trajati i više godina) napusti Srbiju kako bi igrala u nekom stranom klubu, pri čemu zadržava svoje srpsko prebivalište, podleže oporezivanju u Srbiji i na naknadu koju ostvaruje igrajući van njene teritorije za svoj inostrani klub. I dok nam srpski zakonodavac jasno stavlja do znanja da dohodak koji estradni umetnik sa statusom poreskog rezidenta Srbije ostvari povodom pevanja u disko klubu u Nemačkoj podleže oporezivanju u Srbiji, on nas stavlja pred nedoumicu u pogledu pitanja kada bi se takav dohodak smatrao ostvarenim na teritoriji Srbije.

3. OTKLANJANJE DVOSTRUKOG OPREZIVANJA I PROBLEM DVOJNOG REZIDENTSTVA

Dvostruko (pravno) oporezivanje predstavlja pojavu gde jedan isti poreski obveznik biva oporezovan u odnosu na isti dohodak, istim ili sličim porezom, za isti poreski period, od strane dve među sobom ravnopravne poreske jurisdikcije.[8]

Do dvostrukog pravnog oporezivanja dolazi najčešće zato što jednog istog poreskog obveznika u odnosu na isti dohodak, istim ili

7 Vidi: D. Popović, G. Ilić-Popov, „Utvrđivanje izvora dohotka u poreskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta*, 2/2008, 105.

8 Vidi: D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 246.

sličnim porezom, za isti poreski period, jedna država oporezuje na osnovu principa rezidentstva, a druga zato što je dohodak ostvaren na njenoj teritoriji. Primera radi, sportista – poreski rezident Srbije, koji ostvari dohodak od igranja na teritoriji Nemačke, biće načelno podvrgnut oporezivanju u Nemačkoj zato što se prema njenim poreskim propisima taj dohodak smatra ostvarenim na njenoj teritoriji, dok će u Srbiji biti oporezovan zato što ga je ostvario neko ko je njoj neograničeno poreski obavezan. Srbija je u čl. 12 ZPDG predvidela meru upravo za otklanjanje dvostrukog pravnog oporezivanja:

> „Ako obveznik – rezident Republike ostvari dohodak u drugoj državi, na koji je plaćen porez u toj državi, na račun poreza na dohodak građana utvrđenog prema odredbama ovog zakona odobrava mu se poreski kredit u visini poreza na dohodak plaćenog u toj državi.
>
> Poreski kredit iz stava 1. ovog člana ne može biti veći od iznosa koji bi se dobio primenom odredaba ovog zakona na dohodak ostvaren u drugoj državi."

Bližim razmatranjem prethodno navedene odredbe vidimo da se olakšica za izbegavanje dvostrukog pravnog oporezivanja u vidu tzv. običnog poreskog kredita[9] pruža samo rezidentnim fizičkim licima i to u odnosu na onaj dohodak koji se prema srpskim poreskim propisima smatra ostvarenim u državi u odnosu na čiji porez se olakšica pruža. Stoga se i kod određivanja da li je rezidentno fizičko lice ostvarilo pravo na poreski kredit iz čl. 12 ZPDG suočavamo sa istim problemom kao i kod oporezivanja nerezidenata u odnosu na dohodak ostvaren na teritoriji Srbije – nedostatkom izričitih pravila o izvoru dohotka u srpskom poreskom pravu.

Imajući u vidu prethodno pomenutu činjenicu da veliki broj država na svetu podvrgava svoje rezidente neograničenoj poreskoj obavezi, pri čemu se i kriterijumi za određivanje statusa poreskog rezidenta u mnogome poklapaju od države do države, nije neuobičajena situacija da jedno fizičko lice istovremeno ispunjava uslove za poresko rezidentstvo dve (ili više) država. Primera radi, osoba sa prebivalištem u Srbiji, može provesti veći deo jedne godine u nekoj drugoj državi i za tu godinu biti istovremeno poreski rezident obe zemlje, odnosno biti dužna da u obe prijavi i plati porez na svoj celokupan svetski dohodak.

9 Vidi: *Ibid.*, 267–269.

Rešavanje problema dvojnog rezidentstva se prepušta ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.[10] Naime, prema čl. 4, st. 2 Model-konvencije OECD, čija rešenja načelno prate gotovo svi ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja na svetu, gde oni koje je zaključila Srbija ne predstavljaju izuzetak:[11]

> „2. Ako je, prema odredbama stava 1 ovog člana, fizičko lice rezident obe države ugovornice, njegov se status određuje na sledeći način:
>
> *a)* smatra se da je rezident samo države u kojoj ima stalno mesto stanovanja; ako ima stalno mesto stanovanja u obe države, smatra se da je rezident samo države sa kojom su njegove lične i ekonomske veze tešnje (centar životnih interesa);
>
> *b)* ako ne može da se odredi u kojoj državi ima centar životnih interesa ili ako ni u jednoj državi nema stalno mesto stanovanja, smatra se da je rezident samo države u kojoj ima uobičajeno mesto stanovanja;
>
> *c)* ako ima uobičajeno mesto stanovanja u obe države ili ga nema ni u jednoj od njih, smatra se da je rezident samo države čiji je državljanin;
>
> *d)* ako je državljanin obe države ili nijedne od njih, nadležni organi država ugovornica rešiće pitanje zajedničkim dogovorom."

Ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja uvek dodeljuju jednoj državi ugovornici ulogu države rezidentstva, dok drugoj prepuštaju ulogu države izvora. Država rezidentstva ima pravo da, shodno

10 Ukoliko između dve države nije zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, onda se problemi vezani za dvojno rezidentstvo mogu rešiti samo primenom njihovog domaćeg zakonodavstva. Mada ova unilateralna pravila pružaju odgovor za brojne slučajeve dvojnog ili višestrukog oporezivanja, ona neće uvek obezbediti da ono bude otklonjeno. Npr. ukoliko dvojni rezident Srbije i SAD ostvari dohodak u nekoj trećoj državi u kojoj ne postoji porez na dohodak (npr. neka od država na Arabijskom poluostrvu), onda će načelno i Srbija i SAD polagati pravo da oporezuju ovaj dohodak, pri čemu neće odobriti poreski kredit za porez plaćen u drugoj državi rezidentstva pošto oporezovani dohodak nema izvor na njenoj teritoriji.

11 Srbija primenjuje ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa sledećim državama: Albanija, Austrija, Azerbejdžan, Belgija, Belorusija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Crna Gora, Češka Republika, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Francuska, Gruzija, Grčka, Holandija, Hrvatska, Indija, Iran, Irska, Italija, Jermenija, Kanada, Katar, Kazahstan, (NR) Kina Kipar, (Republika) Koreja, (DNR) Koreja, Kuvajt, Letonija, Libija, Litvanija, Luksemburg, Makedonija, Malezija, Malta, Mađarska, Moldavija, Nemačka, Norveška, Pakistan, Poljska, Rumunija, Rusija, Slovačka, Slovenija, Španija, Šri Lanka, Švedska, Švajcarska, Tunis, Turska, Ujedinjeni Arapski Emirati, Ukrajina, Velika Britanija i Vijetnam.

svom domaćem zakonodavstvu, oporezuje celokupan dohodak svojih rezidenata, dok se pravo države izvora znatno ograničava, pri čemu onda kada ugovor potvrdi pravo države izvora na oporezivanje, država rezidentstva ima obavezu da otkloni dvostruko pravno oporezivanje do koga neumitno dolazi s obzirom na činjenicu da pravo na oporezivanje imaju obe države ugovornice.

U slučaju dohotka sportista i zabavljača uopšte Model-konvencija OECD u svom čl. 17 predviđa sledeće pravilo:

> „1. Izuzetno od odredaba člana 15 ove Konvencije, dohodak koji ostvari rezident države ugovornice kao zabavljač od ličnog obavljanja delatnosti pozorišnog, filmskog, radio ili televizijskog umetnika, muzičara ili kao sportista u drugoj državi ugovornici, može se oporezivati u toj drugoj državi.
>
> 2. Ako dohodak od lično obavljenih delatnosti zabavljača ili sportiste ne pripada lično zabavljaču ili sportisti nego drugom licu, taj dohodak se, izuzetno od odredaba čl. 7 i 15 ove Konvencije može oporezivati u državi ugovornici u kojoj su obavljene delatnosti zabavljača ili sportiste."

4. IZVOR DOHOTKA SPORTISTA I ESTRADNIH UMETNIKA

S obzirom na to da odredbe ZPGD ne pružaju bilo kakvo detaljnije pravilo u pogledu određivanja izvora dohotka, osim opšte odrednice da Srbija uvek ima pravo, nezavisno od toga da li se radi o rezidentu ili nerezidentu, da oporezuje dohodak koji je ostvaren na njenoj teritoriji, veoma lako možemo pokleknuti pred izazovom da se za potrebe primene domaćeg srpskog poreskog zakonodavstva oslonimo na pravilo o izvoru dohotka sportista i zabavljača iz ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Drugim rečima, u odsustvu bilo kakvih drugih putokaza razumno bi bilo smatrati da izvor u Srbiji ima onaj dohodak sportista i estradnih umetnika koji je ostvaren njihovim ličnim obavljanjem sportskih aktivnosti, odnosno estradne delatnosti na teritoriji Srbije. Primera radi, dohodak ostvaren po osnovu igranja utakmice u Subotici ili od održavanja koncerta u Nišu ima svoj izvor na teritoriji Srbije i ona polaže pravo da ga oporezuje. Iz perspektive prethodno izloženih odredbi ZPDG vezanih za otklanjanje dvostrukog pravnog oporezivanja, dohotkom sportista i estradnih umetnika ostva-

renim u drugoj državi smatrao bi se onaj dohodak koji je povezan sa njihovim ličnim izvođenjem delatnosti na teritoriji te države.

Međutim, u pogledu izvora dohotka sportista i estradnih umetnika javlja se nekoliko značajnih nedoumica. Naime, veliki broj sportista i estradnih umetnika ne ostvaruje naknadu za svoje nastupe, već se one isplaćuju pravnim licima koja mogu biti u njihovom posrednom ili neposrednom vlasništvu (tzv. *star companies*). Uvođenje pravnog lica u strukturu organizovanja nastupa nekog sportiste ili estradnog umetnika vrlo često za cilj ima izbegavanje ili barem umanjenje poreza, što možemo ilustrovati kroz relativno jednostavan primer:

> Rok sastav iz strane države namerava da održi koncert u Beogradu i za taj nastup zahteva naknadu u iznosu od 1.000.000 EUR. U slučaju da navedeni iznos bude isplaćen neposredno nerezidentnim izvođačima, prema odredbama ZPDG ovaj prihod bi bio oporezovan po stopi od 13,2%[12], dok bi ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja potvrdili pravo Srbije na oporezivanje.

Međutim, ukoliko bi nastup bio ugovoren ne sa rok grupom neposredno, već sa kompanijom koju su njeni članovi osnovali, onda bi se moglo primeniti, naravno na osnovu formalističkog tumačenja poreskih normi, opšte pravilo iz međunarodnih poreskih ugovora o oporezivanju dobiti od poslovanja privrednih društava, koja bi gotovo bez izuzetka sprečila Srbiju da nametne svoj porez po odbitku na naknade za usluge koje se isplaćuju nerezidentnim pravnim licima,[13] odnosno u najvećem broju slučajeva prepustila bi oporezivanje dobiti ovakve kompanije isključivo njenoj državi rezidentstva.[14]

Iako je odredba čl. 17, st. 2 Model-konvencije OECD, koja ima za cilj upravo da spreči opisani način izbegavanja poreza od strane sportista i estradnih umetnika kroz veštačko umetanje pravnih lica između njih i isplatilaca naknade za izvođenje nastupa, uneta još davne 1977. godine,[15] ona samo omogućava sprovođenje poreskog zahteva koji se zasniva na odredbama domaćeg poreskog zakonodavstva. Drugim re-

12 Vidi: ZPDG, čl. 56, st. 1, tač. 3 i čl. 58.

13 Vidi: Zakon o porezu na dobit pravnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15, 112/15, čl. 40, st. 1, tač. 5.

14 Vidi: Model-konvencija OECD, čl. 7.

15 Vidi: D. Molenaar, H. Grams, „Rent-A-Star – The Purpose of Article 17(2) of the OECD Model", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 56, 10/2002, 500.

čima, da bi se pravo na oporezivanje države izvora koje joj je potvrđeno odredbom ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koja odgovara čl. 17, st. 2 Model-konvencije OECD i sprovelo, sam poreski zahtev mora biti zasnovan na odredbama domaćeg zakonodavstva.

Sve do 2010. godine takav poreski zahtev se u Srbiji mogao nametnuti isključivo dosta nesigurnim oslanjanjem na odredbu čl. 9, st. 1 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji[16] prema kojoj se poreske činjenice tumače prema njihovoj ekonomskoj suštini. Međutim, izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit preduzeća iz marta 2010. godine u njegov član 40 uneta je nova odredba koja glasi:

> „Porez po odbitku iz stava 1. ovog člana obračunava se i plaća i na prihode nerezidentnog obveznika po osnovu izvođenja estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa u Republici, koji nisu oporezovani kao dohodak fizičkog lica (izvođača, muzičara, sportiste i sl.), u skladu sa propisima kojima se uređuje oporezivanje dohotka građana."[17]

Odredba čl. 17, st. 2 Model-konvencije OECD, kao i navedeno pravilo iz čl. 40, st. 2 Zakona o porezu na dobit pravnih lica,[18] ali i odredbe o oporezivanju sportista i estradnih umetnika uopšte, zahtevaju da se odredimo prema pitanju kada se određeni prihod može smatrati ostvarenim po osnovu (ličnog) izvođenja estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa u Srbiji? Odnosno, na koji način utvrditi stepen veze između određenog dohotka i nastupa sportiste ili estradnog umetnika na teritoriji neke države. Kako nam srpska upravna praksa nije od značajnije koristi za potrebe razjašnje-

16 Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016 i 108/2016.

17 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit preduzeća, *Službeni glasnik RS*, br. 18/10, čl. 30.

18 Zakon o porezu na dobit pravnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – dr. zakon, 142/2014, 91/2015 – autentično tumačenje i 112/2015.

nja prethodno postavljenog pitanja,[19] dok sudske prakse u ovoj oblasti nema, primorani smo da se oslonimo na uporedna iskustva.

Primera radi, ukoliko strani fudbalski klub gostuje u Beogradu, da li Srbija ima pravo da oporezuje neki deo dohotka njegovih igrača i ako da na koji tačno deo može polagati pravo?

Ono što sa sigurnošću možemo da tvrdimo je da će Srbija imati pravo da oporezuje npr. naknadu koja je neposredno ugovorena u pogledu konkretne utakmice koja će se odigrati na njenoj teritoriji (npr. premija za dobijenu utakmicu). Ovakav zaključak se nameće i u najvećem broju drugih država, što je prepoznato kao prepreka za izbor određenih destinacija kao mesta za održavanje velikih sportskih nadmetanja. Upravo u cilju postizanja da budu domaćini takvih događaja, značajan broj država se postarao da u pogledu organizatora, sportista koji na njima učestvuju, kao i pratećeg osoblja, pruži sveobuhvatne poreske olakšice u čijoj srži leži pristup da se one kao države izvora odriču svog prava na oporezivanje.[20]

Komentar čl. 17 Model-konvencije OECD se načelno može razumeti kao da daje potvrdan odgovor na pitanje postojanja prava države izvora da oporezuje i deo osnovne zarade sportiste ili umetnika (zabavljača) koji se može pripisati nastupu na njenoj teritoriji:

> „Na primer, moguće je da će članu orkestra pre biti isplaćena ukupna zarada nego što će biti plaćen za svaki nastup pojedinačno: država ugovornica gde je održano izvođenje u mogućnosti je da, u skladu sa stavom 1, oporezuje deo zarade muzičara koji se odnosi na predmetno muzičko izvođenje."[21]

Međutim, švajcarski sudovi su zauzeli stav da odredbe ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koje odgovaraju čl. 17, st. 1

19 Vidi: Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije br. 414–00–39/2010–04 od 12. maja 2010. godine.

20 Navedeni pristup srećemo u slučaju Olimpijskih igara u Vankuveru 2010. godine, Olimpijskih igara u Londonu 2012. godine, Olimpijskih igara u Sočiju 2014. godine, finala UEFA Lige šampiona 2011. i 2013. godine u Londonu, 2012. godine u Minhenu i 2014. godine u Lisabonu, finala UEFA Lige Evrope u Dablinu 2011. godine, 2012. godine u Bukureštu, 2013. godine u Amsterdamu i 2014. godine u Torinu, EURO 2012 fudbalskog prvenstva u Poljskoj i Ukrajini, kao i Svetskog prvenstva u fudbalu u Brazilu 2014. godine. Vidi: D. Molenaar, „Entertainers and Sportspersons Following the Updated OECD Model (2014)", *Bulletin for International Taxation*, Vol 69, 1/2014, 41.

21 Komentar na član 17 Model-konvencije OECD, paragraf 8.

Model-konvencije OECD zahtevaju neposrednu vezu između nastupa i dohotka kako bi pravo države gde se nastup odigrao da oporezuje bilo potvrđeno, što ima za posledicu da osnovna zarada sportiste nije pokrivena ovom odredbom, odnosno da se na nju odnose opšta pravila vezana za oporezivanje zarada iz čl. 15 Model-konvencije OECD (koja pak postavljaju veća ograničenja u pogledu prava države izvora na oporezivanje).[22] S druge strane, u Holandiji praksa apelacionih sudova se potpuno razlikovala,[23] što je bio i jedan od razloga zašto se ova država odlučila da se od 2007. godine načelno odrekne svog prava kao države izvora na oporezivanje dohotka sportista i umetnika.[24]

Kada je buduća praksa Srbije u pitanju (za sada je ona nepostojeća) trebalo bi imati u vidu da iako se može činiti da švajcarski pristup ide previše u prilog često veoma imućnih poreskih obveznika, on u dobroj meri uzima u obzir značajne administrativne poteškoće koji bi bili povezani sa pokušajem da se zahvati deo osnovne zarade nerezidentnih sportista ili umetnika koji imaju nastupe na teritoriji Srbije.

Pored naknada koje neposredno ostvaruju u pogledu samih nastupa sportisti i estradni umetnici mogu ostvarivati i značajne prihode iz drugih izvora (npr. sponzorstva ili reklame) koji se, pak, u nekim slučajevima mogu smatrati posredno povezanim sa tim nastupima.

U predmetu *Agasi protiv Robertsona* u Velikoj Britaniji, Andre Agasi, poznati teniser, je preko svoje kompanije Agassi Enterprises Inc zaključio ugovore o sponzorstvu sa dva privredna društva koja nisu imala bilo kakvo poresko prisustvo u Velikoj Britaniji. Srž tih ugovora je bila vezana za njegovu obavezu da koristi određenu sportsku opremu za vreme svojih mečeva. Pošto je igrao teniski turnir na Vimbldonu, Agasi je smatrao da treba da prijavi poreskim organima Velike Britanije samo one prihode koji su neposredno povezani sa nastupima na njenoj teritoriji, dok su britanski poreski organi polagali pravo da oporezuju i prihode koji nisu neposredno povezani sa nastupima na njenoj teritoriji, ali koji bi im se mogli posredno pripisati,

22 Vidi: X. Oberson, H. Hull, *Switzerland in International Taxation – Fourth Revised Edition*, IBFD, Amsterdam 2011, 157.

23 Vidi: R. Betten, „Annex to the Advocate General's Conclusion on Whether or Not Article 17 of the OECD Model Applies to the Basic Salaries of Sportsmen", *European Taxation*, Vol. 46, 5/2006, 231.

24 Vidi: D. Molenaar, „Taxation of Nonresident Artistes, Athletes to End", *Tax Notes International,* Vol. 43, 11/2006, 889.

pri čemu su koristili broj dana proveden na teritoriji Velike Britanije kao ključ za određivanje dela globalnih prihoda od sponzorstava koji bi u njoj bili oporezivi. Stav britanskih poreskih organa je bio u osnovi sadržan u pristupu da pošto se sponzorstvo plaća u zamenu za korišćenje sportske opreme na teniskim mečevima, onda se izvor naknade po osnovu sponzorstava mora pripisati mestu gde se ti mečevi odigravaju. Posle duge borbe pred britanskim sudovima Agasi je 2006. godine konačno izgubio bitku koja se okončala presudom Doma Lordova u korist britanskih poreskih organa.[25]

Iz srpske perspektive zanimljiva je i španska jurisprudencija, s obzirom na sličnost propisa kojima se uređuju slučajevi kada se dohodak u vezi sa izvođenjem estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa u Srbiji isplaćuje nerezidentnom pravnom licu, a ne samom sportisti ili umetniku. Predmet *U2* se ne bavi toliko načinom na koji se utvrđuje veza između određene naknade i ličnog izvođenja estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa, već je pre usmeren na pitanje kako utvrditi šta sve u tu naknadu spada.

Naime, u predmetu *U2*, špansko privredno društvo je želelo da organizuje održavanje dva koncerta poznate grupe U2, jedan u Madridu i drugi u Barseloni. U vezi sa time, ono je zaključilo 8 ugovora sa četiri producentska privredna društva, od kojih su tri bila irski, a jedno holandski poreski rezident. Ukupno, po navedenih 8 ugovora, španski organizator je bio dužan da isplati 2,7 miliona USD. Međutim, naknada po osnovu samo jednog od ugovora sa jednim od irskih producentskih privrednih društava je bila neposredno vezana za izvođenje koncerta od strane samih muzičara, dok je naknada po osnovu ostalih 7 ugovora bila vezana za različite prateće usluge (organizaciju, postavljanje bina, ozvučenje, razno savetovanje, marketing). Stoga je špansko privredno društvo obračunalo porez po odbitku samo na 624,000 USD, koliko je iznosila naknada neposredno vezana za izvođenje koncerta od strane samih muzičara i platilo 156,000 USD španskog poreza. Španski poreski organi su smatrali da je porez po odbitku po stopi od 25% trebalo obračunati na celokupan iznos naknade po osnovu svih osam ugovora i da je dugovani iznos poreza bio ne 156,000 USD, već

25 Vidi: UK: HL, 17 May 2006, *Agassi v. Robinson (Inspector of Taxes)*, [2006] UKHL 23.

675,000 USD, dakle 499.000 USD više od onoga što je domaći organizator obračunao i platio.[26] Španski vrhovni sud (*Tribunal Supermo*) je stao na stranu poreskih organa u ovom predmetu, pri čemu je veoma zanimljiv njegov stav da:

> „Član 17(2) ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između Španije i Irske sadrži posebno anti-evaziono pravilo koje cilja umetnuta društva i čija je primena prosto zasnovana na činjenici da je deo dohotka vezan za aktivnosti ovih profesionalaca pripisan licu ili kompaniji koji su različiti od samog umetnika. Dok je tačno da su Remond Ltd i Brenwell Ltd primili uplate kao naknadu za usluge koje su neophodne za potrebe organizacije koncerata, ta plaćanja, zajedno sa onima koja su učinjena Eventcorp Ltd čine sveobuhvatnu naknadu za turneju U2 u Španiji. Čak i da je nerezident primio uplate kao naknadu za sopstvenu poslovnu delatnost, član 17(2) prekludira član 7, i stoga, dohodak u pitanju mora biti oporezovan u Španiji."[27]

Smatramo da se opisani pristup španskog Vrhovnog suda ne bi smeo primeniti u Srbiji, imajući u vidu da bi to dovelo do krajnje nepravičnih rezultata. Naime, dok je tačno da bi u slučaju da se celokupna naknada za održavanje koncerta isplaćuje samim izvođačima ona uključivala i odgovarajući iznos za potrebe usluga koje su neophodne da bi se sam koncert održao, upravo usled te činjenice ZPDG predviđa da se 34% bruto naknade smatra normiranim troškom povezanim sa ostvarivanjem prihoda,[28] pri čemu pruža (doduše teško ostvarivu) mogućnost da se nerezidentnom obvezniku (autoru) umesto normiranih priznaju i stvarni troškovi koje je imao u vezi sa ostvarivanjem prihoda.[29] Drugim rečima, da je celokupna naknada isplaćena neposredno izvođačima, onaj njen deo iz koga bi se pokrili troškovi održavanja koncerta ne bi bio oporezovan porezom na dohodak, te bi stoga bilo neprimereno podvrgnuti isti iznos u slučaju primene anti-evazione, a ne kaznene norme.

---

26 Vidi: Audiencia National, 28 Jan. 2010, *U2 v. Dirección General de Tributos*, Tax Treaty Case Law IBFD

27 Autorov prevod prema engleskom prevodu španskog originala sadržanog u A.B. Moreno, „Contract Splitting and Article 17 of the OECD Model: Is Source Taxation of Artistes and Sportsmen a New Dummensteuer?", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68, 3/2014.

28 Vidi: čl. 56, st. 1, tač. 3 ZPDG.

29 Vidi: ZPDG, čl. 57, st. 2.

5. KO SE MOŽE SMATRATI SPORTISTOM I (ESTRADNIM) UMETNIKOM?

Pored raznovrsnih varijacija suštinskog pitanja na koji način utvrditi stepen veze između određenog dohotka i nastupa sportiste, odnosno estradnog umetnika na teritoriji neke države, o kojima je prethodno bilo reči, moramo se zapitati da li uvek sa sigurnošću znamo ko je to sportista, zabavljač ili umetnik?

Sve do 2014. godine naslov iznad člana 17 Model-konvencije OECD je glasio Umetnici i sportisti (engl. *Artistes and Sportsmen)*. Iako je definicija šta se smatra umetnikom ostala ista, naslov iznad člana je promenjen u Zabavljači i sportisti (engl. *Entertainers and Sportspersons*) kako bi se izbegle nedoumice da odredba u sebi sadrži bilo kakvo estetsko (ili etičko) određenje. I pre i posle promene naslova iznad člana 17 Model-konvencije OECD umetnikom, odnosno zabavljačem smatralo se fizičko lice-zabavljač koje lično obavlja delatnosti pozorišnog, filmskog, radio ili televizijskog umetnika, odnosno muzičara. Paragraf 3 Komentara na čl. 17 Model-konvencije OECD pojašnjava pojam zabavljača (umetnika):

> „Nije moguće dati preciznu definiciju termina „zabavljač", ali stav 1 sadrži primere lica koja se mogu smatrati takvima. Ovi primeri ne treba da se smatraju konačnim. S jedne strane, izraz „zabavljač" jasno označava nekoga ko igra na sceni, u filmu ili samog glumca (uključujući na primer bivšeg sportistu) u televizijskoj reklami. Ovaj član se, pored toga, može odnositi na prihode od aktivnosti političke, socijalne, verske ili dobrotvorne prirode, pod uslovom da poseduju umetnički karakter. S druge strane, on se ne odnosi na aktivnosti predavača na seminaru (na primer, na bivšeg političara koji ostvaruje naknadu za svoj angažman kao predavač), na manekena koji je angažovan kao takav (na primer, maneken koji prikazuje garderobu na modnoj reviji ili tokom foto-sesije), a ne kao umetnik, ili na administrativno, odnosno pomoćno osoblje (na primer, kamermana, producenta, filmskog reditelja, koreografa, tehničko osoblje, grupu ljudi koja prati muzičke sastave i slično). Između, postoji prostor u okviru kog je potrebno napraviti kompletan pregled aktivnosti lica."

Kada su u pitanju sportisti Komentar Model-konvencije OECD daje što je šire moguću definiciju:

> „Dok se ne usvoji tačna definicija pojma „sportista", on se neće odnositi isključivo na učesnike u tradicionalnim atletskim događajima (poput atletičara, skakača, plivača). Taj termin takođe podrazumeva i, na primer, igrače golfa, džokeje, fudbalere, igrače kriketa i tenisere, kao i vozače trkačkih automobila.
>
> Ovaj član se takođe odnosi na prihode od drugih aktivnosti koje obično imaju zabavljački karakter, kao što su aktivnosti vezane za bilijarske, snukerske, šahovske i bridž turnire."[30]

U današnje vreme kada smo suočeni sa transformacijom medija, javnog života i našeg odnosa prema njemu, pa i sporta, da li je neprihvatljivo zapitati se npr. da li pravo na oporezivanje naknada koju ostvaruju starlete može biti potvrđeno na osnovu pravila koja su važila za umetnike, koje danas nazivamo zabavljačima?

Zamislimo slučaj u kome dve hipotetičke starlete sa umetničkim imenima Ava i Maca, poreski rezidenti Hrvatske i Bosne i Hercegovine, dolaze u Srbiju da u jednom noćnom klubu na Kopaoniku promovišu novo alkoholno piće. Njihov ugovor podrazumeva da tokom večeri izlaze na binu kluba (npr. 2 puta po 30 minuta), da pred gostima kluba plešu, mašu im sa tim novim alkoholnim pićem u ruci i da im govore kako je njegov ukus i osećaj koji pruža izvanredan.

Poresko pitanje koje se postavlja je da li Srbija ima pravo da oporezuje naknadu koju su Ava i Maca iz našeg hipotetičkog primera ostvarile po osnovu opisanog angažmana na Kopaoniku?

Osim u izuzetnom slučaju da Ava i Maca na teritoriji Srbije imaju stalnu bazu, odnosno da na teritoriji Srbije borave više od 183 dana u periodu od 12 meseci koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini, pri čemu bi ono čime se one bave morali da na neki način podvedemo pod pojam *profesionalne delatnosti*, koji prema odredbama ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koje Srbija primenjuje sa Bosnom i Hercegovinom[31], odnosno Hrvatskom[32] posebno obuhvata samostalne naučne, književne, umetničke, obrazovne ili nastavne delatnosti, kao i samostalne delatnosti lekara, advokata, inženjera, arhitekata, stomatologa i računovođa, jedini način na koji bi Srbija mo-

30 Vidi: Komentar na član 17 Model-konvencije OECD, paragraf 5 i 6.

31 Vidi: Ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između Srbije i Bosne i Hercegovine, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 18/2004, čl. 14.

32 Vidi: Ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između Srbije i Hrvatske, *Službeni glasnik SCG – Međunarodni ugovori,* br. 6/2004, čl. 14.

gla da opravda nametanje svog poreskog zahteva u opisanom slučaju je oslanjanjem na odredbe čl. 17 ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa Hrvatskom, odnosno Bosnom i Hercegovinom kojima se uređuje oporezivanje umetnika i sportista.

Da li su u našem primeru Ava i Maca mogu smatrati umetnicama, odnosno izvođačima (zabavljačima) koji ostvaruju dohodak od ličnog obavljanja delatnosti pozorišnog, filmskog, radio ili televizijskog umetnika, muzičara, gde prema prethodno navedenim odredbama Komentara člana 17 Model-konvencije OECD „izraz „zabavljač" jasno označava (i) nekoga ko igra na sceni, u filmu ili samog glumca (uključujući na primer bivšeg sportistu) u televizijskoj reklami."

U predmetu sa potpuno identičnim činjeničnim stanjem, osim što se umesto Ave i Mace radilo o Paris Hilton, i gde je odmaralište bilo u Alpima umesto na Dinaridima, austrijski Vrhovni administrativni sud (*Verwaltungsgerichtshof*) je 30. juna 2015. godine stao na stranu poreskih organa i potvrdio njihov zahtev da oporezuju naknadu koju je ova poznata ličnost ostvarila iz izvora u Austriji, pri čemu se on oslanjao na primeni odredbe o oporezivanju umetnika i sportista iz ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između SAD i Austrije, smatrajući Paris Hilton umetnicom (barem za potrebe primene poreskih propisa).[33]

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Jedna od *legendi* poreske profesije u Srbiji je da su kao deo prvih koraka poreske reforme, koja je započeta pred sam raspad SFRJ, mladi diplomirani ekonomisti i pravnici upućivani širom zemlje kao predstavnici poreskih organa na svadbe i ispraćaje u vojsku kako bi pratili koliko novca pevači i muzičari dobiju u vidu bakšiša[34] i da bi se na osnovu takvog uvida ovim obveznicima mogle utvrditi poreske obaveze u iznosu koji odgovara njihovim stvarnim ekonomskim prilikama. Čini se da su tvorci poreske politike pre sada gotovo tri decenije bolje poznavali prirodu našeg društva i umeli da barem počnu da osmišljavaju rešenja koja su mu prilagođena.

33 Vidi: VwGH, 30 June 2015, 2013/15/0266, Tax Treaty Case Law IBFD.

34 Bakšiš muzici nedvosmisleno predstavlja dohodak izvođača, pri čemu je zbog načina na koji se ostvaruje posebno pogodan za prikrivanje.

Mada je do sada započela više veoma pompezno najavljivanih kontrola estradnih zvezda (zanimljivo sportisti nisu bili predmet većeg interesovanja), srpska Poreska uprava nije uspela da suštinski promeni stanje stvari u oporezivanju ove grupe poreskih obveznika, čime, imajući u vidu njihovu medijsku izloženost, šalje veoma lošu poruku široj poreskoj javnosti u Srbiji. Uprava koja na raspolaganju ima sredstva za utvrđivanje poreske osnovice kao što su metoda parifikacije iz čl. 58a ZPPPA i metoda unakrsne procene poreske osnovice iz čl. 59 istog Zakona, odnosno posebnog ovlašćenje za procenu poreske osnovice prihoda ostvarenih po osnovu estradnog programa zabavne i narodne muzike iz čl. 60 ZPDG, mora da se suoči sa sopstvenom nesposobnošću da primenom propisa uvede preko potrebnu poresku disciplinu.

Primera radi, prema čl. 60 ZPDG „ako Poreska uprava utvrdi da je interpretator, menadžer ili drugo angažovano lice po osnovu estradnog programa zabavne i narodne muzike ili drugog zabavnog programa ostvarilo prihod, a nije zaključilo ugovor sa organizatorom takvog programa, ili oceni da je ostvareni prihod veći od ugovorenog prihoda, bruto prihod se utvrđuje procenom u skladu sa zakonom koji uređuje poreski postupak i poresku administraciju, a oporezuje bez priznavanja normiranih, odnosno stvarnih troškova". Procena „u skladu sa zakonom koji uređuje poreski postupak i poresku administraciju", odnosno na osnovu čl. 58a ZPPPA se vrši:

1) procenom na bazi raspoložive uredne poslovne dokumentacije o poslovanju u određenom periodu kraćem od perioda oporezivanja (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom), tako što se na osnovu podataka o tom delu poslovanja procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;
2) procenom na bazi podataka i činjenica o ostvarenom prometu (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom) utvrđenim uviđajem ili kontrolom, tako što se na osnovu tih podataka i činjenica procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;
3) upoređivanjem sa podacima drugih poreskih obveznika koji obavljaju istu ili sličnu delatnost na istoj ili sličnoj lokaciji, pod približno jednakim uslovima.

Međutim, ono što u svakom slučaju stoji poreskim organima na raspolaganju je da primene metod unakrsne procene poreske osnovice iz čl. 59 ZPPPA.

Naime, svi srpski poreski obveznici čija je ukupna imovina u zemlji i u inostranstvu, pokretna i nepokretna na dan 1. januara 2013. godine vredela više od 35.000.000 dinara bili su dužni da putem informativne poreske prijave Poreskoj upravi do 30. juna 2013. godine podnesu veoma detaljne podatke o svojoj imovini, kao i o imovini članova svog porodičnog domaćinstva, nezavisno od vrednosti imovine tih lica.[35]

Sve što bi bilo potrebno uraditi je pozvati poreske obveznike da prijave vrednost svoje ukupne imovine na dan npr. 31. decembar 2017. godine. Ukoliko se vrednost koja je prijavljena u 2013. godini značajno razlikuje od one utvrđene na dan 31. decembra 2017. godine, bilo bi potrebno proveriti da li je uočeno uvećanje proisteklo iz prijavljenog dohotka, poklona ili nasledstva. Treba imati na umu da u slučaju objašnjenja da je imovina stečena poklonom od rođaka iz inostranstva, Poreska uprava ima više sredstava na raspolaganju, od čega se veoma delotvornim čini mogućnost razmene podataka sa poreskim organima drugih država kojima može biti postavljen upit npr. da li imaju saznanja o imovini velike vrednosti njihovog poreskog rezidenta koja je preneta poklonom na srpske poreske rezidente.[36] Ukoliko porast imovine u posmatranom periodu ne može biti objašnjen na prethodno naveden način, njegova vrednost, odnosno onaj njegov nepotkrepljeni deo se oporezuje po stopi od 20%.

Nažalost najveći deo pitanja obrađenih u ovom radu, uključujući i primenu unakrsne procene poreske osnovice ostaje samo u domenu teorijskih razmatranja, a iskustvo nas uči da srpski sportisti i estradni umetnici nemaju previše razloga za oprez kada su u pitanju poreske stvari. Ostaje da se nadamo da će potreba za dodatnim javnim prihodima u situaciji kada su njihovi postojeći izvori iskorišćeni do maksimuma usmeriti srpsku Poresku upravu da detaljnije razmotri poreske propise koje je dužna da primenjuje, i da zatim na osnovu stečenih iskustava predloži mere za njihovo poboljšanje.

35 Vidi: ZPPPA, čl. 42, kao i Pravilnik o informativnoj poreskoj prijavi, *Službeni glasnik RS*, br. 117/12, 118/12 – ispravka, 16/13, 28/13, 52/13.

36 Vidi: ZPPPA, čl. 157.

Svetislav V. Kostić, PhD
Assistant Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

Miloš Milošević, PhD
Assistant Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

THE TAXATION OF INCOME OF ATHLETES AND ARTISTS IN SERBIAN AND INTERNATIONAL TAX TREATY LAW

Summary

As in many other countries, in Serbia tax issues manage to gain the attention of the general public only when spiced with a dose of either glamor or populist political rhetoric, where those related to the taxation of the income generated by successful athletes and celebrity entertainers particularly stand out. This paper deals with the particularities of the taxation of income of athletes and entertainers in Serbian and international tax treaty law. In addition to explaining the basic notions of cross-border income taxation, the authors address in depth questions on when may income of an athlete or an entertainer be deemed sourced in the territory of a particular state, how to determine the income which the source state is entitled to tax, but also how to recognize an athlete and an entertainer, as double taxation treaties provide special rules with respect to taxation of income these individuals generate from personal performances. Due to the fact that Serbian sources in this area are virtually non-existent, the authors rely on comparative jurisprudence and legislation. Finally, they warn of an unenviable state of affairs in the implementation of existing tax rules in this area by the Serbian tax authorities and their inability so far to, by applying what is already placed at their disposal, come to grips with probably broad tax avoidance and evasion which we face in Serbia.

Key words: *Athlete. – Entertainer. – Residency. – Source. – Income Tax.*

UDK 349.2(497.4) ; 347.91:343.62-057.16(497.4) ; 347.515.2

*Dr Damjan Možina**

NAKNADA ŠTETE ZBOG DISKRIMINACIJE I ZLOSTAVLJANJA NA *RADNOM MESTU***

Članak istražuje značaj odgovornosti poslodavca za štetu zbog diskriminacije, seksualnog i drugog uznemiravanja i zlostavljanja na radnom mestu, koju u slovenačkom pravu određuje Zakon o radnim odnosima (Zakon o delovnih razmerjih (2013)). Pri tome se postavljaju pitanja odnosa odredbe prema odredbama obligacionog zakona o odgovornosti za štetu i naknadi štete. Uređenje u slovenačkom Obligacionom zakoniku (2002) je u suštini jednako kao i uređenje u jugoslovenskom Zakonu o obligacionim odnosima (1978). Autor utvrđuje da nije reč o novom i nezavisnom pravnom osnovu odgovornosti za štetu, jer ona, uključujući mogućnost novčane naknade za neimovinsku štetu, već postoji na osnovu opšteg obligacionog prava koji štiti ljudsko dostojanstvo, čast i druga prava ličnosti te fizički integritet. Tome sledi rasprava o zahtevu Zakona o radnim odnosima o tome da visina novčane naknade mora biti efektivna i srazmerna šteti koju je pretrpeo kandidat ili zaposleni i da odvraća poslodavca od ponavljanja kršenja, što otvara pitanje o preventivnoj i kaznenoj funkciji naknade. Po mišljenju autora potpuna naknada štete već sama po sebi ima odvraćajući efekat. Eventualne naknade veće od (imovinske i neimovinske) štete, tj. nadkompenzacione naknade mogu biti opravdane samo u slučajevima kada bi se jasno pokazalo da potpuna kompenzacija nema odvraćajući efekat, što bi takođe trebalo posebno objasniti. Odredba se ne može shvatiti kao osnov za kaznenu naknadu štete. Naime, od nje treba razlikovati legitimnu preventivnu funkciju naknade štete.

Ključne reči: *Diskriminacija. – Mobing. – Naknada štete. – Neimovinska šteta. – Funkcije naknade štete. – Kaznena naknada štete.*

---

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Ljubljani, *damjan.mozina@pf.uni-lj.si*.

** Prva verzija ovog članka objavljena je pod naslovom: „Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1“ u publikaciji: V. Žnidaršič–Skubic *et al.* (ur.), *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava – Liber Amicorum Lojze Ude*, Pravna fakulteta, Ljubljana 2016, 371–389.

1. UVOD

Osim odgovornosti poslodavca za štetu prouzrokovanu zaposlenom na radu ili u vezi s radom (član 179 ZRO-1), slovenački Zakon o radnim odnosima (ZRO-1, 2013)[1] reguliše i posebnu odgovornost poslodavca za štetu prouzrokovanu zaposlenom ili kandidatu za zaposlenje kršenjem pravila o zabrani diskriminacije te seksualnim ili drugim uznemiravanjem i zlostavljanjem na radnom mestu (član 8 ZRO-1).

Odredba otvara nekoliko važnih pitanja, uključujući i to da li se u slovenačko pravo uvodi novi oblik novčane naknade za neimovinsku štetu. Naime, zakon predviđa da zaposleni ili kandidat „za pretrpljene duševne bolove zbog nejednakog postupanja odnosno zbog nepružanja zaštite od seksualnog ili drugog uznemiravanja ili zlostavljanja na radnom mestu" može da zahteva novčanu naknadu. Sledeća tema je vezana za visinu novčane naknade za neimovinsku štetu. Zakon određuje da je prilikom utvrđivanja visine novčane naknade potrebno uzeti u obzir „*da je ona efektivna i srazmerna šteti koju je pretrpeo kandidat ili zaposleni i da odvraća poslodavca od ponavljanja kršenja*". Ovde se prvo postavlja pitanje da li su time ozakonjene preventivna i kaznena funkcija naknade, a zatim i kakav je odnos ove odredbe prema opštem obligacionom pravu.

Odgovori na ova pitanja su ključni za razumevanje i primenu odredbe. Pri tome se takođe otvara mogućnost preispitivanja nekih od fundamentalnih pitanja odštetnog prava, posebno o funkcijama odštetnog prava te o svrsi novčane naknade za neimovinsku štetu.

Slovenija je 2001. godine usvojila Obligacioni zakonik,[2] u koji je bez značajnih promena prenela sadržaj jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima (1978).[3] To, doduše, ne znači da u slovenačkom obligacionom pravu nije došlo do promena; one su u velikoj meri zapisane u drugim zakonima i rezultat su usklađivanja sa zakonodavstvom EU, posebno u Zakonu o zaštiti potrošača.[4] Međutim, za odštetno pravo možemo zaključiti da je – uz malobrojne izuzetke[5] – u velikoj meri

1 *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16.

2 *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 83/01, 28/06, 32/04, 40/07.

3 *Službeni glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89.

4 Vidi npr. D. Možina, *Uvodna pojasnila – Obligacijski zakonik*, GV Založba, Ljubljana 2017.

5 Novi je npr. čl. 183 OZ (novčana naknada pravnom licu) koji omogućava dosuđenje pravične novčane naknade za neimovinsku štetu i pravnom licu kada okolnosti slučaja to opravdavaju.

usklađeno sa regulativom jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima, što znači da rasprava u nastavku može da bude relevantna i u kontekstu ovog zakona.

2. EVROPSKO ANDTIDISKRIMINACIONO PRAVO I NAKNADA ŠTETE

Nažalost, prilikom traženja odgovora na gore navedena pitanja malo nam koristi izuzetno skromno obrazložen predlog zakona.[6] Veću podršku u tumačenju odredbe pruža pravo EU koje je relevantno, jer ZRO-1 takođe prihvata zahteve evropskog antidiskriminacionog prava, posebno čl. 15 Direktive 2000/43 o sprovođenju principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo,[7] čl. 17 Direktive 2000/78 o opštem okviru za jednako postupanje s građanima prilikom zapošljavanja i na radu[8] i čl. 18 i 25 Direktive 2006/54 o implementaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u vezi s pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja.[9]

Evropske antidiskriminacione direktive, na koje je takođe uticala i sudska praksa Evropskog suda pravde,[10] od država članica zahtevaju da preduzmu delotvorne mere protiv diskriminacije, ali po pravilu ne određuju detalje o konkretnim načinima njihove implementacije.[11] U principu, države članice mogu same da odrede pravila i nadležne organe te odaberu niz mera za borbu protiv nedozvoljene diskriminacije, ali ove mere moraju da budu efikasne, srazmerne i odvraćajuće. Pravila za primenu prava EU ne smeju biti manje povoljna od pravila za primenu nacionalnog prava (princip ekvivalencije) i ne smeju rezultirati praktično nemogućom ili značajno otežanom primenom (princip efikasnosti).[12] Ako se države članice odluče (takođe) za odštetne sankcije, onda one moraju biti efikasne, srazmerne pretrpljenoj šteti i mora-

6 Poročevalec DZ od 19. 10. 2012, 117.

7 UL EU L 180/2000.

8 UL EU L 303/2000.

9 UL EU L 204/2006.

10 Vidi npr. Evropski sud pravde, C-14/83, od dana 10. 4. 1984. (Von Colson i Kamman protiv Land v Nordrhein–Westfalen), t. 23; i C-79/83 od dana 10. 4. 1984. (Dorit Harz protiv Deutsche Tradax GmbH), t. 39 i sled.

11 Više: S. Leible, „Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht", *Non-Discrimination in European Private Law*, (ed. Schulze), Mohr Siebeck, 2011, 27 i sled.

12 Evropski sud pravde, C-326/96 (Levez protiv T. H. Jennings).

ju da odvraćaju od ponavljanja kršenja.[13] Prema stavovima Evropskog suda pravde zahtev za naknadu štete u takvim slučajevima ne bi trebalo da zavisi od krivice.[14] Pravo EU ne precizira o kojoj naknadi štete je reč, tj. o naknadi imovinske ili neimovinske štete.

Postavlja se pitanje šta zapravo znači efikasna, srazmerna i odvraćajuća naknada. Na prvi pogled može se činiti da sankcija koja „odvraća poslodavca od ponovljenih kršenja"[15] široko otvara vrata za kažnjavanje u oblasti građanskog prava, prema čemu smo tradicionalno skeptični u evropskom kontinentalnom prostoru. Analiza sudske prakse, na osnovu koje je nastao i tekst direktiva, pokazuje da Evropski sud pravde u naknadi štete zbog diskriminacije ne vidi kažnjavanja poslodavca, jer prvenstveno uzima u obzir zahtev da naknada mora da bude adekvatna nastaloj šteti.[16] Stoga je osnovni princip potpuna naknada štete (potpuna kompenzacija). Sud proizlazi iz činjenice da potpuna kompenzacija štete žrtvi već sama po sebi ima odvraćajući efekat.[17] Stoga se naknada prvenstveno mora procenjivati prema obimu nastale štete.[18]

Međutim, nije isključeno da, ako sud utvrdi da potpuna kompenzacija nema odvraćajući efekat na dužnika, naknadu određuje tako da ona premašuje naknadu štete (nadkompenzaciona naknada), uzimajući pri tome u obzir okolnosti, kao npr. da li je reč o prvom ili ponovljenom kršenju zabrane diskriminacije i stepen krivice poslodavca. Međutim, naknada s efektom odvraćanja sama po sebi nije kaznena naknada nego instrument preventivnog usmeravanja postupanja.[19]

13 Tako npr. čl. 18 Direktive 2006/54 predviđa da naknada štete mora da bude odvraćajuća i srazmerna pretrpljenoj šteti.

14 Vidi npr. Evropski sud pravde, C-180/95, od 22. 4. 1997. (Draehmpahl protiv Urania Immobilienservice), t. 16–22; i G. Thüsing, u: *Münchener Kommentar zum BGB*, 2015, § 15 AGG, r. br. 1 i sled.; M. Schlachter, u: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2016, § 15 AGG, r. br. 1.

15 Vidi npr. Evropski sud pravde, C-14/83 od 10. 4. 1984. (Von Colson i Kamman protiv v Land Nordrhein–Westfalen), t. 23.

16 Vidi Evropski sud pravde, C-180/95, od 11. 4. 1997, t. 27; i G. Wagner, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, Archiv für die civilistische Praxis 206 (2006), 352 i 394.

17 G. Wagner, *ibid*.

18 U predmetu Courage (C-453/99) od 20. 9. 2001, gde je inače reč bila o privatnopravnom sprovođenju evropskog prava konkurencije, Evropski sud pravde je izričito naglasio da zaštita prava na temelju prava EU ne sme dovesti do neosnovanog bogaćenja nosilaca prava (t. 30).

19 M. Schlachter, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Beck, München 2016, § 15 AGG, r. br. 1.

Naime, preventivna funkcija naknade štete mora se razlikovati od njene kaznene funkcije koju, osim prevencije, karakteriše i ideja retribucije u smislu pokore za prouzrokovano zlo. Evropski sud pravde prihvata preventivnu funkciju odštetnog prava kao način privatnopravnog sprovođenja prava EU. Uprkos činjenici da ova funkcija, u načelu, dozvoljava odstupanje od tzv. kompenzacionih naknada, Sud još nije odgovorio na ključno pitanje, tj. da li je naknadu u iznosu koji premašuje štetu moguće dosuditi isključivo zbog osiguranja sprovođenja prava (EU).[20]

3. IMOVINSKA ŠTETA

Poslodavac nejednakim tretmanom u suprotnosti sa čl. 6 ZRO-1 odnosno neispunjavanjem svoje obaveze pružanja zaštite od seksualnog i drugog uznemiravanja i zlostavljanja na radnom mestu u suprotnosti sa čl. 7 ZRO-1 kandidatima za zapošljavanje i zaposlenima može da uzrokuje štetu.

Ova šteta može biti imovinske i neimovinske prirode. ZRO-1 u članu 8, doduše, ne pominje eksplicitno imovinsku štetu, ali je već na osnovu pozivanja na opšta pravila građanskog prava jasno da je ona uključena u odgovornosti poslodavca.

Imovinskom štetom možemo smatrati gubitak prihoda koji kandidat za radno mesto nije mogao postići zbog diskriminatornog ponašanja poslodavca. Takođe je moguće da zaposleni pretrpi gubitak prihoda (razliku u plati) kao rezultat činjenice da zbog diskriminatornog postupanja nije napredovao, a slično važi i u slučaju da je bio diskriminatorno tretiran u vezi s platom. Imovinsku štetu zbog uznemiravanja moguće je predstaviti, na primer, kao trošak mera pomoću kojih je zaposleni želeo da smanji uticaj uznemiravanja (npr. savetovanja, terapije, itd.) ili kao trošak mera vezanih za zdravstvene probleme koji proizlaze iz uznemiravanja. Polazište naknade svake imovinske štete je, naravno, princip potpune kompenzacije (član 169 OZ).

Naknada imovinske štete zbog diskriminacije vezana je za složena pitanja. Stoga je prvo potrebno odgovoriti na pitanje koliko vremena treba oštećenom da povrati gubitak prihoda. U principu, oštećeni bi

20 G. Wagner, „Punitive Damages", *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, (eds. Zimmermann, Hopt, Basedow), Oxford University Press, Oxford 2012, 1405.

prvo trebalo da dokaže da bi u odsustvu diskriminacije najverovatnije bio izabran na to radno mesto, inače nema pravo na naknadu štete. Dakle, neophodno je definisati (manje ili više verovatni) vremenski okvir trajanja zaposlenja. U nemačkom pravu, na primer, kao osnova se pojavljuje rok do prve hipotetičke mogućnosti otkaza, ali s mogućnošću korekcija naviše; npr. uzima se u obzir uobičajena fluktuacija zaposlenih u kompaniji.[21] Naravno, takođe je potrebno uzeti u obzir dužnost oštećenog da smanji ili spreči štetu. Neizabrani kandidat ne sme da ostane pasivan već mora nastojati da dobije drugo zaposlenje ili posao, inače, u skladu sa čl. 171 OZ (192 ZOO) ima pravo samo na srazmerno nižu naknadu.

Sledeće interesantno pitanje jeste da li kandidat može tražiti naknadu štete čak i ako ne može da dokaže da bi najverovatnije on bio izabran na to radno mesto (odnosno napredovanje), iako ispunjava uslove. Pitanje je da li se već sam gubitak mogućnosti smatra imovinskom štetom (izgubljeni prihod). Evropski sud pravde je odlučivao o slučaju u kojem se oštećena strana, zaposlena na radnom mestu u Evropskoj komisiji, prijavila na konkurs za neko drugo radno mesto s većom platom, ali je Komisija odbila njenu prijavu, a da je pritom nije propisno proučila.[22] Oštećena je tužbom pred Opštim sudom Evropske unije tražila naknadu štete. Sud je smatrao da je, iako nije iskazala da bi najverovatnije bila izabrana za ovo radno mesto, za to imala ozbiljnu šansu. Naknadu je dosudio na osnovu pravde i pravičnosti (*ex aequo et bono*), za šta mu propisi o zapošljavanju pri Komisiji daju i izričito ovlašćenje. Kao osnovu je uzeo razliku u plati za period od pet godina, a zatim je svotu pomnožio s faktorom 50 %, koji je očigledno proizašao iz činjenice da je oštećena imala upravo 50 % mogućnosti za zaposlenje. Evropski sud pravde je na osnovu žalbe potvrdio presudu.

Dakle, sud je primenio doktrinu gubitka mogućnosti (*loss of a chance*), što je relativno novi institut u oblasti odštetnog prava; pojednostavljeno rečeno radi se o naknadi štete u slučaju kada dobit nije zagarantovana, ali može da se predvidi s određenim stepenom verovatnoće, pri čemu se naknada množi s faktorom verovatnoće.[23] Obično se šteta nadoknađuje u skladu s principom „sve ili ništa"; neophod-

21 G. Thüsing, u: *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck. München, 2015, § 15 AGG, r. br. 26 i 28, s navođenjem dodatne literature.

22 Evropski sud pravde, C-348/06 od 21. 2. 2008.

23 Vidi npr. H. Fleischer, *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags-und Deliktsrecht*, Juristenzeitung 1999, 766.

no je da se iskaže dovoljna verovatnoća gubitka dobiti koji se zatim nadoknađuje u celosti. U sudskoj praksi Evropskog suda pravde ima nekoliko primera primene doktrine gubitka mogućnosti.[24] Takav pristup razmatranja štete zbog diskriminacije predlaže i teorija: u slučaju kada je više neizabranih kandidata prema kojima se nejednako postupalo, predlaže se, na primer, naknada štete u sledećim koracima: prvo se izračuna puna imovinska šteta (na primer iznos gubitka plate), zatim se izračuna verovatnoća izbora za svakog kandidata koji ispunjava uslove i koji bi bio izabran da nema diskriminacije, a svota toga predstavlja naknadu za svakog od njih.[25]

4. NEIMOVINSKA ŠTETA

Kako objašnjava ZRO-1, nejednako postupanje te uznemiravanje i zlostavljanje na radnom mestu mogu biti uzrok za duševne bolove za koje se može zahtevati novčana naknada.

4.1. Neimovinska šteta zbog diskriminacije

Diskriminatorsko postupanje takođe može uticati na nematerijalna pravna dobra zaposlenih ili kandidata. Nije teško zamisliti da se pojedinac pri tome može osećati neprijatno i poniženo, ugroženi su njegovo dostojanstvo i čast. Reč je o povredi pravnih dobara koja su u horizontalnim pravnim odnosima već zaštićena opštim obligacionim pravom, prvenstveno pravom na novčanu naknadu za duševne bolove zbog povrede prava ličnosti i vređanja časti na osnovu čl. 179 OZ (200 ZOO), kao i nenovčanim sankcijama za neimovinsku štetu na osnovu čl. 178 OZ (199 ZOO) i zahtevom za zabranu preduzimanja određenih radnji u slučaju povrede prava ličnosti na osnovu čl. 134 OZ (157 ZOO). Pored toga, već je prethodno važećim Zakonom o radnim odnosima u čl. 6 (7) utvrđena odgovornost poslodavca za štetu zbog diskriminacije, uključujući i neimovinsku štetu. Sudovi su je priznavali kao duševne bolove zbog povrede prava ličnosti.[26]

Prema tome, čl. 8 ZRO-1 ne uspostavlja novu i nezavisnu pravnu osnovu za dosuđenje novčane naknade zbog povrede prava ličnosti i

24 Vidi npr. analizu opšteg pravobranioca Villalona u Završnim predlozima u predmetu C-611/12 od 20. 3. 2014. (t. 38 i sled.).

25 G. Wagner (2006), *op. cit.*, 403.

26 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, Dsp 86/2009, od 30. 11. 2009.

časti, jer ona već postoji u čl. 179 OZ. Međutim, odredba uklanja sve sumnje u to da je posredi takva povreda i u slučaju kada takvu povredu pretrpi zaposleni ili kandidat, ako je ona posledica nejednakog postupanja od strane poslodavca ili ako mu poslodavac ne pruža zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu.

Pozivanje na opšta pravila građanskog prava takođe podrazumeva da odgovornost poslodavca podleže svim pretpostavkama vanugovorne odgovornosti za štetu: protivpravno ponašanje, uzročna veza, šteta i krivica (koja se, međutim, do protivdokaza pretpostavlja). ZRO-1 ne nameće odgovornost bez obzira na krivicu. U čl. 6 (6) ZRO-1 predviđa se olakšanje tereta dokazivanja za zaposlenog ili kandidata koji samo mora navesti činjenice koje opravdavaju pretpostavku diskriminacije, pa se zatim pretpostavlja da je došlo do diskriminacije (protivpravnost), dok poslodavac može pobiti takvu pretpostavku.

Pozivanje na opšta pravila građanskog prava takođe znači da duševni bolovi za koje se može dosuditi novčana naknada moraju postići prag intenziteta i trajanja uporediv sa pragom kako ga razume sudska praksa u drugim slučajevima na osnovu čl. 179 OZ (200 ZOO). Čak je i u pogledu visine naknade potrebno uzimati u obzir sudsku praksu razvijenu na osnovu čl. 179 OZ (200 ZOO). Sudovi prvenstveno moraju pratiti odnos vrednosti između različitih povreda i naknada za njih (socijalna uslovljenost naknade), jer pravni poredak mora zaštititi pravna dobra na unutrašnje usklađeni način, ali, naravno, oni moraju uzeti u obzir i okolnosti pojedinačnog slučaja, uključujući stepen povrede pojedinca te tome prilagoditi obim naknade (individualizacija naknade).

Iako u odštetnom pravu važi princip primarnosti restitucije u naturi (vidi član 164 (1) OZ odn. član 185 (1) ZOO), kandidat za radno mesto koji zbog diskriminacije nije bio izabran ne može zatražiti zaključivanje ugovora o radu za ovo radno mesto.

Ne treba zaboraviti da u slučaju neimovinske štete zbog povrede prava ličnosti postoji i mogućnost nenovčanih potraživanja na osnovu čl. 178 OZ (199 ZOO). Ako sud oceni da bi to u konkretnom slučaju bilo odgovarajuće ili bi moglo doprineti (barem delimičnom) utvrđivanju narušene duševne ravnoteže oštećenog, poslodavcu može narediti objavljivanje presude, povlačenje izjave „*ili šta drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom*".

Kao i sva druga prava, i pravo na naknadu štete zbog diskriminacije te pravo na naknadu usled uznemiravanja i zlostavljanja takođe

mogu biti zloupotrebljena. U vezi s prvim možemo govoriti o zloupotrebi ako se, na primer, neko prijavi na konkurs za posao, ali očigledno ne ispunjava uslove za to radno mesto; u tom slučaju nepoštovanje njegove prijave ne prouzrokuje štetu. Ko god računa da će ga odbiti i prijavi se samo da bi mogao da podnese zahtev za naknadu štete, nema pravo na naknadu – to se npr. primenjuje u nemačkoj sudskoj praksi.[27] O tome da kandidat nema ozbiljan interes može se zaključiti i na osnovu toga što se prijavljuje za posao iako je već u drugom radnom odnosu gde prima bolju platu i radno mesto mu nije ukinuto, zatim na osnovu formata i sadržaja prijave iz koje se jasno vidi da ne želi da se zaposli i u slučaju da bez razumnog razloga odbije poziv na razgovor te na osnovu podnošenja očigledno preteranog potraživanja primenom standardnih formulacija koje gotovo da se ni ne odnose na konkretan slučaj ili slično.[28]

4.2. Neimovinska šteta zbog mobinga

Naravno, seksualno i drugo uznemiravanje i zlostavljanje na radnom mestu takođe se može izraziti kao priznata neimovinska šteta. Kod žrtve može izazvati veoma snažna osećanja neugodnosti, povređuje lično dostojanstvo ili čak uzrokuje strah, ukratko, u najširem smislu povređuje prava ličnosti ili čast koji su zaštićeni u okviru čl. 179 OZ (200 ZOO). Sudovi su takođe priznali neimovinsku štetu usled umanjenja životnih aktivnosti kao rezultata mobinga.[29]

Pored toga, seksualno uznemiravanje može uticati i na dostojanstvo osobe odnosno moral, a koji su zaštićeni čl. 181 OZ (202 ZOO). I u ovom slučaju, pravni osnov za zahteve za naknadu štete, uključujući naknadu neimovinske štete, već je postojao na osnovu obligacionog prava.[30] Čl. 8, zajedno sa čl. 7 i 47 ZRO-1, prvenstveno objašnjava da je poslodavac dužan da obezbedi pristojno radno okruženje i zaštitu od uznemiravanja te da njegovo neispunjavanje ove dužnosti može prouzrokovati pravno priznatu štetu. Naravno, za uznemiravanje i zlostavljanje odgovoran je i neposredni počinilac.

27 M. Schlachter, *op. cit.*, § 15 AGG, r. br. 13.

28 Isto, s podacima o konkretnim sudskim odlukama.

29 Vidi npr. Višje delovno in socialno sodišče (Slovenija), Pdp 493/2015, od 19. 11. 2015.

30 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, VIII Ips 69/2008, od 22. 6. 2010.

Posledice uznemiravanja mogu rezultirati zdravstvenim problemima odnosno zdravstvenim nedostacima koji takođe mogu biti osnova za dosuđenje novčane naknade prema čl. 179 OZ (200 ZOO).

Naravno, i u pogledu neimovinske štete prouzrokovane mobingom, smatra se da intenzitet i trajanje duševnog poremećaja moraju odgovarati kriterijumima iz sudske prakse na osnovu čl. 179 OZ (200 ZOO). Visina naknade za neimovinsku štetu takođe mora biti u skladu sa visinom naknade koju sudovi dosuđuju u drugim uporedivim slučajevima povrede prava ličnosti. Pored toga postoji i mogućnost nenovčanih potraživanja na osnovu čl. 178 OZ (199 ZOO).

Naravno, važe sve opšte pretpostavke odgovornosti za štetu. Međutim, treba dodati da se u skladu s čl. 47 (3) ZRO-1 utvrđuje pretpostavka protivpravnosti, ako zaposleni navodi činjenice koje je opravdavaju.

Treba napomenuti da je definicija tzv. mobinga u čl. 7 ZRO-1 vrlo široka. Svaka konfliktna ili stresna situacija na radnom mestu, uključujući kritičko i nepristojno izražavanje prema zaposlenom i njegovom radu, ne podrazumeva uznemiravanje ili zlostavljanje u smislu čl. 7 ZRO-1. Često se stres ne može izbeći u radnom okruženju. Na kraju krajeva, slične situacije se javljaju i u drugim okruženjima, posebno u onima koje karakterišu hijerarhijski odnosi, kao što je na primer škola. Da bi se moglo govoriti o uznemiravanju, neophodno je, na osnovu sveobuhvatne procene svih okolnosti, utvrditi da li su sva pojedinačna neprijateljska dela, koja su takođe vremenski povezana („ponavljajuće ili sistematsko postupanje"), značajno i trajno uticala na život žrtve.[31]

5. GENERALNO O SVRSI NOVČANE NAKNADE ZA NEIMOVINSKU ŠTETU

U slovenačkoj sudskoj praksi prihvaćen je stav da neimovinska šteta ne može biti reparirana u smislu restitucije pređašnjeg stanja, između ostalog i zato što se ne može pojmovno izraziti novčanim iznosom. Svrha novčane naknade stoga nije reparacija, već *satisfakcija, moralno zadovoljenje* koje bi trebalo da ublaži patnju oštećenog u neimovinskom području.[32] Zakon u čl. 179 OZ (200 ZOO) ne govori o

31 Tako npr. R. Rixecker, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2015, Anh. 1, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, r. br. 100.

32 Tako eksplicitno Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 247/2015, od 5. 11. 2015.

tome koja je svrha naknade, a sudska praksa nastoji da oštećenom pruži priliku da pomoću novca sebi obezbedi alternativno zadovoljstvo i na taj način pokuša da ponovno uspostavi narušenu duševnu ravnotežu.[33] Takvo opravdanje novčane naknade za neimovinsku štetu trebalo bi ponovo razmotriti.

Prema mojoj proceni, primarni cilj novčane naknade za neimovinsku štetu zapravo je takođe naknada štete (kompenzacija).[34] Naravno, pretrpljene bolove, npr. zbog zdravstvenih poteškoća, uskraćene slobode ili smrti bliskog lica nije moguće rešiti na isti način na koji se može popraviti oštećena stvar. Vreme se ne može vratiti. Međutim, u slučaju klevete, na primer, moguće je da objavljivanje presude, izvinjenje ili neka druga radnja po nalogu suda na osnovu čl. 178 OZ (barem delimično) uspostavi narušenu duševnu ravnotežu i u tom smislu deluje slično kao restitucija pređašnjeg stanja. U svakom slučaju, i kod imovinske štete reparacija nije uvek moguća: ako, na primer, vozilo u saobraćajnoj nesreći izgori, ne može se popraviti; u tom slučaju šteta se nadoknađuje u visini vrednosti koja će oštećenom omogućiti da na tržištu nabavi vozilo jednake vrednosti. Razlika između imovinske i neimovinske štete leži u činjenici da se imovinska šteta po pravilu (ali ne uvek)[35] može izraziti pozivanjem na objektivnu, tržišnu vrednost, što kod neimovinske štete nije moguće, jer ne postoji odgovarajuće tržište.

Međutim, zbog toga se ne može reći da neimovinska šteta nije priznata ili se ne može nadoknaditi. Naprotiv, nematerijalna pravna dobra, na primer, život, zdravlje, fizički i mentalni integritet te prava

33 Vidi npr. stav zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. 10. 1986.

34 O pojmovima reparacije (izvršenja popravke ili naknade u vidu troškova popravke stvari) i kompenzacije (naknade u vidu cene stvari pre štetnog događaja odn. cene zamenjene stvari, kada nije moguće ili nije ekonomično popraviti je) vidi: D. Možina, „Povrnitev premoženjske škode na motornih vozilih", *Pravni letopis*, 2014, 54 i sled.

35 Tako je u slučaju kada se uništi stvar koja nema tržišnu vrednost: oštećeni, na primer, deset godina izrađuje model Ajfelovog tornja od šibica, a zatim ga neko uništi. Jasno je da je došlo do štete, ali se ona ne može odgovarajuće iskazati novcem, jer za ovakve predmete ne postoji tržište. Cena potrošenih šibica sigurno nije odgovarajuća osnova. Sud bi takvu štetu mogao utvrditi primenom čl. 216 (1) Zakona o parničnom postupku („*Ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljivu stvar, a visina iznosa, odnosno količina stvari ne može da se utvrdi ili bi mogla da se utvrdi samo nesrazmernim teškoćama, sud će visinu novčanog iznosa, odnosno količinu zamenljivih stvari odrediti po slobodnoj proceni*").

ličnosti u najširem smislu, u hijerarhiji pravnih dobara, što je evidentno iz Ustava Republike Slovenije, čak su i više nego materijalna pravna dobra, pa bi stoga trebalo da budu odgovarajuće zaštićena i u oblasti odštetnog prava.

Mogućnost relativno objektivnog odmeravanja naknade koje je karakteristično za imovinsku štetu potrebno je zameniti pravičnom procenom štete. Stoga, OZ u čl. 179 (1) govori o „*pravičnoj novčanoj naknadi*". To ne znači da naknada za imovinsku štetu nije pravična nego da se procena neimovinske štete zasniva na pravičnoj proceni, a ne na tržišnoj ceni. U skladu sa čl. 179 OZ (200 ZOO), prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu, sud će voditi računa o značaju povređenog pravnog dobra. On mora osigurati da se za uporedive povrede dosuđuju uporedive naknade – u tom smislu donošenje odluka se zasniva na (nepisanim) tarifama koje objektivizuju iznos naknade (princip objektivizacije naknade).[36] No, s druge strane, sud mora naknadu prilagoditi intenzitetu i trajanju trpljenja konkretnog oštećenog (princip individualizacije naknade).

To što oštećeni ima mogućnost da novcem na neki drugi način olakša svoju situaciju, da nešto sebi priušti i pokuša ponovno da uspostavi narušenu duševnu ravnotežu, predstavlja oblik kompenzacije štete. Počinilac štete (ili odgovorno lice) mora isplatom novca oštećenom kojem je nanošenjem štete otežao život da ponovo olakša život u granicama mogućeg. Na neki način je reč o pokušaju uspostavljanja predašnjeg stanja ili barem ublažavanja teške situacije, što naknada želi postići mogućnošću zamene zadovoljstva.[37]

Po mom mišljenju, to nije „zadovoljenje" odn. satisfakcija kao što je najčešće razume sudska praksa. Zadovoljenje, koje je u našem pravu nesumnjivo i svrha novčane naknade za neimovinsku štetu,[38] po mojoj proceni je nešto drugo, naime, moralna satisfakcija oštećenog, jer je počinilac sankcionisan i pravda je zadovoljena. Strani sudovi govore o tome da počinitelj žrtvi duguje naknadu štete za ono što joj je učinio.[39] Čini se da je ovaj element bliži ideji kažnjavanja odnosno is-

36 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 328/2014, od 19. 5. 2016, t. 12.

37 O zameni zadovoljstva izričito: Zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. 10. 1986.

38 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 285/2014, od 25. 2. 2016, t. 9.

39 Tako npr. BGH od 6. 7. 1955, BGHZ 18. 149.

paštanja koja je u pozadini krivičnog prava nego ideji kompenzacije. U slučajevima namernih povreda ona dolazi više do izražaja, a manje u slučajevima odgovornosti bez obzira na krivicu te u slučajevima kada naknadu isplaćuje osiguravajuće društvo. Međutim, moralno zadovoljenje oštećenog koje sudovi često pominju[40] ne može se svoditi samo na to da on dobije određenu sumu novca (ako bi to bio slučaj, takvu bi sumu svakom postradalom ili oštećenom mogao da isplati poseban fond sličan osiguravajućem društvu, a sudovi bi bili nepotrebni), nego (i) na to da pravni poredak priznaje povredu njegove ličnosti i odgovarajuće je procenjuje. „*Osećaj moralne satisfakcije* [oštećenog] *zavisi od značaja povređenog dobra u društvu, a ne od toga kako oštećeni vrednuje različite ugodne osećaje koje određeni iznos novčane naknade može da obezbedi*", zapisao je Vrhovni sud u slučaju u kojem je odbijen predlog odgovornog osiguravajućeg društva za smanjenje naknade, jer oštećeni živi u siromašnijoj zemlji sa značajno nižom kupovnom moći.[41]

Zadovoljenje kao momenat naknade posebno je važno u slučajevima povrede prava ličnosti, časti i ugleda. Moralno zadovoljenje zaposlenog ili kandidata kao slabije stranke je veoma važno, posebno kod novčane naknade za neimovinsku štetu zbog diskriminacije ili mobinga.

Funkcija novčane naknade za neimovinsku štetu, posebno – a ne isključivo – u vezi s diskriminacijom i mobingom, takođe je odvraćanje od ponavljanja kršenja (prevencija), o čemu će se razmatrati kasnije.

U vezi sa svrhom naknade štete treba spomenuti i dilemu između tzv. objektivnog i subjektivnog koncepta neimovinske štete. Prema prvom konceptu već sama povreda zaštićenih pravnih dobara, npr. prava ličnosti, predstavlja pravno priznatu štetu, dok su stepen i trajanje trpljenja samo jedna od indicija koje nam pomažu u određivanju iznosa naknade štete, dok kod drugog, subjektivnog koncepta, za koji se smatra da je usvojen u Sloveniji, sama povreda pravno zaštićenog dobra ne predstavlja pravno priznatu štetu, nego se ova povreda mora odraziti u određenom intenzitetu i trajanju trpljenja (duševni bolovi, fizički bolovi, strah).

U stvarnosti je u slovenačkom pravu koncept mešovit: novčana naknada na osnovu čl. 179 OZ (200 ZOO) priznaje se prema subjektivnom konceptu, tj. predstavlja naknadu za trpljenje, dok se trpljenje

40 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 224/2014, od 12. 2. 2015.

41 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 387/1998, od 15. 7. 1999.

ne mora uveravati i dokazivati, na primer, za nenovčano potraživanje na osnovu čl. 178 OZ, a takođe (preteće) trpljenje ne zahteva zahtev za zabranu preduzimanja određenih radnji na osnovu čl. 134 OZ. Takođe, novčana naknada pravnom licu iz čl. 183 OZ već pojmovno isključuje pretpostavku trpljenja.

Suštinska razlika između ova dva koncepta se pokazuje u slučajevima najtežih povreda u kojima je oštećeni toliko povređen da uopšte ne trpi i ne oseća nikakav bol: jer ne može da oseća i nema izgleda da će mu novčana naknada moći osigurati zamenu zadovoljstva, sud mu je pre nekoliko decenija odbio naknade za neimovinsku štetu.[42] Takvo rešenje nije pravedno, jer bi moralo da važi da se za veću štetu priznaje veća naknada, a ne da se za najveće pretrpljeno zlo ne priznaje ništa. U slučaju naknade za imovinsku štetu takođe se ne pitamo na koji način će oštećeni potrošiti novac, odnosno da li će ga uopšte potrošiti. Novčanu naknadu za neimovinsku štetu bi trebalo tretirati na isti način. Novčana naknada za neimovinsku štetu spada u imovinu oštećenog i pre nego što je priznata pravosnažnom presudom i može se potrošiti za njega kao i naslediti.[43]

Sudska praksa je do danas očiglednu slabost subjektivnog koncepta u stvari u velikoj meri ublažila: Vrhovni sud je nedavno odlučivao o naknadi u slučaju gde je oštećeni u saobraćajnoj nesreći bio toliko teško povređen (uključujući mozak), da je svoje teško zdravstveno stanje (teški invaliditet) mogao da oseća i doživljava, ali nije mogao razumno da ga oceni. Stoga se postavilo pitanje da li naknada uopšte može da doprinese uspostavljanju narušene duševne ravnoteže. Vrhovni sud je opravdano bio mišljenja da stvarno postizanje ublažavanja poteškoća oštećenog nije od suštinskog značaja, a svesnost tužioca da će se isplatom naknade postići zadovoljenje nije pravno odlučujuće.[44] Slično tome je Vrhovni sud pre nekoliko godina, na primer, priznao (neuma-

42 Vidi pravno mišljenje Vrhovnog suda Socijalističke Republike Slovenije, II Ips 215/80 od 5. 12. 1980. te stav Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. 10. 1986.

43 Ustavni sud Slovenije (U-I-88/15–9 od 15. 10. 2015) presudio je da član 204 ZOO (danas član 184 OZ), prema kojem je novčana naknada za neimovinsku štetu prenosiva samo ako je priznata pravosnažnom presudom ili pismenim sporazumom, nije u skladu sa Ustavom, jer može dovesti do neopravdane diskriminacije između oštećenih, na primer, zbog trajanja sudskog postupka.

44 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 224/2014, od 12. 2. 2015, t. 15.

njenu) novčanu naknadu oštećenoj koja je već pre nesreće imala insuficijentan mentalni kapacitet, a nakon nesreće više nije mogla sama da brine o sinu.[45] Sud se opravdano pozivao na značaj principa objektivne uslovljenosti naknade. Na udaljavanje od čisto subjektivnog koncepta, na kraju krajeva, upućuje i odluka kojom je Vrhovni sud potvrdio dosuđenu naknadu za duševne bolove zbog diskriminacije, pri čemu su intenzitet i trajanje duševnih bolova bili utvrđeni samo svedočenjem oštećenog, bez učešća sudskog veštaka.[46]

Postoji mnogo razloga da se krene ka objektivnoj koncepciji neimovinske štete, između ostalog i taj što opsežno pominjanje mentalnih problema i njihovih posledica pred sudom može dodatno da povredi već ionako povređeno dostojanstvo oštećenog.[47] Predlog da se naknada za neimovinsku štetu zbog diskriminacije i mobinga tretira prema objektivnom konceptu[48] uzeo je u obzir predlagač zakona, ali ne i zakonodavac u usvojenoj verziji zakona koja eksplicitno naglašava „pretrpljene duševne bolove".

Prema mojoj proceni, na osnovu dinamike u sudskoj praksi, mogu se očekivati dalji koraci ka objektivnoj koncepciji neimovinske štete, nekada možda i u vidu zakonodavne izmene, ali takvi koraci treba da budu jedinstveni za celu oblast odštetnog prava. Naime, ne bi bilo pošteno da, na primer, od žrtava saobraćajnih nesreća ili onih čiji su čast i ugled bili povređeni masovnim medijem, tražimo drugačije, intenzivnije obrazlaganje zahteva za naknadu štete nego od žrtava neopravdane diskriminacije ili uznemiravanja na radnom mestu. Lična prava svih ljudi su jednaka, pa ih i pravo mora tretirati kao takve.

6. O PREVENTIVNOJ FUNKCIJI ODŠTETNOG PRAVA

U skladu sa čl. 8 ZRO-1 naknada (za neimovinsku) štetu mora da bude efektivna i srazmerna šteti i da odvraća poslodavca od ponavljanja kršenja. Predlog zakona je u ovom delu opravdan samo navođe-

45 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, II Ips 110/2010, od 26. 9. 2013.

46 Vidi npr. Vrhovno sodišče Republike Slovenije, Dsp 86/2009, od 30. 11. 2009.

47 Takođe u: Š. Mežnar, „Odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobinga", *Delavci in delodajalci*, 2–3/2010, 444.

48 *Ibid*., 453.

njem da je na osnovu evropskog prava „*novčanoj naknadi za neimovinsku štetu prikladno i neophodno priznati preventivnu i kaznenu funkciju, što podrazumeva odstupanje od pravila opšteg građanskog prava*“.[49]

Za razliku od kontinentalnih evropskih pravnih sistema u kojima se vanugovorno odštetno pravo, koje je, inače, u rimskom pravu razvijeno zajedno sa krivičnim pravom i ponegde na kontinentu već u 19. veku imalo (takođe) penalne karakteristike, kasnije fokusiralo isključivo na naknadu štete, deliktno je pravo *common law* do danas izričito zadržalo mogućnost kažnjavanja.[50] Za američko pravo posebno važi da svrha kompenzacije nije samo naknada štete, nego i nadzor i usmeravanje ponašanja u društvu te retribucija (u smislu: zlo za zlo), pogotovo kada je reč o posebno amoralnom nanošenju štete.[51] Izuzetno visoke kaznene naknade štete (*punitive damages*) koje ponekad dosuđuju američki sudovi bude osećaj nelagode na evropskom kontinentu.[52] Naime, smatra se da je kažnjavanje rezervisano za krivično pravo gde se primenjuje striktno načelo zakonitosti kao proceduralna zaštita namenjena zaštiti okrivljenog. Takođe se čini da je ideja nadkompenzacije oštećenog koji prima naknadu veću od štete u suprotnosti s principom zabrane bogaćenja putem naknada.

S druge strane, mora se priznati da čak i evropski kontinentalni pravni poreci, uključujući slovenački, poznaju brojne institute koji sadrže kaznene elemente odnosno dozvoljavaju određeni stepen nadkompenzacije poverioca. Čini se da su ovi instituti u potpunosti prihvaćeni i nesporni, posebno zato što kod njih nije u prvom planu ideja retribucije nego prevencije u smislu podsticanja na određeno ponašanje zbog pretnje sankcijama. U tom slučaju pravni poredak za postizanje željenog efekta, tj. poštovanja zakona i prava, bez problema uzima u zakup određenu meru nadkompenzacije poverioca.

U slovenačkom pravu reč je, na primer, o mogućnosti tzv. civilne kazne u obimu do trostrukog iznosa naknade štete zbog povrede autorskih prava na osnovu čl. 168 (3) Zakona o autorskim i srodnim pravima.[53] Čini se da je zakonodavac imao nameru da potencijalne počinioce odvrati od činjenja prekršaja. Naime, jednokratno plaćanje

49 Poročevalec DZ od 19. 10. 2012, 117.

50 G. Wagner (2012), *op. cit*., 1403.

51 *Ibid.*

52 Vidi npr. BGH, IX ZR 149/91 od 4. 6. 1992, koje je iz razloga protivljenja javnom poretku odbilo priznanje takve odluke.

53 *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 21/95, poslednja izmena 63/16.

naknade za imovinsku štetu koje odgovara iznosu honorara, dugovao bi i u slučaju zakonitog korišćenja autorskih prava. Dalje, uticaju na počinioca namenjeni su i sudski penali koje utvrđuje sud bez obzira na štetu, kako na osnovu čl. 134 (2) OZ (kršenje prava ličnosti, čl. 157 ZOO), tako i na osnovu čl. 269 OZ (neispunjavanje finansijskih obaveza utvrđenih pravosnažnom presudom, čl. 194 ZOO)[54]: u oba slučaja penale prima oštećeni odnosno poverilac, a ne budžet, kao što je slučaj kod penala prema čl. 226 Zakona o izvršenju i obezbeđenju (izvršenje obaveza nenadoknadive usluge).[55] O tome da je usmeravanje ponašanja pretnjom kažnjavanja dužnika i, s druge strane, određenom merom nadkompenzacije poverioca tradicionalno i potpuno legitimno te je funkcija građanskog prava govore i instituti ugovorne kazne i kapare: u oba slučaja dogovoreni iznos se duguje bez obzira na nastanak štete.[56] Ovo se zove „utvrđivanje obaveza", a pri tome se misli na preventivnu funkciju pretnje kompenzacijom. Preventivna funkcija je možda čak u najvećoj meri karakteristična za opšti instrument građanskog prava, što je od izuzetne važnosti za osiguranje ispunjavanja obaveza – zakonskim zateznim kamatama. One takođe imaju dvojnu ulogu koja se jasno vidi iz njihove strukture:[57] s jedne strane predstavljaju naknadu za korišćenje stranog kapitala odnosno apstraktnu naknadu štete poveriocu zbog nemogućnosti korišćenja sopstvenog kapitala, a s druge strane pretnjom kažnjavanja podstiču poverioca na ispunjavanje obaveza. One se duguju, bez obzira na stvarno nastalu štetu.[58]

Teorija zagovara povećanje naknade za neimovinsku štetu odnosno čak „kaznene naknade štete" u slučaju povrede časti i ugleda putem masovnih medija koje kršenjem generišu profit.[59] Ako im i nakon

54 O uređenju iz čl. 269 OZ koje dozvoljava zloupotrebu, kritički: A. Berden, „Sodni penali", *Pravna praksa*, 11/2004, priloga, i 9/2005, 20; i D. Možina, *Kršitev pogodbe*, GV Založba, Ljubljana, 2006, 363.

55 *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 51/98, poslednja izmena 76/15.

56 Vidi čl. 253 (1) OZ te članove od 64 do 66 OZ.

57 Vidi čl. 2 Zakona o propisanoj visini stope zatezne kamate (*Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti – ZPOMZO-1*): stopa zatezne kamate sastoji se od tzv. glavne kamatne stope koju za svaki šestomesečni period određuje Evropska centralna banka i tzv. kaznenog dodatka u visini osam procentnih poena. Reč je o ispunjavanju zahteva prava EU. Više: D. Možina, „Direktiva 2000/35/ES o plačilnih zamudah v gospodarskih poslih in slovensko obligacijsko pravo", *Podjetje in delo*, 8/2009, 1779–1796.

58 Čl. 380 (1) OZ.

59 Vidi npr. N. Plavšak, u: Plavšak, Juhart, Vrenčur, *Obligacijsko pravo-splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009, 649; V. Bergant–Rakočević, Denarna odškodnina

plaćanja naknade ostaje deo profita, pravni poredak ih tiho podstiče na kršenje prava. Protivpravno postupanje ne bi smelo biti isplativo. Zbog toga se u vezi s tzv. profitabilnim deliktima predlaže utvrđivanje naknada na način koji uzima u obzir nezakonito stečen profit i na taj način ga oduzima počiniocu.[60] Sudska praksa za sada ne prati ove predloge.

Preventivna funkcija unutar obligacionog prava, uključujući i odštetno pravo, priznata je i potpuno legitimna i u slovenačkom pravu.[61] Stoga ne možemo reći da je u čl. 8 ZRO-1 reč o odstupanju od pravila opšteg građanskog prava. Pretnja plaćanjem naknade razumne ljude podstiče na ponašanje koje neće nanositi štetu; međutim, po pravilu, cena ovakvog ponašanja znatno je niža od naknade štete koju na taj način izbegavaju.[62] Potpuna naknada štete (kompenzacija) već ima preventivni efekat. Naravno, pri tome je neophodno uzeti u obzir kompenzaciju za neimovinsku štetu kao i za imovinsku štetu, iako nju čl. 8 ZRO-1 u pogledu odvraćajućeg efekta ne pominje. Naknada za neimovinsku štetu po obimu mora odgovarati naknadama za neimovinsku štetu na osnovu uporedivih povreda prava ličnosti pojedinca, a koje civilni sudovi dosuđuju na osnovu OZ.

Eventualno premašivanje kompenzacije većom naknadom za neimovinsku štetu dolazi u obzir tek kada isplata potpune naknade za imovinsku i neimovinsku štetu ne služi kao mera odvraćanja, na primer, u slučajevima tzv. profitabilnih delikata gde počiniocu kršenja i nakon plaćanja naknade ostaje profit. Za takvo povećanje naknade treba imati posebne razloge koji bi trebalo da budu jasno navedeni u presudi (npr. višestruko ponavljanje kršenja). Čini se da poslodavci diskriminacijom odnosno uznemiravanjem zaposlenog ne ostvaruju poseban profit koji bi im ostao i nakon isplate potpune naknade. Nije

za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji, Pravna praksa 16/2006, 6; Š. Mežnar, „Odškodnina kot kazen v primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)?“, *Izbrane teme civilnega prava*, Inštitut za primerjalno pravo, 2006, 77; Š. Mežnar, „Novejši trendi v odškodninskem pravu“, *Podjetje in delo*, 6–7/2008, 1284.

60 D. Možina, „Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka“, *Podjetje in delo*, 3–4/2015, 468; N. Plavšak, *op. cit.*, 649.

61 Vidi na primer: Vrhovno sodišče Republike Slovenije, VIII Ips 170/2011, 3. 9. 2012, t. 12; te N. Plavšak, *Ibid*. 478; D. Jadek–Pensa, *OZ s komentarjem* (eds. Juhart, Plavšak), GV Založba, Ljubljana 2003, 666.

62 G. Wagner, Kötz, *Deliktsrecht*, Luchterhand, München, 2006, r. br. 65, 28.

opravdano povećanje naknada samo zato što je osoba koja je odgovorna poslodavac. Stoga je teško složiti se s predlozima za „znatno veće iznose" naknada za neimovinsku štetu zbog diskriminacije i uznemiravanja koji se pozivaju na veće naknade u zemljama članicama EU s neuporedivo višim standardom, kao ni s paušalnim predlozima da naknada treba da iznosi „najmanje između 5.000 i 30.000 evra".[63] Čl. 8 ZRO-1 ne pruža osnovu za puko kažnjavanje poslodavca.

Drugo pitanje je da li naknadama treba da se ostvari samo specijalna ili i generalna prevencija. Iz teksta čl. 8 ZRO-1 koji govori samo o odvraćanju konkretnog poslodavca od ponovljenih kršenja, može se zaključiti da je reč samo o specijalnoj prevenciji. Međutim, pravi smisao preventivne funkcije odštetnog prava nalazi se u generalnoj prevenciji odnosno uticaju same apstraktne pretnje naknadom štete, izračunatoj na određeni način, na potencijalne počinioce. Stoga smatram da je i čl. 8 ZRO-1 potrebno razumeti u tom smislu.[64] Naravno, generalni preventivni efekat izostaje ako apstraktna pretnja nije potkrepljena konkretno dosuđenim naknadama štete. Pravo, čija implementacija u praksi nije zagarantovana, ne može imati preventivni efekat.

Preventivni efekat naknade podrazumeva da pažnja odštetnog prava nije usmerena isključivo na položaj oštećenog. Na njega je usmerena (kompenzaciona) funkcija naknade za neimovinsku štetu. Preventivna funkcija, međutim, znači da se odštetno pravo bavi i počiniocem štete ili odgovornim licem i to na način da konkretnog počinioca odvraća od ponavljanja kršenja, a potencijalnim počiniocima putem apstraktne pretnje naknadom štete poručuje da se kršenje zakona ne isplati. Čl. 8 ZRO-1 jasno stavlja do znanja da se vanugovorno odštetno pravo i naknada štete ne mogu posmatrati samo sa stanovišta oštećenog (kompenzacija, satisfakcija), već i sa stanovišta počinioca odnosno potencijalnih počinioca štete (prevencija).

7. ZAKLJUČNE KONSTATACIJE

Čl. 8 ZRO-1 u slovenačkom pravu ne predstavlja novu i nezavisnu pravnu osnovu za odgovornost poslodavca za štetu zbog diskrimi-

63 Vidi npr. D. Krašovec, *Novi veliki komentar zakona o delovnih razmerjih in reforme trga dela*, Reforma, Ljubljana 2013, čl. 8; Š. Mežnar, „Odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobinga", *Delavci in delodajalci*, 2–3/2010, 455.

64 Š. Mežnar, *op. cit.*, 454.

nacije, seksualnog i drugog uznemiravanja i zlostavljanja na radnom mestu. Ona već postoji na osnovu opšteg obligacionog prava, uključujući mogućnost novčane naknade za povredu ljudskog dostojanstva, časti i drugih prava ličnosti te fizičkog integriteta.

Zahtev za efikasnu, srazmernu i odvraćajuću kompenzaciju koji proizilazi iz prava EU, pre svega, podrazumeva potpunu naknadu štete, imovinske i neimovinske. Kod druge je potrebno, kako u pogledu pretpostavki tako i u pogledu iznosa naknade, pratiti sudsku praksu utvrđenu na osnovu čl. 179 OZ i izgraditi jedinstveni i vrednosno harmonizovani sistem za zaštitu nematerijalnih pravnih dobara. Isplata potpune naknade već sama po sebi odvraća poslodavca od ponovnih kršenja. Apstraktna pretnja isplatom naknade, potkrepljena doslednom primenom zakona u praksi, takođe ima generalno preventivni efekat. Eventualne naknade veće od (imovinske i neimovinske) štete, tj. nadkompenzacione naknade mogu biti opravdane samo u slučajevima kada bi se jasno pokazalo da potpuna kompenzacija nema odvraćajući efekat, što bi takođe trebalo posebno objasniti. Čl. 8 ZRO-1, kao i pravo EU na kojem se temelji, ne daju osnovu za puko kažnjavanje poslodavaca.

Odredba čl. 8 ZRO-1 je važna za razvoj celokupnog odštetnog prava, jer izričito naglašava preventivnu funkciju naknada. Dakle, odštetno pravo se ne bavi isključivo oštećenim (kompenzacija, satisfakcija), nego mora imati u vidu i uticaj naknade na počinioca odnosno potencijalne počinioce štete (prevencija). Preventivna funkcija je deo vanugovornog odštetnog prava i obligacionog prava uopšte. Pretnja kažnjavanjem dužnika koja s druge strane znači nadkompenzaciju ili čak obogaćivanje oštećenog, tradicionalno je i legitimno sredstvo privatnog prava za podsticanje ponašanja u skladu sa zakonom.

Damjan Možina, PhD
Full Professor at the University of Ljubljana, Faculty of Law

COMPENSATION FOR DISCRIMINATION AND HARASSMENT IN THE WORKPLACE

Summary

The paper seeks to explore the significance of the provision on employer's liability for damage due to discrimination and sexual or other harassment in the workplace in Slovenian law, introduced by the Labour Act (2013). The provision raises questions as to its relation to the general Law of obligations. The regulation of liability for damage in the Slovenian Obligations Code (2002) remains essentially the same as in the Yugoslav Act on Obligations (1978). It is asserted, that the provision on the liability for discrimination in the Labour Act is not a new and an independent ground for liability, as the latter already exists in the Law of Obligations which protects human dignity, honour and other personality rights as well as physical integrity. The provision in the Labour Act demands that the damages be effective, proportional to the damage and must have a deterring effect on the employer. This raises the question on preventive and punitive function of damages. In principle, the full compensation of damage already has a deterring effect. However, a compensation exceeding damage (overcompensation) may be justified in cases where full compensation fails to produce a deterring effect. The provision cannot be understood as giving ground for punitive damages. From the letter, a legitimate preventive function of damages should be distinguished.

Key words: *Discrimination. – Mobbing. – Compensation of Damage. – Non-Pecuniary Damage. – The Functions of Damages. – Punitive Damages.*

UDK 343.435(497.11)

*Nikola Paunović**

PRINUDNO ZAKLJUČENJE BRAKA

NOVO KRIVIČNO DELO I MOGUĆA SPORNA PITANJA U BUDUĆOJ PRAKSI

Odsustvo postojanja slobodne volje budućih supružnika predstavlja smetnju za zaključenje braka. U tom smislu, pristanak na sklapanje braka pod prinudom je razlog za prestanak braka. Navedena građanskopravna posledica jeste nesporna u porodičnom pravu, a predviđa je i Istanbulska konvencija. Ipak, ta konvencija ide korak dalje zahtevajući od država potpisnica da preduzmu zakonodavne mere u cilju predviđanja prinudnog zaključenja braka kao krivičnog dela. Imajući u vidu da je 2016. godine Republika Srbija uskladila svoje zakonodavstvo sa Konvencijom, predviđajući krivično delo prinudno zaključenje braka u članu 187a Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: KZ), autor posebnu pažnju posvećuje razmatranju pravno dogmatskih pitanja, ali i potencijalnih dilema sa kojima se sudska praksa može suočiti. Nakon ukazivanja na uočene probleme i manjkavosti u vezi sa bićem krivičnog dela prinudnog zaključenja braka autor iznosi sugestije za de lege ferenda dopunu člana 187a KZ, uzimajući u obzir uporednopravna rešenja, ali i pravni okvir Evropske unije.

Ključne reči: *Prinudno zaključenje braka. – Prinuda. – Trgovina ljudima. – Istanbulska konvencija.*

1. UVOD U PROBLEMATIKU

Etiologija korišćenja sile ili pretnje u cilju dobijanja pristanka na zaključenje braka vuče korene iz društvenog i kulturnog konteksta određene sredine. Primenom prinude za sklapanje braka se omogućava napuštanje siromašnih uslova života, obezbeđuje sticanje imigracio-

* Autor je istraživač stipendista Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja i doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *dzoni925@gmail.com*.

nih koristi putem dobijanja bračne vize, ostvaruje poštovanje tradicionalno usađenih rodnih uloga, brani čast porodice ili osigurava da deca ne stupaju u predbračne seksualne odnose.[1] Prinudni brakovi su deo kulture mnogih zemalja na Bliskom istoku, na severu Afrike i jugoistoku Azije.[2] Iako je u međunarodnom pravu ljudskih prava univerzalno prihvaćeno da se brak sklapa samo uz slobodnu saglasnost budućih supružnika, to ne znači da se i u ostatku sveta ne dešavaju slučajevi prinude na zaključenje braka. Stoga se treba složiti sa stavom da ljudi svih nacionalnosti, veroispovesti ili etničke pripadnosti mogu biti žrtve prinudnog zaključenja braka uprkos percepciji javnosti da samo članovi određene zajednice koriste tu praksu.[3] U svakom slučaju, potreba za inkriminisanjem prakse prinudnog zaključenja braka potekla je od feminističkih organizacija civilnog društva koje su doprinele da se ovo pitanje uključi u dnevni red političkih agendi. Nakon usvajanja Istanbulske konvencije 2011. godine, koja je postavila obavezu državama potpisnicama da kažnjavaju sve oblike nasilja nad ženama, uključujući i prinudu na sklapanje braka, suzbijanje ove prakse postalo je sastavni deo državnih politika.[4] Iako se može voditi diskusija da li je, kada je reč o suprotstavljanju prinudnom zaključenju braka, nužna i opravdana krivičnopravna represija ili je dovoljno postojanje građanskopravne posledice u vidu prestanka braka, ratifikacijom Istanbulske konvencije za države potpisnice nastaje obaveza inkriminisanja prinudnog zaključenja braka. Bez zalaženja u dublju analizu, može se istaći da je osnovni argument pobornika inkriminisanja prinudnog braka kao krivičnog dela mogućnost odvraćanja potencijalnih učinilaca od korišćenja prinude za zaključenje braka kao i osnaživanje žrtava da prijavljuju ovakve slučajeve. Nasuprot tome, protivnici kriminalizacije prinudnog braka tvrde da bi se time žrtve samo još više otuđile i odustale od traženja pomoći nadležnih organa zbog straha od krivičnog gonje-

1 Vid. detaljnije o uzrocima prinudnog braka Bernard O. Itebiye, „Forced And Early Marriages: Moral Failures Vs Religious Nuances", *European Scientific Journal*, 17/2016, 307–308.

2 Loretta M. Kopelman, „The Forced Marriage of Minors: A Neglected Form of Child Abuse", *The Journal of Law, Medicine & Ethics,* 1/ 2016, 174.

3 Marlene Eskind Moses, Manuel Benjamin Russ, „Forced Marriage", *Tennessee Bar Journal*, 9/2014, 32.

4 Gill Allwood, „Gender-based violence against women in contemporary France: domestic violence and forced marriage policy since the Istanbul Convention", *Modern & Contemporary France*, 4/2016, 389.

nja njima bliskih lica.[5] Izgleda da nije potrebno preterano obrazlagati neopravdanost tvrdnji protivnika kriminalizacije ovog krivičnog dela koje se zasnivaju na uopštavanju izvesnih izuzetaka, te se stoga treba prikloniti generalnoj prevenciji i načelu protektivnosti žrtava kao glavnim razlozima za potrebu inkriminisanja prinudnog braka.

Međutim, kada je reč o krivičnopravnoj zaštiti braka osnovna dilema jeste u kojoj meri društvo treba da interveniše u ovoj oblasti. S tim u vezi, u teoriji se nailazi na stav da se primenom krivičnih sankcija ne mogu obezbediti bračni odnosi budući da bi oni trebalo da se zasnivaju na međusobnim osećanjima ljubavi i poštovanja.[6] Dakle, budući da se bračna zajednica primarno zasniva na ličnim odnosima supružnika jasno je da krivičnopravna zaštita u oblasti braka treba da bude fragmentarna, supsidijarna i akcesorna. Drugim rečima, krivičnopravna zaštita braka je nužna samo u slučaju drastičnog ugrožavanja i povrede bračnih odnosa. Ovo stoga što se brak primarno štiti normama drugih grana prava, dok je supsidijarno krivičnopravna represija *ultima ratio* oblik reagovanja, ukoliko se zaštita ne može obezbediti drugim pravnim sredstvima.[7] Iz navedenog razloga proizilazi da u sferi zaštite braka postoji akcesornost krivičnog prava u odnosu na porodičnopravne propise.[8]

Ipak, treba imati u vidu da institucija braka prevazilazi ličnu sferu supružnika i postaje krivičnopravno značajna u slučajevima kada su narušeni zakonski uslovi za njegovo zaključenje. Stoga bi trebalo uzeti da je nužno i opravdano pružiti krivičnopravnu zaštitu braku samo u

5 Julia Alanen, „Custom or Crime?: Part III of IV: Crafting a Competent Framework to Combat Forced Marriage", *American Journal of Family Law*, 2/2016, 123. O razlozima za i protiv predviđavanja prinudnog braka kao krivičnog dela vid. više Kaye Quek, „A Civil Rather than Criminal Offence? Forced Marriage, Harm and the Politics of Multiculturalism in the UK", *The British Journal of Politics and International Relations*, 4/2013, 626–646, kao i Aisha Gill, Sundari Anitha, „The illusion of protection? An analysis of forced marriage legislation and policy in the UK", *Journal of Social Welfare & Family Law*, 3/2009, 260–261.

6 Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo posebni deo*, Savremena administracija, Beograd 1983, 275–276.

7 U prilog navedenom, u teoriji se ističe da do primene krivičnog prava dolazi tek onda kada se moralna, društvena ili druga pravna sredstva pokažu nedovoljnim i neefikasnim. Ljubiša Jovanović, Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, *Krivično pravo posebni deo*, Službeni glasnik 2004, 211.

8 Ljubiša Lazarević, *op. cit.*, 277.

onim slučajevima kada se krše osnovna načela bračnog prava. U prilog tome da je u oblasti bračnih odnosa krivičnopravna represija opravdana samo kao poslednje sredstvo zaštite svedoči opredeljenje zakonodavca u Srbiji koji je, do uvođenja krivičnog dela prinudnog zaključenja braka[9] kojim se narušava načelo konsenzusa, predviđao tek jednu inkriminaciju protiv braka – dvobračnost kojom se krši načelo monogamnosti. Stoga, iz razloga neophodnosti sprečavanja prakse prinudnog zaključenja braka, treba pozitivno oceniti ideju Istanbulske konvencije, (pun naziv: Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici)[10], koja nalaže državama potpisnicama preduzimanje zakonodavnih mera radi kriminalizacije ovog ponašanja (član 37).[11] Međutim, imajući u vidu da je državama potpisnicama ostavljen prostor da same odrede način na koji će izvršiti tu obavezu, postavilo se pitanje da li prinudni brak inkriminisati kao samostalno krivično delo ili kao teži oblik krivičnog dela prinude. Odgovor na navedeno pitanje zavisi od toga šta se uzima kao objekt zaštite krivičnog dela. Pri davanju odgovora nužno je razgraničiti odnos između krivičnog dela prinude i prinudnog zaključenja braka. Naš zakonodavac se opredelio za predviđanje prinudnog zaključenja braka kao samostalnog krivičnog dela, iako ima i drugačijih rešenja u uporednom pravu. S druge strane, usvajanjem Direktive 2011/36/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 5. aprila 2011. godine o sprečavanju i borbi protiv trgovine ljudima i zaštiti žrtava (u daljem tekstu: Direktiva 2011/36/EU) postavilo se pitanje potrebe predviđanja prinudnog braka kao posebnog cilja trgovine ljudima. Ovo su samo neka od ključnih pitanja koja će biti predmet dalje analize u radu. Međutim, polazeći od toga da je krivično delo prinudnog zaključenja braka blanketnog karaktera, što znači da je u cilju razumevanja njegovog bića neophodno uzeti u obzir odredbe

9 Ovo krivično delo je uvedeno u naše zakonodavstvo članom 19 Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika koji je objavljen u *Službenom glasniku RS*, br. 94/2016 od 24. novembra 2016, a u primeni je od 1. juna 2017. godine.

10 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, *Council of Europe Treaty Series – No. 210*, Istanbul, 11. V 2011, *http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084 82e*, 8. 8. 2017.

11 Republika Srbija je ratifikovala ovaj međunarodni ugovor 2013. godine. Vid. Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Istanbulska konvencija, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

Porodičnog zakona Srbije, pre krivičnopravne analize, posebna pažnja biće ukazana porodičnopravnom dejstvu prinude na sklapanje braka.

2. PRINUDA KAO SMETNJA ZA ZAKLJUČENJE BRAKA PREMA PORODIČNOM ZAKONU SRBIJE

Porodični zakon Srbije određuje da brak predstavlja zakonom uređenu zajednicu života žene i muškarca, koji se može sklopiti samo na osnovu slobodnog pristanka budućih supružnika.[12] Dakle, iz zakonske definicije braka proizilazi da je načelo konsenzusa jedno od uslova za sklapanje braka.[13] Drugim rečima, brak ne može sklopiti lice čija volja nije slobodna.[14] U suprotnom, sklapanje braka pod prinudom sankcionisano je u vidu prestanka braka poništenjem zbog rušljivosti. Brak je rušljiv ako je na njegovo sklapanje supružnik pristao pod prinudom koja postoji onda kada je drugi supružnik ili neko treći silom ili pretnjom izazvao opravdan strah kod supružnika zbog čega je pristao na sklapanje braka. Strah se smatra opravdanim kada se iz okolnosti vidi da je ugrožen život, telo ili drugo značajno dobro jednog ili drugog supružnika odnosno trećeg lica.[15]

U teoriji se razlikuju dve vrste prinude: fizička i psihička. Fizička prinuda je posledica primene fizičke sile i može se ostvariti različitim sredstvima (npr. putem hipnoze, otmice, zlostavljanja, itd.). Psihička prinuda se ostvaruje uticanjem na volju prinuđenog lica psihičkim putem, tako što se izaziva strah kod tog ili njemu bliskog lica od buduće opasnosti po život, slobodu, telesni integritet, čast, ugled, imovinu i sl. Protivpravnost prinude nije relevantna u bračnom pravu jer se polazi od toga da je svaka prinuda na sklapanje braka protivpravna. Ipak, da bi prinuda predstavljala osnov za rušljivost braka ona mora da zadovoljava dva uslova: mora biti ozbiljna i mora odlučujuće uticati na izjavu volje budućeg supružnika. Prilikom procene ozbiljnosti prinude treba ceniti kako objektivni standard u smislu da se prema shvatanjima u određenoj sredini može uzeti da je strah opravdan, tako i subjektiv-

12 Porodični zakon Srbije – PZ, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, čl. 3.

13 Slobodan Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 47.

14 PZ, čl. 24.

15 PZ, čl. 38.

ni osećaj prinuđenog u pogledu ozbiljnosti zla kojim se preti. S druge strane, potrebno je da prinuda presudno utiče na donošenje odluke o sklapanju braka i da do davanja pristanka ne bi došlo da je prinuđeni mogao postupati slobodno.[16] To znači da kod prinude, iako postoji tačna predstava o stvarnosti, postoji svesna nesaglasnost između onoga što se želi (volja) i onoga što se izjavljuje (izjava volje).[17]

Nasuprot prinudnom braku, koji jedan ili oba supružnika zaključuju protiv njihove volje, nalazi se ugovoreni brak, kod koga obe strane slobodno pristaju na pomoć trećeg lica u pronalaženju potencijalnog supružnika, ali konačnu odluku o tome kada i s kojim licem će zaključiti brak ostaje u potpunosti na volji mlade i mladoženje.[18] Ovu razliku je bitno prepoznati jer je prinudni brak zabranjen, dok ugovoreni brak to nije. Međutim, u praksi postoji tanka granica između prinudnog i ugovorenog braka, što otežava njihovo razgraničenje.[19] Najspornije je kako tretirati situaciju kada neko treće lice ugovori brak postupajući u ime lica koje nije pristalo da stupi u brak. Treba zauzeti stav da u ovakvim slučajevima ako bar jedan od budućih supružnika ne pristane na brak, onda ugovoreni brak prerasta u prinudni, ukoliko je upotrebljena sila ili pretnja.

3. PRINUDNI BRAK KAO KRIVIČNO DELO PREMA ISTANBULSKOJ KONVENCIJI (ČLAN 37)

Osnovni *ratio legis* predviđanja prinudnog braka kao krivičnog dela u Istanbulskoj konvenciji treba videti u težnji za pružanjem pojačane zaštite žena od svih vidova nasilja. S tim u vezi osnovni cilj Istanbulske konvencije jeste promocija suštinske jednakosti između žena i muškaraca, uključujući i osnaživanje žena u društvu.[20] Ipak, zanimljivo je da ta konvencija ne insistira da žrtva krivičnog dela prinudnog braka mora biti žensko lice.

Istanbulska konvencija u članu 37, obavezujući države potpisnice da inkriminišu prinudni brak, predviđa dve vrste ponašanja:

16 Marija Draškić, *Porodično pravo i pravo deteta,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 116–117.

17 S. Panov, *op. cit.*, 101.

18 Julia Alanen, „Custom or Crime? (Part I of IV) Catalysts and Consequences of Forced Marriage", *American Journal of Family Law*, 4/2016, 227.

19 *Ibid.*, 228.

20 Istanbulska konvencija, čl. 1.

1) prisiljavanje odraslog lica ili deteta da stupi u brak; 2) namamljivanje odraslog lica, odnosno deteta na teritoriju strane države ili zemlje koja nije njihova država boravišta, s ciljem prinude na stupanje u brak. Pod prisiljavanjem se podrazumeva kako fizička tako i psihička prinuda. S druge strane, pojam namamljivanja se odnosi na bilo koju radnju kojom učinilac navodi žrtvu da putuje u drugu zemlju, korišćenjem izgovora ili izmišljajući razlog, npr. da obiđe bolesnog člana porodice. Tvorci Istanbulske konvencije su smatrali da je značajno da se predvide oba oblika zbog toga što su neke žrtve prinudnog braka prinuđene da stupe u brak u zemlji u kojoj žive, dok su druge prvo odvedene u zemlju koja nije njihova država boravišta, često od strane svojih predaka, a zatim tamo prinuđene da zaključe brak sa licem koje ima državljanstvo te zemlje. Oblici prinudnog braka prema Istanbulskoj konvenciji razlikuju se prema tome kada se smatra da je dovršeno krivično delo. Tako, kod prvog oblika prinudnog braka, krivično delo je svršeno zaključenjem braka, kada najmanje jedan od supružnika nije izrazio dobrovoljan pristanak. Nasuprot tome, u slučaju drugog oblika, da bi delo bilo svršeno, brak uopšte ne mora da bude zaključen. Međutim, kod ovog oblika namera je bitno subjektivno obeležje bića kojom mora biti obuhvaćena radnja mamljenja pasivnog subjekta u inostranstvo, kao i svrha primoravanja – zaključenje braka u inostranstvu.[21]

4. PRINUDNO ZAKLJUČENJE BRAKA PREMA KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE (ČLAN 187A KZ)

Pre ratifikacije Istanbulske konvencije KZ nije propisivao prinudni brak kao krivično delo. Ipak, ovo krivično delo je postojalo u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu, a dekriminalizovano je donošenjem važećeg KZ 2005. godine.[22] Razlog ponovnog propisivanja prinudnog braka kao krivičnog dela jeste potreba ispunjenja preuzete obaveze iz Istanbulske konvencije, te je stoga Republika Srbija, u glavi

21 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Art. 37, *https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a*, 8. 8. 2017.

22 Uvedeno je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Socijalističke Republike Srbije, a u primeni je bilo od 11. decembra 1990. godine do donošenja novog KZ iz 2005. godine. *Službeni glasnik RS*, br. 16/90, od 3. decembra 1990. godine.

krivičnih dela protiv braka i porodice, predvidela novo krivično delo pod nazivom prinudno zaključenje braka (član 187a KZ). Osnovni oblik ovog krivičnog dela preduzima ono lice koje upotrebom sile ili pretnje prinudi drugog da zaključi brak. Lakši oblik postoji u slučaju kada učinilac radi prinude drugog da zaključi brak, odvede to lice u inostranstvo ili ga u istom cilju navede da ode u inostranstvo.[23]

Objekat zaštite je pravo muškarca i žene na slobodno davanje pristanka u pogledu zaključenja braka.[24] To je jedno od osnovnih ljudskih prava zagarantovanih Ustavom Republike Srbije.[25] Međutim, kao predmet diskusije može se postaviti pitanje da li je primarni objekat zaštite ovog krivičnog dela pravo budućih supružnika na slobodno davanje pristanka u pogledu stupanja u brak, ili brak kao institucija od društvenog značaja. Značaj navedenog pitanja je u tome što od njegovog odgovora zavisi da li ovu inkriminaciju treba svrstati u grupu krivičnih dela protiv prava i sloboda ili grupu krivičnih dela protiv braka i porodice. Štaviše, nije pogrešno ni tvrditi da se radi o višeobjektnom krivičnom delu kojim se štiti kako ustavno pravo na slobodno davanje pristanka za stupanje u brak, tako i sam brak kao institucija od društvenog značaja. Ipak, imajući u vidu da se svaka inkriminacija može svrstati samo u jednu glavu krivičnih dela prema principu pretežnosti objekta zaštite, u tom smislu, odgovor na gore postavljeno pitanje zavisi od kriminalno političkog opredeljenja zakonodavca u pogledu toga da li prinudno zaključenje braka treba normirati kao teži oblik prinude ili kao samostalno krivično delo. Naime, u slučaju opredeljenja da se prinudno zaključenje braka inkriminiše kao teži oblik prinude onda je jasno da objekt zaštite mora biti zaštita prava i sloboda čoveka i građanina. S druge strane, ako je ideja da se ova inkriminacija normira kao samostalno krivično delo onda načelno postoje dve mogućnosti: prva, da se prinudno zaključenje braka predvidi u glavi krivičnih dela protiv prava i sloboda čoveka i građanina, po pravilu odmah posle inkriminacije prinude, i druga opcija da se ta inkriminacija unese u glavu krivičnih dela protiv braka. Iako su obe mogućnosti ispravne, u kontekstu našeg krivičnog zakonodavstva dva razloga idu

23 KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016, čl. 187a.

24 Prema tome, više nije nužno reč samo o slobodi ženskog lica da izrazi pristanak, kao što je to bio slučaj u ranijem krivičnom zakonodavstvu. Vid. Lj. Jovanović, V. Đurđić, D. Jovašević, *op. cit.*, 216.

25 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, čl. 62 st. 1–2.

u prilog inkrimisanju prinudnog zaključenja braka kao krivičnog dela protiv braka i porodice. Prvo, postoji razlog krivičnopravne tradicije, budući da je i u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu prinudni brak bio predviđen u glavi krivičnih dela protiv braka i porodice. Drugo, u glavi krivičnih dela protiv prava i slobode čoveka i građanina propisano je opšte krivično delo kojim se štiti sloboda delovanja i odlučivanja, dok su posebni oblici prinude prema principu srodnosti svrstani u druge glave KZ.[26] Stoga, strukturi i sistematici posebnog dela našeg KZ više odgovara da se prinudni brak predvidi u glavi krivičnih dela protiv braka što je i učinio naš zakonodavac. Nasuprot tome, jedini razlog koji ne bi išao u prilog ovom stavu jeste to što se kod ovog krivičnog dela neposredno štiti pravo na slobodno davanje pristanka na zaključenje braka, a tek posredno sama institucija braka. Međutim, polazeći od toga da se putem jemčenja i ostvarivanja prava budućih supružnika na slobodno davanje pristanka u pogledu stupanja u brak štiti i sama institucija braka, dolazi se do istog zaključka.

U svakom slučaju, polazeći od prihvaćenog objekta zaštite, pitanje je koje sve situacije pokriva pravo na slobodno davanje pristanka u pogledu stupanja u brak. Na osnovu jezičkog tumačenja ustavne norme ovo pravo obuhvata samo situaciju kršenja slobode odlučivanja o zaključenju braka uopšte. Ipak, smislu ove inkriminacije odgovara ekstenzivno tumačenje tog prava. S tim u vezi, ovo pravo, osim prava na slobodno davanje pristanka za zaključenje braka, obuhvata i slobodu izbora partnera. Sporno pitanje može biti slučaj kada postoji slobodan pristanak na zaključenje braka sa licem različitog pola, ali ne i saglasnost u pogledu mesta ili vremena stupanja u brak. Na primer, mlada ne želi da se uda u jesen, nego na proleće, ili mladoženja želi da se oženi u rodnom gradu, ali ne i na drugom mestu. Odgovor na pitanje, da li i tada postoji prinuda na zaključenje braka, zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, pri čemu na osnovu teleološkog tumačenja norme treba zauzeti stav da će postojati ovo krivično delo u svim slučajevima kada je upotrebljena sila ili pretnja za zaključenje braka, bilo da je prinuda usmerena na samo zaključenje braka, u pogledu sklapanja braka sa određenim licem, ili je reč o tome da ne postoji pristanak u odnosu na vreme ili mesto zaključenja braka.[27] To znači da bi i u gore navedenim primerima postojalo krivično delo prinudnog zaključenja braka.

26 U prilog navedenom stavu vid. Nikola Srzentić *et al*., *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd 1995, 212.

27 U prilog tome vid. Lj. Jovanović, V. Đurđić, D. Jovašević, *op. cit*., 216.

4.1 Osnovni oblik krivičnog dela prinudnog zaključenja braka (član 187a stav 1 KZ)

Radnja izvršenja osnovnog oblika jeste upotreba sile ili pretnje u cilju prinude drugog lica da zaključi brak. Sila predstavlja primenu fizičke ili mehaničke snage sa ciljem savlađivanja pruženog ili očekivanog otpora, a može biti apsolutna (koja isključuje voljno odlučivanje) ili kompulzivna (koja ne isključuje odlučivanje, ali utiče na donošenje odluke koja se smatra iznuđenom), odnosno neposredna (prema prinuđenom) ili posredna (prema drugom licu).[28] Silom se smatra i primena hipnoze ili omamljujućih sredstava, s ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor.[29] S druge strane, pretnja, koja kao i sila može biti neposredna ili posredna, je izjava kojom se najavljuje odnosno stavlja u izgled da će se određenom licu naneti neko zlo (npr. napad na telesni integritet, nanošenje materijalne štete i sl.).[30] Pretnja mora biti ozbiljna, pri čemu se, za razliku od porodičnog prava, njena ozbiljnost ceni subjektivno prema utisku pasivnog subjekta. Drugim rečima, potrebno je utvrditi da li je pasivni subjekt zaista ozbiljno shvatio pretnju za zaključenje braka, ili tome nije uopšte pridavao značaj. Međutim, ne traži se nužno postojanje kvalifikovane pretnje, tj. nije neophodno da se radi o pretnji da će se neposredno napasti na život ili telo.

Prinudu može preduzeti kako lice koje želi zaključenje braka, tako i drugo lice.[31] U tom smislu, izvršilac dela može biti bilo koje lice, i to kako ono lice koje sa prinuđenim zaključi brak, tako i neko drugi (npr. roditelj budućih supružnika). S druge strane, i pasivni subjekt dela može biti bilo koje lice, nezavisno od pola, budući da je u članu 187a KZ upotrebljen izraz „drugo lice". Stoga, pasivni subjekt dela više ne mora biti nužno samo žensko lice kako je to izričito bilo predviđeno u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu. Takođe, potpuno je irelevantan uzrast pasivnog subjekta za postojanje dela. Nasuprot tome, u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu se pravila razlika između osnovnog i težeg oblika. Dok se osnovni oblik mogao izvršiti prema punoletnom ženskom licu, dotle je teži oblik postojao ako se radilo

28 N. Srzentić *et al.*, *op. cit.*, 212.

29 KZ, čl. 112 tač. 12.

30 N. Srzentić *et al.*, *op. cit.*, 213.

31 *Ibid.*, 424–425.

o maloletnom ženskom licu.[32] Ipak, kada je reč o pasivnom subjektu, sporno pitanje u praksi može biti da li krivično delo postoji samo u slučaju kada je sila ili pretnja neposredno upravljena prema licu koje pod prinudom zaključuje brak. Iako bi se na osnovu jezičkog tumačenja norme moglo tvrditi da će ovo krivično delo postojati samo u slučaju primene neposredne sile ili pretnje, na ovo pitanje treba negativno odgovoriti. Stoga, na osnovu teleološkog tumačenja treba uzeti da će ovo krivično delo postojati i u slučajevima primene posredne sile ili pretnje koje su usmerene prema nekoj drugoj osobi (npr. ocu mlade) pod uslovom da se to čini sa ciljem prinude da neko lice (npr. mlada) protivno volji zaključi brak sa učiniocem.

Polazeći od radnje izvršenja postavlja se pitanje kada će krivično delo biti dovršeno. U tom smislu, postoji razlika između ranijeg i važećeg krivičnog zakonodavstva. Naime, u ranijem zakonodavstvu je radnja izvršenja bila određena nesvršenim glagolom (*ko prinuđuje*) što je ukazivalo da za postojanje dela nije neophodno i da je došlo do zaključenja braka, već da je delo svršeno kada je prema ženskom licu upotrebljena sila ili pretnja da bi se na taj način prinudilo da sa muškim licem zaključi brak. Iz tog razloga, u teoriji postoji mišljenje da su se ovim krivičnim delom sankcionisale pripremne radnje za zaključenje braka protiv volje ženskog lica.[33] Nasuprot tome, prema rešenju iz važećeg krivičnog zakonodavstva jasno je da je za dovršeno delo potrebno da je došlo do zaključenja braka budući da je upotrebljen svršen glagol (*ko prinudi*). U prilog navedenom mišljenju je stav iz teorije da je bitno da postoji uzročna veza između preduzete radnje prinude učinioca i stvorene odluke o zaključenju braka kod pasivnog subjekta.[34] U suprotnom, ukoliko je samo upotrebljena sila i pretnja, a prinuđeno lice nije zaključilo brak, postojaće nekažnjiv pokušaj što proizilazi iz člana 187a KZ važećeg krivičnog zakonodavstava koje propisuje kaznu zatvora za osnovni oblik od tri meseca do tri godine.[35] Ovo je loše zakonsko rešenje jer je objekt zaštite u dovoljnoj meri

32 Ilija Simić, Milić Petrović, *Krivični zakon Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd 2002, 111.

33 *Ibid.*

34 Lj. Jovanović, V. Đurđić, D. Jovašević, *op. cit.*, 216.

35 U teoriji ima i mišjenja da u tom slučaju postoji krivično delo prinude iz člana 135 KZ. Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 2017, 605. Ipak, imajući u vidu da je i kod tog krivičnog dela propisana ista kazna do tri godine zatvora, dolazi se do istog zaključka, pokušaj neće biti kažnjiv.

ugrožen već u fazi pokušaja izvršenja dela. S tim u vezi, krivičnopravna represija bi bila potrebna već od faze pokušaja jer sama upotreba sile ili pretnje u cilju dobijanja pristanka za zaključenje braka, bez obzira da li je do toga došlo, ugrožava slobodu odlučivanja pasivnog subjekta. Na subjektivnom planu je potreban umišljaj. Štaviše, imajući u vidu da izvršilac svesno upotrebljava silu ili pretnju u tačno određenom cilju i to hoće, treba uzeti da prinudno zaključenje braka može biti izvršeno po pravilu samo sa direktnim umišljajem.

Konačno, imajuću u vidu da prinudni brak proizvodi građanskopravnu posledicu u vidu poništaja usled rušljivosti, postavlja se pitanje da li je potrebno, pre započinjanja krivičnog gonjenja za ovo krivično delo, postojanje odluke suda koji je nadležan za rešavanje bračnih sporova da je brak poništen. Na navedeno pitanje treba negativno odgovoriti zbog toga što prema odredbama našeg Zakonika o krivičnom postupku za krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, krivično gonjenje započinje prvom radnjom javnog tužioca ili ovlašćenih službenih lica policije na osnovu zahteva javnog tužioca radi provere osnova sumnje da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo.[36] Iz navedenog proizilazi da odmah po raspolaganju činjenica, koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela, javni tužilac odnosno policija mogu započeti krivično gonjenje bez obzira na to da li je sud u bračnom sporu poništio zaključeni brak. S druge strane, u slučaju da je nadležan sud u drugoj vrsti postupka već doneo odluku bilo da je reč o usvajanju ili odbijanju tužbenog zahteva, takva odluka ne obavezuje krivični sud u pogledu ocene da li je učinjeno određeno krivično delo.

4.2 Privilegovan oblik krivičnog dela prinudnog zaključenja braka (član 187a stav 2 KZ)

U našem ranijem krivičnom zakonodavstvu privilegovan oblik ovog krivičnog dela nije postojao. Ovaj oblik je uveden u KZ pod uticajem odredbe Istanbulske konvencije. Ipak, dok ta konvencija govori samo o namamljivanju odraslog lica ili deteta s ciljem prinude na stupanje u brak, dotle KZ osim navođenja drugog lica da ode u inostranstvo, predviđa kao radnju izvršenja i slučaj kada je neko lice odvedeno u inostranstvo. Iako je u Istanbulskoj konvenciji spor-

36 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 5.

na pravna priroda izraza „namamljivanje", treba uzeti da se tu radi o pripremnim radnjama. S tim u vezi postoji stav u našoj teoriji da su u slučaju lakšeg oblika ovog krivičnog dela inkriminisane pripremne radnje.[37] Međutim, u krivičnom pravu se izuzetno retko kažnjava za pripremne radnje i to samo u onim slučajevima gde je to zaista neophodno (npr. krivično delo terorizma, inkriminacije protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije itd.), te stoga razlog njihovog propisivanja kod krivičnog dela prinudno zaključenje braka treba tražiti u obavezi implementacije preuzete obaveze iz Istanbulske konvencije. Radnja navođenja na odlazak u inostanstvo radi prinude za sklapanje braka je u skladu sa onim što je obuhvaćeno izrazom namamljivanja iz Istanbulske konvencije jer za postojanje ovog oblika krivičnog dela nije potrebno to da je pasivni subjekt odveden u stranu državu, već je dovoljno da je kod tog lica stvorena nepostojeća ili učvršćena kolebljiva odluka u vezi odlaska. Ipak, iako to ne proizilazi neposredno iz izraza „namamljivanje", naš zakonodavac posebno izdvaja kao radnju izvršenja i situaciju kada je drugo lice odvedeno u inostranstvo. Međutim, i bez posebnog izdvajanja ove radnje izvršenja, do istog zaključka bi se došlo primenom logičkog tumačenja budući da ako je za dovršeno krivično delo dovoljno manje – navođenje na odlazak u inostranstvo – to znači da bi krivično delo postojalo i u slučaju kada je ostvareno više – odvođenje u stranu državu – *argumentum a minori ad maius*. Stoga, razlog za predviđanje obe pripremne radnje treba tražiti u potrebi poštovanja načela zakonitosti, koje nalaže da krivičnopravne norme moraju biti u što većoj meri precizne i da se odnose samo na slučaj koji je izričito obuhvaćen bićem krivičnog dela (*lex certa i stricta*). U svakom slučaju, u pogledu radnje navođenja na odlazak ili odvođenja u inostranstvo pasivnog subjekta u nameri prinude na zaključenje braka nije potrebno da je upotrebljena prinuda, niti da je došlo do zaključenja braka.[38] Iz tog razloga, propisana kazna za privilegovan oblik je niža nego za osnovni – kazna zatvora do dve godine. Za razliku od osnovnog oblika, ovde je opravdano što se za pokušaj ne kažnjava jer bi se radilo o radnjama kojima se ne ugrožava objekt zaštite u toj meri da je neophodna krivičnopravna zaštita.

Međutim, imajući u vidu da je inkriminisano samo odvođenje ili navođenje na odvođenje u inostranstvo u nameri prinude na zaključenje braka, u praksi se može postaviti pitanje pravne kvalifikacije dela u

37 Z. Stojanović, *op. cit.*, 606.

38 *Ibid.*

slučaju ako je neko lice silom ili pretnjom odvedeno ili zadržano iz jednog mesta u drugo unutar teritorije Srbije radi prinude na sklapanje braka, gde je potom i prinuđeno na zaključenje braka. Ovde je pitanje da li će postojati: 1) lakši oblik krivičnog dela prinudnog zaključenja braka; 2) krivično delo otmice ili 3) sticaj otmice i osnovnog oblika prinudnog zaključenja braka. Prvu opciju treba odbaciti, jer biće lakšeg oblika krivičnog dela prinudno zaključenje braka ne obuhvata radnje odvođenja ili zadržavanja radi prinude na zaključenje braka iz jednog mesta u drugo unutar teritorije Srbije. S druge strane, iako biće krivičnog dela otmice obuhvata radnje odvođenja ili zadržavanja bez obzira da li se one preduzimaju unutar teritorije Srbije ili u inostranstvu, ne bi trebalo uzeti ni da postoji samo ova inkriminacija, jer bi u tom slučaju za sve preduzete protivpravne radnje kazna koja bi mogla biti izrečena učiniocu bilo niža nego u slučaju sticaja. Stoga bi u ovoj situaciji trebalo uzeti da postoji sticaj krivičnog dela otmice i osnovnog oblika prinudnog zaključenja braka.[39] Iz istih razloga, u slučaju protivpravnog oduzimanja ili ograničavanja slobode kretanje pasivnom subjektu radi prinude na zaključenje braka postojao bi sticaj krivičnog dela prinudno zaključenje braka i protivpravno lišenje slobode.

5. ODNOS KRIVIČNOG DELA PRINUDE (ČLAN 135 KZ) I PRINUDNOG ZAKLJUČENJA BRAKA (ČLAN 187A KZ)

Između krivičnog dela prinude i prinudnog braka postoji međusobna sličnost u pogledu radnje izvršenja. S tim u vezi, u situaciji kada prinudni brak nije predviđen kao samostalno krivično delo, mogao bi se podvesti pod inkriminaciju prinude. U našoj ranijoj teoriji može se naići na osporavanje normiranja samostalnog krivičnog dela prinudnog braka budući da je njegovo biće obuhvaćeno krivičnim delom prinude. U tom smislu se konstatuje da kriminalno politički razlozi utiču na potrebu posebnog izdvajanja ovog dela.[40] Navedena konstatacija je ispravna, imajući u vidu da inkriminacija prinudni brak nesporno spada u tzv. *mala prohibita*, odnosno krivična dela koja se inkriminišu voljom zakonodavca u određenom društvu i vremenskom periodu. Ipak, nakon stupanja na snagu Istanbulske konvencije postoji

39 Za suprotno mišljenje vid. N. Srzentić *et al.*, *op. cit.*, 425.

40 *Ibid.*, 424.

dodatni razlog u prilog predviđanja ovog krivičnog dela, a to je obaveza ispunjenja preuzetih obaveza iz tog ratifikovanog ugovora. U svakom slučaju, radi se o odnosu opšteg i posebnog dela te će postojati samo krivično delo prinudnog braka i to po osnovu specijaliteta. Ovo stoga što kod krivičnog dela prinude nije od značaja na šta se pasivni subjekat prinuđava kao i to da je ono opšteg karaktera u odnosu na druga krivična dela.[41]

S druge strane, kada prinudni brak nije predviđen kao samostalno krivično delo postoji mogućnost da se inkriminiše kao teži oblik prinude. Ipak, čini se da je za potrebe našeg krivičnog zakonodavstva bolje rešenje da se prinudni brak inkriminiše kao samostalno krivično delo, što je i učinjeno, budući da prinuda na zaključenje braka ne predstavlja kvalifikatornu okolnost u smislu krivičnog dela prinude iz člana 135 KZ. Nasuprot tome, prinudu usmerenu na zaključenje braka treba videti kao posebni oblik prinude, što opravdava samostalno inkriminisanje ovog krivičnog dela. S tim u vezi, u teoriji se ističe da se kod krivičnog dela prinude štiti opšta sloboda odlučivanja od bilo kog činjenja, nečinjenja ili trpljenja protiv svoje volje.[42] Stoga, iz navedenog proizlazi da se posebnim oblicima prinude pruža zaštita nekoj konkretnoj slobodi odlučivanja, što je u skladu sa zauzetim stavom u pogledu odnosa između ova dva krivična dela.

6. PRINUDNI BRAK KAO POSEBAN CILJ KRIVIČNOG DELA TRGOVINE LJUDIMA

Veza između ova dva krivična dela je postala aktuelna usvajanjem Direktive 2011/36/EU, koja je usvojila širi koncept definicije trgovine ljudima, obuhvatajući i prinudni brak kao poseban cilj ovog krivičnog dela, čime je nastala obaveza za sve države članice EU da u tom smislu usaglase nacionalna zakonodavstva.[43] Ovo krivično delo, primera radi, postojalo bi u slučaju kada neko lice kao učinilac trgovine ljudima si-

41 Zoran Stojanović, Nataša Delić, *Krivično pravo posebni deo*, Pravna knjiga, Beograd 2017, 46.

42 Bora Čejović, Mirko Kulić, *Krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 426.

43 Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 april 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, *Official Journal of the European Union* L 101/1, *http://eur-*

lom ili pretnjom drži drugo lice u cilju prinudnog zaključenja braka sa trećim licem. Za razliku od ove situacije, kada je upotreba sile ili pretnje samo jedan od brojnih *načina izvršenja* trgovine ljudima, u slučaju kada je prinudno zaključenje braka predviđeno kao samostalno krivično delo prinuda predstavlja *radnju izvršenja*. Iz navedenog proizilazi da između situacije kada je prinudni brak propisan kao samostalno krivično delo odnosno poseban cilj trgovine ljudima osnovna razlika postoji u radnji izvršenja. Osim toga, za postojanje prinudnog braka kao posebnog cilja trgovine ljudima u svakom konkretnom slučaju je dodatno potrebno utvrditi i radnju izvršenja i način izvršenja krivičnog dela. Razumljivo je da je veoma teško dokazati sve ove elemente bića krivičnog dela prilikom ispitivanja da li postoji prinudni brak kao cilj trgovine ljudima.[44] Međutim, jasno je i to da problemi na planu dokazivanja ne smeju da utiču na materijalnopravna rešenja.

U našem pravu, prinudni brak za sada nije predviđen kao jedan od ciljeva trgovine ljudima, što je razumljivo budući da Republika Srbija nije još uvek članica EU, ali u procesu pristupanja biće potrebno harmonizovati nacionalno zakonodavstvo sa Direktivom 2011/36/EU u ovom pogledu.[45] U odsustvu inkriminisanja prinudnog braka kao posebnog cilja trgovine ljudima, praktičarima ostaje da prilikom određivanja pravne kvalifikacije, ukoliko to dozvoljavaju okolnosti konkretnog slučaja, radnju izvršenja podvedu pod neki od zakonom navedenih oblika eksploatacije žrtava (npr. seksualno iskorišćavanje). Međutim, u teoriji se ističe da većina slučajeva prinudnog braka ne dovodi do seksualne eksploatacije, zbog čega je imperativ da pravna sredstva budu prilagođena zadovoljenju potreba žrtava kako trgovine ljudima tako i prinudnog zaključenja braka.[46]

---

lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:l:2011:101:0001:0011:en:pdf, 8. 8. 2017.

44 Noelia Igareda González, „Forced marriage in Europe: from a migration problem in a global world to the old phenomenon of gender violence", *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* 2/2017, 7.

45 Vid. čl. 388 KZ.

46 Elizabeth M. Landau, „Custom or Crime?: Part II of IV: Legal Remedies for Forced Marriage Victims and Survivors", *American Journal of Family Law*, 1/2016, 50.

7. SUMARAN OSVRT NA UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

U odnosu na KZ, kada je reč o biću krivičnog dela prinudnog braka, u uporednopravnim zakonodavstvima postoje značajne sličnosti, ali i izvesne razlike. Sličnosti se pre svega odnose na to da većina zemalja predviđa prinudni brak kao samostalno krivično delo, mada ima i izuzetaka. Osim toga, i bitna obeležje bića krivičnog dela su u priličnoj meri slična onim u KZ. Iz tog razloga će u uporednopravnoj analizi prinudnog braka nadalje biti ukazano samo na razlike u odnosu na KZ. *Kazneni zakon Hrvatske* (u daljem tekstu: KZH) [47] predviđa u glavi krivičnih dela protiv braka, porodice i dece, prisilu na sklapanje braka kao samostalnu inkriminaciju u članu 169, koja u potpunosti odgovara članu 37 Istanbulske konvencije. Razlika u odnosu na KZ postoji u tome što su u KZH propisane teže kazne za ovo krivično delo. Za osnovni oblik je propisana kazna zatvora do 5 godina, što bi trebalo da bude slučaj i u našem pravu jer to ukazuje da bi pokušaj ovog dela bio kažnjiv. Za lakši oblik predviđena je kazna zatvora do 3 godine. Osim toga u KZH je prisilni brak predviđen i kao jedan od ciljeva trgovine ljudima (član 106), što je posledica obaveza usaglašavanja prava ove zemlje kao države članice EU sa Direktivom. U tom smislu, ističe se da je iskorišćena mogućnost koju je Direktiva ostavila državama članicama EU.[48] *Krivični zakonik Makedonije* (u daljem tekstu: KZM) predviđa prisilni brak samo kao poseban cilj trgovine ljudima u članu 418a, dok to ne inkriminiše kao samostalno krivično delo, niti kao teži oblik prinude. [49] Iz navedenog proizilazi da se *de lege lata* prinudni brak u KZM može jedino podvesti pod opšte krivično delo prinude. *Krivični zakonik Republike Srpske* (u daljem tekstu: KZ RS) u glavi krivičnih dela protiv braka i porodice u članu 183 inkriminiše prinudno zaključenje braka kao samostalnu inkriminaciju. Za razliku od KZ, KZ RS inkriminiše prisilni brak i kao cilj krivičnih dela trgovine ljudima i trgovine decom u članovima 145 i 146.[50] *Kazenski zakonik*

47 Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15 – ispravak.

48 Davor Derenčinović *et. al.*, *Posebni dio Kaznenog prava*, Zagreb 2013, 42.

49 Krivičen zakonik Makedonije, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08,114/09, 51/11, 135/11,185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14.

50 Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 64/2017.

Slovenije u članu 132a predviđa prisilno zaključenje braka ili uspostavljanje slične zajednice kao samostalno krivično delo. Ovo krivično delo je inkriminisano u glavi krivičnih dela protiv ljudskih prava i sloboda. Osnovni oblik dela vrši bilo koje lice koje silom ili pretnjom upotrebe sile, zloupotrebom kakve podređenosti ili zavisnosti drugog prinudi na sklapanje braka ili uspostavljanje slične zajednice koja je u skladu sa zakonom izjednačena sa brakom u pojedinim pravnim posledicama. Teži oblik postoji u slučaju kada je delo iz osnovnog oblika izvršeno prema maloletnom ili nemoćnom licu. Osim što je radnja izvršenja postavljena nešto šire nego u našem pravu, u odnosu na KZ postoje tri razlike. Prvo, prilikom određivanja objekta zaštite ovog krivičnog dela pošlo se od toga da su prema principu pretežnosti to ljudska prava i slobode, a ne brak kao što je u KZ. Drugo, osim prisile na sklapanje braka ovim krivičnim delom se inkriminiše prisilno uspostavljanje slične zajednice koja je u skladu sa zakonom izjednačena sa brakom u pojedinim pravnim posledicama, što nije slučaj u KZ. I treće, postoji teži oblik ovog krivičnog dela koji nije predviđen u KZ. U svakom slučaju, prisilno zaključenje braka u Sloveniji nije predviđeno kao poseban cilj krivičnog dela trgovine ljudima.[51]

S druge strane, krajnje atipično rešenje u pogledu normiranja prinudnog braka kao krivičnog dela sadrži *Krivični zakonik Crne Gore* (u daljem tekstu: KZ CG), koji ovu inkriminaciju ne predviđa niti kao samostalno krivično delo, niti kao teži oblik prinude. Nasuprot tome, KZ CG prinudni brak propisuje u okviru inkriminacije zaključenja ništavog braka u članu 214 glave krivičnih dela protiv braka i porodice.[52] I u KZ CG su propisane teže kazne za ovo krivično delo nego u KZ. Za osnovni oblik je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Za lakši oblik predviđena je kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Još jedna specifičnost KZ CG jeste propisivanje posebne pretpostavke za početak krivičnog gonjenja u pogledu osnovnog oblika krivičnog dela iz člana 214. Naime, gonjenje se može preduzeti samo ako je prethodno zaključen brak poništen. Konačno, za razliku od KZ, KZ CG predviđa prinudu na zaključenja braka i kao poseban cilj trgovine ljudima u članu 444. Doduše, do takvog zaključka se dolazi pos-

51 Kazenski zakonik, *Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17.

52 Krivični zakonik Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 70/2003, 13/2004 – ispr. i 47/2006 i *Sl. list CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – dr. zakon, 40/2013, 56/2013 – ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – dr. zakon i 44/2017.

redno budući da je upotrebljena formulacija „eksploatacija radi sklapanja nedozvoljenog braka".

U *nemačkom krivičnom zakoniku* prinudni brak je predviđen kao samostalna inkriminacija u glavi krivičnih dela protiv lične slobode članu 237.[53] Osnovni oblik dela vrši bilo koje lice koje protivno zakonu silom, pretnjom ili ozbiljnom štetom prinudi drugo lice da stupi u brak. Akt je protivan zakonu ako se radnja izvršenja preduzima u svrhu postizanja cilja koji je nedopušten. Drugi oblik dela postoji u slučaju kada se u cilju prinude drugog da zaključi brak silom, pretnjom, ozbiljnom štetom ili obmanom, to lice navede da putuje izvan teritorije Savezne Republike Nemačke ili se sprečava da se vrati iz inostranstva. Za oba oblika propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Pokušaj dela je kažnjiv. *Švajcarski krivični zakonik* u glavi krivičnih dela protiv slobode u članu 181a predviđa samostalnu inkriminaciju „prinudni brak i prinudno registrovana zajednica". Krivično delo vrši bilo koje lice koje upotrebom sile ili pretnjom, ozbiljnom štetom ili drugim ograničenjem slobode drugog prinudi da stupi u brak ili istopolnu registrovanu zajednicu.[54] U *austrijskom krivičnom zakoniku,* u glavi krivičnih dela protiv slobode, prinudni brak je predviđen kao samostalna inkriminacija u članu 106a.[55] Prvi osnovni oblik krivičnog dela vrši bilo koje lice koje upotrebom sile, opasnom pretnjom ili pretnjom da će prekinuti ili oduzeti porodični kontakt prinudi drugog na zakljucenje braka ili uspostavljanje istopolne zajednice. Drugi oblik dela postoji u slučaju kada učinilac istim načinima iz prvog osnovnog oblika ili prevarom, navede drugo lice na odlazak u drugu državu ili silom odnosno koristeći zabludu te osobe prebaci nju u drugu državu, sa namerom da se brak ili istopolna zajednica zaključi u državi čije državljanstvo drugo lice ne poseduje ili koja nije njegovo stalno prebivaliste. U *španskom krivičnom zakoniku* krivično delo prinudnog braka je reformom iz 2015.godine predviđeno kao teži oblik prinude (član 172 bis) ali i kao poseban cilj trgovine ljudima (član 177 bis).[56]

53 Nemački krivični zakonik, *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/*, 8. 8. 2017.

54 Švajcarski krivični zakonik, *https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201707110000/311.0.pdf*, 8. 8. 2017.

55 Austrijski krivični zakonik, *https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe? Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296*, 8. 8. 2017.

56 Španski krivični zakonik, *https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995–25444-consolidado.pdf*, 8. 8. 2017.

Prvi osnovni oblik krivičnog dela prinude (član 172 bis) vrši bilo koje lice koje ozbiljnim zastrašivanjem ili nasiljem prinudi drugu lice da zaključi brak. Drugi oblik dela postoji u slučaju kada učinilac istim načinima iz prvog osnovnog oblika ili prevarom u svrhu izvršenja dela prinudi drugog da napusti teritoriju Španije ili se sprečava da se vrati iz inostranstva. Za oba oblika propisana je kazna zatvora od šest meseci do tri godine ili novčana kazna od dvanaest do dvadeset četiri meseci, u zavisnosti od težine primenjene prinude ili upotrebljenih sredstava. Kazne će se izreći u njihovoj gornjoj polovini kada je žrtva maloletna.

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ideju o uvođenju krivičnog dela prinudno zaključenje braka u naše zakonodavstvo treba oceniti pozitivno, kako zbog toga što je time ustavno načelo slobodnog davanja pristanka za zaključenje braka dobilo mesto u krivičnom pravu, tako i radi izražavanja društvene osude za ovo krivično delo čime bi se težilo postizanju svrhe kažnjavanja. Inkriminisanjem prinudnog braka kao samostalnog krivičnog dela u članu 187a KZ naš zakonodavac je ispunio obavezu iz Istanbulske konvencije. Na taj način naše pravo ponovo predviđa ovo krivično delo, čime je prekinut raskid sa krivičnopravnom tradicijom koja je postojala od 1990.godine do donošenja novog KZ iz 2005. godine. Iako se u pogledu bića krivičnog dela nema šta posebno zameriti, jer je ono preuzeto iz Istanbulske konvencije, ipak se čini da ima prostora za *de lege ferenda* izmene i dopune. Prvo, u pogledu propisane kazne može se primetiti da je ona postavljena nisko, čime je isključena mogućnost kažnjavanja za pokušaj. Čak iako se pođe od toga da je naš zakonodavac smatrao da objekt zaštite ovog krivičnog dela nije u dovoljnoj meri ugrožen da bi to opravdavalo kažnjavanje za pokušaj, to se ne može prihvatiti. Osnovni razlog za takav stav proizilazi iz člana 41 Istanbulske konvencije, koja obavezuje države potpisnice da preduzmu neophodne zakonodavne mere za ustanovljavanje pokušaja izvršenja prinudnog braka kao krivičnog dela. Osim toga, čak iako se prihvati da će, kada inkriminacija prinudno zaključenje braka ostane nedovršena, postojati krivično delo prinude, i u tom slučaju propisana je kazna zatvora do 3 godine, što ukazuje da se ni tada ne bi kažnjavalo za pokušaj. Dakle, izlaz iz navedenog problema treba tražiti u podizanju granice posebnog maksimuma propisane kazne na 5 godina zatvora, čime bi se otvori-

la mogućnost za kažnjivost pokušaja osnovnog oblika krivičnog dela prinudnog zaključenja braka. Alternativno, rešenje može biti izričito propisivanje da će se učinilac kazniti i za pokušaj dela iz člana 187a stav 1 KZ. Ovo je od značaja i iz preventivnih razloga, budući da ukoliko se za pokušaj ne bi kažnjavalo postojala bi opasnost od ponovog prinuđavanja pasivnog subjekta na sklapanje braka. Stoga je potrebno da se efikasnom kaznenom politikom postigne svrha kažnjavanja za krivično delo prinudnog zaključenja braka, i to kako putem generalne prevencije, uticajem na druge da ne čine ovo krivično delo, tako i putem specijalne prevencije, na učinioca da ga ubuduće ne ponovi.[57] Drugo, prinudni brak može predstavljati i cilj krivičnog dela trgovine ljudima, iako *de lege lata* član 388 KZ to ne predviđa. Drugim rečima, na osnovu postojećeg rešenja postojanje krivičnog dela iz člana 388 KZ zavisilo bi od toga da li se na osnovu preduzetih radnji i načina izvršenja prinudni brak može podvesti pod neki od zakonom predviđenih ciljeva. Stoga, kako bi se izbegle potencijelne teškoće u vezi sa pravnom kvalifikacijom, potrebno je izričito normirati da se krivično delo trgovine ljudima može izvršiti sa ciljem prinudnog zaključenja braka. Osim što bi se na taj način postigla harmonizacija sa Direktivom 2011/36/EU, već bi se time pružila kompletnija zaštita žrtvama ovog krivičnog dela koje se iskorišćavaju radi prinudnog zaključenja braka. Na kraju, nedostatak odredbe 37 Istanbulske konvencije, a samim tim i preuzetog rešenja iz člana 187a KZ sastoji se u tome što nisu predviđeni teži oblici krivičnog dela. Iako Istanbulska konvencija pravi razliku između prisiljavanja odraslog lica i deteta da stupi u brak, KZ ne pravi razliku između osnovnog i kvalifikatornog oblika zavisno od uzrasta lica prema kojem je izvršeno krivično delo. Čini se da to nije najbolje rešenje, imajući u vidu potrebu pojačane zaštite dece i maloletnika u krivičnom pravu. Iz tog razloga bi bilo nužno predvideti kvalifikatorni oblik sa težom propisanom kaznom ukoliko je delo učinjeno prema maloletnom licu.

57 KZ, čl. 42.

Nikola Paunović
PhD Candidate at the University of Belgrade, Faculty of Law
Research Intern at the Institute of Criminological and Sociological Research

FORCED MARRIAGE

NEW CRIMINAL OFFENSE AND POTENTIAL CONTROVERSIAL ISSUES IN FUTURE CASE LAW

Summary

The absence of the free will of future spouses constitutes an obstacle to the conclusion of marriage. In that sense, consent to marrying under duress is a reason for the termination of marriage. The alleged civil consequence is indisputable in family law, and the Istanbul Convention also provides it. However, this Convention goes a step further by requiring States Parties to take legislative measures to foresee forced marriage as a criminal offense. Bearing in mind that since 2016 the Republic of Serbia has aligned its legislation with the Convention, prescribing forced marriage as criminal offense in Article 187a of the Serbian Criminal Code, the author devotes special attention to the consideration of legally dogmatic issues, as well as potential dilemmas with which case-law can be confronted. After pointing out the problems and deficiencies noted in relation to the criminal offense, the author makes a suggestion for the *de lege ferenda*, as amended by Article 187 and CC, taking into account comparative legal solutions, as well as the legal framework of the European Union.

Key words: *Forced marriage. – Coercion. – Trafficking in human beings. – Istanbul Convention.*

UDK 368.212.025.1

*Dr Nataša Petrović Tomić**

*Miloš Radovanović, master***

PORAVNANJE O NAKNADI ŠTETE IZ SREDSTAVA GARANTNOG FONDA

Vansudsko poravnanje jeste pravni posao kojim se sporni obligacioni odnos, nastao prouzrokovanjem štete upotrebom motornog vozila, može učiniti izvesnim. Stoga je ono u interesu i osiguravača, koji preuzima inicijativu da dobrovoljno ispuni obavezu, i oštećenog lica, koje na brži i efikasniji način dobija obeštećenje bar jednog (nespornog) dela štete. Autori zapažaju da osiguravajuća društva u novijoj praksi sve ređe nude i zaključuju vansudska poravnanja sa oštećenim licima. To je posledica primene Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, koji je propisao i sankcionisao rokove za isplatu naknade iz osiguranja. Za razliku od osiguravača, Udruženje osiguravača Srbije, pri obavljanju javnog ovlašćenja da vrši likvidaciju i isplatu štete iz sredstava garantnog fonda, koristi vansudsko poravnanje kao ranije.

Zaključenjem punovažnog poravnanja otklanja se mogućnost spora povodom saobraćajne nezgode na koju se poravnanje odnosi. Poravnanjem se razrešava sporni odnos i uspostavlja pravna sigurnost, što je u interesu i oštećenog lica i osiguravajućeg društva, odnosno Udruženja osiguravača Srbije. Uzajamna popuštanja jesu suština svakog ugovora o poravnanju. Takva popuštanja omogućavaju da oštećeno lice dobije naknadu koja prevazilazi inicijalno nespornu visinu štete. Autori naglašavaju da zaključenje poravnanja treba da oštećenom licu, odnosno potrošaču usluga osiguranja, da mogućnost da ostvari veći obim prava, ali ne i da mu uskrati zakonsko pravo na isplatu nespornog dela potraživanja naknade štete. Autori, takođe, ukazuju na određene postupke osiguravača u vezi sa zaključenjem vansduskog poravnanja, koji se mogu nazvati nekorek-

* Autorka je vanredni profesor na Pravnom fakultetu, Univerziteta u Beogradu, *nataly@ius.bg.ac.rs*.

** Autor je student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *milos@radovanovic.biz*.

tnim i koje ubuduće treba sankcionisati u cilju poboljšanja zaštite potrošača usluga osiguranja.

Autori zaključuju da je vansudsko poravnanje koristan pravni institut u materiji naknade štete iz saobraćajne nezgode. Udruženje osiguravača Srbije, odnosno garantni fond, taj pravni institut nije napustilo, a ne bi trebalo da ga napuste ni osiguravajuća društva.

Ključne reči: *Osiguranje od odgovornosti imalaca motornih vozila. – Garantni fond. – Naknada štete. – Vansudsko poravnanje. – Zaštita potrošača.*

1. POTREBA ZA MIRNIM REŠAVANJEM SPOROVA IZ OSIGURANJA

Pod uticajem tendencija iz Evropske unije danas se sve više govori o potrebi unapređenja regulatornog okvira zaštite potrošača usluga osiguranja usvajanjem odgovarajućih mehanizama vansudskog rešavanja sporova. Pod tim mislimo prvenstveno na Direktivu 11/2013/EU o alternativnom rešavanju potrošačkih sporova,[1] posebno na čl. 13 st. 1. Međutim, ideja nam je da ovim radom ukažemo na modalitet rešavanja spornog odnosa koji nudi obligaciono pravo, a koji je postojao znatno pre uobličavanja koncepta zaštite potrošača, naročito onih iz sfere usluga osiguranja. Reč je o vansudskom poravnanju u materiji obaveznog osiguranja od odgovornosti imalaca motornih vozila. Ništa ne sprečava osiguravače da sa oštećenim licem zaključe vansudsko poravnanje i dobrovoljno ispune ugovornu obavezu. Ovo i pre donošenja Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju iz 2009. godine.[2] Ipak, po ugledu na *acquis communautaires*, ovaj propis uređuje dobrovoljno ispunjenje obaveze osiguravača. Međutim, vansudsko rešavanje sporova iz ovog značajnog tipa osiguranja, dolazi u obzir i kada je reč o situacijama kada stupa na scenu garantni fond.

1 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for the consumer disputes and amending Regulation (EC) NO 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, *Official Journal of EU,* L 165/63 of 18 June 2013.

2 Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju – ZOOS, *Službeni glasnik RS*, br. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 i 7/13.

Kao što smo o tome već pisali, postoji najmanje četiri razloga u prilog vansudskog rešavanja potrošačkih sporova iz osiguranja.[3] Prvi i svakako najočigledniji razlog je dužina sudskog postupka. Iako u većini zakonodavstava postoje posebni postupci za rešavanje potrošačkih sporova, koje karakteriše načelo efikasnosti odlučivanja, potrošač koji se odluči za sudsku zaštitu prava mora biti spreman da presudu čeka mnogo duže nego što bi to bio slučaj da se odlučio za medijaciju ili arbitražu.[4] Drugo, *psihološki* razlozi. Počev od nepoznavanja same procedure, preko nejasnog pravnog jezika do verovatnoće ishoda postupka – sve je za prosečnog potrošača nepoznanica. Sudski postupak koji prosečni potrošač nedovoljno poznaje kod njega budi nepoverenje i želju da izbegne da se o njegovim pravima rešava pred sudom.[5] Treće, *troškovi parničenja*. Ma koliko bilo primamljivo traženje pravde pred sudovima, visoki troškovi parničenja stvaraju utisak da je pravda dostupna po visokoj ceni. Četvrto, potrošački sporovi su primer *sporova male vrednosti*,[6] ali velikog parničnog potencijala (*high-volume disputes*).[7] Porast broja potrošačkih transakcija odražava se i na porast sporova iz ovih odnosa. Ovo se posebno odnosi na sporove koji proizlaze iz nekog modaliteta obaveznog osiguranja. Državni aparat svakako nije u mogućnosti da u razumnom roku reši brojne potrošačke sporove. Stoga se regulatorni okvir nadograđuje usvajanjem različitih, formalnih i neformalnih, načina izbegavanja da spor dođe do suda.

3 Vid. Nataša Petrović Tomić, „Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 2/2014, 87–89.

4 Vid. N. Petrović Tomić, „Medijacija u osiguranju", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2010, 475–494.

5 Isti razlozi su i u osnovi neravnomerne neprimene svih metoda ADR za rešavanje potrošačkih sporova. Ako potrošači nisu dovoljno upoznati sa prednostima i uopšte načinom funkcionisanja arbitraže ili medijacije neće biti raspoloženi da rešavaju svoje sporove na ove načine. Detaljnije o edukaciji potrošača o ADR metodama vid. *ibid*, 483–484.

6 U potrošačkim sporovima čest je slučaj da su iznosi čija se isplata zahteva niski, često niži od nagrade punomoćniku. Vid. Ivana Kunda, „Ništetnost prorogacijske i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU", *Nepoštene ugovorne odredbe, evropski standard i hrvatska provedba* (ur. V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2013, 259.

7 Maja Stanivuković, „Arbitration – Is It a Viable Option for Resoluting of Consumer Disputes in Serbia?", *Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Tabaroši* (eds. T. Bourgoinie, T. Jovanić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 230.

Nije pogrešno reći da je logika savremenog (evropskog) zakonodavca da je sudsko rešavanje potrošačkih sporova, a to se naročito odnosi na sporove iz osiguranja, *ultima ratio*. Treba propisati sve pretpostvake kako bi se u najvećem broju slučajeva sporovi rešavali na drugi (vansudski) način.

2. VANSUDSKO REŠAVANJE SPOROVA IZ OSIGURANJA – VANSUDSKO PORAVNANJE

Posebno mesto u paleti vansudskih metoda rešavanja sporova pripada vansudskom poravnanju, kome se ne posvećuje mnogo pažnje kao posebnom metodu rešavanja sporova. Ovo zato što je vansudsko poravnanje, za razliku od sudskog, ugovor u smislu Zakona o obligacionim odnosima.[8] Za razliku od sudskog poravnanja,[9] vansudsko poravnanje ne predstavlja izvršnu ispravu i na osnovu njega se ne može tražiti prinudno izvršenje. Međutim, ono unosi *element izvesnosti* u odnosima između strana. Budući da predstavlja saglasnost strana o sadržini materijalnopravnog odnosa, eventualni ponovni spor o istom bi se mogao baviti samo sadržinom samog poravnanja, a ne i činjenicama koje su prethodlile zaključenju poravnanja. Kako vansudsko poravnanje predstavlja ugovor obligacionog prava, tužilac bi mogao da pokrene parnicu i zahteva pravnosnažnu presudu koja bi glasila na izvršenje preuzetih obaveza. Jasno je da je ovakva situacija manje povoljna od one u kojoj postoji sudsko poravnanje, ali ni ona nije primer „gubljenja vremena", jer stranama omogućava da se pozovu na činjenice utvrđene sporazumom i da izbegnu ponovno raspravljanje o njima. Zapravo, da li će do toga doći zavisiće samo od strana tj. njihove spremnosti

8 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93.

9 Sporazum koji strane postignu imaće snagu sudskog poravnanja ako ga na zapisnik uzme sudija i ako nije u suprotnosti sa javnim poretkom. Na ovakav ishod bilo kog postupka mirnog rešavanja sporova primenjuje se Zakon o parničnom postupku. Primenom odredaba ovog zakona dolazi se do zaključka da sud neće dozvoliti zaključenje sudskog poravnanja ukoliko se radi o nekom od slučajeva nedozvoljenog raspolaganja zahtevom (suprotnost prinudnim propisima, moralu i javnom poretku). Zaključeno sudsko poravnanje ima snagu presuđene stvari (*res iudicata*) i povodom istog predmeta ne može se ponovo pokrenuti postupak (*ne bis in idem*). Osim toga, ono predstavlja izvršnu ispravu prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, i na osnovu njega se može zahtevati i prinudno izvršenje. Vid. N. Petrović Tomić (2010), *op. cit.*, 480.

da se pridržavaju preuzetih obaveza. Drugim rečima, moral strana igra ključnu ulogu u dejstvima vansudskog poravnanja. Znajući kako stvari stoje u našem okruženju sa izvršavanjem ugovornih obaveza i uopšte poslovnim poštenjem strana, uporedo sa uvođenjem bilo kog oblika vansudskog rešavanja sporova, potrebno je raditi na edukaciji stanovništva i ukazivanju na to koliko je za uspeh bilo koga od njih bitno da se „data reč drži".[10]

Vansudsko poravnanje je po našem dubokom uverenju naročito pogodno za neizvesne situacije u pogledu odgovornosti za štetu iz saobraćajne nezgode, posebno u slučajevima saodgovornosti (pitanje udela u šteti) ili doprinosa oštećenog vlastitoj šteti. Isto tako, neizvesne situacije u pogledu visine odštete (kod materijalne i još češće kod nematerijalne štete) stvaraju plodno tle za razrešenje spornog odnosa zaključenjem vansudskog poravnanja. Upravo su ovakve situacije prilika da osiguravač preuzme inicijativu i ponudi oštećenom licu poravnanje o naknadi štete.[11] Poravnanje je način razjašnjenja materijalnopravnog odnosa nastalog prouzrokovanjem štete, koji je često u interesu obe strane. Osim što se međusobna prava i obaveze čine izvesnim, poravnanje po pravilu dovodi i do dobrovoljne isplate – isplate bez intervencije suda.[12] Pri tom naglašavamo da postoji zajednica interesa osiguravača i oštećenog lica u pogledu pribegavanja ovom načinu razrešenja spora. Osiguravač koji se odluči da predloži vansudsko poravnanje pokazuje dobru volju prema oštećenom licu, kome nudi brži postupak obeštećenja. Time se nedvosmisleno potvrđuje dobra poslovna praksa osiguravača, koji dobrovoljnim ispunjenjem obaveza – posebno u osiguranju koje ima izraženu socijalnu komponentu – doprinosi ostvarenju javnog poretka u ovoj oblasti prometa. Sve to u mnogo kraćem roku nego da su spor rešavale pred redovnim sudovima, mnogo jeftine i uz obezbeđenje poverljivosti! Dovoljno jaki razlozi da se da sve od sebe i dođe do ovakvog ishoda spora. Osim toga, strane

10 Za kritiku vansudskog poravnanja kao ishoda medijacije vid. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 238.

11 Marijan Ćurković, *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb 2013, 74.

12 Leposava Karamarković, „Poravnanje i medijacija u sporovima za naknadu štete", *Aktuelni problem naknade štete i osiguranja, zbornik radova Udruženja za odštetno pravo* (ur. Z. Petrović), Udruženje za odštetno pravo, Euromedia, Budva 2004, 89.

treba da znaju da se uspešno okončanje postupka vansudskog poravnanja prati od osiguravača i da svojim uspehom šalju pozitivan signal drugim zainteresovanim stranama da je mirno rešavanje sporova moguće i korisno!

Dugogodišnja praksa osiguravajućih društava afirmisala je zaključenje vansudskog poravnanja kao put kojim se brzo i sigurno dolazi do naknade štete. Oštećena lica i osiguravači veoma su često pomoću poravnanja utvrđivali pravo na naknadu štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti i visinu te naknade. Postizana poravnanja sadržala su i odredbu da se oštećeni odriče potraživanja u visini koja prevazilazi sporazumno utvrđen iznos naknade štete.[13]

Uređeni postupak rešavanja odštetnih zahteva, podnetih na osnovu osiguranja od autoodgovornosti, sa propisanim rokovima za isplatu naknade štete po tim zahtevima, jeste važan mehanizam zaštite oštećenog lica.[14] ZOOS jeste prvi domaći propis koji se bavi vansudskom procedurom ostvarivanja prava na naknadu štete po osnovu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti. Odredbe navedenog zakona, koje propisuju podnošenje vansudskog zahteva za naknadu štete i postupanje osiguravajućeg društva po tom zahtevu, inspirisane su komunitarnim pravom Evropske unije.[15]

Osiguravajuće društvo po domaćem pravu (čl. 25 ZOOS), isto kao i po Direktivi 2009/103/EC o osiguranju građanskopravne odgovornosti u vezi sa upotrebom motornog vozila i ustanovljavanju obaveze da se osigura od te odgovornosti[16] (dalje: Kodifikovana direktiva obaveznog osiguranja od autoodgovornosti), trebalo bi da u propisanom roku da obrazloženu ponudu za naknadu štete. Zakonski pojam ponuda može se shvatiti kao ponuda za zaključenje ugovora kojim se

13 Vladimir Čolović, *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti*, Dosije, Beograd 2007, 51.

14 Željka Primorac, Nenad Miletić, „Europski pravni kontekst izvansudskog rješavanja sporova iz ugovora o obveznom osiguranju od autoodgovornosti s posebnim osvrtom na osigurateljnu praksu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2–3/2016, 407.

15 Slobodan Ilijić, „Vansudski postupak za naknadu štete po Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju Republike Srbije", *Pravni život,* 11/2010, 643.

16 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and enforcement of the obligation to insure against such liability (codified version), *Official Journal of EU*, L 263/11 of 7 October 2009.

utvrđuje pravo na naknadu štete i visina te naknade, tj. kao ponuda za zaključenje vansudskog poravnanja. Ipak, osiguravači sve ređe daju ponude vansudskih poravnanja.

Pismena komunikacija osiguravajućeg društva i oštećenog lica, koja se vodi u cilju zaključenja vansudskog poravnanja, može imati pravnu prirodu ponude, poziva na ponudu i pregovora. Takva korespondencija po prirodi stvari zahteva vreme. Propisani rokovi za rešavanje odštetnog zahteva i isplatu naknade štete, u tom vremenu neumitno teku. Izvesni period potreban je i da oštećeni razmotri ponudu za zaključenje vansudskog poravnanja i da se o istoj izjasni. Propust osiguravajućeg društva da u propisanim rokovima isplati naknadu štete, ili makar njen nesporni deo, može dovesti do strogih mera, koje imaju izraženi kazneni karakter.[17] Na ovom mestu izražavamo sumnju prema propisivanju mera nadzora *lex specialis* propisom za oblast osiguranja od odgovornosti, budući da su one već propisane *lex specialis* propisom za društva za osiguranje sa vokacijom primene na sva društva za osiguranje, bez obzira na vrstu poslova osiguranja kojima se bave. Posebno smo sumnjičavi prema meri koju poznaje i Zakon o osiguranju, a to je javno objavljivanje informacija o neizvršavanju ili neblagovremenom izvršavanju obaveza društva.[18] Ovakva informacija deluje kompromi-

17 Čl. 67 ZOOS propisano je da Narodna banka Srbije, ako u vršenju nadzora oceni da je društvo za osiguranje povredilo obaveze iz (između ostalog) čl. 25 i 106 ZOOS, može izreći sledeće mere: javno objavljivanje informacije o neizvršavanju ili neblagovremenom izvršavanju obaveza društva ili o poslovanju društva suprotno propisima; oduzimanje saglasnosti odgovornom licu u društvu datu saglasno Zakonu o osiguranju; izricanje privremene mere zabrane obavljanja poslova obaveznog osiguranja; oduzimanje dozvole za obavljanje poslova obaveznog osiguranja i izricanje novčane kazne. Odredbom čl. 68 st. 1 ZOOS propisano je da visina te novčane kazne za osiguravajuće društvo ne može biti manja od 1% niti veća od 5% propisanog iznosa novčanog dela osnovnog kapitala društva za osiguranje za obavljanje poslova obaveznog osiguranja u saobraćaju. S obzirom na to da je prema odredbama čl. 27 st. 1 tač. 3) i čl. 9 tač. 10–12) Zakona o osiguranju, *Službeni glasnik RS,* br. 139/14, kao minimalni osnovni kapital osiguravajućeg društva propisana dinarska protivvrednost iznosa od 3.200.000,00 evra, visina zaprećene kazne koju Narodna banka Srbije može izreći osiguravajućem društvu kreće se u rasponu od 32.000,00 do 160.000,00 evra. Istovremeno, odredba čl. 98 st. 1 tač. 6) ZOOS predviđa da prekoračenje rokova za isplatu naknade štete i propust osiguravajućeg društva da isplati nesporan deo naknade štete, predstavlja privredni prestup za koji je zaprećena kazna od 3.000.000,00 dinara.

18 Zoran Tomić, Nataša Petrović Tomić, „Ovlašćenje Narodne banke Srbije u nadzoru nad delatnošću osiguranja", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodav-*

tujuće ne samo na društvo protiv koga je izrečena, već i na celokupno tržište osiguranja. Budući da naš prosečan potrošač usluga osiguranja nije dovoljno edukovan, niti uveren da se isplati investirati u osiguranje, ovakve mere mogu delovati odvraćajuće.

Osiguravači, nakon što im je ZOOS stavio u izgled te pomenute sankcije, ređe zaključuju vansudska poravnanja sa oštećenim licima. Oni ne žele da rokovi za isplatu (nespornog dela) naknade štete bezuspešno proteknu u prepisci sa oštećenim licem. Ovo je primer kako se loša zakonodavna politika odražava na sudbinu poželjnih pravnih instituta. Stoga, osiguravači u formi obaveštenja, odluke o likvidaciji štete, rešenja ili drugog jednostranog akta, obaveštavaju podnosioca zahteva za naknadu štete o visini iznosa priznatih na ime naknade štete. Priznate iznose naknade štete osiguravajuća društva isplaćuju oštećenim licima bez odlaganja, bez obzira na to da li su oštećeni tim iznosima zadovoljni ili ne.

Ovakva praksa osiguravajućih društava nije protivna odredbama ZOOS, niti je u suprotnosti sa Kodifikovanom direktivom obaveznog osiguranja od autoodgovornosti. Obaveza osiguravača po polisi osiguranja od autodgovornosti prema trećem oštećenom licu jeste novčana obaveza. Poverilac novčane obaveze po pravilu je dužan primiti i delimično ispunjenje.[19] Ispunjenje novčane obaveze treba razumeti kao realni akt, isključivo faktičku radnju koja ne podrazumeva saglasnost volja.[20] Oštećeno lice ne može se protiviti isplati od strane osiguravajućeg društva, čak i ako smatra da je iznos koji se isplaćuje niži od naknade štete.

U Republici Srbiji naknada štete često se vansudskim putem ostvaruje i bez zaključenja poravnanja. Ipak, Udruženje osiguravača Srbije (dalje: Udruženje) i dalje koristi vansudsko poravnanje kao pravni institut. To može biti opravdano i korisno, a i u skladu sa pravima korisnika osiguranja, tj. oštećenog lica.

---

stva, zbornik radova sa Savetovanja pravnika XXI Budvanski pravnički dani (ur. S. Perović), Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Budva 2016, 214.

19 Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2008, 175–176.

20 Bogdan Loza, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva* (ur. S. Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 707.

3. GARANTNI FOND PRI UDRUŽENJU

Pravni institut garantnog fonda, poznat u nizu zemalja, obezbeđuje zaštitu oštećenih lica onda kada to obavezno osiguranje od odgovornosti za štetu pričinjenu motornim vozilom ne omogućava.[21] Države članice Evropske unije obavezne su da, radi efikasnije zaštite žrtava saobraćajnih nezgoda, formiraju organizaciju koja će garantovati da žrtve, tj. oštećeni neće ostati bez naknade ako je šteta prouzrokovana neosiguranim ili nepoznatim motornim vozilom.[22] Države članice mogu izabrati da li će osnovati telo koje će garantnovati naknadu štete u takvim slučajevima, ili će to poveriti već postojećoj organizaciji.[23]

ZOOS predviđa osnivanje posebnog pravnog lica, Garantnog fonda, koje će obavljati poslove ekonomske zaštite oštećenih lica u slučaju kada je šteta prouzrokovana neosiguranim ili nepoznatim prevoznim sredstvom, kao i za štetu prouzrokovanu prevoznim sredstvom osiguranim od odgovornosti kod društva za osiguranje nad kojim je pokrenut stečaj.[24]

Inicijalni tekst ZOOS objavljen je u *Službenom glasniku* RS broj 51/09 od 14. jula 2009. godine, a stupio je na snagu devedesetog dana od dana objavljivanja.[25] Prelaznim odredbama predviđeno je da Garantni fond, kao posebno pravno lice, treba da otpočne sa obavljanjem poslova po isteku dve godine od dana kada je ZOOS stupio na snagu,[26] tj. 13. oktobra 2011. godine. Zakonom o izmeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, objavljenom u *Službenom glasniku RS* broj 78/11, taj rok je produžen do 30. juna 2012. godine.[27] Međutim, Garantni fond, u formi koju predviđa ZOOS nije formiran ni u tom produženom roku.

---

21 Predrag Šulejić, „Garantni fond u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju", *Pravni život,* 10/2004, 933.

22 N. Petrović, „Međunarodno osiguranje od autoodgovornosti", *Pravo i privreda*, 1–4/2006, 95.

23 Vid. Kodifikovane direktive obaveznog osiguranja od autoodgovornosti, čl. 10 st. 1.

24 ZOOS, čl. 73 i 74.

25 Vid. ZOOS, čl. 119.

26 Vid. Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 51/09, čl. 111 st. 1.

27 Vid. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o obaveznom osiguranju u Saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 78/11, čl. 2.

Prelazne odredbe ZOOS predviđaju da do početka rada Garantnog fonda, u smislu tog zakona, poslove iz njegovog delokruga obavlja Udruženje, saglasno ranije važećem propisu.[28] Zakon, koji je do stupanja na snagu ZOOS uređivao obavezno osiguranje od odgovornosti prouzrokovane motornim vozilom, kao i naknadu štete prouzrokovane motornim vozilom koja nije pokrivena obaveznim osiguranjem, bio je Zakon o osiguranju imovine i lica.[29]

ZOIL je predviđao formiranje sredstava, koja će biti namenjena za naknadu štete prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom, nepoznatim motornim vozilom i motornim vozilom za koje je ugovor o obaveznom osiguranju od odgovornost zaključen sa organizacijom za osiguranje nad kojom je pokrenut stečaj.[30] ZOIL je ta sredstva nazvao garantni fond. Postupanje po odštetnim zahtevima i isplata naknade štete iz sredstava tog fonda jeste javno ovlašćenje koje je zakonom povereno Udruženju.[31]

Stoga, poslove ekonomske zaštite putnika i trećih oštećenih lica, u slučaju kada je šteta prouzrokovana neosiguranim motornim vozilom, nepoznatim motornim vozilom ili motornim vozilom osiguranim kod osiguravajućeg društva koje je palo u stečaj, još uvek obavlja Udruženje. Te poslove ne obavlja posebno pravno lice čiji je osnivač Republika Srbija – Garantni fond u smislu ZOOS. Naime, Garantni fond u smislu ZOOS još uvek nije konstituisan.

Praksa državnih organa, u određenom broju slučajeva, na ispravan način je rešila dilemu Garantni fond ili Udruženje. Tako se u dopisu Guvernera Narodne banke Srbije K.G. broj 2670/1/15 od 13. jula 2015. godine izričito navodi da „postojeći garantni fond radi u okviru Udruženja", jer Garantni fond kao posebno pravno lice čije osnivanje predviđa ZOOS još nije formiran. Sudovi su u nekim parnicama takođe dali utemeljen odgovor na istu nedoumicu.[32] Nažalost, ima i drugačijih primera.[33]

---

28 Vid. ZOOS, čl. 111 st. 1.

29 Zakon o osiguranju imovine i lica – ZOIL, *Službeni list SRJ,* br. 30/96, 57/98, 21/99, 53/99 i 55/99 i *Službeni glasnik RS*, br. 55/04, 51/09 i 93/12.

30 ZOIL, čl. 99.

31 ZOIL, čl. 143 st. 1 tač. 5.

32 Npr. Apelacioni sud u Beogradu, prilikom donošenja presude Gž. 6393/15 od 12. maja 2016. godine, konstatovao je da odredbe ZOOS i ZOIL materijalnopravni odnos, koji je u konkretnoj parnici bio sporan, bitno drugačije uređuju.

Štetu prouzrokovana neosiguranim motornim vozilom, nepoznatim motornim vozilom ili motornim vozilom osiguranim kod osiguravajućeg društva nad kojim je pokrenut stečaj, nadoknađuje Udruženje, u skladu sa odredbama čl. 99–107 ZOIL. Naknadu takvih šteta Udruženje će isplatiti iz garantnog fonda kojim ono upravlja. Taj fond nije pravno lice, a sredstvima u fondu upravlja Udruženje.[34] Garantni fond u smislu ZOIL mogao bi se definisati kao posebna imovinska celina kojom Udruženje upravlja, a koja je namenjena za tačno određenu svrhu – naknadu štete prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom, nepoznatim motornim vozilom ili motornim vozilom za koje je ugovor o obaveznom osiguranju zaključen sa osiguravajućim društvom nad kojim je otvoren stečaj.[35]

Organizaciona jedinica Udruženja, koja upravlja sredstvima garantnog fonda, odnosno koja vrši likvidaciju i isplatu naknade štete iz tih sredstava, naziva se takođe garantni fond.[36] Stoga se za postojeći

---

Sud je ipak primenio odredbu ZOIL. Obrazlažući tu odluku Apelacioni sud u Beogradu naveo je da Garantni fond „kao posebno pravno lice do danas nije osnovan, što je opštepoznata činjenica, što ukazuje na to da se sporni materijalnopravni odnos ima razrešiti primenom ranije važećeg ZOI".

33 Viši sud u Zrenjaninu u obrazloženju presude Gž. 778/15 od 11. maja 2016. godine pogrešno navodi da je Garantni fond, kao posebno pravno lice čije osnivanje predviđa ZOOS, otpočeo sa obavljanjem poslova utvrđenih odredbama ZOOS, i to počev od 30. juna 2012. godine.

34 Ivica Jankovec, u: *Zakon o osiguranju imovine i lica – komentar* (P. Šulejić *et al.*), Dunav Preving, Beograd 1996, 201.

35 ZOIL nije izričito definisao garantni fond kao imovinsku celinu kojom upravlja Udruženje. Međutim iz odredaba čl. 99, 100 i čl. 143 st. 1 tač. 3), 4) i 5) i st. 3 ZOIL proizlazi da je garantni fond imovinska celina kojom upravlja Udruženje, a koja je namenjena za naknadu štete prouzrokovane neosiguranim i nepoznatim vozilom, kao i vozilom za koje je ugovor o obaveznom osiguranju od odgovornosti zaključen sa osiguravajućom organizacijom nad kojom je otvoren stečaj. Pojam garantni fond bio bi jasniji da je zakonodavac odredbama ZOIL na ovaj način odredio njegovo značenje. Za razliku od srpskog prava, u pozitivnom pravu Republike Hrvatske garancijski fond definisan je kao imovinska celina Hrvatskog ureda za osiguranje namenjena za izvršenje taksativno nabrojanih obaveza, između ostalog i naknadu štete prouzrokovane neosiguranim, nepoznatim i vozilom osiguranim kod osiguravajućeg društva u stečaju. Vid. Zakon o obveznim osiguranjima u prometu Republike Hrvatske, *Narodne novine,* br. 151/05, 36/09, 75/09 i 76/13, čl. 44.

36 Pravilnik o organizaciji i sistematizaciji poslova u Udruženju od 26. septembra 2014. godine, sa izmenama i dopunama od 23. oktobra 2014. godine i 24. februara 2016. godine, čl. 5 st. 1 tač 3).

garantni fond može reći da posluje u okviru Udruženja, odnosno može se nazvati garantni fond pri Udruženju. U daljem tekstu pod terminom garantni fond podrazumevaće se samo garantni fond koji postoji u Republici Srbiji – garantni fond pri Udruženju, a ne Garantni fond čije osnivanje predviđa ZOOS.

Postojeći garantni fond, za razliku od osiguravajućih društava, nije pod nadzorom Narodne banke Srbije.[37] Kratki rokovi za odlučivanje o zahtevima za naknadu štete po osnovu obaveznog osiguranja motornih vozila, propisani za osiguravajuća društva, ne važe i za garantni fond.[38] Garantni fond, od kada je počeo sa radom, funkcioniše po istom zakonu. Vansudski postupak naknade štete iz sredstava garantnog fonda za to vreme pratila su adaptivna usavršavanja, a ne nagle promene.

4. MODEL PORAVNANJA O NAKNADI ŠTETE IZ SREDSTAVA GARANTNOG FONDA

Udruženje je donelo 28. januara 2015. godine opšti akt – Proceduru za obradu i evidentiranje poslova garantnog fonda broj 15–1046–05 (Procedura).[39] Poslovi primanja, procene i likvidacije naknade štete iz sredstava garantnog fonda, obavljaju se na način i po postupku koji su predviđeni Procedurom.[40]

S obzirom na to da je Udruženje profesionalno lice vično pravu, podrazumeva se da ono predlaže oštećenom način likvidacije štete. Oštećeno lice, kao slabija i neuka stranka, upravo to i očekuje od profesionalca iz oblasti osiguranja.[41] Udruženje svakodnevno sa oštećenim licima zaključuje sporazume o vansudskom poravnanju, kojima se ure-

37 Vid. Narodna banka Srbije, Narodna banka nije nadležna za nadzor postojećeg Garantnog fonda, *http://www.nbs.rs/internet/cirilica/scripts/showContent.html?id=7779&konverzija=no*, 4. 9. 2017.

38 U dopisu Udruženja UNFI IV-379/2/15/CC od 29. januara 2015. godine upućenog Narodnoj banci Srbije – Upravi za nadzor nad finansijskim institucijama, navodi se: „rokovi propisani odredbama čl. 25. ZOOS... ne primenjuju se na postupak odlučivanja pred garantnim fondom pri Udruženju".

39 Procedura nije objavljena ni u jednom službenom glasilu, niti na internet sajtu Udruženja.

40 Procedura, Odeljak 1.5 tač. 3.

41 N. Petrović Tomić (2010), *op. cit.*, 487.

đuju međusobni odnosi povodom šteta koje nisu pokrivene obaveznim osiguranjem od autoodgovornosti.

Ugovor o poravnanju, kojim Udruženje i oštećeno lice utvrđuju pravo na isplatu naknade štete iz sredstava garantnog fonda, treba da bude sačinjen na predviđenom obrascu. Ti obrasci, tj. modeli sporazuma o vansudskom poravnanju takođe su propisani Procedurom, odnosno prilozima koji predstavljaju sastavni deo Procedure.

Procedurom, tj. prilozima koji su njen sastavni deo, predviđeno je nekoliko modela sporazuma o vansudskom poravnanju.[42] Modeli ugovora o vansudskom poravnanju suštinski su veoma slični.

Članom 1 modela sporazuma o vansudskom poravnanju, ugovorne strane utvrđuju vreme i mesto štetnog događaja, kao i činjenicu da je šteta prouzrokovana motornim vozilom koje nije pokriveno obaveznim osiguranjem od odgovornosti. Istim članom ugovarači konstatuju eventualno postojanje podeljene odgovornosti, odnosno utvrđuju procenat doprinosa oštećenog (ili njemu bliskog lica) nastupanju ili visini štete.[43] Model sporazuma o vansudskom poravnanju predviđa da faktičke radnje oštećenog (ili njemu bliskog lica), koje su doprinele nastupanju saobraćajne nezgode ili visini štete, treba da budu navedene u konkretnim ugovorima o poravnanju.

Odredbama člana 2 ugovorne strane utvrđuju koji su vidovi nematerijalne i materijalne štete nastupili, kao i visinu štete, odnosno visinu naknade za svaki vid štete pojedinačno.

---

42 Npr. sporazum o naknadi štete zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica prouzrokovanog nepoznatim motornim vozilom; sporazum o naknadi štete usled telesnih povreda prouzrokovanih nepoznatim motornim vozilom; sporazum o naknadi štete zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica prouzrokovanog neosiguranim motornim vozilom; sporazum o naknadi štete usled telesnih povreda prouzrokovanih neosiguranim motornim vozilom; sporazum o naknadi štete na stvari prouzrokovane neosiguranim motornim vozilom; sporazum o naknadi štete prouzrokovane motornim vozilom osiguranim kod osiguravajućeg društva nad kojim je pokrenut stečajni postupak.

43 Ukoliko oštećeni traži naknadu štete zbog smrti bliskog lica, a to poginulo lice je doprinelo nastupanju saobraćajne nezgode, oštećeni po praksi Udruženja može imati pravo samo na srazmerno umanjenu naknadu. Visina naknade štete smanjuje se srazmerno doprinosu poginulog lica nastupanju saobraćajne nesreće. Ovakva praksa utemeljena je u pravnoj teoriji (vid. Loris Belanić, „Treće osobe u osiguranju od automobilske odgovornosti", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* 10) i stavu Vrhovnog kasacionog suda (vid. pravni stav 7 prihvaćen na sednici Građanskog odeljanja Vrhovnog kasacionog suda od 3. marta 2015. godine).

Pojam „obrazložena ponuda za naknadu štete" nije (i ne bi trebalo da bude) definisan propisom. Reč je o jednom pravnom standardu. Može se smatrati da je ovaj standard ispunjen kada je na osnovu ponude za zaključenje vansudskog poravnanja jasno zbog čega osiguravač, odnosno Udruženje, nudi ukupan iznos koji je naveden u predlogu poravnanja. Kada su u tekstu predloga sporazuma o vansudskom poravnanju specificirane pozicije odštete za pojedine vidove nematerijalne i materijalne štete, i kada je objašnjeno u čemu se sastoji podeljena odgovornost za štetu, jasno je zbog čega se nudi ukupan (konačan) iznos naveden u tekstu poravnanja. Zbog sadržine čl. 1 i 2 modela sporazuma o vansudskom poravnanju, predlog poravnanja koji Udruženje daje oštećenom licu može se kvalifikovati kao obrazložena ponuda za naknadu štete u smislu ZOOS i Kodifikovane direktive obaveznog osiguranja od autoodgovornosti.

Član 4 modela sporazuma o vansudskom poravnanju sadrži tzv. izjavu o namirenju. Naime, stavom 2 ovog člana oštećeno lice priznaje da će isplatom konačnog iznosa štete navedenog u članu 2 biti „u potpunosti namireno za svu štetu" koja je nastupila usled predmetne saobraćajne nezgode. Pored toga, stav 3 člana 4 modela sporazuma o vansudskom poravnanju sadrži izričitu izjavu oštećenog lica da se ono odriče potraživanja naknade štete preko iznosa naknade iz člana 2.

Ostale odredbe sadržane u modelu sporazuma o vansudskom poravnanju, nisu od velikog značaja za temu ovog rada.

5. DEJSTVO VANSUDSKOG PORAVNANJA O NAKNADI ŠTETE

Osnovno pravno dejstvo vansudskog poravnanja o naknadi štete, jeste uređivanje međusobnih prava i obaveza nastalih faktom prouzrokovanja štete. Stranke vansudskim poravnanjem uređuju međusobni materijalnopravni odnos i čine ga izvesnim, tako što određuju sadržinu i obim svojih obaveza.[44]

Strane u ugovoru o poravnanju čine uzajamna popuštanja. Međusobna davanja ne moraju se sastojati u ekvivalentnoj protivčinid-

44 Zoran Ilkić, „Vansudski postupci naplate naknade štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti", *Osiguranje, naknada štete i parnični postupak, zbornik radova Udruženja za odštetno pravo* (ur. Z. Petrović, N. Mrvić Petrović), Udruženje za odštetno pravo, Institut za uporedno pravo, Pravosudna akademija, Beograd 2014, 184–185.

bi nego i u smanjenju postojećeg potraživanja prema saugovaraču.[45] Zaključenjem poravnanja oštećeno lice priznaje da visina pretrpljene štete ne prevazilazi iznos utvrđen poravnanjem, tj. odriče se prava na naknadu štete preko sporazumno određene visine.

Sudska praksa se izjasnila o materijalnopravnom dejstvu zaključenog vansudskog poravnanja. Vrhovni sud Srbije, prilikom donošenja presude Rev. 2038/04 od 22. decembra 2004. godine, pošao je od činjenice da je „u zaključenom poravnanju navedeno da tužioci prihvataju ponuđene iznose na ime naknade štete, te da se njihovom isplatom smatraju u celosti obeštećeni... S obzirom na navedeno sledi da su tužioci u potpunosti obeštećeni u vansudskom postupku, te da stoga nemaju pravo na naknadu štete... Budući da su tužioci poravnanjem prihvatili ponuđene iznose kao naknadu celokupne štete i odrekli se daljeg potraživanja iz ovog štetnog događaja, to je bez značaja navod revizije da su poravnanjem isplaćeni manji iznosi od onih koje bi sud dosudio.“ Brojni su primeri u kojima su sudovi rezonovali na identičan način (npr. presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 4842/02 od 29. maja 2003. godine, presuda Višeg suda u Nišu Gž. 2264/10 od 29. jula 2010. godine i presuda Okružnog suda u Beogradu Gž. 11186/02 od 18. decembra 2002. godine).

Domaća pravna teorija ima afirmativan stav o vansudskom poravnanju kojim se uređuju pravne posledice štetnog događaja. „Položaj oštećenog, koji je odnos nastao prouzrokovanjem štete uredio vansudskim poravnanjem, neporecivo i nesumnjivo je različit i povoljniji od položaja oštećenog, koji pravo na naknadu štete ostvaruje neposredno u parnici.“[46]

Pravna sigurnost Udruženja jeste vrednost koju je legitimno štititi. Interes pravne sigurnosti Udruženja zahteva da se ukloni neizvesnost u obligacionom odnosu između Udruženja i oštećenog lica. Neizvesnost o nekom spornom pravnom odnosu može se ukloniti na dva način – meritornom odlukom kojom sud rešava spor o tom pravnom odnosu ili zaključenjem poravnanja kojim same stranke prekidaju spor. Pravna sigurnost Udruženja najefikasnije će se obezbediti ukoliko Udruženje sa oštećenim licem zaključi poravnanje o naknadi štete iz sredstava garantnog fonda.

45 Ivan Buljkaš, Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima – knjiga četvrta,* Zagreb 1978, 2909.

46 L. Karamarković (2004), 90.

Isplata naknade štete, koja nije praćena odgovarajućim pravnim aktom – presudom ili poravnanjem, ne uklanja neizvesnost u pravnom odnosu koji je nastao prouzrokovanjem štete. Takva isplata ne može uspostaviti pravnu sigurnost. Ona ostavlja mogućnost da oštećeno lice sudskim putem traži još novca na ime štete, iako mu je isplata po tom osnovu već izvršena.

6. VANSUDSKO PORAVNANJE I ZAŠTITA POTROŠAČA

Prihvatanje nespornog dela ne bi smelo da utiče na pravo oštećenog lica da zahteva i sporni deo naknade štete.[47] Stoga se može pomisliti da bi oštećenom, koji je zaključenjem poravnanja prihvatio ponuđeni iznos, trebalo pružiti mogućnost da traži isplatu naknade celokupne štete, čak i ako ona prevazilazi iznos utvrđen punovažnim poravnanjem.

Uzajamnost popuštanja jeste *essentialia negotii* svakog poravnanja. Da bi sporazum ugovornih strana imao karakter poravnanja, neophodno je da se tim sporazumom urede njihova prava i obaveze, ali na takav način da oni suštinski predstavljaju uzajamna popuštanja.[48]

Iznos koji se predlogom poravnanja nudi na ime naknade štete ne bi trebalo smatrati nespornim. Zakonom je *exempli causa* navedeno da se popuštanje može sastojati u delimičnom ili potpunom priznavanju nekog zahteva druge strane ili u odricanju od nekog svog zahteva.[49] Dužnik naknade vrši popuštanje i oštećenom nudi iznos za koji smatra da prevazilazi visinu štete. Za uzvrat on traži da se oštećeni odrekne prava na naknadu preko ponuđenog iznosa. Oštećeni prihvata poravnanje i odriče se dela naknade štete za koji smatra da mu pripada. Odricanje oštećenog jeste protivčinidba za popuštanje druge strane u obligacionom odnosu. Na opisani način dolazi do punovažnog poravnanja i uspostavljanja pravne sigurnosti.

---

47 N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja – analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 268.

48 Ratomir Slijepčević, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga druga* (ur. S. Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 1683–1687.

49 ZOO, čl. 1090 st. 1.

Predlogom poravnanja nudi se iznos naknade koji je među strankama sporan. „Uzajamnost popuštanja predstavlja samu suštinu poravnanja, njegovu kauzu. Odsustvo uzajamnosti u činu popuštanja oduzima ovom poslu karakter poravnanja, jer ga lišava kauze."[50] Pravni akt kojim samo jedna strana vrši popuštanje, npr. priznaje drugoj strani potpuno nesporno pravo, po zakonu nije poravnanje.[51] Ni pravni akt kojim se oštećeni delimično odriče potraživanja naknade štete, a da zauzvrat dobija samo potpuno nesporni iznos naknade, ne može se kvalifikovati kao poravnanje. Predlog upućen oštećenom licu da preduzme takav pravni posao nije ponuda za zaključenje punovažnog poravnanja.

Ako se isprava, koju su oštećeni i osiguravač (ili Udruženje) potpisali, po zakonu može smatrati ugovorom o poravnanju i ako taj ugovor nije ništav, oštećenom ne bi trebalo dati mogućnost da traži naknadu koja prevazilazi ugovorom utvrđenu visinu štete. Ako ne postoji punovažno poravnanje između oštećenog lica i dužnika naknade štete, oštećeni bi morao imati pravo da zahteva naknadu celokupne štete koju je pretrpeo. Činjenica da je oštećeni u pismenoj formi pristao na isplatu nespornog dela naknade, ne isključuje njegovo pravo na potpuno obeštećenje. Naime, pristanak oštećenog na isplatu nespornog dela ne može se izjednačiti sa punovažnim odricanjem od spornog dela potraživanja. Odricanje od spornog dela potraživanja punovažno je, jer ima kauzu, samo ako je praćeno protivustupkom druge strane.

Iznos, koji je predložen ponudom za zaključenje punovažnog poravnanja, ne može se smatrati nespornim delom naknade štete. Samom ponudom poravnanja taj iznos ne postaje nesporan. Ponuđeni iznos stranke mogu učiniti nespornim tako što će zaključiti poravnanje. Međutim, visina potraživanja naknade štete ostaje sporna sve do postizanja poravnanja.

Zakonom nije isključeno da se poravnanje sastoji u priznavanju zahteva druge strane čiji je osnov sporan. Stoga je pravno moguće da se oštećenom licu ponudi poravnanje, a da osnov prava na naknadu štete bude sporan. U takvoj situaciji uopšte ne postoje uslovi za isplatu nekog „nespornog dela" potraživanja naknade štete.

---

50 L. Karamarković, „Ništavost ugovora i poravnanja", *Izbor sudske prakse*, 6/2009, 11–12.

51 ZOO, čl. 1090 st. 3.

Nesporan deo potraživanja naknade štete i iznos predložen ponudom vansudskog poravnanja ne poklapaju se po visini. Visina iznosa koji se nudi poravnanjem trebalo bi da prevazilazi nesporni deo potraživanja naknade štete. Nesporan je samo onaj deo potraživanja naknade za koji dužnik od početka smatra da pripada oštećenom licu. Predlogom poravnanja nudi se viši iznos – iznos za koji sam dužnik naknade smatra da ne pripada oštećenom licu, ali je spreman da ga plati zarad postizanja pravne sigurnosti. Stoga je zaključenje poravnanja, pod uslovom da se radi o punovažnom poravnanju, u interesu oštećenog lica. Punovažan ugovor o poravnanju oštećenom licu omogućava da naplati ne samo potpuno nespornu visinu naknade štete, nego i iznos za koji je osiguravač popustio u cilju uspostavljanja pravne sigurnosti.

Načelna odredba o dužnosti ispunjenja obaveza[52] nalaže obvezniku da nespornu visinu naknade štete isplati bez odlaganja, ali ne i da isplati iznos koji je ponudio predlogom poravnanja. Osiguravajuće društvo koje ne isplaćuje nespornu naknadu po polisi osiguranja od autoodgovornosti krši dužnost ispunjenja obaveza. Zakonom predviđeno nadzorno telo može takvom osiguravajućem društvu izreći propisanu administrativnu sankciju.

Obveznik naknade štete koji je ponudio ugovor o vansudskom poravnanju ne krši zakon. Opravdano je da on isplatu ponuđenog iznosa odloži do zaključenja poravnanja. To, međutim, ne znači da je opravdano odlaganje i uslovljavanje isplate nespornog dela naknade štete. Obveznik naknade štete, isto kao i bilo koja strana u obligacionom odnosu, trebalo bi da postupa u skladu sa dužnošću ispunjenja obaveza. Pravnog subjekta koji ne ispunjava svoju nespornu obavezu trebalo bi da pogodi građanskopravna sankcija po opštim pravilima obligacionog prava, pa i javnopravna sankcija kada je propisana zakonom.

Postoji niz nekorektnih postupaka osiguravača, a isto važi i za garantni fond, u vezi sa zaključenjem vansudskog poravnanja.[53] To su:

1) Sastavljanje ponude za isplatu štete zasnovane na sporazumu sa osiguranikom, kome se nudi niži iznos od onog na koji ima pravo prema stavu sudske prakse, odnosno od iznosa stvarne štete.

52 ZOO, čl. 17 st. 1.

53 Vid. detaljnije N. Petrović Tomić (2015), *op. cit.*, 162–163.

Sporazum, odnosno vansudsko poravnanje, je nekorektno uvek kada se potrošaču usluga osiguranja nudi iznos koji je manji od stvarne štete ili onoga koji u odnosnoj materiji dosuđuje sudska praksa. Budući da je osiguravač stručnjak za osiguranje od njega se očekuje poznavanje sudske prakse koja se odnosi na ugovor o osiguranju. Osiguravači, pri tom, uz ovakvu ponudu ne daju obrazloženje iz koga bi se videlo na osnovu čega bi osiguranik trebalo da pristane na manji iznos naknade. Da stvar bude gora, osiguravači upozoravaju osiguranike da, ako ne prihvate ponuđenu naknadu, sledi sudski postupak, koji dodatno prolongira realizaciju prava na naknadu iz osiguranja.

2) Zaključenje poravnanja sa oštećenim licem, uz ugovaranje dužeg roka za isplatu naknade štete od zakonom propisanog. Zaštita potrošača osiguranja ne bi bila potpuna da zakonom nije propisan rok u kome osiguravač treba da osiguraniku isplati naknadu iz osiguranja. Za razumevanje zaštite koju naši potrošači osiguranja uživaju treba poći od toga da taj rok iznosi 14 dana i da se računa od dana kada je osiguravač dobio obaveštenje da se osigurani slučaj dogodio.[54] Postavlja se pitanje da li osiguravač uvek mora ispuniti obavezu u zakonskom roku? Da li se zakonski rok može skratiti ili produžiti? ZOO izričito kaže da se rok od 14 dana može produžiti ako je za utvrđenje obaveze osiguravača ili njenog iznosa potrebno izvesno vreme.[55] U tom slučaju rok počinje da teče od dana kada je utvrđeno postojanje obaveze osiguravača i njen iznos.[56] Šta je sa skraćivanjem roka za isplatu naknade

54 U nekim pravima nije propisan rok za isplatu naknade iz osiguranja (Grčka), u nekim pravima je rok mnogo duži nego kod nas (npr. 40 dana u Španiji), u nekima se postavlja najduži rok za isplatu naknade iz osiguranja od dana podnošenja zahteva. Posebno je prisutno propisivanje krajnjeg roka za ispunjenje ove obaveze u osiguranju od autoodgovornosti. Vid. detaljnije Katarina Ivančević, *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge,* doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2010, 177–180.

55 Principi evropskog ugovornog prava osiguranja propisuju rok od mesec dana za odgovor na postavljeni zahtev osiguranika ili drugog zainteresovanog lica. Interesantno je šta se dešava ako osiguravač ne odgovori u navedenom roku. Tada se aktivira pretpostavka da je zahtev prihvaćen. U pitanju je vrlo korisno pravilo. Ono, s jedne strane, adekvatno štiti potrošača, a sa druge strane, tera osiguravača da na zahtev odgovori u relativno kratkom roku. Ali, ako je predmet složen i osiguravaču je potrebno više vremena kako bi ga obradio. Principi mu to pravo priznaju.

56 Ali ova odredba ne sme poslužiti osiguravačima kao paravan za prolongiranje izvršenja najbitnije obaveze. Iz sudske prakse proizlazi da je osiguravač odgovoran za prolongiranje plaćanja zbog odugovlačenja sa izvršenjem dužnosti

iz osiguranja? Budući da je skraćivanje roka u nesumnjivom interesu osiguranika, smatramo da je ovo primer poluprinudne norme.

3) Uslovljavanje isplate naknade iz osiguranja potpisivanjm sporazuma o vansudskom poravnanju. Vansudsko poravnanje mora biti produkt saglasne izjave volja, a ne pritiska oštećenog lica od strane osiguravača. Iako inicijativa za zaključenje istog obično dolazi od osiguravača, ona ne sme poprimiti formu uslovljavanja, pritiska ili prinude.

4) Neisplata nespornog dela štete oštećenom licu. Odredba čl. 919 st. 3 ZOO predviđa pravo osiguranika da zahteva isplatu nespornog dela obaveze osiguravača kada je za njeno utvrđivanje potrebno vreme. Ova odredba je od ogromnog značaja za zaštitu potrošača osiguranja. Ali, ona može vršiti zaštitnu funkciju samo ako se drugačije uredi. Zalažemo se za uvođenje obaveze osiguravača da odmah, tj. bez odlaganja isplati osiguraniku iznos nespornog dela svoje obaveze na ime predujma. Ovo zato što osiguranici potrošači osiguranja nisu upoznati sa ovim pravom i u praksi ga ne koriste.[57]

5) Uslovljavanje isplate naknade štete na vozilu odustajanjem od zahteva za naknadu štete zbog telesnih povreda.[58] U pitanju je vrlo nekorektan postupak osiguravača, kojim se na potrošača vrši pritisak da odustane od jednog oblika štete da bi mogao da dobije namirenje drugog oblika. Time se potrošač dovodi u situaciju delimičnog namirenja, što je protivno osnovnom načelu imovinskih osiguranja – načelu obeštećenja. Osim što je neetičko, ovakvo postupanje osiguravača je i nezakonito, budući da po ZOOS osiguravač preuzima obavezu da pokrije štete usled smrti, povrede tela ili zdravlja, oštećenja ili uništenja stvari, osim stvari primljenih na prevoz, nastale upotrebom motornog vozila.

6) Uslovljavanje isplate naknade štete odustajanjem od svih budućih potraživanja, iako je izvesno da će štetne posledice nastupati i u budućnosti. Ovo je modalitet uslovljavanja kojim se pravi razlika izme-

---

pribavljanja dokaza o uzroku štete i njenoj visini. Za to odugovlačenje osiguravač može biti obavezan da plati i naknadu štete osiguraniku i kamatu. Vid. presudu Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 1280/94, Intermex sudska praksa.

57 To stvara manevarski prostor za osiguravače, koji isplatu nespornog dela vrše tek nakon utvrđivanja konačnog iznosa svoje obaveze.

58 Dok se šteta na stvarima relativno lako procenjuje i isplaćuje, u pogledu šteta koje su posledica smrti, povrede ili narušavanja zdravlja postoji mnogo problemskih pitanja. Ključno je da osiguravači primenjuju različite metode utvrđivanja i materijalne i nematerijalne štete nastale kao posledica smrti ili telesnih povreda, a ni sudska praksa nije ujednačena, što najviše škodi žrtvama saobraćajnih nezgoda.

đu nastupelih i budućih posledica. Posebno je kritičan iz ugla pružanja zaštite oštećenom licu u pogledu materijalne i nematerijalne štete na licima. Kako se posledice povreda usled saobraćajne nezgode mogu manifestovati u određenom roku nakon prijave osiguranog slučaja, to ovakvo uslovljavanje ima karakter odricanja od prava osiguranika ili oštećenog lica na integralnu naknadu. Pošto su norme kojima se uređuje isplata naknade iz osiguranja poluprinudne, od njih se ne može odstupati na način protivan interesima potrošača usluga osiguranja.

Zalažemo se da se, po ugledu na Direktivu 2005/29/EC o nekorektnoj trgovačkoj praksi,[59] u Zakon o osiguranju unese lista nekorektnih trgovačkih postupaka specifičnih za delatnost osiguranja. Takođe, ista lista mogla bi biti proširena i specifikovana kada se radi o društvima za osiguranje koja se bave poslovima osiguranja od odgovornosti imalaca motornih vozila.

7. ZAKLJUČAK

U skladu sa preporukama komunitarnog prava, vansudsko poravnanje je koristan pravni institut koji bi trebalo primenjivati u oblasti naknade štete iz saobraćajne nezgode. Primena tog instituta je u interesu osiguravajućih društava, ali i oštećenih lica. Poravnanje osiguravajućim društvima obezbeđuje potrebnu pravnu sigurnost, uz brzinu ispunjenja obaveza i smanjenje troškova parničenja. Oštećena lica, odnosno potrošači usluga osiguranja od odgovornosti imalaca motronih vozila, pomoću vansudskog poravnanja mogu doći do iznosa naknade štete koji po visini prevazilazi nesporan deo.

U praksi osiguravajuća društva, nakon početka primene ZOOS, sve ređe nude i zaključuju vansudska poravnanja o naknadi štete. Takva promena osiguravajuće prakse po zakonu nije nužna. Odredbe posebnog zakona koje uređuju postupanje po odštetnim zahtevima iz oba-

59 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directive 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), *Official Journal of EU,* L 149/22 of 11 June 2005.

veznog osiguranja od autoodgovornosti i rokove za rešavanje po tim zahtevima, nipošto ne isključuju primenu pravila ZOO o poravnanju.[60]

Udruženje, pri obavljaju javnog ovlašćenja da vrši likvidaciju i isplatu šteta iz sredstava garantnog fonda, koristi pravni institut ugovora o poravnanju isto kao i pre stupanja na snagu ZOOS. Takva praksa obezbeđuje veći stepen pravne sigurnosti, a pored toga može pogodovati interesima oštećenih lica. Stoga vansudsko poravnanje, kao jedan koristan pravni institut, treba da ostane prisutno u materiji naknade štete po osnovu obaveznog osiguranja od odgovornosti.

Nastojanje da se poravnanje zaključi ne bi trebalo da bude izgovor za odlaganje ispunjenja nesporne obaveze na naknadu štete. Obaveze koje nisu sporne moraju se ispunjavati bez odlaganja. Takođe, brojni modaliteti nekorektnog postupanja osiguravača i/ili Udruženja u vezi sa vansudskim poravnanjem moraju „izaći na videlo" u cilju povećanja stepena zaštite potrošača usluga osiguranja. Ključno je da se obezbedi dobrovoljni pristanak oštećenog lica na poravnanje, a ne da se različitim i etičkim spornim postupcima dužnika (osiguravača i Udruženja) poravnanje nameće.

Nataša Petrović Tomić, PhD
Associate Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

Miloš Radovanović, Master of Law
PhD Student at the University of Belgrade, Faculty of Law

COMPENSATION CLAIMS SETTLEMENT FROM THE GUARANTEE FUND

Summary

Extrajudicial settlement is a legal transaction by which the disputed relationship, created by the caused damage by the use of motor vehicles, can be made certain. Therefore, it is in the interest of the insurer who takes the initiative to voluntarily meet the obligation, as well as the injured person, who obtains the compensation in a faster and more efficient way of at least one (undisputed) part of the damage. The

60 M. Ćurković, *op. cit.*, 75.

authors note that insurance companies in the latest practice rarely offer and conclude extrajudicial settlement with the injured party. This is due to the application of the Law on Compulsory Insurance in Traffic, which defines and sanctions deadlines for the payment of insurance benefits. In contrast to the insurer, the Association of Serbian Insurers, in carrying out public authority to carry out the liquidation and payment of damages from the guarantee fund, uses the extrajudicial settlement as before.

Conclusion of valid settlement eliminates the possibility of a dispute regarding the traffic accident to which the settlement relates. Settlement resolves contentious relationship and establishes legal certainty, which is both in the interests of the injured party as well as the insurance company or the Association of Serbian Insurers. Mutual appeasement is the essence of every settlement agreement. This appeasement enables the injured party to receive a compensation which exceeds the initial undisputed amount of damages. The authors emphasize that reaching settlement enable the injured party or policy holder, the ability to achieve greater scope of rights, but not to deny him the legal right to receive payment of the undisputed part of claims of damages. The authors also point out to certain actions of the insurer related to the conclusion of extrajudicial settlement, which could be called unfair and which should be sanctioned in the future in order to improve the protection of consumers of insurance.

The authors conclude that an extrajudicial settlement is a useful legal institute in the issue of compensation for damages from the accident. Association of Serbian Insurers, regarding the guarantee fund has not abandoned the institute, hence it should not be abandoned by the insurance companies.

Key words: *Insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles. – Guarantee Fund. – Compensation for damages. – Extrajudicial settlement – Consumer protection.*

UDK 342.565.2(497.6)

*Dr Marko Stanković**

BOSNA I HERCEGOVINA I USTAVNO SUDSTVO**

Ovaj rad analizira sastav i nadležnosti Ustavnog suda BiH i njegov položaj u ustavnom sistemu. Taj položaj je veoma specifičan imajući u vidu da je Dejtonska Bosna i Hercegovina po mnogo čemu osobena državnopravna tvorevina. Ustav donesen u formi međunarodnog ugovora, snažan položaj entiteta, koncept konsititutivnih naroda i druge specifičnosti nametnule su potrebu za atipičnim ustavnim rešenjima. To se odrazilo i na ustavno sudstvo BiH, a najviše na njegov sastav, koji uključuje strane državljane, kao i na nadležnosti, koje podrazumevaju neke funkcije koje po svojoj prirodi ne pripadaju ustavnom sudu. Posebna pažnja posvećena je i dejstvu odluka Ustavnog suda, a jedan deo rada analizira i položaj ustavnih sudova entiteta. U završnom delu rada izneti su problemi kojima je ustavno sudstvo u BiH opterećeno.

Ključne reči: *Bosna i Hercegovina. – Ustavni sud Bosne i Hercegovine. – Ustavno sudstvo. – Republika Srpska. – Federacija BiH.*

1. USTAVNO SUDSTVO U SFR JUGOSLAVIJI

Bivša Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija je, u težnji da razvije sopstveni model socijalizma i ustavnosti, bila poznata po uvođenju ustavnog sudstva, koje se u to vreme smatralo institucijom imanentnom isključivo zapadnim demokratijama.[1] „Uspostavljanje Ustavnog suda kao posebnog organa za zaštitu ustavnosti i zakonitosti

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *stankovicm@ius.bg.ac.rs*.

** Rad je nastao u okviru projekta „Identitetski preobražaj Srbije“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

1 „(...) Ustanovljen je specijalni, ustavni sud, po ugledu na 'klasičan', evropski već dobro poznat model ustavnog suda, a pritom je vlast bila organizovana po modelu socijalističke varijante načela jedinstva vlasti, tzv. 'demokratskog jedinstva vlasti' – skupštinskog sistema.“ O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *Ustavni*

bilo je smelo i originalno za socijalističku državu i pravo. Time je formalno bio priznat značaj načela ustavnosti i zakonitosti."[2] Neobičnost ustavnosudske kontrole u Jugoslaviji bila je u tome što je njen ustavni sistem, kao i u ostalim socijalističkim zemljama, bio zasnovan na načelu jedinstva vlasti.[3] Ostale socijalističke zemlje, nasuprot tome, odlučno su sledile sovjetski uzor, koji nije dozvoljavao da bilo koji organ osim skupštine razmatra ustavnost zakona. Sovjetski ustavi od 1936. i 1977. godine nisu predviđali sudsku kontrolu ustavnosti normativnih akata, dosledno sprovodeći tada vladajuću doktrinarnu koncepciju da bi u socijalističkim zemljama „davanje prava nekom organu izvan parlamenta da ceni saglasnost zakona s ustavom značilo povredu načela jedinstva vlasti"[4]. Drugim rečima, „bilo koja forma vanparlamentarne kontrole ustavnosti zakona, pa i šire ustavnog sudstva kao institucije uopšte, bila je prema ondašnjoj sovjetskoj teoriji potpuno nedemokratska i neprimerena teoriji i državnoj praksi socijalističke države."[5] Ipak, uvođenje ustavnog sudstva u Jugoslaviji bilo je motivisano i potrebom da se obezbedi skladno funkcionisanje federalnog državnog uređenja, a poznato je da u federacijama savezni ustavni sud igra ulogu „čuvara federalizma".[6]

---

sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa, Beograd 2010, 76.

2 *Ustavni sud Srbije – četrdeset godina postojanja*, Beograd 2003, 8.

3 „Jedan od osnovnih principa ustavnih sistema socijalističkih zemalja, koji je posledica uticaja sovjetskog konstitucionalizma, je princip jedinstva državne vlasti zasnovan na poveravanju svih zakonodavnih i izvršnih nadležnosti države njenom demokratskom predstavničkom telu." A. R. Brewer-Carías, *Judicial review in comparative law*, Cambridge – New York – Port Chester – Melbourne – Sydney 1989, 236.

4 M. Jovičić, *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984, 418. Doduše, neposredno pre raspada najveće socijalističke federacije osnovan je Komitet za ustavni nadzor SSSR, ali je on imao slabe instrumente kontrole ustavnosti i bio je osnovan suviše kasno da bi očuvao ustavni poredak u dezintegrisanom Sovjetskom Savezu.

5 R. V. Lukić, „Kontrola ustavnosti zakona pred Ustavnim sudom Ruske Federacije", *Strani pravni život*, 1–2/1998, 32.

6 „(...) Snažan podsticaj ustavno sudstvo imalo je u federalnom karakteru ustavnog uređenja socijalističke Jugoslavije i s tim u vezi, opredeljenja ustavotvorca da nove odnose uspostavljene između federacije i republika efikasno zaštiti i obezbedi delovanjem novouvedenog ustavnog sudstva." O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *op. cit.*, 79.

Poznati konstitucionalista Alan Bruer-Karias (*Allan R. Brewer-Carías*) je isticao da se jugoslovenski model stavljanja ustavnog sudstva u ustavni kontekst skupštinskog sistema „može smatrati znakom napuštanja načela jedinstva državne vlasti", ali je navodio i da „takav zaključak obično ne prihvataju socijalistički autori, koji takva iskustva vide pre kao odstupanje od sovjetskog tumačenja tog načela nego kao odstupanje od samog načela".[7] Takvog stava bio je i Jovan Đorđević, koji je pisao da „ustavno sudstvo ukazuje na nužnost i značaj garantija ustavnosti u političkom sistemu socijalizma", kao i da je ono „posledica sazrevanja i institucionalizovanja socijalističkog društva i njegovog političkog sistema".[8] Jugoslovenski eksperiment sa ustavnim sudstvom je, ispostavilo se, nadživeo i državu i društveno-politički poredak u kojem je nastao, jer ustavno sudstvo danas postoji u svih šest nekadašnjih federalnih jedinica te federacije.

Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije od 1946. godine i Ustavni zakon od 1953. godine nisu predviđali sudsku kontrolu ustavnosti, već je ta kontrola, slično kao u Sovjetskom Savezu, formalno bila u nadležnosti federalne skupštine, premda je ta skupština nijedanput u praksi nije izvršila. Međutim, u Ustavu SFRJ od 1963. godine „novi državni organi bili su Ustavni sud Jugoslavije i ustavni sudovi republika, kojima je poverena funkcija zaštite ustavnosti, šire shvaćena"[9], čime je SFRJ postala prva socijalistička država u svetu koja je uvela ustavno sudstvo. Ona je to učinila dosledno primenivši federalno načelo u njegovoj organizaciji, pošto su, pored federalnog, postojali i ustavni sudovi republika, što je bilo tumačeno kao izraz relativno decentralizovanog federalnog državnog uređenja. Federalno načelo bilo je obezbeđeno i u sastavu federalnog Ustavnog suda, jer su republike bile predstavljene u skladu sa načelom pariteta. „Obeležja, tog u osnovi jedinstvenog sistema ustavnosudske zaštite u organizaciji više ustavnih sudova, koja su uspostavljena 1963. godine, u svim bitnim elementima zadržana su nepromenjena i u ustavima donetim 1974. godine."[10]

7 A. R. Brewer-Carías, *op. cit*., 236.

8 J. Đorđević, *Politički sistem*, Beograd 1985, 721. O različitim stavovima o uvođenju ustavnog sudstva u našoj teoriji opširnije pogledati: O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *op. cit*., 77–79.

9 R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 136.

10 Lj. Slavnić, *Federalizam i ustavnosudska funkcija*, Beograd 2000, 111.

No, usled nepostojanja načela supremacije federalnog pravnog poretka, suženih ovlašćenja saveznog Ustavnog suda prilikom kontrole ustavnosti republičkih propisa, kao i nedovoljnih nadležnosti u oblasti federalnih odnosa, Ustavni sud Jugoslavije gotovo da i nije imao u svojoj praksi rešavanje sporova o pravima i obavezama između federacije i federalnih jedinica, a to je jedna od dve osnovne funkcije koje bi ustavni sud u federalnoj državi trebalo da obavlja. Tome je nesumnjivo doprinela i pasivnost ovlašćenih predlagača za pokretanje postupka pred Ustavnim sudom, ali i suzdržanost samog Ustavnog suda u odlučivanju.

Imajući u vidu organizaciona rešenja, ali i rezultate koje je jugoslovensko ustavno sudstvo ostvarilo u praksi, Budimir Košutić je, čini se, dao objektivnu ocenu ustavnog sudstva u SFRJ: „Taj model neposredne, apstraktne, kontrole ustavnosti zakona, dopunjen određenim oblicima posredne kontrole (pravo redovnih sudova da zastanu s postupkom i zatraže ocenu ustavnosti odredbe zakona koju treba da primene na konkretan slučaj) bio je u skladu s modernim evropskim tendencijama u tom vremenu. Naravno, ni ustavni sudovi nisu mogli imati drugačiju sudbinu od države u kojoj su postojali."[11]

Ustavni sud SR Bosne i Hercegovine bio je, dakle, deo jedinstvenog sistema ustavnosudske zaštite i normativne kontrole nad republičkim zakonodavstvom, kao i nad drugim opštim pravnim aktima. On je bio ustanovljen kao respektabilna institucija javnog prava i „narodne demokratije". Stvoren u okviru jedinstvenog sistema ustavnog sudstva u SFR Jugoslaviji, Ustavni sud Bosne i Hercegovine je bio samostalan organ, koji je u okrilju ondašnjeg ustavnog sistema Bosne i Hercegovine imao nezavisan položaj.

2. OSOBENOSTI DRŽAVNOG UREĐENJA DEJTONSKE BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavno sudstvo je u Bosni i Hercegovini, dakle, postojalo još u vreme kada je ona bila federalna jedinica u sastavu SFR Jugoslavije,

11 B. Košutić, „Mesto Ustavnog suda u sistemu podele vlasti", *Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu* (ur. Bosa Nenadić, Srđan Đorđević), Beograd 2004, 77. Zanimljivo je, u vezi sa domašajem delovanja ustavnog sudstva u Jugoslaviji, pomenuti i konstataciju Jovana Đorđevića, izrečenu sredinom osamdesetih godina prošlog veka, da „postaje i danas sve jasnije da je ustavna funkcija ustavnog suda nedorečena". J. Đorđević, *op. cit*., 728.

dok su ustavni sudovi entiteta – Republike Srpske i Federacije BiH – institucije novijeg datuma, kao uostalom i sami entiteti.

Državno uređenje dejtonske Bosne i Hercegovine se po svojim obeležjima može smestiti „negde između" dva oblika federalizma – federacije i konfederacije – mada se, zbog većeg broja osobina karakterističnih za prvi oblik federalizma, obično smatra „federacijom sa izraženim konfederalnim elementima". Složena državna organizacija je uticala i na organizaciju ustavnosudske funkcije – uveden je centralizovani sistem kontrole, pri čemu je, kao u Nemačkoj i Rusiji, federalno načelo uvaženo i u organizaciji ustavnog sudstva, pa osim Ustavnog suda Bosne i Hercegovine postoje i ustavni sudovi federalnih jedinica (entiteta).

Pri tom, suverenitet Bosne i Hercegovine je ograničen, tj. ona je međunarodni protektorat, što nedvosmisleno potvrđuju i pravila o načinu izbora odnosno imenovanja članova Ustavnog suda, kao i uslovi koje oni moraju da ispunjavaju da bi mogli da dođu na tu funkciju. Naime, Ustavni sud BiH sačinjen je od osam članova i predsednika. Dve trećine članova Suda se bira u parlamentima entiteta – četiri člana bira Predstavnički dom Federacije BiH, a dva Narodna skupština Republike Srpske – dok preostalu trećinu postavlja predsednik Evropskog suda za ljudska prava nakon konsultacija sa Predsedništvom BiH. Ta tri člana „ne smeju da budu državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje od susednih država". Ovo pravilo se oštro kritikuje jer je u suprotnosti sa jednim od opšteprihvaćenih principa da u određenoj državi javne funkcije mogu vršiti isključivo njeni državljani.[12] I to nije sve, pošto strane državljane na tu visoku državnu funkciju postavlja organ međunarodne organizacije (Saveta Evrope). Sve su to ograničenja suvereniteta koja dovode u pitanje samostalnost državne tvorevine kakva je Bosna i Hercegovina.[13] Dakle, „osobenosti BiH kao jednog novog državnog oblika u novim međunarodnim uslovima, odražavaju se i na ustavno sudstvo. Imajući u vidu komparativnu praksu, sasvim su netipična rešenja da organi međunarodne zajednice imenuju članove ustavnog suda, kao i da u sastav ustavnog suda ulaze građani koji nisu državljani države čiji je on organ."[14]

12 Vid. R. Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Banja Luka 1997, 229.

13 O predlozima za promenu ovakvog rešenja vid. G. Marković, „Izbor sudija ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini", *Pravna riječ*, 42/2015, 136–137.

14 Lj. Slavnić, *op. cit*., 92.

3. FUNKCIJE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Dejtonski ustav je dodelio Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine raznorodne nadležnosti[15], od kojih neke uopšte ne spadaju u uobičajene nadležnosti ustavnog sudstva. Pri tom, mnoge ustavne odredbe o ustavnom sudstvu su veoma konfuzne. Generalno posmatrano, funkcije ovog organa su konfliktna funkcija, funkcija kontrole ustavnosti normativnih akata, funkcije redovnog sudstva i funkcija deblokade legislative.

Pre svega, Ustav navodi kao nadležnost Ustavnog suda rešavanje „ustavnih sporova", pod čime on u stvari podrazumeva dve njegove nadležnosti – kontrolu ustavnosti normativnih akata i konfliktnu funkciju (rešavanje sukoba nadležnosti). Dakle, Ustavni sud BiH ima nadležnost kontrole ustavnosti normativnih akata u apstraktnom postupku koja, između ostalog, podrazumeva odlučivanje o tome da li je odluka nekog od entiteta da uspostavi posebne paralelne odnose sa nekom susednom državom u skladu sa Ustavom (uključujući odredbe koje se tiču suvereniteta i teritorijalne celovitosti Bosne i Hercegovine), kao i da li je bilo koja od odredbi ustava ili zakona nekog od dvaju entiteta u skladu sa Ustavom.

Krug ovlašćenih predlagača za pokretanje postupka apstraktne normativne kontrole relativno je širok. Predlog za pokretanje postupka mogu podneti član Predsedništva BiH, predsednik Saveta ministara BiH, predsednik ili potpredsednik bilo kojeg od dvaju domova Parlamentarne skupštine BiH, četvrtina članova bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH, ili pak četvrtina članova bilo kojeg doma predstavničkog organa nekog od entiteta. Dakle, i federalnim jedinicama je omogućeno da pokrenu postupak pred federalnim ustavnim sudom, što se, kao što je više puta naglašeno, smatra vrlo važnim elementom ustavnosudske kontrole u federacijama.

Pored toga, postoji i mogućnost kontole ustavnosti u konkretnom postupku. Naime, Ustavni sud je nadležan za pitanja koja mu „prosledi" bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u vezi sa tim da li je neki zakon, od čije pravosnažnosti zavisi odluka tog suda, u skladu sa Ustavom, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim Protokolima (ova konvencija i protokoli u BiH

15 Ustav Bosne i Hercegovine, član VI, odeljak 3.

imaju nadzakonsku pravnu snagu)[16], odnosno sa zakonima Bosne i Hercegovine.

Dalje, Ustavni sud ima isključivu nadležnost za rešavanje sporova o vertikalnoj i horizontalnoj podeli vlasti. Budući da se radi o složenoj državi, naročito je važna funkcija arbitriranja u federalnim sporovima, odnosno rešavanja međusobnih sporova između entiteta ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta. Osim toga, Ustavni sud je ovlašćen da rešava i sporove koji se pojave među ustanovama Bosne i Hercegovine.

No, osim ustavnosudske funkcije u užem smislu reči, Ustavnom sudu BiH su poverene i neke funkcije koje po pravilu pripadaju redovnim sudovima, čime Ustavni sud prelazi okvire osnovnih ciljeva postojanja ustavnog sudstva, svrstavajući se u red sudova opšte nadležnosti.[17] Naime, Ustavni sud ima apelacionu nadležnost nad pitanjima u vezi sa Ustavom povodom presude bilo kojeg drugog suda u Bosni i Hercegovini. Takođe, Ustavni sud odlučuje i o pitanjima u vezi sa „postojanjem ili opštim dosegom vladavine međunarodnog prava u vezi sa odlukom dotičnog suda". Ova nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine predstavlja najveće odstupanje od klasične ustavnosudske koncepcije karakteristične za evropske države i čini ovaj organ „sudom-svaštarom".

Konačno, Ustavni sud ima i jednu posebnu nadležnost u vezi sa „deblokadom" Parlamentarne skupštine BiH, značajnu za funkcionisanje složenog državnog uređenja. Naime, Ustav BiH poznaje specifičnu parlamentarnu proceduru nalik belgijskom „zvonu na uzbunu". Predlog odluke Parlamentarne skupštine može da se proglasi štetnim po vitalni interes bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda od strane većine bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih poslanika. Kada se to dogodi, predsednik Doma naroda odmah saziva zajedničku komisiju od tri poslanika, prema odabiru bošnjačkih, hrvatskih i srpskih poslanika, radi razrešenja tog pitanja. Ako komisija ne uspe da pronađe rešenje u roku od pet dana, slučaj se prosleđuje Ustavnom sudu koji u ubrzanom postupku ocenjuje njegovu „proceduralnu regularnost". Ni ova funkcija

16 Prava i slobode određeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim Protokolima neposredno se primenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prvenstvo pred svim drugim zakonodavstvom. Ustav Bosne i Hercegovine, član II, odeljak 2.

17 U tom smislu videti: R. Kuzmanović, *op. cit*., 228; Lj. Slavnić, *op. cit*., 91.

ne može se svrstati u tradicionalne nadležnosti ustavnog sudstva, ali njeno poveravanje Ustavnom sudu, za razliku od prethodne funkcije, ima logično opravdanje.

4. DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Kad je reč o dejstvu odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, one su, prema Ustavu, „konačne i opšteobavezujuće".[18] Odluke, dakle, deluju *erga omnes*, što je inače u skladu sa centralizovanim modelom ustavnosudske kontrole od strane specijalizovanog ustavnog suda. Svi ostali aspekti dejstva odluka Ustavnog suda uređeni su podzakonskim aktom – Pravilima postupka Ustavnog suda od 2005. godine.[19] Njima je utvrđeno da „Ustavni sud odlukom kojom usvaja zahtev odlučuje o njenom pravnom delovanju (*ex tunc, ex nunc*)", kao i da „Ustavni sud može u celosti ili delimično ukinuti opšti akt ili pojedine njegove odredbe".[20] Dakle, vremensko delovanje odluke zavisi od volje Ustavnog suda i može biti kako retroaktivno tako i prospektivno. Takođe, Ustavni sud u slučaju kada utvrdi nesaglasnost nekog normativnog akta sa Ustavom, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima ili zakonom može da predloži nadležnom organu da taj akt uskladi sa navedenim propisima i da odredi rok za usaglašavanje koji ne može biti duži od šest meseci.[21] Jasno je da su mogućnosti koje stoje na raspolaganju Ustavnom sudu u vezi sa dejstvom odluka veoma široke – on može da poništi neustavni propis ili da ga ukine, a može i da ga privremeno zadrži na snazi, obavezujući nadležni organ da otkloni njegovu neustavnost. U ovom poslednjem slučaju, Ustavni sud ne deluje samo kao „negativni", već i kao „pozitivni zakonodavac", aktivno učestvujući u zakonodavnom postupku. No, dekonstitucionalizacija važnih pravila funkcionisanja ustavnog sudstva predstavlja krupan nedostatak u sistemu sudske kontrole ustavnosti u Bosni i Hercegovini.

18 Ustav Bosne i Hercegovine, član VI, odeljak 4.

19 Uređivanje ovako važnih pitanja podzakonskim aktom koji je, pri tom, doneo sam Ustavni sud je veoma neuobičajeno rešenje.

20 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine od 2005. godine, član 63, stavovi 1 i 2.

21 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine od 2005. godine, član 63, stav 4.

5. USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE KAO „ČUVAR FEDERACIJE“

Jurisprudencija Ustavnog suda BiH u oblasti federalnih odnosa je prilično skromna, mada su najveće interesovanje javnosti izazvale njegove odluke u slučajevima o nazivima opština koje su u svom imenu sadržale pridev „srpski“ i o entitetskim obeležjima (grbu, zastavi i himni).

Ustavni sud je utvrdio 26. marta 2004. da deo člana 11 Zakona o teritorijalnoj organizaciji i lokalnoj samoupravi i čl. 1 i 2 Zakona o Gradu Srpsko Sarajevo, u odnosu na nazive: Grad Srpsko Sarajevo, Srpski Drvar, Srpski Sanski Most, Srpski Mostar, Srpsko Goražde, Srbinje, Srpski Ključ, Srpska Kostajnica, Srpski Brod, Srpska Ilidža, Srpsko Novo Sarajevo, Srpski Stari Grad i Srpsko Orašje, nisu u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine i to sa članom 2, stav 4 koji govori o zabrani diskriminacije „na bilo kojoj osnovi poput pola, rase, boje kože, jezika, vere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja ili drugog statusa“. Ustavni sud je naložio Narodnoj skupštini Republike Srpske da najkasnije u roku od tri meseca od dana objavljivanja ove odluke u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ neustavne propise uskladi sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

S druge strane, 31. marta 2006. godine utvrđeno je da čl. 1 i 2 Zakona o grbu i zastavi Federacije Bosne i Hercegovine i čl. 2 i 3 Ustavnog zakona o zastavi, grbu i himni Republike Srpske nisu u skladu sa članom 2, stav 4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa čl. 1.1 i 2.a i c Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz Aneksa I na Ustav Bosne i Hercegovine. Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine i Narodnoj skupštini Republike Srpske je naloženo da u roku od šest meseci od dana objave odluke u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ usaglasi navedene odredbe sa Ustavom Bosne i Hercegovine. Takođe je utvrđeno da član 2 Zakona o upotrebi zastave, grba i himne, u delu u kojem je propisano da se zastavom, grbom i himnom Republike Srpske „predstavlja državnost Republike Srpske“, nije u skladu sa članom 1 (stavovi 1 i 2) Ustava Bosne i Hercegovine i da član 3 Zakona o upotrebi zastave, grba i himne, u delu u kojem je propisano da se simboli Republike Srpske upotrebljavaju „u skladu sa moralnim normama srpskog naroda“ nisu u skladu sa članom 2, stav

4. Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa čl. 1.1 i 2a i c Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz Aneksa I na Ustav Bosne i Hercegovine, te ih je Ustavni sud u tom delu i ukinuo. Ukinute odredbe prestale su da važe narednog dana od dana objavljivanja odluke u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine". U obrazloženju Sud je naveo da smatra da je legitimno konstitutivno pravo bošnjačkog i hrvatskog naroda u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno srpskog naroda u Republici Srpskoj, ali da se mora dati jednako pravo srpskom narodu u Federaciji BiH, odnosno bošnjačkom i hrvatskom narodu u Republici Srpskoj. Na ovaj način Ustavni sud je želeo da potvrdi konstitutivnost sva tri naroda na celokupnoj teritioriji Bosne i Hercegovine.

Konačno, javno mnjenje je uzburkala i jedna od poslednjih odluka Ustavnog suda BiH o neustavnosti Dana Republike Srpske, donesena krajem 2015. Navedeno je da Ustavni sud BiH nije osporio pravo Republike Srpske da slavi Dan Republike, ali da to ne može da bude 9. januar, jer je tog dana hrišćenski praznik Sveti Stefan. Sud je ocenio da „taj datum nije prihvatljiv za sve građane Republike Srpske, odnosno da ga svi građani ne doživljavaju kao Dan Republike". Ovakva odluka doneta je preglasavanjem. Za odluku su glasali troje sudija koji su stranci i dvoje bošnjačkih sudija, dok su troje sudija, dvoje Srba i jedan Hrvat, bili protiv odluke. Drugi sudija Hrvat zbog bolesti nije bio prisutan prilikom glasanja. Prema odluci Suda BiH, Narodna skupština RS treba da u roku od šest meseci usaglasi sporni član Zakona o praznicima RS sa Ustavom BiH. Ustavni sud BiH je naglasio da se ovom odlukom „ni na koji način ne dovodi u pitanje pravo građana BiH pravoslavne veroispovesti, kao ni slično pravo građana bilo koje druge verske zajednice u Bosni i Hercegovini, da slobodno na tradicionalan, odnosno drugi prigodan način obeležavaju svoje praznike, uključujući i slavu Svetog Stefana". U opštoj i stručnoj javnosti Republike Srpske ova odluka je primljena s negodovanjem. Navedeno je da su razlozi njenog donošenja isključivo političke, a ne pravne prirode, kao i da se preglasavanjem i majorizacijom pokušava narušiti ustavnopravni status RS zagarantovan Dejtonskim mirovnim sporazumom.[22]

Kao što je navedeno, Bosna i Hercegovina je prema Dejtonskom sporazumu pretežno federalna država, iako se iz ustavnih odredbi

22 Opširnije o ovome: R. Marković, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd 2017, 158–168.

može videti da ima mnoštvo konfederalnih elemenata. No, u praksi stvari funkcionišu potpuno drugačije. Visoki predstavnik međunarodne zajednice, koji ima velika ovlašćenja, nesumnjivo je dominantna politička figura u sistemu,[23] a to znači da u Bosni i Hercegovini nema demokratije, pa je samim tim i federalizam gotovo nemoguć. Pri tom, država nema svoju vojsku, već su u njoj stacionirane strane vojne trupe, pa je najtačnije zaključiti da se radi o modernom obliku protektorata ili o vazalnoj državi XXI veka.

Uz to, suština federalnog uređenja je, smatra se, očuvanje jedinstva uz poštovanje različitosti, tako da sve društvene grupe budu zadovoljne. U Bosni i Hercegovini, međutim, nijedna od triju konstitutivnih nacija nije zadovoljna postojećim stanjem i poretkom. S jedne strane, muslimani (Bošnjaci) teže centralizaciji i unitarizaciji federacije, s druge, Srbi žele veću decentralizaciju i ugradnju dodatnih konfederalnih institucija u postojeći federalno-konfederalni sistem, dok se, s treće strane, Hrvati zalažu za formiranje treće federalne jedinice u kojoj bi taj narod činio većinu stanovništva. Jasno je, dakle, da će Bosna i Hercegovina u sadašnjem obliku opstati samo dok je međunarodna zajednica bude održavala, što se uostalom jasno ispoljilo i prilikom svih dosadašnjih pregovora o ustavnim reformama.

6. USTAVNO SUDSTVO U ENTITETIMA

Pored Ustavnog suda BiH, postoji i ustavno sudstvo dvaju entiteta – Federacije BiH i Republike Srpske. Naročito je interesantno ustavno sudstvo Federacije BiH, pošto se radi o entitetu koji je po svom unutrašnjem uređenju takođe federacija[24], koja ima dva konstitutivna naroda (Bošnjaci i Hrvati) i deset teritorijalnih jedinica (kantona). U Federaciji BiH postoji samo jedan ustavni sud, dok kantoni nemaju sopstveno ustavno sudstvo (austrijski model).

23 On je do sada svojim odlukama menjao i dopunjavao Ustav Republike Srpske i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, donosio, menjao, dopunjavao i ukidao zakone, donosio budžet i statute gradova i opština, izricao presude, zabranjivao politički rad izabranim narodnim predstavnicima i državnim službenicima, smenjivao političke funkcionere u opštinskim, gradskim, republičkim, federalnim i zajedničkim organima vlasti itd.

24 „Jedna od te dve federacije mora biti lažna, jer ne može federalna država biti na dva mesta suverena." R. Marković (2017), *op. cit.*, 154.

Ustavni sud Federacije BiH je prvenstveno konfliktni sud. Njegova je „glavna nadležnost", kako kaže Ustav Federacije BiH, da rešava sporove: između federacije i kantona, između kantona međusobno, između kantona i opština, između federacije i opština, kao i između „ustanova federalne vlasti ili pak unutar pojedine ustanove federalne vlasti".[25] Tek nakon toga, dakle kao sekundarnu nadležnost, Ustav navodi funkciju kontole ustavnosti normativnih akata. Akti koji podležu kontroli Ustavnog suda su: 1) predlog zakona Federacije (usvojen u jednom ili oba doma); 2) predlog zakona ili zakon kantona, uključujući kantonalni ustav i njegove eventualne amandmane; 3) predloženi ili usvojeni propis koji je donelo neko „telo federalne vlasti"; 4) predloženi ili usvojeni propis koji je donelo neko „telo opštinske ili kantonalne vlasti".

Dakle, kontroli ustavnosti podleže širok krug akata, uključujući i ustave i zakone federalnih jedinica, kao i podzakonske akte federacije, federalnih jedinica i lokalne samouprave. Ipak, primetno je da je zaštita ustavnosti federalnih zakona najslabije obezbeđena, jer je predviđena samo prethodna kontrola njihove ustavnosti, s obzirom na to da Ustav govori o ispitivanju ustavnosti predloga zakona. Oni su, stoga, podložni kontroli samo dok ne stupe na snagu, dok su nakon toga izvan domašaja ustavnosudske kontrole. To je veliki nedostatak ustavnosudske zaštite u Federaciji BiH. Doduše, pitanje je može li se ustavnost zakona kontrolisati na osnovu člana 10, stava 3 Ustava koji govori o „propisu" koji je donelo neko „telo federalne vlasti", ali se čini da je ustavotvorac na tom mestu imao u vidu podzakonske propise. Drugi nedostatak je taj što Ustavni sud ispituje saglasnost propisa sa Ustavom, ali ne i sa zakonima Federacije, pa se mogu javiti problemi ukoliko je kantonalni ustav ili zakon u suprotnosti sa zakonom Federacije BiH. Treća zamerka može se staviti na odredbe o krugu ovlašćenih predlagača. Naime, protiv federalnih pravnih akata postupak mogu pokrenuti samo federalni organi, dok protiv kantonalnih i opštinskih pravnih akata postupak mogu pokrenuti samo kantonalni organi.[26] Drugim rečima, niti fe-

25 Ustav Federacije BiH od 1994. godine, glava IV, odeljak C, član 10.

26 Kontrolu ustavnosti predloga federalnog zakona mogu zahtevati predsednik Federacije, dopredsednik Federacije, premijer, zamenik premijera i jedna trećina članova bilo kojeg od domova Parlamenta Federacije, a kontrolu ustavnosti podzakonskih propisa Federacije mogu zahtevati ti isti organi izuzev članova Parlamenta. Ustavnost kantonalnog zakona se ispituje na zahtev kantonalnog premijera, zamenika premijera, kantonalnog predsednika ili jedne trećine po-

deralni organ može osporiti kantonalni propis, niti kantonalni organ može zahtevati kontrolu ustavnosti saveznog propisa, što je takođe krupan nedostatak ustavnosudske kontrole u Federaciji BiH. Vrlo je važno za održavanje ravnoteže u federaciji, smatraju teoretičari federalizma, da federacija ima ovlašćenje da pokrene postupak za ocenu ustavnosti akta federalne jedinice (naročito njenog ustava), kao i da federalna jedinica ima pravo da osporava ustavnost federalnih akata. To je gotovo neophodno da bi se sprečilo zadiranje jednog nivoa vlasti u isključive nadležosti drugog. No, ovaj nedostatak je donekle ublažen mogućnošću da Vrhovni sud Federacije, Sud za ljudska prava ili neki kantonalni sud „predoči" Ustavnom sudu određeno ustavno pitanje koje se javi tokom konkretnog sudskog postupka.[27]

Ustavni sud sastoji se od devet sudija, a za izbor je neophodno da to budu „istaknuti pravnici najviših moralnih kvaliteta". Ovi uslovi su potpuno neodređeni, jer izrazi „istaknuti pravnik" i „najviši moralni kvaliteti" imaju bezbroj mogućih tumačenja. Sudije imenuje predsednik Federacije uz saglasnost dopredsednika Federacije i uz potvrdu većine poslanika u Domu naroda. Oni obavljaju dužnost sve dok ne navrše 70 godina starosti, osim ako pre toga ne daju ostavku ili ne budu s razlogom smenjeni konsenzusom ostalih sudija.[28]

Republika Srpska je entitet sa unitarnim unutrašnjim uređenjem. Njen Ustav od 1992. godine ustanovio je Ustavni sud, koji sačinjava predsednik i osam sudija izabranih od strane Narodne skupštine Republike Srpske na predlog predsednika Republike.[29] Sudiji prestaje funkcija kad navrši 70 godina života. Ustavni sud Republike Srpske ima nadležnosti koje su uobičajene za ustavnosudske organe u jednostavnim državama: kontroliše ustavnost i zakonitost normativnih akata, rešava sukobe nadležnosti između državnih organa i odlučuje o pitanjima imuniteta. Ustavno sudstvo u Republici Srpskoj uspostavljeno je po ugledu na ustavno sudstvo u Republici Srbiji prema Ustavu od 1990. godine.

slanika u zakonodavnom telu dotičnog kantona, a ustavnost kantonalnog ili opštinskog podzakonskog propisa ispituje na zahtev kantonalnog premijera, zamenika premijera ili kantonalnog predsednika. Ustav Federacije BiH, glava IV, odeljak C, član 10, stav 2.

27 Ustav Federacije BiH, glava IV, odeljak C, član 10, stav 3.

28 Pogledati: Ustav Federacije BiH, glava IV, odeljak C, članovi 5 i 6.

29 Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05 i 48/11, članovi 115–120.

7. UMESTO ZAKLJUČKA

Objektivno posmatrano, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ima veoma nezahvalnu ulogu u ustavnom sistemu BiH. On je zamišljen prevashodno kao specijalizovani organ za kontrolu ustavnosti, zaštitnik ustava i „čuvar federalizma", kako je još Hans Kelzen opisivao ulogu ustavnog suda u složenim državama. Ali, problem Ustavnog suda Bosne i Hercegovine jeste u tome što Ustav BiH nije potpun, celovit ustav (a donesen je, pri tom, u formi međunarodnog ugovora), a ni sama Bosna i Hercegovina nije federacija, već poseduje gotovo jednak broj osobina teorijskih modela federacije i konfederacije. Kada se tome dodaju konstantno neslaganje konstitutivnih naroda o uređenju Bosne i Hercegovine, kako sadašnjem tako i budućem, činjenica da je Bosna i Hercegovina i suštinski nesamostalna u međunarodnoj zajednici, nemogućnost postizanja saglasnosti o vitalnim državnim pitanjima u okviru najviših političkih organa, jasno je da se od Ustavnog suda BiH i nisu mogli očekivati značajniji rezultati. On se, jednostavno, u potpunosti uklopio u izuzetno loše funkcionisanje svih ustavnih činilaca Bosne i Hercegovine.

Kada je reč o ustavnom sudstvu u entitetima, slabosti su evidentne u Federaciji BiH, kako u pogledu sastava Ustavnog suda, tako i u pogledu njegovih nadležnosti. To je veliki problem kada se ima u vidu da je taj entitet federalno uređen. U Republici Srpskoj, koja ima unitarno unutrašnje uređenje, ustavno sudstvo nema tako veliki značaj kao u složenim državama, iako poseduje veoma solidne ustavnopravne osnove.

Marko Stanković, PhD
Associate Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

BOSNIA AND HERZEGOVINA AND CONSTITUTIONAL REVIEW

Summary

Dayton Bosnia and Herzegovina is in many ways an original creation. Its greatest peculiarity is that the current Constitution of 1995 was passed in the form of an international treaty (or more precisely, an annex to the Dayton Peace Agreement), and thus its entities, Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina, gained international recognition. In addition, almost all of the highest common bodies of Bosnia and Herzegovina have provided participation of all constituent peoples (Serbs, Muslims – Bosniaks and Croats), which is typical for a theoretical model of a confederation. The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina was conceived as a body that is supposed to protect the principle of constitutionality and specific federal–confederal arrangement, but also to perform some other, very diverse functions. This paper analyzes the composition and powers of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and its position in the constitutional system.

Key words: *Bosnia and Herzegovina. – The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. – Constitutional jurisprudence. – Republic of Srpska. – Federation of Bosnia and Herzegovina.*

UDK 347.447.6

*Dražen Štrbac, master prava**

IUS RETENTIONIS U PRAVNOJ NAUCI I SUDSKOJ PRAKSI

Ius retentionis, prema važećem ZOO je koncipiran kao institut koji ima dvostruku funkciju, kao sredstvo prinude na dužnika da blagovremeno izmiri svoju obavezu i kao sredstvo namirenja, ukoliko dužnik ne želi ili ne može da izmiri svoju obavezu. Međutim, posle skoro pet decenija primene, postoje otvorena pitanja koja stvaraju nedoumice, kako u pravnoj teoriji tako i u sudskoj praksi, kao što su, pravna priroda retencije, predmet retencije, potraživanje obezbeđeno retencijom. Upravo ova sporna pitanja su predmet autorovog interesovanja u ovom članku.

Ključne reči: *Predmet retencije. – Potraživanje obezbeđeno retencijom. – Dva ovlašćenja. – Pravna priroda retencije.*

1. UVOD

Pravo zadržavanja je neposredno na osnovu zakona dato ovlašćenje poveriocu da zadrži dužnikovu stvar, koja se nalazi u njegovoj neposrednoj državini, radi obezbeđenja svog dospelog potraživanja kao i ovlašćenje da se naplati iz njene vrednosti na isti način kao i založni poverilac uz uslov da je zadržana stvar pokretna.[1]

Pored ovog naziva, koji je i zakonodavac upotrebio prilikom normiranja instituta prava zadržavanja,[2] u literaturi se sreću i ovi

* Autor je diplomirao na master akademskim studijama prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *strbaczd@eunet.rs*.

1 Upor. D. Hiber, M. Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 159. Vid i čl. 522 (1) Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije (dalje: Nacrt Zakonika o svojini), *http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf*.

2 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ,* br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, glava III, odeljak 1, odsek 3.

nazivi: „*ius retentionis*“, „pravo pridržaja“, „pravo retencije“, „pravo zadržanja“.[3]

Izraz *ius retentionis*, odnosno *ius retinendi*, vodi poreklo od „*rem tenere*“ što znači potreba da se drži stvar, dok se u rimskim tekstovima obeležava sledećim izrazima: *retinere*, *retentio*, *doli mali exceptio*, *deductio*.[4]

Imajući u vidu način kako je ovaj institut uređen u našem važećem Zakonu, odnosno ovlašćenja koja poverilac crpi u primeni ovog instituta, možemo primetiti da navedeni naziv ne definiše precizno sadržaj samog instituta jer poveriocu na raspolaganju stoji, ne samo pravo da „zadrži“ predmet na kom vrši pravo zadržavanja, već i da se „naplati“ iz vrednosti zadržane stvari.

2. PRAVNA PRIRODA PRAVA ZADRŽAVANJA

2.1. Stvarno ili obligaciono pravo

Pravo zadržavanja, s obzirom da sadrži elemente svojstvene institutu stvarnog ali i obligacionog prava, svrstavaju u tzv. „granične“ institute. Različita shvatanja među pravnim teoritičarima, kad je reč o pravnoj prirodi prava zadržavanja, za posledicu imaju dijametralno suprotne stavove .

Kod određenog broja autora nailazimo na stav da je pravo zadržavanja obligaciono pravo.[5]

Živković vidi kao najozbiljnije odstupanje od stvarnopravne prirode retencije u nedostatku prava sledovanja, što je svojstveno založnom, stvarnom pravu.[6]

Kao bitan kriterijum razlikovanja između stvarnog i obligacionog prava ističe se apsolutnost stvarnog prava sa svojim dejstvom *erga*

3 O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd 1999, 260–261.

4 R. Lorenc, „Pravo zadržavanja u rimskom pravu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 8/1965, 2.

5 S. J. Paunović, „Pravo zadržavanja (Retencije)“, *Branič*, 3–4/2008, 92; V. Spaić, *Građansko pravo, Opšti dio i stvarno pravo,* Sarajevo 1971, 683. Prof. Spaić naglašava da pravo retencije prestaje čim stvar izađe iz držaočeve retencije; D. D. Stojanović, *Stvarno pravo,* Službeni list SFRJ, Beograd 1983, 257.

6 D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 162. Ali bez obzira na izneseno, prof. Živković zauzima stav da je pravo zadržavanja, po svojim bitnim karakteristikama, stvarno pravo i to podvrsta zaloge, slična ručnoj zalozi.

omnes, za razliku od obligacionog, koji deluje između stranaka (*inter partes*). Upravo ističući ovu karakteristiku, Vizner smatra da je pravo zadržavanja, s obzirom na pravne učinke, a posebno na činjenicu da poveriocu-retinentu pripada pravo da odbije predaju zadržane stvari kako dužniku i njegovim poveriocima tako i samom vlasniku stvari (dakle, reč je o dejstvu *erga omnes*) navodi na zaključak da je pravo zadržavanja stvarno pravo, ili još preciznije, stvarno pravo na tuđoj stvari.[7] O dejstvu retencije *erga omnes* govori Stojanović i ističe da retinentovo pravo neće prestati ni u slučaju kada su pravnim poslom, u korist trećih lica, zasnovana stvarna prava na stvari koju on zadržava, i da prigovorom može uspešno odbiti zahtev za predaju stvari i novom vlasniku, plodouživaocu kao i založnom poveriocu dužnika.[8] S druge strane, i pojedina čisto obligaciona prava kao što su pravo zakupa, pravo prekupa, pravo otkupa, upisana u zemljišne knjige deluju, prema načelu stvarnosti, *erga omnes*.[9]

Na ovom mestu, treba se podsetiti, da za stvarno pravo, u našem pravnom sistemu, važi pravilo *numerus clausus* (zatvoren krug) stvarnih prava, odnosno da je broj stvarnih prava određen propisom. Temeljni propis[10] koji kod nas utvrđuje oblike stvarnih prava ne predviđa pravo zadržavanja kao stvarno pravo.

U prilog stvarnopravnog karaktera prava zadržavanja ide i činjenica da kod retencije važe određena načela karakteristična za stvarno, tačnije založno pravo. Kao prvo, pravo zadržavanja je akcesorno pravo, što znači da je nastanak, trajanje i prestanak ovog prava uslovljeno postojanjem odgovarajućeg potraživanja. Drugo, i načelo nedeljivosti je karakteristično za dejstvo retencije jer retinent zadržava stvar „dok mu ne bude isplaćeno potraživanje", dakle vrši retenciju u nesmanjenom obimu do potpunog namirenja potraživanja.[11]

7 B. Vizner, „Primjedbe na članak Mr Jovana Gucunje o uslovima za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim osnosima", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 1/1980, 33; Slično Vizneru i D. Medić, *Pravo obezbjeđenja potraživanja,* Panevropski Univerzitet Aperion, Banja Luka 2013, 177.

8 S. Perović, D. Stojanović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima,* Knjiga I, Gornji Milanovac– Kragujevac 1980, 813 (komentar uz čl. 287).

9 M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 1996, 231.

10 Čl. 6 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa – ZOSPO, *Službeni list SFRJ*, br. 6/1980 i 36/1990, *Službeni list SRJ,* br. 29/1996 i *Službeni glasnik,* br. 115/2005 – dr. Zakon.

11 R. Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd 1966, 134–135.

U odgovoru na pitanje „šta se smatra pod drugim razlučnim pravima u smislu odredbe člana 117 stav 1 Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji", Sud je jasno izrazio stav o stvarnopravnoj prirodi prava zadržavanja: „Pod drugim razlučnim pravima podrazumevaju se stvarna prava stečena poslednjih 60 dana pre otvaranja stečaja radi namirenja potraživanja razlučnih poverilaca. To su stvarna prava predviđena ugovorom, zasnovana na zakonu ili pak stečena na osnovu izvršnog naslova, kao: (...) pravo na zadržavanje (retenciju), odnosno pravo uskraćivanja predaje pokretne stvari dužnikove dok dužnik ne bude izmirio svoje potraživanje (sic), itd."[12] U jednoj drugoj sudskoj odluci, vezano za otvaranje stečajnog postupka, sud zauzima stav da se pravo zadržavanja „izjednačava u svemu sa pravom zalogepoverilac stiče razlučno pravo".[13]

Komentarišući pravnu prirodu prava zadržavanja, po propisima koji su važili za period pre stupanja na snagu važećeg ZOO, Lorenc navodi da je pravo zadržavanja, u tadašnjem građanskom pravu, bilo pretežno jedno obligaciono pravo, dok je retencija uređena odredbama Zakona o menici, više stvarno pravo i naglašava da je to „zbog onog tako snažnog dejstva zbog koga je (*sic*) retinent u mogućnosti da se naplati iz zadržane stvari pre drugih dužnikovih poverilaca".[14] Smatramo da je upravo ovo argument više, pored ranije iznesenih stavova o stvarnopravnoj prirodi potraživanja, za približavanje instituta retencije stvarnom pravu, imajući u vidu činjenicu da je zakonodavac, važećim ZOO, omogućio poveriocu-retinentu da se naplati kao založni poverilac, s pravom prvenstvene naplate iz vrednosti zadržanog predmeta.[15]

---

12 Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda u Beogradu od 24. 12. 1993. godine, objavljeno u bazi *Intermex*. Spomenuti član 117 st. 1 glasi: „Otvaranje stečajnog postupka ne utiče na prava odvojenog namirenja iz određenih stvari, odnosno iz imovine dužnika (založno pravo, pravo namirenja, pravo retencije i druga razlučna prava), kao i na prava izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku (izlučna prava)", Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, *Sl. list SFRJ,* br. 84/89 i *Sl. list SRJ,* br. 37/93 i 28/96.

13 Odluka Saveznog suda Gzs-53/75, Bilten sudske prakse, mart-april, 1976, str. 3, odl. br. 13; nav. prema: J. Gucunja, „Pravna dejstva prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 11/1979, 23.

14 R. Lorenc (1966), *op. cit*., 131.

15 Čl. 289 ZOO i čl. 984 ZOO.

2.2. Sličnosti i razlike prava zadržavanja i založnog prava

Komparativna analiza instituta retencije i založnog prava ukazuje da između ovih instituta postoje brojne sličnosti koje ih u znatnoj meri sadržajno približavaju. Pored načela akcesornosti i načela nedeljivosti, o kojima je bilo reči u prethodnom delu, za oba instituta je karakteristično i načelo oficijalnosti, odnosno obaveze retinenta i zalogoprimca da svoje dospelo, neizmireno potraživanje realizuju putem suda.[16] Ovde treba naglasiti postojanje odstupanja odnosno izuzetka od načela oficijalnosti, u slučaju kada je potraživanje nastalo iz ugovora u privredi, koje omogućava namirenje dospelog potraživanja prodajom zadržane odnosno založene stvari bez obaveze obraćanja sudu.[17] Načelo prioriteta, odnosno prava na prvenstveno, prioritetno namirenje potraživanja iz vrednosti zadržane stvari po principu prior tempore potior iure je zajedničko za oba instituta.[18] Takođe, i načelo specijalnosti (određenosti)[19] i načelo publiciteta (javnosti)[20] su zajednički za oba instituta. Za oba instituta zajednička su dva ovlašćenja koja poveriocu stoje na raspolaganju i to, prvo, pravo poverioca da zadrži dužnikovu stvar, pod uslovima propisanim zakonom, do izmirenja dugovane obaveze, i drugo, ovlašćenje da se namiri iz vrednosti zadržane stvari ako dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti.[21] Primenom oba instituta, može se realizovati i zastarelo potraživanje, pod određenim uslovima.[22]

S druge strane, između dva instituta postoje i brojne razlike. *Prvo,* založno pravo je snabdeveno pravom sledovanja, za razliku od prava zadržavanja gde se gubitkom neposredne državine na stvari retencija gasi. *Drugo*, pravo zadržavanja nastaje na osnovu zakona (postoji mogućnost i ugovorne retencije) a založno pravo je, u principu, zasnovano na ugovoru (ali postoji mogućnost zasnivanja založnog prava ipso iure). *Treće*, za postojanje prava zadržavanja potrebna je neposredna

16 Čl. 980 ZOO.

17 Čl. 981 ZOO.

18 D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 108 i dalje.

19 *Ibid*., 117–118.

20 *Ibid*., 120.

21 O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 260. Profesor Orlić smatra da upravo zbog ovih obeležja dva instituta imaju mnogo sličnosti.

22 O zastarelosti potraživanja će biti detaljnije razmatrano u delu koji se bavi potraživanjem poverioca.

državina stvari koja je predmet retencije, za razliku od založnog prava gde založni poverilac ne mora uvek imati detenciju stvari. *Četvrto*, za razliku od prava zaloge, kod prava zadržavanja je predviđena zakonska obaveza vraćanja stvari ako dužnik pruži odgovarajuće obezbeđenje. *Peto*, uslov za zasnivanje prava zadržavanja je postojanje dospelog potraživanja, s izuzetkom u slučaju insolventnosti dužnika kada pravo zadržavanja može da se vrši i pre dospelosti, za razliku od založnog prava koje se može ustanoviti i za buduće i uslovno potraživanje, svakako i nedospelo. *Šesto*, založno pravo se može prenositi na drugog, dok je pravo zadržavanja neprenosivo. *Sedmo*, stvar koja je predmet prava zadržavanja mora biti u svojini dužnika, dok kod založnog prava kao zalogodavac se može pojaviti i neko treći.

2.2.1. Pravo zadržavanja i zakonsko založno pravo

Stavovi koji slede su primer različitih i suprostavljenih mišljenja pravnih teoretičara, po pitanju razlikovanja, primene, pa i same pravne prirode ova dva instituta. Tako, u jednom, Spaić iznosi stav: „Od zakonskog založnog prava treba razlikovati pravo retencije ili zadržavanja, na osnovu kojeg povjerilac može zadržati dužnikovu stvar koja se nalazi kod njega radi obezbjeđenja svoga potraživanja."[23] U drugom, kod Stojanovića, srećemo suprotan stav: „Kao zakonsko založno pravo u doktrini se tretira i pravo zadržavanja (vidi čl. 286 ZOO), kao i pravo zadržavanja ugostiteljskih organizacija udruženog rada na stvarima koje su gosti doneli za naplatu troškova smeštaja i ostalih usluga (vidi čl. 728 ZOO)."[24] Tanka linija razgraničenja između dva instituta vidljiva je iz sledećeg stava Lorenca: „(...) ne radi se o pravoj retenciji onda kada je ona samo posledica nekog šireg prava, na primer (*sic*) prava zaloge u kome se *ius retentionis* sadrži, jer svako založno pravo, po pravilu, implicira u sebi i mogućnost i ovlašćenje da se zadrži stvar, ali ne i obratno, retencija ne sadrži u sebi založno pravo, zato zadržavanje životinje u šteti (§ 817 SGZ) nije *ius retentionis*, nego zakonsko založno pravo u kome je *ius retentionis* sadržano (...)."[25]

---

23 V. Spaić, *op. cit*., 683.

24 S. Perović, D. Stojanović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga druga, Gornji Milanovac-Kragujevac 1980b, 942 (komentar uz čl. 966).

25 R. Lorenc (1966), *op. cit*., 24; Slično i B. Vizner (1969), *op. cit*., 628–629. Suprotno, A. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Naučna knjiga, Beograd 1961, 161. Gams, komentarišući isti član kao i Lorenc, kritikuje stav predratnih pisaca

I prilikom razmatranja sredstava obezbeđenja potraživanja, koja stoje na raspolaganju poveriocu kod pojedinih imenovanih ugovora iz ZOO, postoji, u stručnoj javnosti, dilema u primeni ova dva navedena instituta. Sledeći stav iznosi Stojanović: „Tako, komisionar ima pravo retencije na robu koja mu je data u komision za svoja potraživanja; vozar za potraživanja iz ugovora o prevozu; javno skladište za uskladištene stvari za svoje troškove, itd."[26] Bikić govori o pravu zadržavanja kod ugovora o delu, ugovora o trgovinskom zastupanju, ugovora o nalogu, itd.[27] Suprotan stav, s naglaskom na postojanje koneksiteta kao kriterijuma za primenu ovih instituta iznosi Strezovski: „Postojanje koneksiteta po ZOO zahteva se samo za ostvarivanje založnog prava, a tamo gde ne postoji koneksitet može se ostvarivati pravo zadržavanja. Tako, primera radi, navedimo da komisionar stiče založno pravo u koneksnom poslu nad stvarima komitenta (čl. 628)[28], kod ugovora o delu poslenik nad stvarima naručioca (čl. 628), kod ugovora o prevozu prevoznik nad stvarima predatim na prevoz (čl. 679), i dalje skladištar (čl. 736, st. 2), nalogoprimac (čl. 763), zastupnik (čl. 809) itd."[29]

Na primeru ugovora o delu, kao jednom od spomenutih imenovanih ugovora, uporedićemo mišljenja uvaženih pravnika i analizirati primere iz aktuelne sudske prakse vezano za navedene institute. Lorenc, kad govori o karakteristikama prava zadržavanja, smatra: „*Ius retentionis* je, pre svega, jedno nedeljivo pravo, što znači da ako poverilac, na primer (*sic*) poslenik, zadrži na osnovu prava retencije samo deo materijala koji je dobio od naručitelja (...)", iz čega jasno proizi-

koji su smatrali da je reč o zakonskoj zalozi i zauzima stav: „Ustvari, ovo je jedan slučaj prava zadržavanja."

26 D. Stojanović (1983), *op. cit*., 257. Sličan stav, V. Spaić, *op. cit*., 683. Profesor Spaić proširuje primenu retencije i na špeditera u pogledu robe koja mu je data na otpremu. Reč je o komentarima pojedinih ugovora pre donošenja ZOO.

27 A. Bikić, *Obligaciono pravo*, opći dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 160.

28 Napomena: ovde je pogrešno citiran član. Trebalo bi da stoji čl. 786 ZOO.

29 S. Strezovski, u B. Blagojević, V. Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Beograd 1980, 727 (komentar uz čl. 286); D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 59–60. Profesor Živković navodi da zakonsko založno pravo kod ovih imenovanih ugovora ZOO imaju: poslenik, prevozilac, skladištar, nalogoprimac, komisionar, trgovinski zastupnik, otpremnik i vršilac kontrole. Ali na istom mestu iznosi stav da je kod ugovora o delu reč o retenciji a ne zakonskom založnom pravu.

lazi da poslenik iz ugovora o delu ima retenciju na zadržanoj stvari.[30] Živković kada govori o pravu poslenika iz čl. 628 ZOO zauzima stav: „(...) iako zakon koristi termin „pravo zaloge", zapravo je reč o retenciji jer se traži isključivo neposredna državina (...)."[31]

Perović zauzima suprotan stav, naglašavajući važnost neposredne državine, iako ona nije karakteristika stvarnih prava koja su snabdevena pravom sledovanja: „(...) ovde je predviđeno zakonsko pravo zaloge na određenim stvarima i radi obezbeđenja određenih potraživanja. Naime, ukoliko je poslenik izradio ili popravio neku stvar za naručioca ili mu je ovaj predao neke predmete u vezi sa naručenim delom, poslenik ima pravo zaloge na tim stvarima sve dok su one u njegovoj državini, odnosno sve dok prestane da ih dragovoljno drži."[32]

Primeri iz sudske prakse ukazuju na različit pristup u primeni prava retencije i zakonskog založnog prava. Dva naredne sudske presude su specifične po tome što je kod obe reč o ugovoru o delu, istom predmetu ugovora (servisiranje motornog vozila), istom predmetu zadržavanja (vozilo), a različitom tumačenju u primeni instituta koji poveriocu stoje na raspolaganju. U prvoj: „Prema utvrđenim činjenicama, tuženi je zadržao predmetno vozilo do momenta isplate cene za izvršenu uslugu servisiranja. Shodno čl. 286 Zakona o obligacionim odnosima, poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo da je zadrži dok mu ne bude isplaćeno potraživanje (...)." [33] U drugoj: „(...) je utvrđeno da su stranke zaključile ugovor o delu. Tužioci su izvršili popravku vozila i ispostavili tuženom račune. Dug po računima tuženi nije platio, pa su tužioci zadržali vozilo. (...) U smislu člana 628 Zakona o obligacionim odnosima radi obezbeđenja naplate potraživanja naknade za utrošeni materijal, kao

30 R. Lorenc (1966), *op. cit*., 135; O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 266. Orlić kada govori o pravu retencije, kao sredstvu odbrane, navodi sledeći primer: „(...) ako sopstvenik automobila nije platio jednu raniju opravku automobila, automehaničar ima pravo da automobil prilikom nove opravke zadrži i da odbije zahtev za povraćaj automobila sve dok sopstvenik ne plati raniji dug."

31 D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 171.

32 S. Perović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga druga, Beograd 1995, 1105–1106 (komentar uz čl. 628). Z. Biro, u B. Blagojević, V. Krulj (ur.), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga druga, Beograd 1980, 98–99 (komentar uz čl. 628).

33 Presuda Privrednog apelacionog suda Pž 5127/2013 od 2. 4. 2014. godine, dostupne u bazi *Paragraf Lex.*

i ostalih potraživanja po osnovu ugovora o delu, poslenik ima pravo zaloge na stvarima koje je napravio ili opravio, kao i na ostalim predmetima koje mu je predao naručilac u vezi sa njegovim radom."[34]

Značaj razlikovanja ova dva instituta, bez obzira na brojne sličnosti, dolazi do izražaja u praktičnoj primeni, jer između dva instituta postoji i jedna bitna razlika. Reč je o pravu sledovanja, karakterističnog za založno pravo, koje omogućava založnom poveriocu podnošenje tužbe[35] protiv svakog lica kod koga se nalazi stvar koja je izašla iz poveriočeve državine, za razliku od retinenta koji bi gubitkom državine na dužnikovoj stvari, izgubio i pravo zadržavanja.[36] Na ovaj način bi dva poverioca iz identične pravne situacije, s obzirom na kontradiktorne sudske odluke, imali različit status po pitanju prava koje crpe iz navedenog pravnog odnosa. U ovakvim situacijama bilo bi celishodno da se obezbedi jedinstvena sudska primena prava.

3. DVA OVLAŠĆENJA

3.1. Ovlašćenja retinenta pre donošenja ZOO

U našem predratnom i poratnom pravu, postojala je razlika između retencije građanskog prava i retencije u trgovačkom (privrednom) pravu kad je reč o primeni ovlašćenja koja su poveriocu (retinentu) stajala na raspolaganju. Tako je kod građanske retencije poverilac imao samo ovlašćenje da zadrži dužnikovu stvar do namirenja potraživanja, dok je poverilac kod trgovačke retencije bio u povlašćenijem položaju jer je osim ovlašćenja da zadrži dužnikovu stvar imao i pravo (ovlašćenje) da se namiri iz vrednosti zadržane stvari u slučaju neispunjenja obaveze od strane dužnika. Pored ove najvažnije razlike, i zahtev za koneksitetom[37] kod građanske retencije, je dodatno otežavao položaj poverioca i retenciju građanskog prava činilo manje delotvornim prav-

34 Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 374/03 od 15. aprila 2004. godine, dostupna u bazi *INTERMEX*.

35 M. Vedriš, P. Klarić, *op. cit*., 255. Reč je o tužbi *vindicatio pignoris* kojom se može poslužiti poverilac koji ima založno pravo na pokretnoj stvari, kojom traži predaju stvari od svakog lica kod koga se nalazi predmet zaloga.

36 O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 268.

37 Zadržana stvar od strane poverioca-retinenta i potraživanje, zbog kojeg se vrši pravo zadržavanja na stvari, moraju da potiču iz istog pravnog odnosa.

nim sredstvom obezbeđenja potraživanja u odnosu na retenciju trgovačkog prava. [38]

Značaj mogućnosti namirenja poverioca iz vrednosti zadržane stvari uočio je i Vizner, analizirajući dejstva retencije normirane propisima pre donošenja ZOO: „Postavlja nam se dalje jedno praktički važno pitanje – koje su daljnje pravne posljedice, odnosno bolje rečeno, daljnji pravni efekti u pravnom djelovanju *ius retentionis*, izuzevši njenu primarnu svrhu da kao pravno sredstvo prisile prema vlasniku zadržane stvari ovog prisiljava da sa svoje strane čim prije ispuni svoju obavezu prema remitentu (*sic*)? To tim više, što u slučaju upornog odbijanja ili nemogućnosti ispunjenja te obaveze po vlasniku zadržane stvari remitent (*sic*) neće i ne želi njegovu stvar držati kod sebe ad infinitum. Konačno, nije ovdje svrha zadržavanje tuđe stvari, već realno osiguranje ispunjenja postojećih tražbina."[39]

3.2. Ovlašćenja retinenta po važećem ZOO

U našem važećem ZOO, u članovima 286–289, normirana su opšta pravila instituta prava zadržavanja. Primećuje se stav zakonodavca da pravo zadržavanja uredi kao jedinstven institut u smislu ovlašćenja koja poveriocu stoje na raspolaganju i praktično izbriše razliku koja je postojala između retencije građanskog i retencije privrednog prava.[40]

Prvo ovlašćenje poverilac crpi iz čl. 286 st. 1 ZOO koji glasi: „Poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje." Prvo ovlašćenje omogućava poveriocu da se suprostavi zahtevu dužnika za vraćanje zadržane stvari, pritom ne osporavajući dužniko-

38 Vid. umesto mnogih, J. Gucunja, „Uslovi za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine,* 9–10/1979b, 18–19.

39 B. Vizner (1969), *op. cit*., 631.

40 R. Lorenc (1978), *op. cit*., 1277. Komentarišući Skicu M. Konstantinovića, Lorenc, zbog rešenja koje predviđa za predmet retencije samo telesne stvari (čl. 233) koje imaju imovinsku vrednost (čl. 234), zaključuje da „retencija nije shvaćena kao sredstvo prinude, već kao sredstvo namirenja". Dakle, naglasak je više na drugom ovlašćenju, koje se odnosi na namirenje; S. Strezovski (1980), *op. cit*., 729 (komentar uz čl. 289). Tumačeći ovlašćenja retinenta, profesor Strezovski iznosi stav: „Suština prava zadržavanja ne iscrpljuje se samim zadržavanjem stvari, kao ni pravom držanja sve do isplate potraživanja. U biti institucije leži i pravo da se izvrši naplata iz vrednosti stvari (...)."

va vlasnička ovlašćenja. Reč je o primarnoj funkciji prava zadržavanja koje predstavlja i pravno sredstvo prinude na dužnika da ispuni svoju dospelu obavezu i istovremeno služi obezbeđenju poveriočevog potraživanja. Koliko dugo će poverilac vršiti prvo ovlašćenje odnosno koliko će trajati ova faza obezbeđenja potraživanja u najvećem broju slučajeva će zavisiti od volje samog poverioca. Razlog leži u činjenici da ispunjenjem uslova (državina stvari i dospelost potraživanja) za vršenje prvog ovlašćenja istovremeno znači i stvaranje zakonskih uslova za vršenje drugog ovlašćenja, namirenje iz vrednosti zadržane stvari, a pretpostavka je da će poverilac želeti da što pre naplati svoje potraživanje.[41]

Međutim, postoje situacije kad trajanje faze obezbeđenja ne zavisi od volje dužnika, kao što je to primer tzv. „nužne retencije".[42] U slučaju „nužne retencije", poverilac vrši prvo ovlašćenje od trenutka nastupanja insolventnosti dužnika, dakle i pre dospelosti svog potraživanja,[43] ali da bi mogao da posegne za drugim ovlašćenjem i da se namiri iz vrednosti zadržane stvari, mora sačekati da njegovo potraživanje bude dospelo. U drugom slučaju, ako bi se prihvatila mogućnost vršenja retencije na nepokretnosti,[44] poverilac bi, i u slučaju dospelog potraživanja, mogao samo da zadrži nepokretnost dok dužnik ne ispuni svoju obavezu. U ovom slučaju dužina trajanja faze obezbeđenja bi bila neizvesna i zavisila bi od volje dužnika. S obzirom da retinent za zadržanu stvar odgovara kao dobar domaćin odnosno dobar privrednik, u slučaju da vršenje prvog ovlašćenja, zadržavanje stvari, traje duži vremenski period, povećao bi se rizik od eventualnog oštećenja ili propasti zadržane stvari, a samim tim i obaveza retinenta na naknadu štete. S druge strane, postoji mogućnost da dužnik trpi štetu u vidu izmakle dobiti kao posledicu nemogućnosti korišćenja zadržane stvari. Međutim, retinent koji prvo ovlašćenje vrši u skladu sa čl. 286 ZOO neće odgoarati za ovako nastalu štetu.[45] Osnov za oslobađanje poverio-

41 D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 167.

42 O „nužnoj retenciji" će biti više reči u 4. delu, koji se odnosi na sticanje prava zadržavanja.

43 Čl. 286, st. 2 ZOO.

44 Nepokretnost kao moguć predmet prava zadržavanja je sporna, kako u pravnoj teoriji tako i u sudskoj praksi. O ovoj temi će biti govora u 6. delu (Predmet prava zadržavanja).

45 Presuda Privrednog apelacionog suda Pž 5127/2013 od 2. 4. 2014. godine, dostupne u bazi *Paragraf Lex*. Iz Presude: *„(...) tuženi je zadržao predmetno vozilo do momenta isplate cene za izvršenu uslugu servisiranja. (...) tužilac*

ca od odgovornosti za štetu je obrazloženo u sledećoj sudskoj presudi: „Tuženi je stvari tužioca zadržao i za to zadržavanje ima uporište u članu 286 ZOO. Zadržavanje se smatra dozvoljenom samopomoći, a kada neko postupa u slučaju dozvoljene samopomoći i time prouzrokuje štetu licu koje je izazvalo potrebu samopomoći, nije dužan naknaditi je, što proizilazi iz člana 162 stav 1 ZOO. Stoga je zahtev tužioca za naknadu štete, koju je pretrpeo zbog nemogućnosti da izdaje u zakup stvari koje je tuženi zadržao u posedu, neosnovan, kako je to pravilno odlučio i prvostepeni sud."[46]

Drugo ovlašćenje poverioca, mogućnost da se namiri iz vrednosti zadržane stvari, regulisano je u čl. 289 ZOO: „Poverilac koji drži dužnikovu stvar po osnovu prava zadržavanja ima pravo da se naplati iz njene vrednosti na isti način kao založni poverilac, ali je dužan pre nego što pristupi ostvarenju naplate da o svojoj nameri blagovremeno obavesti dužnika." U čl. 289 ZOO predviđena je obaveza poverioca da o svojoj nameri da se koristi drugim ovlašćenjem, blagovremeno obavesti dužnika. Da li poverilac može započeti fazu namirenja ako prethodno nije obavestio dužnika i koje su pravne posledice propuštanja dužnog obaveštavanja? Postoji mišljenje da obaveza obaveštavanja dužnika ima značaj „preduvjeta" odnosno da propuštanje obaveštenja „ograničava" poveriočev pristup namirenju potraživanja.[47] Sreće se stav da obaveštenje predstavlja poslednji poziv dužniku da izmiri potraživanje poverioca.[48] Strezovski na obaveštenje gleda kao na poslednju priliku za dužnika da otkloni štetne posledice koje sa sobom nosi prodaja stvari od strane poverioca, a propuštanje obaveštenja dužnika

potražuje kao naknadu štete u vidu izmakle dobiti zbog toga što je tužilac zbog postupanja tuženog (...) bio onemogućen da ostvari prihod od zakupnine (...) Pravilno je provostepeni sud zaključio da nema deliktne radnje tuženog koja je uzrokovala ovaj vid štete za tužioca (...)." Iz citirane Presude vidimo da je drugostepeni sud potvrdio Presudu prvostepenog suda.

46 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž. 2985/13 od 11. 12. 2013. godine, *Bilten Apelacionog* suda u Novom Sadu, 6/2014, dostupno u bazi *INTERMEX*. Vid i, istovetan stav suda, Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. br. 406/05 od 23. novembra 2005. godine*, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 4/2005, 82.

47 Tako, B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga II, Zagreb 1978, 1151 (komentar uz čl. 289).

48 Vid. J. Gucunja (1979a), *op. cit*., 20–21. Gucunja smatra da upravo postojanje obaveze obaveštavanja govori u prilog supsidijarne i sekundarne funkcije prava zadržavanja kao sredstva namirenja.

jedino na strani poverioca stvara obavezu naknade štete.[49] Svrhu i cilj blagovremenog obaveštavanja dužnika vidimo i u obrazloženju citirane sudske presude.[50]

Postupak namirenja retinenta, po pravilima predviđenim za založnog poveroca, će zavisiti od toga da li jer reč o potraživanju iz ugovora u privredi ili potraživanje potiče iz nekog drugog građanskopravnog odnosa.[51] Kad je reč o građansko-pravnoj retenciji, s obzirom na načelo oficijalnosti založnog prava, poverilac je u obavezi da svoje potraživanje realizuje putem suda, koji će, u zavisnosti od prirode zadržane stvari, odlučiti da li će se stvar prodati po tekućoj ceni ili će biti organizovana javna prodaja stvari. Sud može doneti odluku da vrednost stvari odredi sudski veštak odgovarajuće struke, ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerni vrednosti stvari i u tom slučaju predviđena je mogućnost da poverilac zadrži stvar. Treba naglasiti da poverilac jedino na ovaj način, odlukom suda, može zadržati dužnikovu stvar i da to ne može biti akt samovoljnog prisvajanja dužnikove stvari.[52] Kod privredno-pravne retencije poverilac dospelog potraživanja nije u obavezi da se obraća sudu i zadržanu stvar prodaje po tržišnoj ili berzanskoj ceni ili na javnoj prodaji, uz obavezu da o mestu i vremenu prodaje obavesti dužnika.[53] Ovako uređena retencija, posebno u privrednom pravu

49 S. Strezovski (1980), *op. cit*., 729 (komentar uz čl. 289). D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 170.

50 Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 2608/02 od 19. septembra 2002. godine, objavljena u bazi *INTERMEX*. Iz Presude: „*Smisao tog upozorenja je višestruk, naime njim se dužnik, ovde tužilac obaveštava i o postojanju svoje obaveze (ako to nije učinjeno ranije), pa je u mogućnosti da obavezu izmiri, ili da je ospori, ili da traži utvrđenje veće vrednosti založene stvari, ili da nađe kupca koji će platiti veću cenu za tu stvar. Propustom tuženog sve to je izostalo, pa je nastala situacija da je založena stvar utrošena, a da tek nakon toga stranke vode razgovore o tome kolika su uzajamna potraživanja* (...)". Vid. i Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 613/95 od 24. januara 1996. godine, objavljena u bazi *INTERMEX*. Iz Presude: „*Pri tom je od značaja da je pre prodaje robe tužioca tuženi obavestio tužioca o nameravanoj prodaji.*"

51 Čl. 980 ZOO i dalje.

52 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 3890/2010 od 2. 9. 2010. godine, dostupna u bazi *Paragraf Lex*. Iz Presude*:* „*Osim toga, ovo pravo bi ga samo ovlastilo da stvar proda radi naplate svog potraživanja iz njene vrednosti, uz prethodno obaveštenje dužnika o nameri da izvrši prodaju kako je to predviđeno članom 289. ZOO, a ne i da stvari samovoljno preuzme i zadrži za sebe slobodno sa njima raspolažući.*"

53 M. Orlić u: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Beograd 1980, 573 (komentar uz čl. 981). Profesor

postaje, efikasno sredstvo, kojim poverilac prioritetno može da namiri ne samo potraživanje, već i dužnu kamatu, troškove učinjene za očuvanje stvari, kao i troškove oko ostvarenja naplate potraživanja.[54] Upravo u ovom ius prioritatis se ogleda osiguravajuća uloga prava zadržavanja koja retinentu omogućava pravo prvenstvene naplate u odnosu na ostale hirograferne poverioce dužnika, kao i založnih poverilaca čije je pravo nastalo nakon sticanja retencije, jer se retinentovo pravo na prvenstveno namirenje određuje trenutkom sticanja prava zadržavanja.[55]

4. STICANJE PRAVA ZADRŽAVANJA

U čl. 286 st. 1 ZOO je propisano da: „Poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je (...)." Iz citiranog člana proizilazi da poverilac stiče pravo zadržavanja u trenutku dospelosti potraživanja, po samom zakonu. Dodatni uslov je da u momentu dospelosti potraživanja, poverilac ima neposrednu državinu dužnikove stvari. Zakon ne propisuje obavezu poverioca da obavesti dužnika o nameri da se koristi pravom retencije i pritom ima slobodu izbora da li će se koristiti ili ne ovim svojim pravom.[56] Međutim, među pravnicima postoji i stav da je poverilac dužan da o nameri vršenja retencije obavesti dužnika: „Ako se poverilac opredeli da zadrži stvar, on treba o tome da obavesti dužnika. Jer, dužnik treba da zna da se poverilac koristi tim pravom kako bi, eventualno, prigovorio da nisu ispunjeni zakonski uslovi za to, odnosno istakao zahtev za povraćaj stvari u slučaju kad je takav zahtev uslov

---

Orlić napominje da propuštavanje obaveštavanja dužnika o vremenu i mestu prodaje stvara obavezu naknade štete.

54 Čl. 984 ZOO; Slično i J. Gucunja (1979a), *op. cit*., 21–22; vid. i Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda u Beogradu, od 24. decembra 1993, *INTERMEX*. Iz Odgovora: „*U privrednom pravu postoje dva institua i to: (...) 2. Pravo retencije (čl. 286. i 289. Zakona o obligacionim odnosima). Poverilac koji drži robu dužnika ima pravo da robu zadrži (pravo retencije), da robu proda i da naplati od dužnika, ako mu ovaj dobrovoljno ne plati, sve ono što mu pripada pa se to odnosi pored glavnog duga i na zatezne kamate kao i na razliku po koeficijentima porasta cena na malo. Dužnik nema pravo na povraćaj ovako naplaćenog isnosa.*"

55 Više o tome, B. Vizner (1978), *op. cit*., 1152–1153 (komentar uz čl. 289).

56 Čl. 20 ZOO. Formulacija iz čl. 286 st. 1 „ima pravo" upućuje na zaključak da je propisano pravilo dispopozitivnog karaktera i raspolaganje ovim pravom zavisi od poveriočeve volje.

za izuzimanje stvari od zasnivanja prava retencije. Na koji će ga način obavestiti – nije bitno, ali je bitno da dužnik to obaveštenje primi i da poverilac o tome ima pouzdan dokaz. Tek od trenutka kad dužnik primi obaveštenje retencija se smatra pravno zasnovanom, i tek od tog trenutka poverilac može računati na njeno dejstvo."[57] Smatramo da za ovakav stav nema osnova u zakonskoj formulaciji, jer zakonodavac sticanje prava zadržavanja jedino uslovljava dospelošću potraživanja uz neposrednu državinu stvari.

Poverilac može da stekne pravo zadržavanja i na stvari dužnika koja je došla u njegov posed nakon dospelosti potraživanja, s tom razlikom što u ovom slučaju momenat zasnivanja prava zadržavanja nije trenutak dospelosti potraživanja, već trenutak zasnivanja neposredne državine na dužnikovoj stvari.

U čl. 286 st. 2 zakonodavac predviđa mogućnost sticanja prava zadržavanja i pre dospelosti poveriočevog potraživanja: „U slučaju da je dužnik postao nesposoban za plaćanje (...)", ali ne normira kad i pod kojim uslovima se ima smatrati da je dužnik postao nesposoban za plaćanje. Ovo neprecizno određenje insolventnosti dužnika moglo bi u praksi da ostavi prostor za zloupotrebe u primeni ovog pravila. Kod pravnih teoretičara[58] se primećuje stav da se kao referentno pravilo u određivanju trenutka kad nastupa insolventnost dužnika, može primeniti rešenje iz čl. 87 st. 2 Zakona o menici koji glasi: „Imalac menice može se poslužiti pravom pridržaja i pre nego što mu je tražbina dospela, ako je dužnik pao pod stečaj odnosno kad se otvori postupak likvidacije ili ako je izvršenje novčanoga duga iz njegove imovine ostalo bezuspešno, ili ako je dužnik trgovac koji je obustavio svoja plaćanja."[59]

57 S. J. Paunović, *op. cit*., 100.

58 Vid. umesto mnogih, O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 262, fn. 863. Orlić se poziva na čl. 87. st. 2 Zakona o menici, kad govori o insolventosti dužnika. Vid. i D. Stojanović, u S. Perović (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima,* Knjiga prva, Beograd 1995, 670–671 (komentar uz čl. 286). Stojanović se ne poziva eksplicite na rešenje iz Zakona o menici kada govori o dužnikovoj nesposobnosti za plaćanje ali smatra da insolventnost nastupa u slučaju otvaranja postupka prinudne likvidacije, zatim u slučaju kad je dužnik prestao da plaća svoje dospele tražbine kao i u slučaju kad se prema dužnikovoj imovini ne mogu ostvariti sudske presude prinudnim putem, što sadržajno odgovara rešenju iz citiranog zakona.

59 Zakon o menici, *Službeni list FNRJ*, br. 104/46, *Službeni list SFRJ*, br. 16/65, 54/70 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

Na ovom mestu iznećemo primer stava suda o nužnoj retenciji povodom otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom.[60] U stručnoj javnosti nailazimo i na mišljenje da se obustava plaćanja ne bi mogla uzeti kao osnov za stanje insolventnosti.[61] Smatramo da se ne može uvažiti stav po kome obustava plaćanja ne može biti osnov za utvrđivanje insolventnosti dužnika. Obustava plaćanja može predstavljati jasnu indikaciju da je dužnik u finansijskoj krizi ako ne može da servisira svoje dospele obaveze. Postavlja se pitanje koji su to dodatni kriterijumi na osnovu kojih bi se obustava plaćanja pouzdano mogla prihvatiti kao znak da je nastupila insolventnost dužnika. U Zakonu o stečaju, u čl. 11, u kojem su normirani stečajni razlozi, regulisano je pitanje trajnije i preteće nesposobnosti plaćanja, kao i prezaduženost dužnika. U čl. 12 s rubrumom „Pretpostavke trajnije nesposobnosti plaćanja" normirano je pitanje bezuspešnog pokušaja namirenja u izvršnom postupku. Ova rešenja iz Zakona o stečaju bi mogla da posluže prilikom razmatranja pitanja insolventnosti dužnika u slučaju obustave plaćanja, s obzirom da propisuju jasne rokove, protekom kojih se smatra da je dužnik postao nesposoban za plaćanje.[62]

U čl. 287 st. 1 ZOO je propisano: „Poverilac nema pravo zadržavanja kad dužnik zahteva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegove državine protiv njegove volje (...)." U ovom stavu normirano je pitanje

60 Pravni stav – odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda od 27. septembra 2004. godine, *INTERMEX*. Sud iznosi stav: „*U slučaju da je dužnik ostao nesposoban za plaćanje, poverilac može vršiti pravo zadržavanja iako njegovo potraživanje nije dospelo. Otvaranje postupka stečaja, potraživanje poverilaca prema dužniku smatraju se dospelim u smislu člana 100. stav 1. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji. Sledstveno ovoj zakonskoj odredbi, otvaranjem postupka stečaja nad dužnikom ispunjen je zakonski osnov iz stava 2. člana 286. Zakona o obligacionim odnosima za vršenje prava zadržavanja.*"

61 Tako S. Strezovski (1980), *op. cit.*, 727 (komentar uz čl. 286) smatra: „Sa gledišta našeg zakonodavstva nesumnjivo je da nesposobnost plaćanja (insolventnosti) nastupa padom dužnika pod stečaj. Moglo bi se prihvatiti da i bezuspešno izvršenje nad dužnikovom imovinom opravdava kvalifikovanu retenciju (ovo je pravilo inače prihvaćeno u našem meničnom pravu kao osnov za regres pre dospelosti – čl. 87. Zakona o menici). Ponekad su (*sic*) navodi i obustava plaćanja kao osnov za stanje insolventnosti, međutim, takav zakonski institut postoji u stečajnom pravu nekih buržoaskih zemalja, ali nije prihvaćen i u našem pravu."

62 Čl. 11 st. 3, st. 4, st. 5 i čl. 12, Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US i 83/2014.

saglasnosti (volje) dužnika prilikom gubitka detencije na stvari a povodom sticanja neposredne državine od strane poverioca. U pravnoj doktrini stav je da se nepostojanje saglasnosti (volje) odnosi na situacije kad je poverilac stekao državinu stvari nasilnim oduzimanjem, krađom, prevarom, zloupotrebom poverenja i dr. Pored ovih krivičnopravno nedozvoljenih načina sticanja državine, u pravnoj doktrini se govori i o slučajevima građanskopravno nedopuštenog pribavljanja predmeta retencije. Reč je o apsolutno ništavim i poništenim rušljivim ugovorima, pod uslovom da je uzrok apsolutne i relativne ništavosti neposredno vezan za samu izjavu volje dužnika.[63] U sudskoj praksi nailazimo na sličan stav.[64] Prilikom razmatranja stavova koje srećemo u pravnoj teoriji, vezano za tumačenje ovog člana, trebalo bi posebno obratiti pažnju na dve sintagme iz zakonske formulacije i to „kad dužnik zahteva da mu se vrati stvar" i „iz njegove državine protiv njegove volje". Komentarišući ovo zakonsko rešenje Orlić smatra da, u svakom slučaju, ne dolazi do sticanja prava zadržavanja ako je dužnikova stvar izašla iz njegove državine protivno njegovoj volji, bez obzira da li je dužnik zahtevao da mu se stvar vrati, i bez obzira da li je poverilac dužnikovu stvar pribavio sam ili mu je predalo treće lice koje je imalo neposrednu državinu dužnikove stvari.[65] Vidimo da Orlić smatra da je izostanak saglasnosti dužnika dovoljan razlog za nemogućnost sticanja prava zadržavanja, čak i kad izostane zahtev dužnika da mu se stvar vrati, iako zakonodavac koristi formulaciju „kad dužnik zahteva". Sličan stav srećemo kod Stojanovića koji naglašava da se pravo zadržavanja ne može vršiti, ne samo ako su stvari iz državine dužnika izašle protivno njegovoj volji, nego je potrebno da dođu u državinu poverioca voljom samog dužnika čak i onda kad je stvar poveriocu predalo treće lice.[66] Drugačije tumačenje iznosi Gucunja koji smatra da se formulacija, *izašla iz njegove državine* protiv njegove volje, odnosi

63 D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 165. Slično i B. Vizner (1969), *op. cit*., 1142.

64 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž. 2985/13 od 11. 12. 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, 6/2014, dostupna u bazi *INTERMEX*. Iz Presude: „*Zakonski navod da je stvar izašla iz dužnikovog poseda protiv njegove volje potrebno je shvatiti u najširem smislu, ne samo krivičnopravno već se pod tim podrazumeva i građanskopravno nedopušteno pribavljanje poseda dužnikove stvari. Dakle, ne samo pribavljanje putem krađe, prevare, samovlašća, nego i putem apsolutno i relativno ništavih pravnih poslova.*"

65 O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 264; D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 164. Živković smatra da „ZOO isključuje retenciju" ako je stvar izašla iz državine protivno volji dužnika.

66 D. Stojanović (1995), *op. cit*., 671 (komentar uz čl. 287).

na uslove pod kojima je dužnikova stvar izašla iz njegove državine a ne uslove pod kojima je ušla u državinu poverioca, naglašavajući da je „uvek bitan uslov" izlazak stvari iz državine dužnika, dok način pribavljanja „ne mora uvek" biti bitan uslov za sticanje prava zadržavanja. Uzimajući u obzir mogućnost da stvar dođe u ruke poverioca, posredno, preko trećeg lica, Gucunja zaključuje: „To znači da se može desiti da stvar izađe iz državine dužnika njegovom voljom, ali da u detenciju poverioca dođe, ne uvek voljom dužnika već i protiv njegove volje. (...) Citirana zakonska odredba upućuje na zaključak da bi u ovakvoj situaciji bio bitan samo način izlaska stvari iz dužnikove državine, a ne i način njenog ulaska u detenciju poverioca."[67] Dakle, u ovom slučaju, autor smatra da bi došlo do sticanja prava zadržavanja i u slučaju da na dužnikovom predmetu poverilac stekne državinu protivno njegovoj volji ako je pre toga iz dužnikove detencije u posed trećeg lica stvar prešla uz saglasnost dužnika. Smatramo, analizirajući stav Gucunje, da bi bilo neprihvatljivo da poverilac, na ovaj način stekne neposrednu državinu, odnosno pravo zadržavanja na dužnikovoj stvari. Nesporno je da se zakonska formulacija odnosi na *izlazak stvari iz državine dužnika*, ali je pravno neprihvatljiv način kako poverilac (na manjiv način) iz neposredne državine trećeg lica preuzima dužnikovu stvar. Među pravnim teoretičarima srećemo i stav da je pored izostanka volje, potrebno i postojanje zahteva dužnika da mu se vrati stvar, kao uslov da poverilac, u ovom slučaju, ne može vršiti pravo zadržavanja. U suprotnom, poverilac stiče pravo zadržavanja, do momenta, eventualnog ulaganja prigovora (zahteva) dužnika da mu se vrati stvar.[68]

5. POTRAŽIVANJE OBEZBEĐENO PRAVOM ZADRŽAVANJA

Zbog akcesornog karaktera prava zadržavanja, uslov za njegovo vršenje je postojanje potraživanja poverioca prema dužniku. Neophodnost postojanja potraživanja, za vršenje retencije, vidljiv je i iz

67 J. Gucunja (1979b), *op. cit*., 29–30.

68 S. J. Paunović, *op. cit*., 97. Paunović smatra: „Sa aspekta državine, zakon je od mogućnosti sticanja prava zadržavanja izuzeo, prvo, državinu pribavljenu protivno volji dužnika (...) s tim što je te izuzetke uslovio zahtevom dužnika za povraćaj stvari."; vid. i S. Strezovski (1980), *op. cit*., 728 (komentar uz čl. 287). Strezovski naglašava: „Pri tome je još potrebno da dužnik zahteva da mu stvar bude vraćena, jer inače nema zakonskih smetnji da se vrši pravo zadržavanja i pri postojanju okolnosti iz ovog stava, ako se sa time saglasi dužnik."

stava suda u citiranim sudskim presudama.[69] Međutim, ne može svako poveriočevo potraživanje da bude osnov za vršenje prava zadržavanja. Potrebno je da potraživanje poverioca ima određena svojstva.

Pre svega, za vršenje prava zadržavanja, potrebno je da poveriočevo potraživanje bude novčano. Novčani karakter potraživanja, koje se obezbeđuje pravom zadržavanja, vidljiv je iz formulacija koje je zakonodavac koristio prilikom normiranja instituta. Tako, u čl. 286–289 ZOO koji uređuju retenciju, predviđeno je da poverilac ima pravo da zadrži dužnikovu stvar dok mu ne bude „isplaćeno potraživanje", zatim, poverilac može vršiti pravo zadržavanja ako je poverilac postao „nesposoban za plaćanje" i u slučaju da poverilac odluči da se namiri, on može da se „naplati" iz vrednosti zadržane stvari.[70] Nešto fleksibilniji stav iznosi Stojanović koji, doduše, govori o novčanom potraživanju ali smatra da to može biti svako potraživanje koje se „može pretvoriti u novac".[71] S druge strane, Paunović smatra da se pravom zadržavanja može obezbediti i novčano i nenovčano potraživanje poverioca, s naglaskom na pravo poverioca da, u slučaju nenovčanog potraživanja, može samo da zadrži dužnikovu stvar kao vid psihološkog pritiska na dužnika da izvrši svoju obavezu, a da nema pravo da se namiri iz vrednosti zadržane stvari.[72] Čini se da je intencija zakonodavca, s obzirom na način kako je retencija uređena u važećem ZOO, stvaranje

69 Tako, u Presudi Apelacionog suda u Beogradu, Gž 1112/2015 od 25. 3. 2015. godine, objavljene u bazi *Paragraf Lex*, Sud zauzima stav: „*U konkretnom slučaju, tuženi nije dokazao da ima potraživanje prema tužiocu i da je to potraživanje dospelo. Podnošenje protivtužbe sa zahtevom da se tužilac obaveže na isplatu novčanog potraživanja tuženog nije dovoljno da bi se, primenom člana 286 Zakona o obligacionim odnosima, mogao odbiti tužiočev zahtev za predaju pokretne stvari.*" Sličan stav suda u Presudi Višeg trgovinskog suda, Pž. 2354/08 od 20. 3. 2008. godine, *Izbor sudske prakse*, br. 9/2009, 56. Stav Suda*:* „*U konkretnom slučaju tuženi je pokrenuo parnicu protiv tužioca, radi naknade štete i sama ta činjenica još uvek ne znači da je tuženi poverilac prema tužiocu, odnosno ne znači da je poverilac dospelog potraživanja, te se stoga neosnovano tuženi poziva da ima pravo zadržati predmetnu stvar dok mu potraživanje ne bude plaćeno.*"

70 S. Strezovski (1980), *op. cit*., 727 (komentar uz čl. 286). Strezovski smatra da, iako zakon ne sadrži izričitu odredbu da je reč o novčanom potraživanju, da takav zaključak proizilazi iz izraza „dok mu ne bude isplaćeno potraživanje". Vid. i J. Gucunja (1979b), *op. cit*., 25 i dalje. Gucunja navodi da poverioci nenovčanih potraživanja ne mogu „koristiti blagodeti koje daje pravo zadržavanja".

71 D. Stojanović (1980a), *op. cit*., 811 (komentar uz čl. 286).

72 S. J. Paunović, *op. cit*., 95. Slično i D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 162.

efikasnog sredstva za obezbeđenje potraživanja koje poveriocu treba da obezbedi sigurnu i brzu realizaciju, a odredbe koje normiraju namirenje poverioca predviđaju postojanje novčanog potraživanja. Sledeći primer iz sudske prakse upućuje na zaključak da Sud, u citiranoj presudi, prihvata institut prava zadržavanja kao celovit institut iz koga trebaju da se crpe oba ovlašćenja koja poveriocu stoje na raspolaganju.[73] Iz dostupnih sudskih presuda, kad govori o poveriočevom potraživanju u vezi prava zadržavanja, sud govori, npr., „(...) potraživanje koje mu tužilac nije isplatio (...)"[74] ili „(...) do momenta isplate cene (...)"[75] odnosno „(...) tuženi u obavezi da tužiocu isplati iznos od (...)"[76] zatim „(...) uplatio protivtužiocu avans(...)"[77] dalje „(...) tužilac je izmirio deo obaveze uplatom iznosa od (...)",[78] zatim „(...) ispostavili tuženom račune.

73 Sud kritikuje pasivan stav poverioca prilikom vršenja prava zadržavanja koji je doveo do nastanka štete: „*Prema regulativi člana 289 ZOO poverilac koji drži dužnikovu stvar po osnovu prava zadržavanja ima pravo da se naplati iz njene vrednosti na isti način kao založni poverilac, ali je dužan pre nego što pristupi ostvarenju naplate da o svojoj nameri blagovremeno obavesti dužnika. Citirana odredba upućuje na pravo poverioca da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti zadržanih stvari. Tuženi ovo svoje pravo nije iskoristio, zadržao je posed pokretnih stvari dužioca u poslovnom prostoru, koji je zbog toga za narednog zakupca bio umanjene upotrebljivosti, što je u daljem dovelo do toga da tuženi umanji novom zakupcu iznos nekretnine, koju razliku neosnovano potražuje od tužioca. Tuženi je bio u mogućnosti da iz vrednosti zadržanih stvari namiri svoje potraživanje prema tužiocu i na taj način u celosti izbegne nastanak štete zbog smanjenja prihoda od zakupnine. Imajući u vidu da iz činjeničnog utvrđenja sledi da je tuženi iskoristio svoje pravo zadržavanja, njegov propust da iskoristi i pravo založnog poverioca i da se namiri iz vrednosti zadržanih stvari predstavlja stvarni uzrok nastanka štete (...)*" (iz obrazloženja Presude Apelacionog suda Novom Sadu br. Gž. 2985/13 od 11. 12. 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, 6/2014, dostupno u bazi *INTERMEX*, naglašavanje naše).

74 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 2335/2014 od 10. 10. 2014. godine, dostupne u bazi *Paragraf Lex*.

75 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 5127/2013 od 2. 4. 2014. godine, dostupne u bazi *Paragraf Lex*.

76 Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 6733/02 od 12. februara 2003. godine, dostupna u bazi *INTERMEX*.

77 Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. br. 406/05 od 23. novembra 2005. godine, *Bilten sudske prakse vrhovnog suda Srbije*, 4/2005, 82.

78 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž. 2985/13 od 11. 12. 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, 6/2014, dostupan u bazi *INTERMEX*.

Dug po računima tuženi nije platio (...)"[79] konkretno „(...) tužilac obaveže na isplatu novčanog potraživanja tuženog (...)"[80] itd. U dostupnim sudskim presudama, sud se nije eksplicite izjasnio o potrebi postojanja novčanog potraživanja poverioca kao uslova za vršenje prava zadržavanja, ali brojni primeri, slični već navedenim, idu u prilog zaključku da je stav suda da poveriočevo potraživanje treba da bude novčano.

S obzirom na postojanje nedoumice o mogućnosti vršenja retencije u vezi nenovčanog potraživanja, na ovom mestu se treba podsetiti na rešenje ponuđeno u Nacrtu Zakonika o svojini koje govori o „namirenju"[81] poveriočevog potraživanja. Terminološki, ovo rešenje bi razrešilo dilemu o mogućnosti primene ovog instituta kod nenovčanih potraživanja poverioca. Slično rešenje već postoji u hrvatskom zakonodavstvu, u kojem je, do izmena primenjivan ZOO.[82]

Za vršenje prava zadržavanja potrebno je da poveriočevo potraživanje bude dospelo. Ovo svojstvo poveriočevog potraživanja, kao pretpostavke vršenja prava zadržavanja, je nesporno, kako iz formulacije zakonskog rešenja,[83] tako i u pravnoj teoriji.[84] Zakon predviđa mogućnost vršenja prava zadržavanja i za nedospelo potraživanje, za slučaj da je poverilac postao nesposoban za plaćanje.[85] Reč je o tzv. nužnoj retenciji, o kojoj je već bilo reči. U sudskoj praksi pitanje mogućnosti vršenja prava zadržavanja za dospelo i nedospelo potraživanje ne izaziva neodoumice.[86]

---

79 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 374/2003 od 15. 4. 2004. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Časopis za privredno pravo,* dostupna u bazi *Paragraf Lex.*

80 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 1112/2015 od 25. 3. 2015. godine, objavljene u bazi *Paragraf Lex*

81 Čl. 522 Nacrta Zakonika o svojini.

82 Čl. 72, st. 1 Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/2005, *http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2005_03_35_707.html*.

83 Čl. 286, st. 1 ZOO. „Poverilac dospelog potraživanja(...)".

84 Vid. umesto svih, O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 261–262.

85 Čl. 286, st. 2 ZOO.

86 Vid. umesto svih, „*Samo poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je sve dok mu ne bude isplaćeno potraživanje. U slučaju da je dužnik postao nesposoban za plaćanje, poverilac tada može vršiti pravo zadržavanja iako njegovo potraživanje nije dospelo.*" (sentenca uz Presudu Višeg trgovinskog suda, Pž. 2354/08 od 20. 3. 2008. godine, *Izbor sudske prakse*, br. 9/2009, 56).

Potrebno je da je poverioočevo potraživanje civilno (utuživo), odnosno da uživa sudsku zaštitu. Potraživanja koja su nastala iz prirodnih (naturalnih) obaveza[87], koja se inače mogu valjano ispuniti ako postoji volja dužnika, ne bi mogla biti osnov za vršenje prava zadržavanja, jer se njihova realizacija ne može zahtevati prinudnim (sudskim) putem. Ako bi se poveriocu omogućilo da primenom ovog instituta realizuje ovakvo potraživanje, to bi predstavljalo povredu načela neutuživosti prirodnih (naturalnih) obligacija i tada bi pravo zadržavanja imalo funkciju prinudnog sredstva za realizaciju inače neutuživog potraživanja.[88]

U pravnoj teoriji postoji stav da se ni zastarelo potraživanje, kao vid prirodne (naturalne) obligacije, ne može realizovati primenom instituta retencije.[89] Međutim, pod određenim uslovima, zastarelo potraživanje bi moglo biti obezbeđeno retencijom. U pravnoj teoriji pretežu mišljenja da poverilac, čije je potraživanje zastarelo, ima pravo da zadrži dužnikovu stvar, odnosno da vrši pravo zadržavanja i u slučaju zastarelosti njegovog potraživanja, ako je imao neposrednu državinu dužnikove stvari pre nastupanja zastarelosti potraživanja. Na ovaj način, i nakon nastupanja zastarelosti potraživanja, poverioočevo potraživanje bi bilo obezbeđeno retencijom, sve dok se zadržana stvar nalazi u neposrednoj državini poverioca.[90] Za ovakav stav se uporište nalazi u činjenici da poverilac svoje potraživanje, koje je obezbeđeno retencijom, realizuje po odredbama ZOO-a koje se odnose na založnog poverioca, pa samim tim, smatramo, u obzir dolazi i primena čl. 368 ZOO, koji se odnosi na obezbeđeno zastarelo potraživanje.[91] Postavlja se pitanje mogućnosti vršenja prava zadržavanja ako dužnik preda svoju stvar u ruke poverioca nakon zastare poverioočevog potraživanja. Pravni teoretičari smatraju da u slučaju zastare potraživanja, poverilac ne bi mogao zadržati dužnikovu stvar, „iako mu je ona dospela u detenciju" jer u tom trenutku njegovo potraživanje nije utuživo.[92]

---

87 Vid. umesto svih, R. Lorenc, „Retencija", u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom II, Beograd 1978, 1274. Lorenc navodi potraživanja nastala iz opklade kocke, igre, usmenog obećanja poklona, itd.

88 Više o tome, J. Gucunja (1979b), *op. cit*., 22–23.

89 Vid. umesto mnogih, R. Lorenc (1966), *op. cit*., 46–47.

90 Za detaljniju argumentaciju, J. Gucunja (1979a), *op. cit*., 24–25.

91 Rubrum uz čl. 368. ZOO glasi: „Poverilac čije je potraživanje obezbeđeno".

92 J. Gucunja (1979a), *op. cit*., 24–25. Slično, O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 262.

6. PREDMET PRAVA ZADRŽAVANJA

Za vršenje prava zadržavanja, u skladu s odredbama ZOO, potrebno je postojanje podobnog predmeta na kome se može zasnovati pravo retencije. Prisutna je dilema, kako u stručnoj javnosti tako i u sudskoj praksi, šta se može uzeti u obzir kao podoban predmet za vršenje ovog prava. Ova polemika je posledica zakonskog rešenja koje određuje (okvirno, uopšteno) da predmet prava zadržavanja može biti „neka dužnikova stvar".[93] Ovakva zakonska formulacija, nesumnjivo, isključuje mogućnost da predmet retencije bude činidba, već isključivo stvar (predmet).[94] Međutim, postavlja se pitanje da li se ovo zakonsko rešenje odnosi samo na pokretnu stvar ili predmet retencije može da bude i nepokretnost?

Postoji mišljenje da zakonsko rešenje omogućava samo retenciju pokretne stvari.[95] Mislimo da je ovakav stav posledica prihvatanja prava zadržavanja kao jedinstvenog instituta u smislu dva ovlašćenja koja poverilac crpi iz retencije, i da zadrži i da se namiri iz vrednosti stvari.[96]

S druge strane, pojedini autori smatraju da predmet prava zadržavanja mogu biti i pokretne i nepokretne stvari, uz obrazloženje, da sve stvari koje mogu biti predmet pravnog prometa (res in commercio), odnosno koje se mogu unovčiti, mogu biti i predmet retencije.[97]

---

93 Čl. 286, st. 1 ZOO.

94 J. Gucunja (1979b), *op. cit*., 26.

95 D. Stojanović (1995), *op. cit*., 671 (komentar uz čl. 287). Ne obrazlažući svoj stav, profesor Stojanović smatra da ne može da postoji pravo zadržavanja na nepokretnim stvarima. Ali, u komentaru uz čl. 289 (str. 673) kad komentariše sličnosti zaloge i retencije, navodi da obe institucije nastaju na osnovu državine pokretne stvari.

96 *Ibid*., 670 (komentar uz čl. 286). Na ovaj zaključak nas navodi stav profesora Stojanovića, kad, u delu koji se odnosi na potraživanje poverioca, naglašava da ono mora da bude novčano ili da može da se pretvori u novac upravo zbog rešenja iz člana 289 ZOO koje omogućava poveriocu da se naplati iz vrednosti zadržane stvari; Vid. i B. Vizner (1978), *op. cit*., 1142–1143 (komentar uz čl. 286 i 287). Stav o retenciji kao jedinstvenom institutu, iznosi Vizner, komentarišući retenciju nezaplenjivih stvari gde navodi da bi radni sto zanatlije bio prikladan predmet retencije kada bi pravo zadržavanja predstavljalo samo instrument prisile, pritisak na dužnika, bez mogućnosti namirenja. Ali upravo zbog rešenja iz čl. 289 i mogućnosti namirenja iz vrednosti zadržane stvari, nedostatak nezaplenjivosti zadržane stvari „treba smatrati kao nedostatak uvjeta za valjanu retenciju u odnosu na prikladnost objekta".

97 V. Bilbija, „Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu", *Pravo: teorija i praksa*, god. XXVIII, 4–6/2011, 94. Isto i I. Babić*, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi*,

Nešto precizniji stav, za koji smatramo da jasnije tumači zakonsko rešenje, srećemo kod pravnih teoretičara koji prihvataju i pokretnu i nepokretnu stvar kao mogući predmet prava zadržavanja, s razlikom što kod nepokretnosti vršenje retencije ograničavaju samo na pravo poverioca da zadrži dužnikovu stvar, dok bi iz vrednosti zadržane, pokretne stvari, imao pravo i da se naplati.[98]

Sudska praksa nema jedinstven stav o nepokretnosti kao mogućem predmetu prava zadržavanja. Ovakav stav suda vidimo, pre svega, kao posledicu prihvatanja instituta prava zadržavanja kao jedinstvenog, u smislu ovlašćenja koja poveriocu stoje na raspolaganju, da zadrži ali i da se namiri iz vrednosti zadržane stvari.[99] Navodimo, pre svega, presudu u kojoj Sud eksplicite iznosi stav o retenciji nepokretnosti: „Tuženi ne mogu zadržati stan na korišćenju po osnovu prava zadržavanja iz člana 286. stav 1. ZOO-a, a u vezi sa obavezom koju tužilac ima prema tuženima kao svojoj deci povodom neplaćene alimentacije, jer se pravo zadržavanja može odnositi *samo na pokretne, ali ne i na nepokretne* stvari (...)"[100] (naglašavanje naše). U citiranoj presudi vidimo da Sud zauzima stav da poverilac nema pravo zadržavanja, dakle, ni prvo ovlašćenje – da zadrži, ni drugo ovlašćenje – da se namiri iz vrednosti zadržane stvari. Stav Suda je pogrešan jer u citiranom članu, na koji se Sud poziva, zakonodavac ne postavlja ograničenje kad je u pitanju zadržavanje nepokretnosti, jer zakonska formulacija glasi

Novinsko-izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo 1988, 137–138. Isto i D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja-stanje i pravci razvoja*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2005, 78–79. Isto i J. Gucunja (1979b), *op. cit*., 26–27. Isto i B. Vizner (1978), *op. cit*., 1141 (komentar uz čl. 287). Iz izloženog nije najjasnije da li navedeni autori smatraju da se retinent nepokretnosti može namiriti iz njene vrednosti u skladu sa članom 289 ZOO? Obzirom na naglašavanje kriterijuma prometnosti u vezi sa predmetom retencije i unovčenja istog, a s druge strane relativiziranja kriterijuma prirodnih svojstava stvari, čini se da bi se mogao dati potvrdan odgovor.

98 O. Stanković, M. Orlić, *op. cit*., 262–263. Profesor Orlić navodi da je retencija nepokretnosti samo sredstvo pritiska, a ne i sredstvo namirenja. Tako i S. J. Paunović, *op. cit*., 96–97. Paunović navodi da je poverilac ovlašćen da zadrži i pokretnu i nepokretnu a može da se naplati samo iz pokretne stvari. D. Hiber, M. Živković, *op. cit*., 166. Profesor Živković retenciju ograničava na pravo da se zadrži dužnikova nepokretnost.

99 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž. 2985/13 od 11. 12. 2013. godine, *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, 6/2014, dostupno u bazi *INTERMEX*; vid. navedeni stav Suda u fn. 77.

100 Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 1619/03 od 5. 12. 2003, dostupna u bazi *INTERMEX*.

„(...) neka dužnikova stvar ima pravo zadržati (...)", što upućuje na zaključak da se nepokretnost može pojaviti kao predmet retencije kad je reč o prvom ovlašćenju-da zadrži stvar. U jednoj drugoj sudskoj odluci koja je donesena u vreme SFRJ, u vreme primene ZOO-a, Sud iznosi suprotan stav: „Najmoprimac može zadržati (pravo zadržanja) stan koji je vlasništvo najmodavca, dok mu ne bude isplaćeno potraživanje s naslova izvršenih ulaganja u stan, jer se *pravo retencije može sticati i na pokretnim i na nepokretnim* stvarima podložnim prodaji. Funkcije prava zadržavanja su: kao sredstvo prinude protiv dužnika da uredno ispuni svoju obavezu (čl. 286 Zakona o obveznim odnosima); kao sredstvo namirenja potraživanja iz zadržane stvari, ako dužnik ne ispuni svoju obavezu (član 289 Zakona o obveznim odnosima)"[101] (naglašavanje naše). Iz citiranog proizilazi stav Suda da poveriocu na raspolaganju stoje oba ovlašćenja koja crpi retinent iz prava zadržavanja, i da zadrži i da se naplati iz vrednosti zadržane stvari, ako je stvar podložna prodaji. Smatramo da je Sud u ovom slučaju pravilno postupio kad je dozvolio retenciju nepokretnosti ali upitan je stav Suda, kad, u delu o funkcijama prava zadržavanja, govori o mogućnosti namirenja retinenta u slučajevima gde je nepokretnost predmet prava zadržavanja. Mislimo da bi u ovom slučaju bilo opravdano sâmo zadržavanje nepokretnosti, bez mogućnosti korišćenja drugog ovlašćenja, da se naplati iz njene vrednosti. Iako je naredna presuda donesena pre stupanja na snagu važećeg ZOO-a, smatramo da je višestruko značajna jer, pored razmatranja pitanja retencije nepokretnosti, u obrazloženju presude nailazimo na kontradiktoran stav nižestepenih sudova u odnosu na Vrhovni sud, a sâmo tumačenje norme na koju se poziva Vrhovni sud Jugoslavije smatramo pogrešnim: „Po utvrđenju sudova, V. G. je svojim ulaganjem poboljšao sporne nekretnine i vrijednost tog poboljšanja iznosi više od njegovog tužbenog zahtjeva. (...) Zahtjev za zaštitu zakonitosti je u pravu kad ukazuje da su nižestepeni sudovi u konkretnom slučaju, kad su u pitanju nekretnine, pogrešno primijenili (*sic*) pravno pravilo iz paragrafa 471 bivšeg OGZ. Spomenuto pravno pravilo može se primijeniti (sic) samo na pokretne stvari, jer to pravo u stvari predstavlja osiguranje vjerovnika koji je obavezan izdati jednu stvar, a tu stvar može zadržati dok mu se ne plati ono što je za stvar potrošio ili dok mu se ne naknadi šteta koju je pretrpio od te stvari. Osiguranje

101 Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 829/87 od 17. 9. 1987. godine, objavljene u „Informatoru", br. 3631 od 24. 12. 1988, str. 5; nav. prema: D. Medić (2005), *op. cit.*, 79.

potraživanja koja su u vezi sa nekretninama koje vjerovnik posjeduje vrši se upisom u zemljišne knjige i uknjižba osigurava vjerovnika i daje mu mogućnost da se namiri iz ovih nekretnina."[102] U citiranoj presudi, nižestepeni sudovi su, za razliku od Vrhovnog suda Jugoslavije, zauzeli ispravan stav kad su dozvolili retenciju nepokretnosti, jer se u citiranom članu 471 OGZ koristi formulacija „jedne stvari",[103] što pre upućuje na zaključak da predmet prava zadržavanja mogu biti sve stvari, dakle i pokretne i nepokretne. Ovde se treba podsetiti da je, kod građanske retencije bilo moguće vršenje samo prvog ovlašćenja, da se stvar zadrži, bilo da je reč o pokretnoj ili nepokretnoj stvari,[104] tako da je u konkretnom slučaju poverilac mogao samo zadržati nepokretnost kao vid psihološkog pritiska na dužnika. Dalje, obrazlažući svoj stav, Vrhovni sud Jugoslavije smatra da retencija kao pravo „predstavlja osiguranje vjerovnika" a „osiguranje potraživanja koja su u vezi sa nekretninama" mogu se vršiti samo upisom u zemljišne knjige. Smatramo da je obrazloženje vezano za osiguranje potraživanja retinenta, kod nepokretnosti pogrešno jer, samo fizičko prisustvo poverioca na nekretnini, u smislu neposredne državine, u konkretnom slučaju, bi predstavljalo „osiguranje potraživanja" i imalo značaj obaveštenja svih trećih lica o postojanju prava zadržavanja, u smislu načela javnosti.[105] Stav po pitanju neposredne državine srećemo u obrazloženju naredne Presude: „(...) ugovorni odnos među strankama po osnovu zakupa magacinskog prostora i tužilac je navedeni prostor dao tuženom u državinu, a samim tim tužilac više nije imao državinu spornog poslovnog prostora (...)".[106]

Priklanjamo se stavu po kom se pravo zadržavanja može vršiti na nepokretnosti, uz ograničenje da retinent može raspolagati samo pravom da zadrži nekretninu, dok mu dužnik ni izmiri dugovano, jer formulacija iz člana 286 ZOO, „neka dužnikova stvar", uzimajući u obzir kriterijum prirodnih svojstava stvari, ne postavlja nikakvo ograničenje kada je reč o nepokretnosti kao predmetu retencije. S druge

102 Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije Gz 71/69 od 5. Ožujka 1970. godine, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga XV, sveska 2, 1970.

103 Iz prevoda Austrijskog građanskog zakonika od D. Aranđelovića, II izdanje; nav. prema: R. Lorenc (1966), 31.

104 R. Lorenc (1966), 54.

105 R. Lorenc (1978), *op. cit*., 1275. Vid. i V. Bilbija, *op. cit*., 94–95. Bilbija smatra da se činjenicom držanja ključeva od stana stiče potpuna državina, pa samim tim i uslovi za vršenje retencije na nepokretnosti.

106 Presuda Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 5171/02 od 17. 9. 2002. godine, objavljena u *INTERMEX*.

strane, u članu 289 ZOO, kojim se predviđa mogućnost retinenta da se namiri iz vrednosti zadržane stvari, zakonska formulacija „pravo da se naplati iz njene vrednosti na isti način kao založni poverilac" jasno upućuje na stav zakonodavca da retinent u postupku namirenja ima ovlašćenja koja ima i založni poverilac. Prema ZOO, založni poverilac je poverilac čije je potraživanje obezbeđeno „nekom pokretnom stvari" koja mu je predata na osnovu ugovora o zalozi. Dakle, mogućnost namirenja retinenta je predviđena samo u slučaju kada se pravo retencije vrši na pokretnoj stvari. Međutim, da bi se izbegle nedoumice, koje u pravnoj teoriji ali i sudskoj praksi stvara pitanje retencije nepokretnosti, rešenje problema bi mogla da predstavlja korekcija zakonske norme na način da se otkloni neizvesnost o mogućnosti vršenja prava zadržavanja na nepokretnosti. Smatramo da takvo rešenje već postoji u „Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima"[107], koje jasno definiše da poverilac kod nepokretnosti ima samo ovlašćenje da zadrži stvar dok kod pokretne ima pravo i da se iz njene vrednosti namiri.

Praktičan značaj ovog razgraničenja vidljiv je i u navedenim presudama u kojima smo videli primere ulaganja zakupaca u nekretnine koje su koristili. Takvi primeri su brojni i u aktuelnoj sudskoj praksi.[108] Nije redak slučaj da se poslovni prostori nude u zakup u tzv. sirovom stanju.[109] Ako se uzme u obzir veliki broj poslovnih prostora koji se nude za izdavanje i broj potencijalnih zakupaca[110], koji za potrebe

107 Čl. 522, st. 1. Nacrta Zakonika o svojini.

108 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 4999/12 od 21. 5. 2013. godine, dostupna na sajtu Apelacionog suda u Novom Sadu, *www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/788-gz-4999–12*; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 5043/10 od 17. novembra 2010. godine, dostupna na sajtu Apelacionog suda u Novom Sadu, *www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/268-gz-5043–10*; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 443/2014 od 12. 2. 2014. godine, dostupna na sajtu Apelacionog suda u Novom Sadu, *www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/750-gz-443–2014*. U navedenim presudama je reč o ugovoru o zakupu poslovnog prostora s primerima ulaganja od strane zakupodavca u zakupljene nepokretnosti.

109 Ponuda poslovnih prostora od strane Javnog preduzeća „Poslovni prostor" Novom Sadu objavljena na sajtu *www.ekapija.com/website/sr/page/287357/IZDAVANJE-POSLOVNIH-PROSTORA-NA-TERITORIJI-GRADA-NOVOG-SADA-JP-Poslovni-prostor-Novi-Sad*.

110 Agencija za privredne registre iznosi podatak da na teritoriji Srbije egzistira 229.122 registrovana preduzetnika i 126.105 privrednih društava. Podaci dostupni na sajtu Agenicije *www.apr.gov.rs.*

obavljanja delatnosti, moraju da vrše manja ili veća ulaganja u zakupljeni poslovni prostor, nameće se zaključak da će u određenom broju slučajeva, iz navedenog poslovnog odnosa, doći do spora koji će epilog imati na sudu. Ako bi se u ovom konkretnom slučaju dozvolila retencija nepokretnosti, odnosno vršenje prvog ovlašćenja, to bi praktično predstavljalo efikasno sredstvo ne samo obezbeđenja nego i namirenja potraživanja, jer će vrednost nekretnine, u velikom broju slučajeva, višestruko premašivati vrednost ulaganja u adaptaciju poslovnog prostora a činjenica da dužnik (zakupodavac) neće moći naplatiti štetu u vidu izmakle dobiti od poverioca (zakupca) je dodatni motiv da izmiri svoju obavezu i na taj način dođe do državine svog poslovnog prostora. I u slučaju da zakupodavac ponudi neko drugo obezbeđenje (npr. neku pokretnu stvar), iako postoji obaveza zakupca da u tom slučaju vrati nepokretnost, njegovo potraživanje bi bilo obezbeđeno jer, ZOO predviđa da to obezbeđenje mora da bude „odgovarajuće" da bi bilo prihvaćeno od strane zakupca (poverioca).

7. ZAKLJUČAK

Činjenica da je reč o tzv. „graničnom" institutu, sa elementima i obligacionog i stvarnog prava, u pravnoj teoriji rezultira dijametralnim stavovima po pitanju pravne prirode retencije a za posledicu primenu različitih pravnih instituta u sudskim odlukama, prilikom odlučivanja u predmetima sa identičnom činjeničnom osnovom. Priznavanje različitih prava u presudama, koje su zasnovane na istom činjeničnom osnovu, za aktere sudskih postupaka, stvara pravnu nesigurnost i nepoverenje u instituciju suda. Smatramo da je u ovakvim slučajevima neophodno obezbediti jedinstvenu sudsku primenu prava od strane Vrhovnog kasacionog suda.

Pravom zadržavanja se može koristiti i poverilac čije potraživanje nije dospelo, u slučajevima kad je dužnik postao nesposoban za plaćanje. U svojim odredbama ZOO ne normira pitanje uslova nastupanja insolventnosti dužnika, ali smatramo da u našem pravnom sistemu egzistiraju zakoni čije odredbe mogu poslužiti kao referentno pravilo u određivanju uslova kad nastupa dužnikova insolventnost. Primere rešenja ovog pitanja srećemo u važećem Zakonu o menici u čl. 87 st. 2 i važećem Zakonu o stečaju, u čl. 11 i dalje.

Iako među pravnim teoretičarima postoji stav da se retencija može vršiti i za nenovčano potraživanje, bar kad je reč o prvom ovlašćenju, sudska praksa je, možemo slobodno reći, jedinstvena u stavu da poverilac može vršiti pravo zadržavanja samo za novčano potraživanje. Smatramo da sudska praksa zauzima ovakav stav jer zakonsko rešenje terminom „isplaćeno potraživanje" ne ostavlja previše prostora za šire tumačenje. Ovakav stav suda je posledica prihvatanja instituta retencije kao jedinstvenog u smislu ovlašćenja koja poverilac crpi, da zadrži i da se naplati iz vrednosti zadržane stvari. Smatramo da bi bilo opravdano da se poveriocu nenovčanog potraživanja omogući da zadrži dužnikovu stvar, vršeći tako samo prvo ovlašćenje kao vid psihičkog pritiska na dužnika da izmiri svoju obavezu. Drugo rešenje bi zahtevalo izmenu postojeće norme, u smislu da se postojeći termin „isplata" zameni terminom „namirenje". Ovakvo rešenje je predloženo u Nacrtu Zakonika o svojini i smatramo da bi navedena izmena sam institut retencije učinila efikasnijim u smislu da bi omogućila primenu prava zadržavanja i za poverioce čija potraživanja nisu novčana.

Prihvatanje prava zadržavanja kao jedinstvenog instituta, u smislu ovlašćenja, je rezultiralo stavom suda da se kao predmet prava zadržavanja može uzeti samo pokretna stvar. Malobrojne sudske odluke u kojima sud dozvoljava retenciju nepokretnosti više predstavljaju izuzetak. Već smo izneli stav, u delu koji se odnosi na predmet retencije, da zakonska formulacija „neka dužnikova stvar" ne opravdava ovakav preovlađujući stav o nemogućnosti vršenja prava zadržavanja, odnosno prvog ovlašćenja, kada je reč o nepokretnosti. Ali da bi se izbegle nedoumice oko mogućnosti primene prvog ovlašćenja retencije na nepokretnosti, celishodno rešenje bi bila dopuna zakonske norme na način da se jasno naglasi ova mogućnost. Primer ovakvog normiranja srećemo u Nacrtu Zakonika o svojini koji u čl. 522 st. 1 jasno naglašava vršenje prvog ovlašćenja retinenta na nepokretnosti. Videli smo na primerima zakupa nepokretnosti, kad je zakupac imao određena ulaganja, da su sudovi donosili kontradiktorne odluke o mogućnosti retencije nepokretnosti. Upravo iz ovih razloga, jasna zakonska norma bi za posledicu imala jedinstvenu primenu zakona.

Predložene izmene bi institut retencije učinile efikasnijim sredstvom obezbeđenja potraživanja i istovremeno bi se izbegle nedoumice prilikom primene ovog instituta u sudskoj praksi.

Dražen Štrbac, LL.M.

IUS RETENTIONIS IN JURISPRUDENCE AND LEGAL PRACTICE

Summary

Ius retentionis, according to the Law of Contracts and Torts, is conceived as an institute that has a dual function, as a means of forcing the debtor to promptly settle his obligation, and as a means of settlement, if the debtor is unwilling or unable to fulfill his obligation. However, after almost five decades of application, there are some outstanding issues that create doubts in both legal theory and judicial practice, such as, legal nature of retention, the subject of retention, the claims secured by retention. These issues are the subject of the author's interest in this article.

Key words: *The subject of retention. – The claims secured by retention. – The two authorizations. – The legal nature of retention.*

UDK 346.545/.546 ; 347.72.037

*Dr Ivan Todorović**

ZABRANA KONKURENCIJE U KOMPANIJSKOM PRAVU

Zabrana konkurencije u kompanijskom pravu je u sukobu sa slobodom preduzetništva koju garantuje Ustav. Odnos između ovih pravnih instituta je takav da predviđena zabrana za lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu nekad može biti ništava ili može imati ograničeno dejstvo. U ovom radu se razmatra koji su opravdani izuzeci od važenja zabrane konkurencije, odnosno pod kojim okolnostima zabrana (definisana internim aktima privrednog društva, ugovorom ili zakonom), ne proizvodi dejstvo ili se njen opseg menja.

Ključne reči: *Zabrana konkurencije. – Izuzeci od zabrane konkurencije. – Fiducijarne dužnosti. – Dužnost lojalnosti.*

1. UVOD

Jedno od posebnih dužnosti koje imaju članovi uprave i vlasnici kapitala u privrednim subjektima je zabrana konkurencije. Takva zabrana se odnosi na slučajeve kada jedno isto lice (ili njemu povezana lica u smislu Zakona o privrednim društvima) ima status kontrolnog člana ili osnivača društva sa ograničenom odgovornošću, odnosno akcionara sa značajnim ili kontrolnim učešćem nad kapitalom u drugom pravnom licu koje ima sličan predmet poslovanja. Osim toga i radni odnos ili drugi vid angažovanja u konkurentskom društvu (npr. ugovor o delu), obavljanje slične delatnosti u vidu preduzetnike radnje, takođe predstavljaju radnju kršenja zabrane konkurencije.[1]

Razlog propisivanja zabrane leži u obezbeđivanju lojalnosti ovih lica prema privrednom društvu. Teško se može očekivati da će, recimo, direktor društva koje se bavi proizvodnjom prehrambenih proizvoda raditi samo u interesu tog preduzeća, ako on u isto vreme obavlja i

* Autor je advokat u Beogradu, *itodorovic@akt.rs.*

1 Zakon o privrednim društvima – ZOPD, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015, čl. 61 i 75.

funkciju direktora drugog društva koje pravi konkurentne proizvode. Ova dužnost da se uzdrži od rada i vlasništva nad kapitalom u konkurentnim društvima spada u fiducijarnu dužnost prema kompaniji, koja podrazumeva postupanje u interesu društva.[2] U osnovi ove ideje je premisa da lični interese subjekata koji imaju posebne dužnosti u društvu treba podrediti interesu društva.[3]

Zabrana konkurencije u kompanijskom pravu ima smisla kada se radi o dva privredna subjekta koja imaju isti ili sličan predmet poslovanja, jer u suprotnom ne postoji razlog da se jedno lice ograniči na vlasništvo ili upravljačku funkciju u više društava. Dakle, kada jedno društvo ne može imati bilo kakvih interesa u vezi sa privređivanjem drugog društva i kada imovina jednog društva ili poverljive informacije nisu iskorišćene za korist drugog subjekta, ova društva se ne mogu smatrati za konkurente, odnosno zabrana konkurencije nije na snazi.[4]

U kojoj meri je predmetna zabrana apsolutnog karaktera, tj. da li postoje izuzeci od postavljenog pravila i koje može biti opravdanje za takva odstupanja? Pre svega, zahtev da dva ili više privrednih društava imaju isti ili sličan predmet poslovanja može biti predmet tumačenja i dilema u praksi. Ako jedno privredno društvo proizvodi računarske komponente, a drugo programe za računare, da li su ta dva subjekta konkurenti? Zatim, kako treba ceniti situaciju kada jedno društvo pruža uslugu prevoza drumom, a drugo rečni transport ili recimo ako dođe do poređenja delatnosti knjigovodstvenih usluga i poreskog savetovanja? Da li se direktor društva može osloboditi zabrane konkurencije ako informiše društvo o poslovnoj šansi, a takva prilika se ne iskoristi od strane društva, odnosno ima li takvo lice pravo da iskoristi mogućnost u drugoj kompaniji kojoj takođe duguje posebne dužnosti?

Najbolje rešenje je naravno da se ovakva zabrana preciznije uredi u samim osnivačkim aktima privrednih društava, ali često u tim dokumentima ova tema nije detaljnije obrađena. Pritom treba imati u vidu da zabrana konkurencije ne može imati preširok opseg, jer bi to značilo nerazumno ograničenje člana društva, odnosno člana uprave. Razlog za opravdanu meru u kojoj će biti definisana zabrana je u tome

2 Mirko S. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2011, 136.

3 Jelena Lepetić, *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*, Beograd, 2015, 126.

4 Len Sealy, Sarah Warthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford 2008, 321.

što se njome ograničava sloboda obavljanja delatnosti. Stoga, sud može proglasiti preširoku zabranu ništavom.

Treba imati u vidu da usled kršenja dužnosti i zabrana koje su upućene licu sa dužnostima u smislu ZOPD, ta lica ne odgovaraju po principu objektivne odgovornosti, već po osnovu krivice.[5] Dakle, odgovornost za povredu zabrane konkurencije neće automatski nastajati kod lica koja krše zabranu, već treba utvrđivati okolnosti slučaja i proceniti da li postoji krivica na strani takvog lica za ponašanje protivno zabrani i da li zabrana može opstati u datim okolnostima.

U kakvom su odnosu zabrana konkurencije i dužnosti izbegavanja sukoba interesa? Uobičajeno se pravi razlika između ovih pojmova. To čini i naš ZOPD, pa se tako u članu 69 definiše da sukob interesa postoji kada lice koje ima posebne dužnosti prema društvu u svom interesu ili u interesu povezanih lica koristi imovinu društva, informacije do kojih je došao u društvu, zloupotrebi položaj u društvu, koristi mogućnosti za zaključenje poslova, koje se ukažu društvu. Sa druge strane, zabrana konkurencije ima za cilj da eliminiše mogućnost da lice sa posebnim dužnostima bude u situaciji koja podrazumeva sukob interesa. Stoga, razlika između ovih obaveza je u tome što zabrana konkurencije služi izbegavanju trajnih, dugoročnih odnosa u kojima može doći do preklapanja interesa rivalskih društava, dok se kod dužnosti izbegavanja sukoba interesa radi o konkretnoj poslovnoj prilici koja se ukazuje u datom trenutku licu sa dužnostima prema društvu. U engleskoj literaturi se za ove termine koriste nazivi *conflict of interest and duty* (sukob interesa i dužnosti) i *conflict of duty and duty*[6] (sukob više dužnosti, što bi bio pandan našem shvatanju pojma zabrane konkurencije). U tom smislu, zabrana konkurencije bi mogla imati apsolutni karakter – licu sa dužnostima prema društvu bi u tom slučaju uvek bilo zabranjeno da ima upravljačku funkciju ili vlasništvo u društvu rivalu, bez obzira na druge okolnosti. Na prvi pogled bi i odredbe našeg ZOPD mogle tako biti jezički tumačene, jer je jedini izuzetak koji se u čl. 75 pominje slučaj kada se dobije odobrenje odgovarajućeg organa društva,[7] a osim toga predviđena je mogućnost da se zabrana konkurencije precizira osnivačkim aktom, odnosno statutom društva.

5 Zlatko Stefanović, *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Beograd, 2017, 152.

6 *Ibid*., 310.

7 ZOPD, čl. 66.

Međutim, u ovom radu ćemo predstaviti argumente da ova zabrana može imati opravdane izuzetke.

Posebno je interesantna dilema u pogledu blokade u odlučivanju privrednog društva. U dvočlanim društvima sa ograničenom odgovornošću su takve situacije naročito učestale. Ako je jedan član ujedno i direktor društva, drugi član pri preraspodeli glasačkih prava u odnosu 50% za svakog člana, ne može u kraćem roku ishodovati smenu direktora, pa može biti onemogućen da na efikasan način utiče na donošenje odluka u privrednom društvu. Da li je u takvom slučaju zabrana konkurencije (zabrana da pomenuti član osnuje drugo privredno društvo koje se može smatrati rivalom) opravdana i da li proizvodi pravno dejstvo? Da li bi zabrana važila i u slučaju da društvo nema dovoljno sredstava da kupi određenu imovinu koja bi koristila delatnosti tog društva, a direktor ima priliku da tu imovinu stekne za drugu kompaniju u kojoj vrši upravljačke funkcije ili ima kontrolno učešće u kapitalu? Da li lice koje ima dužnosti prema društvu može izigrati zabranu konkurencije na taj način što će se povući sa upravljačke funkcije u društvu ili predati vlasništvo nad kapitalom društva, da bi imao takva svojstva u drugom društvu rivalu? To su neka od pitanja na koje želimo da pronađemo odgovore u ovom članku.

2. IZUZETAK U SLUČAJU EFEKTIVNOG ISKLJUČENJA IZ DONOŠENJA ODLUKA

Slučaj iz engleske prakse *In Plus Group Ltd v Pyke*[8] se ticao pitanja da li je narušena zabrana konkurencije kada postoji sukob između dva vlasnika i direktora društva. Naime, društvo *In Plus Group ltd* je imalo dva udeličara, koji su ujedno bili i direktori, *Pyke*-a i *Plank*-a. Odnosi između njih su narušeni i jedan od njih, *Pyke*, je bio potpuno isključen iz upravljanja kompanijom. Društvo mu nije više isplaćivalo mesečna primanja i nije imao informacije o poslovanju društva. Pored toga, *Pyke* je dao društvu zajam bez kamate, koji mu se više nije vraćao. S obzirom da je na takav način faktički izopšten iz poslovanja društva, on se odlučio da osnuje novu kompaniju *John Pyke Interiors ltd* i počeo je da sarađuje sa glavnim klijentom inicijalnog društva – *Constructive Interiors*, ugovarajući posao vrednosti 200.000 dolara. Drugi član, *Plank*, podnosi zatim tužbu protiv *Pyke*-a tvrdeći da je reč

8 In Plus Group Ltd v Pyke (2002) BCLC 201.

o povredi fiducijarnih dužnosti prema društvu i tražio je da sav profit koji je ostvaren preko tog drugog društva bude prenet na *In Plus Group ltd*. Sud je zauzeo stav da nije došlo do povrede zabrane konkurencije. Argumenti za ovu odluku su bili takvi da nije došlo do upotrebe imovine *In Plus Group ltd* od strane *Pyke*-a i da on nije koristio poverljive informacije iz tog društva. Prema shvatanjima suda, ne postoji kršenje klauzule konkurencije kada je direktor efektivno isključen iz upravljanja kompanijom. *Pyke* nije mogao uticati na donošenje odluka u društvu, faktički on nije više ni tretiran od strane društva, odnosno drugog partnera, kao direktor društva. Takva situacija je trajala šest meseci, pre nego što je podneta tužba. Međutim, sud je takođe naveo da su okolnosti slučaja bile drugačije, mogla bi postojati povreda zabrane konkurencije.[9]

Dakle, prilikom ovakvih situacija kod kojih dolazi do sukoba između lica koja su vlasnici i lica sa upravljačkim funkcijama, pa jedno od tih lica bude efektivno isključeno iz rada privrednog društva, treba analizirati sve okolnosti slučaja prilikom procene da li zabrana konkurencije za to lice i dalje važi. Ovde bi trebalo proceniti u kojoj meri je to lice isključeno iz funkcionisanja društva, koja prava su mu ograničena i zbog čega je došlo do toga. Ne bi trebalo automatski zauzeti stav da, kada lice ne može da ima uticaja na donošenje odluka i upravljanje društvom ono ima mogućnost da se oslobodi zabrane konkurencije, već treba sagledati širu sliku. Treba postaviti nekoliko pitanja. Da li je to lice koristilo prava koja su mu omogućena relevantnim propisima za zaštitu svojih prava, da li je ono moglo na efikasan (brz) način zaštiti svoje interese sudskim putem? Mišljenja smo da treba analizirati i razloge zbog kojih je došlo do blokade nekog člana društva, odnosno da li je taj član svojim postupcima dovodio do nastanka štete društvu. Konkurencija društvu, pa čak i u slučaju blokade odlučivanja i nemogućnosti da se ostvaruju vlasnička prava u društvu, uvek nosi rizik i jedina tzv. „sigurna luka" licu koje smatra da trpi štetu jeste da istupi iz društva,[10] a zatim da obavlja konkurentsku delatnost, pod uslovom da

9 Navedeno prema: Nicholas Bourne, *Bourne on Company Law*, Routledge, 2013, 194.

10 Steven B. Fuerst *et al.*, „Am I Handcuffed to My Business Partner?", dostupno na adresi: *https://www.lowenstein.com/files/Publication/050fcd58–8b72–4bfe-b529–8d40fc499672/Presentation/PublicationAttachment/c31678ac-cec1–4396–8176–9a085dfa535a/Am%20I%20Handcuffed%20to%20My%20Business%20Partner%20Bloombert%2003.09.pdf.*

nije predviđena zabrana i za period nakon prestanka statusa vlasnika ili zastupnika društva. U ovakvim slučajevima je od ključnog značaja analizirati kakvu je ulogu koji od partnera imao u društvu, koji član društva je doprinosio uspehu društvu, a koji se ponašao štetno, a to je često teško proceniti. „*Problem je proceniti kada opresivno ponašanje postaje toliko opresivno da sud može smatrati da je oslobađajuće za dužnosti.*“[11]

3. NEMOGUĆNOST DRUŠTVA DA ISKORISTI POSLOVNU PRILIKU

Interesantan je slučaj iz američke prakse *Irving Trust Co. v. Deutsch*[12] u kom se kao tužilac pojavilo društvo koja je imenovano za upravnika (engl. *trustee*) u stečajnom postupku nad kompanijom *Sonora Products Corporation*. Ovo društvo se bavilo proizvodnjom gramofona, radio aparata i sličnih proizvoda i za dalji napredak je bilo ključno da stekne pravo na licence određenih patenata u ovoj oblasti. Postojala je mogućnost da se takva prava steknu od *De Forest Radio Company* koja je bila u finansijskim poteškoćama. Ideja je bila da se kupi 600.000 akcija tog društva i da se reorganizuje njegovo poslovanje kako bi se sprečilo brankrotstvo. Pregovori nisu bili uspešno okončani, zbog nedostatka finansijskih sredstava na strani Sonore, ali je upravo tuženi *Deutsch*, direktor *Sonora Products Corporation* uspeo da u svoje ime stekne akcije *De Forest*-a i preproda ih trećem licu uz zaradu.

Argument koji je korišćen u odbrani *Deutsch*-a povodom tužbe zbog povrede fiducijarnih dužnosti je bio da društvo čiji je on bio direktor nije bilo u finansijskoj mogućnosti da iskoristi poslovnu priliku. Sud nije uvažio ove argumente i stao je na stanovište da ako bi se prihvatila takva odbrana, direktori bi stalno bili u iskušenju da se ne trude najviše što mogu da doprinesu uspehu društva kojim rukovode. U takvim situacijama je teško proceniti da li je direktor sa dovoljno truda pokušao da obezbedi finansije za realizaciju poslovne prilike.[13]

11 *Ibid.*

12 Irving Trust Co. v. Deutsch, 73 F. (2d) 121, 123 (C.C.A. 2d 1934).

13 Marc J. Lane, *Representing Corporate Officers, Directors, Managers and Trustees*, Wolters Kluwer, 2017, 5–30.

Identičan stav se zauzima i u nemačkom pravu.[14] U njihovoj literaturi se navodi da je direktor „uvek u službi" i da ima dužnost čak da saznanja koja dobije kao privatno lice iskoristi za potrebe privrednog društva.[15] Direktor ima obavezu da vodi računa o interesima kompanije i da propusti prilike u lično ime ili u ime drugih društava,[16] ako bi to moglo štetiti interesima društva prema kom duguje posebne dužnosti.

Gorenavedeni slučaj iz američkog prava nije tipičan za zabranu konkurencije, već za dužnost da se izbegava sukob interesa, međutim, ista argumentacija može da se iskoristi i za otklanjanje dileme u vezi sa mogućnošću da lice koje ima dužnosti prema društvu, osnuje drugo privredno društvo koje će iskoristiti poslovnu šansu. Ovakvi stavovi su očigledno prihvaćeni i u našem ZOPD, koji u delu koji reguliše dužnost izbegavanja sukoba interesa propisuje da ova dužnost postoji bez obzira da li je društvo bilo u mogućnosti da iskoristi imovinu i informacije za zaključenje posla.[17]

4. NIŠTAVE ZABRANE

U uvodnim izlaganjima smo naveli da zabrana konkurencije predstavlja ograničenje slobode preduzetništva, a ta sloboda je propisana i u našem Ustavu u članu 83. Stoga, zabrana treba da bude umerena i da ne zadire bez opravdanog razloga u propisanu slobodu. Dakle, ova zabrana, iako ugovorena, ne znači uvek da je i sprovodljiva, jer se može desiti da u slučaju spora sud zauzme stav da je zabrana preširoka po svom opsegu i da joj ne pridaje pravno dejstvo ili da se donese odluka da zabranu treba suziti po svom domašaju.

Ovde ćemo navesti jedan slučaj iz nemačke prakse,[18] gde je sud u postupku po tužbi holding kompanije protiv jednog od vlasnika holdinga, oglasio sledeću odredbu o zabrani konkurencije ništavom. Naime, odredba je glasila:

14 Christoph Torwegge, *Treue- und Sorgfaltspflichten im englischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, Leipzig, 2008, 224.

15 *Ibid.*

16 Susanne Strelau, *Wettbewerbsverbote für den GmbH-Geshäftsführer*, Marburg, 1999, 85.

17 ZOPD, čl. 69 st. 2.

18 OLG München, 11. 11. 2010. U (K) 2143/10, доступно на адреси: *https://openjur.de/u/487825.html.*

„[..] *Članovima društva i njegovim direktorima nije dopušteno da, direktno ili indirektno, u svoje ime ili u tuđe ime, za sopstveni ili tuđ račun, samostalno ili nesamostalno budu angažovani u preduzeću, koje je slično preduzeću ćerki firmi ili firmama koje učestvuju u društvu (holdingu prim. aut.), ili koje sa njima stoji u odnosu konkurencije ili bi moglo da stoji u takvom odnosu ili je u znatnoj meri održavalo odnose sa ćerkama firmama ili društvima koja učestvuju. Pod znatnom merom u tom smislu se smatraju odnosi sa naknadama od najmanje deset hiljada evra. Takođe je zabranjeno angažovanje u slobodnim i savetodavnim delatnostima. Na isti način je zabranjeno učestvovanje u takvim preduzećima ili savetovanje takvih preduzeća i njihovo vođenje, čak i indirektno, privremeno ili bez naknade.*"

Za povredu ovakve zabrane je bila ugovorena kazna u visini od pedeset hiljada evra po svakom pojedinom slučaju kršenja, a svake dve nedelje kršenja zabrane predstavljaju zaseban slučaj povrede ugovora. Tužilac je tražio da sud obaveže tuženog na isplatu ugovorne kazne u visini od dvesta hiljada evra sa kamatama.

Sud je zauzeo stav da je ovakva odredba ništava, jer zabrana treba da bude umerena, da u dovoljnoj meri pogoduje licu u čiju je korist ugovorena, ali da ona ne sme da zadire previše u slobodu preduzetništva. U ovom slučaju je ta mera premašena, jer ona izlazi iz okvira interesa društva koje treba štititi. Ova zabrana je obuhvatala, ne samo interese holding društva i trenutnih ćerki firmi, već navodi i da se ne mogu obavljati delatnosti kojima će se eventualno baviti buduće ćerke firme. Osim toga, u ovom slučaju nije bilo reči o direktoru, već o jednom od vlasnika društva koji sa svojim glasačkim pravima nije imao mogućnosti da blokira donošenje odluka u društvu. Ovako definisana zabrana nije bila ni određena po svojoj suštini, dakle nije bilo precizirano na koje se tačno delatnosti zabrana odnosi. Statut holding društva je sadržao i odredbu da član društva može tražiti odobrenje da obavlja delatnosti koje mogu biti slične delatnostima društva i ćerki kompanija, međutim, ako društvo takvu saglasnosti uskrati, lice koje je saglasnost zahtevalo može jedino da vodi sudski postupak kojim bi osporilo takvu odluku (kojom bavljenje sličnim delatnostima nije dozvoljeno), a takav postupak bi trajao mesecima samo u prvostepenom postupku. Takav teret vođenja postupka i predviđena klauzula zadiru u znatnoj meri u pravo na preduzetništvo tuženog člana društva, stoga sud je doneo odluku da je zabrana konkurencije ništava.

5. PRESTANAK VAŽENJA ZABRANE

U slučaju iz nemačke prakse[19] sud je rešavao spor u kom se postavilo pitanje da li zabrana konkurencije koja je ugovorena i za period nakon prestanka angažovanja važi, ako je direktor društva iz opravdanih razloga dao otkaz na tu funkciju? Direktor je ujedno bio i manjinski član u društvu i postojala je ugovorena zabrana konkurencije, koja je takođe bila predviđena i u statusnim aktima kompanije za period nakon prestanka funkcije. Direktor je dao otkaz i istupio je iz vlasništva iz opravdanog razloga (takav osnov u pogledu istupanja iz društva postoji i u našem ZOPD u čl. 188). Razlozi za takav potez su bile grube optužbe na skupštini društva usmerenih protiv direktora i odluke koje su donete na osnovu toga, a koje su se pokazale neosnovanim. Društvo je podnelo tužbu protiv ranijeg direktora, koji je bio angažovan u konkurentskoj kompaniji. Sud je doneo presudu prema kojoj uz postojanje opravdanih razloga za davanje otkaza i istupanje iz društva zabrana konkurencije prestaje da važi. Društvo se ponašalo na takav način (protivno načelu savesnosti i poštenja) da su postojali ozbiljni razlozi za to lice da istupi iz društva i povuče se sa funkcije direktora. Kada nastane takav odnos nepoverenja i kada jedna strana (privredno društvo) prekrši svoje obaveze, a u ovom slučaju sud je našao da je prekršeno načelo savesnosti i poštenja, otpada obaveza druge strane – dužnost da se poštuje zabrana konkurencije.

Tu treba primetiti da lice sa dužnostima može pokušati da zloupotrebi mogućnost otkaza i napuštanje vlasništva, kako bi iskoristilo poslovne šanse za svoju korist ili za korist trećeg lica, stoga važno je proceniti da li su za takve poteze postojali opravdani razlozi.

Da li se ovakvo rezonovanje može primeniti i u slučaju kada bi društvo ishodovalo isključenje člana ako on uzrokuje štetu društvu ili otežava poslovanje društva (čl. 196 ZOPD)? Tu je situacija obrnuta, dakle nije reč o licu sa dužnostima koje usled opravdanih razloga napušta vlasničke i upravljačke funkcije u društvu, pa ne dolazi više do primene klauzule konkurencije, već takvo lice negativno utiče na poslovanje preduzeća. Sa jedne strane, ako se kod takvog lica ne primenjuje više zabrana konkurencije nakon isključenja iz društva, onda je to lice pogodovano, jer ne samo da je štetilo društvu, već je tada i potpuno slobodno da obavlja poslove koji su konkurentni ranijem preduzeću.

19 OLG Celle, 24. 9. 2013 (9 U 121/12).

Sa druge strane, ako društvo uspe u naporima da isključi takvog člana, njegovo pravo na slobodu preduzetništva se ograničava, a on nema više priliku da učestvuje u poduhvatima društva čiji je bio član ili je u njemu imao upravljačku funkciju.

Čini se da u ovakvim slučajevima treba postupiti prema načelu pravičnosti. Zabrana ostaje na snazi sve dok se druga strana, društvo, pridržavalo svojih obaveza prema licu sa dužnostima. Dakle, ako bi lice sa dužnostima imalo opravdan razlog za istupanje iz društva, u tom slučaju zabrana ne bi imala obavezujuće dejstvo, jer to lice ne može da ostvari svoje interese u takvom privrednom društvu, pa ima razloga da mu se dozvoli da nastavi da privređuje u istoj ili sličnoj delatnosti na drugačiji način. Zatim, ako je lice sa dužnostima kršilo svoje obaveze prema društvu, pa bude isključeno, zvuči pravično da zabrana ostaje na snazi, onako kako je propisana, odnosno ugovorena. Kada bi, sa druge strane, organi društva razrešili direktora sa funkcije, pod okolnostima koje podrazumevaju da takvo lice nije kršilo svoje obaveza i ograničenja, već recimo nije ostvarivalo potrebne rezultate, mišljenja smo da bi zabrana predviđena za period nakon prestanka funkcije bila nepravična i da ne treba da joj se prizna pravno dejstvo.

6. OSNOVANOST ZABRANE

Da bi ugovorena ili propisana (u internim aktima društva) zabrana važila u punom opsegu, odnosno kako je predviđena, nije dovoljno da je ona formalno definisana, već ona treba suštinski da bude logična i opravdana. To znači da postoji stvarna potreba da se zabrani nekom licu sa dužnostima prema društvu da bude angažovan u društvu konkurentu. Primera radi, zabrana da direktor društva koje posluje na teritorijama bivših jugoslovenskih republika ne bi bila opravdana za recimo teritoriju Engleske, ako se interesi ovih društava ne mogu poklopiti, jer takva zabrana nema valjane razloge. Zabrana bi trebalo da bude i vremenski ograničena.

Ako nešto drugo nije propisano, pretpostavlja se trajanje zabrane dok lice sa dužnostima ima status člana (odnosno akcionara, ortaka) u društvu ili dok se obavlja određena upravljačka funkcija. Kada se želi postići da zabrana traje još neko vreme nakon prestanka takvog statusa, onda to treba posebno da bude predviđeno u ugovoru sa takvim licem ili u osnivačkom aktu ili statutu društva. Postavlja se pitanje koliko

takva zabrana može da traje, da li treba primeniti analogiju iz Zakona o radu[20] o maksimalnom trajanju od dve godine i o obavezi plaćanja naknade za udržavanje od obavljanja konkurentskih delatnosti? ZOPD rešava ovo pitanje i ograničava maksimalno trajanje zabrane na dve godine, dakle identično kao što to čini i Zakon o radu.

Ovde treba primetiti da lica koja obavljaju upravljačke funkcije u društvu nemaju status običnog zaposlenog, već oni donose odluke o rukovođenju društvom i mogu imati ključni uticaj na njegovo poslovanje. Isto se odnosi i na kontrolne članove i akcionare društva. Ova lica su, takođe, najpre u prilici da imaju saznanja (i da iskoriste) prilike koje se pružaju društvu i poverljive informacije. Međutim, zabrana ne treba da ima prevelik opseg i upravo je to razlog da njeno trajanje bude ograničeno. ZOPD ipak ne propisuje da je društvo dužno da plati naknadu da bi ograničenje bilo na snazi, kao što to čini Zakon o radu[21] u pogledu zaposlenog koji po prestanku radnog odnosa ne može raditi kod konkurenata ili obavljati za sopstveni račun istu ili sličnu delatnost u odnosu na društvo. Zakon o radu ne reguliše minimalne iznose koje raniji poslodavac treba da isplaćuje bivšem zaposlenom u tom slučaju.

U uporednom pravu se sreću rešenja prema kojima se određuju bar minimalni iznos naknada, pa npr. u Francuskoj naknada mora biti ugovorena u visini koja nije niža od 25% bruto zarade zaposlenog, koju je on ostvarivao u poslednjem mesecu rada kod tog poslodavca.[22] U Bosni i Hercegovini je to iznos koji odgovara najmanje polovini prosečne zarade zaposlenog u periodu od tri meseca pre prestanka ugovora o radu.[23] Takvu odredbu ima i hrvatski Zakon o radu u članu 103.[24] Da li bi i u slučaju lica sa posebnim dužnostima trebalo primeniti sličnu odredbu *de lege ferenda*?

Čini se da razlozi za propisivanje takvih minimalnih iznosa i generalno uzevši obaveznih naknada ne stoje i kod lica sa posebnim dužnostima prema društvu. Naime, ova lice imaju upravljačke ili vlasničke funkcije (ili obe), pa se može logično smatrati da su im i priman-

20 Zakon o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – odluka US, čl. 162.

21 Zakon o radu, čl. 163.

22 Ibp Inc., *France – Labor Law and Regulations Handbook*, Vol. I, 2015, 288.

23 Dragoljub Simonović, *Radnopravna čitanka*, Prva knjiga, Beograd, 2009, 475; Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 26/16 od 4. 4. 2016. godine, čl. 87.

24 Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14.

ja viša u odnosu na lica koja samo imaju zaposlenje u društvu. Stoga, njima je već obezbeđena finansijska samostalnost i isplata ovih naknada nije obavezna prema ZOPD. Naravno, ugovaranje naknade nije ni zabranjeno, pa se takva obaveza društva može propisati u osnivačkom aktu, odnosno statutu društva.

Osim teritorijalnog dejstva i perioda trajanja zabrane, važno je i da u pogledu suštine zabrane postoje opravdani razlozi. Interesi privrednog društva, beneficijara zabrane, treba da budu zaštićeni u dovoljnoj meri, ali ne treba da idu previše na štetu lica sa dužnostima prema društvu. Ideja u osnovi zabrane konkurencije je ta da lica koja su u vlasničkoj ili upravljačkoj strukturi društva imaju pristup poverljivim informacijama, planovima društva, listama klijenata i dobavljača, poslovnoj praksi i ovakvi podaci i kontakti se mogu iskoristiti za potrebe trećeg lica ili u svoje sopstvene potrebe, a takvo postupanje može ozbiljno naškoditi društvu u kom je to lice do tada imalo udeo u vlasništvu ili angažovanje. Stoga se zabranom konkurencije želi izbeći mogućnost da takvo lice iskoristi takva saznanja i podatke, jer postoji opasnost da ono usmeri partnere društva na drugi privredni subjekt i da razvije njegovo poslovanje, na štetu ranijeg društva.

Ne treba zaboraviti da naš ZOPD predviđa mogućnost da se i drugim licima, osim onim navedenim u članu 61, nametnu dužnosti prema društvu. Tu je takođe potrebno ispitati da li je predviđena zabrana racionalna, odnosno da li je položaj takvog lica takav da može imati pristup poverljivim informacijama i poslovnim tajnama društva, da može doći u poziciju da ugrozi društvo.[25] Ako takve pozicije nema, zabrani ne treba priznati dejstvo.

7. ZABRANA KONKURENCIJE U STEČAJU

U odnosu na društva koja redovno posluju na tržištu, stečaj podrazumeva poseban režim za učesnike u pogledu potraživanja poverilaca, obaveza stečajnog dužnika, uticaja na pravne poslove, sudske i druge postupke. Stečaj takođe podrazumeva i posebne dužnosti i obaveze stečajnog upravnika, pa treba razmotriti da li bi zabrana konkurencije trebalo da važi i za ovo lice. U domaćoj praksi se stečajni upravnici imenuju često za veći broj stečajnih postupaka, stoga može

25 Kevin Allen, Jennifer Schlatter, *Labor and Employment Law*, The Colorado Lawyer, Vol. 34, No. 11, November 2005, 66.

se desiti da oni upravljaju u više društava koji imaju sličnu delatnost. Takođe je interesantna tema, da li nakon usvajanja plana reorganizacije važi zabrana konkurencije u neizmenjenom obliku, kako je to predviđeno Zakonom o privrednim društvima.

Stečajni upravnik ima obaveze da zaštiti imovinu stečajnog dužnika, popiše je i uđe u njen posed, proceni je, stara se o završetku započetih a nezavršenih poslova stečajnog dužnika, utvrđuje i osporava potraživanja, vrši unovčenje imovine i namiruje poverioce i druge obaveze. Tokom ovih aktivnosti, pre svega kada se radi o završetku započetih poslova, stečajni upravnik može doći u sukob interesa ako takođe upravlja drugim privrednim društvom (bilo da je u stečaju ili van njega), koje može imati sličnu delatnost. Da li i za stečajnog upravnika važi zabrana konkurencije? Ovde treba imati u vidu i činjenicu da Zakon o stečaju ne sadrži odredbe o shodnoj primeni ZOPD u postupku stečaja. Bez obzira što domaće zakonodavstvo ne propisuje posebno obaveze i dužnosti poput onih koje su predviđene u ZOPD, stečajni upravnik mora obratiti pažnju da ne ošteti bilo kog stečajnog dužnika kojim upravlja. Dakle, stečajni upravnik može biti angažovan u više konkurentskih društava koja su u postupku stečaja, ali pri tome treba pokazati pažnju dobrog stručnjaka, izbegavati situacije u kojima može doći do sukoba interesa više društava. Verovatno će ovo u praksi biti retke situacije, jer stečajni upravnik ne ugovara nove poslove, niti traži nove poslovne prilike, već se stara da se započeti poslovi završe. Stečajni upravnik je dužan da postupa objektivno i nepristrasno, pa je tako i u obavezi da obavesti stečajnog sudiju pre ili prilikom imenovanja ako postoji bilo kakav razlog da se sumnja u njegovu pristrasnost sa stečajnim dužnikom.[26] Ako tokom rada stečajnog upravnika dođe do situacija sa potencijalnim konfliktom interesa između više društava koje on zastupa i kojima upravlja, mišljenja smo da bi stečajni upravnik trebalo da obavesti o tome stečajnog sudiju i odbor poverilaca i da za preduzimanje aktivnosti povodom takvih poslova traži saglasnost odbora poverilaca, kao kada je reč o preduzimanju radnji od izuzetnog značaja.

U reorganizaciji dolazi do novog načina uređivanja odnosa između stečajnog dužnika i poverilaca, obaveze subjekta reorganizacije i prava drugih lica se uređuju isključivo prema pravilima iz plana reogranizacije. Da li se na vlasnike društva primenjuje zabrana konku-

26 Vuk Radović, *Stečajno pravo – knjiga prva*, Beograd, 2017, 283.

rencije propisana ZOPD? Da li takva zabrana postoji za rukovodstvo stečajnog dužnika?

Imajući u vidu da je plan reorganizacije izvršna isprava i da je stečajni dužnik u obavezi da postupa po planu, vlasnici kapitala ne mogu na skupštini društva donositi odluke koje su protivne odredbama plana. Dakle, poslovni pravac koji će dužnik pratiti po pravnosnažnom usvajanju plana je unapred određen, stoga članovi društva, odnosno akcionari, nemaju u formalnom smislu preveliki uticaj na tok reorganizacije (u manjim društvima je ovakav uticaj teško izostaviti u praksi). Opreza radi, a s obzirom na domaću poslovnu praksu, smatramo da bi zabrana konkurencije trebala biti važeća i za vlasnike društva u reorganizaciji, jer su oni često u prilici da iskoriste poverljive informacije i poznanstva, kako bi nastavili sa radom posredstvom drugih svojih kompanija. Da bi se sprečilo da se na ovaj način negativno utiče na društvo u reorganizaciji i da se izbegne šteta po poverioce (koji su već u lošem položaju zbog stečaja nad dužnikom), trebalo bi smatrati da su vlasnici u obavezi da poštuju zabranu konkurencije predviđenu ZOPD. Isto bi trebalo da važi i za članove uprave društva u reorganizaciji, jer je važno da ti članovi sve svoje mogućnosti usmere na sprovođenje plana reorganizacije.

8. ZAKLJUČAK

Zabrana konkurencije je institut koji je sastavni deo dužnosti lojalnosti privrednom društvu. Ova zabrana pretenduje da isključi na trajnoj osnovi potencijalne sukobe interesa između lica koja duguju ove dužnosti društvu, pa tako ova lica ne mogu u svoje ili u tuđe ime imati rukovodeće položaje u konkurentnim društvima, a takođe ne mogu ni imati vlasnički udeo u drugim takvim preduzećima. Zabrana je dispozitivnog karaktera, pa je moguće bliže precizirati njen opseg, moguće je proširiti na druga lica van oni predviđenih u ZOPD, ali se ona može i potpuno isključiti. Ipak, zabrana treba da bude racionalno formulisana i da ne zadire previše u slobodu preduzetništva lica na koje se odnosi, tj. potrebno je da ona štiti legitimne interese društva u čijem interesu se zabrana i propisuje.

Zabrana konkurencije je kao pravni institut u sukobu sa slobodom preduzetništva. Odnos između ove dužnosti i prava se u svakom konkretnom slučaju ima ispitati, kako bi se odgovorilo na pitanje gde

prestaju legitimni interesi privrednog društva, tj. gde je brana od takve zabrane, koju postavlja Ustav.

Mišljenja smo da zabrana nema apsolutni karakter, tj. da postoje slučajevi – opravdani izuzeci, kada ona, iako predviđena ili ugovorena, nema pravno dejstvo. Ovakve situacije podrazumevaju posebne okolnosti. Tako je kod neopravdanog efektivnog isključenja jednog člana društva, odnosno akcionara, koji bi prema internim aktima društva mogao značajno uticati na poslovanje preduzeća. Smatra se da ovakvo lice nije više u obavezi da poštuje zabranu konkurencije, jer je ono već isključeno iz poslovanja jednog društva, pa bi zabrana da ima angažman ili vlasništvo u drugom društvu potpuno ograničila njegova prava na privređivanje. Identičan stav treba zauzeti kada udeličar, odnosno akcionar, istupi iz društva iz opravdanog razloga.

Dakle, da bi se donela odluka o tome da li zabrana treba u konkretnom slučaju da važi, neophodno je detaljno sagledati okolnosti slučaja, a ne samo automatski zaključiti da je neko lice prekršilo zabranu, čim je došlo do angažovanja u društvu konkurentu.

Ivan Todorović, PhD
Attorney at Law in Belgrade

DUTY NOT TO COMPETE IN THE COMPANY LAW

Summary

The duty not to compete is in conflict with the right to free enterprenuership, which is guaranteed by the constitution. The relation between these legal instruments is such that the prescribed duty for the person with special duties towards the company can be null and void or it can have a limited scope. This article presents justified exceptions from the duty not to compete, i.e. under which circumstances this duty (defined in the internal acts of the company, by contract or by law) does not have the legal effect or its scope should be amended.

Key words: *Duty not to compete. – Exception to the duty not to compete. – Fiduciary duties. – Duty of loyalty.*

UDK 336.221.4(497.16)

*Dr Ilija Vukčević**

USTAVNI PRINCIP ZAKONITOSTI POREZA I PORESKE OLAKŠICE: DA LI JE USTANOVLJAVANJE PORESKIH OLAKŠICA NA OSNOVU PODZAKONSKIH AKATA U PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE SUPROTNO USTAVU?

Ustavno načelo zakonitosti poreza iz člana 142 stav 3 Ustava Crne Gore predstavlja neizostavnu garanciju imanentnu svim savremenim ustavnim tekstovima. Naime, princip da samo zakon može biti izvor oporezivanja – „nullum trinutum sine lege", daje isključivo pravo zakonodavnoj vlasti da normira sve najvažnije elemente zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja svih poreskih oblika. Međutim, u pogledu same formulacije ovog poreskog načela ne postoji jednobrazno rješenje, što pruža mogućnost različitih interpretacija njene sadržine, pa u tom kontekstu ulogu vrhovnog arbitra imaju nacionalni ustavni sudovi. Cilj ovog rada jeste upravo pokušaj da se utvrdi sadržina ovog ustavnog načela u pravnom sistemu Crne Gore, u kontekstu ustaljene prakse zakonodavca, da delegira izvršnoj vlasti nadležnost da putem podzakonskih akata ustanovljava poreske olakšice. Preciznije, rad se bavi problematikom pojave tzv. „ekcesivne delegacije" nadležnosti u oblasti poreza, kojom se izvršnoj vlasti daje mogućnost normiranja materije koja treba da bude u isključivoj ingerenciji zakonodavca. Analiza uporednih ustavnih rješenja, kao i principa izgrađenih u praksi Ustavnog suda Crne Gore, u pogledu ustanovljavanja poreskih olakšica, ukazuju da Skupština kao zakonodavac konstantno krši princip zakonitosti poreza, prenošenjem svojih ekskluzivnih nadležnosti na Vladu Crne Gore.

Ključne reči: *Ustavno načelo zakonitosti poreza. – Poreske olakšice. – Delegacija nadležnosti. – Podzakonski akti.*

* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Donja Gorica, Podgorica, Crna Gora, *ilija.v.vukcevic@gmail.com.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Poslednja decenija u crnogorskom pravnom sistemu donosi veliku „borbu" između Vlade Crne Gore (u daljem tekstu: Vlada) i Skupštine Crne Gore (u daljem tekstu: Skupština) u oblasti oporezivanja. Naime, načelno je prisutna tendencija da izvršna vlast vrši stalnu uzurpaciju nadležnosti zakonodavca u predmetnoj materiji. Međutim, možemo primijetiti da se ova pojava odvija uz prećutnu saglasnost zakonodavca, odnosno Skupština usvajanjem raznih spornih rješenja u zakonskim tekstovima dobrovoljno vrši transfer poreskih ovlašćenja u sferi oporezivanja na Vladu. Zakon o regionalnom razvoju, kao i Zakon o budžetu i fiskalnoj odgovornosti predstavljaju samo neke od primjera da zakonodavac na osnovu uopštenih formulacija ustanovljava pravo da Vlada svojom uredbom reguliše pitanje davanja poreskih olakšica bez pripisivanja bilo kakvih preciznijih kriterijuma.

U konkretnom slučaju nije riječ o dilemi da li postoji pravni osnov za donošenje ovih uredbi jer isti je propisan zakonom, već, kako to Ustavni sud Crne Gore (u daljem tekstu: Ustavni sud) definiše, da li je prisutan višak delegacije ovlašćenja – „ekscesivna delegacija". Preciznije, u predmetnoj situaciji Vlada nije prigrabila određena ovlašćenja bez pravnog osnova utvrđenog zakonom, već da Skupština svojevoljno vrši na neustavan način prekomjerno prenošenje ovlašćenja na izvršnu vlast. Dakle, postavlja se pitanje da li je moguće, iako postoji osnov u nekom zakonskom tekstu, na izvršnu vlast prenijeti originerno ovlašćenje Skupštine, da utvrđuje osnovne elemente svakog poreskog oblika, u konkretnom slučaju ustanovljavanje poreskih povlastica (olakšice, izuzeća)?

2. USTAVNO NAČELO ZAKONITOSTI POREZA

Prelaskom iz apsolutističkog sistema vladanja na demokratski sistem, vrhovni politički autoritet reprezentovan je od strane zakonodavnih tijela, kojima su date u nadležnost odluke u pogledu poreske politike, da bi ih na taj način uzeli iz ruku izvršne vlasti, dakle vlade, te tako pažena od strane predstavnika svih građana. Dakle, samo parlament osigurava cjelovito zastupanje građana pa, iako vlada ima većinu u Skupštini, odluke Skupštine imaju veći stepen reprezentativ-

nosti od onih izvršne vlasti.[1] Riječima Džejmsa Otisa koje je izrekao u polemici sa engleskim Parlamentom – „oporezivanje bez parlamentarizma je tiranija".[2] Preciznije, riječ je o poreskom principu *nullum tributum sine lege*, odnosno da nema oporezivanja bez zakona. Princip zakonitosti poreza, u najkraćem, pretpostavlja da se porezi, kao i druge dažbine, mogu uvoditi isključivo putem zakona. Preciznije, porezi se stoga ne mogu uvoditi u sistem u bilo kojem pravnom obliku, nego samo u obliku pravne norme u obliku zakona.[3] Predmetno ovlašćenje Skupštine potvrđuje i Ustavni sud:

> „...Uvođenjem osporenih naknada za izgradnju autoputa i reprezentativni sport, bez osnova sadržanog u zakonu, Vlada je, po nalaženju Ustavnog suda, prekoračila Ustavom utvrđena ovlašćenja i povrijedila odredbe člana 91 stav 2 i člana 142 stav 3 Ustava, kojima je utvrđeno da Skupština većinom glasova svih poslanika donosi zakone kojima se uređuju materijalne obaveze građana, odnosno da se porezi i druge dažbine mogu uvoditi samo zakonom (*nullum tributum sine lege*)."

2.1. Korelacija između načela zakonitosti i načela zakonitosti poreza u praksi Ustavnog suda Crne Gore

Najbolji način za razumijevanje sadržine načela zakonitosti poreza iz člana 142 stav 3 Ustava jeste njegovo sagledavanje kroz prizmu dva druga opšta ustavna načela. Riječ je o opštem načelu zakonitosti iz člana 145 Ustava, kao i načelu podjele vlasti iz člana 11 stav 3 Ustava. Kada je riječ o načelu zakonitosti, Ustavni sud ga dovodi u direktnu vezu sa širim ustavnim načelom vladavine prava:

> „Načelo zakonitosti (član 145 Ustava) predstavlja jedno od osnovnih ustavnih načela i direktno je povezano sa načelom vladavine prava, koje utvrđuje da je država zasnovana na vladavini prava (član 1 stav 2) i da je vlast ograničena Ustavom i zakonom (član 11 stav 3.). Posljedica ovakvih ustavnih određenja je da su organi vlasti vezani Ustavom i zakonom, kako u pogledu svojih normativnih, tako i drugih ovlašćenja."[4]

1 R. Lupi, *Diritto tributario – Parte generale*, Giuffre Editore, Milano 2005, 21–22.

2 G. Paović-Jeknić, *Budžetsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2007, 21.

3 B. Jelčić, O. Lončarević-Horvat, J. Šimović, H. Arbutina, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb 2002, 226.

4 Ustavni sud Crne Gore, (10. februar 2016) U-II br. 66/13, pasus 6.

Dakle, u pravnom sistemu mora postojati jasna podjela nadležnosti između različitih grana vlasti koju je postavio Ustav, pa se takav njihov položaj ne smije mijenjati:

> „Opšti princip podjele vlasti ostvaruje se, pored ostalog, kroz funkcionalnu nepromjenljivost, odnosno postojanost Ustavom izvršene podjele funkcija između pojedinih grana vlasti – zakonodavne, izvršne i sudske. Svaka grana vlasti, ponaosob, može se kretati samo u granicama pravnih funkcija i ovlašćenja koja su joj Ustavom povjerena.... Nadležnosti propisane Ustavom za svaku od državnih vlasti ne mogu biti ni proširene ni ograničavane zakonom, a još manje podzakonskim propisima, jer bi se time mijenjao njihov ustavni položaj i njihovi međusobni odnosi, a time i osnovna obilježja ustavnopravnog poretka, kakav je utvrđen Ustavom..."[5]

Na osnovu navedenog, ustavno načelo zakonitosti podrazumijeva da Vlada ima nadležnost za donošenje opštih propisa u cilju izvršenja zakona:

> „Načelo zakonitosti podrazumijeva da se podzakonski propisi donose na osnovu normativno utvrđenog ovlašćenja donosioca akta. Prema Ustavu, generalno ovlašćenje za donošenje propisa (za izvršavanje zakona) ima Vlada, a organi uprave, lokalna samouprava ili drugo pravno lice, kada su na to, po određenim pitanjima, ovlašćeni zakonom."[6]

Drugim riječima, izvršna vlast nema ovlašćenja da uređuje materiju koja je rezervisana za zakonodavca:

> „...donosi uredbe, odluke i druge akte za izvršavanje zakona (član 100 tač. 2 i 3). Iz navedenih ustavnih određenja, proizilazi da se uredbom i drugim opštim aktima Vlade ne mogu uređivati odnosi iz nadležnosti zakonodavnog organa..."[7]

Ustavni sud pojašnjava kriterijume na osnovu kojih će se smatrati da je podzakonski akt suprotan zakonu:

> „...zakon mora biti osnov za donošenje podzakonskog akta i obuhvatati samo ono što proizilazi iz zakonske norme a njom nije izričito uređeno. U postupku ocjene saglasnosti takvog propisa s Ustavom i zako-

5 Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2015) U-II br. 14/15, U-II br. 15/15, i U-II br. 19/15, pasus 9.1.1.

6 Ustavni sud Crne Gore (10. februar 2016) U-II br. 66/13, pasus 6.

7 Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2015) U-II br. 14/15, U-II br. 15/15, i U-II br. 19/15, pasus 9.1.1.

> nom ispituje se (1) da li ga je donio ovlašćeni organ, zatim (2) da li je donosilac imao zakonsko ovlašćenje za njegovo donošenje (pravni osnov) i (3) da li propis po svojoj sadržini, cilju i obimu odgovara onim okvirima koje mu je odredio zakon."[8]

Upravo, treći zahtjev koji utvrđuje Ustavni sud, preciznije, „da li propis po svojoj sadržini, cilju i obimu odgovara onim okvirima koje mu je odredio zakon", nalazi se u direktnoj korelaciji sa ustavnom garancijom „zakonitosti poreza" iz člana 142 stav 3 Ustava. Naime, ovaj ustavni princip predviđa da samo zakon može biti izvor poreske obaveze: „Porezi i druge dažbine mogu se uvoditi samo zakonom." Problem i cilj svake nacionalne ustavnosudske instance jeste da utvrdi koja je to poreska materija isključivo vezana, odnosno stavljena u nadležnost zakonodavcu, a koju je moguće da zakonodavac prepusti na regulisanje izvršnoj vlasti.

Problem koji u vezi sa ovim pitanjem postoji, Ustavni sud u svojoj praksi definiše kao „ekcesivnu delegaciju", koja postoji kada se zakonom na izvršnu vlast prenese više nadležnosti nego što je to na osnovu Ustava dozvoljeno. Drugim riječima, to su situacije kada se izvršnoj vlasti daje mogućnost da odlučuje o materiji koja je ekskluzivna nadležnost zakonodavca:

> „Uređujući aktom niže pravne snage, pravnu materiju čije je uređivanje u isključivoj nadležnosti zakonodavca Vlada je, po ocjeni Ustavnog suda, istovremeno povrijedila i načelo podjele vlasti iz odredbe člana 11 stav 3 Ustava. Naime, načelo podjele vlasti iz odredaba člana 11 Ustava, iako samo po sebi nema nezavisnu vrijednost, jedno je od elemenata vladavine prava, jer sprječava mogućnost „uzurpacije ovlašćenja" jedne grane vlasti od strane druge, ali i pojavu „ekscesivne delegacije" ovlašćenja nadležnih organa na organe koji po Ustavu vrše druge poslove i imaju druga ovlašćenja."[9]

2.2. Dileme u pogledu sadržine načela zakonitosti poreza

U cilju formulisanja sadržine načela zakonitosti poreza, treba uzeti u obzir da je u pogledu opšteg načela zakonitosti moguće govoriti o apsolutnoj i relativnoj nadležnosti Parlamenta, da određenu materiju

8 Ustavni sud Crne Gore (10. februar 2016) U-II br. 66/13, pasus 6.

9 Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2015) U-II br. 14/15, U-II br. 15/15, i U-II br. 19/15, pasus 9.1.1.

reguliše isključivo zakonom. Naime, Ustavni sud Italije, iako to nije eksplicitno zapisano u Ustavu Italije, razvio je u pogledu njegovog člana 23, koji definiše pitanja koja mogu biti regulisana isključivo zakonom, podjelu na materiju koja je „apsolutno rezervisana" za regulisanje putem zakona, nasuprot materiji koja je „relativno rezervisana" za zakonodavno uređenje. Samo kada je materija „apsolutno rezervisana" za regulisanje putem zakona, nema mogućnosti da se ista normira pozakonskim aktima.[10]

U tom kontekstu jasno je da cjelokupna poreska materija ne može biti uređena isključivo putem zakonskih normi. Dileme se, međutim, pojavljuju kod određivanja onih pitanja koja se moraju urediti zakonom, ako se ne želi narušiti princip zakonitosti, odnosno, posmatrano iz drugog ugla, pitanja koja se mogu prepustiti podzakonskoj regulativi, a da pomenuti princip ne bude napušten. U poreskoj materiji susreće se nekoliko vrsta podzakonskih propisa, od kojih su najrasprostranjeniji: 1) odluke, koje donosi skupština (najčešće opštine ili grada); 2) uredbe, koje donosi vlada; i 3) pravilnici, koje donosi državni organ uprave (ministar).[11] U crnogorskom pravnom sistemu u oblasti poreza, moguće je naići i na tzv. instrukcije. Osnov donošenja instrukcija nalazimo u članu 69 Zakona o državnoj upravi u okviru ovlašćenja Ministarstva u vršenju nadzora nad zakonitošću i cjelishodnošću rada organa uprave.[12] Ovaj podzakonski akt najnižeg reda obično sadrži isključivo norme koje regulišu određena procesna pitanja.[13]

Najsporniji su dometi uredbodavne vlasti u poreskoj materiji. Ovdje imamo u vidu samo tzv. „prave nesamostalne uredbe", koje služe izvršenju zakona, konkretizujući njegove principe i odredbe.[14] Pravni osnov donošenja ove vrste uredbi nalazimo u članu 100 stav 1 tačka 3 koji propisuje nadležnosti Vlade. Praksa Ustavnog suda potvrđuje da je cilj uredbe da se izvrši „razrada odnosa uređenog zakonom". Iz nave-

10 R. Lupi, *op. cit*., 29.

11 D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 39–40.

12 Zakon o državnoj upravi, *Službeni list RCG*, br. 38/03, *Službeni list CG*, 22/08, 42/11.

13 Npr. Instrukcija o načinu i postupku ostvarivanja prava na oslobođenje od plaćanja carine za robu koja se unosi kao ulog stranog ulagača po osnovu člana 184 stav 1 tačka 16 Carinskog zakona, *Službeni list CG*, br. 07/02, 38/02, 72/02, 21/03, 29/05 i 66/06 i *Službeni list CG*, br. 21/08.

14 D. Popović, *op. cit.*, 40.

denog slijedi, da je u poreskoj materiji za donošenje uredbe neophodno da određeni poreski zakon predviđa tu mogućnost. U suprotnom, postojanje ovakve uredbe nije u skladu sa Ustavom:

> „U pravnom osnovu za donošenje osporene uredbe nije navedena odredba Ustava (član 100 stav 1 tačka 3), koja daje generalno uredbodavno ovlašćenje Vladi da, uvijek kada ocijeni da je neophodno „donese uredbu", odluku ili drugi akt za izvršavanje određenog zakona, niti su navedene odredbe zakona radi čijeg izvršenja je Uredba donijeta. Ustavni sud ukazuje da odredba člana 17 Uredbe o Vladi, sama po sebi ne može biti pravni osnov za donošenje osporene Uredbe."[15]

Sadržina uredbe se mora kretati u okviru parametara koje je postavio zakon kojim je ustanovljen osnov za njeno donošenje. Takođe, pošto uredbodavno ovlašćenje crpi svoj osnov iz zakona, uredba ne može neki pravni odnos regulisati na drugačiji način od zakona:

> „Iz navedenih odredaba Ustava, po ocjeni Ustavnog suda, proizilazi da normativna ovlašćenja Vlade nijesu inicijalna i originerna, već sekundarna i derivativna, odnosno da uredba po svojoj pravnoj prirodi, kao akt za izvršenje zakona mora biti saglasna sa zakonom i da ne može „ići" *contra legem*."[16]

Na osnovu navedenog nesumljiv je zaključak da bi uredbodavna vlast u oblasti poreza vršila svoju funkciju u skladu sa Ustavom, zakon mora sadržati eksplicitan osnov za donošenje uredbe, a ista mora poštovati granice nadležnosti koje su joj povjerene na osnovu zakona. Međutim, dilema koja predstavlja motiv ovog rada jeste: koja je to poreska materija koja nikada ne može biti predmet delegacije nadležnosti sa zakonskog na podzakonski akt. Drugim riječima, iako postoji zakonski osnov za donošenje podzakonskog akta, iako se vlada kretala u okvirima povjerene nadležnosti, sama poreska materija koja joj je povjerena nikada ne može biti predmet podzakonskog normiranja. U tom kontekstu postavlja se pitanje: da li normiranje poreskih olakšica, kao jednog od najvažnijih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, može biti predmet delegacije nadležnosti iz zakonodavne sfere u sferu podzakonskih akata, te da li postoje uslovi kada je to moguće?

---

15 Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2015) U-II br. 14/15, U-II br. 15/15, i U-II br. 19/15, pasus 8.1.

16 *Ibid.*

3. PODZAKONSKI AKTI KOJIMA SE PRUŽAJU PORESKE OLAKŠICE U PRAVNOM SISTEMU CRNE GORE

Zakonski opis poreskog činjeničnog stanja definiše se kao ukupnost apstraktnih pretpostavki sadržanih u poreskim zakonima, čijim konkretnim ostvarivanjem nastupaju određene poreskopravne posljedice Zakonski opis poreskog činjeničnog stanja predstavlja, dakle, apstraktnu sliku konkretnog stanja stvari. Poreski zahtjev države u užem smislu, kao i korespondirajuća poreska obaveza na strani poreskog dužnika, nastaju samo onda kada se mogu utvrditi konkretne činjenice i događaji pravnog ili ekonomskog života, koji se mogu podvesti pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja. Isti redovno obuhvata: 1) poreskog dužnika; 2) poreski objekat; 3) poresku osnovicu; 4) poresku stopu; i 5) poresku olakšicu.[17]

Termin poreske olakšice ukazuje na različite institute koji postoje u fiskalnim propisima čiji je cilj davanje preferencijalnog tretmana određenim poreskim obveznicima. Poreske olakšice se uvode zbog određenih specifičnih subjektivnih ili objektivnih situacija koje zahtijevaju posebnu zaštitu. Dakle, zbog motiva socijalne politike ili ekonomskog razvoja mogu biti izuzeti (potpuno ili djelimično) od nametanja poreske obaveze određeni događaji.[18] Sa stanovišta načina na koji se pruža poreska olakšica, razlikujemo nekoliko različitih mehanizama: 1) olakšice u pogledu poreskog obveznika; 2) olakšice u pogledu poreske osnovice; 3) olakšice u pogledu visine poreske stope; 4) olakšice u pogledu obračunatog poreza.[19]

Jedan od najboljih primjera problema odobravanja poreskih olakšica na osnovu podzakonskih akata predstavlja ovlašćenje Vlade da uvede i uredi fiskalne olakšice u okviru tzv. biznis zona, na osnovu Zakona o regionalnom razvoju[20]. Na osnovu člana 19a predmetnog zakona podsticanje razvoja obezbjeđuje se davanjem subvencija, subvencija kamatne stope za zajmove, povoljnih kredita, garancija, fiskalnih olakšica i drugih, dok član 19b propisuje i mogućnost podsticanja

17 D. Popović, *op. cit.*, 89 i 180.

18 G. de Luca, *Diritto Tributario*, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, Napoli 2008, 149–150.

19 D. Popović, *op. cit.*, 205–206.

20 Zakon o regionalnom razvoju, *Službeni list Crne Gore*, br. 20/2011 i 20/2015.

razvoja kroz osnivanje biznis zona. Dodatno, član 20 stav 1 predviđa mogućnost da se u cilju podsticanja razvoja manje razvijenih jedinica lokalne samouprave, pored podsticaja iz člana 19a ovog zakona, obezbjeđuju i dodatne fiskalne olakšice. Sve pobrojane odredbe praćene su i normama kojima se delegira nadležnost regulisanja pobrojanih pitanja regionalnog razvoja na izvršnu vlast. Na osnovu ovih prenesenih ovlašćenja, Vlada je u cilju regulisanja materije uređenja i funkcionisanja biznis zona, na osnovu člana 19a Zakona o regionalnom razvoju donijela Uredbu o biznis zonama,[21] koja u članu 15 predviđa olakšice za korisnike istih u pogledu plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje na zarade, doprinosa Fonda rada, kao i u pogledu poreza na dohodak fizičkih lica za lica zaposlena u biznis zonama.

Sličnu delegaciju nadležnosti na izvršnu vlast u pogledu regulisanja poreskih olakšica koje se tiču odlaganja plaćanja poreza, konverzije poreskog duga u kapital privrednog društva i mogućnosti plaćanja poreskog duga imovinom privrednog društva. Naime, Zakon o budžetu i fiskalnoj odgovornosti[22] u članu 12 propisuje načelnu formulaciju da Ministarstvo finansija može odložiti naplatu poreskih i neporeskih potraživanja koja pripadaju budžetu države, odobriti plaćanje u ratama i kapitalizovati poreska i neporeska potraživanja za namjene regionalnog razvoja, restrukturiranje privrednih subjekata, kao i za druge namjene, u skladu sa propisom koji donosi Vlada a kojim se utvrđuju uslovi za odlaganje naplate poreskih i neporeskih potraživanja. Slično, Zakon o budžetu za 2017. godinu u opštim odredbama člana 17 predviđa mogućnost da se poreska potraživanja mogu naplatiti izuzetno i imovinom poreskih obveznika u skladu sa propisom koji donosi Vlada, kao i da se poreska i ostala potraživanja Vlade mogu naplatiti konverzijom u kapital u privrednim društvima,[23] na osnovu saglasnosti Vlade,

21 Uredba o biznis zonama, *Službeni list Crne Gore*, br. 77/2016.

22 Zakon o budžetskoj i fiskalnoj odgovornosti, *Službeni list Crne Gore*, br. 20/14.

23 Treba primijetiti da je stav 2 člana 17 Zakona o budžetu za 2017. godinu, sporan u kontekstu još jednog ustavnog principa. Riječ je o načelu jedinstva pravnog poretka iz člana 145 Ustava, s obzirom na to da je pitanje uređeno sa više zakona. Naime, sporni stav člana 17 Zakona o budžetu za 2017. godinu, reguliše na suprotan način isto pitanje – konverzija poreskog duga u kapital privrednog društva, od onog predviđenog u organskom Zakonu o budžetu i fiskalnoj odgovornosti. Drugopomenuti propis propisuje da je za mogućnost konverzije poreskog duga neophodno da Vlada donese podzakonski akt kojim se uređuju uslovi za to, dok prvopomenuti propis isključuje postojanje

a na predlog resornih ministarstava. Dodatno, pitanje ustavnosti u kontekstu principa zakonitosti poreza pomenutih propisivanja olakšica pojačava se i činjenicom da su iste propisane na osnovi jednogodišnjeg zakona o budžetu. Ono što treba primijetiti jeste da je u obje navedene situacije riječ o delegaciji nadležnosti u pogledu propisivanja poreskih olakšica na načelan način bez bilo kakvih utvrđenih zakonskih kriterijuma.

4. PORESKE OLAKŠICE SADRŽANE U PODZAKONSKIM AKTIMA I NAČELO ZAKONITOSTI POREZA

Putokaz za rješenje dileme u vezi sa mogućnošću delegacije ovlašćenja izvršnoj vlasti da na osnovu uredbi ili pravilnika utvrđuje kriterijume za poreske olakšice, izuzeća i oslobođenja moguće je naći u uporednom ustavnom pravu, kao i praksi Ustavnog suda. Naime, značajan broj uporednih ustavnih tekstova sadrži eksplicitne norme u pogledu definisanja ovlašćenja za regulisanje osnovnih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja. Sa druge strane, praksa Ustavnog suda u oblasti oporezivanja takođe, baca više svjetla na predmetnu problematiku.

4.1. Uporedna ustavna rješenja

Čitajući ustavne tekstove većine modernih država zaključuje se da je najčešća definicija načela zakonitosti poreza upravo ona koja se nalazi u članu 142 stav 3 Ustava. Međutim, postoji određeni broj ustava koji sadrže daleko detaljnije određenje ovog ustavnog načela. Dakle, fraza da se porezi i druge dažbine uvode na osnovu zakona u jednom broju ustavnih tekstova biva precizirana tako da eksplicitno ukazuje koji elementi zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja mogu biti isključivo regulisani zakonom. Načelno, treba istaći da je riječ o

pomenutog pozaknosnog akta, već je konverziju moguće izvršiti prostom saglasnošću Vlade na predlog resorog ministarstva. Stoga, propisivanje istog pravnog pitanja na suprotan način, uz činjencu da su odredbe jednogodišnjeg Zakona o budžetu za 2017. godinu, u suprotnosti sa odredbama organskog Zakona o budžetu i fiskalnoj odgovornosti, krši načelo jedinstva pravnog poretka iz člana 145 Ustava.

ustavnim tekstovima koji posvećuju značajno više prostora regulisanju materije oporezivanja kao jedne od najbitnijih elemenata suvereniteta svake države, od onog koji je predmetnoj problematici posvetio crnogorski ustavopisac.

Ustav Švajcarske jasno ukazuje koji elementi zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja moraju biti predmet zakonskog regulisanja: „Osnovne strukturne karakteristike bilo kojeg poreza, a posebno određenje lica koja su dužna da plate porez, predmet oporezivanja i njegova naplata, biće regulisane zakonom."[24] Slično određenje je moguće naći i u Ustavu Portugala: „Porezi se uvode na osnovu zakona, koji će definisati njihovu primjenu i stope, fiskalne koristi i slične garancije koje mogu ostvariti poreski obveznici."[25] Određenje elemenata koji moraju biti definisani isključivo zakonom u Ustavu Francuske nalazi se u dijelu u kojem se propisuju zakonodavna ovlašćenja Parlamenta: „Zakoni će ustanovljavati pravila u vezi sa: ...osnovicom, stopom i metodom prikupljanja poreza svih vrsta..."[26]

U kontekstu predmeta ovog rada, treba posebno istaći one ustavne tekstove koji eksplicitno propisuju da poreske olakšice mogu biti ustanovljene isključivo na osnovu zakona. Ustav Grčke izričito zabranjuje delegaciju nadležnosti kada je riječ o propisivanju poreskih olakšica: „Predmet oporezivanja, poreska stopa, umanjenja ili izuzeća, kao i odobravanje penzija ne može biti predmet zakonske delegacije."[27] Ustav Luksemburga predviđa poseban član koji se odnosi na davanje poreskih olakšica: „Nijedna privilegija ne može biti uvedena u pogledu oporezivanja. Nijedno izuzeće ili umanjenje poreza ne može biti ustanovljeno osim na osnovu zakona."[28] Slično rješenje se može naći i u Ustavu Belgije: „Oslobođenje ili umanjenje plaćanja poreza ne može biti uvedeno osim zakonom."[29] Ustav Bugarske takođe, u kontekstu načela zakonitosti poreza, apostrofira pitanje poreskih olakšica: „Svaka poreska olakšica ili prirez porezu biće ustanovljeni na osnovu zakona."[30] Ustavni tekst poljske ističe da je isključivo na osnovu zakona

24 Čl. 127, st. 1 Ustava Švajcarske.

25 Čl. 103, st. 2 Ustava Portugala.

26 Čl. 34, st. 2, tač. 4 Ustava Francuske.

27 Čl. 78, st. 4 Ustava Grčke.

28 Čl. 101 Ustava Luksemburga.

29 Čl. 172 Ustava Belgije.

30 Čl. 60, st. 1 Ustava Bugarske.

moguće regulisati, kako osnovne principe, tako i kategorije poreskih obveznika u pogledu pružanja poreskih olakšica: „Ustanovljavanje poreza, kao i drugih javnih nameta, određenje onih koji su podvrgnuti oporezivanju i poreskih stopa, kao i principa na osnovu kojih se pružaju poreske olakšice ili oslobođenja, kao i kategorije poreskih obveznika koji su oslobođeni poreza biće regulisano na osnovu zakona."[31]

Pored ovakvog eksplicitnog definisanja elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja sadržanog u nacionalnim ustavima, vrijedno je pažnje pomenuti i pravne sisteme koji ovu materiju regulišu interakcijom između ustavnog teksta i ogranskog zakona kojim se reguliše budžetski sistem. Preciznije, u predmetnim pravnim sistemima ustavni tekst sadrži isključivo načelnu definiciju principa zakonitosti poreza, dok njenu elaboraciju nalazimo u sistemskom zakonu koji normira cjelokupan budžetski sistem predmetne države. Dobar primjer pomenute prakse predstavlja Zakon o budžetskom sistemu Srbije[32] koji daje detaljnu razradu ustavnog načela zakonitosti sadržanog u Ustavu Srbije.[33] Naime, ovaj sistemski propis u članu 15, stavovi 2 i 3, daje precizno određenje predmetnog ustavnog načela: „Poreskim zakonom moraju biti utvrđeni predmet oporezivanja, osnovica, obveznik, poreska stopa ili iznos, sva izuzimanja i olakšice od oporezivanja, kao i način i rokovi plaćanja poreza. Obaveze i prava poreskih obveznika ne mogu se proširivati ili smanjivati podzakonskim aktima."

4.2. Praksa Ustavnog suda Crne Gore

Iako se Ustavni sud nije do sada susretao niti sa jednim predmetom u kojem bi se eksplicitno suočio sa ocjenom ustavnosti delegacije ovlašćenja na ustanovljavanja poreskih povlastica izvršnoj vlasti, praksa crnogorske ustavnosudske instance daje jasne smjernice u clju razrješenja ove pravne dileme. Naime, Ustavni sud je u značajnom broju predmeta iznosio stavove u pogledu generalne nadležnosti ustrojstva poreskog sistema, pa tako i ovlašćenja za utvrđivanje elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, odnosno „bitnih elemenata poreske obaveze".

31 Čl. 217 Ustava Poljske.

32 Zakon o budžetskom sistemu Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. Zakon, 103/2015 i 99/2016.

33 Čl. 91 st. 1 Ustava Republike Srbije.

Preciznije, iako Ustav ne sadrži odredbe kao što su gore navedene, koje eksplicitno definišu nadležnost zakonodavca u pogledu regulisanja elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, Ustavni sud u svojoj praksi ustanovljava gotovo identične principe. Generalno, pošto Ustav sadrži svega nekoliko odredbi koje se tiču oporezivanja, isto daje prostor Ustavnom sudu da u svojoj praksi zauzme stav da vodeća uloga u ovoj problematici pripada zakonodavcu, odnosno Skupštini:

> „Iz navedenih odredaba Ustava dalje, proizilazi da je obaveza plaćanja poreza konstituisana kao ustavna obaveza i da je opšteg karaktera, što znači da je svako dužan da plaća poreze i druge dažbine. Takođe, Ustav utvrđuje princip da se porezi i dažbine mogu uvoditi samo zakonom. Osim osnovnih načela Ustav ne definiše predmet, postupak i način oporezivanja niti sadrži ograničenja u pogledu njihovog uređivanja, već uređivanje tih pitanja u cjelini prepušta zakonodavcu..."[34]

U skladu sa ovom generalnom pretpostavkom u pogledu uređenja poreskog sistema, Ustavni sud iz iste izvlači ovlašćenje zakonodavca da je on jedini nadležan da utvrđuje vrste poreskih oblika, kao i bitne elemente zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja:

> „Uređivanje poreskog sistema u izboru oblika i načina oporezivanja dio je ustavne samostalnosti zakonodavca... Iz citiranih odredaba Ustava proizilazi da je Republika ovlašćena da zakonom uredi odnose u oblasti poreza i drugih fiskalnih davanja. Pri tome zakonodavni organ je ovlašćen da uređuje vrste poreza i bitne elemente poreske obaveze (obveznika, osnovicu, stopu, način utvrđivanja i plaćanja, poreska oslobođenja i druga pitanja važna za ostvarivanje poreskog sistema u cjelini.), pa prema tome i elemente pomenutog oblika oporezivanja na način koji nije nesaglasan sa Ustavom."[35]

Dakle, kako to Ustavni sud smatra, među „bitnim elementima poreske obaveze" nalazi se i pitanje ustanovljavanja poreskih oslobođenja. Riječ je o stavovima koji se trebaju smatrati ustaljenom praksom Ustavnog suda, što potvrđuje i predmet u kojem je preispitivana ustavnost Zakona o porezu na upotrebu putničkih motornih vozila, plovnih objekata, vazduhoplova i letilica[36], u okviru kojeg je cijenjena sa-

34 Ustavni sud Crne Gore (14. oktobar 2010) U-I br. 2/10.

35 Ustavni sud Crne Gore (29. mart 2007) U. br. 12/07.

36 *Službeni list RCG*, br. 28/04 i 37/04 i *Službeni list CG*, br. 86/09.

glasnost sa Ustavom i poreskih olakšica predviđenih ovim zakonskim tekstom:

> „Izbor kriterijuma za propisivanje poreske olakšice, u vidu umanjenja poreza od 5 % do 50 % za svaku navršenu godinu starosti vozila, kao i određivanje vozila za čiju se upotrebu ne plaća porez, po ocjeni Suda, isključivo je stvar poreske politike koju vodi Skupština."[37]

Navedeni stavovi iz prakse Ustavnog suda nedvosmisleno ukazuju da pitanje ustanovljavanja „kriterijuma za propisivanje poreske olakšice" predstavlja isključivu nadležnost zakonodavca, odnosno Skupštine. Stoga, svako delegiranje nadležnosti sa zakonodavca na izvršnu vlast, u pogledu predmetne materije, treba smatrati suprotnim Ustavu. Sa druge strane, ono što bi se moglo smatrati dozvoljenim obuhvatalo bi situacije kada zakonodavac odredi „kriterijume za propisivanje poreske olakšice", dok se izvršna vlast u okviru uredbe ili pravilnika kreće u okviru postavljenih parametara. Dobar primjer predstavlja način regulisanja poreskih stopa kod poreza na nepokretnosti. Naime, Zakon o porezu na nepokretnosti koji donosi Skupština propisuje minimume i maksimume poreskih stopa koje je moguće da usvoje opštinski parlamenti. Na ovaj način jedinice lokalne samouprave u crnogorskom pravnom sistemu imaju mogućnost vođenja poreske politike, ali u okviru parametara koje reguliše zakonodavac. Na bazi ove logike, moguće je zamisliti mehanizam poreske olakšice koji bi bio propisan zakonskim tekstom, a predviđao razne modalitete vođenja poreske politike u pogledu uvođenja poreskih olakšica. Dakle, osnovne elemente mehanizma i kriterijume primjene poreske olakšice uređivao bi zakon a izbor pojedinačnog rješenja u kontekstu određene pravne situacije bio bi delegiran na izvršnu vlast. Ovakav pravni okvir regulisanja pitanja propisivanja poreskih olakšica se ne može smatrati suprotnim principu zakonitosti poreza iz člana 142 stav 3 Ustava.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iako član 142 stav 3 Ustava ne sadrži kriterijume u pogledu sadržine principa zakonitosti poreza, uporedna ustavna rješenja, kao i pravila izgrađena u praksi Ustavnog suda, daju jasne smjernice koji elementi zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja moraju biti u

37 Ustavni sud Crne Gore (22. mart 2012) U-I br. 8/11.

isključivoj nadležnosti zakonodavca. Naime, Ustavni sud smatra da je zakonodavni organ isključivo ovlašćen da uređuje vrste poreza i bitne elemente poreske obaveze, među kojima su pored poreskog obveznika, poreske osnovice, poreske stope, način utvrđivanja i plaćanja poreza, kao i poreska oslobođenja. Ovakvo stanovište najviše crnogorske sudske instance smatramo u potpunosti ispravnim. Preciznije, ukoliko bi definisanje poreskog obveznika, predmeta oporezivanja, poreske osnovice i poreske stope bilo rezervisano isključivo za zakonske tekstove, mogućnost da se poreske olakšice (npr. mogućnost da određeni poreski obveznik ne plati porez) regulišu podzakonskim aktima bila bi suprotna elementarnoj poreskoj logici. Drugim riječima, ukoliko zakonodavac ima nadležnost da uvede porez, tj. da nametne poresku obavezu, jedino je on ovlašćen i da nekog poreskog obveznika npr. oslobodi predmetne poreske obaveze.

Iako prenošenje ovlašćenja putem zakona sa zakonodavca na izvršnu vlast samo po sebi ne mora da bude sporno sa stanovišta ustavnosti, granice u vršenju istog postavlja ustavni princip zakonitosti. Naime, načelna formulacija u tekstu zakona da vlada ima ovlašćenja da donese npr. podzakonski akt kojim će regulisati npr. oslobođenje od plaćanja poreza u biznis zonama bez bilo kakvih parametara u kojim bi se izvršna vlast kretala treba smatrati suprotnom Ustavu. Međutim, ukoliko bi zakonom bili propisani svi glavni kriterijumi za predmetno oslobođenje, onda ne treba smatrati neustavnim propisivanje kojim bi razrada predmetne materije, ali u okviru postavljenih zakonskih kriterijuma, bila delegirana vladi. U tom kontekstu, analizom odredaba spornih zakonskih tekstova kojima se izvršnoj vlasti daje ovlašćenje da ustanovljavaju poreske olakšice putem podzakonskih akata, jasno je da predmetne zakonske norme ne sadrže bilo kakve „kriterijume za propisivanje poreskih olakšica". Riječ je o načelnim formulacijama da Vlada ima ovlašćenje da reguliše određeno pravno pitanje, npr. odlaganje plaćanja poreza, plaćanje poreskog duga imovinom poreskog obveznika ili da ustanovi određene fiskalne olakšice. Stoga, u kontekstu ustaljene prakse Ustavnog suda ovakve zakonske odredbe, kao i delegaciju ovlašćenja sa zakonodavca na izvršnu vlast, treba smatrati suprotnim Ustavu.

Ilija Vukčević, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Donja Gorica, Podgorica

CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF LEGALITY OF TAXES AND TAX RELIEFS: IS THE ESTABLISHMENT OF TAX RELIEFS ON THE BASIS OF SECONDARY LEGISLATION IN THE MONTENEGRIN LEGAL SYSTEM CONTRARY TO THE CONSTITUTION?

Summary

Constitutional principle of legality of taxes from the article 142 paragraph 3 of the Constitution of Montenegro represents an indispensable guarantee inherent to all modern constitutions. Namely, the principle that taxes can be introduced only by law – "*nullum tributum sine lege*", gives the exclusive competence to the legislator to regulate the most important elements of the legal description of the tax facts related to all types of taxes. However, there is no uniformity regarding the wording of this principle which represents good ground for different interpretations of its content, and in this context the role of the supreme arbiter is given to the national constitutional courts. The goal of the article is the attempt to define the content of this constitutional principle in the Montenegrin legal system in the context of the legislator's practice to delegate competences to the executive power to establish tax reliefs by means of subsidiary legislation. To be exact, the article deals with "excessive delegation" of competence in the area of taxation, according to which the executive power has the possibility to regulate issues that are exclusively reserved for the legislator. The analysis of comparative constitutional solutions, and the principles established in the case practice of the Constitutional Court of Montenegro regarding the introduction of tax reliefs, will show that the legislator is constantly violating the principle of legality of taxes by transferring the exclusive competences of the Parliament of Montenegro to the Government of Montenegro.

Key words: *Constitutional Principle of Legality of Taxes. – Tax Reliefs. – Delegation of Competence. – Secondary Legislation.*

UDK 341.231.14:343.121 ; 341.44/.45(4-672EU)

*Dr Igor Vuletić**

*Dr Tunjica Petrašević***

EUROPSKI UHIDBENI NALOG NAKON PRESUDE EUROPSKOG SUDA *ARANYOSI I CĂLDĂRARU*

Rad je posvećen problematici europskog uhidbenog naloga u svjetlu najnovije odluke Suda EU u spojenim predmetima Aranyosi i Căldăraru (C-404/15 i C-659/15). Tom presudom, koja je donesena po prethodnom pitanju koje je uputio nadležni njemački sud, Sud EU je na mala vrata uveo potencijalni novi razlog za odbijanje izvršenja europskog uhidbenog naloga: situaciju u kojoj postoji opravdana sumnja da će osoba čije se izručenje traži u državi izdavateljici naloga biti smještena u uvjete oduzimanja slobode koji su protivni standardima koje je uspostavio Europski sud za ljudska prava. Ova odluka predstavlja zaokret u odnosu na dosadašnju praksu Suda EU po pitanju problematike uhidbenog naloga te otvara sumnju u efikasnost čitavog sustava europskog uhidbenog naloga u budućnosti. U radu se prikazuje i kritički preispituje spomenuta odluka. Pritom se ukazuje i na mišljenje nezavisnog odvjetnika u tom predmetu te na dosadašnju relevantnu praksu Suda EU, a spominje se i praksa ESLJP. Autori daju svoje mišljenje o budućnosti europskog uhidbenog naloga nakon ove odluke.

Ključne reči: *Europska unija. – Hićenje. – Pritvor. – Kazneni progon. – Predaja. – Izručenje.– Pravosudno tijelo. – Odbijanje. – Kazneno djelo.*

* Autor je docent na Katedri kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, *ivuletic@pravos.hr*.

** Autor je docent na Katedri za europsko pravo Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, *tpetrase@pravos.hr.*

1. UVOD

U travnju 2016. godine Sud EU donio je presudu u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru*.[1] Tom presudom Sud je naglasio važnost uvažavanja standarda o temeljnim ljudskim pravima prilikom odlučivanja o izvršenju europskog uhidbenog naloga (dalje: EUN). Presuda je izazvala dosta polemike u poredbenoj literaturi, osobito u pogledu pitanja kakav će biti njen utjecaj na učinkovitost postojećeg sustava izručenja osoba između država članica EU.[2] Naime, postojeći sustav izgrađen je na načelu uzajamnog povjerenja i uzajamnog priznavanja sudskih odluka, što EUN u naravi i jest. Presuda *Aranyosi i Căldăraru*, međutim, u određenoj mjeri relativizira ta načela, zbog čega se s pravom može postaviti pitanje znači li to početak nove ere u području primjene EUN, ere kojom će se postojeći sustav izručenja počinitelja kaznenih djela u značajnoj mjeri približiti standardima koje postavljaju Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) i njemački Savezni ustavni sud (njem. *Bundesverfassungsgericht,* dalje: BverfG).[3]

Usprkos nedvojbenoj važnosti ove teme za učinkovitost pravosudne suradnje u kaznenim stvarima na čitavom prostoru EU, ova tema do sada još nije zaokupila pažnju autora s područja bivše Jugoslavije. Stoga je cilj ovog rada popuniti tu prazninu i potaknuti raspravu o učincima spomenute presude, osobito iz perspektive onih država koje se susreću s kroničnim problemom prekapaciranosti i loših uvjeta u zatvorskom sustavu. U nastavku teksta biti će prikazana jurisprudencija Suda EU-a i ESLJP relevantna za ovu problematiku, uz poseban osvrt na presudu *Aranyosi i Căldăraru.*

2. RELEVANTNA EUROPSKA PRAKSA

Presuda *Aranyosi i Căldăraru* predstavlja svojevrstan zaokret u dosadašnjoj interpretaciji načela uzajamnog povjerenja između država

1 Vidi spojene predmete C-404/15 i C-695/15PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen, ECLI:EU:C:2016:198.

2 Usp. npr. G. S. Szilárd, „Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24/2016, 197–219.

3 M. Hong, „Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi", *European Constitutional Law Review*, 12/2016, 562.

članica EU. Za razliku od prijašnje prakse, ovom se presudom Sud EU, konkretno Sud[4] u značajnoj mjeri približio standardima koje je ranije uspostavio ESLJP u nizu odluka. Imajući rečeno u vidu, na ovom mjestu ćemo izložiti detalje presude *Aranyosi i Căldăraru* te ćemo ju kritički prokomentirati, imajući u vidu raniju praksu Suda EU u sličnim predmetima.

2.1. Aranyosi i Căldăraru: činjenično stanje, mišljenje nezavisnog odvjetnika i odluka Suda

2.1.1. Činjenično stanje

Pál Aranyosi je mađarski državljanin, rođen 1996. godine u mjestu Szikszou. Protiv njega su 2014. godine izdana dva europska uhidbena naloga kako bi on bio predan mađarskim pravosudnim tijelima u svrhu kaznenog progona. Aranyosi je dvaput počinio kazneno djelo provalne krađe. Prvi puta je provalio u stambenu kuću i ukrao novac i ostale dragocjenosti, a drugi puta je provalio u školu i ukrao tehničke uređaje i novac. Oba kaznena djela počinjena su u Mađarskoj, točnije u Sajohidvegu. Ukupna šteta koju je optuženik počinio procijenjena je na oko četiri tisuće eura. Početkom 2015. godine počinitelj je privremeno uhićen u Bremenu, u Njemačkoj, na temelju tjeralice u Schengenskom informacijskom sustavu, a istoga dana kada je uhićen saslušao ga je sudac istrage Općinskog suda u Bremenu. Tada je Aranyosi osporio činjenice koje mu se stavljaju na teret i naveo da nije suglasan s postupkom pojednostavljene predaje. Državno odvjetništvo u Bremenu naložilo je puštanje Aranyosija na slobodu zbog nepostojanja opasnosti da će izbjeći postupak predaje. Na to su upućivali stanoviti socijalni odnosi jer je optuženi tamo imao majku te djevojku i dijete. Državno odvjetništvo u Bremenu postavilo je pitanje Okružnom sudu u Miškolcu gdje je optuženi trebao biti zatvoren, pozivajući se na loše zatvorske uvjete koji općenito vladaju u Mađarskoj, što se zaključuje iz izvješća Europskog vijeća za sprečavanje mučenja ili nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne.[5]. Državno odvjetništvo okruga Miškolc od-

4 U spomenutima predmetima radi se o zahtjevima za prethodnu odluku koji su u isključivoj nadležnosti Suda, najvišeg suda u sastavu Suda EU. Više o prethodnom postupku vidi u: T. Petrašević, *Prethodni postupka pred Europskim sudom*, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2014.

5 Vidi paragraf 44 presude, C-404/15 i C-695/15PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen.

govorilo je da nije nužna prisilna mjera preventivnog oduzimanja slobode, ne navodeći gdje bi optuženi možda bio zatvoren ukoliko mjera ipak bude izrečena. Državno odvjetništvo u Bremenu zatražilo je da se predaja Aranyosija proglasi dopuštenom. Međutim, pravni zastupnik optuženika zatražio je odbijanje toga zahtjeva jer se nije znalo u kojoj bi zatvorskoj ustanovi Aranyosi bio zatvoren ukoliko bi do toga došlo. Viši regionalni sud u Bremenu naveo je da postoje znatne indicije o oduzimanju slobode u mađarskim zatvorima koji su protivne temeljnim pravima i slobodama. To je naročito vidljivo iz toga što je ESLJP više puta osudio Mađarsku zbog prenapučenosti u njezinim zatvorima.[6] Iz tih presuda proizlazi povreda članka 3 EKLJP-a, zbog zatvaranja u premale i prenapučene ćelije. ESLJP je zaprimio čak 450 sličnih tužbi protiv Mađarske zbog nečovječnih uvjeta oduzimanja slobode.

U drugom predmetu, u pitanju je rumunjski državljanin Robert Căldăraru. Căldăraruu je zbog vožnje bez vozačke dozvole krajem 2013. godine izrečena kazna zatvora uz primjenu uvjetne osude. Kako je ubrzo ponovio isto kazneno djelo, prvostupanjski sud u Fagarasu izdao je europski uhidbeni nalog i tjeralicu protiv njega. Uhićen je u Bremenu krajem 2015. godine. Tijekom saslušanja pred Općinskim sudom u Bremenu, Căldăraru je izjavio da nije suglasan s postupkom pojednostavljene predaje. Smješten je u pritvor radi izručenja, a državno odvjetništvo u Bremenu zatražilo je da se predaja Căldărarua rumunjskim tijelima proglasi dopuštenom. Viši regionalni sud u Bremenu zaključio je da postoje znatne indicije o oduzimanju slobode protivno temeljnim pravima i slobodama. To naročito proizlazi iz izvješća koje je sastavilo Europsko vijeće za sprečavanje mučenja ili nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne te iz presuda Europskog suda za ljudska prava. Naime, u nekoliko presuda donesenih 10. lipnja 2014. godine, ESLJP je osudio Rumunjsku zbog prenapučenosti u njezinim zatvorima.[7] ESLJP je utvrdio da je Rumunjska povrijedila članak 3 EKLJP-a zatvarajući tužitelje u premale, prenapučene i prljave ćelije bez dovoljno grijanja i bez tople vode za tuširanje. Na temelju tih informacija, sud koji je uputio zahtjev smatra da ne može odlučiti o dopuštenosti predaje Roberta Căldărarua.

6 V. npr. ESLJP, Varga i drugi protiv Mađarske, br. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 i 64586/13, od 10. ožujka 2015.

7 V. npr. Vociu protiv Rumunjske, br. 22015/10; Bujorean protiv Rumunjske, br. 13054/12; Constantin Aurelian Burlacu protiv Rumunjske, br. 51318/12 i Mihai Laurențiu Marin protiv Rumunjske, br. 79857/12.

Viši regionalni sud u Bremenu smatrao je nužnim prekinuti postupak i postaviti Sudu dva prethodna pitanja. Prvo pitanje bilo je mora li se čl. 1 (3) Okvirne odluke o Europskom uhidbenom nalogu 2009/299 (Okvirna odluka) interpretirati tako da se predaja tražene osobe u svrhu kaznenog progona ili izvršenja kazne oduzimanja slobode ima smatrati nedopuštenom ako postoje ozbiljne indicije da su uvjeti u zatvorima i kaznionicama države izdavateljice EUN-a suprotni temeljnim ljudskim pravima te osobe i osnovnim načelima iz čl. 6 Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU). Ako je odgovor negativan, znači li to da država izvršiteljica mora donijeti odluku o dopuštenosti izvršenja EUN-a na temelju jamstava da su uvjeti oduzimanja slobode suglasni sa spomenutim standardima. Također, može li (ili mora li) država izvršiteljica u tom smislu zatražiti od države izdavateljice određeni minimum zahtijeva u pogledu takvih jamstava. Drugo pitanje bilo je treba li se čl. 5 i 6 (1) Okvirne odluke o EUN iz 2002. tumačiti na način da je spomenuta jamstva ovlašteno dati sudbeno tijelo države izdavateljice ili se nadležnost za to pitanje ima prosuđivati prema pravilima o nadležnosti države izdavateljice.[8] U potonjem slučaju, to bi moglo podrazumijevati i nadležnost resornog ministarstva, odnosno drugog nesudbenog tijela.

3. MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA

Nezavisni odvjetnik Yves Bot već u uvodnim napomenama svog mišljenja od 3. ožujka 2016. godine naglašava potrebu vaganja učinkovitosti pravosudne suradnje u kaznenim stvarima s temeljnim pravima osobe čije se izručenje traži. Bot ističe da će Sud morati ocijeniti mogu li se načela definirana u zajedničkom europskom sustavu azila *mutatis mutandis* primijeniti i na EUN uz „*rizik od blokiranja tog sustava, nekažnjavanja kaznenog djela i stvaranja iznimno ozbiljnih posljedica za pravosudna tijela izvršenja*".[9]

Osvrćući se na taj problem, nezavisni odvjetnik Bot upozorava da načela koja se odnose na azil[10] nisu samo tako primjenjiva i na eu-

8 Vidi paragraf 46. presude, C-404/15 i C-695/15PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen.

9 Spojeni predmeti C-404/15 i C-659/15 PPU, Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 3. ožujka 2016, par. 5, ECLI:EU:C:2016:140.

10 Ta načela je Sud uspostavio u svojoj presudi N. S. i dr. C-411/10 i C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

ropski uhidbeni nalog. Tome je više razloga. Prije svega, sustav azila i sustav europskog uhidbenog naloga dva su posve različita sustava s različitim ciljevima te posebnim obilježjima i strukturom. Sustav azila temelji se na pravilima koja su usklađena na razini EU, dok to nije slučaj s kaznenim pravom država članica. Svrha sustava azila je pružiti zaštitu i solidarnost pojedincima koji bježe od opasnosti, dok je svrha uhidbenog naloga osigurati progon i kažnjavanje počinitelja kaznenih djela, a time i sigurnost u EU. Sustav azila temelji se na administrativnom postupku, dok se sustav uhidbenog naloga temelji na sudskom postupku.[11]

Nezavisni odvjetnik Bot smatra da, s obzirom na teritorijalnost kaznenog prava, prijenos načela azila može dovesti nacionalne sudove u poziciju da, s jedne strane moraju odbiti izvršenje naloga, dok s druge strane nemaju nadležnost same progoniti počinitelja kaznenog djela. Drukčije stanje je, doduše, kod uhidbenog naloga koji se izdaje radi izvršenja kazne zatvora jer tada pravosudna tijela države izvršenja mogu odlučiti izvršiti tu kaznu. No, ako se odluče na taj korak, tada to znači različito postupanje, ovisno o tome je li tražena osoba optužena ili osuđena za kazneno djelo, te predstavlja kršenje načela jednakog postupanja kao jednog od temeljnih načela čitavog sustava. Za pretpostaviti je da bi to ujedno i potaklo okrivljenike i osuđenike da odu u one države članice za koje procijene da će u njima izbjeći kazneni progon, odnosno da će im režim izvršenja kazne na koju su osuđeni biti povoljniji. Osim toga, velik problem predstavlja i činjenica da se gotovo dvije trećine članica EU suočava sa sustavnim nedostacima u pogledu zatvorskog sustava prema standardima ESLJP-a pa bi i to dodatno dovelo u pitanje učinkovitost cijelog sustava europskog uhidbenog naloga.[12]

Govoreći o pravnom okviru europskog uhidbenog naloga, Bot ističe kako se čl. 1 st. 3 Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu ne može tumačiti na način da mu je cilj uvesti iznimku od općeg pravila o izvršenju naloga.[13] Takvo tumačenje bi bilo u očitoj suprotnosti sa strukturom sustava. Naime, zakonodavac Unije je vrlo strogo uredio sustav izručenja iscrpno nabrojavši moguće razloge odbijanja

11 Vidi par. 43–53 mišljenja, Spojeni predmeti C-404/15 i C-659/15 PPU, Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 3. ožujka 2016.

12 *Ibid.*, par. 57–65.

13 Drukčije Szilárd, koji smatra da je takva interpretacija moguća u iznimnim slučajevima poput ovog. G. S. Szilárd, *op. cit*., 202.

izvršenja naloga. Da je htio uvesti još jedan razlog, on bi i to izričito naveo.[14] Okvirna odluka temelji se na načelima uzajamnog priznavanja sudskih odluka i uzajamnog povjerenja. To je i Sud imao u vidu u svojoj ranijoj praksi, kada je poticao države da u što većoj mjeri ograniče situacije odbijanja izvršenja (npr. u presudi C-123/08 Wolzenburg, ECLI:EU:C:2009).[15] Jednako tako, Sud je već ranije izrazio mišljenje da načelo uzajamnog povjerenja „*zabranjuje državi članici da provjerava je li druga država članica u konkretnom slučaju poštovala temeljna prava koja Unija štiti jer bi to ugrozilo ravnotežu na kojoj je Unija utemeljena*".[16]

Zaključno, nezavisni odvjetnik Bot predlaže Sudu da na postavljena prethodna pitanja odgovori na način da se članak 1 stavak 3 Okvirne odluke ne smije tumačiti kao temelj za neizvršenje uhidbenog naloga zbog rizika da će temeljna prava osobe čije se izručenje traži biti povrijeđena u državi izdavateljici. Pravosudna tijela države izdavateljice dužna su prilikom izdavanja naloga provesti ocjenu proporcionalnosti, s obzirom na narav kaznenog djela i posebne postupke izvršenja kazne. Ukoliko postoje sustavni nedostaci u pogledu uvjeta oduzimanja slobode (kao što je slučaj u predmetnoj situaciji), pravosudno tijelo države izvršenja može od pravosudnog tijela države izdavateljice tražiti potrebne informacije i ocijeniti je li predaja tražena pod neproporcionalnim uvjetima. S druge strane, država izdavateljica je dužna poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurala oduzimanje slobode u skladu s temeljnim pravima tražene osobe.[17]

4. ODLUKA SUDA

Kako su se u oba spojena predmeta tražene osobe nalazile u pritvoru, njemački sud je zatražio, a Sud odobrio primjenu tzv. hitnog

14 Spojeni predmeti C-404/15 i C-659/15 PPU, Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 3. ožujka 2016, par. 72–92.

15 *Ibid.*, par. 95–105.

16 *Ibid.*, par. 109. U dijelu literature kritizira se ovakvo inzistiranje nezavisnog odvjetnika na spomenutim načelima te se upozorava da je, od donošenja Okvirne odluke 2002. godine, do danas došlo do „*značajnih promjena u području zaštite fundamentalnih prava u okviru EU*". G. S. Szilárd, *op. cit.*, 203.

17 Vidi par. 183 mišljenja, C-404/15 i C-695/15PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen.

prethodnog postupka – PPU. Radi se o posebnoj vrsti prethodnog postupka koja se može primijeniti samo u području slobode, sigurnosti i pravde (glava V UFEU). Ovaj postupak je uređen člankom 23a Statuta Suda te Poslovnikom (čl. 107–114) i Preporukama Suda nacionalnim sudovima (točke 36–44). Pravila o PPU su *lex specialis* u odnosu na pravila redovitog prethodnog postupka i njima se nameću stanovita ograničenja za procesne sudionike.[18] Prethodne odluke Suda imaju pak *erga omnes* učinke i obvezuju sve sudove svih država članica. Ovdje želimo istaknuti kako je ovakva iznimno važna odluka Suda ipak donesena u jednom sumarnom i hitnom postupku, a koja ima ozbiljne posljedice u narušavanju mehanizma europskog uhidbenog naloga. U ova dva spojena predmeta odluka Suda je možda doista opravdana i tražene osobe ne treba izručiti u države koje su izdale EUN ali ovime je nastao presedan. Ukoliko postoji ranija prethodna odluka Suda o istom ili sličnom pitanju tada nije potrebno upućivati novo prethodno pitanje već se nacionalni sud može pozvati na dotičnu odluku Suda i odbiti izvršenje EUN-a. Tu postoje zahtjevi (odnosno uvjeti odbijanja izvršenja EUN-a), a koje je Sud naveo u svojoj odluci – ne smije se raditi o bilo kakvoj sumnji, nego o jasno izraženoj sumnji koja se odnosi na konkretni slučaj i temelji na relevantnim izvorima, prije svega na međunarodnim i domaćim sudskim odlukama, izvješćima i drugim dokumentima Vijeća Europe ili UN-a. Autori ni na koji način ne žele umanjiti važnost poštivanja temeljnih ljudskih prava u EU ali zastupamo stav da postizanje visoke razine sigurnosti, a što podrazumijeva i zaštitu od kaznenih djela mora imati prednost. Cijeli sustav EUN-a je zamišljen da funkcionira po načelima uzajamnog priznanja i povjerenja. U ovoj odluci Suda, ti temeljni principi su pali u drugi plan. Ovo može imati ozbiljne praktične posljedice. Dati ćemo jedan hipotetski primjer.

Krenimo od pretpostavke da uvjeti u hrvatskim zatvorima nisu na istoj razini kao oni u njemačkim zatvorima. Imamo počinitelja koji je u Republici Hrvatskoj osumnjičen za teroristički napad u kojem je poginulo nekoliko desetaka ljudi. Počinitelj terorističkog napada neka-

18 Više o PPU vidi u: T. Petrašević, *Ubrzani i hitni prethodni postupak, Prethodni postupak u pravu Europske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, Narodne novine, Zagreb 2011; T. Petrašević, „Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde", *Hrvatska javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, 2/2010, 427–463.

ko uspijeva preko Mađarske i Austrije pobjeći u Njemačku. Za njega je izdan EUN i hrvatske pravosudne vlasti traže izručenje što njemačke vlasti odbijaju pozivajući se na odluku *Aranyosi i Căldăraru*. S druge strane, počinitelji blažih kaznenih djela, poput izazivanja prometne nesreće sa smrtnom posljedicom, odslužuju kazne u tim istim hrvatskim zatvorima. Isto se može primijeniti i u odnosu na većinu država EU. Prema nedavnom istraživanju stanja u zatvorima u nekima od država članica EU, prekapaciranost zatvora je veliki problem koji nije zaobišao niti najrazvijenije države poput Italije ili Francuske. Sljedeća tablica, koja je za potrebe ovog rada preuzeta iz spomenutog istraživanja,[19] ilustrira opisani problem:

	Popunjenost zatvorskih kapaciteta
Italija	140%
Grčka	126%
Francuska	118%
Portugal	113%
Poljska	98%
Velika Britanija	96%
Španjolska	92%
Latvija	76%

Ovakva odluka Suda biti će dodatni poticaj počiniteljima kaznenih djela na bijeg u one države EU koje nemaju problema sa zatvorskim sustavima (osobito Njemačku i skandinavske zemlje) s ciljem izbjegavanja kaznenog progona. To tvorci Okvirne odluke o EUN zasigurno nisu željeli postići nego je cilj bio upravo takve osobe privesti licu pravde one zemlje gdje je kazneno djelo počinjeno. Odluka Suda ne ide u prilog jačanja područja slobode, sigurnosti i pravde već, u tom smislu, predstavlja korak unazad.

19 Riječ je o sveobuhvatnom istraživanju stanja u europskim zatvorskim sustavima. U tekstu se prikazuje tablica br. 3 sa stranice 13 spomenutog istraživanja. Usp. A. Maculan, D. Ronco, F. Vianello, *Prison in Europe: overview and trends*, European Prison Observatory, 2013., dostupno na *http://www.prisonobservatory.org/upload/PrisoninEuropeOverviewandtrends.pdf* na dan 20. 10. 2017.

Po našem mišljenju, jedino logično obrazloženje ovakve odluke Suda, a koja je protivna stavu nezavisnog odvjetnika Bota u predmetu, je da se on nastoji približiti standardima koje je uspostavio Europski sud za ljudska prava. Unija je otpočela pregovore o pristupanju Konveniji za ljudska prava što je Sud privremeno stopirao rekavši kako je nacrt ugovora o pristupanju protivan temeljnim načelima prava Unije (vidi mišljenje 2/13 od 18. prosinca 2014).[20] U slučaju pristupanja odluke Suda EU, a koje se tiču zaštite ljudskih prava i sloboda bi mogle biti predmetom nadzora od strane ESLJP-a. Kako je ideja pristupanja i dalje prisutna, ova odluka Suda je možda najava promjene tvrdog stava Suda u pogledu pristupanja.

Sud podsjeća da Okvirna odluka o EUN ima za cilj zamijeniti prijašnji neučinkoviti i spori sustav izručenja osoba utemeljen na Europskoj konvenciji o izručenju iz 1957, novim sustavom koji se temelji na uzajamnoj suradnji pravosudnih tijela i njihovom uzajamnom priznavanju. Takav sustav je nužan kako bi se ostvario krovni cilj, a taj je da EU postane područje slobode, sigurnosti i pravde, zasnovano na visokoj razini povjerenja između država članica. U tom smislu, načelo uzajamnog priznavanja predstavlja kamen temeljac pravosudne suradnje, kao što je i proklamirano samom Okvirnom odlukom. Ono osobito nalazi svoju primjenu u članku 1 stavku 2 Okvirne odluke, prema kojem su države članice načelno dužne izvršavati europske uhidbene naloge i mogu to odbiti učiniti isključivo u taksativno navedenim slučajevima. Jednako tako, izvršenje naloga moguće je uvjetovati samo nekim od uvjeta koji su izričito propisani u članku 5 Okvirne odluke.[21]

No, s druge strane, Sud prepoznaje i činjenicu da su u određenim iznimnim okolnostima moguća ograničenja i spomenutih načela uzajamnog priznavanja i povjerenja. Također, Okvirna odluka ne utječe na opću obvezu poštovanja temeljnih pravnih načela, što zabrana nečovječnog i ponižavajućeg postupanja svakako jest (ona proizlazi iz članka 4 Povelje o temeljnim pravima EU). Ta zabrana ima apsolutni karakter i ne može se derogirati niti u iznimnim okolnostima. Iz toga, pak, slijedi da, ako pravosudno tijelo države izvršenja ima osnova po-

20 Vidi detaljnije u: T. Petrašević, D. Duić, „Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR", *New Developments in the EU Labour, Equality and Human Rights Law* (eds. M. Vinković), Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2015, 251–267.

21 Spojeni predmeti C-404/15 i C-695/15PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen, ECLI:EU:C:2016:198, para. 74–81.

sumnjati da će se s traženom osobom u državi izdavateljici postupati nečovječno ili ponižavajuće te protivno standardima zajamčenim pravom Unije, ono je dužno poduzeti određene korake kako bi pribavilo dodatna jamstva. Tu se ne smije raditi o bilo kakvoj sumnji, nego o jasno izraženoj sumnji koja se odnosi na konkretni slučaj i temelji na relevantnim izvorima, prije svega na međunarodnim i domaćim sudskim odlukama, izvješćima i drugim dokumentima Vijeća Europe ili UN-a. Znači, opasnost od nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja mora biti utvrđena s obzirom na konkretnu situaciju i konkretno traženu osobu.[22]

Kada se, dakle, pojavi takva sumnja, pravosudno tijelo izvršenja dužno je ispitati postoje li ozbiljni i utvrđeni razlozi za vjerovanje da će tražitelj biti izložen spomenutim opasnostima. U tom cilju, ono mora od pravosudnog tijela izdavateljice zahtijevati dostavu svih potrebnih dopunskih informacija te odrediti primjeren rok u kojem se tražena dokumentacija mora dostaviti. Ako na temelju tako dostavljenih informacija, zajedno sa svim drugim informacijama kojima raspolaže, pravosudno tijelo izvršenja utvrdi da navedena opasnost doista i postoji, ono će odgoditi izvršenje naloga i o tome izvijestiti Eurojust. Ta odgoda traje sve dok pravosudno tijelo države izdavateljice naloga ne dostavi dopunske informacije kojima otklanja sumnju u navedene opasnosti. Ako takve informacije ne stignu u razumnom roku, pravosudno tijelo izvršiteljice mora odlučiti hoće li obustaviti postupak predaje. Dok traje opisani postupak, mora se voditi računa o maksimalnim zakonskim ograničenjima trajanja ekstradicijskog pritvora tražene osobe.[23]

4.1. Kritički osvrt

Po svojoj pravnoj naravi, kazneno pravo[24] značajno se razlikuje od ostalih pravnih grana, kod kojih su mogućnosti utjecaja EU prava daleko šire. Kazneno pravo je odraz socijalnih i moralnih vrijednosti određenog društva,[25] pa ne čudi da su države posebno osjetljive na svoje kaznenopravne sustave, koje često doživljavaju posljednjom bra-

22 *Ibid.*, para. 82–90.

23 *Ibid.*, para. 91–104.

24 Misli se na kazneno pravo u širem smislu riječi, koje obuhvaća materijalno, procesno i izvršno pravo.

25 Usp. H. Satzger, *International and European Criminal Law*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2012, § 7, 63.

nom državnog suvereniteta. Iako je Lisabonski ugovor ukinuo trostupnu strukturu Unije i integrirao kazneno pravo u okvire jedinstvenog supranacionalnog sustava, dometi utjecaja u ovom su području, još uvijek vrlo ograničeni.[26] Upravo iz tog razloga, EU je u dosadašnjem zakonodavstvu i praksi stavljala velik naglasak na načelo uzajamnog povjerenja i priznavanja.

Naime, u cilju postizanja visoke razine sigurnosti i zaštite od kaznenih djela na području čitave Unije, međusobno povjerenje i priznavanje sudskih odluka predstavljaju temelj funkcioniranja mehanizma koji će biti dovoljno učinkovit da premosti načelnu nesklonost država da harmoniziraju svoja nacionalna kaznena zakonodavstva. U tom smislu, načelima uzajamnog povjerenja i međusobnog priznavanja sudskih odluka ostvaruje se „ekstrateritorijalnost" kaznenog prava.[27] Prepoznao je to i Sud EU u nizu svojih ranijih odluka. Za potrebe ovog rada, može se istaknuti odluke u predmetima *Radu* i *Melloni*.

U presudi *Radu*,[28] u pitanju je bio zahtjev za rješenjem prethodnog pitanja koje je postavio rumunjski *Curte de Apel Constanța*, tražeći od Suda EU interpretaciju Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu, vezano uz izvršenje naloga koji je zatražila Njemačka protiv rumunjskog državljanina Cipriana Vasila Radua zbog vođenja kaznenog postupka. Radu je optužen da je u više navrata tijekom 2007. godine počinio razbojništva u različitim gradovima u Njemačkoj. Radu se protivio izručenju, navodeći među ostalim da je nalog izdan bez da mu je prethodno omogućeno saslušanje. Rumunjski sud je odlučio zastati s postupkom predaje te postaviti Sudu EU prethodno pitanje treba li Okvirnu odluku, u kontekstu čl. 47 i 48 Povelje te čl. 6 EKLJP, interpretirati na način da država izvršenja može odbiti izvršiti nalog izdan u svrhu vođenja kaznenog progona zato što tražena osoba nije bila prethodno saslušana u državi izdavateljici naloga.[29] Odgovarajući na ovo pitanje, Sud je upozorio na težnju za stvaranjem učinkovitijeg sustava predaje traženih osoba kao temeljnu odrednicu sustava uspostavlje-

26 Iscrpno o tome Z. Đurđević, „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2008, 1077–1127.

27 V. Mitsilegas, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 207, 2015, 8.

28 Predmet C-396/11 Ciprian Vasilie Radu, ECLI:EU:C:2013:39.

29 *Ibid.*, para. 31.

nog Okvirnom odlukom. Istakao je da se takav sustav temelji na načelu uzajamnog povjerenja te da je visoka razina uzajamnog povjerenja nužna kako bi cijeli sustav funkcionirao i kako bi EU postala istinsko područje slobode, sigurnosti i pravde. Imajući to u vidu, države članice su načelno dužne izvršavati europske uhidbene naloge i mogu odbiti to učiniti samo u taksativno navedenim slučajevima i pod uvjetima propisanim Okvirnom odlukom. Slijedom navedenog, Sud je zaključio da izdavanje naloga, bez da se tražena osoba prethodno o tome sasluša, ne predstavlja takvu povredu prava tražene osobe zbog koje bi bilo moguće odbiti izvršenje naloga.[30] Očito je, dakle, da je Sud dao prednost efektivnosti sustava europskog uhidbenog naloga pred poštovanjem prava tražene osobe da bude saslušana prije izdavanja naloga.

Presuda Suda u predmetu *Melloni*[31] značajna je zato što je to prva presuda u kojoj se Sud bavio pitanjem jesu li nacionalni sudovi ovlašteni primijeniti nacionalne standarde zaštite ljudskih prava i iz tog razloga odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga u situacijama kad su ti standardi viši od onih koje prihvaća pravo Unije.[32] Stefano Melloni je talijanski državljanin, osumnjičen za prijevaru u bankarskom poslovanju 1996. godine. Kako se u to vrijeme nalazio u Španjolskoj, Italija je zatražila njegovo izručenje. Uhićen je u Španjolskoj i stavljen u ekstradicijski pritvor, ali je ubrzo pušten uz jamstvo te je pobjegao. Italija ga je osudila *in absentia* na deset godina zatvora. Nakon što je presuda postala pravomoćna, talijanski državni odvjetnik je izdao europski uhidbeni nalog. Melloni je ponovno uhićen u Španjolskoj 2008. godine te je nadležni španjolski sud (*Audiencia Nacional*) iste godine donio odluku o predaji tražene osobe talijanskim vlastima. Melloni je uložio žalbu španjolskom Ustavnom sudu, pozivajući se na povredu ustavnog prava na pravično suđenje, na način kako se ono shvaća u praksi tog suda. Naime, prema praksi španjolskog Ustavnog suda, predaja tražene osobe koja je osuđena *in absentia* je samo uvjetne prirode i ovisi o mogućnosti te osobe da traži reviziju presude kojom je osuđena za kazneno djelo. Ipak, takva praksa je suprotna Okvirnoj odluci, čiji članak 4a (1) jasno kaže da se u takvoj situaciji predaja tražene osobe ne može odbiti ako je ta osoba bila svjesna da se protiv nje vodi kazneni postu-

30 *Ibid.*, para. 32–38.

31 Predmet C-399/11 Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, ECLI:EU:C:2013:107.

32 Usp. M. De Visser, „Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards", *Maastricht Journal of European and Comparative Law (12)*, 4/2013, 576.

pak ili ako je imala branitelja tijekom postupka. Španjolski Ustavni sud postavio je, stoga, Sudu 2011. godine tri prethodna pitanja, čija suština je može li se u ovom slučaju ipak primijeniti nacionalno ustavno pravo u pogledu prava na pravično suđenje te odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga. Sud je na to pitanje odgovorio negativno. Jednako kao i u prethodnoj presudi, Sud se pozvao na gramatičko i teleološko tumačenje Okvirne odluke u skladu sa svrhom sustava europskog uhidbenog naloga te zanijekao pravo nacionalnog suda da, u opisanoj situaciji, odbije izvršiti nalog.[33]

Iz navedenog jasno proizlazi da je prijašnja praksa Suda jasno davala prednost uzajamnom povjerenju i priznavanju odluka pred zaštitom temeljnih prava tražene osobe.[34] Odluka *Aranyosi i Căldăraru* predstavlja značajan zaokret, koji će nedvojbeno imati dalekosežne posljedice na mehanizam europskog uhidbenog naloga. Ovom presudom na mala je vrata uveden novi temelj za odbijanje izvršenja naloga.[35] Iako Sud daje uputu da se postupak predaje „odgodi" dok se ne prikupe potrebna jamstva zaštite prava tražene osobe, ako takva jamstva ne stignu u „razumnom roku", nacionalnim sudovima se ostavlja na diskrecijsku prosudbu hoće li ili neće izvršiti nalog. Iz tog proizlazi da, u slučaju izostanka odgovarajućih jamstava (pri čemu nisu jasno postavljeni standardi kakva jamstva moraju biti), nacionalni sud može legitimno odbiti izvršenje, premda takav scenarij nije predviđen samom Okvirnom odlukom. Stoga se, s pravom, može postaviti pitanje je li Sud ovdje odstupio, ne samo od svoje ranije prakse, nego i od standarda koji su uspostavljeni važećim europskim propisima. Nadalje, s obzirom na načelno loše stanje u zatvorskim sustavima velikog broja država članica EU, može se postaviti i daljnje pitanje ne favorizira li ova odluka zapravo uređene sustave (poput Njemačkog), koji će uvijek moći ponuditi odgovarajuća jamstva vezana uz uvjete oduzimanja slobode, spram većine ostalih (u koje se, svakako, ubraja i hrvatski sustav)? Znači li to da će Hrvatska (potencijalno u bližoj budućnosti i Srbija) morati izručiti svoga državljanina Njemačkoj ali ne i obrnuto? Riječ je o pitanjima koja su od iznimnog praktičnog značaja za učinkovitost sustava europskog uhidbenog naloga u budućnosti. Ukoliko

33 Predmet C-399/11 Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, ECLI:EU:C:2013:107, para. 35–64.

34 Tako i V. Mitsilegas, *op. cit.*, 10.

35 Tako i G. S. Szilárd, *op. cit.*, 206–209.

su odgovori na ta pitanja pozitivni, tada te će to zasigurno dovesti u pitanje čitavu ideju učinkovite kaznenopravne zaštite na području EU.

Izlaz bi se možda mogao pronaći u efektivnoj primjeni načela univerzalne jurisdikcije, koje je kao jedno od temeljnih postulata kaznenog prava prihvaćeno u većini civiliziranih država svijeta. Primjerice, hrvatsko kazneno pravo omogućuje hrvatskim sudovima da uspostave svoju kaznenu vlast (*ius puniendi*) uvijek kada se u Hrvatskoj zatekne ili joj je izručen strani državljanin koji je počinio kazneno djelo u inozemstvu i prema stranom državljaninu ili državi, uz uvjet da se za takvo djelo prema hrvatskom pravu može izreći kazna zatvora od pet godina ili veća (čl. 17 Kaznenog zakona).[36] Istovjetna odredba postoji i u § 7 st. 2 njemačkog Kaznenog zakonika. Za tu je odredbu zanimljivo istaknuti da, iako se ona u njemačkoj podvodi pod tzv. načelo zastupničke sudbenosti koje inače pretpostavlja privolu zemlje u kojoj je djelo počinjeno kao pretpostavku za suđenje, njemačka doktrina tumači da takva privola nije potrebna za primjenu § 7 st. 2.[37]

5. ZAKLJUČAK

Europski uhidbeni nalog je u bitnome pospješio i pojednostavio postupak izručenja traženih osoba između država članica EU. Time je neadekvatni i prespori tradicionalni (konvencijski) sustav izručenja zamijenjen jednostavnijim i bržim sustavom, kojim je omogućena efikasna pravosudna suradnja u kaznenim stvarima. Nije na odmet napomenuti da je sustav europskog uhidbenog naloga čitavu problematiku stavio u (isključivu) nadležnost nacionalnih sudbenih tijela, a ne resornih ministarstava kao ipak pretežito političkih tijela. Stvaranje takvog sustava bilo je temeljna pretpostavka uspostave slobode, sigurnosti i pravde na području EU u punom smislu.

Čitava koncepcija europskog uhidbenog naloga bila je zamišljena na idejama o uzajamnom povjerenju i međusobnom priznavanju sudskih odluka. Pojednostavljeno rečeno, činjenica da je neka država uopće primljena u punopravno članstvo treba se smatrati dovoljnim jamcem da je ta ista država uspostavila takav zakonodavno-pravosud-

36 Ovo načelo u hrvatskoj se literaturi naziva još i univerzalnim načelom u širem smislu. Usp. P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava,* Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2016, 94.

37 K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2011, 77.

ni okvir u kojem su očuvani minimalni standardi na kojima Unija insistira. Bez takvog temelja, oživotvorenje ideje i koncepta europskog uhidbenog naloga (a time i efikasnosti kaznenog pravosuđa u EU) ne bi bilo moguće.

Odlukom u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru*, Sud je bez sumnje dao na važnosti zaštiti ljudskog dostojanstva kao jednom od temeljnih postulata, ne samo EU, nego i civiliziranog društva uopće. Ipak, tom je presudom temeljito poljuljano načelo uzajamnog povjerenja. To nepobitno dovodi do zaključka da će se u bližoj budućnosti sustav europskog uhidbenog naloga naći pred velikim kušnjama, kad god će biti potrebno odlučiti o izručenju u neku od zemalja slabije zatvorske infrastrukture. Hoće li se odluka *Aranyosi i Căldăraru* u praksi prometnuti u svoju suprotnost pa postati sredstvo zlouporabe i odugovlačenja postupka od strane tražene osobe i njenih pravnih zastupnika? Znači li to ujedno i da će budući razvoj europskog uhidbenog naloga ići u pravcu selektivnog pristupa? Hoće li se takav sustav u konačnici moći dugoročno održati? Odgovor na ova i druga potencijalna pitanja morat će biti prepušten nacionalnoj praksi. Pritom je za nadati se kako nacionalni sudovi ipak neće izgubiti iz vida suštinu: uzajamno povjerenje.

Igor Vuletić, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law Osijek

Tunjica Petrašević, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law Osijek

EUROPEAN ARREST WARRANT AFTER THE DECISION *ARANYOSI AND CĂLDĂRARU*

This paper is devoted to the problem of European arrest warrant in context of the newest decision of the European Court *Aranyosi and Căldăraru* (C-404/15 and C-659/15). That decision was brought up after the preliminary question of German court and it has introduced a new reason for possible rejection of European arrest warrant: situation in which there is a reasonable doubt that wanted person will be incarcerated in situations that do not meet the requirements of the ECHR. Such decision is a huge turnover in jurisprudence of the Court and it will influence the efficiency of the whole system. In the paper, authors describe the decision and the opinion of the Independent Attorney, with a reference to relevant jurisprudence of the ECHR. Authors give their opinion on the future of European arrest warrant.

Key words: *European Union. – Arrest. – Custody. – Criminal proceedings. – Surrender. – Extradition. – Justice authority. – Refusal. – Criminal offence.*

UDK 336.227.1/.2 ; 341.231.14:336.225.3

*Lidija Živković, LL.M.**

POSTUPAK ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA U PORESKIM STVARIMA U SVETLU *BEPS* AKCIONOG PLANA

U radu se objašnjavaju uloga i značaj postupka zajedničkog dogovaranja – posebnog mehanizma za rešavanje sporova u poreskim stvarima, predviđenog skoro svim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja po uzoru na rešenja sadržana u Model-konvencijama OECD-a i UN-a, sa posebnim osvrtom na izmene koje u tom pogledu donosi OECD/G20 BEPS akcioni plan. Nakon razmatranja glavnih elemenata postupka zajedničkog dogovaranja sadržanog u čl. 25 Model-konvencije OECD-a, autor analizira način na koji je taj mehanizam uređen u srpskim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, uz predočavanje najznačajnijih odstupanja od rešenja Model-konvencije OECD-a i objašnjavanje njihovih uzroka. U radu se, potom, razmatraju modifikacije postojeće mreže ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja za koje se Republika Srbija odlučila potpisivanjem Multilateralnog instrumenta namenjenog implementaciji mera predloženih BEPS akcionim planom. Autor ukazuje na to da se predstojeće izmene mogu smatrati dobrodošlim kao podsticaj srpskim poreskim organima na bližu sarađuju sa nadležnim organima drugih država, sa ciljem zaštite prava poreskih obveznika. Posebno se uvođenje postupka zajedničkog dogovaranja kao mehanizma za rešavanje slučajeva dvojnog rezidentstva pravnih lica može okarakterisati kao podobno da srpske poreske organe udalji od trenutnog formalističkog pristupa.

Ključne reči: *Postupak zajedničkog dogovaranja. – BEPS akcioni plan. – Akcija 14. –Multilateralni instrument. – Ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.*

* Autor je demonstrator na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *lidija.zhivkovic@gmail.com*.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Jedan od ključnih faktora za ocenu investicione klime pojedine jurisdikcije jeste efikasnost izbegavanja dvostrukog oporezivanja, koje negativno utiče na razmenu dobara i usluga, kao i protok kapitala i radne snage.[1] Radi otklanjanja, odnosno ublažavanja dvostrukog pravnog oporezivanja, države, pored propisivanja unilateralnih mera u okviru nacionalnih poreskih zakonodavstava, zaključuju bilateralne, a ređe i multilateralne ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja (u daljem tekstu: poreski ugovori). Preko 3.000 postojećih poreskih ugovora bazirano je na rešenjima sadržanim u Model-konvenciji Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) i Model-konvenciji Ujedinjenih nacija (UN). Pod pokroviteljstvom pomenutih organizacija, model-konvencije su periodično revidirane i unapređivane kako bi mogle da odgovore na promene koje je u poslovnom okruženju donosila globalizacija. U poslednjih nekoliko godina, međutim, pristup reviziji međunarodnog poreskog sistema zasnovan je na široj kooperaciji i podrazumeva sveobuhvatnija rešenja.

Teške finansijske posledice globalne ekonomske krize, u kombinaciji sa sve agresivnijim metodama poreskog planiranja multinacionalnih kompanija, podstakle su koordinaciju napora daleko većeg broja država, nego što je to do sada bio slučaj u materiji međunarodnog poreskog prava. Kako bi se sprečilo iskorišćavanje neujednačenosti poreskih sistema različitih jurisdikcija i unapredili prevaziđeni principi međunarodnog poreskog prava, OECD je, po nalogu grupe G-20, i uz podršku velikog broja zemalja u razvoju,[2] sačinio sveobuhvatan plan akcije protiv erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti (*Base Erosion Profit Shifting – BEPS* akcioni plan). On je formulisan u 15 zasebnih akcija koje predlažu izmene postojećih poreskih ugovora, kao i nacionalnih poreskih zakonodavstava. Vodeći računa o tome da će veliki broj predloženih mera imati značajan uticaj na sadržinu i tumačenje poreskih ugovora, što će neminovno rezultirati većim brojem spo-

1 Paragraf 5, vii, UN Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, *http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf*, 20. 9. 2017.

2 Oko 60 zemalja u razvoju učestvovalo je direktno ili posredno u procesu stvaranja BEPS akcionog paketa i formulisanju njegovih rešenja kroz regionalne konsultacije i tematske forume, *http://www.oecd.org/tax/developing-countries-and-beps.htm*, 20. 9. 2017.

rova između poreskih obveznika i poreskih organa vezanih za njihovu primenu (a potencijalno i između poreskih organa različitih država), *BEPS* akcija 14 usmerena je na unapređenje postupka zajedničkog dogovaranja (*Mutual Agreement Procedure – MAP*), kao mehanizma za njihovo rešavanje.[3]

Postupak zajedničkog dogovaranja je poseban postupak, nezavisan od postupaka propisanih domaćim zakonodavstvima država ugovornica, namenjen rešavanju slučajeva suprotnih odredbama određenog poreskog ugovora. Najveći broj takvih situacija tiče se primene propisa o transfernim cenama, kada povezane kompanije u okviru multinacionalne grupe kompanija trpe ekonomsko dvostruko oporezivanje usled korekcija njihove dobiti proistekle iz transakcija unutar grupe, od strane poreskih organa jedne ili više jurisdikcija.[4] Često se njime rešavaju sporovi povodom pitanja postojanja stalne poslovne jedinice, kao i utvrđivanja dobiti koja se njoj može pripisati. Kada je reč o fizičkim licima, postupak zajedničkog dogovaranja najčešće se vodi radi rešavanja slučajeva dvojnog rezidentstva.[5] Takođe, u tom postupku poreski organi država ugovornica često rešavaju pitanje karakterizacije prihoda, od čega zavisi da li će, i u kojoj meri, država izvora imati pravo da oporezuje određeni prihod u skladu sa poreskim ugovorom.[6]

Postupak zajedničkog dogovaranja prvi put je formulisan u Nacrtu model-konvencije OECD-a iz 1963. godine, a začetak ideje na

3 *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015 Paris, *http://www.oecd.org/ctp/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14–2015-final-report-9789264241633-en.htm*, 20. 9. 2017.

4 Paragraf 1.2.1 *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures* (MEMAP), OECD, 2007, *http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/1background-12whatisamutualagreementproceduremap-121.htm*, 21. 9. 2017.

5 Postupak zajedničkog rešavanja sporova predviđen je čl. 4, st. 2 Model-konvencije OECD-a kao poslednje u nizu *tie-breaker* pravila za rešavanje slučajeva dvojnog rezidentstva fizičkih lica. Naime, pogodnosti predviđene poreskim ugovorom, u načelu, može uživati samo lice koje je rezident jedne ili obe države ugovornice. Odredbe ugovora koje sadrže koliziona pravila, kao i metode za otklanjanje dvostrukog oporezivanja pretpostavljaju postojanje samo jedne države rezidentstva, zbog čega zahtevaju da se u slučajevima dvojnog rezidentstva jednoj od država dodeli prioritet.

6 M. Lombardo, „The Mutual Agreement Procedure (Art. 25 OECD MC) – A tool to overcome interpretation problems?“, *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation* (eds. M. Schilcher, P. Weninger), Linde, Vienna 2008, 461.

kojoj je zasnovan može se naći još u radu Fiskalnog komiteta Lige naroda iz 1946. godine. Fiskalni komitet već tada je uvideo značaj omogućavanja održavanja konsultacija između poreskih službenika različitih država ugovornica „radi razmatranja problema u slučajevima gde bi razmena mišljenja bila od pomoći, te radi promocije zajedničkog razumevanja kroz direktne kontakte".[7] Danas skoro svi poreski ugovori sadrže odredbu kojom se predviđa postupak zajedničkog rešavanja sporova, a koja je formulisana, uz manja odstupanja, na bazi čl. 25 Model-konvencije OECD-a, ili čl. 25 Model-konvencije UN-a.

2. POSTUPAK ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA U MODEL-KONVENCIJI OECD-A

Član koji reguliše postupak zajedničkog dogovaranja nadležnih organa država ugovornica, pretrpeo je samo neznatne izmene tokom prvih skoro pola veka od kada je 1963. godine postao deo Model-konvencije OECD-a. Tek 2008. godine dodata je, u okviru zasebnog, petog stava, klauzula o obaveznoj arbitraži, za koju se u literaturi ističe da je najznačajnija izmena Model-konvencije OECD-a još od objavljivanja njenog nacrta.[8] Njeno uvođenje bilo je dugo očekivani odgovor na neefikasnost postupka zajedničkog dogovaranja u praksi.

Član 25 Model-konvencije OECD-a obavlja tri funkcije. Najpre, on predviđa mehanizam rešavanja sporova nastalih u vezi sa primenom odredaba poreskog ugovora na konkretne slučajeve. Drugo, omogućava državama ugovornicama da se dogovore oko zajedničkog tumačenja i primene poreskog ugovora (tzv. interpretativni postupak zajedničkog dogovaranja). Konačno, predviđa mehanizam rešavanja slučajeva dvostrukog oporezivanja koji nisu regulisani konkretnim poreskim ugovorom (tzv. legislativni postupak zajedničkog dogovaranja).[9]

7 League of Nations, Report on the Work of the Tenth Session of the Committee – C.37.M.37.1946.II.A., Geneva (20–26. Mar. 1946) – Legislative History of United States Tax Conventions, 13[4311], *http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-14.xml;chunk.id=item-14;toc.depth=1;toc.id=item-14;database=;collection=;brand=default*, 20. 9. 2017.

8 H. Ault, J. Sasseville, „2008 OECD Model: The New Arbitration Provision", *Bulletin for International Taxation*, May/June 2009, 208.

9 M. Lombardo, *op. cit.*, 462.

Ključna karakteristika postupka zajedničkog dogovaranja jeste odsustvo formalizma. U skladu sa preporukom sadržanom u Komentaru Model-konvencije OECD-a (u daljem tekstu: Komentar), formalnosti u vezi sa pokretanjem, kao i sprovođenjem postupka zajedničkog dogovaranja treba držati na minimalnom nivou, odnosno ukloniti sve formalnosti koje nisu neophodne.[10]

Prvi stav čl. 25 omogućava licu, koje smatra da mere jedne ili obe države ugovornice dovode ili će dovesti do oporezivanja koje nije u skladu sa poreskim ugovorom, da se obrati nadležnom organu[11] države ugovornice čiji je rezident[12] i izloži mu svoj slučaj. Time započinje prva faza postupka koja se odvija isključivo između poreskog obveznika i nadležnog organa države njegovog rezidentstva. Lice može navedeno pravo ostvariti bez obzira na to da li je prethodno iskoristilo pravna sredstva koja mu stoje na raspolaganju u domaćem pravu država ugovornica. U svom zahtevu, lice mora učiniti verovatnim da mere države ugovornice, bez obzira da li su one zakonodavne ili regulatorne prirode, kao i da li su pojedinačnog ili opšteg karaktera, dovode, ili mogu dovesti do oporezivanja koje je u suprotnosti sa poreskim ugovorom.[13] Zahtev se može podneti u roku od tri godine od dana prvog obaveštenja poreskog obveznika o meri koja rezultira oporezivanjem koje nije u skladu sa odredbama poreskog ugovora.[14]

Drugi stav predviđa obavezu nadležnog organa države ugovornice da razmotri opravdanost podnetog zahteva, te da, ukoliko ustanovi da je opravdan, pokuša samostalno da reši predočeni slučaj. Ukoliko

10 Paragraf 41, tačka a) Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

11 U pitanju je organ naveden u članu konkretnog poreskog ugovora, koji odgovara čl. 3, st. 1, tač. f) Model-konvencije OECD-a. U Republici Srbiji je to Ministarstvo finansija, Sektor za fiskalni sistem, Grupa za ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.

12 U slučajevima diskriminacije koji potpadaju pod čl. 24 Model-konvencije OECD-a, poreski obveznik može se obratiti nadležnom organu države čiji je državljanin.

13 Paragraf 14 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

14 Paragraf 16 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a ističe da nije predviđena posebna forma u kojoj poreski obveznik mora podneti zahtev za pokretanje postupka zajedničkog dogovaranja, ali da su nadležni organi slobodni da regulišu ovo pitanje. Ukoliko to ne učine, zahtev se podnosi u formi koja se inače zahteva u poreskim administrativnim stvarima, prema propisima konkretne države.

nije u mogućnosti da sâm dođe do zadovoljavajućeg rešenja,[15] nadležni organ započinje drugu fazu postupka u kojoj će nastojati da slučaj reši zajedničkim dogovorom sa nadležnim organom druge države ugovornice. Ukoliko dogovor bude postignut, biće primenjen bez obzira na eventualna vremenska ograničenja u unutrašnjem pravu tih država.

Treći stav pruža mogućnost nadležnim organima država ugovornica da samostalno, bez zahteva poreskog obveznika, pokrenu postupak zajedničkog dogovaranja u dve situacije. Prva podrazumeva postojanje teškoća ili nejasnoća u tumačenju ili primeni poreskog ugovora. Radi se o pitanjima opšte prirode, koja su od značaja za određenu kategoriju poreskih obveznika,[16] kao što je tumačenje pojedinih termina korišćenih u poreskom ugovoru ili rešavanje teškoća proisteklih iz promene domaćeg zakonodavstva države ugovornice.[17] Druga situacija podrazumeva otklanjanje dvostrukog oporezivanja u slučajevima koji nisu regulisani poreskim ugovorom. Konsultacije nadležnih organa u takvim slučajevima treba da obezbede da poreski ugovor efikasno funkcioniše kao celina.[18] Nakon što nadležni organi postignu dogovor, oni o tome obaveštavaju poreskog obveznika, koji ima pravo da ne prihvati predloženo rešenje ukoliko smatra da nije zadovoljavajuće.[19] Ako poreski obveznik prihvati rešenje do koga su došli nadležni organi, ono obavezuje kako organe koji su učestvovali u pregovorima, tako i organe koji će dogovor sprovesti u praksi.

Četvrti stav propisuje da nadležni organi mogu doći do zajedničkog dogovora neposrednim opštenjem ili posredstvom mešovite komisije, čime se suštinski ukazuje na to da nije neophodno uspostavljanje kontakta putem diplomatskih kanala.[20] Shodno tome, prednost postupka zajedničkog dogovaranja ogleda se, kako za poreske organe,

15 U pitanju su situacije u kojima je oporezivanje protivno odredbama poreskog ugovora prouzrokovano, u celini ili delimično, merama druge države ugovornice, zbog čega nadležni organ države ugovornice kome je poreski obveznik podneo zahtev za iniciranje postupka nije u mogućnosti da samostalno otkloni navedene nedostatke.

16 Paragraf 51 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

17 Paragraf 52 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

18 Paragraf 55 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

19 A. Sertić, „Postupak zajedničkog dogovaranja prema čl. 25 OECD-ova modela ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja", *Porezni vjesnik*, 2/2013, 113.

20 Paragraf 57 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

tako i za poreskog obveznika, u njegovoj fleksibilnosti i odsustvu birokratije.[21]

Peti stav, unet izmenama Model-konvencije OECD-a iz 2008. godine, sadrži dodatni mehanizam – obavezno arbitražno rešavanja sporova, u onim slučajevima u kojima nadležni organi nisu uspeli da postignu dogovor u roku od dve godine od trenutka iniciranja postupka.

3. NEDOSTACI POSTUPKA ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA

Nadležnom organu ostavljeno je široko diskreciono ovlašćenje da odluči o opravdanosti zahteva poreskog obveznika, čime se u značajnoj meri utiče na pravnu sigurnost. Od prakse nadležnog organa konkretne države zavisiće i spremnost poreskog obveznika da inicira postupak zajedničkog dogovaranja. Zbog toga je Komentar predvideo mogućnost da države ugovornice poreskom obvezniku dozvole da inicira postupak zajedničkog dogovaranja pred nadležnim organom bilo koje od država ugovornica, a ne samo pred nadležnim organom države čiji je rezident.[22] Ipak, opisani pristup dobio je na značaju tek uključivanjem u „minimalni standard" *BEPS* paketa, o čemu će više reči biti u 5. poglavlju.

Premda poreski obveznik nije stranka u postupku zajedničkog dogovaranja, njegov angažman može značajno uticati na trajanje i uspešnost pregovora između nadležnih organa. U njegovom je interesu da, uz zahtev za pokretanje postupka, kao i nakon njegovog podnošenja, dostavlja nadležnom organu potpune i tačne informacije od značaja za rešenje spora, odnosno da ih ažurira u skladu sa eventualnim izmenama.[23] Sâma Model-konvencija OECD-a ne predviđa eksplicitno pravo poreskog obveznika da učestvuje u postupku zajedničkog dogovaranja. Ipak, jasno je da je tokom prve faze postupka neophodno učešće poreskog obveznika, kako bi nadležnom organu bile predstavljene relevantne činjenice konkretnog slučaja, potkrepljene dokazima, na

21 B. R. Runge, „Mutual Agreement Procedure and the Role of the Taxpayer", *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2002, 17.

22 Paragraf 19 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

23 A. Sertić, *op. cit.*, 110.

osnovu kojih bi moglo biti odlučeno o opravdanosti zahteva. U pogledu druge faze postupka, Komentar predviđa obavezu nadležnih organa da omoguće poreskom obvezniku da pismenim ili usmenim putem iznese svoje viđenje slučaja, kao i da mu obezbede pomoć savetnika, jedino ukoliko se postupak vodi pred mešovitom komisijom koju su formirali nadležni organi.[24] Eksplicitno propisivanje obaveze aktivnog učešća poreskog obveznika imalo bi značajne prednosti u odnosu na postojeće rešenje, budući da poreski obveznik nužno ima daleko bolje razumevanje činjenica konkretnog slučaja koji ga se tiče, a uz to je i u mogućnosti da uloži značajnije resurse tokom pregovora kako bi zaštitio svoj interes, nego što je to slučaj sa nadležnim organima.[25]

Najozbiljniji nedostatak postupka zajedničkog dogovaranja jeste nepostojanje obaveze nadležnih organa da postignu saglasnost oko rešenja prezentovanog slučaja. Njihova obaveza se sastoji samo u tome da o slučaju pregovaraju i nastoje da dođu do njegovog rešenja. Pored toga, nije propisan vremenski okvir u kome bi pregovori nadležnih organa morali da budu okončani, bez obzira na to da li je saglasnost postignuta ili ne. U takvim okolnostima, prosečno trajanje postupka zajedničkog dogovaranja traje nešto više od 20 meseci, pri čemu postoje primeri slučajeva u kojima su pregovori okončani tek nakon jedne decenije.[26]

Razlike koje postoje u načinu na koji nadležni organi različitih država u praksi vode postupak zajedničkog dogovaranja uzrokuju pravnu nesigurnost za poreske obveznike. Zbog toga je transparentnost postupka zajedničkog dogovaranja od izuzetnog značaja. U tom cilju, OECD prikuplja i objavljuje podatke o pokrenutim, odnosno okončanim postupcima zajedničkog dogovaranja, kao i uputstva za pokretanje i sprovođenje postupka zajedničkog dogovaranja koja su pripremili nadležni organi brojnih država.[27] Značajan broj država, ipak, i dalje nema iskustvo u primeni ovog mehanizma za rešavanje spornih pore-

24 Paragraf 60 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

25 J. Mogle, „Competent Authority Procedure", *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ*, 23, 1990, 725 (Navedeno prema: M. Lombardo, *op. cit.*, 467).

26 Mutual Agreement Procedure Statistics for 2015, *http://www.oecd.org/tax/dispute/map-statistics-2015.htm,* 22. septembar 2017, M. Lombardo, *op. cit.*, 469, fn. 28.

27 Trenutno su dostupne informacije o 68 jurisdikcija, uz najavu da će uskoro biti objavljeni podaci o još 26 jurisdikcija. MAP Profiles, *http://www.oecd.org/tax/dispute/country-map-profiles.htm*, 22. septembar 2017.

skih pitanja. Odsustvo rešenih slučajeva u čije obrazloženje bi poreski obveznici mogli da se pouzdaju, odvraća ih od iniciranja postupka zajedničkog dogovaranja.[28]

4. POSTUPAK ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA U PORESKIM UGOVORIMA KOJE PRIMENJUJE REPUBLIKA SRBIJA[29]

Od ukupno 64 poreska ugovora koja Republika Srbija primenjuje, skoro svi regulišu postupak zajedničkog dogovaranja nadležnih organa i to u okviru člana koji je formulisan na bazi čl. 25 Model-konvencije OECD-a. Izuzetak je poreski ugovor sa Malezijom, koji uopšte ne sadrži odgovarajući član. Međutim, u okviru člana koji uređuje pitanje rezidentstva za potrebe primene ugovora, on propisuje da će se, u slučaju neuspešne primene ostalih *tie-breaker* pravila, dvojno rezidentstvo fizičkog lica rešiti u postupku zajedničkog dogovaranja nadležnih organa.[30] Čini se da ne postoji posebno opravdanje za opisanu protivrečnost, te da je u pitanju omaška do koje je došlo tokom pregovora delegacija država ugovornica.

Premda Komentar predviđa mogućnost da države ugovornice ugovore da poreski obveznik može inicirati postupak zajedničkog dogovaranja obraćanjem ne samo nadležnom organu države ugovornice čiji je rezident, već i nadležnom organu druge države ugovornice, nijedan poreski ugovor koji Srbija primenjuje ne pruža poreskom obvezniku navedenu mogućnost.[31]

Zanimljivo je rešenje koje sadrži poreski ugovor sa Estonijom, koje predviđa da *„dogovor treba da bude postignut u periodu od dve godine od kada je nadležni organ formalno pokrenuo ovo pitanje"*.[32] Za razliku od rešenja koje predviđa čl. 25 Model-konvencije OECD-a, pre-

28 M. Lombardo, *op. cit.*, 468.

29 Republika Srbija, kao univerzalni sukcesor, primenjuje poreske ugovore koje je sa drugim državama zaključila Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija (SFRJ), Savezna Republika Jugoslavija (SRJ) i Državna zajednica Srbija i Crna Gora.

30 Čl. 4, st. 2, tač. g) Ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između Srbije i Malezije, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90.

31 Paragraf 19 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a.

32 Čl. 25, st. 2 Ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između Srbije i Estonije, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/10. Verzija ugovo-

ma kome nadležni organi samo nastoje da postignu dogovor, citirana odredba suštinski ustanovljava obavezu nadležnih organa da dođu do rešenja i to u roku koji se, inače, propisuje kao uslov za pokretanje arbitražnog postupka, u onim poreskim ugovorima koji sadrže klauzulu o arbitraži.

Poreski ugovori zaključeni sa Francuskom, Švedskom i Velikom Britanijom uopšte ne propisuju rok u kome je poreski obveznik dužan da podnese zahtev za iniciranje postupka zajedničkog dogovaranja. Odstupanje u odnosu na čl. 25, st. 1 Model-konvencije koji propisuje rok od tri godine postoji i u poreskom ugovoru sa Italijom koji predviđa rok od dve godine, kao i u ugovoru sa Holandijom koji propisuje rok od pet godina. Navedeni poreski ugovori ne sadrže ni odredbu iz čl. 25, st. 2 Model-konvencije OECD-a, koja predviđa da će se dogovor nadležnih organa sprovesti bez obzira na vremenska ograničenja u unutrašnjem pravu država ugovornica.[33] Opisana odstupanja mogu se objasniti činjenicom da je reč o starijim poreskim ugovorima, koji su zaključeni sredinom 70-ih i početkom 80-ih godina prošlog veka, pri čijem zaključivanju nisu uzete u obzir izmene čl. 25, koje su izvršene u Model-konvenciji iz 1977. godine. Naime, tada je u čl. 25, st. 1 uneta odredba koja propisuje rok za iniciranje postupka, a čl. 25, st. 2 dopunjen je preciziranjem da se implementacija postignutog dogovora sprovodi bez obzira na eventualna vremenska ograničenja u domaćem zakonodavstvu država ugovornica.[34]

Poreski ugovor sa Velikom Britanijom ne predviđa mogućnost pokretanja postupka zajedničkog dogovaranja u slučajevima oporezivanja koji nisu regulisani poreskim ugovorom (legislativni postupak zajedničkog dogovaranja). Njeno odsustvo odslikava ugovornu praksu Velike Britanije da ne unosi ovu odredbu u poreske ugovore koje zaključuje sa zemljama u razvoju.[35] Poreski ugovori sa Italijom i Belgijom takođe ne propisuju ovu odredbu.

---

ra na engleskom jeziku dostupna na: *https://www.riigiteataja.ee/akt/13252522*, 22. 9. 2017.

33 Od novijih poreskih ugovora koje Republika Srbija primenjuje, navedenu odredbu ne sadrže ugovori sa Slovačkom i Švajcarskom.

34 Model Tax Convention on Income and on Capital (Full Version), OECD Publishing, Paris 2014, M-61, *http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en#page4*, 23. 9. 2017.

35 M. Friezer, „The Competent Authority and Mutual Agreement Procedure", *Conference on Anti-Avoidance and Tax Treaty Policies and Practice in Asian-*

Nijedan poreski ugovor koji Republika Srbija primenjuje ne sadrži klauzulu o arbitraži. Takav pristup opravdava se stavom da, ukoliko postoji dobra volja nadležnih organa država ugovornica, moguće je rešiti zajedničkim dogovorom sve sporne slučajeve nastale povodom tumačenja i primene poreskih ugovora.[36] Zapravo, glavna prepreka implementaciji klauzule o arbitraži je otpor prema mogućnosti da određeno nezavisno telo odlučuje o pitanjima iz domena fiskalne suverenosti. Pored toga, razlog za skepticizam, kao i u slučaju drugih zemalja u razvoju, leži u težnji da se izbegne neravnopravna pozicija do koje bi neminovno dolazilo tokom arbitražnog postupka sa razvijenim zemljama – kako u pogledu sredstava neophodnih za finansiranje troškova arbitraže, tako i u pogledu poreskih stručnjaka kojima bi rešavanje spornog slučaja bilo povereno.[37]

5. POSTUPAK ZAJEDNIČKOG DOGOVARANJA U POST-*BEPS* SVETU

Aktivnosti širokog kruga država na sprečavanju erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti neminovno će stvoriti značajan pritisak na poreske organe širom sveta. Za očekivati je da će postupanje različitih država u skladu sa merama *BEPS* paketa koje su usmerene na poreske ugovore uticati na povećanje broja sporova nastalih povodom njihovog tumačenja i primene. Zato se u literaturi s pravom zaključuje da će pitanje uspešnosti *BEPS* paketa kao celine zavisiti upravo od efikasnosti mehanizama za rešavanje sporova, čije je unapređenje cilj akcije 14 *BEPS* paketa.[38] Ona sadrži mere u sklopu tzv. „minimalnog standarda", oko koga su se saglasile sve države učesnice u završnom *BEPS* paketu, a koji od njih zahteva da 1) primenjuju čl. 25 Model-konvencije

Pacific Region, 9–12 June 1989 (Wellington, New Zealand), 293. (Navedeno prema: T. H. Teck, „The 'Mutual Agreement Procedure' Article in Tax Treaties – Singapore's Perspective", *Intertax*, Vol. 28, 5/2000, 208).

36 D. Dabetić, *Republika Srbija i izbegavanje dvostrukog oporezivanja,* Računovodstvo, Beograd 2008, 194 fn. 277.

37 Z. Adam, „Mutual Agreement Procedure Arbitration in Developing Countries – The ASEAN Experience", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 70, 4/2016, *https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/Bulletin-for-International-Taxation/collections/bit/html/bit_2016_04_a4_1.html*, 18. 9. 2017.

38 J. Spencer, A. Mills, „Improving Treaty Dispute Resolution: An Australian Perspective", *Bulletin for International Taxation*, June/July 2015, 395.

OECD-a u dobroj veri i omoguće da se postupci zajedničkog dogovaranja rešavaju na vreme, 2) osiguraju da domaće administrativne procedure podstiču prevenciju i efikasno razrešenje sporova vezanih za tumačenje i primenu poreskih ugovora i 3) obezbede poreskim obveznicima pristup postupku zajedničkog dogovaranja uvek kada ispunjavaju uslove propisane čl. 25, st. 1 Model-konvencije OECD-a.[39] Pored toga, akcija 14 predviđa i 11 „najboljih praksi" oko kojih, nažalost, nije postignut konsenzus.

Jedna od osnovnih kritika upućenih na račun *BEPS* paketa mera jeste pooštravanje uslova koje poreski obveznici moraju da ispune radi sticanja pogodnosti garantovanih poreskim ugovorima uz proširenje obima diskrecione vlasti poreskih organa, a bez unapređivanja zaštite prava poreskih obveznika. Akcija 14 je jedina koja predviđa mere za unapređenje mehanizama usmerenih na zaštitu interesa poreskih obveznika, pre svega – postupka zajedničkog dogovaranja.

BEPS akcija 15 predvidela je poseban multilateralni instrument sa ciljem da se u što kraćem roku modifikuje postojeća mreža poreskih ugovora, u skladu sa merama koje predviđa *BEPS* paket. Rezultat te akcije je Multilateralna konvencija za implementaciju mera vezanih za ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja usmerenih protiv erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti[40] (u daljem tekstu: Multilateralni instrument), koju je do sada potpisala 71 jurisdikcija, pri čemu je još 6 jurisdikcija izrazilo nameru da to u budućnosti učini.[41]

Minimalni standard predviđen *BEPS* Akcijom 14 ugrađen je u čl. 16 Multilateralnog instrumenta, koji treba da obezbedi da se obaveze iz zaključenih poreskih ugovora koji se njime modifikuju[42] primenjuju u potpunosti i u dobroj veri u pogledu postupka zajedničkog dogo-

39 *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris 2015, 14.

40 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion Profit Shifting, OECD, Paris 2017 – Multilateral convention.

41 Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, *http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf,* 23. 9. 2017.

42 Državama potpisnicama Multilateralnog instrumenta ostavljena je sloboda da odaberu koji će od njihovih poreskih ugovora biti modifikovani Multilateralnim instrumentom. Tada je reč o tzv. „obuhvaćenim poreskim ugovorima" (engl. *Covered Tax Agreements*). Republika Srbija odabrala je da modifikuje sve svoje poreske ugovore (59 ugovora koji su u primeni i 5 ugovora koji su zaključeni, ali se još uvek ne primenjuju). Ipak, da bi određeni poreski ugovor

varanja, čime se obezbeđuje sigurnost i predvidivost, ali i unapređuje postupak rešavanja sporova.[43]

Prva modifikacija koju Multilateralni instrument predviđa radi ispunjenja „minimalnog standarda" jeste izmena čl. 25, st. 1 obuhvaćenih poreskih ugovora, kako bi se omogućilo licu koje smatra da mere jedne ili obe države ugovornice dovode ili će dovesti do oporezivanja koje nije u skladu sa poreskim ugovorom, da se obrati nadležnom organu *bilo koje od dve države ugovornice*.[44] Time se poreskom obvezniku olakšava pristup postupku zajedničkog dogovaranja, pošto se od njega ne zahteva da postupak inicira isključivo pred nadležnim organom države ugovornice čiji je rezident. Ipak, Multilateralni instrument ostavlja mogućnost potpisnicama da na navedenu odredbu stave rezervu i „minimalni standard" ispune uvođenjem postupka bilateralnog obaveštavanja, odnosno konsultovanja sa nadležnim organom druge države ugovornice, u onim slučajevima u kojima nadležni organ države rezidentstva smatra zahtev poreskog obveznika neopravdanim.[45] Cilj uvođenja obaveze konsultovanja je da se obezbedi da nadležni organi obe države ugovornice budu upoznati sa podnetim zahtevima za pokretanje postupka, kao i da se i jednom i drugom omogući da daju svoje viđenje njegove opravdanosti.[46] Republika Srbija stavila je rezervu na odredbu kojom bi poreskom obvezniku bilo omogućeno da se obrati nadležnom organu bilo koje države ugovornice, već „minimalni standard" namerava da ispuni uvođenjem obaveze obaveštavanja, odnosno konsultovanja sa nadležnim organom druge države ugovornice.[47] Opisani izbor može se objasniti stavom Republike Srbije prema obavezujućoj arbitraži kao dopunskom mehanizmu za rešavanje sporova. Naime, i u ovom slučaju radi se o težnji da se spreči mogućnost uticaja nadležnih organa drugih država na fiskalnu suverenost, odnosno

bio modifikovan Multilateralnim instrumentom, neophodno je da ga i druga država ugovornica uvrstiti u svoje „obuhvaćene poreske ugovore".

43 D. Popović, G. Ilić-Popov, „Značaj i efekti Multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 75/2017, 7 (prihvaćeno za objavljivanje).

44 Čl. 16, st. 1 Multilateral convention.

45 Čl. 16, st. 5, tač. a) Multilateral convention.

46 *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, 22.

47 Republic of Serbia, Status of Lists of Reservations and Notifications at the Time of the Signature, *http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-serbia.pdf*, 25. 9. 2017.

mogućnost da nadležni organi druge jurisdikcije svojom odlukom o opravdanosti zahteva za pokretanje postupka zajedničkog dogovaranja utiču posredno na domaće poreske prihode.

Multilateralni instrument predviđa i modifikaciju druge rečenice čl. 25, st. 1, koja propisuje rok za iniciranje postupka zajedničkog dogovaranja, tako da on ne sme biti kraći od tri godine od dana prijema obaveštenja o oporezivanju koje nije u skladu sa konkretnim poreskim ugovorom. U skladu sa tim, u poreske ugovore sa Francuskom i Velikom Britanijom (koji uopšte ne sadrže odredbu o roku) biće dodata citirana odredba, dok će odredba u poreskom ugovoru sa Italijom, koja propisuje rok od dve godine, biti zamenjena tom odredbom.[48] „Minimalni standard" automatski je ispunjen u slučaju poreskih ugovora koji propisuju rok duži od tri godine, kao što je npr. slučaj sa poreskim ugovorom zaključenim sa Holandijom.

Radi ispunjenja zahteva „minimalnog standarda", u poreske ugovore koje je Republika Srbija zaključila sa Belgijom, Francuskom, Italijom, Holandijom, Slovačkom i Velikom Britanijom biće uneta i odredba koja odgovara drugoj rečenici čl. 25, st, 2 Model-konvencije OECD-a o obavezi implementacije dogovora postignutog u postupku zajedničkog dogovaranja bez obzira na eventualna ograničenja propisana domaćim zakonodavstvom.[49]

Multilateralnim instrumentom biće modifikovani poreski ugovori sa Belgijom, Italijom i Velikom Britanijom, koji ne sadrže tzv. legislativni postupak zajedničkog dogovaranja, dodavanjem odredbe koja reguliše tu vrstu postupka.[50]

U skladu sa dosadašnjim pristupom u pogledu arbitražnog rešavanja sporova u poreskoj materiji, Republika Srbija nije pristala da, u

48 Poreski ugovor između Republike Srbije i Švedske ne sadrži odredbu o roku u kome se mora inicirati postupak zajedničkog dogovaranja, ali on neće biti izmenjen jer ga Švedska nije uvrstila među svoje „obuhvaćene poreske ugovore" koji su predviđeni da budu modifikovani Multilateralnim instrumentom. Isti je slučaj i sa poreskim ugovorom između Republike Srbije i Indonezije koji propisuje rok od dve godine.

49 Čl. 16, st. 2 Multilateral convention. Navedena odredba nedostaje i u poreskim ugovorima koje je Republika Srbija zaključila sa Indonezijom, Švedskom i Švajcarskom. Ipak, navedene države nisu odabrale da Multilateralnim instrumentom modifikuju poreski ugovor sa Republikom Srbijom, zbog čega će odgovarajuće odredbe u tim ugovorima ostati neizmenjene.

50 Čl. 16, st. 3 Multilateral convention.

skladu sa VI delom Multilateralnog instrumenta, svoje poreske ugovore modifikuje uključivanjem klauzule o obaveznoj arbitraži. Ipak, može se očekivati da će se opisani stav promeniti u relativno bliskoj budućnosti. Naime, potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Republika Srbija preuzela je obavezu da kompletira mrežu poreskih ugovora sa državama članicama Evropske unije (EU) i to na bazi poslednje verzije Model-konvencije OECD-a, koja u čl. 25, st. 5 predviđa klauzulu o obaveznoj arbitraži.[51]

Unapređenje postupka zajedničkog dogovaranja od posebnog je značaja za funkcionisanje novog *tie-breaker* pravila za rešavanje slučajeva dvojnog rezidentstva pravnih lica, koje kao preporuku sadrži akcija 6 *BEPS* paketa, usmerena protiv zloupotrebe poreskih ugovora.[52] Ona predviđa supstituciju *tie-breaker* pravila zasnovanog na kriterijumu „mesta stvarne uprave" zajedničkim dogovorom nadležnih organa država ugovornica. Implementaciji te mere namenjen je čl. 4 Multilateralnog instrumenta, na koji Republika Srbija nije stavila rezervu, pristajući na taj način da u svim svojim poreskim ugovorima zameni kriterijum „mesta stvarne uprave" postupkom zajedničkog dogovaranja.[53] Uzimajući u obzir pozicije drugih država potpisnica Multilateralnog instrumenta sa kojima Republika Srbija ima zaključene poreske ugovore, navedena izmena biće uneta u poreske ugovore sa Velikom Britanijom, Egiptom, Indijom, Irskom, Jermenijom, Kinom, Poljskom, Rumunijom, Rusijom, Slovačkom, Slovenijom i Holandijom.

6. ZAKLJUČAK

Odluka da se u svim zaključenim poreskim ugovorima postojeće *tie-breaker* pravilo zameni postupkom zajedničkog rešavanja sporova može se okarakterisati kao pozitivno rešenje. Za razliku od kriterijuma „mesta stvarne uprave" koje srpski poreski organi, usled nespremnosti da se upuštaju u sveobuhvatnu analizu činjenica konkretnog slučaja, nikada nisu primenili u praksi, rešavanje slučajeva dvojnog rezident-

51 Čl. 100, st. 3 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Srbije (SSP).

52 *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris 2015, 72.

53 Republic of Serbia, Status of Lists of Reservations and Notifications at the Time of the Signature, 11.

stva u postupku zajedničkog dogovaranja primoraće ih da, pod uticajem prakse nadležnih organa drugih država ugovornica napuste dosadašnji formalistički pristup. Rešavanje slučajeva dvojnog rezidentstva biće samo prvi korak u razvoju domaće prakse rešavanja sporova zajedničkim dogovaranjem, koji će, vremenom, omogućiti da se domaći poreski organi osećaju sigurnije u budućoj primeni ovog mehanizma u brojnim drugim sporovima vezanim za tumačenje i primenu poreskih ugovora.

Pored činjenice da bi pravna nesigurnost proistekla iz primene ovog mehanizma teško mogla biti veća od nesigurnosti uzrokovane neprimenjivanjem postojećeg činjeničnog kriterijuma, za očekivati je da će se zvanični stav u pogledu arbitražnog rešavanja sporova promeniti, što bi stvorilo uslove da navedeni problem bude u najvećoj meri otklonjen. Rešenja predviđena Akcijom 14, implementirana Multilateralnim instrumentom, podstaći će bližu i sveobuhvatniju saradnju srpskih poreskih organa sa nadležnim organima drugih država ugovornica, u cilju zaštite prava poreskih obveznika.

Imajući u vidu veći značaj koji će za domaće poreske organe imati postupak zajedničkog dogovaranja, poželjno je da budu formulisana i zvanično objavljena uputstva i pravila koja se tiču postupka zajedničkog dogovaranja.[54] Zahvaljujući napretku koji je OECD postigao u pogledu obezbeđivanja transparentnosti postupka zajedničkog dogovaranja, srpski nadležni organi imaće mogućnost da formulišu uputstva za pokretanje i sprovođenje postupka zajedničkog dogovaranja, koristeći kao uzor praksu brojnih država čije je iskustvo u primeni ovog mehanizma bogatije. Osim toga, bilo bi neophodno obezbediti da odlučivanje o zahtevu za pokretanje postupka bude u nadležnosti poreskih službenika koji nisu prethodno odlučivali o pitanju čije rešavanje zahteva poreski obveznik.[55] Kao preduslov za uspešno sprovođenje navedenih koraka, a, zatim, i za realizaciju iznetih optimističnih predviđanja, neophodno je obezbeđivanje resursa za edukaciju i proširenje postojećeg kadra domaćih poreskih organa.

54 *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report*, 18.

55 *Ibid.*

Lidija Živković, LL.M.
Teaching Fellow at the University of Belgrade, Faculty of Law

MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE IN THE LIGHT OF THE BEPS ACTION PLAN

Summary

In this article, the author explains the role and significance of the specific dispute resolution mechanism provided for in virtually all double taxation treaties concluded worldwide – the Mutual Agreement Procedure (MAP) based on the art. 25 of the OECD and UN Model Conventions, in light of the new state of affairs brought about by the OECD/G20 BEPS action plan. After deliberating upon the main features of the MAP incorporated in the OECD Model Convention, the author analyses the manner in which this mechanism is dealt with within current Serbian double taxation treaty network. The main deviations from the art. 25 of the OECD Model Convention are outlined and their causes examined. Finally, the author explains the upcoming modifications of the existing tax treaties related to MAP, to which Serbia agreed by signing the Multilateral instrument focused on implementing the BEPS action plan recommendations. In the author's opinion, prospective changes may be welcomed as an incentive for Serbian tax authorities to engage more thoroughly in cooperation with the competent authorities of other countries, with the aim of protecting taxpayers' rights. Especially the introduction of the MAP as a mechanism to resolve dual residence cases of companies is seen as capable of inducing the Serbian tax authorities to step away from its present formalistic approach.

Key words: *Mutual Agreement Procedure. – BEPS action plan. – Action 14. – Multilateral instrument. – Double Taxation Treaties.*

PRILOZI

UDK 341.63

*Nemanja Ćurčić**

IMENOVANJA ARBITRA U VIŠESTRANAČKOJ ARBITRAŽI**

Usled procesa globalizacije i sve veće međuzavisnosti kompanija višestranačka arbitraža postaje sve češći tip arbitraže. Međutim, pravila koja regulišu pitanje izbora arbitra u višestranačkoj arbitraži još uvek su neusaglašena što može imati jako velike posledice po sam arbitražni postupak – ništavost same arbitražne odluke, nemogućnost izvršenja na teritoriji druge države i sl. Autor u prvom delu rada analizira stav francuskog Kasacionog suda u slučaju „Dutco", a zatim stanovište švajcarski sudova da bi se potom osvrnuo na skorašnju praksu i poslednje izmene Uncitral model zakona u ovom pogledu kao mogućeg rešenja za prevazilaženje ovog problema.

Ključne reči: *Međunarodna arbitraža. – Imenovanje arbitra. – Višestranačka arbitraža. – Princip jednakosti stranaka.*

1. UVOD

Arbitraža predstavlja privatni alternativni način rešavanja sporova. Danas, arbitraža je glavni mehanizam za rešavanje sporova u većini međunarodnih poslovnih odnosa. Tradicionalna arbitraža po pravilu ima po jednu stranku na obe strane. Ipak u poslednje dve decenije, usled procesa globalizacije i sve veće međuzavisnosti i povezanosti kompanija, došlo je do velikog porasta broja višestranačkih arbitraža. Prema zvaničnom izveštaju ICC arbitraže za 2015. godinu od ukupnog broja novih slučajeva u toj godini, jednu trećinu čine slučajevi višestranačke arbitraže a prosečan broj stranaka u njima je 4.[1] Najveći

* Autor je student master studija Pravnog Fakulteta Univerziteta u Beogradu, *nemanjacurcic753@gmail.com*.

** Ovaj rad je osvojio prvo mesto na konkursu za nagradu „Gašo Knežević" za najbolji rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova i medijacije.

1 ICC Arbitration statistic, *https://www.slideshare.net/ICCWBO/icc-arbitration-statistics-2015*, 2. 10. 2017.

broj stranaka u jednom postupku zabeležen u ovoj godini je 32. Na svetskom nivou ovaj postotak je još i veći – 40% arbitraža u svetu su višestranačke arbitraže.

Višestranačka arbitraža predstavlja tip arbitraže u kome učestvuju više od dve stranke. Najčešće se javlja kod velikih infrastrukturnih projekata kada je, radi pravovremenog izvršenja zadatog projekta, neophodno angažovati više podizvođača što se najčešće čini putem ugovora o konzorcijumu ili *joint venture* ili putem drugih vrsta trgovinskih ugovora. Samim tim u slučaju spora, on po pravilu uključuje više stranaka, kako na strani tuženog, tako i na strani tužioca. Veliki broj stanaka značajno otežava konstisuisanje i vođenje samog postupka, čini ga znatno komplikovanijim i može dovesti do gubitka predosti koje arbitraža, kao mehanizam rešavanja sporova, donosi. Tada najčešće institucija priskače u pomoć birajući arbitra umesto stranaka koje to nisu učinile. Ovakav pristup je često kritikovan zbog toga što ne tretira grupu tužioca ili tuženika na jednak način kao i drugu stranu, jer joj omogućava da zadrži svog izabranog arbitra. Takođe činjenica da više tužilaca ili tuženih može imati različite interese u sporu ukazuje da njima treba omogućiti da izaberu svog arbitra jer bi u suprotonom bilo narušeno načelo jednakosti stranaka[2] što je i istakao Kasacioni sud Francuske u slučaju *Dutko*.[3]

Razlozi zbog kojih se stranke odlučuju na ovaj tip arbitraže jesu prednosti koje pruža – mogućnost da se sva sporna pitanja reše pred jednim tribunalom, čime se izbegavaju različite odluke tribunala po pojedinačnim pitanjima s obzirom da se svi dokazi izvode na jednom mestu što tribunalu daje mogućnost da stekne punu sliku o celoj stvari; takođe ovakav način rešavanja sporova često je efikasniji jer se sva sporna pitanja rešavaju pred jednim tribunalom a i troškovi postupka su samim tim niži.[4] Postoje i oni autori koji smatraju da problemi koji mogu da nastanu u vezi sa višestranačkom arbitražom neutrališu prednosti same arbitraže kao mehanizma za rešavanje sporova. Ipak, gotovo sve vodeće arbitražne institucije prepoznale su značaj koji višestranačka

2 J.-F. Poudret, S. Besson, *Comperative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007, 197.

3 Court de Cassation, presuda od 7. januara 1992, *Siemens AG/BKMI Industrienanlagen GmbH v. Dutco Construction Company.*

4 D. Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, John Wiley & Sons Ltd, 2017, 18–22.

arbitraža ima i počele su da u svojim pravilnicima predviđaju posebna rešenja u vezi sa njima. Jedna od glavnih poteškoća koje se javljaju u višestranačkoj arbitraži, na koje će autor ukazati u ovom tekstu, je problem izbora arbitara i samim tim konstituisanje arbitražnog tribunala.

Načelo autonomije volje predstavlja temelj na kome počiva arbitraža. Jedan od vidova ovog načela ogleda se u pravu stanaka da imenuju svog arbitra. Za razliku od sudskog rešavanja sporova, stranke u arbitraži imaju pravo da svoj spor povere arbitru kome veruju i za koga smatraju da ima sve nephodne kvalitete da spor reši na najbolji način.[5] Može se reći da izbor arbitra predstavlja i ključni deo samog arbitražnog postupka, jer izbor kvalifikovanog nepristrasnog i iskusnog arbitra može značajno da olakša vođenje postupka i da ubrza njegovo okončanje.[6] S druge strane nespunjavanje ovih kriterijuma može imati za posledicu i poništenje odluke u zemlji porekla što može dovesti do ponovnog vođenja postupka. Samim tim ovo pravo kao i njegova odgovarajuća primena dobija još više na značaju u višestranačkoj arbitraži gde, s obzirom na veći broj stranaka na jednoj od strana ili na obe, nije moguće poštovati prinicip da svaka stranka bira „svog" arbitra jer bi to dovelo ili do predominatnog uticaja one strane koja ima više stranaka na formiranje arbitražnog tribunala i do znatno većih troškova arbitražnog postupka ili bi pak njegova primena u smislu da svaka strana bira samo po jednog arbitra, dovela do kršenja principa jednakosti stranaka u ostvarenju ovog prava i samim tim do nejednakog uticaja na konstituisanje arbitražnog tribunala.

2. SLUČAJ *DUTKO* I ODLUKA FRANCUSKOG SUDA

Odluka francuskog Kasacionog suda u ovom polju izvršila je veliki uticaj na postojeće arbitražne institucije. Pre njega, ovo pitanje nije bilo posebno regulisano u pravilnicima. Postojala je samo uobičajena praksa institucija da stranke na jednoj strani moraju zajedno imenovati arbitra, a ukoliko to ne učine, to će učiniti arbitražna institucija dok druga strana zadržava svog izabranog arbitra.

5 I. Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, 1–2.

6 O značaju imenovanja govori i slučaj *Urbaser S.A.* i *Consorico de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26* gde je bilo potrebno tri godine za konstituisanje tribunala.

Godine 1981. nemačka kompanija BKMI zaključila je ugovor o izgradnji fabrike cementa u Omanu. Potom je, radi ispunjenja ugovornih obaveza, zaključila ugovor o konzorcijumu sa dva podizvođača Siemens AG i Dutco Consorcium. Ugovor o konzorcijumu je sadržao arbitražnu klauzulu koja je bila slična kao i model klauzula ICC – sporovi koji proizađu u vezi sa ovim ugovorom biće konačno rešeni u skladu sa ICC pravilima od strane tri arbitra izabranih u saglasnosti sa takvim pravilima. Zbog navodne povrede ugovornih obaveza Dutco je inicirao ICC arbitražu protiv BKMI i Siemens kompanije u skladu sa arbitražnom klauzulom ističući različite zahteve prema svakom od njih i pritom imenovao svog arbitra. BKMI i Siemens su istakli protest u vezi punovažnosti postupka ističući da bi Dutco trebalo da pokrene dva odvojena postupka jer su tužbeni zahtevi različiti kao i interesi stranaka i da bi se na taj način njima omogućilo da izaberu svog arbitra kao i Dutco što je kako su oni naveli u skladu sa principom jednakosti stranaka. ICC je odbio ovaj prigovor i, pozivajući se na dotadašnju praksu, zahtevao od BKMI i Siemens da nominuju zajedničkog arbitra ili će to učiniti institucija u njihovo ime. Uz protest, oni su imenovali zajedničkog arbitra i na taj način je kostituisan arbitražni tribunal.[7]

Potom je Siemens uputio žalbu zbog načina konstituisanja arbitražnog tribunala koju je tribunal odbio istakavši da „pravo stranke da imenuje svog arbitra jeste fundamentalno, ali ne i apsolutni pravo" kao i da se stranka može odreći mogućnosti imenovanja svog arbitara, a naročito u slučaju, kada su na osnovu ugovora o konzorcijumu, sve tri stranke svesne mogućnosti višestranačke arbitraže kao i činjenice da će ograničavanjem broja arbitara na tri imati za posledicu da dvojica optuženih moraju zajedno imenovati arbitra. Potom je zaključio da ovakvo odricanje od prava na imenovanje arbitra proizilazi iz načela autonomije volje stanaka i ne predstavlja povredu načela jednakosti. Potom je Simens uputio žalbu Drugostepenom sudu koji je podržao ovu odluku arbitražnog tribunala.[8] Slučaj je došao i pred Kasacioni sud Francuske koji je istakao da je Drugostepeni sud (a samim tim i ICC tribunal) prekršio član 1502 stav 2 Francuskog zakona o praničnom postupku prema kome arbitražna odluka može biti poništena ako je arbitražni tribunal nepravilno konstituisan i na član 6 Francuskog građanskog zakona prema kome stanake ugovorom ne mogu derogi-

7 A. Robertson, D. Carson, D. Harvel Jr., Arbitration Selection in Multiparty Disputes, Corporate counsel, Jul 2016, *http://documents.jdsupra.com/831bd0fb-683a-4356–9ed4–87baccdc70a5.pdf*, 2. 10. 2017.

8 Cour d'appel, 5 May 1989, JDI 3/1992, 708.

rati principe javnog poretka i morala. Na osnovu toga Kasacioni sud izneo je stav da s obzirom da je načelo jednakosti stranaka deo javnog poretka, a da u vršenju prava na imenovanje arbitra strane moraju postupati u skadu sa ovim načelom, one se ovog prava mogu odreći tek pošto je spor nastao ali ne i pre toga.[9]

Ova odluka ostvarila je veliki uticaj na arbitražne institucije ali i na sveopšte tumačenja prava na imenovanje arbitra i njegovog odnosa sa javnim poretkom. Iz ove odluke možemo izdvojiti dva glavna zaključka. Prvo, ukoliko stranke nisu imale jednaku priliku da utiču na konstituisanje arbitražnog tribunala, odluka tribunala može biti poništena po osnovu kršenja javnog poretka.[10]

Drugo, stanke se ne mogu odreći zaštite javnog poretka pre nego što spor nastane što predstavlja jasno ograničenje autonomije volje stranaka.[11] Ova odluka Kasacionog suda izazvala je veliku pažnju. Pristalice ovakvog stava smatrale su da je ovakva odluka sasvim opravdana jer nije u skladu sa principom jednakosti stranaka da tužilac, koristeći svoje pravo na iniciranje arbitražnog postupka, zapravo stiče povlasticu imenovanja svog arbitra dok se druga strana mora složiti oko jednog zajedničkog ili će arbitra izabrati institucija. Drugi autori pak ističu da princip jednakosti stranaka u pogledu izbora arbitara ne znači da svaka stranka ima pravo da izabere svog arbitra, već pre svega da stranke treba da imaju jednak uticaj na konstituisanje arbitražnog tribunala. Ipak većina kritičara se slaže da je

9 Court de Cassation, presuda od 7. Januara 1992, *Siemens AG/BKMI Industrienanlagen GmbH v. Dutco Construction Company.*

10 J.-L. Delvolvé, *Multipartism: The Dutco Decision of the French Cour de Cassation, https://watermark.silverchair.com/api/watermark?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAgAwggH8BgkqhkiG9w0BBwagggHtMIIB6QIBADCCAeIGCSqGSIb3DQEHATAeBglghkgBZQMEAS4wEQQM7N_w8et-bUyYF2xGAgEQgIIBs5qzPRzy7–5G025TL-06gCvYPXvILei1uS2NKIudAGopzjtKBJ10sk7RwkgjFuE32dG0yiM-KQox-3TIiTdJ2NHGziGh3sv4Q_vRuNu5e74A62V87SZ0gDBOE9woYN73cflT-KOa7k4VxoHnTaqc_lS5sRyH0FYLaxDCRJbdzRcO7Po60AVvFtYnIHDAz-FzHl_MVsIDJZbZ4SJEPggKVBuazO9SKLCLu1j7weOcIPPZHGXZM8c-wEmiDbwsum5ZD-DN1nM7RoDsIlZTAtEu3eKGT-binA2P0hcxpsFXfKrZDN-Ji5Nm0opP4bHdXeoAgQLTVrvyQUsud4cxQdq-RnCcrkjvdWGFGZSB588MzF-FYf3iRxGGmW6zM34O5y-Kuzd8HFPPEJAENJ6LkwYGogXL4s54O21l-pi3oHv3BmcaH3KzUs9X7kQPzmoP5YH1kMX4BgamBJLuze3OAQ9uom-So4zrHKLRxM03iy5WqLON79O8Cf53xxeDCjtuKZGPxZ_GGrDiszR7OFBxc-QugxUMXGdlRoDm7Oax_EM9Ta1ELNiU_qUtA0-HLTbVvf3l2n-SbVOWqJqs-RUw*, 2. 10. 2017.

11 E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, The Hague 1999, 1436.

Kasacioni sud otišao preširoko u timačenju ovog principa istakavši da se od načela jednakosti može odstupiti samo pošto je spor nastao. To znači da se arbitržnim sporazumom stanke ne mogu obavezati da u slučaju nastanka spora zajednički imenuju arbitre već samo pošto je spor nastao. Takođe mnogi kritičari su istakli da se ovakvo tumačenje ne može primeniti ukoliko su se stranke neupitno saglasile sa načinom izbora arbitara, jer se tada ne može govoriti o njihovoj nejednakosti ističući pritom da takvog nedvosmislenog izbora u arbitražnoj kauzuli u slučaju Dutko nije bilo. Kasacioni sud je na ovaj način ograničio autonomiju volje stranaka, što je moglo imati negativan uticaj kako na postojeće arbitražne sporazume sa klauzulom o izboru arbitra u slučaju višestranačke arbitraže, na postupke koji su bili u toku ali i na već donete arbtiražne odluke protiv kojih je podneta žalba pred francuskim sudovima. Samim tim svaka već doneta odluka u vezi sa ovim pitanjem mogla je biti poništena. Sve ovo ukazuje na ogromni uticaj koji je ova odluka imala na postojeću ali i buduću praksu.

3. STAV ŠVAJCARSKE PRAKSE

Iako je odluka francuskog suda izvršila presudan uticaj na same institucije i praksu i postala model rešavanja ovakvih situacija, nisu svi prihvatili ovakvo rešenje. Sudovi u Švjacarskoj imali su potpuno suprotno mišljenje. Tako je u slučaju Westland, Sud pravde u Ženevi istakao da ne postoji povreda javnog poretka u situaciji kada jedino tužilac ima pravo da imenuje svog arbitra dok šest tuženika mora imenovati zajedničkog, kao i da to ne vodi nužno predominatnom uticaju tužioca na formiranje tribunala jer pitanje nepristrasnosti i nezavisnoti arbitara nikada nije bilo dovedeno u pitanje.[12] U jednoj drugoj odluci[13] Vrhovni sud u Cirihu istakao je da se strane ne mogu putem arbitražnog sporazuma odreći principa jednakosti stranaka i zaključio da arbitražni sporazum kojim se daje pravo jednoj strani da izaberu više arbitara od druge predstavlja kršenje ovog principa jer se na taj način omogućava jednoj strani dominantan uticaj na formiranje arbitražnog tribunala i da je u tom delu arbitražni sporazum ništav. Takođe istakao je da u situaciji kada stranke na jednoj strani imaju zajednički interes, kao u slučaju društava pod zajedničkom kontrolom, da je razumno zahteva-

12 Odluka od 26. novembra 1982. godine, SJ 1984, 309, 317–319; podržana od strane Federal Supreme Court 16 Maja 1983, ASA Bull 1/1991, 13.

13 Odluka Zurich Superior Court, 11. Septembar 2001, ZR 3/2002 No 21.

ti da takve stranke zajednički imenuju arbitra, kao i da tada ne postoji povreda principa jednakosti.[14] Takođe u jednoj odluci Sportska arbitražna institucija je, pošto se stranke nisu mogle dogovoriti oko imenovanja, umetsto tribunala imenovala jednog arbitra u skladu sa pravilnikom, s obzirom da je interes stranaka – tuženih – bio isti, što je podržao Savezni Vrhovni sud.

Iz ovoga možemo zaključiti da švajcarski sudovi, za razliku od francuskih, ne primenjuju tako restriktivne zahteve u pogledu javnog poretka odnosno principa jednakosti stranaka. Iz navedene jurisprudencije proizilazi da u slučaju kada stranke imaju zajednički interes nema povrede pricnipa jednakosti stranaka tako da stranke moraju imenovati zajedničkog arbitra tzv. obavezno imenovanje.[15] U slučaju da stanke imaju različite interese, sudovi su zauzeli stav da i tada oni moraju zajednički imenovati arbitra obe dok ne postiji sumnja u nepristrasnost i nezavisnost arbitra druge strane.[16]

4. UTICAJ ODLUKE NA ARBITRAŽNA PRAVILA

Odluka Francuskog suda izazvala je mnogo pažnje i komentara izvršivši veliki uticaj ne samo na arbitražne institucije u Francuskoj već i na mnoge druge arbitražne institucije širom sveta. Nakon ove odluke, arbitražne institucije su usvojile posebna pravila koja se tiču izbora arbitara u višestranačkoj arbitraži.[17] U tom pogledu su se mogla razlikovati dva različita pristupa. Oba su polazila od zajedničke premise da više stranaka na jednoj strani mora zajednički imenovati arbitra. Ipak, na različit način regulišu situaciju kada stranke to ne uspeju da učine.[18] Prvi pristup, koji je i dominantniji, predviđa da će u tom slučaju institucija izvršiti imenovanje oba arbitra, bez obzira da li je druga strana imenovala arbitra a da će onda arbitri imenovati presedavajućeg ili

14 L. Hirsch, *Remarks on the Decision of Zurich Superior Court of 11 September 2001*, Bull ASA 2002, 20(4), 702.

15 T. Zuberbühler, C. Müller, P. Habegger, *Swiss Rules of International Arbitration*, Schulthess 2013, 113–115.

16 Odluka Zurich Superior Court, 11 septembar 2001, ZR 3/2002 No 21.

17 Videti Article 8 LCIA Rules; Article 18 WIPO Rules; Article 10 ICC Rules; Article 13 DIS Rules; Article 8 Swiss Rules; Article 9 SIAC Rules; Article 24 CIETAC Rules; Article 12 CEPANI Rules; Article 23 Polish Rules.

18 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, The Hague 2003, 16–22.

će pak institucija imenovati svu trojicu. Na ovaj način obe strane su tretirane u skladu sa principom jednakosti jer su oba arbitra izabrana od strane institucije mada neki kritičari ističu da se ovim putem daje mogućnost jednoj strani da izbegavanjem dogovora oko izbora arbitra otkaže imenovanog arbitra druge strane.[19] Ovaj model je bio primenjen u revidiranim ICC pravilima[20] posle slučaja Dutco u članu 10 koji je predviđao da u slučaju višestranačke arbitraže (bez obzira da li na strani tužioca ili tuženog ili na obe), kao i kada spor treba da reše tri arbitra, strane će, zajedno imenovati svog arbitra. U odsustvu od takvog zajedničkog imenovanja, sud može izabrati sve članove i odrediti koji od njih će imate ulogu presedavajućeg. Ovakav pritup prihatile su i neke druge arbitražne institucije[21] dok je DIS u članu 13 predviđao da u slučaju nemogućnosti imenovanja arbitra intitucija će imenovati dva arbitra dok će trećeg imenovati arbitri zajednički.

Drugi, tradicionalni pristup podrazumevao je da će, u slučaju nemogućnosti zajedničkog imenovanja arbitra, intitucija izvršiti imenovanje pritom ne dirajući u pravo druge strane koja je imenovanje već izvršila. Ovaj pristup je prihvaćen u nekim nacionalnim zakonodavstvima[22] kao i u pravilima Bečke arbitraže.[23] U ovom slučaju se, kao i u slučaju Dutco može istaći prigovor da strane u postupku ne uživaju jednak tretman. Treba istaći da se, bar što se tiče austrijskog rešenja, ovaj metod primenjuje samo ukoliko strane nisu nešto predvidele, čime se ovakvo rešenje udaljava od stava Kasacionog suda.

5. REŠENJE UNCITRAL MODEL ZAKONA

Danas, ovo pitanje je rešeno po ugledu na Uncitral model zakon u članu 10(3).[24] Prema ovom rešenju ukoliko strane u skladu sa

19 B. Kloiber, P. Oberhammer, W. H. Rechberger, H. Haller, *Das neue Schiedsrecht – Schiedsrechts-Änderungsgesetz,* Manz, Vienna 2006, 132.

20 ICC Rules of Arbitration na snazi od 1.januara 1998 – *http://international-arbitrationlaw.com/about-arbitration/international-arbitration-rules/1998-icc-arbitration-rules/*, 2. 10. 2017.

21 LCIA, CEPANI, SIAC.

22 Vidi čl. 360 nacrta iz 2006. Švajcarskog gradjanskog postupka.

23 Vidi čl. 8 st. 5 Švajcarskog pravilnika koji predviđa: „Ako stranka ili grupa stranaka u postupku s više stranaka ne imenuje arbitra, sud može da imenuje sve arbitre i među njima da odredi predsedavajućeg".

24 UNCITRAL pravila, *http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf,* 3. 10. 2017.

arbitražnim sporazumom ili pravilnikom ne izaberu arbitre to može učiniti institucija i pritom može imenovati sve arbitre ili pak samo onog koji nije izabran. Reč „može" je namerno izabrana da bi se sudu u odlučivanju pružila određena fleksibilnost da korsiti datu moć u zavisnosti od okolnosti slučaja. Samim tim sud može primeniti praksu koja je postojala pre Dutco i zahtevati da stranke zajedički imenuju arbitra a u odsustvu zajedničkog imenovanja, to će učiniti sud ne dirajući u pravo druge strane koja je već imenovala arbitra. Ipak ovo rešenje se razlikuje od pristupa Kasacionog suda po tome što tribunal postupa u skladu sa autonomijom volje stranaka koja može biti iskazana kako pre tako i po nastanku spora. S druge strane sud može odlučiti da imenuje oba arbitra. Stav suda zavisiće od konkretnog slučaja a praksa će verovatno biti drugačija u arbitražama u kojima ima francuskih elemenata kao i elemenata zemalja koje su prihvatile stav francuskog suda. Tako tribunal kada odlučuje da li će koristiti ovo pravo i na koji način može uzeti u obzir arbitražni sporazum, lex arbitri, moguće mesto izvršenja odluke, interese stranaka kao i tip njihove odgovornosti.

6. ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da će postupanje tribunala u konkretnom slučaju zavisiti od velikog broja okolnosti. Ipak kao zaključak se nameće nekoliko koraka u rešavanju ovog pitanja. Pre svega trebalo bi insistirati, ukoliko kompleksnost slučaja to dozvoljava, da se postupak reši pred arbitrom pojedincem čime se pitanje povrede principa jednakosti stranaka ne postavlja a stranke pritom zadržavaju glavnu ulogu o izboru arbitra. Ukoliko ovo pak nije moguće onda treba napraviti razliku u postupanju prema više tužilaca u odnosu na više tuženih jer tužioci imaju prednost pokretanja postupka pa samim tim treba smatrati da s obzirom da zajedno iniciraju postupak postoji saglasnost oko izbora arbitara i da samim tim moraju izabrati arbitra zajedno, dok sa druge strane tužene strane nemaju takvu mogućnost prethodne saglasnosti. To znači da pravila određene institucije treba primeniti samo u slučaju nemogućnosti izbora zajedničkog arbitra na stani tuženih i to uzimajući u obzir gore navedene okolnosti konkretnog slučaja.

U ovom pogledu, pravila Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije zaostaju za savremenim rešenjima. Prema članu 19 ukoliko se suparničari na strani tuženog ili tužioca ne mogu sporazumeti o izboru zajedničkog arbitra, tog arbitra ali ne i arbitra druge strane, će ime-

novati predsednik arbitraže čime se dopušta postojanje nejednakosti stranaka pri konstituisanju tribunala.[25] Stoga bi trebalo ovo rešenje što pre izmeniti i uskladiti sa gore navedenim Uncitral modelom.

Nemanja Ćurčič
Student of Master Studies at the Faculty of Law, University of Belgrade

APPOINTMENT OF ARBITRATORS IN MULTIPARTY ARBITRATION

Summary

The process of globalization and inter-connection of companies led to increasing popularity of the multiparty arbitration. However, arbitration rules which govern this matter are not harmonized which can lead to huge consequences for arbitration such as annulment or setting aside of arbitration award. The main influence in resolving this issue was made by the judgment of the French Cassation Court in case Dutco, which became the leading model for solving this issue for many years. However, not all courts accepted the reasoning of the French court such as the Swiss ones. So, in trying to find an appropriate solution UNCITRAL in its 2013 arbitration rules introduced Art 8.4 which created balance between two opposite approaches giving the Court power to, taking into consideration all circumstances of the case, apply the appropriate solution. In this regard, the author hopes that this solution will be introduced into the rules of the Permanent arbitration at the Chamber of commerce and industry of Serbia in the near future.

Key words: *International Arbitration. – Appointment of Arbitrators. – Multiparty Arbitration. – Principle on Equality of the Parties.*

25 Pravila Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, *http://www.stalnaarbitraza.rs/uploads/regulations/Pravilnik%20o%20Stalnoj_arbitraz%CC%8Ci_predlog%2030.11.2016.pdf*, 3. 10. 2017.

UDK 339.178.3 ; 658.14(497.11)

*Dr Sanja Gongeta**

FAKTORING – IZVOR FINANCIRANJA POSLOVANJA MALIH I SREDNJIH PODUZEĆA

Poduzetnici se u svom poslovanju svakodnevno susreću s različitim izazovima. Jedan od tih izazova zasigurno je pronalazak izvora financiranja i osiguranje dostatnih financijskih sredstava. Faktoring se pokazao kao uspješan model financiranja poslovanja, posebno malih i srednjih poduzeća. Suvremena trgovačka praksa zahtijeva adekvatan pravni okvir, koji prati dinamična tržišna kretanja. Donošenjem Zakona o faktoringu 2014. godine, ugovor o faktoringu je u hrvatskom pravnom sustavu postao nominantan ugovor. U radu se analizira gospodarska uloga faktoringa i njegove prednosti kao modela izvora financiranja poslovanja. Također, daje se pregled hrvatskog zakonodavnog okvira koji regulira faktoring.

Ključne reči: *Ugovor o faktoringu. – Nominantni i inominantni ugovor. – Financiranje malih i srednjih poduzeća. – Europsko financijsko tržište.*

1. UVODNO

Dinamična kretanja na tržištu zahtijevaju aktualan zakonodavni okvir i konkretna pravila kojima se definira pojedini trgovački odnos te nove oblike i koncepte koji se ostvaruju u poslovnoj i sudskoj te arbitražnoj praksi.[1] Promatramo li koncept ugovora kao „temelj svim komercijalnim transakcijama"[2] ta potreba za aktualiziranjem zakonske regulative je puno jasnija. Trgovačke transakcije i pravni odnosi u trgovačkom prometu roba i usluga regulirani su trgovačkim ugovornim pravom. Pravna teorija ugovore temeljno klasificira i sistematizira na nominantne (imenovane) i inominantne (neimenovane).

* Autorka je viši predavač na Veleučilištu „Lavoslav Ružička" u Vukovaru, *sanja.gongeta@gmail.com*.

1 A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb 1980, 1.

2 *Ibid*., 3.

Kriterij klasifikacije ugovora na nominantne i inominantne jest postojanje odnosno nepostojanje njihove regulacije u propisima.[3] Sukladno tako određenom kriteriju, nominantni ugovori su ugovori čiji su sadržaj, oblik i pravni učinci regulirani propisima pozitivnog prava i toliko su ustaljeni u pravnom prometu da ih je zakonodavac odlučio regulirati.[4]

Za razliku od nominantnih ugovora, inominantni su ugovori oni koji nisu regulirani zakonskim propisima te ih pravna teorija dijeli na tipične i atipične. Tipični inominanti ugovori su oni koji su toliko prošireni u praksi i ustaljeni u sadržaju da su u poslovnoj praksi dobili ime.[5] Nastaju u poslovnom krugu neke struke te se vrlo brzo šire izvan granica zemlje gdje su nastali. Tipični inominantni ugovori izvorno često imaju engleski naziv[6] te se prihvaćanjem tog naziva na međunarodnoj razini pojednostavljuje razumijevanje njegova sadržaja i potiče razvijanje identične poslovne prakse. Tipični inominantni ugovori su na primjer *leasing*, *franchising*, *know-how* i *joint venture*.

Ugovor o faktoringu (engl. *factoring contract*, njem. *Factoring-vertrag*), kojim se realizira faktoring posao, također se u većini zakonodavstava još uvijek svrstava u tipične inominantne ugovore. Donošenjem Zakona o faktoringu[7] 2014. godine, ugovor o faktoringu u hrvatskom pravnom sustavu postao je nominantni ugovor. Faktoring kao specifičan instrument osiguranja financijskih sredstava za poslovanje malih i srednjih poduzeća, pokazatelj je neizbježne sprege ekonomije i prava te je cilj ovog rada prikazati ga s pravnog i ekonomskog stajališta.

Nakon definiranja samog faktoringa kao pravnog odnosa i ugovora, u radu se analizira njegov gospodarski značaj s obzirom na to da se u poslovnoj praksi pokazao kao uspješan model financiranja poslovanja malih i srednjih poduzeća te kao učinkovit alat u naplati

3 U hrvatskom pravu mjerodavan je Zakon o obveznim odnosima (*Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15) te posebni zakoni namijenjeni pravnoj regulaciji pojedinog ugovora.

4 H. Horak *et al*., *Uvod u trgovačko pravo*, Zagreb 2016, 83.

5 V. Gorenc, *Ugovorno trgovačko pravo*, Zagreb 2015; A. Goldštajn, *op. cit.*; H. Horak *et al*., *op. cit*., 83 i 84.

6 Kako navodi A. Goldštajn, *op. cit.*, 13, tipični inominantni ugovori najčešće nastaju na engleskom jezičnom području te se zbog proširenosti engleskog jezika njihov naziv ne prevodi u izvanengleskom jezičnom području.

7 *Narodne novine*, br. 94/14, 85/15, 41/16.

potraživanja i poboljšanja likvidnosti. Pred zaključna razmatranja daje se pregled hrvatskog zakonodavnog okvira ovog pravnog posla koji se realizira ugovorom o faktoringu, novim imenovanim ugovorom u hrvatskom pravnom sustavu.

2. O POJMU I NASTANKU FAKTORINGA

Pravna literatura ističe kako je faktoring, u danas poznatom obliku, nastao sredinom 19. stoljeća u poslovnoj praksi Sjedinjenih Američkih Država te se, s obzirom na njegovu vrlo uspješnu ulogu izvora kratkoročnog financiranja gospodarskih subjekata, brzo proširio i u druge zemlje.[8] Faktoring poslovi u zemljama Europske unije imaju povijest dugu više od 50 godina i prvo se pojavljuju 1959. godine u Njemačkoj i Finskoj, dok se na Malti počeo koristiti tek 2006. godine.[9]

Faktoring predstavlja alternativni način financiranja putem prodaje kratkoročnih, najčešće neosiguranih, potraživanja specijaliziranoj financijskoj organizaciji temeljem fakture i robnih dokumenata.[10] Iz navedene opće definicije, vidljivo je kako je faktoring kompleksan pravni posao sačinjen od nekoliko ekonomskih i pravnih elemenata, među kojima je za njegovu realizaciju ključan ugovor o faktoringu. Ekonomske značajke faktoringa očituju se u njegovoj mogućnosti specifičnog načina naplate trgovačkih potraživanja koja poboljšava likvidnost sudionika u trgovačkom prometu smanjujući pri tome troškove poslovanja dok se kao bankarski posao, faktoring svrstava u skupinu posebnih kreditnih poslova.[11]

8 I. Spasić, „Značaj cesije kod ugovora o faktoringu", *Strani pravni život* 3/2009, 129–141.

9 A. Brkić, „Normativno uređenje ugovora o faktoringu u svjetlu domaćeg i međunarodnog prava", *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 2010, 177–200, 180 fn. 12.

10 V. Gorenc, *Ugovor o factoringu*, Zagreb 1988; W. Grundmann, *Leasing und Factoring Formen, Rechtsgrundlagen, Verträge*, Gabler Verlag, Wiesbaden 2013, 119; T. Keitel, *Factoring als Instrument des Risikomanagements im Projektgeschäft,* Dissertation Technische Universität, Berlin 2008; I. Spasić, *op. cit*., 10; G. Vojković, „Prikaz novog Zakona o faktoringu", *Pravo i porezi* (1331–2235) XXIII, 2014, 9, 38–48; I. Spasić, M. Bejatović, M. Dukić Mijatović, „Factoring – Instrument of financing in business practice – some important legal aspects", *Economic research – Ekonomska istraživanja* 25(1), 2012, 191–211.

11 I. Spasić, *op. cit*., 130; isto i: M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd 2006, 290.

Faktoring može poslužiti za različite funkcije te ga pravna teorija dijeli na nekoliko vrsta. Jedna od podjela koja se može pronaći u znanstvenoj literaturi je ona na pravi i nepravi faktoring. Ova podjela ovisi o tome realiziraju li se konkretnim faktoring poslom kumulativno kreditiranje, osiguranje plaćanja i pružanje stručnih usluga, pri čemu je riječ o pravom faktoringu, ili izostaje neki od navedenih funkcija. Kod tzv. nepravog faktoringa najčešće izostaje funkcija preuzimanja rizika insolventnosti dužnika.[12]

Nadalje, postoje podjele faktoring posla s obzirom na rizik, s obzirom na domicil i s obzirom na način financiranja. S obzirom na rizik faktoring može biti regresni i bezregresni, pri čemu se kod regresnog faktoringa rizik uz zadužnicu prebacuje na klijenta-prodavatelja potraživanja dok kod bezregresnog faktoringa rizik preuzima faktoring društvo, a sam prodavatelj potraživanja ne snosi rizik nenaplate od kupca. S obzirom na domicil faktoring može biti domaći i inozemni (izvozno-uvozni) i konačno, s obzirom na način financiranja faktoring se dijeli na avans i diskont.

Temelj realizacije faktoring posla je ugovor o faktoringu, koji je, kako je uvodno istaknuto, u većini zakonodavstava još uvijek tipični inominantni ugovor. Trgovačka praksa razvila je nekoliko vrsta ugovora o faktoringu, no bez obzira na svoje razlike, svi imaju zajedničke temeljne karakteristike.[13] Ugovor o faktoringu je formalan, dvostranoobvezan i ugovor s trajnim prestacijama. Sadrži elemente nekih klasičnih nominantnih ugovora kao što su cesija, ugovor o kreditu, ugovor o garanciji te ugovor o djelu. Slične karakteristike pronalaze se i kod nekih drugih tipičnih inominantnih ugovora, ugovora o leasingu i *fortfeiting*-u na primjer, no ipak ih treba smatrati ugovorima *sui generis*.[14]

Glede zakonodavnog okvira, na europskoj razini ne postoje ujednačena pravila koja reguliraju faktoring, nego se na međunarodne faktoring ugovore za realizaciju faktoring poslova primjenju pravila UNIDROIT Konvencije o međunarodnom faktoringu koja je usvojena u Otavi 28. svibnja 1988. godine.[15] Razlike između pravnog uređenja

12 I. Spasić, *op. cit*., 130.

13 I. Spasić, M. Bejatović, M. Dukić Mijatović, *op. cit.*, 191.

14 R. Matanovac Vučković, M. Trkanjec, „Notifikacija kao element cesije tražbine", *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 5, No. 2, 2016; I. Spasić, *op. cit.* 8, 130

15 UNCITRAL-ova Konvencija o prijenosu potraživanja u međunarodnoj trgovini, koja po mnogima predstavlja obuhvatniji i sofisticiraniji pravni instrument,

u zemljama *common law* sustava i nasljednicama rimske pravne tradicije rezultirale su različitim pristupom poslu faktoringa što je dovelo do određenih poteškoća u međunarodnom poslovanju faktoringom. Donošenjem Konvencije usvojena su ujednačena pravila s ciljem osiguravanja zakonskog okvira međunarodnog faktoringa te kao jamstvo zaštite interesa sudionika na međunarodnom faktoring tržištu.

3. GOSPODARSKI ZNAČAJ FAKTORINGA

Suvremeno poslovanje stavlja pred gospodarske subjekte različite izazove i na nacionalnoj i međunarodnoj razini. Najveći izazov s kojima se susreću mala i srednja poduzeća je izvor financiranja, prije svega proizvodnog ciklusa i način njihovog kreditiranja, s obzirom na to da su na europskom tržištu zakonom predviđeni rokovi za plaćanje od 30 do 90 dana što se u praksi često ni ne poštuje. Takva situacija rezultira nastankom specifičnih metoda, tehnika i ugovornih instrumenata za osiguravanje financijskih sredstava.[16]

Podatci Europske komisije pokazuju kako jedan od pet malih i srednjih poduzeća nailazi na poteškoće u financiranju za svoj razvoj na nacionalnom i međunarodnom tržištu što je uzrokovano smanjenim mogućnostima izvora financiranja te viših kamatnih stopa u odnosu na velike gospodarske subjekte.[17] Stvaranje i poticanje konkurentnog financijskog tržišta s jednakim mogućnostima za sve sudionike u tržišnom natjecanju, ključni je element promicanja gospodarskih aktivnosti i poticanja gospodarskog razvoja.

U gospodarskom smislu, faktoring predstavlja alternativni oblik financiranja poslovnih subjekata putem otkupa potraživanja i posebno je pogodan za trgovačke subjekte koji teže osiguravaju financijska sredstva kroz kreditne poslove sa bankama. Potraživanja koja su pogodna

s rješenjima koja su kompatibilna onima iz UNIDROIT Konvencije, do danas nije stupila na snagu.

16 L. Kllaper, „The Role of Factoring for Financing", *World Bank Policy Research Working Paper* 3593, 2005; A. Brkić, „Normativno uređenje ugovora o faktoringu u svjetlu domaćeg i međunarodnog prava", *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 2010 177–200.

17 *New Approaches to SME and Entrepreneurship Financing: Broadening the Range of Instruments*, OECD 2015, dostupno na: *https://www.oecd.org/cfe/smes/New-Approaches-SME-full-report.pdf* (25. 8. 2017).

za faktoring su potraživanja iz ugovora o obavljanju usluga, a rijetko potraživanja iz ugovora o djelu.

Ovaj financijski model pogodan je za izvoznike i domaće gospodarske subjekte, kojima omogućava veću konkurentnost u kupoprodajnim odnosima i na domaćem i međunarodnom tržištu. Najčešće se koristi u poslovima kratkoročnog financiranja prometa na domaćem tržištu i uvoza/izvoza preko posebne organizacije (faktora) kojoj kupac podnosi na odobrenje sve fakture prije izvršenja isporuke narudžbi.

S ekonomskog stajališta, faktoring bi se mogao opisati kao otkup nedospjelog potraživanja od trgovačkog društva, čime se nelikvidna aktiva tog društva pretvara u likvidnu.[18] Kod faktoringa, funkcija financiranja realizira se na način da se otkup potraživanja vrši prije roka dospijeća a klijent, odmah po prodaji potraživanja, prima od faktora određeni iznos novca u vidu isplate za izvršenu isporuku i usluge ne čekajući rok naplate duga koji može biti različito određen. Time se nelikvidna aktiva trgovačkog društva pretvara se u likvidnu, jer se prodajom potraživanja osigurava potrebna gotovina.[19]

Prema posljednjim statističkim podatcima OECD-a, čini jedanaest posto udjela u ukupnom izvoru financiranja malih i srednjih poduzeća. Isti podatci govore kako u Ujedinjenoj Kraljevini *factoring* čini šest posto ukupnog izvora financiranja malih i srednjih poduzeća.[20] Statistički podatci pokazuju kako je posljednjih godina Europa postala najveće i najrazvijenije tržište za faktoring poslove s gotovo dvije trećine udjela ostvarenih faktoring poslova, dok su Azija i Sjedinjene Američke Države doživjele lagani pad u realizaciji faktoring poslova.[21] Najveći globalni financijski promet faktoringom dosegao je svoj vrhunac 2015. godine s ostvarenih 2,373 milijardi eura.

Ipak, na hrvatskom faktoring tržištu se kao najbolja poslovna godina što se tiče dobiti od kada faktoring društva posluju u Republici Hrvatskoj pokazala 2013. godina. Tada je petnaest faktoring društa-

18 D. Ristić, Ž. Rička, „Mogućnosti korištenja faktoringa na tržištu Bosne i Hercegovine", *Tranzicija* br. 35, 2015, 57–75.

19 *Ibid*., 62.

20 Isto i K. Soufani, „Factoring as a Financing Option: Evidence from the UK. EFMA 2000 Athens", dostupno na: *https://ssrn.com/abstract=251407* ili *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn*.

21 *FCI Annual report*, 2016, dostupno na: *https://fci.nl/downloads/annual-review-2016.pdf* (2. 9. 2017).

va na kraju 2013. godine ostvarilo 17,3 milijardi kuna prometa ili 9,6 posto više nego 2012. godine, zahvaljujući značajnom porastu eskonta mjenica (23,3 posto više nego prethodne godine). Čiste je neto dobiti ostalo 178,6 milijuna kuna, što je 104,9 posto više nego u 2012. godini.[22]

Premda je, prema dostupnim podatcima Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga (HANFA), u Republici Hrvatskoj od tada do 2017. godine smanjen broj aktivnih faktoring društava te ih je zaključno s 31. ožujkom 2017. godine bilo svega devet,[23] i hrvatsko faktoring tržište prati europske trendove te je u prvoj polovici 2015. godine tržište faktoringa raslo za 32 posto.

4. ZAKONODAVNI OKVIR FAKTORINGA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Osim prethodno spomenutom UNIDROIT Konvencijom o međunarodnom faktoringu, koja regulira međunarodni faktoring, faktoring kao pravni posao, a ni sam ugovor o faktoringu nisu regulirani ni definirani na razini Europske unije. Nekoliko je europskih zemalja donijelo posebne zakone kojima se regulira faktoring.[24] Faktoring je proizvod anglosaksonske trgovačke prakse i prilagođen je anglosak-

22 Prijedlog Zakona o faktoringu PZ 621, Vlada Republike Hrvatske.

23 Od 31. 12. 2010. do 31. 3. 2011. godini aktivno je bilo 19 faktoring društava. Od 30. 6. 2011. do 31. 3. 2012. aktivno je bilo 17 faktoring društava. Od 30. 6. 2012. do 30. 9. 2012. njih 15. Od kraja 2012. godine do sredine 2013. godine bilježi se povećan broj osnivanja faktoring društva te ih od 31. 12. 2012. do 30. 6. 2013. djeluje njih 16. 30. 9. 2013. registrirano je 17 faktoring društava. Tada slijedi ponovni pad te 31. 12. 2013. djeluje 14 faktoring društava. Do 31. 3. 2014. registrirano je 15 faktoring društava. 30. 6. 2014. i 30. 9. 2014. registrirano je 16 faktoring društava. 31. 12. 2014. djeluje 17 društava registriranih za obavljanje faktoring poslova nakon čega njihov broj kontinuirano pada što potvrđuju podatci Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga. 31. 3. 2015. registrirano je 15 faktoring društava. 30. 6. 2015. 14, 30. 9. i 31. 12. 2015. 13 faktoring društava te se tijekom 2016. godine bilježi njihov rapidan brojčani pad. Od 31. 3. 2016. do 31. 3. 2017. broj registriranih faktoring društava pao je s 12 na devet.

24 Primjeri posebne zakonske regulative faktoringa mogu se naći u nacionalnom zakonodavstvu još nekih europskih zemalja. Faktoring je reguliran posebnim propisima još i u Njemačkoj, Italiji, Austriji, Mađarskoj, Francuskoj, Grčkoj, Španjolskoj i Portugalu.

sonskom pragmatičnijem i fleksibilnijem pravnom sistemu, te su zemlje *civil law*-a morale uskladiti specifičnosti faktoring posla sa specifičnostima svoga građanskog prava.[25] Definicija ugovora o faktoringu u nacionalnim zakonodavstvima ovisi od pravnog koncepta, kulture poslovanja pa do komercijalno-financijskih potreba određenog tržišta. Također, na samo definiranje faktoringa utječe i to promatra li se s ekonomskog, odnosno gospodarskog stajališta ili se naglasak stavlja na njegove ugovorne, odnosno pravne značajke.[26]

Faktoring posao i ugovor o faktoringu kao ključan element njegove realizacije u Republici Hrvatskoj definirani su i regulirani Zakonom o faktoringu. Navedeni Zakon još regulira prava i obveze subjekata u poslovima faktoringa, uvjete za osnivanje, poslovanje i prestanak rada faktoring-društva, način i uvjete za prekogranično obavljanje djelatnosti, izvještavanje, nadzor poslovanja faktoring-društava te upravljanje rizicima.

Hrvatski Zakon o faktoringu u članku 4 definira faktoring kao pravni posao u kojemu pružatelj usluge faktoringa, na temelju i u skladu s ugovorom o faktoringu sklopljenim s dobavljačem i, ili kupcem, kupuje predmete faktoringa s pravom na regres ili bez tog prava. Kao subjekti u poslovima faktoringa Zakonom o faktoringu su predviđeni dobavljač, pružatelj usluga faktoringa i kupac. Zakon o faktoringu razlikuje nekoliko vrsta faktoringa, koji s obzirom na svoja obilježja može biti tuzemni ili inozemni, regresni ili bezregresni te predviđa i posebnu vrstu faktoringa tzv. dobavljački (obrnuti) faktoring. Predmet faktoringa se za potrebe prijenosa može dokazivati računom ili drugom ispravom prema kojoj isporučitelj dobara ili pružatelj usluga, odnosno osoba kojoj on naloži, obračunava isporučena dobra i obavljene usluge bez obzira na to kako se ta isprava naziva u poslovnom prometu, bilo u obliku pisanog dokumenta ili elektroničkog zapisa sukladno odgovarajućim propisima.

Prethodno je već istaknuto kako je temelj za realizaciju faktoring posla ugovor o faktoringu. Ugovor o faktoringu definiran je u članku 13 st. 2 Zakona o faktoringu kao ugovor kojim se pružatelj usluga faktoringa obvezuje pružiti uslugu faktoringa dobavljaču uz pravo na naplatu kamate, faktoring-naknade, administrativne naknade i drugih

25 D. Ristić, Ž. Rička, *op. cit.*

26 *Ibid.*

ugovorom utvrđenih troškova faktoringa.[27] Isti članak dalje propisuje kako se ugovorom o faktoringu ili posebnim pisanim sporazumom između faktora i snositelja troška može ugovoriti da navedene naknade i druge utvrđene troškove umjesto dobavljača snosi neka druga osoba koja je snositelj troška.

Sadržaj ugovora o faktoringu reguliran je člankom 14 Zakona o faktoringu i Pravilnikom o sadržaju ugovora o faktoringu[28] koji donosi Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga.

Prethodno spomenuta značajka formalnosti ugovora potvrđena je i odredbama Pravilnika o sadržaju ugovora o faktoringu koji propisuje kako ugovor o faktoringu mora biti sklopljen u pisanom obliku te da se na njega primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima,[29] osim ako Zakon o faktoringu ne određuje nešto drugo.

Sam ugovor mora sadržavati podatke o ugovornim stranama, određenje faktoring posla s obzirom na obilježje i njegovu vrstu prema zakonskoj podjeli, određenje predmeta faktoringa[30], određenje stope kamate i načina obračuna, određenje faktoring naknade, administrativne naknade i ostalih troškova te potpise ovlaštenih osoba svake ugovorne strane.

Glede određenja faktoring posla u ugovoru je potrebno naznačiti radi li se o tuzemnom ili inozemnom i regresnom ili bezregresnom faktoringu. Također, jasno ugovorno određenje zahtijeva se i u slučaju ugovaranja dobavljačkog (obrnutog) faktoringa ili faktoring posla koji uključuje otkup mjenica.

Obvezna ugovorna stavka je i naznaka osnove nastanka novčane tražbine s datumom njezina nastanka, datuma dospijeća i iznosa kupljene novčane tražbine. Ukoliko je ugovoren faktoring koji uklju-

27 Zakon o faktoringu i Pravilnik o sadržaju ugovora o faktoringu kao pružatelja usluge faktoringa određuje faktoring-društvo, korisnika usluge faktoringa definira kao dobavljača odnosno kupca u slučaju dobavljačkog (obrnutog) faktoringa, kupca kao poslovnog subjekta koja je dužnik predmeta faktoringa te subjektima u poslovima faktoringa smatra dobavljača, pružatelja usluga faktoringa i kupca.

28 *Narodne Novine*, br. 16/2015.

29 *Narodne Novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

30 Prema članku 7 Pravilnika o sadržaju ugovora o faktoringu, predmet faktoringa mogu biti postojeće ili buduće, nedospjele, cijele ili djelomične novčane tražbine proizašle s osnove isporuke dobara i pružanja usluga od strane poslovnih subjekata u tuzemstvu ili inozemstvu.

čuje otkup mjenice potrebno je kao ugovornu stavku navesti podatke o mjenici koja je izdana kao sredstvo podmirenja novčane tražbine te prethodno spomenute podatke o osnovi nastanka novčane tražbine.

Ugovorom o faktoringu obvezno se detaljno još određuju stope kamate i način njihova obračuna, određenje faktoring naknade, administrativne naknade te ostalih troškova. Pravilnikom o sadržaju ugovora o faktoringu omogućeno je unošenje i drugih ugovornih odredbi koji reguliraju odnose ugovornih strana, a koje moraju biti usklađene s pozitivnim zakonskim odredbama koje su pružatelji usluge faktoringa dužni primjenjivati u svom poslovanju.[31]

5. ZAKLJUČNO

Faktoring kao specifičan instrument osiguranja financijskih sredstava za poslovanje malih i srednjih poduzeća, pokazatelj je neizbježne sprege ekonomije i prava. Dinamična kretanja na financijskom tržištu i nova rješenja koja se razvijaju u modernoj trgovačkoj praksi zahtijevaju adekvatan pravni okvir. Jedan od primjera je i faktoring posao, nastao kao odgovor na nedostatne izvore financiranja poslovanja malih i srednjih poduzetnika, što se u praksi pokazalo kao jedan od najvećih problema s kojima se susreću u svom poslovanju.

S obzirom na svoje temeljne značajke faktoring predstavlja mozaik pravnih i ekonomskih elemenata. O gospodarskom značaju faktoring posla govore i podatci o njegovoj sve većoj zastupljenosti u globalnim tržišnim i financijskim kretanjima te udjelu koji zauzima u ostvarivanju financijske dobiti.

Realizacija faktoring posla nemoguća je bez ugovora o faktoringu koji je u većini nacionalnih zakonodavstava još uvijek tipični inominantni ugovor. Zakonodavci pojedinih država pokušali su olakšati faktoring poslovanje donošenjem posebnog zakona kojim se uređuje faktoring posao i ugovor o faktoringu. U tu skupinu država od 2014. godine svrstava se i Republika Hrvatska, koja je s ciljem poboljšanja zakonodavnog okvira faktoring posla dodatno mijenjala i dopunjavala Zakon o faktoringu.

U izostanku ujednačenih pravila na europskoj razini, ugovorne strane međunarodnog faktoring posla dužne su se voditi pravilima UNIDROT Konvencije o međunarodnom faktoringu.

31 Pravilnik o sadržaju ugovora o faktoringu, članak 10.

Sanja Gongeta, PhD
Senior Lecturer at the College of Applied Sciences
"Lavoslav Ružička" in Vukovar

FACTORING – INSTRUMENT FOR FINANCING SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES

Summary

Entrepreneurs face different challenges in their business. One of these challenges is to find financing sources and provide sufficient financial resources. Factoring has proven to be a successful business finance model, especially for small and medium-sized enterprises. Contemporary commercial practice and dynamic market trends require an adequate legal framework. By adopting the Act on Factoring in 2014, the factoring agreement has become a nominate contract in the Croatian legal system. The paper analyzes the economic role of factoring and the advantages of financing small and medium-sized enterprises with factoring. Also the paper analyzes the Croatian legislative framework for regulating factoring.

Key words: *Factoring agreement. – Nominate and innominate contracts. – Financing SMEs. – European finance market.*

UDK 343.431-058.64(497.17)

*Lazar Jovevski, PhD**

THE ISSUE OF TRAFFICKING FOR THE PURPOSES OF LABOUR EXPLOITATION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Wealt gotten by vanity shall be diminished:
but he that gathereth by labour shall increase.
Proverbs 13:11

This paper reviews trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation in Republic of Macedonia. It focuses on efforts undertaken to address trafficking for labour exploitation, the underlying factors, and the role of the public and private sector in this context. The paper sets out to describe the legal, policy and institutional frameworks related to trafficking in human beings and identify any gaps in the current systems for victim identification. It also aims to provide examples of initiatives taken by government and the private sector. The paper includes recommendations for concrete measures to be taken, especially by national authorities, in order to increase capacity of the private sector to reduce the demand for human trafficking. The term labour exploitation refers to the purposes of human trafficking specified in Article 4 of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005). The purposes specified in the Convention include forced labour or services, slavery or practices similar to slavery.

Key words: *Labour Exploitation. – Trafficking. – Labour standards.*

1. THE NATIONAL LEGAL AND POLICY FRAMEWORK IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

In the R. of Macedonia human trafficking and labor exploitation is an issue which is closely observed and at the same time it is also part

* The author is an Assistant Professor at the University St. Kiril and Metodius, Skopje, R. of Macedonia, *l.jovevski@gmail.com*.

of the international system to fight and prevent human trafficking for the purposes of labor exploration.[1] The interest can be seen in the creation of national politics which includes strategies to fight human trafficking and labor exploitation. Yet, many questions remain unanswered and many other activities are needed so that the condition is improved.

The country is place on the central-south part of Balkans and is on the road which connect middle East and north Africa with central and west Europe. As regarding of this the country is on "Balkan migrant road".

The Republic of Macedonia as a transit country has little chance to suspect of taking advantages of illegal migrant labour. Many of the migrants usually work in Greece in order to earn some money to continue their journey and transit through country to EU countries.

In this context, thousands of migrants mainly from Syria, Afghanistan, Iraq and Iran as well as part of the North African countries have passed through the country from 2014 to 2016. In the last three years the country has faced a migrant crisis which was passing through its territory, and directly inflicted certain consequences. In 2016, state institutions have discovered a total of 35,177 migrants who entered the country, and prevented smuggling of 1,961 migrant.[2] On the other hand, the mobile teams (composed of a lawyer, social worker, psychologist and translator) of the National Commission for Combating Human Trafficking and Illegal Migration with the organizations of civil society (particularly La Strada) have provided direct assistance to 8,627 refugees/migrants specific needs, of which 86 people have been identified as potential victims of trafficking[3]. These teams directed 3,295 migrants in the two transit centers in the country located in Tabanovce – on the northern border and in Gevgelija – the southern border to the services offered by various governmental and non-governmental organizations. During 2016, a total of 122 (78 adults and 44 children) were identified as potential victims of trafficking by all relevant institutions, of whom 120 were identified among illegal migrants.

1 This issue has become particularly topical during the migrant crisis 2015–2016.

2 Annual Report of the National Commission for Combating Trafficking in human beings and Illegal Migration from 2016.

3 See more on: *http://nacionalnakomisija.gov.mk/?lang=mk*; *http://www.lastrada.org.mk/mainarchive/liflet%20%20Balkans%20act.pdf*, 4. 9. 2017.

With regard to victims of human trafficking for labor exploitation in 2016 were identified 6 females, of which 3 children. Half of the victims come from Skopje region, and one of Kicevo, Gostivar and one foreign citizen from the Republic of Serbia. The victims were sexually exploited and exploitation was done mostly in Gostivar (three cases), Ohrid (two cases) and one case in Skopje.[4]

As part of the West – Balkan migrant route, in 2015 in the country were registered a total of 694,679 migrants, of which 216,393 from Syria, 95,782 from Afghanistan and 54,808 from Iraq.[5] In the reception center for foreigners near Skopje were housed 1,346 people mostly from the mentioned countries. On 19 November 2015 the country joined the selective omission of migrants because of the domino effect which was caused by the selective omission in R. Slovenia and transmitted through R. Croatia, then R. Serbia and the Republic of Macedonia. In most cases the country is a part of the transit route for migrants whose final destination is one the EU countries. By the NGO Open Gate were indicated 105 potential victims of trafficking. State authorities foiled a total of 1,005 attempts to smuggle migrants.

In terms of human trafficking for labor exploitation were registered 3 victims of human trafficking and 11 potential victims by state authorities and NGOs. All the victims were women, one of which is an adult and a foreigner, and two are minors originating from the country. It was found that one victim was intended for sexual exploitation, one for sexual and labor exploitation and one for forced marriage and labor exploitation. In the Center for Victims of Human Trafficking 1 victim of trafficking is situated. Besides these cases, there have been identified two minor children – migrants from Syria, who are potential victims of human trafficking by the network which is transiting through the country.

In 2014 it was started a process of actively working on identifying and education of child victims of trafficking. This process continued in 2015. The process continued to actively strengthen the capacity of the police and other state officials to recognize and combat human trafficking, as well as sensibility of the whole society through

4 *Ibid.*

5 This year had the largest flow rate of migrants across the country; Annual Report of the National Commission for Combating Trafficking in human beings and Illegal Migration from 2015.

various campaigns and social events. In 2014 started the migrant crisis, so the number of migrants who crossed the country and transited to the EU countries didn't resemble to the one in 2015. However, there were 1,750 migrants identified, of whom 1,683 foreigners and 67 local citizens who illegally wanted to leave. In the shelter for foreigners were accommodated 896 migrants, of whom 146 were children. Attempted smuggling was made to 693 illegal migrants, mostly citizens from Syria and Afghanistan.[6]

In this country, in 2014, there were registered 8 cases of human trafficking for labor exploitation and 83 potential victims of human trafficking. Of those in the Human Trafficking Center for Victims were housed 5 victims. Six (6) of these victims are children and two adults. Seven victims were females, while one was male. Also, seven of them originated from this country, and one of them was a stranger. Given the type of exploitation, 3 juvenile victims were forced into sexual and labor exploitation through forced marriages, three young women were sexually exploited, an adult was forced into marriage, and one male adult foreigner was forced to begging.[7]

In terms of human trafficking for labor exploitation were registered 3 victims of human trafficking and 11 potential victims by state authorities and NGOs. All the victims were women, one of which is an adult and a foreigner, and two are minors originating from the country. It was found that one victim was intended for sexual exploitation, one for sexual and labor exploitation and one for forced marriage and labor exploitation. In the Center for Victims of Human Trafficking 1 victim of trafficking is situated. Besides these cases, there have been identified two minor children – migrants from Syria, who are potential victims of human trafficking by the network which is transiting through the country. This information is related to 2015.

2. ANTI-TRAFFICKING LEGISLATION AND RELEVANT INTERNATIONAL LAW

The Republic of Macedonia is a signatory of a number of international conventions related to trafficking in human beings, including:

6 Annual Report of the National Commission for Combating Trafficking in human beings and Illegal Migration from 2014.

7 *Ibid.*

- The Protocol to Prevent, Supress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention on Transnational Organized Crime.
- The UN Convention on the Rights of the Child, the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography,
- The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse.
- The ILO Forced Labour Convention (No. 29),
- The Abolition of Forced Labour Convention (No. 105),
- The ILO Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (No. 143).
- The Worst Forms of Child Labour Convention (No. 182) etc..
- The ILO Labour Inspection Convention and Protocol (No. 81).
- Minimum Wage Convention (No. 131).

Republic of Macedonia has not yet signed the 2014 ILO Forced Labour Protocol which covers prevention and protection of victims of trafficking for forced labour. Article 11 of the Republic of Macedonia Constitution prohibits forced labour. A number of laws in Republic of Macedonian legal framework bear relevance to trafficking in human beings, including: Labor Law; Law on Inspection; Minimal Wage Law; Law on Employment and Work of Foreigners; Law on Safety and Health at Work; Law on Agencies for Temporary Employment; Law on Records in the Field of Labor; Criminal Code (Article 418 covers "Human Trafficking"); Law on Foreigners; Law on Asylum Condition; Law on Social Protection; Family Law; General collective agreement for employees in the economy; Branch collective agreements.

Further to the national legislation and applicable international standards, combatting trafficking in the Former Yugoslav Republic of Macedonia has been governed by National Action Plans and Strategies – NAPO (NAPO 2006–2009; 2009–2012 NAPO; NAPO 2013–2016; 2017–2020 NAPO), further reinforced trough the introduction in 2010 of Standard Operating Procedures for dealing with victims of trafficking, the Standard Operating Procedures for Dealing with Vulnerable People – Foreigners introduced in 2015 and the set up of the National Referral Mechanism for Victims of Trafficking, the Program for

Assistance and Support for Reintegration of Victims of Trafficking in 2014 and the Program for Help and Support for Children/Victims of trafficking.[8]

This national action plans and strategies are general framework which should give directions for acting in the field of preventing and combat against victims of trafficking for state institutions and NGOs. Standard Operating Procedures have purpose to help the institutions and NGOs in dealing with victims of trafficking and other vulnerable group.

3. LEGAL FRAMEWORK IN THE AREA OF EMPLOYMENT AND THE LABOUR MARKET

The labour market in the Republic of Macedonia is characterised by uneven distribution of supply and demand for labour and the existence of the so-called grey economy, i.e. unregistered employment. This has in past led to high unemployment rates, peaking at 40% in 2005. This year the unemployment rate has significantly reduced to around 23%.[9]

The relations in the labor process in the country and the labor market are regulated by the Labor Law[10] and collective agreements at national, branch and company level. Labour market relations and labour market enforcement area regulate by the Labour Law and union collective agreements at national, branch and company level. Labor Law defines what constitutes employment: Article 5 of Labour Law stipulates that "Employment is a contractual relationship between employer and employee in which the employee voluntarily is involved in the organised process of the employer ...". It follows that the entry and the exit in labour relations is agreed between the two parties and needs to be a voluntary relationship. Voluntariness is a fundamental principle of labour relations and any other relationship would constitute a violation of law. The Labour Law does not include further provisions prohibiting labour exploitation.

8 See *http://nacionalnakomisija.gov.mk/?lang=mk*, *http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=110*, 8. 9. 2017.

9 State Statistical Office.

10 Labor Law, *Official Gazette*, No. 62/05.

The Labour Law stipulates an active role for the trade unions in preventing and fighting labour exploitation in Article 184 that is aimed at protection of rights of employees through trade unions. However, the Law does not have direct provisions providing for special competences of these organisations but rather, such competence is derived from Article 184, which stipulates a general clause for the protection of rights of employees through trade unions. Still, practice has shown that trade unions should and can be proactive factors in the process of identification of labour exploitation and fight against it.

Relations at the labour market are such that social partners make effort to bridge the gap between supply and demand of manpower and prevent "grey economy." The result of those activities is also adoption of the Law on Minimum Wage[11] adopted in 2012, which should ensure minimum dignifying conditions for life in the country. It is somewhat more than EUR 160 or 10,080 denars. Still, in the textile and leather processing industries, the minimum wage will reach this level in 2018, and until then, it is progressively growing. Thus, for instance, in 2016 the minimum wage was somewhat more than EUR 150, or 9,000 denars, and in 2017 in these industries, it is somewhat more than EUR 155 or 9,500 denars. Even though these industries have seen improvements of the conditions in the past several years, due to their structure, they are the most vulnerable points in relation to labour exploitation.

The working conditions in the textile and leather processing industries pose problems, and in a number of companies they are close to being exploitative. Furthermore, minimum wage is lower in these industries compared to other sectors. Furthermore, employers commonly prohibit the establishment of trade unions, restricting the right of association and collective bargaining. Concerning migration due to labour exploitation in these industries, we have not found statistics thereof, and it has not been noted by the Labour Inspectorate, the National Mechanism for Reference or the non-governmental sector.

However, labour exploitation in the labour market in the Republic of Macedonia still occurs. Firstly, there are possible certain abuses of the rights of employment implying exploitative working conditions and salary that is in line with the exploitation. This type of exploitative practice reportedly occurs in the textile and leather industries. Secondly, exploitation occurs as a consequence of the disbalance

11 Law on Minimum Wage, *Official Gazette*, No. 11/12.

of the labour market. The current official unemployment rate is about 23%. However, the assessment of the social partners puts the actual unemployment rate at around 15%, indicating a significant proportion of informal work and the so-called grey economy.

Workers in the textile and leather industries are most at risk of exploitation. Although some improvements have been noted in the past few years, the conditions are often precarious and wages are below the legal national minimum wage. Organising workers in these industries has also proven difficult as employers often prohibit the establishment of trade union, leaving workers at risk.

Labour policy includes measures aimed at reducing unemployment by introducing job creation programmes; Macedonia Employs, one and two.[12] In additions, there are special employment programmes focused on people with disabilities, long-term unemployed and persons in social risk. There are currently no measures within labour policy to address labour exploitation, aside from the anti-trafficking policy.

According to the information from government agencies and non-governmental organisations, seasonal migration of workers from neighbouring countrieshas been noted. Some nationals also aim to migrate for work, for example in the border regions with Albania, whereas there is migration from the Former Yugoslav Republic of Macedonia to Greece, in the area of tourism and agriculture. Some have also migrated to West European countries and former Soviet republics such as Azerbaijan for work.

On the other hand, there are a series of policies translated in concrete acts and programmes relevant to trade in humans and illegal migration, but not any of them has a combined approach in relation to including labour exploitation in terms of migration and trade in human. Since in most cases trade in humans is aimed at labour exploitation or inclusion in the labour market, it is surprising that there is no national document of this type.

Concerning state policies for preventing and fighting illegal migration and trade in humans, the already mentioned Standard Operative Procedures for Treatment of Victims of Trade in Humans[13],

12 See *http://www.mtsp.gov.mk/*, 11. 9. 2017.

13 Standard Operating Procedures for Treatment of Victims of Trafficking in Human Beings, 2010, Skopje, *http://nacionalnakomisija.gov.mk/?p=144*, 5. 9. 2017.

the National Action Plans and Strategies – NAPS,[14] the Standard Operative Procedures for Treatment of Vulnerable Categories of Persons – Foreigners,[15] the Action Plan for Tackling Illegal Migration, as well as the National Mechanism for Reference of Victims of Trade in Humans can be highlighted. An active part in the drafting of these documents can be credited to the non-governmental sector, and this is especially emphasised through non-governmental organisations such as Otvorena Porta – La Strada (Open Gate – La Strada), Srekjno detstvo (Happy Childhood), and Ednakov pristap (Equal Approach). These organisations work actively with state institutions and help in the process of identifying and fighting trade in humans and illegal migration.

General policies in the country move towards identification and fight against trade in humans, and above all, in terms of tackling illegal migration, which is transitory most often. Given that in the past several years only few cases of trade in humans intended for labour exploitation, above all sexual labour exploitation, have been detected, there is an impression that the country does not face great problems of this type. The country policies are oriented, above all, towards preventing illegal migration from the country to European countries.

With regard to victims of human trafficking for labor exploitation in 2016, six (6) females were identified, of which three (3) children. Half of the victims came from Skopje region, and one from Kicevo, Gostivar and one foreign citizen from the Republic of Serbia. The victims were sexually exploited and exploitation was done mostly in Gostivar (three cases), Ohrid (two cases) and one case in Skopje.[16] This information dating back to 2016, comes from La Strada report, refers to both sexual and labour exploitation (dual exploitation).

4. LABOUR INSPECTION

The Labour Inspectorate used to be a part of the Ministry of Labour and Social Policy, but in 2013 has become an independent government department. The Labour Inspectorate is mandated under the Law on Labour Inspection[17] to:

14 National action plan for combatting trafficking in human beings and illegal migration in the Republic of Macedonia 2006–2020.

15 Standard Operating Procedure, *op. cit*.

16 *Ibid*.

17 Law on Labour Inspection, *Official Gazette*, No. 35/97.

- inspect regulations in the area of labour relations,
- prevent abuse of the rights by employers.

The powers of labour inspectors include:

- inspection of any work premises and workplaces,
- inspection of the technical and technology process,
- inspection of working assets/tools means of work, health and safety arrangements; working conditions; accounts and all relevant documents and contracts.

The inspectors are mandated to collect information, take statements from workers and issue written and verbalnotices. Inspectors further have the power to request identification documents from all persons at the workplace. This implies that the competences of the inspector in relation to labour exploitation are possible/accomplished only through inspection of the working conditions at workplace.

Employees have the right to submit a request for protection of their labour rights to the Labour Inspectorate, invoking an obligation for the inspections to act upon such a request. According to the Law, the labour inspector can and should respond in all cases of violation of the rules of labour relations as well as in the procedure for employment. The Inspectorate has two divisions/departments, one for labour relations and another for occupational health and safety at work. The institution is headed by a Director, and the inpectors has certain professional autonomy in proceeding based on the principle of expertise and professionalism. The capacity of the Labour Inspectorate is limited, as 100 employed inspectors are in charge of inspection of more than 60,000 legal entities registered in the country.

The Labour Inspectorate has a very significant role in detecting and addressing labour exploitation and trafficking for the purposes of labour exploitation. However, labour inspection is not explicitly mentioned in the Standard Operating Procedures for the Treatment of Victims of Trafficking in Human Beings. However, a Guide for Early Detection of Cases of trafficking in human beings for labour inspectors has been developed in 2010.[18]

18 Handbook for early detection of cases involvinghuman trafficking for labor inspectors, Skopje, 2014.

5. NATIONAL REFERRAL MECHANISM

In 2005, the Ministry of Labour and Social Affairs set up the Office of the National Referral Mechanism for Victims of Trafficking of Human Beings (NRM).[19] The referral mechanisms is aimed at promoting mutual coordination and cooperation between government and non-governmental organisation in the fight against human trafficking and labour exploitation, and raising awareness among public authorities and society highlight that trafficking in human beings, as well as labour exploitation means a violation of the general principles of human rights.[20]

The Office of the National Referral Mechanism for Combating Human Trafficking is in a direct cooperation with the Ministry of Internal Affairs through the unit for combating human trafficking and migrant smuggling, with the International Organization for Migration (IOM) and the NGO "Open Gate – La Strada and other NGOs. The procedure for referral is direct cooperation among these institutions with NRM, MI, SOS helpline of human trafficking, in addition to local and regional NGOs play critical role in the process. The goal is to identify the victims and to be referred to the Center for Victims of Human Trafficking, which is a special branch for social protection of Ministry of labour and social policy.[21]

The standard operating procedures for dealing with victims of trafficking are part of the system for treatment and referral of victims of human trafficking.[22] The aim is to help the relevant state and non-governmental organizations to identify the possible victims and then to be able to refer them to the Center for Victims of Human Trafficking. With gratitude to NRM victims are informed of the existence of this center, and then the process continues in terms of their resettlement and reintegration.

19 See more on: *http://www.mtsp.gov.mk/nacionalen-mehanizam-za-upatuvanje-na-zrtvi-na-trgovija-so-lugje.nspx*, 16. 9. 2017.

20 Brochure of National Referral Mechanism, Skopje, 2005–2006.

21 *Ibid.*

22 Standard Operating Procedures for Treatment of Victims of Trafficking in Human Beings, Skopje, 2010, *http://nacionalnakomisija.gov.mk/?p=144*, 19. 9. 2017.

The initial key step is the identification of victims i.e. their recognition. Here NRM, social work centers and the Unit for Combating Trafficking and Smuggling Migrants play a key role. The identification is a process of obtaining and analyzing relevant information whether the person has been a human trafficking victim or a victim of labor exploitation, through multiple indicators and interviews. For each potential victim a responsible person is appointed who is determined by NMR for domestic victims, and for foreign victims the person is determined by a police officer from the special unit for combating human trafficking.

The second stage is referral and care for victims of human trafficking and labor exploitation. This stage involves initial and mid-term care for the victim initially covering accommodation and meeting the basic needs of the victim.

In the third phase what follows next depends on the fact if the victim is a domestic citizen where the person is proceeded to his/her reintegration and resettlement, or if the person is a foreign national then the procedure that follows is his/her return. For foreign nationals the Ministry of Interior can take a step to initiate voluntary return or expulsion of an adult foreign national if he or she committed a crime. The foreign national should be informed about all legal avenues to remain in the country of destination.

When there is labor exploitation, a very important step that needs to be undertaken is the process of reintegration of the victim, which means taking appropriate measures for reintegration into the family and the labor market in order to obtain lawful employment and to exercise his or her labor rights in full range. The process of reintegration is carried out by CSW, NRM at MLSP and NGO sector and in the employment sector it includes the Employment Agency of the country, if it comes to domestic victims. If however it is a foreign victim then the preparation for reintegration is carried out by the Reception Center for Foreigners.

The victim of trafficking for labor exploitation can be called as a witness in criminal proceedings, as well as she or he has the right to submit a compensation claim in criminal proceedings.

6. NATIONAL COMMISSION FOR THE FIGHT AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS AND ILLEGAL MIGRATION

The National Commission for the Fight against Trafficking in Human Beings and Illegal Migration (hereinafter: "National Commission") was set up in 2001 by the Government of the Republic of Macedonia" as an inter-ministerial co-ordination body tasked with the implementation of the policy for combating trafficking in human beings and irregular migration. Currently the National Commission is composed of the following representatives of ministries and public agencies: 1) the National Co-ordinator for Combating THB and Illegal Migration, who is a State Secretary in the Ministry of the Interior; 2) the Deputy National Co-ordinator for Combating THB and Illegal Migration, who is the Head of the Unit against Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants of the Ministry of the Interior; 3) the Secretary of the National Commission, who is a Councillor in the Office of the State Secretary of the Ministry of the Interior; 4) a judge from the Basic Court Skopje 1; 5) a senior police officer dealing with illegal migration at the Ministry of the Interior; 6) a senior police officer from the Regional Centre for Border Affairs North-Skopje, Ministry of the Interior; 7) a senior police officer dealing with prevention, Sector for Border Affairs of the Ministry of the Interior; 8) two State councillors from the Ministry of Labour and Social Policy; 9) the Head of Section for Strategic Planning in the Ministry of Health; 10) a prosecutor from the Basic Public Prosecution Office dealing with cases of organised crime and corruption; 11) the Director of the Training Centre of the Ministry of the Interior; 12) an official from the Customs Office; 13) an official from the Ministry of Foreign Affairs; 14) an official from the Ministry of Justice; 15) an official from the Bureau for Development of Education.

The National Commission is responsible for monitoring and analysing the state of affairs as regards trafficking in human beings and irregular migration, co-ordinating the activities of competent public bodies and co-operating with international organisations, donors and NGOs. Further, it is tasked with drafting and adoption of national strategies and action plans for the fight against THB and irregular migration. The National Commission publishes annual reports on THB

and irregular migration in the country, as well as an annual bulletin on its activities. A special template (form) has been developed to monitor progress in the implementation of the National Action Plan and all stakeholders are asked to submit information on their activities in the areas of prevention, protection, reintegration and re-socialisation of victims of THB. The Standard Operating Procedures for the treatment of victims of THB, periodically revised by the National Commission and adopted by the Government (the last revised version is from October 2012), regulate the procedures for the identification, referral to assistance and protection, and return of victims of trafficking.

The National Commission meets at least four times a year. The implementation of the Commission's decisions is carried out by the so-called "Secretariat", which was created in 2003 and brings together representatives of civil society, intergovernmental organisations, international donors and experts from governmental institutions. Presently the Secretariat of the National Commission is composed of 15 persons, including three officials (the Secretary of the National Commission and experts from the Ministry of the Interior and the Ministry of Labour and Social Policy), five civil society representatives (from the NGOs Open Gate/La Strada, For Happy Childhood, Semper – Bitola, Ezerka – Struga and the Macedonian Red Cross), and representatives of the International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), IOM, OSCE, UNICEF, GIZ (Deutsche Gesellschalft für Internationale Zusammenarbeit GmbH), the Migration, Asylum, Refugees Regional Initiative (MARRI) Regional Centre in Skopje, and the US Embassy.

7. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

Given analysis of the legal framework in the country and having in mind the national policy for combating human trafficking for labour exploitation, as well as data obtained within the fact finding mission, there is no doubt that a need arises concerning improvements in the legal frameworks, as well as specific steps for strengthening the capacities of some state bodies, strengthening the awareness of employers and capacities of the non-governmental sector.

As for the legal framework, it can be concluded that it is a real and good basis for the implementation of anti trafficking actions and measures, as well as of preventing labour exploitation. What is missing

is an increased and wider scope of the intersectoral and inter-institutional cooperation. Still, concerning the legal framework, one should state that in the part of the labour inspection, certain legal amendments should be made towards strengthening and authorising the inspectors in making supervision and control in relation to sanctioning cases of labour exploitation. On the other hand, the criminal legislation has suffered some changes in the past years, aimed at corresponding sanctioning of cases of human trafficking.

Furthermore, in the past seven years the Law on Foreigners has suffered numerous amendments that are directed to adequate regulation of the stay of foreigners, asylum, migrant visas etc.

The National Commission for Combating Human Trafficking and Illegal Migration, as an intersectoral body, above all has a coordination and advisory function. In the future, it is necessary to strengthen the capacities of the Commission towards operability, which implies a large budget.

What is recognised as a serious problem and a gap is strengthening the capacities of some institutions, of which the labour inspection and centres for social work are emphsised. The need of continuing training for labour inspectors who had their last training in labour exploitation in 2009 is evident. Given the change of the professional staff in the institution as well as new manners and methods of functioning of human trafficking, education and training for labour inspectors are necessary with a view of strengthening their capacities and improving the readiness for recognition of and combating human trafficking for labour exploitation.

Recognition is an especially important role of the labour inspectorate in the country in preventing and fighting labour exploitation and human trafficking. A need of the structural, professional and financial strengthening of the trade inspectorate was also presented by the employees in the inspectorate. Besides continuing training, it is necessary to improve the content of the manual for early detection in case of human trafficking and establish the standard operational procedures for action in case of labour exploitation of persons who are the victims of human trafficking.

The Centre for Social Work and its subsidiaries, as one of the important institutions in combating human trafficking and detecting possible victims has a lack of organisational and technical capacities,

lack of staff and means for an efficient fight against human trafficking and labour exploitation. It is necessary in future to strengthen the capacities of the Centre for Social Work, in particular in terms of its role in the National Mechanism for Reference of Victims of Human Traffcking.

What was derived as analysis of data obtained during the fact finding mission, undoubtedly points to the conclusion that the private (business) sector in the country has not developed deeper awareness yet of the problem with labour inspection in general, as well as in cases of human trafficking, and it is not especially sensitive to development of good business practices and corporate responsibility in the true meaning of the word. There are certain examples where companies recognise the role and importance of business ethics and need for preventing labour exploitation. Still, in some industrial sectors there are problems with labour exploitation where bad conditions, very low salaries and prohibition of trade union association are distinguished. All this points to the need for strengthening of capacities in the private sector through training, their information and active involvement in the process of combating human trafficking for labour exploitation. It is especially important to recognise the problems with human trafficking in the future, and for the private sector to be a partner for creating dignified working conditions and dignified salaries.

As for the region of Gevgelija and Valandovo as a region that first faces illegal migration and is a part of the "migrant route", there is a need to work on the conscience of the labour inspectors about the aspects of labour exploitation, especially given that a superficial relation towards these issues with the lack of real insight and awareness about the aspects of the problem is perceived with some of them. There is an attitude that the salaries are the only problem since they are relatively low whereas everything else is in order, which does not correspond to the real situation on the ground and according to information obtained from the NGO sector, employees and the professional and scientific community in the country. For this purpose, training, structural rotation of labour inspectors and organisational improvement of the working conditions are necessary.

On the other hand, it is obvious that the centres for social work lack funds and human capacities, especially in a situation of crisis such as the "migrant crisis". There is a need for coordinated and concerted

action among the centers and the Ministry of Internal Affairs, especially in terms of overcoming individual arbitrariness and mutual obstruction by individual employees. Special trainings for employees are missing along with improvement and enriching of the content of the Standard Operating Procedures, especially in relation to identifying and addressing domestic cases of human trafficking.

Dr Lazar Jovevski
Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Svetog Ćirila i Metodija, Skoplje, Makedonija

PITANJE TRGOVINE LJUDIMA U SVRHU RADNE EKSPLOATACIJE U REPUBLICI MAKEDONIJI

Rezime

U ovom radu analizira se trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije u Republici Makedoniji. Rad se usredsređuje na napore koji se preduzimaju u borbi protiv trgovine ljudima u cilju radne eksploatacije, osnovnih faktora i uloge javnog i privatnog sektora u ovom kontekstu. Članak opisuje pravne, političke i institucionalne okvire vezane za trgovinu ljudima i identifikuje praznine u postojećim sistemima za identifikaciju žrtava. Takođe ima za cilj i pružanje primera inicijativa koje preduzimaju državni i privatni sektor. U radu su uključene preporuke za konkretne mere koje treba preduzeti, naročito od strane nacionalnih vlasti, kako bi se povećao kapacitet privatnog sektora, a kako bi se smanjila potražnja za trgovinom ljudima.

Termin eksploatacije radne snage se odnosi na svrhu trgovine ljudima navedene u članu 4 Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (2005). Svrhe navedene u Konvenciji uključuju prinudni rad ili usluge, ropstvo ili postupanje slično ropstvu.

Ključne reči: *Radna eksploatacija. – Trgovina ljudima. – Radni standardi.*

UDK 341.645.5(4) ; 347.952.2

*Kevin Rihtar, LL.M.**

ENFORCEMENT AGAINST REAL ESTATE OVER A MINOR DEBT: THE VASKRSIĆ CASE

Ambit of the article is to analyse and evaluate the interplay between certain fundamental human rights and the legitimate interests of the creditor. The starting point will be a recent decision by the European Court of Human Rights in the case of Vaskrsić v. Slovenia where the Court held that an enforcement against real estate, which is presumably debtor's home, over a debt of EUR 124.38, violates the right of peaceful enjoyment of possessions under the European Convention on Human Rights. The analysis will deal with the question whether such decision contravenes legitimate interests of creditors and as such whether it can be reconciled with existing Slovenian national law on enforcement of claims as well as the established case law of Slovenian courts, including the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. Evaluating the impact of the decision, the author will take a critical standpoint towards a narrowing interpretation of the wide margin of appreciation and the principle of proportionality generally adhered to by the Court.

Key words: *Enforcement of claims. – Enforcement procedure. – Sale of real estate. – Enjoyment of possessions. – European Convention on Human Rights.*

1. ENFORCEMENT PROCEDURE AND HUMAN RIGHTS

Enforcement procedure is a special judicial procedure which allows creditors enforcement of their claims against debtors. As such the enforcement procedure will be applicable only in cases where the debtor has not voluntarily paid its debt towards the creditor which derives from an enforceable title, such as, for example in Slovenia, an enforceable court decision, judicial settlement, notarial deed or other

* The author is an Associate at Karanović & Nikolić Law Firm – Slovenian Branch and a PhD student at the University of Ljubljana Faculty of Law, *kevin.rihtar@karanovic-nikolic.com*.

enforceable decision or a document for which the law provides that it is enforceable.[1]

In cases where the debtor does not voluntarily pay its debt there are generally two phases of obtaining repayment of such claim. In the first phase the creditor needs to obtain an enforceable title and in the second, if the debtor still does not pay its debt, the creditor will seek enforcement of such claim before the court or by other enforcement means provided by national law. In the first phase, especially if the claim is disputed, the enforceable title is generally a court decision or a settlement. For both procedures the civil procedural rules are applicable and thus equality of powers is granted through the principle of disposition.[2] Subsequently no interest of individual parties should prevail and the right of equal treatment before the law is ensured.[3] On the other hand the enforcement procedure primarily focuses on creditor's legitimate interest which is in repayment of its (voluntarily unpaid) claim. The debtor namely had its possibility to voluntarily repay the debt but did not do so. Enforcement procedure thus seeks to ensure an efficient and expedited enforcement which promotes creditor's right to a fair trial which is also one of fundamental human rights envisaged both in the Constitution of the Republic of Slovenia as well as in the European Convention on Human Rights.[4]

The fact that creditor's interests prevail in the enforcement procedure does not mean that debtor's right and freedoms are not considered or protected. Enforcement law provides for several safeguards via different objections available to the debtor and certain third parties,[5] as well as procedural mechanisms that allow for proper protection of per-

1 Article 17 of the Claim Enforcement and Security Act (*Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 3/07, as amended, hereinafter: the Enforcement Act).

2 M. Pourostad, "The Principle of Party-Disposition", *Law Quarterly – Journal of Faculty of Law and Political Science*, 3/2008, 97.

3 Article 14 of the Constitution of the Republic of Slovenia (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 33/91, as amended, hereinafter: the Constitution) provides that all persons shall enjoy equal rights and freedoms without any discrimination and Article 22 provides for equal protection of rights before the judiciary.

4 Article 23 of the Constitution. Also Article 6 of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the European Convention).

5 Articles 55 and 64 of the Enforcement Act.

sonal dignity of the debtor.[6] Nevertheless, there is a plethora of mechanisms and provisions that provide for efficiency and are pro creditor in its quest to repayment. General inclination concerning the enforcement of claims is that the legislation shifts towards greater promotion of creditor interests,[7] which is understandable considering low payment culture in many countries, especially those in the South-eastern Europe.

As it can be seen there is a strong interplay between the interests of the creditor and the debtor, as well as corresponding human rights of both parties. General approach in cases where there is a collision of two or more different human rights is to assess which one tends to be stronger in specific cases. The legality and constitutionality of the prevailing impact of creditor's interests in the enforcement procedures has been assessed by the Constitutional Court of the Republic of Slovenia and no violation was found.[8] Similarly, the German Constitutional Court held that actions by the debtor who willingly refuses to fulfil its obligations under a court decision shall not enjoy constitutional protection.[9]

1.1. Distinction between groups of debtors

Real life examples of debtors and their life circumstances of course differ. There are those debtors who truly live under the threshold that would ensure them their personal dignity. Such debtors should benefit (and in many cases they do) from specific social and other programmes (including free legal assistance which is available in Slovenia). Nevertheless, practical experience shows that enforcement procedures are generally not conducted against such debtors but rather against the

6 These include for example counter enforcement by the debtor (Article 67 of the Enforcement Act), suspension of enforcement (Article 71 of the Enforcement Act), as well as certain specific mechanisms depending of the means of enforcement (for example items which are excluded from the enforcement – Article 79 of the Enforcement Act, minimal sale price for immovable property – Article 188 of the Enforcement Act, etc.).

7 N. Betetto, "Sapienti sat", *Pravna praksa*, 11/2012, 3.

8 Decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Ref. No. U-I-339/98, dated 21 January 1999.

9 Decision of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, Ref. No. 1BvL 34/80, dated 19 October 1980.

second group of debtors – those who live well above minimum threshold but willingly refuse to respect their obligations.[10]

In practice it is sometimes hard to distinguish between the two groups, however it is important to establish which facts are legally relevant and which are not. Rational legal decisions cannot be wholly governed by emotions we feel towards a party in different procedures. Enforcement procedure is no exception. One of such problematic situations is however a situation where the only property available for enforcement is debtor's real estate which is its home. The problem can be even worsened by introducing certain additional circumstances: that the debt is a minor one, that the debtor lives in its home with a child and a partner, etc. Enforcement law generally adopts to such situations and if the debtor is willing to cooperate in the enforcement procedure and is responsive (i.e. that it provides objections, that it submits proposals for suspensions of enforcement and similar), the real life outcome is not as negative as one might think.

2. ENFORCEMENT AGAINST REAL ESTATE IN SLOVENIA

In many cases real estate might be the only property that can be seized in Slovenia. This is so primarily due to transparency ensured by the land registry as well as due to some other reasons: movable property may be easily transferred to other persons or abroad, its ownership title may be hid, etc. Due to ease of establishing bank account abroad within the EU many debtors successfully hide their assets from the creditors.[11]

Enforcement against real estate is in Slovenia governed by the Enforcement Act and is one of legally recognised means of enforcement.[12] Creditors may freely choose between different means of enforcement and there is no minimum claim threshold that would limit creditors to choose enforcement against real estate as their preferred

10 Such distinction is also recognized in case law of the Slovenian Constitutional Court, see e.g. decision, Ref. No. U-I.344/06, dated 20 November 2008.

11 J. Tekavc, "Država ni Shylock", *Pravna praksa*, 10/2012, 6.

12 Other means of enforcement include garnishment, redemption of dematerialized securities, sale of business share, sale of movable property, transfer of claims and redemption of other rights.

means of enforcement.[13] Even though enforcement against real estate is the most certain means of enforcement (if the debtor owns a real estate), it should be noted that such enforcement is relatively costly for the creditor, since it has to prepay for procedural costs (such as the cost for official valuation of the real estate).

2.1. Caveats for the debtor

Enforcement against real estate is conducted by means of registering of the enforcement decision in the land registry, evaluation of the value of the real estate, sale of the real estate and repayment of creditors with the amount received from the sale.[14] There are many caveats for the debtor. Once an enforcement decision is issued, the debtor may submit an objection and against the decision on the objection also an appeal before the High Court. The debtor may even propose other means of enforcement or enforcement against other real estate within eight days from receiving the enforcement decision.[15] Once the land registry issues its decision to register the enforcement decision another objection and potentially appeal is possible. The debtor may even appeal against the decision on the valuation of the real estate (especially if it consider the valuation to be too low). Once the valuation is finalized, the court will serve the debtor with an order for the sale of the real estate and it will announce the terms of the sale which cannot take place before lapse of thirty days from announcing the auction, which is the most common way of selling immovable property.[16]

The starting price at the first auction cannot be less than seventy percent of the evaluated value of the real estate, and on the second auction it cannot be less than half of the evaluated value. Between the first and second auction at least thirty days have to pass. The bidder who offers the highest price is awarded the real estate (Slov. *sklep o domiku*), however the title does not yet pass, since the buyer first has to pay the amount equal to the bided price. After the payment by the buyer the court issues the decision to transfer the real estate to the buyer (Slov.

13 Decision by the High Court in Ljubljana, Ref. No. III Ip 378/2013, dated 29 May 2013.

14 Article 167 of the Enforcement Act.

15 Article 169 of the Enforcement Act.

16 Article 181 of the Enforcement Act.

sklep o izročitvi nepremičnine) with which it can be registered as the owner of the real estate in the land registry. This decision is furthermore an enforceable title to evict the debtor from the real estate.

Another important caveat for those debtors that live in the real estate against which enforcement is commenced is also the ability of the debtor to request granting of its right for continuance of its residing in the real estate for the period of maximum three years as of the sale of the real estate. If the debtor is granted this right, it has to pay profitable lease for the entire period. The debtor has to request granting of this right prior to the first auction otherwise it loses this right.[17]

3. THE VASKRSIĆ CASE

The case of Vaskrsić v. Slovenia[18] originated before the Fourth Section of the European Court of Human Rights and dealt exactly with the aforementioned problematic situation where the sale of real estate was ordered against a real estate which was debtor's home.

3.1. Facts of the case

The applicant, Z. Vaskrsić, was the subject of enforcement claims brought by three different creditors: Javno Podjetje Vodovod-Kanalizacija (a claim of EUR 124.38 plus default interest, in total approximately EUR 516), Porsche Kredit in Leasing Slovenija (a claim of EUR 1,576 together with interest) and an individual A.A. (a claim of EUR 5,112 together with accrued interest).

Each creditor was seeking to enforce its own claim against the applicant. Although company Porsche Kredit in Leasing Slovenija had initially requested that the enforcement be carried out by seizing the applicant's house, its claim was subsequently paid from the applicant's bank account. Having been unsuccessful in securing the payment of its claim by the sale of movable property, company Vodovod-Kanalizacija subsequently requested that enforcement action be taken against the applicant's house. The house was ultimately sold at public auction for the purposes of enforcing company Vodovod-Kanalizacija's claim. A.A.

17 Article 210 of the Enforcement Act.

18 Judgement of the European Court of Human Rights, Application No. 31371/12. The judgment was delivered on 4 April 2017 and became final on 25 July 2017.

joined the proceedings with his claim after the house had been awarded to the successful bidder at the aforementioned public auction. As the applicant repaid the debt to company Vodovod-Kanalizacija after the auction and after the decision to award the real estate to the buyer was issued by the court, the proceeds from the sale of the house were used to cover his debt to A. A. Taxes and the outstanding mortgage on the house were also paid from the proceeds.

Another important factual base is also that the applicant remained inactive through the entire enforcement procedure. Not only did the applicant not (personally) accept any court writings (even though they were validly served to him via his family members), but it did not use any of its rights under the Enforcement Act. It should be also borne in mind that the company Vodovod-Kanalizacija issued its water bill on 18 December 2007 with due date of 5 January 2008. Since the bill was not paid until, the company instituted enforcement proceedings against the applicant on 28 May 2009 (sixteen months after the maturity of the claim).

In the proceedings against the applicant he received numerous court writings with which it was informed of the proceedings and, importantly, that the sought enforcement is against his real estate. At least two times he was also urged by the enforcement officer in writing to voluntarily pay the debt in order to avoid further seizures. Regardless of this he remained passive up to the moment when the real estate was eventually sold at the second auction for half of the estimated market value of the real estate, i.e. EUR 70,000, and the decision to award the real estate to the buyer was issued.

3.1.1. Applicant's first action – appeal against a decision when the real estate was already sold

Only at that point the applicant appealed against the decision to award the real estate to the buyer. The applicant argued, inter alia, that he had been unable to go to the auction and that he had only learned from the impugned decision that the auction had been held. He further submitted that in the meantime he had repaid his debt. He had been having financial difficulties throughout that year since his father had died and his mother had lost her job. In this connection he submitted that he had needed to support her in addition to his wife, who had also been unemployed, and his two children. He stressed that in

the event that the award decision were not revoked, his family would risk becoming homeless.

High Court in Ljubljana[19] dismissed an appeal lodged by the applicant against the award decision issued in favour of the buyer, which thus became final. The court held that the applicant had been properly summoned to attend the public auction, which he had not disputed in his appeal, and that he had not given a reason why he had been unable to go to the auction. The court dismissed his allegations that he had been unable to repay the debt. It explained that the enforcement decision concerning the debt of EUR 124.38 had become final in July 2009, whereas he was relying on circumstances which had taken place in 2010. Moreover, the debt was of minor value. The court further pointed out that the applicant had been properly served with all the court documents in the proceedings but had not reacted to them, which had been entirely his choice. It also found that there was no reason to suggest that the applicant's family would end up on the street, although their standard of living might worsen as a result of the sale of their house. Lastly, the court referred to Constitutional Court decisions, stressing that the subsequent repayment of the debt could not lead to the revocation of an award decision that had already been pronounced, regardless of the amount of money to be paid. This is due to the fact that the buyer obtained a right in anticipation regarding the real estate since the only remaining condition precedent of obtainment of the title on the real estate is to pay the appropriate amount equal to the bided price.[20] Therefore, the acquisition of property could only be halted if it was found that the auction had been unlawful or if the buyer had failed to pay the purchase price. It could not be stopped by any other circumstances arising subsequently, such as the discontinuation of the enforcement proceedings.

3.1.2. Outcome of the enforcement

Eventually the title over the real estate was transferred to the buyer and the applicant was, by assistance of the police, evicted from the real estate. The applicant also lodged a constitutional appeal before

19 Decision by the High Court in Ljubljana, Ref. No. I Ip 4164/2010, dated 29 December 2010.

20 *Ibid*., para. 6.

the Slovenian Constitutional Court which was rejected. Subsequently the applicant lodged the application to the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) for violation of the Article 1 of the Protocol and Article 13 of the European Convention (right to an effective legal remedy). The applicant argued that the means had been disproportionate to the aim pursued, that the courts had failed to act with due diligence and that the dismissal of his appeal challenging the finality of the decision to award the real estate lacked legal basis.[21]

3.2. Right to peaceful enjoyment of possessions

Article 1 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms provides for the right to peaceful enjoyment of possessions. Meaning of "possessions" is interpreted widely since it includes all existing possessions, assets or claims and even those possessions that an applicant has a legitimate expectations of obtaining a property right.[22] In accordance with the established case law of the ECHR the aforementioned Article consists of three rules:[23]

- that every natural or legal person is entitled to peaceful enjoyment of property;
- that deprivation of property is only possible under certain conditions;
- that contracting states are entitled to control the use of property in accordance with the general interest.

On a general note, the aforementioned rules are not distinct in the sense of being unconnected.[24] Both the second and the third rule relate to specific interferences with the right to peaceful enjoyment of property and should be interpreted in light of the general princi-

21 Judgement of the European Court of Human Rights, Application No. 31371/12.

22 Kopecky v. Slovakia, Application No. 44912/98, dated 28 September 2004, para. 35.

23 See for example the judgements in the case of J.A. PYE (Oxford) Ltd v. The United Kingdom, Application No. 44302/02, dated 30 August 2007 and Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Application No. 73049/01, dated 11 January 2007.

24 J.A. PYE (Oxford) Ltd v. The United Kingdom, Application No. 44302/02, dated 30 August 2007, para. 52.

ple envisaged in the first rule,[25] meaning that a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of individual's fundamental rights needs to be ascertained.[26] For example, if a contracting state deprives someone of his property without any remuneration, this is generally considered as disproportionate.[27]

The expansion of ECHR case law led to conclusions that a forced sale of applicants home means an interference with the first rule of Article 1 of the Protocol, however a judicial sale of applicant's property should be considered under the third rule. As a consequence, even if the interference exists, the sale of applicant's home for repayment of a debt and subsequent transfer of title to the buyer is not necessarily contrary to the European Convention, since such action falls under the scope of enforcement of laws that a contracting state deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest.[28]

Importantly, the ECHR reiterated several times in its case law that the contracting states enjoy a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question.[29] The doctrine of the wide margin of appreciation, which was developed by the ECHR, is an important cornerstone of international human rights law and allows for reconciliation of certain differences in implementation of the European Convention in contracting states. As such its importance cannot be stressed enough also for the application in the Vaskrsić case.

3.3. Test under the third rule

The ECHR confirmed in the Vaskrsić case that the transfer of the applicant's house to another person in the context of judicial en-

25 Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Application No. 73049/01, dated 11 January 2007, para. 62.

26 Beyeler v. Italy, Application No. 33202/96, dated 5 January 2000, para. 107.

27 See for example Papachelas v. Greece, Application No. 31423/96, dated 25 March 1999.

28 Vrzić v. Croatia, Application No. 43777/13, dated 12 July 2016, para. 93; Zehentner v. Austria, Application No. 20082/02, dated 16 July 2016.

29 AGOSI v. the United Kingdom, dated 24 October 1986, para. 52.

forcement proceedings means an interference with the applicant's right to peaceful enjoyment of possessions and found no reason to deviate from the established case law. Interestingly, the ECHR notes in paragraph 73 that the applicant's *house* was transferred and later continues that the case law is already settled that a sale of applicant's *home* means an interference with applicants' rights. The ECHR offered no reasoning whether the meaning of home or a house should be equalled. Considering that a house is merely a real estate and that only a home should deserve stronger protection, one cannot agree with the ECHR's rather omitting reasoning.

In order for the ECHR to establish whether there is a violation of the Article 1 of the Protocol the following three criteria need to be assessed.

3.3.1. Interference must be prescribed by law

Underlying requirement under all Articles of the European Convention is the principle of rule of law, which is also one of the cornerstones of a democratic society.[30] Each contracting state has a duty to firstly prescribe all interferences by appropriate law and secondly to be bound by such legislation itself. Taking into consideration the Slovenian constitutional order, as well as the legal orders of all western countries, interferences with rights may only be prescribed by statutes. Furthermore, the interference cannot be prescribed arbitrarily. In case the ECHR establishes that the interference is not lawful, all remaining steps of the test are not applied. Since the enforcement against real estate is one of the legal means of enforcement prescribed by the Enforcement Act, the ECHR found that the interference was lawful.

3.3.2. Interference must pursue a legitimate aim

Second prerequisite for justification of the interference is to establish whether the interference serves a legitimate public or general interest.[31] An important approach and admission by the ECHR, is that national authorities are in principle better placed than any international judge to decide what is in the public interest.[32] Combined

30 Iatridis v. Greece, Application No. 31107/96, dated 25 March 1999, para. 58.

31 Vaskrsić v. Slovenia, Application No. 31371/12, dated 4 April 2017, para. 75.

32 Matcyzynski v. Poland, Application No. 32794/07, dated 15 December 2015, para. 99.

with the principle of wide margin of appreciation, such approach allows cohabitation of different regimes under the same roof of universal fundamental rights. Due to vast cultural and legal differences and thus requirements, only a national judge or authority is able to understand the plethora of elements that combine a measure which is in public or general interest. International judges do not possess such profound understanding of slight differences in legislative mechanisms which in many cases lead to different outcomes.

In the Vaskrsić case the ECHR observed that the protection of creditors and the buyer of the real estate constitutes a legitimate aim which can be pursued by the contracting state. Such conclusion is logical due to the fact that creditors should enjoy enforcement without undue delay[33] and that reciprocally also the buyer's right in anticipation could be protected under the Article 1 of the Protocol.

3.3.3. Interference must be proportionate to the legitimate aim pursued

The most important and both practically and theoretically demanding prerequisite is the proportionality test. In summary, this test means that any interference which is disproportionate, i.e. that it places too much burden on the debtor, and could be pursued by a less invasive or burdening measure, will be held as contravening to the Article 1 of the Protocol, even if all prior prerequisites are met.

Three elements are closely observed by the court when assessing the proportionality, namely (i) that a fair balance is struck between the requirements of the general interest and requirements of the protection of the applicant's fundamental human rights, (ii) that a reasonable relationship between the means and the aim pursued exists and (iii) that the applicant has a reasonable opportunity to challenge such measures before relevant authorities.

The Vaskrsić case should pass the proportionality test. This should be so mainly due to two batches of reasons – one on the grounds of inactivity of the debtor and the second on the grounds of ensuring the creditors an effective enforcement of their legitimate claims. Concerning the first batch, the applicant was more than a year late on his payment of the relevant bill. The company Vodovod-Kanalizacija tried at least two times to receive payment via enforcement against ap-

33 Mindek v. Croatia, Application No. 6169/13, dated 30 August 2016, para. 82.

plicant's movables. The applicant was arguably not in any financial difficulties since it was able to pay its other larger debts (including leasing for a high-end brand car). The court numerous times informed him of proceedings against him and he was informed of the possibility that his real-estate is sold for the repayment of the debt. Furthermore, even if he could not have afford legal assistance, he could have request one in the free legal assistance scheme offered in Slovenia. He could also request other means of enforcement and also he could request a suspension of the enforcement. He did not use any of those possibilities and remained decided not to pay its debt up until the moment the real estate was sold at the second (*sic*!) auction.

Second batch of reasons concerns the fact that the whole legitimate ambit of the enforcement procedure is for the creditor to obtain the repayment of its claim. This should be done swiftly and effectively since it is the debtor who is in breach of a contractual (or other) relationship. The ECHR several times confirmed that great importance should be attached to securing effective enforcement proceedings for creditors.[34] Also, as could be derived from the Slovenian and German constitutional court case law, the test of proportionality should be differently approached in cases where the non-payment is voluntarily and where there are certain objective reasons, such as a hard financial situation or similar.[35] In the Vaskrsić case, the company Vodovod-Kanalizacija reasonably tried all means for which it thought they would be successful. It did not abuse its right or anything similar.

Regardless of above stated reasons, the ECHR opined that there is no proportionality in the enforcement against real estate over a minor debt in the Vaskrsić case, since the measure was arguably not necessary to ensure such enforcement. Due to low value of the debt, lack of consideration of other suitable and less onerous measures by the domestic authorities and lack of detailed analysis of applicant's claim that it is in a hard financial situation, the ECHR held that Slovenia did not strike a fair balance between the interference and the pursued aim, which is in the repayment of the debt for the creditor.

Considering the wide margin of appreciation the ECHR should apply in the present case, the inactivity of the party and the protection of creditors fundamental rights, such decision seems problematic or at

34 *Ibid*., para. 82.

35 N. Betetto, *op. cit.*, 1.

least over protective against debtors. This is even more emphasized by the fact that in the period from 1 January 2008 and 1 March 2012 only 31 real estate were sold for repayment of a debt up to EUR 1,000 and only one real estate for repayment of a debt up to EUR 100. Analysis preliminarily shows that also the value of real estate was lower and not all real estate represent homes for the debtors.[36]

3.3.4. Decision by the ECHR

Since the interference failed to pass the proportionality test, the ECHR held that there was a violation of Article 1 of the Protocol and awarded the applicant damages. Since the real estate was sold for half of the market price, the ECHR awarded to the applicant EUR 70,000 plus EUR 7,000 of pecuniary damages, EUR 3,000 for non-pecuniary damages and EUR 5,000 in respect of costs and expenses. In total, the applicant was awarded a total amount of EUR 85,000.

Another set of issues relates to the decision to award the real estate to the best bidder. The ECHR did not assess this issue, since it already decided that there is a violation due to disproportionality. However, as already stated, once the real estate is sold at the auction to the buyer, the court issues a decision on the award of the real estate, but the title does not yet pass (not until the decision to award the real estate is final and the due amount by the buyer is paid). The buyer thus holds only a right in anticipation that it will obtain the title over the real estate. As such, it could be argued that such buyer should be protected under the Article 1 of the Protocol. It is a well-established case law in Slovenia, confirmed also by the Constitutional Court that once the decision to award the real estate is issued, such decision cannot be revoked on the grounds that the debt was paid by the debtor after the decision was issued. Grounds for such reasoning lie both in the fact that the proportionality test is applied differently in the enforcement proceedings (which would not have been required, if the debtor voluntarily paid its debt) and in the fact that the buyer obtains a right in anticipation.

36 Report by the Supreme Court of the Republic of Slovenia dated 13 March 2012, available at *http://www.sodisce.si/sodni_postopki/objave/2012061313314046/*, last accessed on 1 November 2017.

4. IMPACT OF THE VASKRSIĆ CASE

One of the most important impacts of the Vaskrsić case is that the Slovenian Government prepared an amendment to the Enforcement Act in which it is envisaged that the court may, *ex officio* or following a proposal by the Centre for Social Care, if an enforcement would endanger the existence of the debtor or its family members, postpone the enforcement for a period of three months. This may be used only once.[37]

Another important amendment of the enforcement procedure will be that the court may, *ex officio*, if it establishes that a proposed means of enforcement are not proportionate to the amount of the debt, change the means of enforcement or object of enforcement to a more proportionate one.[38] Even though such provision seems to promote fairness in the procedure, it might even more burden enforcement courts and delay the enforcement and thus contravene creditors' right to a fair trial and effective enforcement. Such provision might even lead to abuses by the debtors in order to delay the enforcement, since they will be allowed to argue that the means of enforcement are not proportionate to the amount of debt. If such amendment will be enacted, the enforcement courts will have to take a restrictive approach towards exercising of such *ex officio* power vested in them.

On a more theoretical and philosophical note it is becoming evident that the discussions regarding whose interests are to be protected within the enforcement proceedings are slowly shifting from promoting interests of the creditor to lessening the protection of the creditor and enhancing protection of the debtor.[39] A wrong premise would be to argue that protection of creditor's interest is without any limitations,[40] since creditors may only seek their repayment by lawful means envisaged in the Enforcement Act. Debtors already have many caveats with

37 Proposal of the Amendments to the Civil Procedure Act, EVA 2016–2030–008, dated 16 October 2017, 39.

38 *Ibid*.

39 Interestingly, the 1998 enactment of the Enforcement Act provided for an *ex officio* deliberation whether all proposed means of enforcement will be allowed. Following the amendments in 2002 this possibility was taken out from the Enforcement Act.

40 As suggested by the representative of the Slovenian Ombudsman. See N. Bratož, "Ali je prav, da varovanje interesov upnika nima nobene omejitve?", *Pravna praksa*, 12/2012.

which they can relieve themselves from excessive burden, of course if they remain active in the proceedings, and it is reasonable not justified not to allow repayment without any consequences *ad infinitum*.

5. FINAL REMARKS

The whole Vaskrsić case, where the court in my opinion did not apply the proportionality test correctly, could be summarized in one question: should the law protect a person who wilfully remains inactive and breaches its obligations (as a contracting party and a citizen)? In my opinion, the answer is no. The ECHR however beckons a different signal to debtors – regardless of their activity, even if they have the ability to prevent such enforcement but choose not to use it, they will be protected. This slightly encourages the non-payment discipline which shows itself as a systemic problem in several countries, including Slovenia.

It is worth noticing that even in the civil procedure inactivity has its negative effects. If a party fails to submit an answer to the lawsuit the court issues a judgement in favour of the plaintiff, if certain prerequisites are met.[41] Even in other procedures a silence by a party might have negative effects. Furthermore, legal mechanisms are not there only for their own sake, but are intended for the parties to use them. If a party is properly informed, there is no reason why the law should not impose a presumption that such person wilfully denounced such right.

Nevertheless, one thing is certain – striking a fair balance between creditors' and debtor's rights is not an easy task. It might be helpful for both the ECHR and national policymakers, to remind themselves that it is the debtor who did not act accordingly in the first place. Law is there to protect, but inactivity should not be rewarded.

41 Article 277 of the Civil Procedure Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 73/07, as amended.

Kevin Rihtar, LL.M.
Partner u advokatskoj kancelariji „Karanović & Nikolić" – slovenački ogranak
Doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani

IZVRŠENJE NA NEPOKRETNOSTI ZBOG MINORNOG DUGA: PREDMET VASKRSIĆ

Rezime

Svrha ovog članka jeste analiza i evaluacija predmeta Vaskrsić ispred Evropskog suda za ljudska prava gde je sud ispitivao zakonitost postupka izvršenja na nepokretnosti zbog manjeg komunalnog duga u iznosu od 124,38 EUR. Iako je sud u svojoj odluci istakao nesrazmeru između ove mere i iznosa duga zbog čega je utvrđena povreda prava na imovinu u obimu članka 1 Protokola Evropske konvencije u ljudskim pravima, autor kritički analizira suženo tumačenje principa proporcionalnosti u ovom predmetu. U slučaju sukoba prava dužnika i poverioca, odnosno prava na imovinu i prava na efikasno izvršenje, autor zagovara stav, da je potrebno uzeti u obzir činjenicu, da je svrha postupka izvršenja u zaštiti potraživanja poverilaca. Ako bi dužnik dobrovoljno ispunio, ne bi bilo potrebe za postupkom izvršenja.

Ključne reči: *Izvršenje potraživanja. – Postupak izvršenja. – Prodaja nekretnina. – Pravo na imovinu. – Evropska konvencija o ljudskim pravima.*

UDK 341.63:339.5

*Katarina Tomić**

MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES: BENEFITS AND DRAWBACKS**

This paper deals with the institute of multi-tiered dispute resolution clauses that appear as an alternative to typical arbitration clauses in international business practice. In particular, the aim of this paper is to explore how the multi-tiered dispute resolution clauses work in practice through assessing their positive and negative sides. One of the most convincing positive sides appears to be the possibility of avoiding arbitration which is costly. On the other hand, the biggest disadvantage of these clauses is that they are often inoperable in practice because of the bad drafting.

Key words: *Multi-tiered dispute resolution clauses. – ADR procedures. – Mediation. – Arbitration.*

1. INTRODUCTION

Parties often opt for dispute resolution mechanisms which include going through different stages such as negotiation, mediation, expert determination, etc. and finally, as a last resort, arbitration.[1] These

* The author is an associate in commercial law firm Karanović & Nikolić and a student of master studies at the University of Belgrade, Faculty of Law, *laktrntomic@gmail.com.*

** The paper was awarded with the first prize in the "Gašo Knežević" essay competition for the best student paper from the area of alternative dispute resolution in September 2017.

1 M. Pryles, "Multi-tiered dispute resolution clauses", *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story* (ed. J. van den Berg), ICCA Congress Series Volume 10 2001, 24; J. H. Carter, "Part I-Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses", *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (ed. J. van den Berg), ICCA Congress Series Volume 12 2005, 446; C. Wallgren-Lindholm, "Chapter 1: ADR and Business", *ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures* (eds. J.C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, *et al.*), Kluwer Law International 2006, 11; J. D.M.

clauses are called multi-tiered dispute resolution clauses.[2] However, they can pose problems in practice since they combine ADR procedures[3] and arbitration[4] as dispute resolution methods. Several issues emerge: How do multi-tiered dispute resolution clauses work in practice? Should businessmen use them or should they stick to the standard arbitration clauses? Are they, instead of being a way of avoiding arbitration, actually the cause of delay and complication of the resolution of the dispute between the parties? As will be shown below, there are many positive sides of the multi-tiered dispute resolution clauses. Nevertheless, there are also some disadvantages that need to be taken into account.

2. THE BENEFITS OF MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES

The purpose of inserting multi-tiered dispute resolution clause in the contract is that, if the dispute arises, the parties try to resolve it, in the first place, by alternative dispute resolution methods. This is considered as one of the major benefits of these clauses, as opposed to the standard arbitration clauses which allow the parties to seek resort

Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, 184.

2 G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, 278; N. Blackaby *et al.*, "Chapter 2. Agreement to Arbitrate", *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press 2015[6], 100–101; Á. L. De Argumedo Piñeiro, "Multi-Step Dispute Resolution Clauses", *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (eds. M. A. Fernández-Ballesteros, D. Arias), Wolters Kluwer Espana 2010, 733. Likewise, it should not be overlooked that there are also hybrid dispute resolution clauses (also known as "med-arb clauses") which prescribe only one step before resorting to arbitration, and that is mediation. See G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrade 2009, 242.

3 ADR procedures refer to mediation, conciliation, neutral evaluation, expert determination, mini-trials, baseball arbitration etc. and do not include arbitration. See M. L. Moses, "*The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*", Cambridge University Press, New York 2012[2], 14; C. Wallgren-Lindholm, *op. cit.* fn. 1, 7.

4 This is the reason why they are also called "ADR-first clauses", D. Kayali, "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 27/2010, 552.

only in arbitration proceedings and therefore push them in often expensive and time-consuming processes. Besides, there are other positive sides of multi-tiered dispute resolution clauses, generally in relation to the fact that the dispute can be resolved by mediation.

2.1. Multi-tiered dispute resolution clauses give the parties the opportunity to resolve the dispute without resorting to arbitration

The reason why businessmen tend to use multi-tiered dispute resolution clause when contracting is that it gives them the opportunity to resolve the dispute by negotiation, mediation, expert determination, or, in other words, by non-adversarial mechanisms.[5] At the same time, it permits them to avoid arbitration[6] which, although very popular and reliable, has its disadvantages.

One of the negative sides of arbitration is that it can often be very expensive.[7] Therefore, when the parties resolve the dispute at one of the stages prescribed in the multi-tiered dispute resolution clause prior to arbitration, they actually save the money that would have been used for arbitration proceedings.[8] For example, if the parties reach the consent by negotiation, then the expenses made for reaching the acceptable solution for both parties are minimal in comparison to those that would have been made if the parties had resorted to arbitration; yet, the outcome is the same. However, it should not be overlooked that this is possibly thanks to the insertion of the multi-tiered dispute resolution clause which dictates that the first step in resolving the dispute would be that the parties try to reach an amicable solution by engaging in negotiation.

5 J. H. Carter, *op. cit.* fn. 1, 446.

6 J. M. Townsend, "Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process", *Arbitration Advocacy in Changing Times* (ed. A. J. van den Berg), ICCA Congress Series Rio Volume 15 Kluwer Law International 2011, 35; D. Baizeau, A. M. Loong, "Chapter 13, Part X: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses", *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (ed. M. Arroyo), Kluwer Law International 2013, 1451.

7 N. Blackaby *et al.*, *op. cit.* fn. 2, 101.

8 G. M. Vlavianos, V. F. L. Pappas, "Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration", *The Guide to Energy Arbitrations* (ed. J. William Rowley QC), 2017[2], Part IV.

Moreover, being an adversarial procedure, arbitration confronts the parties and results in the award which is necessarily unsatisfactory for at least one party. On the other hand, ADR procedures such as negotiation, conciliation and mediation originate the solution which is acceptable to both parties. Consequently, multi-tiered dispute resolution clauses ensure that the parties have contractually mandated possibility to engage in non-adversarial dispute resolution mechanisms which, furthermore, allow them to preserve their commercial relationship.[9] This is why multi-tiered dispute resolution clauses are very useful for preserving business communication, especially when the parties are involved in the long-term contracts.[10] Likewise, negotiation, as a step set out in the clause, is an important tool of protection of the business relationship at the senior management level.[11] In other words, multi-tiered dispute resolution clauses, as they impose ADR mechanisms, are more sensitive to parties' relationship and future communication.

2.2. Multi-tiered dispute resolution clauses can provide for dispute resolution procedures appropriate for different disputes that may arise from complex contractual agreements

it is well known that long-term contracts and sophisticated business projects can be an important source of all sort of different problems and disputes.[12] However, the solution can be found in multi-tiered

9 *Ibid.*

10 J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Law International 2012, 161; D. Kayali, *op. cit.* fn. 4, 553; J. Jenkins, K. Rosenberg, "Chapter 9: Engineering and Construction Arbitration", *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (eds. J. D. M. Lew, H. Bor *et al.*), Kluwer Law International 2013, 177; K. P. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International 2015[3], 47.

11 S. Chapman, "Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith", *Journal of International Arbitration,* Kluwer Law International, Volume 27 Issue 1 2010, 90.

12 K. Müller, T. Huber-Starlinger, "Chapter III: The Award and the Courts, Selected Issues in Construction Law", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015* (eds. C. Klausegger, P. Klein *et al.*), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015.

dispute resolution clauses, which, by reason of their step structure, can contain in one tier or another, appropriate procedures for these different disputes that may arise.[13] In other words, these clauses offer a wide range of dispute resolution instruments which might be appropriate for resolving the possible disputes. Furthermore, these clauses offer the possibility for smaller or financially less important matters to be resolved by less formal mechanisms, such as negotiation,[14] leaving the arbitration as the ultimate recourse.[15] This represents for the parties the way of 'filtering-out' the disputes, leaving only the most important ones to be resolved by arbitration.[16]

2.3. The dispute may be resolved by mediation

in opposition to standard arbitration clauses, multi-tiered dispute resolution clauses offer the possibility to have the dispute resolved by a mediator, which is desirable for the parties for several reasons. One of the main advantages of the mediation is that the mediator does not judge the issue between the parties but only facilitates the agreement between them.[17] Likewise, the mediation is confidential,[18] meaning that everything that is said in it is without prejudice and cannot be taken into account later in arbitration[19] and it is far more respecting of the parties' future business relationship.[20] What is more, the parties in mediation are less likely to have the defensive attitude since there is no applicant.[21] What needs to be taken into account as well is that media-

13 D. Kayali, *op. cit.* fn. 4, 25.

14 This is especially important in construction contracts where disputes about small items often occur. See J. Waincymer, *op. cit.* fn. 10, 161.

15 J. H. Carter, *op. cit.* fn. 1, 446.

16 K. P. Berger, *op. cit.* fn. 10, 47.

17 R. King, K. Wach, "Resolving Commercial Disputes through Mediation", *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre 2004, 58; G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.* fn. 2, 228; D. H. Freyer, "Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts: A US Perspective", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1998, 10.

18 Since the mediation process is short and not formal, it is considered that it is easier to ensure confidentiality. See C. Bühring-Uhle *et al.*, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International 2006, 206.

19 D. Baizeau, A. M. Loong., *op. cit.* fn. 6, 1452.

20 R. King, K. Wach, *op. cit.* fn. 17, 58.

21 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.* fn. 2, 227.

tion is a consensual process, meaning that its development depends on the parties and that each party can terminate the process at any moment.[22]

2.4. Multi-tiered dispute resolution clauses allow the parties to reflect on the facts that gave rise to the dispute

even if the dispute is not resolved by ADR mechanisms and the parties have to resort to the arbitration as the last step agreed upon the clause, they still benefit from the insertion of the multi-tiered dispute resolution clause in their contract. As a matter of fact, participating in negotiation, mediation or other ADR processes helps the parties to review the facts that are the reason of the dispute.[23] Also, these ADR procedures, such as early neutral evaluation, often provide for the parties the more realistic assessment of their legal positions, which is useful for reaching the settlement.[24]

It seems that multi-tiered dispute resolution clauses represent a good alternative to standard arbitration clauses when it comes to choosing the dispute resolution mechanism. This is due to the fact that the mixture of ADR procedures and the possibility of the arbitration leaves little space to the unresolved dispute, resulting at the same time in cost-efficiency and better relationship between the parties.

3. DRAWBACKS OF MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES

Although there are many reasons for justifying the inclusion of the multi-tiered dispute resolution clause in the contract, there are as well some issues that need to be considered by the parties opting for these clauses. In particular, several problems may arise when it comes to the multi-tiered clauses. In particular, there may be a problem with

22 R. King, K. Wach, *op. cit.* fn. 17, 58.

23 A. L. de Argumedo, "Spain: Multi-Step Dispute Resolution Clauses", *http://www.mondaq.com/x/117062/Arbitration+Dispute+Resolution/MultiStep+Dispute+Resolution+Clauses*, 9. 9. 2017.

24 J. M. Townsend, *op. cit.* fn. 6, 37.

the enforceability of these clauses.[25] Multi-tiered dispute resolution clauses may as well evoke the inadmissibility of the claims. Another disadvantage is that it might be difficult in practice to respect all the steps imposed by the clause. Finally, multi-tiered dispute resolution clause may be the cause of delaying the commencement of arbitration.

3.1. If not properly drafted, multi-tiered dispute resolution clauses may be unenforceable

one of the huge issues with multi-tiered dispute resolution clauses is that they run the risk of not being enforceable if they are not carefully drafted.[26] Particularly, the steps imposed by these clauses need to be sufficiently detailed and elaborated in order to be enforceable.[27] In other words, obligations to engage in ADR procedures need to be clearly defined[28] and certain enough in order to be considered mandatory, thus enforceable.[29] In addition, multi-tiered dispute resolution clauses may be considered in general as unenforceable under

25 G. B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International 2006, 84.

26 M. Pryles, *op. cit.* fn. 1, 25.

27 J. Jenkins, K. Rosenberg, *op. cit.* fn. 10, 178; N. Lalatović Đorđević, "Serbia", *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses* (eds. F. A. Acomb *et al.*), IBA Litigation Committee 2015, 169.

28 G. B. Born, *op. cit.* fn. 25, 84; C. Boog, "How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses – Note – 6 June 2007 – Swiss Federal Supreme Court", *ASA Bulletin*, Volume 26 Issue 1, Kluwer Law International 2008, 111.

29 The relevant case law established the criterion of certainty for the enforceability of ADR procedures in the clauses. See *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd*, (1992) 28 NSWLR 194 at [206], *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd [1993] A.C. 334*; *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*., decision from 11 October 2002, *United Group Rail Services Limited v. Rail Corporation New South Wales*, decision from 3 July 2009. There are also cases where the clause was found unenforceable because it was too uncertain. See *Elizabeth Bay Developments Pty Ltd. v. Boral Building Services Pty Ltd*, (1995) 36 NSWLR 709; *Walford v. Miles*, (1992) 2 AC 128; *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd,* 153 FLR 236. For example, it was proposed that, in order to avoid ambiguity, the clause should specify a period of time for negotiation or mediation, triggered by a defined event, after which either party can resort to arbitration. See IBA Guidelines for Drafting International Clauses 2010; *Swiss Federal Supreme Court 4A._18/2007*, decision from 6 June 2007; C. Boog, 106; D. H. Freyer, *op. cit.* fn. 17, 9.

some laws and jurisdictions.[30] This approach was expressed in the case *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd*.[31] Consequently, the drafting of multi-tiered dispute resolution clauses represent a burden for the parties.

Besides, what might as well arise as the problem in practice is that unenforceability of one step imposed by the multi-tiered dispute resolution clause might affect the enforceability of another one.[32] This must be taken into account by the parties when deciding whether to include the multi-tiered dispute resolution clause in the contract or not, because there is a risk that every step in the clause would be held unenforceable because of the one.

3.2. Multi-tiered dispute resolution clauses can lead to the inadmissibility of the claims[33]

in the case where multi-tiered dispute resolution clauses are properly drafted in the sense that all the steps are considered to be mandatory, another issue arises. Although multi-tiered dispute resolution clauses give the parties the opportunity to resolve the dispute amicably before resorting to arbitration, at the same time, they pose a problem in the case that the steps imposed by the clause were not fol-

30 G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, 242; E. van Ginkel, "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", *Journal of International Arbitration*, Volume 21 Issue 1, Kluwer Law International 2004, 26; J. Player, C. M. de Westgaver, "Chapter 11: IP Mediation", *International Intellectual Property Arbitration* (eds. T. Cook, A. I. Garcia), Kluwer Law International 2010, 353.

31 *Halifax Financial Services Ltd v. Intuitive Systems Ltd*, (1999) 1 All ER (Comm) 303.

32 M. Pryles, *op. cit.* fn. 1, 43; *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd,* 153 FLR 236.

33 It must be noted that there are some authors that consider that non-compliance with ADR tiers has no effect on the admissibility of the claim and they treat it as a breach of contract, meaning that they consider obligations to engage in ADR procedures to be the matter of the substantive law. See A. Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, Sweet & Maxwell Limited, London, 332. See also *Swiss Federal Supreme Court 4A._18/2007*, decision from 6 June 2007, where the Swiss Federal Supreme Court dealt with this issue. However, in art. 13 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, this issue is regarded as of procedural nature.

lowed. Particularly, if one of the parties skips these steps and directly starts the arbitration proceedings, there is a great possibility that its claims would be held inadmissible.[34] This is a big disadvantage of multi-tiered dispute resolution clauses in situations where the parties are on completely different grounds, and where there is objectively no reasonable possibility that the parties would find an amicable resolution to the dispute.

3.3. Parties may encounter problems in respecting the steps prescribed by the multi-tiered dispute resolution clause

another problem arises from the inaccurate drafting of the multi-tiered dispute resolution clause. First of all, it may be unclear for the parties whether one tier has been completed.[35] Second of all, the parties may be unable to distinct the different tiers because of the poor drafting.[36] Finally, the issue arises as to whether the same personnel can be employed at different stages of the resolution of the dispute.[37] In particular, the question is whether the mediator can be later engaged by the parties as the arbitrator. This is in the first place a problem for the parties in the moment they start the dispute resolution procedure. However, aside from being a practical problem, if the arbitration proceedings are held later on, this can be an issue in the stage of recognition and enforcement of the award, since the unsatisfied party could object that the arbitration proceedings were not in accordance with parties' agreement, in terms of the New York Convention.[38]

---

34 C. Boog, *op. cit.* fn. 28, 108; *ICC Case 6276*. It should be noted that British courts consider that, in this situation, arbitrators should stay the arbitration proceedings. See *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd,* (1993) A.C. 334*; Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*., decision from 11 October 2002.

35 M. Pryles, *op. cit.* fn. 1, 43.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – New York Convention, 10 June 1958, Art. V.(1) d.

3.4. Multi-tiered dispute resolution clauses may cause the delay of the commencement of arbitration proceedings

finally, supposing that the multi-tiered dispute resolution clause was drafted accurately and that each step imposing the parties to engage in ADR procedure is clear, mandatory and enforcing, another issue arises. In circumstances where the parties' positions are completely opposite, and that there is not much hope that they might settle the dispute in an amicable way, passing through all the ADR procedures imposed by the clause only delays the commencement of arbitration proceedings.[39] In other words, engaging in ADR processes represents only waste of time and money for the parties.[40] This represents an important disadvantage of these clauses, since it makes it impossible for the parties to reach one of the main goals of arbitration: fast resolution of the dispute.

What can be noticed from the above said is that the major disadvantage of the multi-tiered dispute resolution clauses is that they might obstruct the resolution of the dispute, either because of the careless drafting by leaving the ADR methods unenforceable, claims inadmissible and steps not clear enough to follow; or simply by delaying the resort to arbitration when it is unavoidable.

4. CONCLUSION

It is true that multi-tiered dispute resolution clauses have many drawbacks which may demotivate the parties from using them in international business transactions. However, what is also true is that these drawbacks mostly come from the bad drafting of these clauses. On the other hand, it is undoubted that multi-tiered dispute resolution clauses have many benefits for the parties engaging in international contractual agreements. This is why, with the accurate drafting, multi-tiered dispute resolution clauses are being transformed from the agent of delay of the resolution of the dispute to the instrument of the productive reaching of the solution between the parties, and become a good alternative to the standard arbitration clauses.

39 D. Kayali, *op. cit.* fn. 4, 554; D. H. Freyer, *op. cit.* fn. 17, 10.

40 G. M. Vlavianos, V. F. L. Pappas, *op. cit.* fn. 8, Part IV.

Katarina Tomić
Pripravnik u advokatskoj kancelariji Karanović & Nikolić
Student master studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

VIŠESTEPENE KLAUZULE: DOBRE I LOŠE STRANE

Rezime

Ovaj članak se bavi institutom višestepenih klauzula koje se javljaju kao alternativa uobičajenim arbitražnim klauzula u međunarodnoj poslovnoj praksi. Preciznije, cilj ovog članka je da istraži kako višestepene klauzule fukcionišu u praksi kroz ocenjivanje njihovih dobrih i loših strana. Čini se da je jedna od najznačajnijih pozitivnih strana upravo mogućnost zaobilaženja arbitražnog postupka koji je jako skup. Sa druge strane, najveći nedostatak ovih klauzula je činjenica da su u praksi često neoperativne zbog lošeg redigovanja.

Ključne reči: *Višestepene klauzule. – ADR procedure. – Medijacija. – Arbitraža.*

MEĐUNARODNA SARADNJA

*Stefan Pürner, PhD**

THE ISSUE OF COMING TO TERMS WITH THE PAST ("*VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*")** IN THE CONTEXT OF IRZ'S WORK IN SOUTH-EAST EUROPE

1. THE SIGNIFICANCE OF *VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*, I.E. COMING TO TERMS WITH THE PAST, FOR TRANSFORMATION

The full investigation of, and the coming to terms with, the legal past, or dealing with the past with legal processes, is an important point for the credible transformation to a state in which the principle of a state governed by law in the continental European sense (*Rechtsstaat, pravna država*)[1] prevails after the end of an authoritarian system. There are a variety of reasons for this. If the past is not dealt with, relics of the

---

* The author is the head of section for Bosnia and Hercegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia at the German Foundation for international legal cooperation (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*), shortly *IRZ*. The article expresses the authors' personal opinion.

** The German term "*Vergangenheitsbewältigung*" is used here instead of the English "coming to terms with the past", as it is used also in other languages for dealing with the past as it is understood in this report. Interestingly enough, Wikipedia contains articles on *Vergangenheitsbewältigung* in nine languages (Croatian, English, German, French, Netherlands, Portugies, Russian and Serbocroatian). From these nine languages six use the German word "*Vergangenheitsbewältigung*" as technical term. Only Croatian, Serbocroatian and Russian know own words for this process (*suočavanje s prošlošću* and *преодоление прошлого*).

1 The wide spread use of the term "rule of law" in connection with continental european legal systems is avoided here, as there are more appropriate terms like *Rechtsstaat* or *pravna država* at hand. Using the term "rule of law" related to continetal european legal systems is – even when using the English language – very similar to not differenciating clearly enough between European and American Football: The words sound similar, but the content differs significantly!

previous system will be incorporated into the new legal order, discrediting it from the onset. Moreover, continuities in personnel damage the citizens' trust in the new legal system and its judiciary. Impunity for criminal acts committed in the past disrupt social peace as well as unlawful transfer of wealth through, for example, un-revoked expropriation does. And finally, there is the wisdom expressed in the saying that a person who does not know his/her past – in particular the negative parts – is damned to repeat it. Thus, without dealing with the past, there can be no real new beginning, and hence no real and credible comprehensive transformation.

2. IRZ AS A GERMAN ORGANISATION AND THE ISSUE OF *VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*

Due to these considerations – and because Germany experienced two regimes of injustice in the 20th century, i.e. the Third Reich and subsequently the GDR in the East – the project work of the German Foundation for International Legal Cooperation (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*, shortly *IRZ*) is not limited to providing support for the creation of legal reform and the application of this new law, but it also addresses the issue of *Vergangenheitsbewältigung*. In this context, *Vergangenheitsbewältigung* means the investigation of, and the coming to terms with, the legal past, on the one hand, and dealing with the past of this authoritarian system with legal measures, on the other. In particular, the task at hand is to reveal the injustice committed by "oneself", i.e. the injustice perpetrated by members of one's own nationality, and to arrive at conclusions.

From the perspective of a German organisation, another aspect speaks in favour of including the issue *Vergangenheitsbewältigung* into international legal consultation: the IRZ does not want to advocate a "one-to-one transfer" of German law, neither does it want to "export" or impose it. Naturally, however, it advises its project partners and states against the backdrop of German law and German experiences. This is done with self-confidence, as German law is generally of good quality, is already harmonised with EU law and can also be located in the realm of a continental European heritage, which also corresponds with the legal tradition of the partner states.

But self-confidently performing an advisory role on the basis of the experience with German law would not be credible if the negative experiences of German law, namely the abuse of law during the Nazi dictatorship and the socialist regime of the GDR, were omitted. After all, intellectual decency prohibits casting silence on these matters.

3. GENERAL REMARKS ON *VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG*

3.1. Dealing with this issue with Germany as an example also yields information that is applicable to other authoritarian systems

Moreover, it is possible to assess general mechanisms of abusing the law by reviewing the abuse of law in German regimes of injustice. They can then serve as a blueprint for recognising such abuse in other contexts; for example, in currently applicable law that the partner states have retained from the past. Concurrently, the insights gained by this process with regard to discerning features and structures of unlawful law can also serve as an early warning system in the event of a resurgence of the abuse of law.

If you talk about the the abuse of law in the German past, you must also talk about how Germany dealt with it, which did not meet with everyone's approval and began at a late stage. Therefore, addressing this issue can help scholars from the states of former Yugoslavia who are researching this topic in the context of their own law and country as they prepare for the reservations they will encounter.

3.2. Areas where legal processes are applied to deal with the past

The abuse of law in the past and the legal, and other, processes employed to deal with the past of authoritarian systems is a superordinate concept for a broad array of issues. In order to ease comprehension, it makes sense to review the issues at hand in a preliminary step.

3.2.1. Establishing the actual events in the past

For one, this step involves engaging with the history of the authoritarian system. First of all, facts must be established. This is often a painful process because it debunks some convenient narratives.

The way in which the law was misused to consolidate and legitimise the respective regime is of particular interest to legal professionals. Many think that the primary and exclusive instrument was criminal law. However, the German example has shown that the Nazi regime also abused other legal areas to assert its power.

3.2.1.1. Implementing a new legal theory and new "legal personnel"

This starts with legal theory. The liberal concept of a state governed by the *Rechtsstaat* was redefined into one of a "national-socialist *Rechtsstaat* (state governed by law)". This state aimed at achieving completely different objectives than those pursued with the previous notion: no longer was the protection of the individual as an individual person the objective, but the interest of the community. However, the community was exclusively defined as consisting of so-called Aryan German *Volksgenossen* ["national comrades"].

This entailed a completely new interpretation method, which research then termed the "unlimited interpretation" (*unbegrenzte Auslegung*). The highest criterion for interpreting the law was no longer the wording of the law, but solely the common good as outlined above. Thus, law was no longer what was just, but what served the German people as a community of those with "Aryan blood". Correspondingly, non-legal sources such as the party programme of the NSDAP were consulted for interpretation purposes.

This new legal theory was accompanied with corresponding personnel measures: For example, in 1933 approximately one third of the lecturers at German universities were dismissed. Dismissals also occurred in the judiciary, and the licences of "non-Aryan" lawyers to practice were revoked in various steps. They were replaced with careerists who were loyal to the system and "expressed their gratitude" for their quick careers with the corresponding legal opinions and judgments.

Therefore, the following factors can be deemed indicators for the abuse of law by an authoritarian system:

- incisive and uniform revision of legal theory and
- incisive changes to the body of personnel at short notice.

3.2.1.2. Abuse not only of criminal law, but also public and civil law

The national-socialist regime in Germany not only imposed draconian punishments for previously unpunished conduct such as sexual intercourse with members of a different religion or listening to foreign broadcasters, but also levied special taxes on persons – primarily Jews – intent to leave the territory of the German Empire. This example illustrates that public law is also abused by totalitarian systems.

And civil law also had to serve the same purposes. Not only did family law prohibit any conduct that did not correspond with the national-socialist ideal of a "pure Aryan" family, members of the Jewish faith increasingly lost protection under, for example, tenancy and employment law. National-socialist discrimination even occurred in enforcement law. For example, German courts ruled that the so-called *Volksempfänger*, a mass-produced radio at a relatively affordable price, could not be seized from "Aryans" in enforcement foreclosure proceedings, as this radio was deemed a reasonable household item. However, this was negated for Jews, which meant that their radios could be seized.

This difference was explained by way of the aforementioned unlimited interpretation that a *Volksempfänger* was a reasonable household item for "Aryans" because it enabled them to learn of the will of the national-socialist party and to listen to Adolf Hitler's speeches. Thus, the radio possessed an integrative function for the German *Volksgemeinschaft* ["people's community"] which, according to the prevalent ideology, did not apply to Jews, as they were not part of this community.

3.2.1.3. Resistance against the investigation of these (and other) facts

In Germany, the facts stated above are still available to persons who are interested because the attempt was made to investigate the

dark parts of the history and to learn from them. As a consequence, there is now a sizeable amount of legal and historic literature providing such information.

However, it would be misguided to believe that dealing and coming to terms with the past in Germany was a concern that met with general support over the decades. Rather, it required a painful process until the country confronted these aspects of its history (at a far later date). Even though a political spectrum is unfortunately gaining momentum that is reluctant to address these aspects of history and relies on a one-sided national and nationalistic narrative at present in Germany, it will nevertheless be safe to claim that Germany has reached a point where dealing with its own history meets a broad social consensus – or at least a corresponding degree of tolerance. Persons who look into this subject are not regarded as traitors or "someone who is polluting the own nest" (*Nestbeschmutzer)* (anymore). This goes so far that even state institutions commission scholars to research their own past during the Nazi regime. These "self reviews" are not confined to the period of national socialism, but also to the time since.

For example, the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection also commissioned a review to assess the extent of the influence exerted by former legal professionals of the Nazi dictatorship on the activities of the ministry after the end of national socialism ("File Rosenburg"). With sobering results. It was shown that legal professionals who enjoyed a career during national socialism were employed by the ministry in the democratic Federal Republic and exerted great influence on legislation. One of the results of these "leftovers" was a law that reduced the limitation periods for aiding and abetting national-socialist crimes to an extent that made prosecution impossible.

3.2.2. Legislative measures to correct measures of previous authoritarian systems

3.2.2.1. Categorisation of areas where legal processes are applied to deal with the past

Investigating and revealing what happened in the past is only one element of coming to terms with the past. It is very important, but not sufficient in itself. Therefore, dealing with the past is not only a

task for legal historians and other historians, but also for the legislator. This part of dealing with the past with legal processes can be divided into the following categories:

1) treatment of the victims (rehabilitation and compensation for the victims including respective forms of restitution or re-privatisation)
2) treatment of perpetrators (punishment/lustration)
3) treatment of the remnants of the authoritarian system (for example, the assets of the respective single trade union and single party as well as the files of the state security agency).

It is also possible to sub-divide into working fields, such as the following

1) Establishing and disseminating facts
2) Drafting legal provisions to deal with the past
3) Implementing these legal provisions.

3.2.2.2. Content of areas where legal processes are applied to deal with the past

These individual areas consist of the following sub-categories:

1) Establishing and disseminating facts.

In particular, the following distinctions can be made:

- preservation and inspection of the records of intelligence agencies
- preservation and inspection of the documentation regarding the transfer of wealth
- criminal investigations
- historic documentation
- activities of truth commissions
- publication of the aforementioned steps
- creation of institutions to research the past
- establishing a "culture of commemoration" *(Erinnerungskultur)* (museums, memorial sites).

2) Drafting legal provisions to deal with the past.

The following provisions merit particular mention in this context:

- compensation laws (restitution, re-privatisation, rehabilitation of convictions under criminal law
- laws governing the right to inspect files of the secret police
- lustration laws.

4. DEALING WITH THE PAST AS A SUBJECT OF IRZ WORK

4.1. From bilateral activities to a regional approach

The IRZ was founded in 1992. At this time, the Eastern European partner states, which formed the geographical focus of the IRZ's activities in the initial years, faced the question of enacting legislation as previously described in this article. Insofar as the IRZ was asked for support in this matter, it presented the German experiences and advised on the corresponding legislative endeavours.

In South-East Europe, the IRZ became active in 2000 after the military conflicts that accompanied the dissolution of former Yugoslavia had ended, as part of the German contribution to the Stability Pact for South-East Europe. Thus, in South-East Europe the IRZ worked on individual areas of those mentioned above at a very early stage. As examples, I would merely like to refer to seminars on the German model of privatisation through the Trusteeship Act (*Treuhandgesetz*) in Serbia, for which the corresponding German legislation was translated into the country's language, and on the treatment of persons who were former members of the socialist judiciary. Furthermore, a course of in-house training to prepare the personnel of the court of Bosnia Herzegovina who were commissioned with handling war crimes belong to this group of activities.

4.2. Contributions in publications

These type of activities were individually coordinated with the corresponding project partners as part of the respective cooperation. Each were part of bilateral activities. Through the publication of relevant articles in the journal *Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* (New legal gazette – Magazin for regional, European and German law, in brief NPR) edited by the IRZ, the ef-

forts of the IRZ in the domain of coming to terms with the past obtained a transnational, regional character. Contributions informing on the German Stasi Records Act, which regulates the conditions granting the entitlement to view the records of the GDR's former state security agency, and on lustration as a foundation of democratically transforming society and of Transitional Justice in the Czech Republic merit mention here (both in NPR 2/2014, available online at *http://nova-pravna-revija.info/de/NPR/Journal/Edition/2eadc005–80e3–4e01–88da-237746eb8720*).

These contributions made it possible that the national experiences described therein were available in each national language of the region and were discussed. However, these were still individual activities relating to specific occasions, which were yet to become a regional project with long-term planning. This changed with two NPR contributions. The subject matter of one of them was the abuse of civil law for the discrimination of Jews, the other one described the ordeal of the German lawyer Hans Litten during the Third Reich (NPR 1–2/2015).

4.3. Workshop in Belgrade

In the course of the project work, contacts were established with legal professionals who were already active in the field of dealing with the past, or were willing to dedicate themselves to this issue. As a result, a conference was hosted in Belgrade on 15 April 2016 together with the Serbian "Association for the Review of German Law and its Reception" on dealing with the legal history during various authoritarian regimes. So, a topic was addressed which is often subject to reservations, yet which is equally of great relevance in Germany and Serbia.

In his welcoming remarks, the German ambassador emphasised the importance of the topic and elaborated that the present and future can only be shaped if you have dealt with your own past. Dittmann continued by saying that the German experience shows that an understanding of the shared future is hardly possible without a dialogue on past events.

Oliver Vossius, the President of the German Association of Notaries, was the German keynote speaker who, among other issues, described how representatives of his profession were involved in the process of "Aryanisation" during the period of national socialism.

Furthermore, he described that dealing with the legal past in post-war Germany met with particular resistance when the biographies of legal professionals who had built their career in the "Third Reich" and were still active became the subject of attention.

One of the Serbian keynote speakers was Professor Jovica Trkulja, who is also the editor of the journal "Herecticus – Časopis za preispitivanje prošlosti" (Hereticus – Journal for the Examination of the Past). Another keynote speech was given by Professor Tibor Varady, formerly Novi Sad, now European University Budapest. Recently, the latter portrayed the abuse of law in Vojvodina over a period of more than a century in a book published in German, Serbian and Hungarian, which was based on the preserved archive of his father and grandfather, who were lawyers.

Professor Trkulja drew a critical résumé of Serbian history in the past century. He concluded that it was consistently characterised by authoritarian systems. Accordingly large was the need for a process of dealing with the legal past. Thus, he divided the more recent Serbian history into four main phases:

- 1944–1952: Combating enemies of the people and the state,
- 1953–1968: Combating internal enemies,
- 1969–1980: Combating enemies of worker`s self management,
- since 1980: Continuation of an authoritarian style of ruling during transformation.

Trkulja pointed to the strategy of authoritarian forms of government which repeatedly constructs new groups of alleged enemies of the regime as a method of self-legitimisation. Professor Varady used apparently comparable examples from various years in which members of different ethnic groups were victims of miscarriages of justice to illustrate general mechanisms and the continuity of methods applied in the abuse of law. It became clear that it was not possible to speak of perpetrator and victim nations as the nationalities of perpetrators and victims alternated. The discussions after the speeches were intensive and lively. Professor Vladimir V. Vodinelic, author of the book "The Past as a Challenge to the Law – Serbian Side of the Legal Coping with the Past", which can be downloaded from the website of the Helsink Committee in Serbia (*www.helsinki.org.rs/doc/Files13.zip*) participated

in the discussions. The significance of the topic was underscored by keen media interest. In addition to the state television broadcasters, the major Serbian daily newspapers and internet portals reported on the conference.

4.4. Lectures on the law of the era of national socialism

The positive course of this event encouraged the IRZ to continue its quest into this topic and to extend it to other states of the region. Initially, independent events featuring presentations on German law in the era of national socialism and dealing with this period were organised at various law faculties in Bosnia and Herzegovina, Macedonia and, Montenegro and Serbia, namely Belgrade, Kragujevac, Mostar, Podgorica, Sarajevo, Skopje and Zenica as well as at the Faculty of Political Science in Belgrade. These events were also greeted with a positive response.

4.5. South-East European scholars inform themselves in Germany about Vergangenheitsbewältigung

Subsequently, the idea was developed to convene the persons dealing with this issue in the successor states of Yugoslavia, whether they approach it with a perspective on Germany or on the history of their own country, in a regional workshop. Coming to terms with the future was defined as a necessary, and somewhat bitter, reflection on the conduct of one's own group. The aim was for each to "put one's own house in order". It was to be avoided that the workshop was misused as a forum to express reproach towards members of the other national group concerning the wrongdoings of members of their respective group.

Munich, Regensburg and Nuremberg were the stations of a working visit on *Vergangenheitsbewältigung* of South-East European scholars from Bosnia and Herzegovina, Macedonia and Serbia, which was organised by the IRZ and took place from 19 to 22 September 2017. The focus was on exchanging experiences and ideas with experts from the Munich Institute for Eastern European Law (IOR) based in Regensburg.

4.5.1. "The Notary and Aryanisation" as topic of a lecture in Munich

To open the event, the President of the German Association of Notaries, Dr. Oliver Vossius, spoke on the subject "The Notary and Aryanisation", for which he had also compiled a collection of relevant sources. Vossius explained that the national-socialist system of injustice spanned three phases:

1. a revolutionary phase, which began with the seizure of power and ended with the "Röhm-Putsch",
2. followed by a phase of semblance of legality (July 1934 to the invasion of the Soviet Union in 1941),
3. and finally a period that saw the "removal of legal boundaries" until 1945.

With regard to the nature of the legal provisions of the Nazi regime of injustice, he distinguished between abstractly formulated rules, which in reality targeted specific groups (e.g. Jews), and openly discriminatory provisions. The unlawful enforcement of legal rules constituted the third method of abusing law for discriminatory purposes. In the subsequent discussion the view was expressed that these phases and mechanisms are also discernible in the introduction of other systems of injustice.

4.5.2. Lively exchange of ideas with experts of the IOR in Regensburg

(a) Least progress in dealing with the past in the countries of former Yugoslavia. In Regensburg the relevant experiences in this matter in Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Germany, Croatia, Macedonia, Poland, Serbia, the Czech Republic and Hungary were compared and discussed. In doing so, the participants arrived at the conclusion that – comparable with the situation in Germany in the early post-war years after national socialism – the process of dealing with the past in most former socialist states was only being advanced with great hesitance. Hungary has made the greatest progress with regard to the introduction of legislation for issues such as the compensation and rehabilitation of victims of authoritarian regimes. In comparison, the states of former Yugoslavia fall far behind the former socialist states of Eastern Europe with regard to this specific matter, but also with regard to the

general social process of confronting and dealing with this issue. As far as dealing with the socialist era is concerned, the circumstance that there was no broad social consensus pushing the abolishment of the socialist system to the forefront as a major concern during the dissolution of Yugoslavia, but instead the desire to create independent nation states, was discussed as a possible reason for this hesitance.

(b) Publications from various states. Various projects were introduced which have compiled the first batch of corresponding research findings concerning these countries, including a research project of the IOR. This project is documented in the book "Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Europa" (Dealing with the communist past by means of law), which was edited by *Friedrich-Christian Schroeder/Herbert Küpper* and presented by the IOR's managing director Prof. Dr. Dr. h.c Herbert Küpper. The publication, "Kommunistisches Recht in der Tschechoslowakei" (Communist Law in Czechoslovakia) – with more than 100 pages and processed online as a website – can be named for the territory of former Czechoslovakia. It was presented by the speaker Dr. Vojtech Simicek, who is a judge at the Czech constitutional court and co-edited this publication.

Fortunately, the first approaches and results have become discernible regarding the territory of former Yugoslavia. The journal "Herecticus – Casopis za preispitivanje proslosti (Herecticus – Magazin for dealing with the past), which is edited by the Belgrade university lecturers *Prof. Dr. Jovica Trkulja* und *Prof. Dr. Dr. h.c. Vladimir Vodinelic* deserves particular mention. It was first published in 2006 and constitutes the most intensive and sustained project of this type in the successor states of South-East Europe to date. The publication releases articles on the communist past and also on the era of the Milosevic era as well as on overcoming the Nazi regime in Germany. The book by *Benjamina Londrc* of the Law Faculty in Zenica on the legal situation of the Jewish community in Herzegowina from 1918–1945, which is already being published in its second edition, was also introduced. Prof. Dr. Zlatan Meskic, also from Zenica, Doz. Dr. Aleksandar Spasov and Prof. Dr. Slavko Djordjevic, Kragujevac named other initiatives concerning Bosnia and Herzegovina, Macedonia and Serbia.

The fact that Macedonia is the only Yugoslavian successor state to have enacted a lustration law was stated in the presentations as one

of the particularities of the various countries. However, it is hardly put to practical use.

(c) Lustration as a prerequisite for transformation? A major focus of the discussion was on the question whether a late process of lustration makes sense. Most participants held the opinion that lustration would only make sense if it is conducted immediately after the end of a regime. Such an instrument is hardly efficient after two decades have lapsed. It must also be considered that selective processes of lustration can also be used to discredit inconvenient political opponents. As it is not recommendable to entirely abstain from dealing with the past, truth commissions as established in South Africa suggest themselves as a viable option.

(d) Other topics and results of the discussion. Issues concerning the respective duration of injustice, the points of reference for lustration as well as the treatment of secret police records were additional topics on which information was exchanged and which generated lively debates. One of the findings gained from an intensive comparison of various states showed that there is no connection between the rigour of a regime and the intensity of the subsequent process of confronting this past. In particular, it is not the case that the process of dealing with strict dictatorships was easier and more intensive than for others. Prof. Dr. Dr. h.c. Küpper believes that the example of Hungary confirms this thesis. Even though the state was a "soft dictatorship", the most comprehensive legislative measures were employed to deal with the injustice of the socialist system (and what was committed previously from 1938).

Hungary exemplifies that there is no "one-size-fits-all" solution for such processes. For example, restitution in kind for expropriated properties was not performed, in spite of the fact that it was considered just, because it would have entailed the undesired reinstitution of pre-socialist, feudal ownership relations.

4.5.3. Intensive programme also in Nuremberg

Nuremberg was last on the itinerary of the study visit. The city was the site of the Nazi party rallies, where the NSDAP let itself be celebrated in elaborately staged mass events, in 1935 the Nuremberg Laws were passed and after the Second World War the trials against the main German war criminals took place at the International Military

Tribunal. Twelve subsequent trials followed before a US-American military tribunal against leading representatives of the German Empire during the period of national socialism. Nowadays, Nuremberg is a city of peace and human rights. Commemorating and dealing with the injustice perpetrated by national socialism is understood as a mission for the future for municipal policy and civil society. For this reason, there are several memorial sites contributing to preventing that this injustice is forgotten. This includes the Documentation Centre at the Nazi Party Rally Grounds and the Nuremberg Trials Memorial, which was visited by the group of experts.

In addition to an expert discussion with the researcher Andreas Mix, the participants attended a presentation by Dr. Sabina Ferhadovic, University of Jena, on the criminal prosecution of German war crimes committed on the territory of former Yugoslavia.

Ferhadbegovic reported that, immediately after the Second World War, Yugoslavia's communist regime initially persecuted political opponents and members of groups who had fought against the partisans in the war with great intensity. After this "hard phase", however, the convictions and the imposed punishments as well as the grounds stated in the judgments became more lenient. In this second phase, the line of argument that was pursued stated that, in reality, the defendants had been "seduced". By doing so, social division was avoided in the interest of the stabilisation of the state and integration (slogan: "fraternity and unity"). Ultimately, this constitutes a parallel to the increasing leniency of the criminal prosecution of Nazi injustice in Germany. After the first war criminal trials the persecution of war crimes through the Western allies was conducted with increasingly less intensity in order to prevent losing the support of the German population against the Soviet Union. So, in both cases other political reasons caused that dealing with the past with legal processes was continued with less force.

Furthermore, Ferhadbegovic sees the narrative of persons who had been "seduced" as a cause for the outbreak of conflicts inside Yugoslavia at the end of the 1980s. By declaring that the domestic perpetrators had been seduced by foreign powers, there was no examination whether the acts of injustice may have had interior reasons. By shifting the reasons for conflict abroad, the necessary critical self-reflection was omitted, although it would have provided an opportunity to look closely at one's own potential for violence.

4.5.4. Conclusion of the working visit

The working visit provided participants with a number of concrete references on the comparative legal situation and sources relating to this. It brought together a transnational network of experts working on this important, though often unpopular, subject. Furthermore, demonstrating how results of various projects in specific publications and on websites can be presented provided valuable "technical" support to participants.

5. CONCLUSION

As described at the beginning, a convincing transformation to a *Rechtsstaat* (state governed by the law) is only possible if the past of the systems in which the *Rechtsstaat* had not prevailed is dealt with without reservations. It is particularly important to approach the topic objectively and to also critically question the events in one's own country and the conduct of members (and in particular of the political elite) of one's own ethnic group. If this is done with mutual respect and in the spirit of seeking a full investigation of the actual events, then this process can be alleviated through regional cooperation.

Thus, general mechanisms of abuse of power and law can be discerned. Knowledge of these mechanisms, can ideally aid the development of an "early warning system" to avoid future cases of such abuse. Thus, critically dealing with the past in this manner is not a step backwards, but one undertaken with a firm view of the future.

Therefore, the IRZ will continue its support for such initiatives in the region. The next results of the measures described above will be available in the near future. Several participants of the working visit in Germany are currently working on new articles on this matter, which are scheduled to appear in various publications. Further events of the IRZ on this topic are also in planning.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Časopis *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* je međunarodni časopis u kojem se objavljuju radovi koje odobri Uređivački odbor, a na osnovu dve pozitivne recenzije anonimiziranog teksta rada.

Tekstovi se predaju u elektronskom obliku uredniku (*mirjanam@ius.bg.ac.rs*).

Uredništvo će, po pravilu, obavestiti autore o odluci Uređivačkog odbora u roku od dva meseca po prijemu teksta rada. Rad će biti prihvaćen za objavljivanje pod uslovom da nije istovremeno predat drugom časopisu na objavljivanje, odnosno da nije reč o već objavljenom delu.

Tekstovi po pravilu ne treba da budu duži od jednog tabaka, kucani latinicom. Izuzetno, maksimalni obim tekstova je 1,5 tabak. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno 28.800 znakova.

U gornjem levom uglu navodi se akademska titula, ime i prezime autora, a u fusnoti ustanova u kojoj je autor zaposlen ili druga afilijacija, zvanje i elektronska adresa.

Tekst namenjen za rubriku „Članci" mora da na početku sadrži rezime s osnovnim nalazima rada, obima do 150 reči (apstrakt) i do pet ključnih reči, a na kraju rezime (*summary*) istog obima i isti broj ključnih reči na engleskom jeziku. Ceo rad, uključujući i rezime na stranom jeziku, podležu stručnoj lekturi.

Naslov rada se piše na sredini, velikim slovima – verzalom (font 14). Podnaslovi se pišu na sredini, velikim slovima (font 12) i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko podnaslov sadrži više celina, one sa takođe označavaju arapskim brojevima, i to: 1.1. – kurzivom, malim slovima (font 12), 1.1.1. – običnim malim slovima (font 12), itd. sa manjim fontom.

Radovi se predaju u elektronskom obliku. Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad opštim pravilima uređivanja časopisa i standardu HBS jezika.

Članovi Uređivačkog odbora nisu odgovorni za stavove autora iznete u radovima objavljenim u ovom časopisu.

PRAVILA CITIRANJA

1. **Knjige** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zarez. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja. Navođenje naziva izdavača nije obavezno, ali je poželjno.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001.

1.1. Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2012[5]).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćenica „fn.".

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Povlakić, „Fiducijarno vlasništvo u uporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSR)*, 1/2003, 196.

3. Ukoliko postoji **više autora knjige ili članka** (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje

skraćenice reči *et alia* (*et al.*) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: N. Gavella *et al.*

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, **kod ponovljenog citiranja** tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi *op. cit.* i broj strane.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23.

Ukoliko se citira **više radova istog autora**, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje" s tačkom na kraju.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid.*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid*., 23.

7. Kada se citira **članak u zborniku radova**, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds." pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.", odnosno odgovarajuća skraćenica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.", na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja „ur.") pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Propisi** se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zareza broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 ili Zakon o izvršnom postupku – ZIP, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

9. **Član, stav i tačka propisa** označava se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12, itd.

10. Navođenje **sudskih odluka** treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge **strane reči**, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

12. Citiranje tekstova s **interneta** treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanu kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: J. Basedow *et al.*, „Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?", *http://faz.net/-019m8q*, 24. 5. 2007.

13. Inostrana imena se transkribuju na latinici na srpskom jeziku ili drugom jeziku ovog govornog područja kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu njihovo prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (*Gaudemet*).

14. Za „videti" koristi se skraćenica „vid.", a za „uporediti" se koristi skraćenica „upor."

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* is an international, peer-reviewed journal. All submitted articles will be evaluated by two reviewers.

Manuscripts should be submitted in electronic form to the editor (*mirjanam@ius.bg.ac.rs*).

The editorship will, under normal circumstances, inform the authors of the Editorial Board's decision within two months after the receipt of the submission. Articles are accepted for review on the understanding that they are not being considered concurrently by any other journal and that there is a serious commitment to publication.

Articles should not normally exceed 28,000 characters in length; therefore, a precise character count should be included with each article submitted.

An abstract of the article of maximum 100–150 words should be included together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes. The whole text, including references and abstracts, should be double-spaced and presented on one side of the paper only, with margins of at least one inch on all sides. Pages should be numbered consecutively throughout the paper. Authors should also supply a shortened version of the title, not exceeding 50 character spaces, suitable for the running head.

The title should be centered, in bold caps, font size 14. Subtitles should be centered on pages, recto and numbered (for example, 1.1., 1.1.1. etc.).

Authors are requested to ensure that their articles follow the editorial style and format adopted by the periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*. The citation format that is in line with the 19th edition of The Bluebook: A Uniform system of Citation – is also acceptable (*www.legalbluebook.com*). The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the law review's style and format.

The Members of the Editorial Board do not hold themselves liable for the views expressed by the contributors.

REFERENCE STYLE

1. **Books:** first letter of the author's name (with a full stop after it) and the author's last name, title written in verso, place of publication in recto, year of publishing. If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others). The publisher's location should not be followed by a comma. If the publisher is stated, it should be written in recto, before the publisher's location.

Example: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001.

1.1. If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 2001[2]).

1.2. Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Articles:** first letter of the author's name (with a period after it) and author's last name, article's title in recto with quotation marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of publication, page number without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is longer than usual, an abbreviation should be offered in brackets when it is first mentioned and used later on.

Example: M. Povlakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1 2003, 196.

3. If there is **more than one author** of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

If there are more than three authors, only the first name should be cited, followed by the abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: N. Gavella *et al.*

If there is more than one place of publication, a dash is used to separate the places.

Example: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO*, Wien – New York 2010[3].

4. **Repeated citations to the same author** should include only the first letter of his or her name, the last name, *op. cit.*, and the page number.

Example: M. Povlakić, *op. cit.*, 23.

If two or more references to the same author are cited, the year of publication should be provided in brackets. If two or more references to the same author published in the same year are cited, these should be distinguished by adding a, b, c, etc. after the year:

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. If **more than one page is cited from a text** and the pages are specified, they should be separated by a dash, followed by a period. If more than one page is cited from a text but without specification, *et seq.* should follow the number which notes the first page.

Example: M. Povlakić, *op. cit.*, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 *et seq*.

6. If the **same page of the same source was cited in the preceding footnote**, the Latin abbreviation for Ibidem should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but not the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for Ibidem should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid*., 23.

7. When an article that has been published in a **collection of articles** or an edited monograph is being published after reference to the name of the author and the title of the article is being made, the title of the monograph should be written in verso and the names of the editors should follow in brackets as well as the reference to their editorship

(eds., Hrsg. or ur.), publisher, place and year of publication and page numbers.

Example: A. Buchanan, "Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Statutes and other regulations** should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the official publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 97/08.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 58/04, 85/05 and 115/05.

9. **Articles of the cited statutes and regulations** should be denoted as follows:

Example: Art. 5 (1) (3); Arts. 4–12.

10. **Citation of court decisions** should contain the most complete information possible (category and number of decision, date of decision, the publication in which it was published).

11. **Latin and other foreign words and phrases** as well as **internet addresses** should be written in verso.

12. Citations of **webpages,** websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

Example: J. Basedow *et al.*, "Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?", *http://faz.net/-019m8q*, last visited 24 May 2007.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.137

HARMONIUS : Journal of Legal and Social Studies in South East Europe / glavni urednik Christa Jessel-Holst. – God. 1, br. 1 (2012)– . – Beograd : Harmonius, 2012– (Beograd : Dosije studio). – 23 cm

Godišnje.
ISSN 2334-6566 = Harmonius
COBISS.SR-ID 195094540

ISSN 2334-6566