

2018

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 Kaščelan, 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 Powlakić (Bosna i Hercegovina), Oliver Remien (Nemačka), Hannes Rösler (Nemačka), Cettina di Salvo (Italija)

**Sekretar:** Filip Bojić

**Izdavač:** Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Beograd, [www.harmonius.org](http://www.harmonius.org)

**Dizajn:** Peđa Hadžimanović

**Štampa:** Dosije studio, Beograd

**Tiraž:** 200

**Godina:** VII, br. 2018, izlazi jednom godišnje



HARMONIUS | Akademija za pravne studije

in cooperation with:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
INTERNATIONALE RECHTLICHE  
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

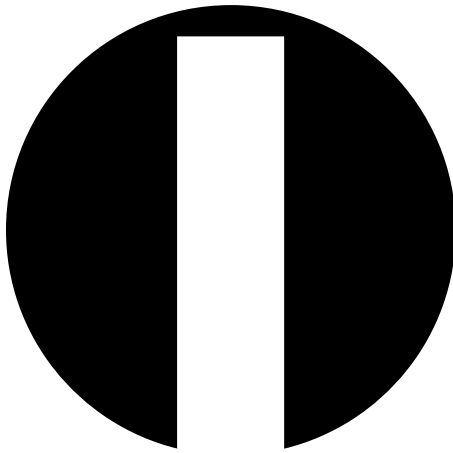


[www.harmonius.org](http://www.harmonius.org)

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe





2018

HARMONIUS

*Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*

2018 • 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 Kaščelan, 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), Cettina di Salvo (Italija)

**Sekretar:** Filip Bojić

**Izdavač:** Harmonius, Bulevar Zorana Đinđića 123v,  
11000 Beograd, [www.harmonius.org](http://www.harmonius.org)

**Dizajn:** Peđa Hadžimanović

**Priprema i štampa:** Dosije studio, Beograd

**Tiraž:** 200 primeraka

ISSN 2334-6566

**Godina:** VII, br. 2018, izlazi jednom godišnje

## SADRŽAJ

PREDGOVOR .....	11
PREDGOVOR IRZ-A .....	13

### NAUČNI ČLANCI I RASPRAVE

<i>Ana Đanić Čeko</i> SPECIFIČNOSTI ULOGE VISOKOG UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE U JEDNOSTUPANJSKOM UPRAVNOM SPORU NA OSNOVI POSEBNIH ZAKONA (LEX SPECIALIS) .....	17
<i>Dalibor Đukić</i> ZAŠTITA PRAVA NA POŠTOVANJE PRIVATNOG I PORODIČNOG ŽIVOTA I AUTONOMIJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA .....	46
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul</i> ZAŠTO JE VAŽNO ANALIZIRATI PRAKSU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA: EXEMPLAR .....	63
<i>Lazar Jovevski</i> ORGANIZACIJA OSOBA SA INVALIDITETOM U SINDIKATE .....	87
<i>Balša Kaščelan</i> SPORNA PITANJA U VEZI SA UGOVORNOM ODREDBOM O NAKNADI ZA OBRADU KREDITA .....	110
<i>Nikolina Miščević</i> O ZNAČENJU TERMINA „DOSPELOST“ IZ ČL. 280, ST. 1 ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA: SAMO DOSPELOST ILI I IZVRŠNOST POTRAŽIVANJA? .....	130
<i>Emilia Mišćenić, Ivana Mrak</i> ZAŠTITA POTROŠAČA OD PROIZVODA DVOJNE KVALITETE .....	145

<i>Vladimir Pavić</i> BUDUĆNOST ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA U SRBIJI NAKON SLUČAJA ACHMEA .....	170
<i>Tunjica Petrašević, Paula Poretti</i> PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU – POSTOJI LI (NOVA) PRAKSA SUDA EUROPSKE UNIJE?.....	187
<i>Dina D. Prokić</i> PRINCIP KONSENSUALIZMA PREMA KONVENCIJI UJEDINJENIH NACIJA O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE .....	201
<i>Bojana Ristić</i> ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVOR O KONZORCIJUMU U ODSUSTVU IZBORA UGOVORNIH STRANA.....	227
<i>Angel Ristov, Marjan Kocevski</i> O (NE)ZASTARELOSTI DUGA: PARADOKS U MAKEDONSKOM PRAVU .....	245
<i>Lidija Šimunović, Petar Zaradić</i> OTPREMNINA KOD PRIJENOSA DIONICA MANJINSKIH DIONIČARA – NEKA OTVORENA PITANJA .....	263
<i>Nenad Tešić</i> ODLAGANJE IZVRŠENJA ARBITRAŽNE ODLUKE – <i>PERICULUM IN MORA</i> ILI <i>ULTIMA RATIO</i> U ODBRANI DUŽNIKA OD NEOPRAVDANOG OSIROMAŠENJA? .....	280
<i>Igor Vuletić</i> KAZNENO DJELO UBOJSTVA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI .....	327
<b>PRILOZI</b>	
<i>Mirza Čaušević</i> PRAVNO-POLITIČKI KARAKTER NOVOG USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE – USPJEŠNO PREVLAĐAVANJE DEJTONSKOG MIROVNOG SPORAZUMA.....	347



<i>Iryna Dikovska</i>	
PRAVO MERODAVNO ZA NASLEDNE ODOSE PREMA UKRAJINSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU: TRENUTNO STANJE I PERSPEKTIVE. ....	362
<i>Jelena Đorđević</i>	
PRAVNE POSLEDICE ISTUPANJA IZ ICSID-A. ....	376
<i>Milan Ječmenić</i>	
SUKOB INTERESA IZMEĐU SPORTISTA I SPORTSKIH ORGANIZACIJA U VEZI SA PRAVOM NA KOMERCIJALNU UPOTREBU IMIDŽA SPORTISTA. ....	394
<i>Irina Mindova</i>	
UKRAJINA VS RUSIJA: NA NIVOU MEĐUNARODNOG PRAVOSUĐA . ....	410
<i>Miloš Radovanović</i>	
MERE ZA IZVRŠENJE PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA. ....	422
<i>Sara Stojković</i>	
OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI. ....	446
<i>Ivan Todorović</i>	
PRISTUP MREŽI OD STRANE TREĆIH LICA. ....	464

## MEĐUNARODNA SARADNJA

<i>Stefan Pürner</i>	
IZVEŠTAJ O INTERDISCIPLINARNOM SIMPOZIJUMU O „PRAVNOJ TRANSFORMACIJI U JUGOISTOČNOJ EVROPI: PRIMER BIVŠE JUGOSLAVIJE: PREDUSLOVI, UČESNICI, USPESI/NEUSPESI – PRELIMINARNI PREGLED“ ODRŽANOM 16. NOVEMBRA 2017. U BERLINU . ....	479
UPUTSTVO ZA AUTORE . ....	489
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS . ....	493

## TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL NOTE .....	11
PREFACE BY THE IRZ .....	13

### ARTICLES

<i>Ana Đanić Čeko</i> SPECIFICS OF THE ROLE OF THE HIGH ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA IN SINGLE-INSTANCE ADMINISTRATIVE DISPUTE ACCORDING TO SPECIAL LAWS ( <i>LEX SPECIALIS</i> ) .....	17
<i>Dalibor Đukić</i> THE RIGHT TO RESPECT PRIVATE AND FAMILY LIFE AND RELIGIOUS AUTONOMY .....	46
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul</i> WHY IS IT IMPORTANT TO ANALYSE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: <i>EXEMPLAR</i> .....	63
<i>Lazar Jovevski</i> ORGANIZATION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN TRADE UNIONS .....	87
<i>Balša Kaščelan</i> SOME OF THE KEY ISSUES REGARDING LOAN AGREEMENT .....	110
<i>Nikolina Mišćević</i> ABOUT THE MEANING OF THE TERM “DUE CLAIM” FROM ART. 280 PARA. 1 OF THE LAW OF OBLIGATIONS: A DUE CLAIM ONLY, OR RATHER AN ENFORCEABLE CLAIM? .....	130
<i>Emilia Mišćenić, Ivana Mrak</i> PROTECTION OF CONSUMERS FROM DUAL QUALITY PRODUCTS.....	145

<i>Vladimir Pavić</i>	
THE FUTURE OF INVESTMENT PROTECTION IN SERBIA AFTER <i>ACHMEA</i> .....	170
<i>Tunjica Petrašević, Paula Poretti</i>	
RIGHT TO A TRIAL WITHIN THE REASONABLE TIME – IS THERE A (NEW) CJEU JURISPRUDENCE?.....	187
<i>Dina D. Prokić</i>	
THE FREEDOM OF FORM PRINCIPLE UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS.....	201
<i>Bojana Ristić</i>	
APPLICABLE LAW TO CONSORTIUM AGREEMENT IN THE ABSENCE OF CHOICE.....	227
<i>Angel Ristov, Marjan Kocevski</i>	
FOR THE (NON-)OBSOLESCENCE OF THE DEBT: PARADOX IN THE MACEDONIAN LAW .....	245
<i>Lidija Šimunović, Petar Zaradić</i>	
SEVERANCE PAY WHEN MINORITY SHAREHOLDERS ARE SQUEEZED OUT – SOME OPEN QUESTIONS .....	263
<i>Nenad Tešić</i>	
STAY OF EXECUTION OF ARBITRATION AWARD – <i>PERICULUM IN MORA</i> OR <i>ULTIMA RATIO</i> AGAINST UNJUST IMPOVERISHMENT OF THE DEBTOR?.....	280
<i>Igor Vuletić</i>	
MURDER IN CROATIAN CRIMINAL CODE AND JURISPRUDENCE .....	327

## CONTRIBUTIONS

<i>Mirza Čaušević</i>	
LEGAL POLITICAL CHARACTER OF THE NEW CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – SUCCESSFUL PREVENTION OF THE DEYTON PEACE AGREEMENT .....	347

<i>Iryna Dikovska</i>	
LAWS APPLICABLE TO SUCCESSION RELATIONS UNDER UKRAINIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CURRENT STATE AND PERSPECTIVES .....	362
<i>Jelena Đorđević</i>	
LEGAL CONSEQUENCES OF WITHDRAWAL FROM THE ICSID .....	376
<i>Milan Ječmenić</i>	
CONFLICT OF INTEREST BETWEEN ATHLETES AND SPORTS ORGANIZATIONS REGARDING THE RIGHT TO COMMERCIAL USE OF THE IMAGE OF ATHLETES.....	394
<i>Irina Mindova</i>	
UKRAINE V RUSSIA: AT THE STAGE OF INTERNATIONAL JUSTICE.....	410
<i>Miloš Radovanović</i>	
MEASURES FOR EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	422
<i>Sara Stojković</i>	
SECURITY FOR COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION.....	446
<i>Ivan Todorović</i>	
THIRD PARTY GRID ACCESS.....	464

## INTERNATIONAL COOPERATION

<i>Stefan Pürner</i>	
REPORT ON THE INTERDISCIPLINARY SYMPOSIUM ON “LEGAL TRANSFORMATION IN SOUTHEAST EUROPE: THE EXAMPLE OF FORMER YUGOSLAVIA: PRECONDITIONS, PARTIES INVOLVED, SUCCESSES/FAILURES – A PRELIMINARY REVIEW” HELD ON 16 NOVEMBER 2017 IN BERLIN .....	479
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN SERBIAN.....	489
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN ENGLISH .....	493

## 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* 2018. 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 fourteen articles and nine contributions on important topics, all of which will be presented at the international Conference “Tamo gde je zakon kralj, sudska praksa je kraljica/In the kingdom where the law is his majesty, the jurisprudence is the crown princess”, with participation of professors, judges and young scholars from Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia, Slovenia and Ukraine. This Conference is organized by the Harmonius Association in cooperation with the Judicial Academy and the IRZ and takes place in Belgrade (Serbia) on November 30th, 2018. 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 addition 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

Due to the good cooperation between both organisations, the German Foundation for International Legal Cooperation (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.*, shortly IRZ) is supporting the edition of the journal “HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South-East Europe” also in the year 2018. 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 7<sup>th</sup> 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 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 in the internet under <http://www.kontinentalno-pravo.info/>, [www.evropsko-pravo.info](http://www.evropsko-pravo.info/), and [http://nova-pravna-revija.info.](http://nova-pravna-revija.info/)) In addition to that these three legal journals may be downloaded from HARMONIUS' own webpage [www.harmonius.org](http://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, his sincere thanks to Mr. Rita Linderoth 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 on the interdisciplinary Symposium "Transformation of Law in Southeastern Europe: The Example of the Former Yugoslavia: Preconditions, Actors, Achievements and Failures – A Preliminary Stocktaking" which took place in Berlin on 16 November 2017.

Further information about the IRZ in English but also in German, Russian and Arabic, is available at [www.irz.de](http://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.

The IRZ hopes that the journal will continue to be supported also in 2019 and wishes all readers a pleasant and informative read.

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



Dr Ana Đanić Čeko\*

## SPECIFIČNOSTI ULOGE VISOKOG UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE U JEDNOSTUPANJSKOM UPRAVNOM SPORU NA OSNOVI POSEBNIH ZAKONA (*LEX SPECIALIS*)

*Rješavanje određenih upravnih stvari izuzima se iz nadležnosti prvostupajnskih upravnih sudova Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. te se dodjeljuje hijerarhijski višoj sudskoj instanci. Spomenuto izuzimanje ne predstavlja pravilo u domaćem niti u usporednom pravu europskih zemalja. Visoki upravni sud Republike Hrvatske u upravnim sporovima prvenstveno odlučuje kao drugostupajnski (žalbeni) sud, stoga će se poseban naglasak staviti na specifičnosti njegove uloge i položaja u pružanju sudske zaštite u posebnim upravnim područjima. Autorica će stoga analizirati odredbe Zakona o upravnim sporovima iz 2010. u odnosu na stvarnu nadležnost Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, temeljem kojih mu se dodjeljuje ovlast vođenja i rješavanja putem jednostupajnskog upravnog spora. Radi se dakle o zakonom propisanim slučajevima sukladno pet posebnih zakona (od 2017), a kojima se propisuje pravna zaštita putem tužbe izravno Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske. U odnosu na upravne sporove u analiziranim posebnim upravnim područjima, tablično ćemo prikazati ukupan broj upravnih sporova u promatranom razdoblju (2012–2017) te posebnosti upravno-sudskog spora u odlučivanju na temelju posebnih zakona. Zaključno ćemo pokušati ustvrditi je li u svim zakonom propisanim slučajevima opravdano ustupanje odlučivanja u jednom stupnju pred najvišim specijaliziranim sudom unutar upravnog pravosuđa.*

**Ključne reči:** *Zakon o upravnim sporovima. – Jednostupajnski upravni spor. – Specijalizirano upravno sudstvo. – Visoki upravni sud Republike Hrvatske. – Posebni zakoni. – Posebna upravna područja.*

---

\* Autorica je poslijedoktorandica na Katedri upravnog prava Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilišta J. J. Strossmyera u Osijeku, [adjanic@pravos.hr](mailto:adjanic@pravos.hr).

## 1. UVOD

Rješavanje određenih upravnih stvari izuzima se iz nadležnosti nižih sudova, konkretno prvostupajnskih upravnih sudova te se dodjeljuje hijerarhijski višoj sudskoj instanci. Izuzimanje određenih predmeta ili područja iz prvostupajnske nadležnosti, dakako ne predstavlja pravilo, niti u domaćem niti u usporednom pravu europskih država. Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. predviđa se mogućnost propisivanja (stvarne) nadležnosti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: VUS) u posebnim slučajevima izvan one normirane čl. 13, st. 3, tač. 1–3. Obzirom da se radi o upravnim postupcima iz odabranih posebnih upravnih područja reguliranih posebnim zakonima (*lex specialis*), smatramo kako je s upravno-pravnog aspekta značajno analizirati odredbe tih zakona sukladno kojima se osigurava upravno-sudska zaštita izravno pred VUS-om kao najvišim sudom u upravnom sudovanju. Dakle, u pravilu se provodi jednostupajnski upravni postupak bez mogućnosti žalbe na odluku nadležnog tijela te se pravna zaštita osigurava ne pred nadležnim prvostupajnskim upravnim sudom, već podnošenjem tužbe izravno VUS-u. No i vezano za istaknuti put pravne (sudske) zaštite unutar odabranih pet posebnih upravnih područja postoje opet iznimke. Uvažavajući navedeno proizlazi kako je uloga VUS-a kao jednostupajnskog suda iznimka od pravila upravnog sudovanja.

Stoga autorica prvotno analizira odredbe Zakona o upravnim sporovima iz 2010. u odnosu na odredbe o stvarnoj nadležnosti VUS-a te iznosi pod kojim se uvjetima propisuje nadležnost u jednostupajnskom upravnom sporu. Nadalje, ističe kojim je posebnim zakonima propisana sudska zaštita pred VUS-om. Ukratko analizira zakonske odredbe o donošenju odluka i njihovim zakonskim nazivima u posebnim upravnim postupcima, nadležnim tijelima, rokovima za podnošenje tužbe i učinku tužbe te posebno o odredbama vezanim za propisane rokove donošenja odluke u upravnom sporu i hitnosti postupka odlučivanja VUS-a. Autorica tablično prikazuje omjer broja upravnih sporova prema dostupnim statističkim podacima u promatranom razdoblju, od stupanja na snagu Zakona o upravnim sporovima 2012. do kraja 2017. godine. Isto tako, tablično se prikazuju posebnosti *lex specialis*-a u pogledu odabranih elemenata provedbe upravnog postupka i upravnog spora. Završno se iznose zaključna razmatranja o

opravdanosti dodjeljivanja upravno-sudske zaštite nakon provedenog upravnog postupka (u pravilu jednostupanjskog) u odabranim posebnim upravnim područjima. Nakon analize posebnih zakona, zaključno se iznose kriteriji koje mogu poslužiti za moguća buduća proširenja stvarne nadležnosti VUS-a, koja prema našem mišljenju nikako nisu poželjna. Tendencija širenja ovakvih iznimaka treba biti svedena na što je moguće manje upravnih stvari uređenih posebnim zakonima te da se upravno-sudski nadzor provodi prije svega pred prvostupanjskim upravnim sudovima.

## 2. UVJETI ZA DODJELJIVANJE NADLEŽNOSTI VISOKOG UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE U POSEBNIM ZAKONOM PROPISANIM SLUČAJEVIMA

Značajno proširenje djelokruga<sup>1</sup> upravno-sudske kontrole i zakonsko rješenje modela organizacije odlučivanja u upravnim sporovima, ostvareno je donošenjem novog Zakona o upravnim sporovima iz 2010. (u daljnjem tekstu: ZUS).<sup>2</sup> Potpuno je izmijenjena i određena nova struktura upravno-sudskog sustava u Republici Hrvatskoj. Formiran je dvostupanjski model upravnog sudstva tako da postoje specijalizirani<sup>3</sup> sudovi: a) prvostupanjski upravni<sup>4</sup> sudovi u Zagrebu, Splitu, Osijeku i Rijeci<sup>5</sup> i b) Visoki upravni sud Republike Hrvatske sa sjedištem u Zagrebu.<sup>6</sup> Novouvedeni ustroj reflektirao se na pitanje podjele nadležnosti između dva stupanja upravnog sudovanja, gdje je predmet analize zakonsko određenje stvarne nadležnosti VUS-a.

---

1 Upor. predmet upravnog spora prema čl. 6, st. 1 Zakona o upravnim sporovima – stari ZUS, *Narodne novine*, br. 53/91, 9/92, 77/92 i čl. 3 Zakona o upravnim sporovima – ZUS, *Narodne novine*, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17.

2 Zakon o upravnim sporovima – ZUS, *Narodne novine*, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17. Stupio na snagu 1. siječnja 2012.

3 Vid. čl. 14, st. 1, 3 Zakona o sudovima – ZS, *Narodne novine*, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18.

4 Čl. 15, st. 2, čl. 22 ZS-a i čl. 12, st. 2 ZUS-a.

5 Sjedišta i područja nadležnosti upravnih sudova propisana su čl. 8 Zakona o područjima i sjedištima sudova, *Narodne novine*, br. 67/18.

6 Vid. čl. 15, st. 3, i čl. 12, st. 1 ZUS-a.

Prema čl. 12, st. 3 ZUS-a VUS-u su u nadležnost stavljene tri zadaće.<sup>7</sup> One se prvotno odnose na:

- 1) odlučivanje u žalbenom postupku povodom žalbi na presude i rješenja prvostupanijskih upravnih sudova (protiv kojih je dopuštena žalba),<sup>8</sup>
- 2) provedbu ocjene zakonitosti općih akata (objektivni upravni spor),<sup>9</sup>
- 3) odlučivanje o sukobu nadležnosti između upravnih sudova.<sup>10</sup>

Iako VUS, u pravilu, sudi i ima ulogu drugostupanijskog suda (pod 1) i 3)), propisani su i slučajevi kada on odlučuje kao sud prvog i posljednjeg stupanja, dakle u jednostupanijskom upravnom sporu. VUS se pojavljuje u ulozi prvostupanijskog suda u ocjeni zakonitosti i statutarnosti općih akata tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima te pravnih osoba koje obavljaju javnu službu, kao i posebnim zakonski propisanim slučajevima.<sup>11</sup> Dakle, širenje sudske nadležnosti moguće je samo posebnim zakonima. Zakonodavcu je ZUS-om otvorena mogućnost propisivanja i drugih dodatnih i specifičnih nadležnosti pod sljedećim uvjetima: 1) drugim posebnim zakonima, 2) u propisanim slučajevima, 3) kada se ocijeni potrebnim. Iz Konačnog prijedloga ZUS-a iz 2009. proizlazi kako je: „...nadležnost Visokog upravnog suda Republike Hrvatske ograničena samo na...kao i postupanje po tužbama kojih je ulaganje omogućeno posebnim zakonima...“<sup>12</sup> Medvedović je u odnosu na to pitanju isticao, kako nadležnost za odlučivanje VUS-a u prvom stupnju nije potpuno definirana, odnosno kako se u postupku pripreme Prijedloga ZUS-a iz 2009. pokušalo odrediti u kojim bi to sve slučajevima bilo oportuno da VUS odlučuje kao prvostupanijski sud. Kako

---

7 Prema čl. 13 Prijedloga Zakona o upravnim sporovima u pogledu nadležnosti VUS-a predlagalo se rješenje kojim je stvarna nadležnost VUS-a bila puno šira. Vid. Prijedlog Zakona o upravnim sporovima, P.Z.E. br. 378, 2009, 10, [https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//86\\_03.pdf](https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//86_03.pdf), 19. rujna 2018.

8 Čl. 12, st. 3, tač. 1, čl. 66–75 ZUS-a.

9 Čl. 3, st. 2, čl. 12, st. 3, tač. 2, čl. 83–88 ZUS-a.

10 Čl. 12, st. 3, tač. 3, čl. 13 st. 7–8 ZUS-a.

11 Čl. 25, tač. 4 ZUS-a i čl. 12, st. 3, tač. 4 ZUS-a.

12 Opširnije vid. obrazloženje uz čl. 12 Konačnog prijedloga Zakona o upravnim sporovima. Konačni prijedlog Zakona o upravnim sporovima, P.Z.E. br. 378, 28. prosinca 2009, str. 36.

o tome pitanju tada nije bilo konsenzusa, uvrštena je stoga odredba koja „otvara“ vrata zakonodavcu da naknadno zakonom ili zakonima propiše te slučajeve.<sup>13</sup> Staničić, Britvić Vetma i Horvat navode kako postoje značajne razlike u pogledu pravne prirode i posljedično nadležnosti VUS-a u odnosu na prvostupanjske upravne sudove. Nadalje ukazuju kako već površna analiza ZUS-a i Zakona o sudovima ukazuje na poteškoće koje se mogu pojaviti kada se jedinstvenom zakonskom definicijom želi prikazati sveukupna nadležnost u upravnom sudstvu. Propusti koji nastaju kada se iscrpno želi odrediti predmet upravnog spora, ublažavaju se formulacijom „odlučuje u drugim zakonom propisanim slučajevima“.<sup>14</sup>

Slučajevi koji predstavljaju spomenutu iznimku od načelne dvostupnjevitosti sudskog nadzora zakonitosti odluka i postupanja javnopravnih tijela kroz jednostupanjsko rješavanje upravnih sporova predviđaju se prema: 1) *Zakonu o pravu na pristup informacijama* – ZPPI, 2) *Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* – ZLPRS, 3) *Zakonu o elektroničkim komunikacijama* – ZEK, 4) *Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja* – ZZTN, i od 2017. 5) *Zakonu o javnoj nabavi* – ZJN.

U analizi posebnih zakona<sup>15</sup> uočavamo kako se propisuje mogućnost izjavljivanja žalbe u upravnom postupku u području prava na pristup informacijama i javne nabave,<sup>16</sup> te jedne iznimke u području elektroiničkih komunikacija u pogledu selektivne upravno-sudske zaštite. Takva pravna zaštita u ostalim područjima, u kojima se nakon rješenja u upravnom postupku daljnja pravna zaštita ostvaruje izravno tužbom pred VUS-om, nije predviđena. Dakle, upravni se postupak odvija u jednom stupnju, kao i pravna zaštita pred najvišim sudom u okviru upravno-sudske razine, što predstavlja samo dva stupnja odlučivanja. Iznimno, tri stupnja u naprijed istaknutim posebnim upravnim područjima. Sukladno čl. 12, st. 3, tač. 4 ZUS-a radi se stoga o odstupanju od pravila upravnog sudovanja i rekli bismo namjere za-

13 Navodi da je trebalo razmotriti to pitanje prije negoli je novi ZUS iz 2010. stupio na snagu. Više vid. D. Medvedović, „Utjecaj Zakona o općem upravnom postupku i Zakona o upravnim sporovima na novo zakonodavstvo“, *ZUP-iskustva u praksi i primjeri*, Novi informator, Zagreb 2011, 57.

14 F. Staničić, B. Britvić Vetma, B. Horvat, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, Zagreb 2017, 62.

15 Vid. tablicu 1.

16 Vid. četvrti dio „Pravna zaštita“, čl. 398–433 ZJN-a.

konodavca prilikom donošenja (novog) ZUS-a iz 2010. i svrhe same reforme upravnog sudovanja.

Slijedom takvih razmišljanja smatramo značajnim ustvrditi zakonodavčeve razloge kao i opravdanost ustupanja odlučivanja u jednom stupnju pred najvišim specijaliziranim sudom unutar upravnog pravosuđa. U čemu je, dakle, posebnost odabranog upravnog područja zbog kojeg se pravna zaštita osigurala u takvom obliku? Je li za očekivati da će doći do proširenja područja u kojima se propisuje jednostupanjska nadležnost VUS-a? Mišljenja smo kako se treba raditi o iznimkama koje stoga trebaju predstavljati određeni minimum predmeta/područja odnosno upravnih stvari u kojima će VUS odlučivati u upravnom sporu u ulozi prvostupanjskog suda. Nadalje, daljnja proširenja (koja su se već ostvarila 2017. na osnovi ZJN) nisu poželjna. Uvažavajući prije svega zakonom propisanu nadležnost i ulogu VUS-a kao drugostupanjskog žalbenog sudskog tijela te suda koji provodi ocjenu zakonitosti općih akata.

### 3. UKRATKO O ODREDBAMA POSEBNIH ZAKONA KOJIMA SE PROPISUJE SUDSKA ZAŠTITA PRED VISOKIM UPRAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE (U JEDNOSTUPANJSKOM UPRAVNOM SPORU)

#### *3.1. Pravna zaštita u upravnom postupku i upravno-sudska kontrola povodom ostvarivanja prava građana na pristup informacijama*

Temeljni zakon u kojem su sadržane postupovne odredbe<sup>17</sup> o provedbi postupka i načinu ostvarivanja prava na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti-TJV je Zakon o pravu na pristup informacijama – ZPPI.<sup>18</sup> Posebni se upravni postupak pokreće podnošenjem usmenog ili pisanog zahtjeva<sup>19</sup> nadležnom tijelu. Svako TJV obavezno

---

17 Čl. 17–26 ZPPI-a.

18 *Narodne novine*, br. 25/13, 85/15.

19 O načinu podnošenja zahtjeva i sadržaju zahtjeva detaljnije v. čl. 18 ZPPI-a. U čl. 18 st. 5 ZPPI-a određuje se što se ne smatra zahtjevom. Podnositelj zahtjeva nije obvezan navesti razloge podnošenja zahtjeva i pristupa određenoj informaciji niti pozvati se na primjenu odredbi ZPPI-a. Kretanje broja zaprim-



je odlukom odrediti posebnu službenu osobu (službenika za informiranje) koja će biti mjerodavna za rješavanje pojedinačnih zahtjeva.<sup>20</sup> U postupku pružanja informacija na temelju zahtjeva korisnika TJV odlučuje rješenjem.<sup>21</sup> Stoga, najkasnije u roku od petnaest dana<sup>22</sup> od dana podnošenja urednog zahtjeva potrebno je odlučiti (pružiti informaciju ili ograničiti pristup u cijelosti ili djelomično odnosno provesti test razmjernosti i javnog interesa). Povodom negativnog rješenja (odbijanja<sup>23</sup> odnosno odbacivanja<sup>24</sup> zahtjeva ili neomogućavanja pristupa informaciji u propisanom roku, tzv. šutnja uprave), ZPPI-om se uređuje pitanje pravne zaštite korisnika (ovlaštenika) prava na informacije. Sukladno tome proizlazi da se protiv rješenja TJV korisniku omogućava izjavljivanje žalbe u roku od petnaest dana od dana dostave rješenja Povjereniku za informiranje– Povjerenik.<sup>25</sup> Putem prvostupanjskog tijela Povjerenik je dužan donijeti i dostaviti rješenje o žalbi, najkasnije u roku od trideset dana od dana predaje uredne žalbe.<sup>26</sup> Kada utvrdi da je žalba osnovana Povjerenik će po pravomoćnosti rješenja naložiti

---

ljenih zahtjeva (od 2004. do 2015) dostupan je na <http://www.pristupinfo.hr/ovjereniku-za-informiranje/>, 20. rujna 2018. Broj zaprimljenih zahtjeva (od 2010. do 2017.) više vid. Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2017. godinu, Zagreb, ožujak 2018, str. 22, <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>, 20. rujna 2018.

- 20 Prema čl. 13, st. 1, 3 ZPPI-a.
- 21 V. čl. 23 ZPPI-a. U st. 1 pobrojani su slučajevi kada tijela javne vlasti ne donose rješenja na temelju podnesenih zahtjeva odnosno u st. 3–5 kada se donosi rješenje. V. i čl. 29 st. 2 ZPPI-a.
- 22 O rokovima za odlučivanje o zahtjevima korisnika i njihovom produženju v. čl. 20–22 ZPPI-a.
- 23 U čl. 23, st. 5 ZPPI-a propisuju se slučajevi kada tijela javne vlasti odbijaju zahtjev korisnika za pristupom informacijama.
- 24 Zahtjev će tijelo javne vlasti odbaciti rješenjem ako ne posjeduje informaciju te nema saznanja gdje se informacija nalazi. Nadalje, kada podnositelj zahtjeva ne ispravi nepotpun ili nerazumljiv zahtjev u roku od pet dana od dana zaprimanja poziva za njegov ispravak, sukladno danim uputama tijela javne vlasti od koga je informacija zatražena (ako se ne može sa sigurnošću ustvrditi o kojoj se traženoj informaciji radi).
- 25 Povjerenik kao neovisno državno tijelo zaduženog za zaštitu prava na pristup informacijama i provođenje instancijskog nadzora, uveden je kao ključna novost ZPPI-a iz 2013.
- 26 Osim roka od trideset dana propisani su i rokovi za posebne slučajeve postupanja u trajanju od šezdeset i devedeset dana.

TJV da korisniku omogući pristup informaciji ili da odluči o zahtjevu u primjerenom roku.

Protiv rješenja Povjerenika upravno-sudska zaštita<sup>27</sup> osigurana je putem tužbe izravno VUS-u. ZPPI-om se propisuje kako VUS mora donijeti odluku u upravnom sporu u roku od devedeset dana od dana podnošenja tužbe. U pogledu čl. 26, st. 1 ZPPI. valja istaknuti kako se predviđa suspenzivnost učinka tužbe ako je rješenjem omogućen pristup informaciji, što predstavlja još jednu iznimku u upravnom sporu.<sup>28</sup> Pravo pokretanja upravnog spora pored korisniku, pridaje se i TJV koje je donijelo prvostupanjsko rješenje.<sup>29</sup> Dakle, aktivna legitimacija omogućava se prvostupanjskom upravnom tijelu. U kojem je roku moguće podnijeti tužbu ZPPI-om nije propisano. No, ovdje upućujemo na primjenu odredbe čl. 24, st. 1 ZUS-a kojim je za podnošenje tužbe protiv pojedinačne odluke propisan rok od trideset dana od dostave osporene pojedinačne odluke. Daljnje obilježje ovog postupka je žurnost (hitnost)<sup>30</sup> iako to nije izričito propisano važećim ZPPI-om (kao u ZPPI-u iz 2003. i 2011).<sup>31</sup> Razlog zakonodavčeve namjere brisanja odredbi o hitnosti postupka nije iznesen niti pojašnjen u Konačnom prijedlogu ZPPI-a iz 2013.<sup>32</sup> Rajko i Škorić vezano za to pi-

---

27 O analizi upravnih sporova pred VUS-om (2012–2017) primjenom ZPPI-a opširnije vid. A. Đanić Čeko, „Legal Framework for Exercising the Right to Access Information“, *7th International Scientific Symposium Economy of Eastern Croatia – Vision and Growth* (eds. A. Mašek Tonković, B. Crnković), University of J. J. Strossmayera in Osijek, Faculty of Economics in Osijek, Osijek 2018, 458–459. Više vid. i tablicu 2.

28 Vid. čl. 26, st. 1 ZUS-a. Slučajevi kada sud može odlučiti da tužba ima odgovni učinak propisani su u čl. 26 st. Očito je zakonodavac smatrao da je u ovome slučaju takva iznimka opravdana, osobito kada se uzme u obzir da tužbu može podnijeti i TJV u slučajevima kada je rješenjem o žalbi Povjerenik ustvrdio da je određenu informaciju TJV ipak trebalo ustupiti korisniku, što ono nije. To proizlazi i iz zakonskog normiranja prema čl. 26 st. 2 ZPPI-a. Gramatičkim i logičkim tumačenjem zakonskih odredbi ZPPI-a u svim ostalim slučajevima tužba nema odgovni učinak ZUS-a.

29 Čl. 26, st. 2 ZPPI-a.

30 O hitnosti sudskog postupka više v. M. Juričić, „Pravo na pristup informacijama“, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi-aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, 43.

31 Vid. čl. 17, st. 3 ZPPI-a iz 2003. V. i čl. 17, st. 7 Zakona o izmjenama i dopunama ZPPI-a iz 2011.

32 Vid. obrazloženje čl. 26 *Konačnog prijedloga ZPPI-a iz 2013*, str. 31. Razlozi donošenja novoga ZPPI-a iz 2013. i posljedice koje su donošenjem zakona trebale proisteci, pojašnjeni su na svega dvije stranice (str. 25–26).

tanje napominju da je tijekom procedure pripreme ZPPI-a iz 2013. ta iznimka obrazlagana potrebom žurnosti i zahtjevima za jedinstvenim postupanjem, tj. ujednačavanjem sudske prakse.<sup>33</sup> No, hitnost se može protumačiti iz izriječkom normiranog roka u kojem VUS mora donijeti odluku, što je svakako upitno s gledišta ovlasti meritornog odlučivanja suda u upravnom sporu. Mišljenja smo kako se analizom odredbi ZPPI-a u odnosu na prijašnja zakonska rješenja, jača pravna pozicija građana korisnika informacija u odnosu na TJV. Zaključujemo kako se u ovoj materiji zakonodavac opredijelio odstupiti u nekoliko smjerova: 1) dodjeljivanje aktivne legitimacije prvostupanjskom tijelu, 2) odgovorni (suspenzivni) učinak tužbe, 3) hitnost u odlučivanju po tužbi (propisivanje roka u kojem VUS treba donijeti odluku), 4) sudska zaštita kroz jednostupanjski upravni spor samo i izravno pred VUS-om.

### *3.2. Analiza slučajeva u kojima se osigurava sudska zaštita pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske na osnovi Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*

Sustav lokalne i područne (regionalne) samouprave – LPRS detaljno je razrađen prvenstveno kroz sustavni zakonski propis Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi – ZLPRS<sup>34</sup> te brojne druge zakone kojima se uređuje navedeno područje. Unutar ovog poglavlja analizirat ćemo odredbe ZLPRS-a kojima se propisuje sudska zaštita ustavnog prava na LPRS osigurana unutar hrvatskog pravnog okvira upravnog sudovanja. Osim pružanja upravno-sudske zaštite pred mjesno nadležnim upravnim sudom u prvostupanjskom upravnom sporu,<sup>35</sup> predviđa se i provođenje jednostupanjskog upravnog spora samo pred VUS-om. Izmjenama i dopunama ZLPRS-a iz 2012. željelo se, između ostalih promjena, izvršiti usklađivanje s novim institutima uvedenim u

33 A. Rajko, „Novi zakon o pravu na pristup informacijama –geneza i otvorena pitanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (ZRPFS)* 2/2014, 424; V. Škorić, „Pravo na pristup informacijama javnog sektora-sudska praksa i inovacije“, *Hrvatska i komparativna javna uprava (HKJU)* 3/2012, 969.

34 *Narodne novine*, br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 36/09, 125/08, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17.

35 Iscrpnije o vrstama predmeta o kojima rješavaju prvostupanjski upravni sudovi u ovome području vid. A. Rajko, „Upravni sporovi u vezi s primjenom Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi“, *Pravo i porezi (PP)*, 10/2015, 55, 58.

hrvatsko upravno postupovno pravo donošenjem ZUP-a i ZUS-a 2010. Zakonskom razradom reguliraju se dakle slučajevi koji predstavljaju iznimke u osiguravanju sudske zaštite povrijeđenih prava na LPRS-u, stoga ćemo ih prikazati i obrazložiti.

*Prvi slučaj* odnosi se na Ustavom Republike Hrvatske – Ustav RH<sup>36</sup> i ZLPRS-om propisano pravo neposrednog sudjelovanja građana u odlučivanju o lokalnim poslovima. Ono se, u skladu sa zakonom i statutom,<sup>37</sup> ostvaruje putem lokalnog referenduma i mjesnih zborova građana. Raspisivanje referenduma mogu predložiti, u odnosu na njegov propisani sadržaj,<sup>38</sup> zakonom određeni (ovlašteni) subjekti.<sup>39</sup> Izmjenama i dopunama ZLPRS-a iz 2012. izvršilo se jasnije razgraničenje unutar odredbi vezanih uz predlaganje raspisivanja referenduma i donošenje odluke o raspisivanju referenduma. Ovisno o ovlaštenim predlagачima odluku o raspisivanju referenduma mogu donijeti: a) većinom glasova svih članova-predstavničko tijelo (u roku od trideset dana od dana zaprimanja prijedloga),<sup>40</sup> b) središnje tijelo državne uprave nadležno za lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu Ministarstvo uprave<sup>41</sup> (u roku od šezdeset dana od dana zaprimanja prijedloga). Vezano za odlučivanje Ministarstvo uprave može se uočiti sljedeće: 1) radi se o jednom predlagачu u odnosu na kojega se određuje nadležnost Ministarstva uprave za odlučivanje i donošenje odluke (20%<sup>42</sup> od ukupnog broja birača

---

36 Vid. čl. 133, st. 3 Ustava RH, *Narodne novine*, 55/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

37 Vid. čl. 8, st. 2 ZLPRS-a.

38 Referendum se može raspisati radi: a) odlučivanja o prijedlogu promjene statuta, b) prijedlogu općeg akta, c) drugog pitanja iz djelokruga predstavničkog tijela, d) kao i o drugim pitanjima određenim zakonom i statutom. O tome vid. čl. 24, st. 2 ZLPRS-a.

39 Tko je sve ovlašten predložiti raspisivanje referenduma vid. čl. 24, st. 3 ZLPRS-a.

40 O prijedlogu se dužno izjasniti predstavničko tijelo te ako prihvati prijedlog u zakonski propisanom roku donijeti svoju odluku. Vid. čl. 24, st. 4 ZLPRS-a.

41 Djelokrug Ministarstva uprave propisan je u čl. 10 Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i drugih središnjih tijela državne uprave, *Narodne novine*, 93/16, 104/16.

42 „...stoga se ovim Prijedlogom zakona predlaže detaljnija razrada slučajeva raspisivanja lokalnog referenduma, razlikovanje predlagatelja ovlaštenih za predlaganje raspisivanja referenduma te utvrđivanje obveznosti raspisivanja referenduma u slučaju kada to predloži 20% od ukupnog broja birača u jedinici...“ Vid. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, P. Z. br. 184, 2012, 3, <http://www.sabor.hr>.

u jedinici LPRS-e)<sup>43</sup>, 2) određuje se drugačiji postupak<sup>44</sup> ocjenjivanja ispunjavanja uvjeta<sup>45</sup> za raspisivanje referenduma, 3) duži rokovi<sup>46</sup> za procjenu zakonski propisanih uvjeta i donošenje odluke, 4) specifičnost upravno-sudske zaštite pred VUS-om, 5) ističe se dodatna specifičnost predviđena u cilju ostvarivanja prava građana na građansku inicijativu i neposredno odlučivanje putem referenduma.

Temeljem donesene odluke Ministarstva uprave kojom se utvrdilo da je prijedlog ovlaštenog predlagača ispravan, predstavničko tijelo raspisuje referendum (u roku od trideset dana od dana zaprimanja odluke). Protiv odluke o raspisivanju referenduma (kojom je utvrđena neispravnost podnesenog prijedloga ili ako nadležno tijelo ne donese odluku u propisanim rokovima), žalba nije dozvoljena već se naglasak stavlja na upravno-sudsku kontrolu pred VUS-om.<sup>47</sup> Slijedom navedenog, ako je odluka Ministarstva uprave negativna pokreće se upravni spor,<sup>48</sup> a ako je pozitivna predstavničko tijelo raspisuje izbore. Time je osigurana pravna zaštita biračima koji su podnijeli prijedlog za raspisivanje referenduma, kao i obveza raspisivanja referenduma.<sup>49</sup>

*Drugi slučaj* upućivanja na pravni put zaštite u vidu upravnog spora pred VUS-om, odnosi se na vrlo važan aspekt provedbe državnog nadzora i zaštite LPRS-e. Povodom obavljanja nadzora nad zakonitošću rada i općih akata jedinica LPRS-e, država osigurava insti-

---

*hr/Default.aspx?art=50556*, 25. rujna 2018. O primjeru postupka raspisivanja referenduma kada to zatraži 20% ukupnog broja birača vid. čl. 40 b ZLPRS-a.

43 Vid. čl. 24, st. 5 ZLPRS-a.

44 Postupak ocjenjivanja ispunjenja uvjeta za raspisivanje referenduma započinje dostavom zaprimljenog prijedloga od strane predstavničkog tijela Ministarstvu uprave, u roku od osam dana od dana zaprimanja prijedloga.

45 Ministarstvo je dužno ispitati sljedeće uvjete: a) ispravnost podnesenog prijedloga, b) ukupnost propisanog broja birača u jedinici (koje može predlagati raspisivanje referenduma) te c) sukladnost referendumskog pitanja sa zakonom.

46 Propisuje se rok od šezdeset dana (inače je za ostale slučajeve rok trideset dana) od dana dostave prijedloga, u kojem nadležno ministarstvo treba ocijeniti jesu li ispunjeni svi uvjeti za raspisivanje referenduma i donijeti svoju odluku o tome.

47 Čl. 24, st. 5 ZLPRS-a.

48 Kako se radi o odluci upućuje se na primjenu čl. 24, st. 1 ZUS-a kojim se propisuje rok za podnošenje tužbe VUS-u.

49 Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, P. Z. br. 184, 2012, 28, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=51796>, 25. rujna 2018.

tucionalne mehanizme zaštite ustavnosti i zakonitosti te prava građana, ali osobito vodeći računa o javnom interesu te osiguravanju pravne sigurnosti. U odnosu na nadzor zakonitosti rada predstavničkog tijela, određuje se Ministarstvo uprave kao tijelo nadležno za njegovu provedbu.<sup>50</sup> Pri tome mu se, prilikom obavljanja nadzora, daju određene ovlasti. Ako utvrdi nepravilnosti u radu, može donijeti odluku kojom sjednicu predstavničkog tijela ili njezin dio proglašava nezakonitom. Nadalje, može akte donesene na toj sjednici proglasiti ništavima. Na donesene odluke zakonodavac je morao omogućiti pravnu zaštitu, pa se opredijelio da je opravdano predvidjeti pokretanje upravnog spora pred VUS-om,<sup>51</sup> a ne u žalbenom postupku.

U *trećem slučaju* radi se o osobito važnom pitanju za sustav LPRS-e. Redovito i učinkovito obavljanje poslova i vršenje ovlasti iz samoupravnog djelokruga,<sup>52</sup> jasno regulirana prava, obveze i odgovornosti predstavničkog i izvršnog tijela, značajna su za pravilno funkcioniranje svake jedinice LPRS-e. No, potrebno je predvidjeti situacije u kojima bi rad predstavničkog tijela jedinice LPRS-a bilo otežan ili potpuno onemogućen. U hrvatski pravni sustav ugrađeni su, stoga, pravni mehanizmi kojima se eventualna neustavnost ili nezakonitost akata i rada može pravodobno utvrditi, otkloniti i po potrebi sankcionirati.<sup>53</sup> Sukladno tome, ZLPS-om su pobrojani raz-

---

50 Iz obrazloženja uz novi čl. 78 a proizlazi: „...Ovom se odredbom po prvi puta normira nadzor zakonitosti rada predstavničkog tijela od strane središnjeg tijela državne uprave nadležnog za lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu, koje je taj nadzor obavljalo i do sada. Međutim, zbog nedostatne regulative ukazala se potreba za detaljnijim propisivanjem postupanja, naročito vezano uz slučajeve nepropisnog sazivanja sjednica predstavničkog tijela, nepropisnog sastava vijećnika na sjednici, nedostatka kvoruma, nepropisnog prekida sjednice, održavanja nastavka sjednice i slično...“ Opširnije vid. Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama ZLPRS-a, P. Z. br. 184, 2012, 42, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=51796>, 25. rujna 2018.

51 Čl. 78a, st. 3 ZLPRS-a.

52 Jedinice lokalne samouprave obavljaju poslove iz lokalnog djelokruga kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana. Vid. čl. 135 Ustava RH i čl. 19, 19a, 20 ZLPRS-a. Ustavni sud Republike Hrvatske pruža pravnu zaštitu u hitnom postupku kada to zahtijeva predstavničko tijelo lokalne samouprave. Vid. čl. 36 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 99/99, 29/02, 49/02.

53 Unutar ustavnog teksta vrlo bitna odredba odnosi se na provedbu nadzora ustavnosti i zakonitosti putem ovlaštenih državnih tijela kojima podliježu, u obavljaju poslova iz svojeg djelokruga, tijela jedinica LPRS-a. Vid. čl. 137 i čl. 129 Ustava RH. Za pružanje pravne zaštite prava na LPRS-u temeljem ustavne

lozi<sup>54</sup> zbog kojih mora doći do sankcioniranja nastalih povreda u radu i djelovanju, u vidu raspuštanja predstavničkog tijela. Ispunjavanje zakonskih pretpostavki čini osnovu temeljem koje se prekida rad predstavničkog tijela jedinica LPRS-e i uzrokuje njegovo raspuštanje. Odluku o tom pitanju na prijedlog Ministarstva uprave donosi Vlada Republike Hrvatske-Vlada RH.<sup>55</sup> Kada Vlada RH utvrdi postojanje jednog od zakonskih razloga za raspuštanje predstavničkog tijela donosi rješenje, koje se objavljuje u „Narodnim novinama“.<sup>56</sup> Na doneseno rješenje Vlade RH žalba nije dopuštena, no tužba se podnosi izravno VUS-u u propisanom roku od osam dana od dana objave rješenja. U odnosu na druge spomenute slučajeve, može se uočiti kratkoća roka u kojem je moguće podnijeti tužbu. Radi se o postupku hitne naravi provođenja i odlučivanja. Rok u kojem bi VUS trebao odlučiti o tužbi iznosi trideset dana.<sup>57</sup> Nakon donošenja presude, ona se dostavlja Vladi RH i predsjedniku raspuštenog predstavničkog tijela. Navedena se odluka, također, objavljuje u „Narodnim novinama“. Nadalje, ako tužba bude odbačena ili odbijena, Vlada RH raspisuje prijevremene izbore za predstavničko tijelo. To je dužna poduzeti u roku od devedeset dana

---

tužbe vid. čl. 62, st 1 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 99/99, 29/02, 49/02. O nadzoru ustavnosti i zakonitosti iscrpnije vid. T. Antić, „Razgraničenje nadležnosti za ocjenu ustavnosti i zakonitosti općih akata lokalne samouprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (ZPFS)*, 3/2013, 541–542.

- 54 Navedeno je sedam razloga (nakon izmjena i dopuna ZLPRS-a iz 2017) koji predstavljaju kršenje temeljnih ustavnih i zakonskih postulata, kao i povredu osnovnih preduvjeta za donošenje akata te učinkovitog funkcioniranja i djelovanja predstavničkog tijela.
- 55 Izvršna vlast u Republici Hrvatskoj prema čl. 110 Ustava RH, čl. 1, st. 3 Zakona o Vladi Republike Hrvatske *Narodne novine*, 150/11, 119/14, 93/16 i čl. 10 Zakona o sustavu državne uprave-ZSDU, *Narodne novine*, 150/11, 12/13, 93/16, 104/16 ima ovlast nadzirati i usmjeravati rad državne uprave, a određeni poslovi državne uprave mogu biti povjereni tijelima jedinicama LPRS-e. O delegiranju poslova državne uprave vid. čl. 114, st. 2 Ustava RH, čl. 23, čl. 42 st. 2, čl. 53, st. 1, čl. 83 ZLPRS-a, čl. 2, st. 2 ZSDU-a.
- 56 Rješenje stupa na snagu danom objave u „Narodnim novinama“.
- 57 „...propisuje se i da se u dosadašnjem st. 3. koji postaje st. 4. riječ: „Upravni“ zamjenjuje riječima: „Visoki upravni“ te se u istom st. broj „15“ zamjenjuje s brojem „30“, čime se rok za odlučivanje o tužbi za raspuštanje predstavničkog tijela produžuje s dosadašnjih 15 na 30 dana. Izmjena ove odredbe uslijedila je iz konzultacija s Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske...“ Vid. Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama ZLPRS-a, P. Z. br. 184, 2012, 46, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=51796>, 26. rujna 2018.

od dana objave odluke VUS-a. Ovdje je rok produžen sa šezdeset na devedeset dana, što smatramo opravdanim. Uzevši, pri tome, u obzir konkretnu situaciju te posljedice koje mogu nastati za djelovanje predstavničkog tijela neke jedinice LPRS-e odnosno koje učinke takva situacija može proizvesti za cjelokupno funkcioniranje sustava.

*Četvrti slučaj* odnosi se na institut raspuštanja predstavničkog tijela.<sup>58</sup> No, uz spomenutu posljedicu uvodi se institut istovremenog raspuštanja predstavničkog tijela i razrješenja općinskog načelnika, gradonačelnika odnosno župana i njegova zamjenika. Čl. 85a, 85b i 85c ZLPRS-a propisuje se novouvedeni institut unutar LPRS-e. Ovim se instrumentom iskazuje želja za jačanjem političke stabilnosti u odnosima između predstavničkog i izvršnog tijela te uspostava ravnoteže između njih.<sup>59</sup> Donošenje rješenja o istovremenom raspuštanju predstavničkog tijela i razrješenju općinskog načelnika, gradonačelnika odnosno župana i njegova zamjenika ponovno predlaže Ministarstvo uprave, dok rješenje također donosi Vlada RH. No, razlog za istovremeno poduzimanje ovih mjera razlikuje se od onih razloga pobrojanih u čl. 84 ZLPRS-a. Predviđa se samo jedan razlog koji se odnosi na financijski moment (ako, pak, u zakonom određenom roku ne bude donesen proračun odnosno odluka o privremenom financiranju).<sup>60</sup> U slučaju njegova ispunjenja, Vlada RH imenuje povjerenika Vlade RH i raspisuje prijevremene izbore prema posebnom zakonu. Vezano za osiguravanje pravne zaštite u upravno-sudskom postupku protiv rješenja Vlade RH o istovremenom raspuštanju predstavničkog tijela i razrješenja općinskog načelnika, gradonačelnika odnosno župana i njegova zamjenika, predviđa se jednaki tretman i pravni put zaštite kao i u prethodnom

---

58 Čl. 85a-85c ZLPRS-a.

59 „...ovakvim rješenjem doprinosi se usuglašavanju političke volje u najvažnijim pitanjima od interesa za jedinicu lokalne i područne (regionalne) samouprave te postiže jačanje odgovornosti obaju tijela jedinice...“; „...imajući u vidu da je proračun jedinice temeljni financijski opći akt u kojem je sadržana cjelokupna politika te jedinice. U slučaju nemogućnosti postizanja konsenzusa oko donošenja proračuna, neće više biti raspušteno samo predstavničko tijelo, već će istovremeno i izvršno tijelo biti razriješeno...“ Vid. obrazloženje uz čl. 4 Konačnog prijedloga zakona o izmjenama i dopunama ZLPRS-a, P. Z. br. 184, 2012, 46, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=51796>, 27. rujna 2018.

60 Vid. čl. 36, st. 2, čl. 69 vezano za nadležnost donošenja proračuna i njegova predlagatelja te čl. 70 vezano za donošenje odluke o privremenom financiranju, predlagateljima i roku u kojem se odluka mora donijeti. Vid. i čl. 85a ZLPRS-a.



izloženom slučaju. Također su propisani jednaki zakonski rokovi za podnošenje tužbe, odlučivanje o tužbi i donošenje odluke VUS-a te rok u kojem Vlada RH treba raspisati prijevremene izbore za predstavničko i izvršno tijelo u dotičnoj jedinici LPRS-e, u slučaju da tužba bude odbijena ili odbačena.<sup>61</sup> Možemo zaključiti da se zbog važnosti i posebnosti materije o kojoj se radi čini opravdanom namjera zakonodavca da, u ova četiri zakonom predviđena slučaja, osigura pravnu zaštitu povrijeđenih prava pojedinačnim odlukama Ministarstva uprave i Vlade RH pred VUS-om. Iz svega je razvidno kako se radi o vrlo specifičnim situacijama osobito važnim za donošenje odluka o značajnim pitanjima iz nadležnosti jedinica LPRS-a, kao i za funkcioniranje te obavljanje poslova i ovlasti ključnih tijela jedinica LPRS-e. U prilog tome govori i mali broj<sup>62</sup> upravnih sporova u promatranom razdoblju čime se dodatno ne opterećuje VUS.

### *3.3. Ostvarivanje upravno-sudske zaštite povodom odluka HAKOM-a u području elektroničkih komunikacija*

Osnivanje regulatornih agencija povezuje se s uspostavom obavljanja nadzora nad određenim vrstama djelatnosti i usluga (novih sektora tržišta), koje se smatraju značajnima sa stajališta općeg interesa. Važno pitanje koje se pojavljuje, ističući pri tome njihove široke i snažne ovlasti (regulatorne, izvršne i nadzorne, pa čak i sudbene),<sup>63</sup> neovisnost i samostalnost, jest pitanje nadzora nad radom i odlukama regulatornih agencija. Dakle, naglasak bismo stavili na zaštitu prava građana kao korisnika raznih usluga u odnosu na pružatelje javnih usluga i osobito na sudsku kontrolu odluka regulatora u upravno-sudskom postupku pred prvostupanjskim upravnim sudovima i VUS-om.

Područje našeg istraživanja odnosi se na elektroničke komunikacije koje se ističu kao jedno od značajnih mrežnih djelatnosti.

61 Vid. čl. 85c, st. 2, 4, 6 ZLPRS-a.

62 Vid. tablicu 2.

63 Popović ističe kako se, u pogledu ovlasti regulatora, može uočiti koncentracija specifično delegiranih funkcija triju nositelja državne vlasti, pa stoga govori o pojavi „nove generacije javnopravnih tijela.“ N. Popović, „Odlučivanje u agencijama-kako poboljšati kvalitetu, pravnu zaštitu i učinkovitost“, u: *Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini* (ur. I. Koprić, A. Musa, V. Đulabić), Institut za javnu upravu, Zagreb 2013, 220.

Pravni okvir za pružanje usluga elektroničkih komunikacija postavljen je temeljem Zakona o elektroničkim komunikacijama – ZEK<sup>64</sup>, dok je Hrvatskoj regulatornoj agenciji za mrežne djelatnosti – HAKOM<sup>65</sup> povjereno donošenje pojedinačnih akata u području elektroničkih komunikacija.<sup>66</sup> HAKOM uređuje i nadzire postupanje pružatelja usluga elektroničkih komunikacija, ali i pruža pravnu zaštitu krajnjim korisnicima.<sup>67</sup> Donošenjem podzakonskih općenormativnih akata i odluka HAKOM utječe na pravni položaj adresata nad kojima obavlja kontrolu. Treba istaknuti da se radi o odlučivanju u sporovima velike vrijednosti što se svakako odražava na tržište ovih usluga, kao i poslovanje subjekata koji usluge pružaju (operatori elektroničkih komunikacijskih mreža i/ili usluga). Stoga se pitanje osiguravanja nadzornih mehanizama nad aktima, radom i poslovanjem moćnog nadzornika tržišta usluga elektroničkih komunikacija, postavlja kao osobito važno.

Sustav pravne zaštite protiv pojedinačnih akata (odluka) HAKOM-a<sup>68</sup> osigurava se aktiviranjem upravnog spora<sup>69</sup> tužbom pred

---

64 *Narodne novine*, br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14, 72/17. Sustav i pravi okvir reguliranja telekomunikacija značajno se mijenjaju 2008.

65 HAKOM se osniva 2008. ZEK-om, spajanjem dotadašnje Hrvatske agencije za telekomunikacije (HAT) i Vijeća za poštanske usluge. Izmjenama i dopunama ZEK-a iz veljače 2014. nova jedinstvena nacionalna neovisna regulatorna agencija, nosi naziv Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (objedinjavanjem područja elektroničkih komunikacija, poštanskih i željezničkih usluga). Samostalna je, neovisna i neprofitna pravna osoba s javnim ovlastima. Osnovana je od strane Republike Hrvatske, a za svoj je rad odgovorna Hrvatskom saboru. Više čl. 7–16 ZEK-a.

66 Detaljnije o rješavanju sporova pred HAKOM-om vid. M. Turudić, „Rješavanje sporova pred hrvatskim regulatornim tijelom u elektroničkim komunikacijama“, *Fondacija Centar za javno pravo (FCJP)* 22/2015, 1–10.

67 ZEK-om su, dakle, predviđeni i uređeni instituti rješavanja sporova između pružatelja usluga elektroničkih komunikacija-operatori (čl. 20 ZEK-a), ali i sporova između krajnjih korisnika i pružatelja usluga-operatora (čl. 51 ZEK-a). Uočava se razlika između pojma „korisnik usluga“ i „krajnji korisnik usluga“. Tumačenje navedenih pojmova vid. u čl. 2, t. 25 i 26 ZEK-a.

68 Nadležnost HAKOM-a propisana je čl. 12 ZEK-a, čl. 8 Zakona o poštanskim uslugama – ZPU, *Narodne novine*, br. 144/12, 153/13, 78/15 te čl. 5 Zakona o regulaciji tržišta željezničkih usluga – ZRTŽU, *Narodne novine*, br. 104/17.

69 I prije 2008. (kada je donesen prvi ZEK i izvršena je promjena terminologije) upravno-sudska zaštita osiguravala se pred Upravnim sudom. Vid. i M. Turudić, „Novine u sustavu upravno-sudske zaštite od pojedinačnih akata HAKOM-a“, *Zagrebačka pravna revija (ZPR)* 1/2014, 82–84.

VUS-om.<sup>70</sup> Dakle, žalba nije dopuštena,<sup>71</sup> već je jedina pravna zaštita moguća u okviru jednostupanjskog upravnog spora. No, osim rješavanja spora pred VUS-om, ZEK-om je propisana iznimka povodom rješavanja spora između krajnjih korisnika usluga i operatera.<sup>72</sup> Krajnji korisnici usluga elektroničkih komunikacija mogu zaštititi svoja prava kroz tri zakonski predviđene faze: a) prvenstvena zaštita pruža se kod samog operatora javnih komunikacijskih usluga,<sup>73</sup> b) propisana zaštita pred HAKOM-om<sup>74</sup> i c) posljednja instanca zaštite je omogućena pred upravnim sudovima.<sup>75</sup> Stoga, svoju upravno-sudsku zaštitu korisnici mogu zatražiti i u sporu pred mjesno nadležnim upravnim sudom. Još

70 Do izmjena i dopuna ZEK-a, kojim se osigurava upravno-sudska zaštita pred VUS-om, došlo je na osnovu Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama, s Konačnim prijedlogom zakona, P.Z.E. 864, 2011, 21, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=40364>, 27. rujna 2018. Vid. i čl. 18, st. 2 ZEK-a. Vid. i čl. 10 ZRTŽU-a, čl. 11, st. 2 ZPU-a.

71 Sukladno slovenskom Zakonu o javnih agencijah, žalba je dopuštena protiv pojedinačnih odluka javnih agencija o kojima kao drugostupanjska tijela odlučuju nadležna resorna ministarstva, uz iznimku za upravne akte mrežnog i energetskog regulatora protiv kojih se može pokrenuti upravni spor. Nadzor nad zakonitošću akata, rada i poslovanja vrše nadležna ministarstva (Ministarstvo uprave, Ministarstvo financija). Vid. čl. 48 Zakonu o javnih agencijah, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 52/02, 51/04 (EZ-A in 33/11–ZEK-om-C), <http://pissr.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO2024>, 26. rujna 2018. Više vid. i F. Staničić, „Pravna narav regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj“, *Pravo u gospodarstvu (PG)* 5/2010, 1348–1350; J. Vučković, „Demokratski legitimitet politički neodgovornih upravnih tijela u poredbenom ustavnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija (ZPR)* 2/2015, 156.

72 Vid. čl. 51 ZEK-a.

73 Postupak rješavanja prigovora reguliran je čl. 50 ZEK-a.

74 Rješavanje sporova između krajnjih korisnika usluga i operatora normirano je čl. 51 ZEK-a. Turudić daje pozitivnu ocjenu rješavanju sporova pred HAKOM-om, ukazuje na ozbiljnost u pristupu rješavanja sporova, profesionalnost i sposobnost, kao i poštivanje roka za donošenje odluke (četiri mjeseca). Više vid. M. Turudić, *op. cit.*, 7–10. Najveći broj upravnih sporova (do studenog 2012.) pokrenut je upravo protiv odluka HAKOM-a (267). Od ukupno riješenih 506 sporova, u 88,8% sporova upravni akti agencija (HAKOM, AZTN i HANFA) ocijenjeni su zakonitima, dok su u 12, 2% sporova ocijenjeni nezakonitima. Više vid. V. Kos, „Upravno-sudska zaštita u agencijskim stvarima“, u: *Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini* (ur. I. Koprić, A. Musa, V. Đulabić), Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, 238–247.

75 Čl. 18, st. 2 ZEK-a. Više o pravnoj zaštiti krajnjih korisnika usluga elektroničkih komunikacija detaljnije vid. M. Turudić, G. Josić, „Novine u pravnoj zaštiti

jedna specifičnost ogleda se u provedbi inspeksijskog nadzora i donošenja rješenja inspektora elektroničkih komunikacija. Protiv njegova rješenja žalba nije dopuštena, no može se pokrenuti upravni spor pred mjesno nadležnim upravnim sudom.<sup>76</sup> U odlučivanju o teškim i osobito teškim povredama ZEK-a,<sup>77</sup> inspektor donosi rješenje. Protiv toga rješenja iznimno se predviđa pokretanje upravnog spora pred VUS-om.<sup>78</sup> Navedena specifičnost rezultat je značajnih izmjena i dopuna ZEK-a iz 2013,<sup>79</sup> u pogledu pravne zaštite krajnjih korisnika usluga elektroničkih komunikacija. Time se odstupilo od jednostupanjskog sustava upravno-sudske zaštite te se uvode dva smjera: a) pred VUS-om i b) pred mjesno nadležnim upravnim sudom. Turudić i Josić ističu kako je zakonodavac ovakav pristup temeljio na smanjivanju prevelikog pritiska i preopterećenosti VUS-a, jer su sporovi krajnjih korisnika i operatora predstavljali najveću skupinu predmeta iz elektroničkih komunikacija.<sup>80</sup> Turudić, također iznosi kako ovakve selektivne dvostupanjske upravno-sudske zaštite kod drugih regulatornih agencija nema te da rješenje iz ZEK-a iz 2013. predstavlja posebnost i izoliranost.<sup>81</sup> Iz izlo-

---

krajnjih korisnika usluga elektroničkih komunikacija“, *Informator* 6252, od 5. veljače 2014, 5–6.

76 Vid. i čl. 116 ZEK-a.

77 Teške povrede pobrojane su u čl. 119, a osobito teške povrede u čl. 118 ZEK-a.

78 Sukladno Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama, s Konačnim prijedlogom zakon iz 2011. propisivalo se jedino da: „Protiv rješenja inspektora nije dopuštena žalba, ali se protiv njega može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, što ne odgađa izvršenje rješenja.“ Detaljnije vid. Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama, s Konačnim prijedlogom zakona P. Z. E. br. 864, 2011, 94, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=40364>, 27. rujna 2018.

79 Sustav upravno-sudske zaštite pred VUS-om uglavnom ostaje na snazi, ali se za sporove krajnjih korisnika i operatora uvodi nadležnost mjesno nadležnog upravnog suda. Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama, s Konačnim prijedlogom zakona, P. Z. E. br. 384, 2013, 5, 7, [https://infodok.sabor.hr/GetAlternativeDocument.aspx?ent\\_id=14230](https://infodok.sabor.hr/GetAlternativeDocument.aspx?ent_id=14230), 28. rujna 2018.

80 Više M. Turudić, G. Josić, *op. cit.*, 6.

81 Podjele predmeta na one kod kojih postoji dvostupanjska pravna zaštita i one kod kojih je tužbu moguće podnijeti samo izravno VUS-u. Pravilo je, kod većine regulatora, propisivanje dvostupanjske upravno-sudske zaštite protiv njihovih pojedinačnih akata, osim kod AZTN-e (jednostupanjska) i HAKOM-a (selektivna dvostupanjska). Iscrpnije vid. M. Turudić, *op. cit.*, 84–100;

žene zakonske regulacije osiguravanja pravne zaštite u području elektroničkih komunikacija može se zaključiti kako se, prema izmjenama i dopunama ZEK-a od 2013, zakonodavac odlučio za preokret u predviđanju dva moguća pravca rješavanja upravnih sporova. Smatramo da su opcije raspodjele nadležnosti (u ovom slučaju selektivne dvostupanjske upravno-sudske zaštite) između prvostupanjskih upravnih sudova i VUS-a, temeljem jasnih kriterija<sup>82</sup> poželjne. No, ako ćemo isticati cilj potrebe ujednačavanja i uniformiranosti zakonskih rješenja u pružanju pravne zaštite protiv pojedinačnih odluka regulatornih agencija, onda se zalažemo da se odabere jedan oblik pravnog puta jednak za sve odnosno jednako pravno uređenje unutar posebnih zakona. Ako se, pak, naglasak želi staviti na stručnost sudaca, složenost materije, specifičan karakter sporova i specijaliziranost u ovome području, onda smo za rješenje kojim se odabire jedan upravni sud ili poseban odjel unutar VUS-a, čiji će se suci posebno usavršavati/specijalizirati/educirati za rješavanje sporova iz nadležnosti regulatornih agencija.

### 3.4. Upravno-sudska zaštita pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u području tržišnog natjecanja

Cjelovit pravni okvir zakonskog reguliranja područja prava tržišnog natjecanja postavljen je *Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja* – ZZTN<sup>83</sup> te uredbama Vlade RH. Važeći zakonodavni okvir primjenjuje se na ponašanje poduzetnika na tržištu u dijelu koji se odnosi na zabranjene sporazume između poduzetnika, zlorababe vladajućeg položaja poduzetnika i ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika s učinkom na teritoriju Republike Hrvatske. Između niza regulatornih zadaća, ovlast donošenja odluka<sup>84</sup> kojima se ocjenjuje, utvrđuje i sankcionira protutržišno ponašanje<sup>85</sup> povjerena je još jednom neovisnom

M. Turudić, „Upravno-sudski nadzor nad regulacijskim agencijama za mrežne industrije“, *Hrvatska i komparativna javna uprava (HKJU)*, 4/2014, 1023–1029.

82 Uzimajući u obzir složenost materije o kojoj regulatori odlučuju i ovlastima kojima (prilikom odlučivanja o pravima i obvezama korisnika usluga) raspoložu, zatim rješavanje složenih pravno-ekonomskih i tehničkih pitanja važnih za gospodarski uspjeh poduzetnika, specijalizacija i drugi.

83 *Narodne novine*, br. 79/09, 80/13.

84 Osobito je značajna glava VII ZZTN-a (čl. 35–59) koja se odnosi na provođenje postupaka u nadležnosti AZTN-e.

85 AZTN provodi opsežne ispitne postupke, analize, ispitivanja te istrage o eventualnom narušavanju ili sprečavanju tržišnog natjecanja, zlorababama

regulatoru Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja – AZTN.<sup>86</sup> Obzirom da su i AZTN-i povjerene regulatorne, izvršne te nadzorne ovlasti i funkcije, važno je ustvrditi na koji je način regulirana sudska zaštita od pojedinačnih akata koje donosi u provođenju upravnih postupaka za zaštitu prava tržišnog natjecanja. Žalba na odluke AZTN-e nije bila dopuštena niti prema jednom od ZZTN-a (od 1995. do 2009), već se sudska zaštita predviđala kroz mogućnost pokretanja upravnog spora pred Upravnim sudom,<sup>87</sup> propisujući žurnost rješavanja sporova. Upravno-sudska zaštita izmjenama i dopunama ZZTN-a iz 2013. povjerena je isključivo VUS-u,<sup>88</sup> kako bi se omogućila kvalitetna i potpuna zaštita stranaka. Ovo je jedino regulatorno tijelo kod kojega se upravno-sudska kontrola osigurava aktiviranjem samo jednostupanjskog upravnog spora. Jedna od specifičnosti predloženih izmjena i dopuna ZZTN-a iz 2013, ogleda se i u dodjeljivanju nadležnosti VUS-u<sup>89</sup>

---

vladajućeg položaja poduzetnika, sklapanju zabranjenih sporazuma, nedopuštenih i dopuštenih koncentracija među poduzetnicima, monopolizacije tržišta itd. Provodi postupak utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja, postupak utvrđivanja postojanja uvjeta za izricanje upravno-kaznenih mjera zbog povrede ZZTN-a te čl. 102–103 UFEU-a (čl. 52, 60–65 ZZTN-a), podnosi zahtjev VUS-u za davanje naloga za određivanje nenajavljene pretrage (čl. 42–46 ZZTN-a), provodi postupak utvrđivanja zabranjenog sporazuma (čl. 8–9, 38, st. 1 ZZTN-a), može pokrenuti postupak protiv određenog poduzetnika i donijeti rješenje o privremenoj mjeri u hitnim slučajevima (čl. 51 ZZTN-a), rješenje o utvrđivanju zloporabe vladajućeg položaja (čl. 14 ZZTN-a) i brojne druge.

- 86 Osnovana je odlukom Hrvatskog sabora od 20. rujna 1995, a započela je sa radom 1997. Odredbe o AZZTN-i sadržane su u čl. 26–34 ZZTN-a.
- 87 Iz sudske prakse Upravnog suda RH (gdje je do studenoga 2012. pokrenuto 192 spora) u odnosu na tužbe protiv odluka AZTN-e, proizlazi da su u sporovima vezanim za postojanje/nepostojanje zabranjenih sporazuma poduzetnika, postojanje/nepostojanje vladajućeg položaja poduzetnik, akti AZTN-e ocijenjeni zakonitima. Više o sudskoj praksi u ovoj vrsti sporova vid. V. Kos, *op. cit.*, 248–261.
- 88 Rostaš-Beroš ističe kako se jedan od dva razloga izmjena i dopuna ZZTN-a iz 2013, odnosio na nadležnost VUS-a. Vid. L. Rostaš-Beroš, „Nadležnost upravnih sudova u zaštiti tržišnog natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSR)*, 1/2014, 350.
- 89 U prilog dodjeljivanju ove ovlasti isključivo VUS-u proizlazi: „...kako je riječ o hitnom i tajnom postupku, o kojemu sud mora odlučiti u roku dva dana od zaprimanja zahtjeva, a prostorije poduzetnika u kojima je potrebno provesti nenajavljen pretrag često se nalaze na područjima nadležnosti različitih upravnih sudova, kako bi se zadovoljilo prvenstveno načelo hitnosti i tajnosti, a potom ekonomičnosti, smatramo neophodnim urediti nadležnost jednog

za odlučivanje o zahtjevima AZTN-e za davanje naloga za provedbu nenajavljene pretrage poslovnih i drugih prostorija, zemljišta, prijevoznih sredstava, dokumenata, isprava, kao i pečaćenje te privremeno oduzimanje predmeta.<sup>90</sup>

ZZTN u IX dijelu (čl. 67–69) sadržava posebne dodatne odredbe o obliku sudske zaštite protiv odluka AZTN-e.<sup>91</sup> Iako se radi o svega dva članka njima su uređena temeljna pitanja značajna za postupak osporavanja odluka AZTN-e poput: 1) oblik pravne zaštite s obzirom na vrste odluka: rješenje<sup>92</sup> i zaključak<sup>93</sup> (čl. 67, st. 1 i 3)<sup>94</sup>, 2) rok u kojem tužbu može podnijeti nezadovoljna stranka (čl. 67, st. 1)<sup>95</sup>, 3) razlozi za podnošenje tužbe (čl. 67, st. 1)<sup>96</sup>, 4) aktivna legitimacija (krug ovlaštenika) za podnošenje tužbe (čl. 67, st. 5), 5) nesuspensivni učinak tužbe

suda za odlučivanje o zahtjevima Agencije za izdavanjem naloga za provedbu nenajavljene pretrage, i to Visokog upravnog suda Republike Hrvatske...“ Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, s Konačnim prijedlogom zakona, P.Z.E. br. 390, 2013, 33, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=54807>, 29. rujna 2018.

90 Čl. 42–46 ZZTN-a.

91 Analizu upravnog spora pred VUS-om zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju detaljnije vid. i D. Akšamović, „Sudska kontrola u sporovima zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (ZPFZ)* 3–4/2017, 408–415, A. Đanić Čeko, *Žalba u upravnom sporu u hrvatskom i poredbenom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, 315–321.

92 U odnosu na vrste predmeta o kojima AZTN odlučuje u upravnim postupcima moguće je tužbom pred VUS-om zatražiti ocjenu zakonitosti sljedećih rješenja: rješenje o utvrđivanju zabranjenog sporazuma (čl. 9), rješenje o utvrđivanju zlouporabe vladajućeg položaja (čl. 14), rješenje o ocjeni (dopuštenosti) koncentracije poduzetnika (čl. 22 st. 7), rješenje kojim se utvrđuje povreda ZZTN-a ili čl. 101 ili 102 UFEU (čl. 37), rješenje kojim se izriče upravno-kaznena mjera, rješenje kojim AZZTN odlučuje o priznavanju položaja stranke u postupku (čl. 36, st. 4), rješenje o privremenoj mjeri (čl. 51, st. 4) i druga.

93 Prema čl. 67, st. 3 ZZTN-a protiv zaključka AZTN-e nije dopuštena žalba niti postoji mogućnost pokretanja upravnog spora. No, tužbom je moguće pobijati i zaključak samo kada se ona podnosi protiv rješenja kojim se rješava o upravnoj stvari. To je i u skladu s čl. 4, st. 3 ZUS-a. Vid. čl. 39, st. 2 (zaključak o pokretanju postupka) i slučajeve kojima je propisano donošenje zaključka prema čl. 58, st. 2 ZZTN-a.

94 Vid. čl. 58 ZZTN-a kojim se propisuju akti (rješenja i zaključci) AZTN-a, dok su u čl. 59 sadržane odredbe o dostavi i objavi rješenja i ostalih akata AZTN-a.

95 Klasičan zakonski rok za podnošenje tužbe – 30 dana od dana dostave rješenja.

96 Iz zakonom pobrojanih razloga vidljivo je da se radi o klasičnim pogreškama odnosno uobičajenim žalbenim razlozima (prva tri), dok je zadnji razlog za

(čl. 67, st. 4), 6) sastav Vijeća VUS-a za odlučivanje o tužbi (čl. 67, st. 1), 7) postupak pred Vijećem VUS-a u pogledu iznošenja novih činjenica i predlaganja dokaza (čl. 68), 8) žurnost sporova pred VUS-om (čl. 69). Analizirajući ZZTN u odnosu na odredbe kojima se (osim u istaknutim zakonskim člancima) propisuje sudska zaštita pred VUS-om, upućujemo i na čl. 36, st. 4, čl. 38, st. 8, čl. 39, st. 2, čl. 41, st. 3, čl. 51, st. 4 kojima se uređuju upravni postupci<sup>97</sup> u nadležnosti AZTN-e. Razlog propisivanja žurnosti može se opravdati zakonodavčevom ocjenom da zbog specifičnosti materije sektorskog zakona upravo regulira ovaj oblik upravno-sudske zaštite kako bi se pridonijelo učinkovitosti i ekonomičnosti u korelaciji s trajanjem postupka (duljina i razuman rok) pred sudom, što je od važnosti za provedbu sektorskih zakona i razvoj tržišnog natjecanja te utjecaja na dinamičnost tržišta. Učinkovita, potpuna i kvalitetna sudska zaštita u području djelovanja ove regulatorne agencije posebno je značajna s aspekta jamstva ustavnih gospodarskih i poduzetničkih sloboda i prava te je zakonodavac očito zauzeo i stav da je riječ o materiji koja je od vitalne važnosti za učinkovito funkcioniranje tržišta i izgradnju tržišne ekonomije.

### *3.5. Pravna zaštita u žalbenom postupku i upravno-sudska zaštita pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u području javne nabave*

Regulatorni okvir u području javne nabave u Republici Hrvatskoj koji je usklađen s relevantnom pravnom stečevinom Europske unije normiran je Zakonom o javnoj nabavi-ZJN.<sup>98</sup> Primarno se ZJN odnosi na postupak dodjele ugovora i okvirnih sporazuma u području javne nabave u postupcima koje provode javni i sektorski naručitelji.<sup>99</sup> Neki od važnih ciljeva u području javne nabave odnose se na: veću efikasnost sustava javne nabave zbog smanjenja administrativnih troškova i opterećenja, ubrzavanje provedbe postupka javne nabave, povećanje transparentnosti i učinkovitosti postupka i donošenja odluke odabiru, pozitivna interakcija države s gospodarskim subjektima, odgovarajuće

---

podnošenje tužbe prilagođen području tržišnog natjecanja i ovlastima koje pripadaju AZTN-i.

97 Pri tome primjenjuju odredbe ZUP-a i Prekršajnog zakona, *Narodne novine*, br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17.

98 *Narodne novine*, br. 120/16. Stupio na snagu 1. siječnja 2017.

99 Vid. čl. 6, st. 1 ZJN-a kojim se propisuje tko se smatra javnim naručiteljem i čl. 7, st. 1 ZJN-a tko su sektorski naručitelji.



uspostavljen sustav pravne zaštite, stručnost kadrova, komunikacija i razmjena podataka putem elektroničkih sredstava, povećanje ekonomske, financijske i tehničke djelotvornosti sustava javne nabave i brojni drugi. Sustav pravne zaštite reguliran je u glavi IV ZJN-a (čl. 398–433) te je postavljen kako bi osigurala veća zaštita prava gospodarskih subjekata.

Stoga ćemo prvotno ukratko iznijeti tijek žalbenog postupka pred nadležnim tijelom, a zatim analizirati odredbe o sudskoj zaštiti. Žalbeni se postupak provodi primjenom odredbi ZUP-a, a temelji se na načelima javne nabave i upravnog postupka. Provodi ga Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave – DKKPJN, koja odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih u postupcima javne nabave te o zakonitosti ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma sklopljenih bez provedbe postupaka javne nabave. Analizom ZJN-a specifičnosti žalbenog postupka u području javne nabave ističu se u pogledu: stranaka,<sup>100</sup> žalitelja (tko ima pravo na žalbu), jedinstvenog žalbenog roka (10 dana), načina predaje žalbe (npr. elektronička žalba),<sup>101</sup> postupanja DKKPJN-e kada *ex officio* pazi na postupovne pretpostavke i osobito bitne povrede postupka javne nabave,<sup>102</sup> postupanje naručitelja u vezi sa žalbom, pozivanje naručitelja na dostavu dokumentacije, izvješćivanje odabranog ponuditelja i natjecatelja o postojanju žalbenog postupka, dostave odluka i brojne druge. DKKPJN-ov zakonski dodijeljene ovlasti po žalbi pobrojane su kroz 11 točaka u čl. 425 ZJN-a te sukladno tome donosi odluke (rješenja i zaključke). O žalbama odlučuje na sjednicama vijeća koje nisu javne. Odluku o žalbi mora donijeti u roku od trideset dana od dana predaje uredne žalbe. Dostavlja ih javnom objavom na svojim internet-skim stranicama.

Odredbe o sudskoj zaštiti sadržane su u glavi V u čl. 434 ZJN-a. Nezadovoljne stranke protiv odluka DKKPJN-e mogu pokrenuti upravni spor pred VUS-om. Rok za podnošenje tužbe<sup>103</sup> iznosi osam dana od dana javne objave, ako je tim načinom dostavljena odluka (u

100 Stranke žalbenog postupka su žalitelj, naručitelj, odabrani natjecatelj i odabrani ponuditelj.

101 Vid. čl. 405, st. 2, 6 ZJN-a.

102 Pobrojane su u čl. 404, st. 2 ZJN-a.

103 Za rokove podnošenja tužbe vid. čl. 24 ZUS-a.

pravilu), u protivnome se primjenjuje čl. 24, st. 1 ZUS-a. Određuje se rok od trideset dana od dana podnošenja uredne tužbe u kojem VUS mora donijeti odluku u upravnom sporu. Time se već ukazuje na hitnost odlučivanja u području javne nabave. Važno je za istaknuti kako se propisuje i način odlučivanja VUS-a u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva i poništavanja pobijane odluke DKKPJN-e.<sup>104</sup> Radi se o materiji koja je tek nedavno stavljena u nadležnost VUS-a, o čemu u prilog za sada ide i mali broj upravnih sporova.

Tablica 1. Specifičnosti upravno-sudskog spora u odlučivanju na temelju *lex specialis* – posebni slučajevi upravno-sudske zaštite pred VUS-om

	Pravo na pristup informacijama	Lokalna i područna (regionalna) samouprava	Elektroničke komunikacije	Tržišno natjecanje	Javna nabava
<b>Oblik pravne (sudske) zaštite</b> (je li kod svih slučajeva propisano pokretanje isključivo 1* upravnog spora pred VUS-om)*	– žalba* Povjereniku za informiranje (čl. 25, st. 1 ZPPI-a) – jednostupanjski upravni spor – VUS (čl. 26, st. 1 ZPPI-a)	– nema žalbe – jednostupanjski upravni spor – VUS (čl. 24, st. 5, čl. 78a, st. 3, čl. 85, st. 2, čl. 85c, st. 2 ZLPRS-a)	– nema žalbe – jednostupanjski upravni spor – VUS (čl. 18, st. 2, <i>iznimka</i> – čl. 116 ZEK-a) + <i>upravni spor</i> pred mjesno nadležnim upravnim sudom* (čl. 116 ZEK-a, <i>iznimka</i> – čl. 18, st. 2, čl. 51 ZEK-a)	– nema žalbe – jednostupanjski upravni spor – VUS (čl. 67 ZZTN-a)	– žalba* – Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (čl. 398, čl. 401, čl. 405–433 ZJN-a)
<b>Rok za podnošenje tužbe</b> (specifičnosti vezane za rok za odlučivanje VUS-a o tužbi/ /suspenzivnost tužbe)	– 30 dana (čl. 24, st. 1 ZUS-a) * tužba ima <i>odgodni</i> učinak * 90 dana da VUS donese odluku o tužbi	– 30 dana (čl. 24, st. 1 ZUS-a) – 8 dana (čl. 85, st. 2, čl. 85c, st. 2 ZLPRS-a) * 30 dana da VUS donese odluku o tužbi (samo prema čl. 85, st. 4, čl. 85c, st. 4 ZLPRS-a)	– 30 dana (čl. 24, st. 1 ZUS-a)	– 30 dana (čl. 67, st. 1 ZZTN-a)	– 30 dana (čl. 24, st. 1 ZUS-a) – 8 dana od dana javne objave (čl. 434, st. 2 ZJN-a)* * 30 dana da VUS donese odluku o tužbi

104 Vid. čl. 434, st. 4 ZJN-a.

	Pravo na pristup informacijama	Lokalna i područna (regionalna) samouprava	Elektroničke komunikacije	Tržišno natjecanje	Javna nabava
<b>Vrsta odluke i nadležno tijelo koje odluku donosi</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- rješenje</li> <li>- tijelo javne vlasti</li> <li>- Povjerenik za informiranje</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- odluka, rješenje</li> <li>- Ministarstvo uprave</li> <li>- Vlada RH</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- odluke i drugi upravni akti, rješenje</li> <li>- HAKOM</li> <li>- inspektor elekt. kom.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- rješenje</li> <li>* zaključak, nalog</li> <li>- AZTN</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- odluka o odabiru</li> <li>- odluka o poništenju</li> <li>- odluka o nedopustivosti sudjelovanja</li> <li>- javni naručitelj</li> <li>- DKKPJN</li> </ul>
<b>Hitnost (žurnost) postupka</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- prema prijašnjim zakonima (2003, 2011)</li> <li>- brisane odredbe o žurnosti (2013)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- hitnost kod rješavanja o tužbi protiv rješenja Vlade RH (samo prema čl. 85, st. 3 i čl. 85c, st. 3 ZLPRS-a)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- prema prijašnjim zakonima (2008)</li> <li>- brisane odredbe o žurnosti (2011)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- propisana žurnost spora pred VUS-om (čl. 96 ZZTN-a)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nije propisana hitnost rješavanja spora</li> </ul>

Izvor: izrada autorice rada

Tablica 2.  
Broj jednostupanijskih upravnih sporova pred  
Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske  
(1.1.2012. – 31.12.2017)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	UKUPNO
<b>LPRS</b>	0	2	1	0	2	2	7
<b>EK</b>	35	72	29	9	47	99	<b>291</b>
<b>PI</b>	0	17	42	30	40	173	<b>302</b>
<b>TN</b>	0	14	16	46	12	4	<b>92</b>
<b>JN</b>	0	0	1	1	0	45	<b>47</b>

Izvor: obrada autorice rada (prema ustupljenim podacima Visokog upravnog suda Republike Hrvatske)

#### 4. ZAKLJUČAK

Ako se zakonodavac opredijeli normirati određene iznimke u okviru posebnog režima pravne (sudske) zaštite, smatramo da moraju postojati jasni kriteriji i opravdani razlozi za otklon od uobičajenog općeg koncepta (upravno) sudske zaštite (i to samo iznimno). Dvojbena su neka od propisanih iznimaka za koje smatramo da je trebalo postaviti drugačiji mehanizam pravne zaštite. Svako daljnje širenje iznimaka može rezultirati sve većim sektorskim pritiscima prema uvođenju novih, što ne podržavamo.

Analizirajući odredbe posebnih zakona izdvojit ćemo neke specifičnosti koje mogu poslužiti kao kriteriji primjenjivi u uvođenju iznimaka u hrvatski sustav upravnog sudovanja. Radi se o sljedećim karakteristikama: 1) odabir određenih posebnih upravnih područja/upravne materije, 2) primarna odrednica odabira pojedinih upravnih stvari ističe se u posebnosti i iznimnoj važnosti odabrane materije, 3) određeni donositelji (vrsta tijela) protiv čijih odluka (u pravilu rješenja) u upravnom postupku žalba nije dopuštena, 4) drugačiji procesno-pravni položaj (postupak pred VUS-om drugačiji u odnosu na spor pred prvostupanjskim upravnim sudovima i eventualno u žalbenom postupku), 5) odlučivanje u vijećima u prilog veće stručnosti i znanja, 6) hitnost odlučivanja u odabranim postupcima pred VUS-om.

Zajedničko svim posebnim zakonima jest da se propisuje sudska zaštita pred VUS-om u jednostupanjskom upravnom sporu. Iznimku u pogledu pravne zaštite u upravnom postupku predstavlja područje prava na pristup informacijama i javne nabave, jer se protiv rješenja nadležnih tijela propisuje pravo žalbe. Isto tako, iznimno se u području elektorničkih komunikacija u zakonom propisanim slučajevima predviđa selektivna dvostupanjska upravno-sudska zaštita. Većina posebnih upravnih područja predstavlja ustavno zajamčena prava (slobode), ali se s toga aspekta ne bismo opredijelili za razlog dodjeljivanja ovakvog mehanizma sudske zaštite. Može li se u odnosu na druga ustavna prava (jednako važećeg ranga) istaknuti veća važnost prava na pristup informacijama, prava na LPRS, pravo tržišnog natjecanja kako bi se opravdalo odstupanje od općeg režima upravnog sudovanja? Mišljenja smo da bi se prvostupanjskim upravnim sudovima (osobito prema prijašnjem konceptu suđenja u vijećima prema ZUS-a iz 2010) moglo do-

dijeliti u nadležnost rješavanje u stvarima iz područja prava na pristup informacijama. Navedeni sudovi odlučuju i o drugim ustavnim i konvencijski zajamčenim pravima i slobodama, ali i puno složenijim pitanjima kojima se izravno utječe na kvalitetu života građana. Razlog dodjeljivanja sudske zaštite izravno VUS-u i smanjivanje broja stupanjeva odlučivanja u upravnom postupku i sporu u području regulatora, ogleda se u ocjeni zakonodavca da su predmeti tržišnog natjecanja i elektorničkih komunikacija posebno složeni te zahtijevaju hitnost (monopolska prevlast regulatora, regulatorne ovlasti, utjecaj privatnog sektora na javni, europska regulativa, razvoj mrežnih industrija, širenje sektorskih tržišta itd.). U istaknutim je posebnim upravnim područjima tržišnog natjecanja, elektorničkih komunikacija te javne nabave osobito značajno poznavanje prava Europske unije te praćenje sudske prakse Europskog suda. U tome smjeru mišljenja smo kako bi u cilju unapređenja razine upravno-sudske zaštite bilo oportuno odrediti jedan upravni sud (Upravni sud u Zagrebu) ili poseban odjel unutar VUS-a, čiji će se suci posebno (sustavno) usavršavati i specijalizirati za navedena upravna područja. Valja napomenuti kako se jedino Prijedlogom zakona o izmjenama i dopunama ZZTN-a s Konačnim prijedlogom zakona iz 2013. detaljnije objašnjava opravdanost povjeravanja nadležnosti VUS-u u jednostupanjskom upravnom sporu te djelomično Prijedlogom zakona o izmjenama i dopunama ZEK-a, s Konačnim prijedlogom zakona iz 2013.

Propisivanje roka u kojem VUS treba donijeti odluku u upravnom sporu ili izričito da su sporovi pred VUS-om hitne naravi, stavlja prednost pred drugim predmetima o kojima VUS odlučuje kao drugostupanjski sud. Nadalje, navedeno dovodi u pitanje ovlasti VUS-a kada odlučuje kao prvostupanjski sud sukladno čl. 58, st. 1 ZUS-a (poništa- vanja rješenja i meritornog rješavanja, a ne vraćanja na ponovni postupak osim iznimno kada to ne može obzirom na prirodu stvari). U analiziranim se upravnim područjima u pogledu sudske zaštite odstupaju od pravila upravnog sudovanja i svrhe same reforme upravnog sudovanja.

Ana Đanić Čeko, PhD

Postdoctoral Researcher at the Faculty of Law,

University of J. J. Strossmayer in Osijek

SPECIFICS OF THE ROLE OF THE HIGH  
ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC  
OF CROATIA IN SINGLE-INSTANCE  
ADMINISTRATIVE DISPUTE ACCORDING  
TO SPECIAL LAWS (*LEX SPECIALIS*)

*Summary*

In some cases, administrative issues cannot be processed by applying the Administrative Disputes Act from 2010 and are not under the jurisdiction of the single-instance administrative courts and are therefore forwarded to the higher judicial instance. There are, however, no rules to be applied for recognizing such cases neither in the domestic nor in the European comparative acts. High Administrative Court of the Republic of Croatia makes its decisions first and foremost as the second-instance court (appealing court). The author will thus emphasise the specific features regarding its role and position when referring to offering judicial protection in special administrative cases. Furthermore, the author will offer insight into the detailed analysis on how the Administrative Disputes Act from 2010 defines the jurisdiction of the High Administrative Court of the Republic of Croatia, based on which it is legally certified to act as a single-instance administrative court. These are legally prescribed administrative cases in accordance with five special laws (since 2017) which prescribe the way for applying legal protection by filing a request directly to the High Administrative Court of the Republic of Croatia. In addition, the author will show the total number of administrative disputes in the time span from 2012 to 2017 by using tables as well as its specific features regarding the decision-making processes in accordance with specially prescribed acts. Lastly, the author will attempt to determine whether it is justified for all the legally prescribed cases to be concluded in a single-instance by the highest specialised court within the administrative adjudication.

Key words: *Administrative Disputes Act. – Single-instance administrative dispute. – Specialized administrative adjudication. – High Administrative Court of the Republic of Croatia. – Special laws. – Special administrative areas.*

*Dr Dalibor Đukić\**

## ZAŠTITA PRAVA NA POŠTOVANJE PRIVATNOG I PORODIČNOG ŽIVOTA I AUTONOMIJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA\*\*

*U ustavnim sistemima u kojima ne postoji državna crkva verskim organizacijama se garantuje specifičan oblik autonomije, koja podrazumeva pravo da samostalno uređuju i sprovode svoj unutrašnji poredak. O značaju verske ili crkvene autonomije najbolje govori činjenica da je ona često eksplicitna ili implicitna ustavna kategorija. U većini evropskih zemalja crkve i verske zajednice spadaju među najznačajnije poslodavce, neretko najveće posle države. Uobičajena je praksa da one od svojih zaposlenih mogu zahtevati ispunjavanje posebnih uslova koji nisu predviđeni ili normirani propisima kojima se regulišu radnopravni odnosi. Ti uslovi mogu zadirati duboko u privatni i porodični život pojedinca i smatraju se izrazom crkvene autonomije. Stvari se dodatno komplikuju kada se država pojavljuje kao formalni poslodavac, a o radnopravnom statusu pojedinca odlučuje verska organizacija. Na takav način je u Republici Srbiji organizovano izvođenje verske nastave u javnim školama. U radu se analizira kompleksan odnos između prava na autonomiju verskih organizacija, prava pojedinca na poštovanje privatnog i porodičnog života i obaveze države da postupa u skladu sa aktima koje donose verske organizacije u skladu sa svojim autonomnim propisima.*

**Ključne reči:** *Crkvena autonomija. – Crkve i verske zajednice. – Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. – ESLJP.*

---

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

\*\* Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2018. godinu.



## 1. UVOD

O pravnom položaju crkava i verskih zajednica postoji značajna literatura na našim prostorima. Poslednjih decenija problematika odnosa države i crkve, ali i odnosa svetovnog i crkvenog prava u fokusu je domaćih ali i stranih istraživača.<sup>1</sup> Porastu interesovanja za ovu disciplinu doprinele su velike geopolitičke promene s početka 90ih godina prošlog veka, ponovni rast uticaja religije u zapadnim društvima i pojava verskog ekstremizma koji zahteva nove pristupe i preispitivanje postojeće regulacije verskih sloboda širom sveta. Na našim prostorima novi izazovi su vezani za pokušaje postkomunističkih društava i država da pronađu odgovarajući model odnosa države i crkava i verskih zajednica i ujedno da formiraju pravne okvire koji će takav model pratiti. Da taj posao nije lak, vidi se iz presuda Evropskog suda za ljudska prava kojim se često države iz našeg okruženja obavezuju da revidiraju zakonodavstvo kojim je uređen položaj crkava i verskih zajednica ili da primenu postojećeg zakonodavstva usklade sa standardima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Za crkve i verske zajednice kao subjekte verskih sloboda od posebnog je značaja da poseduju određenu samostalnost u odnosu na nadležne državne vlasti. Ta samostalnost ili autonomija je neophodna kako se ne bi narušio sakralni karakter crkava i verskih zajednica i da bi se izbegla njihova prinudna sekularizacija. Iako postoje crkve koje prihvataju institucionalnu povezanost sa državom, pa čak i potpunu integraciju crkvenih organa u državni aparat,<sup>2</sup> za veliku većinu verskih organizacija je suštinski neophodno da poseduju određeni stepen samostalnosti u odnosu na državu. Ta samostalnost može se nazvati autonomijom, jer podrazumeva pravo samostalnog donošenja opštih pravnih akata kojima se uređuje unutrašnja organizacija crkve, njen bogoslužbeni život, štite se njena dogmatska načela i njena misija. Autonomno postojanje verskih organizacija je neophodno u pluralističkim društvima i predstavlja osnovu zaštite slobode veroispovesti garantovane čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>3</sup> Sa

- 1 V. Đurić, „Hegemonija državnog i autonomija crkvenog prava u SR Nemačkoj i Republici Srbiji“, *Strani pravni život (SPŽ)* 3/2013, 79.
- 2 Reč je uglavnom o državnim nacionalnim protestantskim crkvama u nordijskim zemljama. Kao primer može poslužiti Anglikanska crkva.
- 3 Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria, br. predstavke 40825/98.

druge strane, ta ista autonomija crkava i verskih zajednica mora biti podložna određenim ograničenjima.<sup>4</sup> Ograničenja bi trebalo da spreče kršenje prava i sloboda drugih i remećenje javnog reda, poretka i morala. Teškoće nastaju kada treba precizirati granicu između crkvene autonomije i obaveze države da reaguje na kršenje prava kako članove te organizacije, tako i lica koja nisu njeni članovi. Pitanje je koliko sme država da interveniše u stvarima koje spadaju u autonomnu oblast verske regulacije? U radu su analizirani slučajevi pred Evropskim sudom za ljudska prava u kojima su izneti stavovi u vezi sa autonomijom crkava i verskih zajednica. Potom su prikazani propisi kojima je regulisan položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji sa posebnim akcentom na zaštitu crkvene autonomije.

## 2. CRKVENA AUTONOMIJA I ESLJP

Autonomija crkava i verskih zajednica posebno je značajna kada je reč o obavljanju poslova koji se tiču njihove misije i prava da svoja duhovna iskustva prenose kroz obrazovni sistem.<sup>5</sup> To pravo se najčešće ostvaruje izvođenjem verske nastave u javnim školama pri čemu dolazi do preplitanja i interakcije između državne regulative i autonomnih propisa crkava i verskih zajednica. Sadržaj kurikuluma, odabir kadrova koji izvode versku nastavu, njihova stručna sprema i lična svojstva mogu biti regulisani autonomnim propisima verskih organizacija. Država, koja je ovlašćena da uredi sistem obrazovanja i vaspitanja, neretko je primorana da poštuje i izvršava odluke koje proističu iz primene autonomnih propisa crkava i verskih zajednica. U državama u kojima se izvodi verska nastava konfesionalnog karaktera to je pravilo. Tada dolazi do specifične situacije: država je formalni poslodavac koji u skladu sa pozitivnopravnim propisima zapošljava veroučitelje, ali odluku o zasnivanju i prekidu radnog odnosa donosi verska organizacija u skladu sa njenim autonomnim propisima. Ti propisi mogu da sadrže norme koje nisu usaglašene sa savremenim poimanjem ljudskih prava i sloboda. To dovodi do situacije da su državni organi primorani da biraju između zaštite prava pojedinca i prava verske organizacije na autonomiju i poštovanje njenog unutrašnjeg poretka. U vezi sa ovom dile-

---

4 G. Robbers, „Church Autonomy in the European Court of Human Rights-Recent Developments in Germany“, *Journal of Law and Religion* 1/2010, 286.

5 M. Radulović, *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Beograd 2009, 118.

mom stav je zauzeo i Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Fernández Martínez* protiv Španije.<sup>6</sup>

Podnosilac predstavke je 1961. godine postao rimokatolički sveštenik. Pošto je odlučio da sklopi brak, 1984. godine je podneo zahtev Vatikanu sa molbom da bude oslobođen obaveze držanja celibata. Kako nije dobio nikakav odgovor, on je sledeće godine stupio u građanski brak. Od 1991. godine bio je zaposlen kao nastavnik katoličke veronauke i etike u državnoj školi. U skladu sa konkordatom sklopljenim između Španije i Svete Stolice 1979. godine versku nastavu predaju lica koja postavlja upravna vlast, a predlaže ih ordinarij (biskup) određene dijeceze. Ministarskom uredbom iz 1982. godine precizirano je da se postavljenje obavlja na godišnjem nivou i da se automatski obnavlja, osim ukoliko crkvene ili administrativne vlasti pre početka školske godine predoče suprotno mišljenje. Podnosiocu predstavke je 1997. godine stigao reskript iz Vatikana kojim se oslobađa obaveze držanja celibata, gubi status klirika i zabranjuje mu se da predaje versku nastavu. U međuvremenu je podnosilac predstavke postao član Pokreta za fakultativni celibat (*MOCEOP*), koji se zalaže za ukidanje obaveznog celibata za sveštenike Rimokatoličke crkve i u okviru tog pokreta imao je javne nastupe u lokalnim medijima. Na osnovu pismenog obaveštenja lokalne dijeceze Ministarstvo obrazovanja informisalo je krajem septembra 1997. godine podnosioca predstavke da mu je okončan radni odnos u školi u kojoj je radio. Usledili su postupci pred španskim sudovima, da bi 2007. godine bio pokrenut postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava. Problem kojim se Sud u ovom slučaju bavio jeste balansiranje između dva suprotstavljena interesa: prava pojedinca na zaštitu porodičnog života i prava Rimokatoličke crkve na autonomiju prilikom odabira nastavnika verske nastave.

Kada je reč o odnosu države prema crkvenoj autonomiji postavlja se pitanje da li odluka nadležnog ministarstva o prestanku radnog odnosa podnosioca predstavke predstavlja akt javne vlasti ili se može smatrati internim aktom Rimokatoličke crkve pošto je do prekida radnog odnosa došlo na osnovu odluke biskupa. Iako Sud priznaje da je država imala ograničene mogućnosti delovanja, on stoji na stanovištu da je državna vlast kao poslodavac bila direktno uključena u odlučivanje i da je sprovela odluku biskupa. Da nije došlo do sprovođenja te odluke, Sud pretpostavlja da bi ugovor bio obnovljen i da bi podnosilac

6 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07.

predstavke zadržao svoj radnopravni status. Dakle, postupanje javnih vlasti na osnovu odluka organa i tela verskih organizacija koje počivaju na njihovim autonomnim propisima mogu predstavljati mešanje države u lična prava i slobode pojedinaca.<sup>7</sup> Prihvatanje ove pretpostavke dovodi do situacije da Sud mora dati prednost zaštiti crkvene autonomije, a na štetu drugih prava garantovanih Evropskom konvencijom. Ukoliko bi Sud drugačije postupio to bi dovelo u pitanje primenu međunarodnih ugovora, tj. konkordata kojima je regulisano izvođenje rimokatoličke verske nastave u mnogim zemljama Evrope.

Presuda u slučaju *Fernández Martínez* protiv Španije posebno je značajna jer sadrži pokušaj Suda da odredi granice unutrašnje crkvene autonomije i da precizira njen sadržaj. Mišljenje Suda je da iako država ima obavezu da bude neutralna i nepristrasna prilikom intervencija kojima se štite interesi i uverenja pojedinaca,<sup>8</sup> Evropska konvencija ne garantuje pravo na neslaganje unutar verske organizacije. Pojedincu koji se ne slaže sa uverenjima, praksom i uređenjem verske organizacije kojoj pripada uvek ostaje mogućnost da napusti versku organizaciju. Sud je u ovom slučaju pravilno odmerio interese koji se štite Konvencijom. Mnogo je značajnije da se očuva unutrašnja kohezija i jedinstvo unutar verskih organizacija od zaštite prava pojedinaca koji svojim delovanjem narušavaju njihov unutrašnji poredak ili učenje. Ako bi država primoravala verske organizacije da se povinuju svakom zahtevu svakog njihovog člana, to bi obesmisliilo postojanje njihove unutrašnje strukture i urušilo bi njihov sakralni karakter. Pored toga, Sud smatra da poštovanje autonomije crkava i verskih zajednica podrazumeva i prihvatanje njihovog prava da reaguju protiv podela i frakcija koje se pojavljuju unutar njihove organizacione strukture i koje ugrožavaju njihovu unutrašnju koheziju i jedinstvo.<sup>9</sup> Ovim se potvrđuje opravdanost čl. 7 Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije kojim se reguliše autonomna regulativa crkava i verskih zajednica.<sup>10</sup> Njime se propisuje da država ne može ometati primenu autonomnih propisa verskih organizacija, kao i da država pruža odgovarajuću

---

7 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 116.

8 *Miroļubovs* i dr. protiv Letonije, br. predstavke 798/05.

9 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 128.

10 Ovaj član Zakona o crkvama i verskim zajednicama bio je osporen pred Ustavnim sudom RS.

pomoć za izvršenje pravosnažnih odluka i presuda njihovih nadležnih organa.<sup>11</sup> Iako poštovanje crkvene autonomije doprinosi unutrašnjoj koheziji verskih organizacija, država ne sme svojim delovanjem ograničavati verski pluralizam.<sup>12</sup>

Verska autonomija podrazumeva između ostalog i samostalnost verskih organizacija prilikom odabira verskih službenika i verskih lidera. Država ne sme obavezivati versku organizaciju da u svoje članstvo primi ili iz njega isključi nekog pojedinca ili da mu prepusti neku versku službu.<sup>13</sup> Drugim rečima, odnos između verske organizacije i njenog člana kao pojedinca zasniva se na slobodi koja podrazumeva da obe strane mogu prekinuti taj odnos u svakom trenutku bez ikakvog mešanja javnih vlasti. Posebno je značajno što Sud još jednom konstatuje da država nije ovlašćena da diskreciono procenjuje legitimnost verskih učenja i praksi. Dakle, versko učenje nalazi se u isključivoj nadležnosti verskih organizacija i samo su one ovlašćene da se određuju prema verskom učenju drugih verskih organizacija ili frakcija koje se stvaraju unutar njihove strukture.

Osim što podrazumeva samostalnost verskih organizacija prilikom prijema novih članova i odabira verskih lidera i verskih službenika uopšte, crkvena autonomija podrazumeva i njihovo pravo da zahtevaju „izvestan stepen lojalnosti“ svojih zaposlenih. Sud stoji na stanovištu da verske organizacije pojedincima poveravaju specifične misije koje mogu biti relevantan razlog da se od njih zahteva viši stepen lojalnosti prema verskoj organizaciji.<sup>14</sup> To znači da verska organizacija može od zaposlenih zahtevati da se pridržavaju njenog verskog učenja i njenih pravila i izvan uobičajenog radnog prostora i vremena kao i da povreda pravila može imati dosta teže konsekvence u odnosu na lica zaposlena kod poslodavaca koji ne uživaju crkvenu autonomiju.

Autonomija kao pojam podrazumeva postojanje određenih granica koje uspostavlja vlast koja svojom voljom garantuje autonoman status određenim entitetima. Sud stoji na stanovištu da verske organizacije moraju dokazati u svakom konkretnom slučaju da je njihovo mešanje u pravo na zaštitu privatnog i porodičnog života njihovih čla-

11 Zakon o crkvama i verskim zajednicama – ZCVZ, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2006.

12 Mitropolija Besarabije i drugi protiv Moldavije, br. predstavke 45701/99.

13 *Hasan i Chaush* protiv Bugarske, br. predstavke 30985/96.

14 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 131.

nova učinjeno zbog stvarnog rizika koji predstavlja pretnju njihovoj autonomiji. Takođe, one treba da dokažu da njihovo mešanje ne ide dalje od minimalno neophodnog kako bi se postigao odgovarajući cilj i da ne ugrožava suštinu prava na porodični i privatni život u skladu sa čl. 8 Evropske konvencije.<sup>15</sup> Dakle, narušavanje ličnih prava članova verske organizacije može biti opravdano samo ukoliko se na taj način postiže neutralisanje realnog i postojećeg rizika po autonomiju verske organizacije.

Evropski sud za ljudska prava izvršio je analizu faktora kojim se utvrđuje da li je državna intervencija bila neophodna u demokratskom društvu. Ti faktori su: status podnosioca predstavke, izloženost situacije podnosioca predstavke, odgovornost države kao poslodavca, težina sankcije i preispitivanje pred domaćim sudovima.<sup>16</sup>

Evropski sud za ljudska prava nije uspeo sa sigurnošću da utvrdi kakav je status imao podnosilac zahteva u Rimokatoličkoj crkvi. On je formalno bio sveštenik, ali je svima u njegovoj blizini bilo poznato da je oženjen, da ima decu i da je faktički bio bivši sveštenik. Bez obzira na neregulisan položaj podnosioca zahteva unutar Rimokatoličke crkve, Sud je zauzeo stav da je on i dalje imao obavezu lojalnosti prema crkvi jer mu je ona ukazala poverenje poverivši mu da predaje versku nastavu u javnoj školi.

Sud je razmatrao i uticaj publiciteta koji je podnosilac predstavke dao svojoj porodičnoj situaciji objavljivanjem u lokalnim medijima fotografije njegove porodice i učešćem na događaju na kojem je zahtevana promena propisa o sveštenstvu Rimokatoličke crkve, a koji je ta crkva smatrala protesnim skupom. Sud smatra da je tim postupcima narušen odnos poverenja između crkve i podnosioca predstavke, što je moralo imati posledice po njegov status u crkvi. Sud je zauzeo stav da verske organizacije imaju pravo da očekuju posebnu lojalnost nastavnika verske nastave jer ih one mogu smatrati svojim predstavnicima.<sup>17</sup> Dakle, način finansiranja izvođenja verske nastave u javnim školama, kao i činjenica da je država formalni poslodavac veroučitelja, ne sprečavaju verske zajednice da veroučitelje smatraju svojim predstavnicima, a samim tim i da odlučuju o njihovom statusu.

---

15 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 132.

16 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 133–151.

17 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 137.

Ono što slučaj *Fernández Martínez* protiv Španije razlikuje od sličnih slučajeva pred Evropskim sudom za ljudska prava jeste činjenica da je formalni poslodavac podnosioca predstavke država, a ne verska organizacija. Pitanje koje se postavlja jeste da li ta činjenica utiče na obavezu lojalnosti verskoj organizaciji i da li država može osloboditi zaposleno lice te obaveze? Sud je konstatovao da u većini država članica Saveta Evrope verske organizacije samostalno ili u saradnji sa državom odlučuju o postavljanju i otpuštanju nastavnika verske nastave, bez obzira na to ko direktno ili indirektno finansira tu vrstu nastave. Iz tog razloga Sud je stao na stanovište da i u slučaju kada država formalno zapošljava i isplaćuje zaradu predavačima verske nastave, to ne isključuje i ne umanjuje njihovu obavezu lojalnosti prema verskoj organizaciji, koja učestvuje u postupku njihovog zapošljavanja.<sup>18</sup> Kada je reč o radnopravnom statusu predavača verske nastave, Sud daje prednost zaštiti crkvene autonomije u odnosu na propise o radu koji se primenjuju na ostale prosvetne radnike.

Evropski sud za ljudska prava je raspravljao o posledicama koje odluka crkvenih vlasti ima za podnosioca predstavke. Primećeno je da Rimokatolička crkva ima dominantan položaj u sektoru u kojem je bio zaposlen podnosilac predstavke i da će mu biti jako teško, imajući u vidu njegovu stručnu spremu, da pronađe posao van crkve. Treba napomenuti da čl. 8 Evropske konvencije obuhvata i pravo na nastavak profesionalnog života.<sup>19</sup> U praksi Suda je preovladalo mišljenje da pojam privatni život ne isključuje profesionalne aktivnosti.<sup>20</sup> Sud, ipak, smatra da je podnosilac predstavke bio svestan svog statusa kao i da je mogao očekivati da će kršenje crkvenih propisa imati posledice po njegov radnopravni status. Ono što je posebno bitno jeste da Sud priznaje da je mera koju je preduzela Rimokatolička crkva jedina koja je mogla da zaštiti njen kredibilitet.<sup>21</sup> Prestanak radnog odnosa lica koje ne poštuje autonomne propise verske organizacije u nekim situacijama zaista jeste jedina mera kojom se može zaštititi crkvena autonomija i obezbediti njena unutrašnja kohezija i jedinstvo. Ukoliko bi postojala neka druga jednako efikasna mera sa manje dalekosežnim posledicama, onda bi verska organizacija trebalo da preduzme tu meru.

18 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 143.

19 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 108.

20 Bigaeva protiv Grčke, br. predstavke 26713/05.

21 *Fernández Martínez* protiv Španije, br. predstavke 56030/07, 146.

Na kraju su analizirani sudski postupci koji su vođeni pred domaćim sudovima. Evropski sud za ljudska prava utvrdio je da su se španski sudovi prilikom odmeravanja suprotstavljenih interesa pravilno pozvali na autonomiju Rimokatoličke crkve, te da je iz tog ugla odluka biskupa bila dovoljno obrazložena i u vezi sa uživanjem autonomije Rimokatoličke crkve.

Koliko je odmeravanje interesa između prava na zaštitu privatnog i porodičnog života i prava na zaštitu crkvene autonomije bio delikatan posao za Evropski sud pokazuje i činjenica da je Veliko veće bilo podeljeno prilikom glasanja. Ipak, sa 9 glasova doneta je odluka da nije došlo do povrede prava iz čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>22</sup> Time je Evropski sud za ljudska prava dao prednost zaštiti crkvene autonomije u odnosu na lična prava pojedinca, i to u konkretnom slučaju u odnosu na pravo na zaštitu privatnog i porodičnog života.

O odnosu između prava pojedinca na zaštitu privatnog i porodičnog života i autonomije crkva i verskih zajednica Evropski sud za ljudska prava raspravljao je i u slučaju Glavaš protiv Hrvatske.<sup>23</sup> Podnosiocu predstavke je na predlog nadležnog sveštenika nadbiskup Riječke nadbiskupije izdao kanonski mandat (*missio canonica*) kojim mu je dato pravo da predaje rimokatoličku veronauku u javnim školama. Njemu je 2003. godine ponuđeno da kao laik predaje katoličku veronauku u dve srednje škole u Opatiji. Podnosilac predstavke je sa pomenutim školama sklopio ugovor o radu na neodređeno vreme bez sprovođenja javnog konkursa za prijem u radni odnos. U tom momentu on je bio oženjen, a brak je sklopio u crkvenoj formi koja za javne vlasti proizvodi iste pravne efekte kao i građanska forma braka. Celokupna procedura njegovog prijema u radni odnos temeljila se na odredbama Ugovora između Svete Stolice i Hrvatske o saradnji na području obrazovanja i kulture.<sup>24</sup>

Podnosilac zahteva razveo se od svoje supruge pred državnim organima i sklopio je drugi brak u građanskoj formi 2006. godine. Iste godine Riječka nadbiskupija obavestila je podnosioca zahteva da je

---

22 Svih osam sudija koji su glasali protiv odluke Suda dali su izdvojena mišljenja u kojima su izneli svoje argumente i svoj pogled na sporni slučaj.

23 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13.

24 Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o suradnji na području odgoja i kulture, *Narodne novine*, br. 2/1997.



njegov građanski brak, dok je istovremeno vezan verskim brakom sa drugom ženom, protivan hrišćanskom učenju i da zbog toga nije više kvalifikovan da predaje rimokatoličku veronauku. Ubrzo je Riječka nadbiskupija povukla njegov kanonski mandat i o toj odluci je obavestila škole u kojima je podnosilac zahteva bio zaposlen. Pozivajući se na Zakon o radu, škole su raskinule ugovor o radu sa podnosiocem zahteva uz obrazloženje da ne može predavati versku nastavu bez kanonskog mandata i da ne postoji drugo radno mesto na koje bi mogao biti raspoređen.<sup>25</sup> Usledili su sudski postupci pred hrvatskim sudovima i podnošenje predstavke Evropskom sudu za ljudska prava.

Razmatrajući da li je mešanje države u konkretnom slučaju bilo neophodno u demokratskom društvu Evropski sud za ljudska prava primenio je ista pravila kao u presudi *Fernández Martínez* protiv Španije. U vezi sa statusom podnosioca predstavke Sud nije imao dilemu da je podnosilac predstavke laik nastavnik verske nastave. Međutim, Sud je zauzeo stav da je podnosilac zahteva prihvatajući posebne uslove zapošljavanja pristao i na obavezu posebne odanosti nauci i učenju crkve koja mu izdaje kanonski mandat. Podnosilac zahteva je bio svestan značaja ustanove braka za crkvu, ali je sklapajući drugi brak svesno zanemario svoje obaveze dovodeći se u situaciju da izgubi kanonski mandat koji mu je omogućavao da predaje versku nastavu u javnim školama.

Najvažnija razlika između slučaja Glavaš i *Fernández Martínez* tiče se publiciteta koji su podnosioci predstavke dali svojoj porodičnoj situaciji. Sud primećuje da u predmetu Glavaš ne postoji pitanje publiciteta i da podnosilac zahteva nije širio uverenja koja su suprotna zvaničnom učenju crkve. Pitanje je da li se ta činjenica može smatrati ključnom prilikom ocenjivanja da li je mešanje države bilo neophodno u demokratskom društvu. Sud je zauzeo stav da u slučaju nastavnika verske nastave pravljenje jasne razlike između njihovog privatnog života i profesionalnih obaveza predstavlja osetljiv zadatak kada se posmatra iz ugla postojanja povećane obaveze lojalnosti prema verskim organizacijama, a sve sa ciljem očuvanja njihovog kredibiliteta. Iz tog razloga Sud smatra da činjenica da životnom stilu podnosioca predstavke nije dat publicitet ne predstavlja odlučujući faktor prilikom procene posledica koja je proizvela odluka crkve.<sup>26</sup>

25 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13, 6–15.

26 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13, 99.

Kada je reč o odgovornosti države kao poslodavca Evropski sud za ljudska prava je napravio jasnu distinkciju između prava podnosioca zahteva da sklopi drugi brak i posledica koji je ta odluka imala. Naime, Sud je zauzeo stav da je prekid radnog odnosa zasnovan na povlačenju kanonskog mandata, a ne na činjenici da je podnosilac predstavke sklopio drugi brak. Po mišljenju suda država je dužna da obezbedi da mešanje u prava podnosioca zahteva ne prelazi ono što je nužno kako bi se otklonio svaki rizik po autonomiju njegove verske organizacije i da ne služi nijednoj drugoj svrsi. Iz tog razloga se daje posebna važnost činjenici da podnosilac nije izgubio posao u školama u kojima je bio zaposlen odmah nakon povlačenja kanonskog mandata, već su škole pokušale da mu pronađu drugo radno mesto. To pokazuje nameru države da uspostavi ravnotežu između privatnog i profesionalnog statusa podnosioca zahteva i prava crkava i verskih zajednica na zaštitu njihove autonomije.<sup>27</sup> Iz navedenog se vidi da verske organizacije svojim aktima obezbeđuju legalitet državnoj intervenciji kojom se ograničava pravo na porodični i privatni život.

Analizirajući strogost nametnute sankcije Evropski sud za ljudska prava zaključuje da je prekid radnog odnosa proizveo ozbiljne posledice u privatnom i porodičnom životu podnosioca predstavke. Sud, međutim, prekid radnog odnosa ne dovodi u vezu sa aktima Rimokatoličke crkve, već sa činjenicom da škola nije mogla da pronađe adekvatno zaposlenje za podnosioca predstavke, a koje bi bilo u skladu sa njegovom porodičnom situacijom. Iz ovoga proističe da, za Sud, akt crkve nije imao nikakve direktne posledice po status podnosioca zahteva, već da je on izgubio posao jer škola nije mogla da mu pronađe adekvatno alternativno zaposlenje. Sud, takođe, smatra da su posledice nastupile jer se podnosilac zahteva svesno doveo u situaciju koja je protivna učenju crkve kojoj pripada i da je na taj način zanemario obavezu posebne lojalnosti prema crkvi, koja je imanentna statusu nastavnika rimokatoličke veronauke.<sup>28</sup>

Na kraju, Evropski sud za ljudska prava razmotrio je postupke koji su vođeni pred hrvatskim sudovima. Za Sud je bitno da su domaći organi razmotrili da li je postignuta ravnoteža između suprotstavljenih interesa: u ovom slučaju između prava na zaštitu privatnog i porodičnog života i prava crkve da zaštiti svoju autonomiju. Takođe, za Sud

---

27 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13, 103.

28 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13, 144–146.

je bitno da je postupak donošenja odluka pred nacionalnim organima pružio podnosiocu zahteva potrebnu zaštitu njegovih interesa. Sud je konstatovao da su hrvatski sudovi uzeli u obzir sve merodavne činjenice i da su dubinski razmotrili interese obe strane.<sup>29</sup>

Slučaj *Fernández Martínez* protiv Španije može se smatrati precedentom kojim je uspostavljena praksa Evropskog suda za ljudska prava kada je reč o slučajevima u kojima se pravo crkava i verskih zajednica na autonomiju suprotstavlja drugim ličnim pravima. Iako je presuda u tom slučaju doneta minimalnom većinom glasova, argumenti koji su tada izneti i metodologija utvrđivanja prihvatljivost državnog mešanja u pravo na privatni i porodični život našli su svoju primenu i u drugim presudama. U slučaju *Glavaš* protiv Hrvatske presuda je doneta jednoglasno i Sud je još jednom potvrdio da pravo crkava i verskih zajednica na zaštitu njihove autonomije može dovesti do dozvoljenog mešanja države u pravo na zaštitu porodičnog i privatnog života.

### 3. CRKVENA AUTONOMIJA U REPUBLICI SRBIJI

U prvom delu Ustava Republike Srbije koji nosi naslov „Načela Ustava“ nalazi se član 11 pod naslovom „Svetovnost države“.<sup>30</sup> Njim je predviđeno da su sve crkve i verske zajednice odvojene od države i da se nijedna religija ne može uspostaviti kao državna ili obavezna. Neku vrstu autonomije crkava i verskih zajednica ustavotvorac je propisao u čl. 44. Ustava Republike Srbije koji nosi naslov „Crkve i verske zajednice“. U skladu sa njim crkve i verske zajednice su „slobodne da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, da osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju, u skladu sa zakonom“. Iz navedenog se vidi da je zaštićena organizaciona autonomija crkava i verskih zajednica, bogoslužbena autonomija i prosvetno-školska autonomija uz obavezu poštovanja zakona. Ograničenja crkvene autonomije propisana su u tački 2. istog člana koja glasi „Ustavni sud može zabraniti versku zajednicu samo ako njeno delovanje ugrožava pravo na život, pravo na psihičko i fizičko zdravlje, prava dece, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu, javnu bezbednost i javni red ili ako izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost“. Ograničenja

29 Glavaš protiv Hrvatske, br. predstavke 75581/13, 113.

30 Ustav RS, *Službeni glasnik* RS, br. 98/2006.

crkvene autonomije i uopšte delovanja crkava i verskih zajednica koja su sadržana u Ustavu RS identična su odredbama sadržanim u međunarodnim ugovorima kojima se štiti sloboda savesti i veroispovesti. Da li je važeći Ustav uveo u Srbiji sistem kooperativne ili stroge odvojenosti nije od velikog značaja za temu ovog rada.<sup>31</sup> Nasuprot tome, zanimljiva je činjenica da je ustavotvorac propisao da povreda prava na lični i porodični integritet može biti valjan razlog za zabranu delovanja crkve ili verske zajednice.

Sadržaj prava na autonomiju verskih organizacija razrađen je detaljnije Zakonom o crkvama i verskim zajednicama (ZCVZ). U čl. 6 ZCVZ precizirano je da autonomija crkava i verskih zajednica podrazumeva da su one nezavisne od države i jednake pred zakonom, slobodne i autonomne u određivanju svog verskog identiteta i da „imaju pravo da samostalno uređuju i sprovode svoj poredak i organizaciju i da samostalno obavljaju svoje unutrašnje i javne poslove“. Zakonom je garantovano da država ne može da ometa primenu autonomnih propisa verskih organizacija. U toku rasprave o ustavnosti ZCVZ posebno je osporena odredba Zakona kojom se dozvoljava državi da pruža pomoć za izvršenje pravosnažnih odluka i presuda koje izdaju nadležni organi verskih organizacija (čl. 7, st. 2 ZCVZ).<sup>32</sup>

Radnopravni status nastavnika verske nastave bio je predmet rasprave pred Ustavnim sudom RS.<sup>33</sup> Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja priznaje široku autonomiju crkvama i verskim zajednicama u Republici Srbiji kada je reč o izboru nastavnika verske nastave.<sup>34</sup> Tradicionalne crkve i verske zajednice utvrđuju spisak nastavnika koji dostavljaju ministru prosvete. One nisu u obavezi da na bilo koji način obrazlože odluku o stavljanju ili izostavljanju imena određenog lista sa pomenute liste. Odabir kadrova nalazi se u njihovoj isključivoj nadležnosti i regulisan je njihovim autonomnim propisima. Za državne organe je stavljanje na listu dovoljan dokaz da se radi o kvalifikovanom licu koje je vezano za određenu crkvu ili versku

---

31 T. Marinković, „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2011, 367–385. i S. Avramović, „Poimanje sekularnosti u Srbiji-refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2011, 279–301.

32 *Pravo, vera, kultura* (ur. A. Raković, V. Đurić), Beograd 2012, 140–147.

33 Rešenje Ustavnog suda IY3-253/2009.

34 Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2017 i 27/2018.

zajednicu i ispunjava uslove koji su propisani njenim autonomnim pravom. Pošto nastavnici verske nastave potpisuju sa školom ugovor o radu na 12 meseci, crkve i verske zajednice moraju najmanje jednom godišnje da dostave listu veroučitelja. Izostavljanje ili brisanje imena nastavnika verske nastave sa liste koju tradicionalne crkve i verske zajednice dostavljaju ministru prosvete ima za posledicu neobnavljanje ugovora o radu i gubitak zaposlenja za spornog nastavnika verske nastave. Na taj način se poštuje autonomija crkava i verskih zajednica, iz koje proističe njihovo pravo da samostalno vrše izbor lica koja ih predstavljaju.<sup>35</sup>

Jedan od veroučitelja kome nije obnovljen radni odnos zbog toga što nije stavljen na listu nastavnika verske nastave podneo je 2010. godine Ustavnom sudu Srbije ustavnu žalbu zbog „nemogućnosti ostvarivanja prava na sudsku zaštitu i prava na jednaku zaštitu i pravno sredstvo, zajemčenih odredbama čl. 22 i 36 Ustava Republike Srbije“. Podnosilac žalbe je na zahtev Suda marta 2011. godine dopunio ustavnu žalbu podneskom u kojem je precizirao da se njegov zahtev odnosi na čl. 170 Ustava RS kojim je propisano da se ustavna žalba može izjaviti „protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava ili slobode zajamčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu“. Podnosilac ustavne žalbe naveo je da smatra da su mu prava povređena odredbama Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja jer njime „nije predviđeno kako da se zaštite prava onih koje crkva nepravedno ne stavi na listu“. Takođe, on tvrdi da mu nije dostupno nijedno pravno sredstvo kojim bi mogao da traži zaštitu suda i da se žalio crkvenim organima ali da su oni ignorisali njegove žalbe. Ustavni sud je ustavnu žalbu podnosioca odbacio kao nedopuštenu, jer je „izjavljena protiv radnji koje nisu radnje državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja“.

Ovde treba najpre istaći da je Ustavni sud odbacio ustavnu žalbu zbog nedostatka procesnih pretpostavki. To znači da Sud nije pristupio razmatranju žalbe u meritumu. Na osnovu prakse Evropskog suda za ljudska prava može se zaključiti da podnosilac žalbe ne bi uspeo da dobije spor ni pred ovim Sudom. Crkvena autonomija podrazumeva pravo crkava i verskih zajednica da samostalno i bez uplita države

35 *Fernández Martínez protiv Španije*, br. predstavke 56030/07, 137.

formiraju kriterijume i procedure na osnovu kojih se vrši odabir njihovih kadrova. Država nije u mogućnosti da nametne crkvama i verskim zajednicama da određenom licu povere neku versku funkciju ili dužnost,<sup>36</sup> a da istovremeno ne naruši njihovu autonomiju. Podnosilac žalbe je mogao jedino da u okviru propisa verske organizacije kojoj pripada pokrene odgovarajuće procedure (ukoliko postoje) i da na taj način zaštiti prava koja smatra da ima. Povećana obaveza lojalnosti nastavnika verske nastave prema crkvi ili verskoj zajednici kojoj pripadaju podrazumeva da imaju obavezu da prihvate odluke njihovih organa.

U Odluci o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama Ustavni sud Srbije zauzeo je stav „da su crkve i verske zajednice slobodne da samostalno utvrđuju svoju unutrašnju organizaciju i verske poslove i da država ne sme da ometa donošenje i primenu autonomnih propisa i odluka“.<sup>37</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Zaštita crkvene autonomije predstavlja *conditio sine qua non* razvoja verskog pluralizma i uživanja kolektivnog aspekta slobode savesti i veroispovesti. Sadržaj crkvene autonomije nije moguće precizno odrediti i on varira u zavisnosti od brojnih faktora: sistema odnosa države i crkve, oblasti u kojima država saraduje sa verskim organizacijama i dr. Evropski sud za ljudska prava pokušao je da preciznije odredi sadržaj pojma crkvene (ili verske) autonomije u presudi *Fernández Martínez* protiv Španije. Činjenica je, međutim, da zaštita autonomije crkava i verskih zajednica u određenim situacijama može dovesti do neizbežnog mešanja države u lična prava pojedinaca, koji su na neki način povezani sa njima. U tom slučaju država mora da balansira konkurentne interese članova verskih organizacija i samih verskih organizacija.

Iz presuda Evropskog suda za ljudska prava može se zaključiti da pravo na zaštitu verske autonomije uživa viši stepen zaštite u odnosu na lična prava pojedinaca. Presuda u slučaju *Fernández Martínez* protiv Španije predstavlja presedan u praksi Evropskog suda za ljudska prava jer su u njoj prvi put utvrđeni faktori koji se uzimaju u obzir

---

36 *Hasan i Chaush* protiv Bugarske, br. predstavke 30985/96.

37 Odluka Ustavnog suda IY3-455/2011.

prilikom procene da li je u demokratskom društvu prilikom odmeravanja suprotstavljenih interesa (između prava na zaštitu privatnog i porodičnog života i obaveze države da zaštiti autonomiju crkava i verskih zajednica) mešanje države bilo neophodno. Ti faktori su: status podnosioca predstavke, izloženost situacije podnosioca predstavke, odgovornost države kao poslodavca, težina sankcije i preispitivanje pred domaćim sudovima.<sup>38</sup> Status podnosioca predstavke je relevantan kada se utvrđuje obim obaveze lojalnosti prema verskoj organizaciji: verski službenici i klirici imaju veću obavezu lojalnosti od laika zaposlenih kod verskih organizacija. Prilikom određivanja statusa podnosioca zahteva uzimaju se u obzir propisi verske organizacije iz kojih se mogu videti njegove dužnosti i uslovi za postavljenje na određeni položaj, ali i očekivanja i značaj njegovog angažmana za ostvarivanje misije crkve ili verske zajednice. Prilikom ocenjivanja izloženosti situacije podnosioca predstavke Sud utvrđuje koliko je njegova lična i porodična situacija stekla publicitet koji može narušiti kredibilitet crkve koja ga je angažovala. Ukoliko je podnosilac predstavke promene u svom privatnom životu koje se kose sa načelima crkve kojoj pripada učinio dostupnim javnosti, utoliko je pogoršao svoj položaj i dao pravo crkvi da preduzme mere kako bi očuvala svoj kredibilitet, unutrašnju koheziju i jedinstvo. Kada je reč o utvrđivanju odgovornosti države kao formalnog poslodavca, cilj je da se utvrdi koliko je država bila vezana odlukama crkvenih organa i da kojim slučajem nije samostalnom odlukom države došlo do mešanja u prava zaštićena Konvencijom. Sankcija koju trpi podnosilac predstavke treba da podrazumeva minimalno mešanje u njegova lična prava, uz istovremeno postizanje osnovnog cilja, a to je zaštita autonomije crkava i verskih zajednica. Na kraju Sud proverava da li su domaći sudovi uzeli u obzir sve relevantne činioce i interese obe strane. Nakon što ispita pomenute faktore Sud donosi odluku u svakom konkretnom slučaju.

Kada je reč o crkvenoj autonomiji u Republici Srbiji, ona je zaštićena Ustavom i Zakonom o crkvama i verskim zajednicama. U svakom slučaju, propisi kojima je regulisana crkvena autonomija u Srbiji ne odstupaju od standarda koji su sadržani u relevantnim presudama Evropskog suda za ljudska prava. Pre bi se moglo tvrditi da presude koje su analizirane u ovom radu predstavljaju argument u prilog posto-

38 *Fernández Martínez protiv Španije*, br. predstavke 56030/07, 133–151.

ječih zakonskih rešenja. Na kraju, trebalo bi istaći da pravni sistemi u Evropi i u Sjedinjenim Američkim Državama garantuju najviši stepen zaštite prava na crkvenu autonomiju, jer ona leži u samoj srži slobode veroispovesti.<sup>39</sup>

*Dalibor Đukić, PhD*

*Assistant Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law*

## THE RIGHT TO RESPECT PRIVATE AND FAMILY LIFE AND RELIGIOUS AUTONOMY

### *Summary*

The right of religious communities to autonomy in structuring their internal affairs is a core element of religious freedom. The importance of religious autonomy is best illustrated by the fact that it is often an explicit or implicit constitutional category. In most European countries, churches and religious communities are among the largest sources of employment, second only to the state. The autonomy of religious organizations allows them to regulate internal working conditions according to their own terms. A specific expression of this principle is that religious communities may require a duty of specific loyalty on the part of the people who work for them or represent them. This duty can violate fundamental rights, and particularly, the right to respect private and family life. Churches and religious communities have the right to terminate employees when their way of life or their expressed opinions are contrary to the teachings of the specific religious organization. This paper analyzes the complex interaction between the right to the autonomy of religious organizations, the right to respect private and family life, and the state neutrality in religious affairs.

*Key words: Religious autonomy. – Religious organizations. – The right to respect private and family life. – ECHR.*

---

39 C. Durham, „The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View“, *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. G. Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 27.



Dr Sanja Grbić\*

Dr Dejan Bodul\*\*

## ZAŠTO JE VAŽNO ANALIZIRATI PRAKSU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA: EXEMPLAR

*U okviru (potrošačko) stečajnog postupka svaka se od kategorija vjerovnika (stečajni vjerovnici, vjerovnici stečajne mase te izlučni i razlučni vjerovnici), koji se u njemu mogu pojaviti, javlja s identičnim interesom – zaštitom prava na ostvarenje svojih tražbina. Međutim, njihova stajališta i očekivanja ne moraju se obvezno razlikovati, ali je to s obzirom na različit položaj i posljedice koje mogu trpjeti tijekom potrošačko stečajnog postupka vrlo moguće. Cilj je rada prikazati i analizirati položaj jednog od sudionika postupka odnosno položaj jamca kao „običnog“ stečajnog vjerovnika u postupku potrošačkog stečaja. Pri istraživanju korišten je metodološki postupak koji podrazumijeva proučavanje domaće i strane literature, odgovarajućih zakonskih propisa, kao i analizu sudske prakse. Za potrebe rada, dat ćemo kratak poredbeno-pravni pregled instituta potrošačkog stečaja u pravu SAD-a radi analize položaja jamca u paradigmi anglosaksonskog modela. Kako naša sudska praksa mora prihvatiti činjenicu da se preko prakse Europskog suda za ljudska prava (dalje: ECHR) afirmira princip precedenata i time sudske prakse kao formalnog izvora prava, posebno će se analizirati judikatura ECHR-a u postupcima prema čl. 1 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (tzv. pravo na mirno uživanje imovine), jer polazimo od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje teze rada.*

**Ključne reči:** *Potrošački stečaj. – Vjerovnici. – Jamac (poruk). – Precedentalno pravo.*

---

\* Autorica je docentica na Katedri za teoriju prava i države, filozofiju prava, ljudska prava i javnu politiku na Pravnom fakultetu u Rijeci, Hrvatska, [sgrbic@pravri.hr](mailto:sgrbic@pravri.hr).

\*\* Autor je docent na Katedri za građansko postupovno pravo, na Pravnom fakultetu u Rijeci, Hrvatska, [dbodul@pravri.hr](mailto:dbodul@pravri.hr).

## 1. OKVIR ZA RASPRAVU

Kreditna ekspanzija u Republici Hrvatskoj, u uvjetima zakonskog institucionalnog vakuuma, počela je početkom 2000. Doktrina navodi kako je jedan od problema činjenica što su sami korisnici u velikoj mjeri ulazili u ugovorne (kreditne) obveze bez dostatnog razumijevanja rizika koji preuzimaju. Takvo financijsko opterećenje teško da se moglo izmirivati iz redovnog mjesečnog dohotka, što je pogodovalo povećanju broja nenaplativih (tzv. „loših“) kredita. Zatim je uslijedio „domino efekt“ jer su kao instrument osiguranja redovito korišteni jamci, nerijetko članovi obitelji, pa kada dužnik više nije mogao izmirivati vlastitu dospelu obvezu, vjerovnici su se naplatili od jamača koji su sada plaćali tuđe i vlastite anuitete.<sup>1</sup> Reakcija na prethodno bila je opsežna normativna regulacija sektora financijskih usluga gdje se kao središnja figura javlja fizička osoba – potrošač.<sup>2</sup> Pored donošenja i niza propisa (Zakona o zaštiti potrošača,<sup>3</sup> Zakona o potrošačkom kreditiranju<sup>4</sup> i Zakona o obveznim odnosima<sup>5</sup>) donesen je i niz posebnih uredbi,<sup>6</sup> odluka,<sup>7</sup> pravilnika<sup>8</sup> i specijaliziranih propisa<sup>9</sup> kojima se

- 1 Pretraživanja službenih statističkih publikacija ne daje o tome jasan i nedvosmislen odgovor. Ipak po informacijama nekih, za ovu problematiku relevantnih izvora (kao što je Svjetska banka), procjenjuje se da je 75 % kredita osigurano putem jamaca. Tako i podrobnije Svjetska banka, Sektor za razvoj privatnog i financijskog sektora, Područje Europe i Središnje Azije, *Studija – Republika Hrvatska, Dijagnostički pregled zaštite potrošača i financijske pismenosti*, Svezak II. Usporedba s dobrim praksama, Washington DC 2010, 7 et seq.
- 2 T. Petrašević, P. Poretti, „Zaštita prava potrošača u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na ugovore sklopljene izvan poslovnih prostorija ponuditelja i ugovore na daljinu“, *Društveni ogledi – časopis za pravnu teoriju i praksu*, 1/2016, 9–55. Inače navedeno izdanje Zbornika predstavlja tematsko izdanje iz područja zaštite potrošača sa posebnim osvrtom na korisnike financijskih usluga.
- 3 *Narodne novine*, br. 41/14, 110/15 – dalje: ZZZP.
- 4 *Narodne novine*, br. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 78/15 i 52/16 – dalje: ZPK.
- 5 *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15. i 29/18 – dalje: ZOO.
- 6 Primjerice, Uredba o određivanju tijela za provedbu Uredbe (EZ-a) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. listopada 2004. o suradnji nacionalnih tijela odgovornih nad provedbom propisa o zaštiti potrošača (Uredba o suradnji u zaštiti potrošača), *Narodne novine*, br. 84/14 i 120/14.
- 7 Primjerice, Odluka o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača, *Narodne novine*, br. 105/14; Odluka

također, između ostalog, reguliraju prava i potrošača.<sup>8</sup>Štoviše, doktrina naznačuje kako smo implementirali cjelokupni potrošački *acquis* EU.<sup>10</sup> Ipak u kontekstu predmeta rada postavlja se pitanje – je li to dovoljno, odnosno jesu li mjere *post festum* zaštite jamaca (kao potrošača)<sup>11</sup> dostatne.

## 2. DEFINIRANJE POJMOVA

Imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji u ovom radu obrađujemo, a radi preciznosti i jasnoće, smatramo značajnim napraviti objašnjenje pojmova jamac i potrošački stečaj.

Odredbе o jamstvu sadržane su u čl. 104–126 (odsjeck 6 Jamstvo) ZOO koje uređuju uvjete nastanka ugovora, odnos vjerovnika i jamca, odnos jamca i dužnika te pravo regresa. Pri tomu postoji nekoliko vrsta jamstava, ovisno o vrsti obveze koju preuzima jamac (supsidijarno, redovno ili obično jamstvo, solidarno jamstvo ili jamac placat, podjam-

---

o osnivanju Nacionalnog vijeća za zaštitu potrošača, *Narodne novine*, br. 90/14 44/16.

- 8 Primjerice, Pravilnik o načinu isticanja maloprodajne cijene i cijene za jedinicu mjere proizvoda i usluga, *Narodne novine*, br. 66/14 i 16/15; Pravilnik o uvjetima i načinu provođenja sezonskog sniženja, *Narodne novine*, br. 135/15; Pravilnik o sadržaju i obliku obavijesti o pravu potrošača na jednostrani raskid ugovora o vremenski ograničenoj uporabi (*timeshare*), dugotrajnom turističkom proizvodu, ponovnoj prodaji i zamjeni, *Narodne novine*, br. 66/14.
- 9 Primjerice, Zakon o elektroničkoj trgovini, *Narodne novine*, br. 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14; Zakon o informiranju potrošača o hrani, *Narodne novine*, br. 56/13, 14/14, 56/16.; Zakon o zaštiti osobnih podataka, *Narodne novine*, br. 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12; Zakon o tržištu električne energije, *Narodne novine*, br. 22/13, 95/15, 102/15, 68/18; Zakon o kreditnim institucijama, *Narodne novine*, br. 159/13, 19/15, 102/15 i 15/18.
- 10 Primjerice, E. Miščenić, „Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj”, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 1/2013, 145–176.
- 11 Sintagma – kao potrošača – možda nije najpravilnija budući je Sud pravde EU-a odlučio kako se samo dužnik iz ugovora o kreditu može smatrati potrošačem, a time i ugovornom stranom koja uživa posebnu zaštitu. Predmet C–208/98 *Berliner Kindl Brauerei AG v Andreas Siepert* [2000] ECR I–1741: „Ugovor o osiguranju, koji je zaključen u svrhu osiguranja povrata plaćanja kredita, ne spada u područje primjene Direktive 87/102/EEZ (...) o potrošačkom kreditu, kada ni jamac niti korisnik kredita nisu djelovali u okviru njihove trgovačke ili profesionalne djelatnosti“. Tako i podrobnije, G. Mihelčić, E. Miščenić, „*Credere* i kredit: dva srodna ili suprotstavljena pojma?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2016, 322 *et seq.*

stvo ili jamčev jamac, sujamstvo više jamaca te jamstvo za naknadu štete jamcu). Ipak neovisno o vrsti jamstva ugovorom o jamstvu u pisanom obliku jamac se obvezuje prema vjerovniku da će ispuniti valjanu i dospjelu obvezu dužnika, ako to ovaj ne učini. On se može zaključiti za svaku pravovaljanu obvezu bez obzira na njezin sadržaj, uključujući i uvjetne obveze te određene buduće obveze. Na taj se način vjerovniku daje sigurnost naplate tražbine, pa se to smatra osobnim ili personalnim pojačanjem postojećeg obvezno-pravnog odnosa. Za obvezu dužnika jamac odgovara cjelokupnom svojom imovinom, no njegova je obveza sporedna i zavisi od obveze dužnika, stoga jamstvo ne može postojati samostalno bez obveze dužnika. Dakle, tako definirana akcesornost jamčeve obveze znači da se jamstvom osigurana tražbina ne može ustupiti drugom samostalno bez onih prava koja temeljem ugovora o jamstvu pripadaju vjerovniku prema jamcu, s obzirom da do ustupa sporednih tražbina dolazi temeljem zakona zajedno s ustupom glavne tražbine. Pritom jamčeva obveza ne može biti veća od obveze glavnog dužnika, ali jamac može ograničiti svoju odgovornost na dio obveze dužnika ili na neki drugi način odrediti da je njegova obveza lakša od obveze dužnika. No, od tog pravila postoje iznimke, pa jamac odgovara i za svako povećanje obveze koje nastane uslijed zakašnjenja ili krivnje dužnika, te mora naknaditi sve troškove koje je vjerovnik učinio radi naplate duga, osim ako nije drugačije ugovoreno. Na jamca koji je namirio vjerovnikovu tražbinu *ex lege* prelazi ta tražbina sa svim sporednim pravima i osiguranjima njezina ispunjenja (*zakonska personalna subrogacija*). Jamac koji je isplatio vjerovniku njegovu tražbinu može zahtijevati od dužnika da mu naknadi sve što je isplatio za njegov račun, a i kamate od dana isplate. ZOO u dijelu koji se odnosi na odnos vjerovnika i jamca, posebno ističe kako je u slučaju stečaja glavnog dužnika vjerovnik dužan prijaviti svoju tražbinu u stečaj i o tome obavijestiti jamca, inače odgovara jamcu za štetu koji bi ovaj imao zbog toga. Nadalje, smanjenje obveze glavnog dužnika u stečajnom postupku ne povlači za sobom i odgovarajuće smanjenje jamčeve obveze te jamac odgovara vjerovniku za cijeli iznos svoje obveze. Vjerovnik, što više, može zahtijevati ispunjenje od jamca iako prije toga nije pozvao glavnog dužnika na ispunjenje obveze, ako je očito da se iz sredstava glavnog dužnika ne može ostvariti njezino ispunjenje ili ako je glavni dužnik pao pod stečaj.<sup>12</sup>

---

12 Tako i detaljnije J. Čuveljak, „Jamstvo (poručanstvo)“, *Hrvatska pravna revija*, 7/2007, 27 *et seq.* Isto vidi, V. Gorenc, (opća redakcija), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb 2014, 171–196.

S druge strane, iako je napravljen niz reformi stečajnih propisa dugo je vremena smatrano kako ne postoje uvjeti za uvođenje posebne vrste stečajnog postupka za sve fizičke osobe. Stoga je doktrina tadašnje pozitivno rješenje, stečaja nad imovinom dužnika pojedinca (trgovca pojedinca i obrtnika), do implementacije Zakona o stečaju potrošača 2015.<sup>13</sup> smatrala „tranzicijskom“ kategorijom. Ipak, stečajni postupak nad imovinom dužnika pojedinca kako je uređen u starom Stečajnom zakonu,<sup>14</sup> predstavljao je prvi korak prema otvaranju mogućnosti provođenja stečajnog postupka nad imovinom svih fizičkih osoba, odnosno uvođenju potrošačkog stečaja. Sukladno pravilima potrošačkog insolventijskog postupka, cilj je ovog specifičnog izvanparničnog postupka poštenog potrošača osloboditi od obveza koje preostanu nakon unovčenja njegove imovine i raspodijele prikupljenih sredstava vjerovnicima (oslobođenje od preostalih obveza). Dakle, kod potrošačkog stečaja razlikujemo materijalno-pravni cilj koji se odnosi samo na potrošača i predstavlja upravo *differentia specifica* u odnosu na korporativni stečaj. Sam postupak je žuran/hitan pa sud može donositi odluke i bez usmene rasprave, *ex officio* odlučivati o činjenicama koje su važne za postupak i radi toga izvoditi sve potrebne dokaze. Štoviše, po novim rješenjima, koja još nisu stupila na snagu, sudski savjetnici su ovlašteni provoditi postupak i donositi odluke. Nadalje, posebne insolventijske odredbe pružaju potrošačima pravo na otpust dugova u tri etape. Prva je određena u pokušaju potrošača da postigne izvansudski sporazum o ispunjenju obveza sa svojim vjerovnicima. Nakon pokušaja, koji po novim rješenjima nije obligatoran, pokreće se sudski stečajni postupak. Slijedi ponovni pokušaj postizanja sporazuma o reguliranju duga u okviru sudskog stečajnog postupka uz mogućnost nametanja rješenja od strane suda kroz tzv. pravila o zabrani opstrukcije. Ako u okviru druge etape postupka vjerovnici ne prihvate plan za reguliranje dugova dužnika, slijedi otvaranje postupka stečaja potrošača i likvidacija dužnikove zapljene imovine u okviru sudskog postupka za koji vrijede pojednostavljena pravila te, ovisno o prijedlogu dužnika, oslobađanje od preostalih dugova tijekom razdoblja do pet godina (tzv. razdoblje dobrog vladanja). Nova rješenja ukazuju i na novi skraćeni sudski model postupka stečaja potrošača, tzv. jednostavni postupak stečaja potrošača. U svakom slučaju, supsidijarno se primjenjuju pravila Stečajnog

13 *Narodne novine*, br. 100/15 (67/18 stupa na snagu 1.1.2018.) – dalje: ZSP.

14 *Narodne novine*, br. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12 i 45/13 – stari SZ.

zakona<sup>15</sup> o stečajnim, izlučnim i razlučnim vjerovnicima; vjerovnicima stečajne mase; pravnim posljedicama otvaranja stečajnoga postupka; unovčenju stečajne mase i unovčenju predmeta na kojima postoji razlučno pravo i namirenju stečajnih vjerovnika, osim odredbi o obustavi stečajnog postupka. U konačnici, iako primjena kako starog SZ tako i novog SZ u odnosu na dužnike pojedince još nije utvrdila odgovarajuće standarde za pojedine probleme te je većina odredbi u potpunosti ostala „neiskušana“ u praksi, tek će primjena ZSP trebati iskristalizirati određena tumačenja, a jedno od njih je i problematika položaja jamca kao vjerovnika u otvorenom postupku potrošačkog stečaja.

### 3. PREGLED DOSADAŠNJE LITERATURE I DOPRINOS OVOG RADA

Provedbu kao i cilj potrošačko stečajnog postupka detaljno uređuje ZSP, a pritom se na odgovarajući način primjenjuju odredbe SZ. U Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative, i to prvenstveno problematikom korporativnog stečaja. Dakle, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,<sup>16</sup> za razliku od kapitalnih djela i znanstvenih članaka koja postoji u pravu, primjerice, SAD-a i njemačkom pravu. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u oblasti stečaja bavi se ključnim pokazateljima stečajnog

---

15 Narodne novine, br. 71/15 i 104/17 – dalje: SZ. Stupanjem na snagu novog SZ prestaje važiti Stečajni zakon, *Narodne novine*, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13 dalje: stari SZ. Također, danom stupanja na snagu novog SZ u Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (*Narodne novine*, br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13 (71/15 i 78/15)) prestaje važiti odredba čl. 1, t. 3, odredbe čl. 3, t. 10, 11, 12, 14 i 15, čl. 17 st. 7, čl. 88, st. 1, t. 3 – 6 te čl. 18–86, dakle odredbe o predstečajnoj nagodbi.

16 Prostor ne dozvoljava širu elaboraciju, stoga u bilješkama upućujemo na izvorne radove. M. Dika, *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998, 1–119; A. Eraković, *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF Plus, Zagreb 1997, 1–257 te D. Sajter, *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet, Osijek 2008, 1–303; J. Čuveljak, *Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom*, III izdanje Zgombić & Partneri, Zagreb 2013, 1–1176.

postupka (dakle, troškovima stečajnog postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te vrši poredbeno-pravnu analizu i razmatra odnos intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.<sup>17</sup> Radi otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,<sup>18</sup> ali i struka<sup>19</sup> analizirala je čitav niz procesnih mjera što je u konačnici doprinijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. U njihovim radovima analizirane su procesne radnje, njihove prednosti i mane, posljedice i preduvjeti za njihovu uspješn(ij)u primjenu.<sup>20</sup>

- 17 D. Sajter, „Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3/2010, 729–744; *id.*, „Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj”, *Ekonomski vjesnik*, 1 i 2/2007, 31–42; B. Schönfelder, „Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature”, *Financijska teorija i praksa*, 3/2002, 75–690 te Z. Šverko Grdić, J. Radolović, i L. Bagarić, „Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji”, *Ekonomski pregled*, 5–6/2009, 250 *et seq.*
- 18 M. Dika, *Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage*, u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12), 54, Crnić, I. (ur.), Organizator, Zagreb 2012; J. Garašić, *Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012*, u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, (ur. Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A.), Pravni fakultet, Zagreb 2013, 469–493; J. Garašić, „Završna dioba u stečajnom postupku”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2007, 1–32; D. Bodul, A. Vuković, „Stečajno zakonodavstvo u tranziciji – komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3/2012, 633–661; A. Maganić, „Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe”, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 3–4 /2015, 409–437.
- 19 A. Eraković, *op. cit.*; Lj. Hrastinski Jurčec, „Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima”, *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb 2007; J. Čuveljak, D. Kružić, „Stečajni plan – zadnja u nizu kriznih strategija za preživljavanje insolventnih korporacija”, *Zbornik radova Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, Mostar 2012, 19–40; A. Abramović, „Upravnosudski aspekti primjene Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2014, 311–322; N. Marković, *Ovlaštenje suda u okviru instituta predstečajne nagodbe*, u: J. Barbić, (ur.), *Hrvatsko insolventijsko pravo*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb 2014, 70; M. Pavlovih, „Sklopavanje predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom”, *Hrvatska pravna revija*, 9/2014, 80.
- 20 D. Bodul, A. Vuković, „(Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt”, *Zbornik Pravnog fakul-*

Ipak za ovaj rad su važniji tekstovi koji analiziraju institut potrošačkog stečaja, a koji su puno skromniji.<sup>21</sup> Naime, ti se radovi bave pravnim problemima postupka potrošačkog stečaja, koji za sada ne daju potpunu sliku fenomena sve raširenije potrošačke insolventnosti (tijela i sudionici izvansudskog i sudskog postupka, stečajni razlozi, kriterij insolventnosti, kriterij „poštenog potrošača“, pravila i tijek postupka, aktivna legitimacija za pokretanje izvansudskog postupka, tijelo ovlašteno za provođenje izvansudskog postupka, modaliteti snošenja troškova, specifičnosti izvansudskog postupka, pokretanje sudskog postupka, pripremno ročište i njegov tijek, modaliteti snošenja troškova, otvaranje stečajnog postupka nad imovinom potrošača, pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka nad imovinom potrošača, slučajevi u kojima se otvoreni stečajni postupak ne provodi, pravila o ograničenju odgovornosti potrošača, zapljeniva imovina potrošača, zaključenje stečajnog postupka nad imovinom potrošača, razdoblje provjere ponašanja i postupak oslobađanja od preostalih obveza, raspolaganje imovinom potrošača i položaj povjerenika, prava vjerovnika za trajanja

---

*teta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2015, 181–213; J. Čuveljak, „O novom Stečajnom zakonu“, *Pravo i porezi*, 7–8/2015, 3–12 te J. Hercigonja, (ur.), *Reforma hrvatskog insolventijskog prava – novi Stečajni zakon*, Inženjerski biro, Zagreb 2015. 1–267; (grupa autora) N. Marković, *Osnove stečajnog i predstečajnog prava – izvori, ciljevi, stečajni i predstečajni dužnik, stečajni i predstečajni razlozi, načela*; J. Garašić, *Reforma europske Uredbe o insolventijskim postupcima*; A. Galić, *Predstečajni postupak prema novom stečajnom zakonu – tijela, otvaranje i obustava postupka, predstečajni sporazum*; N. Marković, *Opći pregled novina u stečajnom postupku prema novom stečajnom zakonu*; Lj. Hrastinski Jurčec, *Tijela stečajnog postupka – sud, odbor vjerovnika, skupština vjerovnika, stečajni upravitelj*; I. Periša, *Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka – osnovne pravne posljedice, pobijanje pravnih radnji*; N. Radić, *Upravljanje stečajnom masom i unovčenje stečajne mase – osiguranje mase, odluke o unovčenju, unovčenje predmeta razlučnog prava*).

- 21 D. Bodul, A. Vuković, „Nacrt Zakona o stečaju potrošača iz lipnja 2014. i opravdanost recepcije njemačkih rješenja“, *Hrvatska pravna revija*, 9/2014, 60–75; *Id.*, „Uz rješenja Nacrta zakona o stečaju potrošača: prijedlozi i mišljenja...“, *Informator*, 6325/2014, 9–10; D. Bodul, „Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – I dio“, *Informator*, 6247/2014, 5–6; *Id.*, „Pravni okvir za implementaciju instituta potrošačkog stečaja – II dio“, *Informator*, 6249/2014, 11–12; *id.*, Ž. Bartulović, I. Matić, *Kratka povijest potrošačkog stečaja ili još jedna nenaučena lekcija iz povijesti, XI Majsko savjetovanje, usluge i zaštita korisnika*, Kragujevac 2015, 1067–1087; J. Garašić, „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2011, 1487–1514.



ustupa, okončanje razdoblje provjere ponašanja i oslobađanje od preostalih obveza, oslobođenja od preostalih obveza, učinci u odnosu na krug osoba koje zahvaćaju, učinci u odnosu na vrstu tražbina kojih se dužnik ne može osloboditi, opoziv oslobođenja od preostalih obveza, uskrata oslobođenja od preostalih obveza). Pravne institucije se, naravno, ne mogu uspostaviti u kratkom razdoblju, ali naponi za izgradnju i njihovo funkcioniranje institucija moraju biti permanentni i primarni. Dakle, bit će potreban jedan interdisciplinarni pristup kako bi ova tematika dobila potrebnu širinu i analitičnost. Iz rečenog uočavamo kako je pravna literatura ograničavajuća u nemogućnosti pružanja odgovora, kao ni korisnih objašnjenja i primjerenih pristupa vezano za položaj jamca u postupku potrošačkog stečaja. Stoga je najbolje, kako teorijsko-metodološki tako i praktično, okrenuti se poredbeno – pravnim iskustvima.

#### 4. POLOŽAJ JAMCA U POSTUPKU STEČAJA POTROŠAČA IZ PERSPEKTIVE POTROŠAČKO STEČAJNOG PRAVA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Poredbeno-pravna istraživanja pokazuju da u procesnoj doktrini i zakonodavstvu postoje različita shvaćanja o pravnoj prirodi i svrsi instituta potrošačkog stečaja.<sup>22</sup> Zemlje Europske unije sve do 80-ih godina prošlog stoljeća nisu imale reguliran potrošački stečaj. Uslijed liberalizacije kreditnih tržišta krajem prošlog stoljeća, susrele su se

---

22 Podrobnije, J. Niemi-Kiesilainen, I. Ramsay, W. C. Whitford, (eds.), *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy, Comparative and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009; U. Reifner, J. Kiesilainen, N. Huls, H. Springeneer, „Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union“, Report presented by the Institute for Financial Services e.v. Erasmus University Rotterdam/School of Law University of Helsinki/Helsinki Collegium for Advanced Studies to Commission of the European Communities, Health and Consumer Protection Directorate-General Contract Reference, No. B5- 1000/02/00353, 2003; R. Efrat, „Global Trends in Personal Bankruptcy...“, *American Bankruptcy Law Journal*, 1/2002, J. J. Kilborn, *Expert Recommendations and the Evolution of European Best Practices for the Treatment of Overindebtedness*, Deventer: Kluwer, (Sebastian Kortmann i Dennis Faber, eds.), *Law of Business and Finance*, 1/2011, 1984–2010; I. Ramsay, „Comparative Consumer Bankruptcy“, *University of Illinois Law Review*, vol. 1/2007.

s velikim porastom problema u vezi s dugovima potrošača i izlaz je pronađen u implementiranju instituta potrošačkog stečaja koji je postao u većini zemalja anglosaksonske pravne tradicije.<sup>23</sup> S druge strane, Sjedinjene Američke Države kao globalno najindustrijaliziranija zemlja, u (re)formiranju instituta potrošačko stečajnog prava suočile su se s mnogim problemima ranije od zemalja kontinentalne Europe, pa su zbog toga implementirana rješenja možda i kvalitetnija.<sup>24</sup> Želeći ispitati dio grane prava, civilnog prava, kao što je stečajna regulativa te što u njoj najuočljivije obilježava legislativu SAD-a, tj. koji su njeni glavni smjerovi, prvi i nužan korak predstavlja sistematizacija stečajnog pravnog okvira.

U SAD-u tradicionalno, fizičke osobe najčešće koriste dvije opcije, i to stečajni postupak prema glavi 7 (par. 701–784) te glavi 13 (par. 1301–1330) Stečajnog zakonika.<sup>25</sup> Oni isto mogu podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka i u skladu s glavom 11 (par. 1101–1174), i to nakon odluke Vrhovnog suda SAD-a,<sup>26</sup> što je iznimno rijetka situacija.

Ipak najzastupljeniji je postupak u skladu s glavom 7 Stečajnog zakonika. U skladu s navedenim postupkom, potrošačima je omogućen automatski otpust dugova u zamjenu za distribuciju neizuzete imovine u korist vjerovnika. U velikoj većini slučajeva, stečajni upravitelj će utvrditi da dužnik ne raspolaže neizuzetom imovinom. Slijedom navedenog dužnik dobiva otpust dugova i novi financijski početak samo 4 mjeseca nakon podnošenja prijedloga, i najčešće bez predaje bilo kakve imovine i budućih prihoda. Do reforme Stečajnog zakonika 2005 okvirno 70% dužnika, potrošača, je podnosilo prijedlog za otpust dugova u skladu s glavom 7. Bitno je spomenuti kako stečajni postupak prema glavi 7 osim individualnih dužnika (potrošača) koriste i trgovci pojedinci pa čak i trgovačka društva (engl. *individual business debtors* te *non-individual business debtors* kao što su *corporations* i *partnership*).

---

23 D. Bodul, *et al.*, *Kratka povijest potrošačkog stečaja ili još jedna nenaučena lekcija iz povijesti*, XI. Majsko savjetovanje, usluge i zaštita korisnika, Kragujevac 2015, 1067.

24 Primjerice, F. T. Hanson, „Insolvency: The Co-Debtor as a Factor in Distribution“, *Michigan Law Review*, 7/1937, 1099–1122. Isto vidi, N. Huls, „American Influences on European Consumer Bankruptcy Law“, *Journal of Consumer Policy*, 1/1992, 125–142.

25 Bankruptcy Code, Pub. L. 113–86, (izuzev 113–79). Dostupno na: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/>, 12.3.2014.

26 Presuda *Toibb v. Radloff*, 501 U.S. 157 (1991).

Drugi 30% dužnika je ušlo u postupak u skladu s glavom 13 gdje se dužnik obvezuje iz svoje buduće zarade, tijekom razdoblja od 3 do 5 godina, odricati dijela svojih primanja u korist vjerovnika sukladno planu otplate duga. Dio koji će dužnici mjesečno isplaćivati izračunava se temeljem njihovih mjesečnih prihoda nakon što se oduzmu razumni životni troškovi. Okončanjem plana otplate duga, dužnici više nisu odgovorni za preostali dug. *Ratio* reforme 2005. je smanjenje broja dužnika koji su se prijavljivali za stečajni postupak prema glavi 7 budući da su u određenim slučajevima dužnici tražili automatski otpust dugova, iako su bili u mogućnosti, u skladu s glavom 13 i planom otplate duga, namiriti vjerovnike. Da bi se to izbjeglo zakonodavac je 2005. u Stečajni zakonik uveo nekoliko novosti, a jedna od njih je i postupak obveznog savjetovanja od strane ovlaštenih agencija. Sljedeća velika novina je matematički formulirani test koji je utvrđivao podobnost bilo za glavu 7 ili 13, odnosno ekonometrijski test koji će nepoštene podnositelje prebaciti iz glave 7 u glavu 13. Time je eliminirana stara presumpcija dužnikovog izbora glave 7 i zamijenjena je novom presumpcijom koju generira test podobnosti, tj. nemogućnost izbora glave 7 za osobu koja ima dostatna sredstva za podmirivanje dospjelih dugovanja.<sup>27</sup> Stečajni postupak prema glavi 13 najčešće rabe individualni dužnici, ali se njime mogu koristiti i trgovci (engl. *individual business debtors such as sole proprietorships*).

Dakle, naglasak je stavljen na pružanje nove šanse za pojedinca (engl. *fresh start*), potrošača, dakle u prvi plan se postavljaju interesi dužnika, potrošača, što znači da se rizik prebacuje na vjerovnike kao ekonomski jaču stranu dvostrano pravnog odnosa. U takvoj zakonskoj regulaciji primjećujemo težnju prema ograničavanju prava vjerovnika u korist prava dužnika, što je i u skladu s idejom vodiljom potrošačko stečajnog postupka, ekonomskom rehabilitacijom dužnika, dok to nije slučaj kod stečaja pravnih osoba, u kome pretežu prava vjerovnika. Kada govorimo o položaju jamca on načelno nema nikakvu posebnu zaštitu. Iznimka je sudužnik u postupku po Glavi 13 Stečajnog zakonika. Naime, jedna od procesnih posljedica otvaranja stečajnog postupka je prekid svih parničnih i ovršnih postupaka prema dužniku potrošaču. Specifičnost postupka prema Glavi 13 ogleđa se u mogućnosti da

27 Detaljnije E. Chemerinsky, „Constitutional Issues Posed in the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005“, *American Bankruptcy Law Journal*, 1/79, 2005, 101–149.

se navedena procesno pravna posljedica – prekid postupka – protegne i na sudužnika (par. 1301) Naravno, pri tomu zakonodavac postavlja određene preduvjete i to da sudužnik mora biti fizička osoba. Također, odgovornost za dug sudužnika se mora odnositi na tzv. potrošački dug te prekid traje dok traje postupak oslobađanja od preostalih obveza. Pritom se potrošački dug definira kao dug koji je potrošač napravio za osobne potrebe, potrebe obitelji i kućanstva. Ovakva zaštita jamaca je, prema shvaćanju američke pravne doktrine, nusprodukt zaštite potrošača, dakle glavnog dužnika, jer se polazi od toga da su mu jamci bliži članovi obitelji te bi se u slučaju nepostojanja mogućnosti zaštite jamaca onemogućila brza reintegracija potrošača u društvo, povratak na kreditno tržište i ponovno zaduživanje. Ipak treba biti svjestan kako anglosaksonski i europsko-kontinentalni pravni modeli potrošačkog stečaja počivaju na različitim teorijskim osnovama, što uvjetuje, ali i objašnjava razlike koje postoje među sistemima. Naime, europski modeli potiču sudjelovanje potrošača na kreditnom tržištu, međutim to se ne promatra kao cilj sam po sebi, već je naglasak stavljan na osiguranje isplate vjerovnika, djelomično i kroz duže vremensko razdoblje.

## 5. POLOŽAJ JAMCA U POSTUPKU POTROŠAČKOG STEČAJA IZ PERSPEKTIVE KONVENCIJSKOG (EUROPSKOG) PRAVA NA MIRNO UŽIVANJE IMOVINE

Okolnost da je dužnik obustavio plaćanje ima za posljedicu ovlaštenje njegovih vjerovnika da zbog namirenja svojih tražbina posežu za dužnikovom imovinom te na njoj stječu određena prava. Kako bi se izbjeglo cijepanje imovine dužnika i djelomično namirivanje vjerovnika, u stečajnom se postupku primjenjuje načelo univerzalnosti prema kojem cjelokupna dužnikova imovina služi za namirenje svih dužnikovih vjerovnika.<sup>28</sup> Dakle, fizionomija potrošačko stečajnog postupka, time i njegovih osnovnih načela, determinirana je u prvom

---

28 Temeljno je pravilo da je svaki subjekt prava odgovaran za svoje obveze cijelom svojom imovinom, ako drugačije nije propisano (čl. 65 ZOO). Potrošači uživaju zaštitu od pljenidbe određenih predmeta iz njihove imovine radi osiguranja egzistencijskog minimuma. Time je za njih ovršno ograničena odgovornost za obveze na zapljenevne predmete ovrhe (čl. 172, 173, 202 i 212 Ovršnog zakona, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14, 15/16, 73/17 – dalje: OZ).

redu ciljem postupka, odnosno ostvarenjem skupnog i ravnomjernog namirenja vjerovnika, postizanjem *sporazuma* između potrošača i vjerovnika o otplati preostalog duga ili unovčenjem potrošačeve imovine. Sekundarni, ne alternativni, cilj je pružiti savjesnom potrošaču mogućnost da se po proteku razdoblja provjere dobrog ponašanja oslobodi od preostalih obveza prema vjerovnicima. Stoga, kada govorimo o postupku potrošačkog stečaja pravilo je da se potrošač pravomoćnošću rješenja oslobađa preostalih obveza prema stečajnim vjerovnicima, pa čak i onima koji svoje tražbine nisu prijavili u potrošačko stečajnom postupku. On se oslobađa svojih obveza i prema jamcima jednako kao i prema stečajnim vjerovnicima. Zato jamci koji su izmirili *in solidum* obvezu prema vjerovniku, ne mogu tužbom zahtijevati regres od dužnika, već mogu svoje potraživanje ostvarivati podnošenjem prijave kao i svi stečajni vjerovnici. S druge strane, stečajni vjerovnici neovisno o oslobođenju dužnika od preostalih obveza zadržavaju pravo naplate tražbina od sudužnika i jamaca, kao i pravo na naplatu iz sredstava osiguranja ako se prava tih vjerovnika temelje na predbilježbi upisanoj u zemljišnoj knjizi. To pravo naplate odnosi se i na suodgovorne članove dužnikove obitelji, koji mogu ishoditi oslobođenje samo u postupku potrošačkog stečaja nad svojom imovinom.<sup>29</sup> Stoga, kako je otvaranje postupka potrošačkog stečaja bez sumnje „upad“ u imovinskopравnu sferu jamca, što zahtjeva visok stupanj pravne sigurnosti i transparentnosti, sasvim je legitimno, a s praktičnog aspekta opravdano i korisno analizirati praksu ECHR-a u postupcima po čl. 1 Protokola br. 1 (*Pravo na mirno uživanje imovine*). Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat višegodišnje prakse i sagledavanjem njihovog međusobnog odnosa dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja ECHR-a te uvidi predstavlja li nemogućnost regresnog zahtjeva prema dužniku kao i razmjerno umanjenje njegovog potraživanja kao stečajnog vjerovnika povredu prava na mirno uživanje imovine.

### 5.1. Praksa ECHR-a u postupcima po čl. 1 Protokola br. 1 Europske konvencije

Čl. 1 Protokola br. 1 (dalje: P 1–1) Europske konvencije glasi: „Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega

29 Za stečajni postupak potrošača vrijede opće odredbe SZ ukoliko nije nešto drugo određeno (čl. 23 ZSP). Tako vidi čl. 76 i 297 SZ. Isto vidi čl. 114 ZOOa.

vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava. Ova odredba, dakle, ni na koji način ne umanjuje pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni“.

### 5.1.1. Autonomni pojam vlasništvo

Prva stvar koju treba imati na umu kada se razmatra P1–1 je da se pojam imovine ili vlasništva vrlo široko tumači. On pokriva cijeli niz ekonomskih interesa.<sup>30</sup> Za primjenu P1–1 nužno je poznavanje autonomnog značenja pojma vlasništvo koje je u svojoj praksi izgradio ECHR. Pojmovi vlasništva u nacionalnim pravnim poredcima država ugovornica ne moraju biti istovjetni značenju tog pojma u konvencijskom pravu: pojam vlasništvo autonoman je radi ostvarenja svrhe Europske konvencije. ECHR je to pravilo ponovio u mnogobrojnim odlukama i presudama, pa tako i u odluci *Gavella protiv Hrvatske*:<sup>31</sup> „ECHR ponavlja da podnositelj može tvrditi da je došlo do povrede P 1–1 samo ako se osporene odluke odnose na njegovo vlasništvo u smislu te odredbe. Pojam vlasništvo ima autonomno značenje koje je neovisno o formalnoj klasifikaciji u domaćem pravu.“

### 5.1.2. Legitimna očekivanja

Autonomno značenje pojma imovine dovelo je u praksi ECHR-a do proširenja zaštite P1–1 na legitimno očekivanje. U presudi *Kopecky protiv Slovačke*<sup>32</sup> ECHR je detaljno razradio pojam legitimnih očekivanja te ustanovio da ga se treba razmatrati s dva aspekta. Prvo u presudi *Pine Valley Developments Ltd. i ostali protiv Irske*<sup>33</sup> ECHR je utvrdio da P1–1 može zaštititi legitimno očekivanje da će se određeni uvjeti primjenjivati.

---

30 M. Carss-Frisk, *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Handbook No. 4*, Council of Europe, Strasbourg 2005, 6–7.

31 *Gavella protiv Hrvatske*, odluka, 11. srpnja 2006, br. 33244/02.

32 *Kopecky protiv Slovačke*, presuda, 28. rujna 2004, br. 44912/98.

33 *Pine Valley Developments Ltd. i ostali protiv Irske*, presuda, 29. studeni 1991, br. 12742/87.

Drugi aspekt pojma legitimnog očekivanja ECHR je razradio u presudi *Pressos Compania Naviera S.A. i ostali protiv Belgije*.<sup>34</sup> ECHR ovdje nije eksplicitno naveo da je legitimno očekivanje sastavni dio vlasničkog prava ili da mu je pripojeno. Međutim, ECHR je istaknuo da legitimno očekivanje ne dolazi u obzir ako nema potraživanja u skladu s P1–1. Sukladno tome, legitimno očekivanje koje je u ovom predmetu utvrđeno nije samo po sebi bilo konstitutivno za vlasnički interes već se odnosilo na način na koji se tužbeni (odštetni) zahtjev podnositelja, koji je ECHR okvalificirao kao potraživanje, tretira u domaćem belgijskom pravu i osobito na povjerenje u činjenicu da će ustaljena sudska praksa belgijskih sudova biti primijenjena i na štetu koja je već podnositeljima nastala. ECHR je tu zauzeo stajalište da u predmetima u kojima se imovinski interes javlja u obliku zahtjeva za naknadu štete, takav zahtjev će biti smatran potraživanjem u smislu P1–1 samo ako je to utemeljeno u nacionalnom pravu, primjerice u predmetima u kojima postoji ustaljena sudska praksa o tom pitanju. Stoga sva će očekivanja biti legitimna ukoliko su u skladu sa ustaljenom sudskom praksom nacionalnih sudova. Ukoliko nadležni sudovi odbace slične zahtjeve oni se ne mogu smatrati legitimnim očekivanjem pa tako niti imovinom u smislu P1–1.

### 5.1.3. Miješanje u pravo vlasništva

P1–1 sadrži tri različita pravila koja je ECHR iznio u predmetu *Sporrong i Lonnorth protiv Švedske*.<sup>35</sup> „...Prvo pravilo koje je opće prirode, izražava načelo mirnog uživanja vlasništva, sadržano je u prvoj rečenici prvog stavka. Drugo pravilo pokriva oduzimanje vlasništva i njegovo podvrgavanje određenim uvjetima, što se javlja u drugoj rečenici istog stavka. Treće pravilo priznaje da države imaju pravo kontrolirati korištenje vlasništva u skladu sa javnim interesom i zakonom, što se i navodi u drugom stavku.“

#### 5.1.3.1. Vladavina prava i zakonitost

Kada Europska konvencija zahtijeva da lišenje vlasništva može postojati samo uz uvjete predviđene zakonom, što uključuje i pitanje je li poštovan postupak propisan zakonom, ona u biti upućuje na na-

34 *Pressos Compania Naviera S.A. i ostali protiv Belgije*, presuda, 20. studeni 1995, br. 17849/91.

35 *Sporrong i Lonnorth protiv Švedske*, presuda 23. rujna 1982, br. 7151/75, 7152/75.

cionalno pravo i postavlja obvezu da lišenje vlasništva bude u skladu s njegovim materijalnim i postupovnim pravilima. Načelo vladavine prava i zakonitost uključuje i pravilan i pošten postupak.<sup>36</sup> Međutim, izričaj „pod uvjetima predviđenim zakonom“ nije ograničen samo na zahtjev da domaće pravo na kojem se lišenje vlasništva zasniva postoji kao takvo. Domaća pravna osnova istodobno mora biti dovoljno dostupna, precizna i predvidljiva. Riječ je, dakle, o nekoliko temeljnih zahtjeva koje domaće pravo mora ispuniti da bi bilo zakonito i usklađeno s vladavinom prava.<sup>37</sup>

### 5.1.3.2. Javni interes

Miješanje u vlasništvo može biti opravdano samo ako je poduzeto s legitimnim ciljem u javnom ili općem interesu. ECHR smatra da su, zbog njihova neposrednog znanja o njihovu društvu i njegovim potrebama, nacionalne vlasti u načelu u boljem položaju nego međunarodni sudac ocijeniti što je u javnom interesu. Stoga, nacionalne vlasti ovdje uživaju određeni stupanj slobodne procjene. Nadalje, pojam javnog interesa nužno je širok. ECHR smatra da stupanj slobodne procjene zakonodavca u provedbi socijalnih i ekonomskih politika treba postaviti široko, poštujući zakonodavčevu prosudbu o tome što je u javnom interesu, osim ako je ta prosudba bez razumnog utemeljenja.<sup>38</sup>

### 5.1.3.3. Proporcionalnost

Do povrede P1–1 doći će onda kada je, zbog poremećene ravnoteže između javnih ili općih interesa zajednice i pojedinačnih vlasničkih prava ili imovinskih interesa, podnositelj zahtjeva trpio ili još uvijek trpi pojedinačni i prekomjerni teret odnosno prekomjerni pojedinačni teret. Ili obrnuto: kada je ravnoteža poremećena zbog nametanja pojedincu prekomjernog pojedinačnog tereta.<sup>39</sup> Stoga, ECHR mora

---

36 Vidi, *Vrbica protiv Hrvatske*, presuda, 1. travnja 2010, br. 32540/05, *Iatridis protiv Grčke*, presuda (VV), 25. ožujka 1999, br. 31107/96.

37 J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb 2013, 990–991.

38 *Bivši kralj Grčke i drugi protiv Grčke*, presuda, 23.11.2000, br. 25701/94, *Scordino protiv Italije*, presuda, 6. ožujka 2007, br. 36813/98.

39 Vidi, *Sporrong i Lonnorth protiv Švedske*, presuda 23. rujna 1982, br. 7151/75, 7152/75, *Imobiliare Saffi protiv Italije*, presuda, 28. srpnja 1999, br. 22774/93, *Brumarescu protiv Rumunjske*, presuda, 28. listopada 1999, br. 28342/95.



utvrditi je li postignuta pravedna ravnoteža između zahtjeva od općeg interesa neke zajednice i zahtjeva za zaštitom temeljnih prava nekog pojedinca.<sup>40</sup>

## 6. STUDIJA SLUČAJA ECHR-A

Doktrinarne rasprave ukazuju kako praksa ECHR-a nerijetko nije koherentna zbog teškoća koje proizlaze iz činjenice da je riječ o dvije, u velikoj mjeri, različite pravne tradicije, anglosaksonskoj i kontinentalnoj, koje se transplantiraju u jedinstvene pravne institute. Kako institut potrošačkog stečaja nema dugu tradiciju, na institucionalnoj razini konflikt će morati rješavati domaći sudovi. Na taj će način judikatura u velikoj mjeri pridonositi oblikovanju novih pogleda na pravne instrumente zaštite prava insolventnih potrošača, ali i jamaca.

### 6.1. Činjenično stanje

U presudi od 20. srpnja 2004, povodom zahtjeva br. 37598/97, *Back v. Finland*, o kojemu je odlučivao ECHR, utvrđeno je sljedeće činjenično stanje. Podnositelj zahtjeva, zajedno sa još jednom osobom, ugovorno se obvezao jamčiti banci za ispunjenje obveza koje je preuzeo na sebe korisnik kredita, N. Svaki od njih, platio je banci oko 113.000,00 FIM (približno 19.000,00 EUR). Godine 1995. N. se prijavio za prilagodbu (otput) duga u skladu sa finskim Zakonom o prilagodbi duga privatnih osoba iz 1993. Predložio je plan otplate duga koji je sud odobrio. Podnositelj zahtjeva protivio se tome, tvrdeći da ga takva prilagodba može dovesti do neopravdanog lišenja njegove imovine. Podnositelj tvrdi da je N. bio mlad i zdrav te se moglo očekivati da će moći naknaditi dugove jamcima u dogledno vrijeme. Podnositelj također traži da se prilagodba odnosno otpust N.-ovih dugova odgodi. Dana 19. travnja 1996., nakon što se N. zaposlio, Okružni sud Korsholm odobrio mu je prilagodbu duga i odredio plan otplate duga, u razdoblju od 5 godina, koji je stupio na snagu 1. lipnja 1996. Zahtjev podnositelja prijedloga protiv N. umanjen je na 2,168 FIM (okvirno 365 EUR) jer je Okružni sud zauzeo stajalište kako davanje jamstva neminovno predstavlja rizik glede moguće obveze plaćanja vjerovnika, ali i mogućnosti regresa protiv glavnog dužnika te kako se zahtjev u

40 J. Omejec, *op. cit.*, 995–1000.

pitanju ne može smatrati imovinom koja će uživati nepovredivu zaštitu pod Europskom konvencijom. Podnositelj zahtjeva se žalio, tvrdeći da je znatno umanjeno njegovog potraživanja prema N.-u povrijedilo njegova prava na imovinu zajamčena Konvencijom. U vrijeme kada je on jamčio za ispunjenje obveza N.-a nije bilo legislative o prilagodbi dugova. Također, za razliku od banaka koje će dobiti subvencije kao naknadu od države, on neće dobiti nikakvu naknadu. Dana 14. listopada 1996. Prizivni sud podržao je odluku Okružnog suda i njihovo obrazloženje. Podnositelju zahtjeva nije dopušteno da se žali Vrhovnom sudu.

Obraćajući se ECHR-u, podnositelj zahtjeva tvrdio je da je žrtva povrede P1-1, budući ga je prilagodba N.-ova duga lišila njegove imovine bez naknade i bez ostvarenja legitimnog cilja u općem interesu. Prihvaćajući da je miješanje bilo zakonito, podnositelj zahtjeva tvrdi da je bilo nerazmjerno cilju koji se želi postići. Dok je, s jedne strane, prilagodba duga N. možda spasila od „socijalne bijede“, s druge strane slična bijeda stvorena je za vjerovnika. Podnositelj zahtjeva ističe da je za njega nastao teži teret nego za N. Pritom je Vlada tvrdila kako su sporne mjere predstavljale miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na mirno uživanje vlasništva, no prema njima, odredba članka P1-1 nije bila povrijeđena. Cilj Zakona iz 1993. bio je osigurati da pojedinac s financijskim poteškoćama bude u mogućnosti poboljšati novonastalu situaciju, čime se sprječavaju negativni učinci insolventnosti na društvo u cjelini, kao što su socijalna isključenost, zdravstveni i socijalni problemi, širenje sive ekonomije. Vlada je istaknula da je prilagodba duga provedena u skladu s planom otplate dugova kroz nekoliko godina, uzimajući u obzir *de facto* prezaduženost dužnika. Na taj način dužniku se dao izlaz iz „beznadne“ situacije i mogućnost da se njegova budućnost planira na ekonomski razuman i realan način. Vlada je zaključila da Zakon iz 1993., koji traži da se osigura ravnoteža između interesa stranaka, nesumnjivo služi legitimnosti „javnog interesa“ u svrhu članka P1-1, čak do te mjere da bi to moglo podrazumijevati prijenos vlasništva s jedne osobe na drugu. U konkretnom slučaju, vrlo je vjerojatno da N. nikada ne bi nadoknadio cijeli svoj dug podnositelju zahtjeva, odnosno, da ga ne bi uopće nadoknadio bez plana otplate duga. S druge strane, podnositelj zahtjeva kao jamac preuzeo je na sebe rizik insolventnosti dužnika.

## 6.2. Iz obrazloženja presude

ECHR ponavlja da čl. P1-1 sadrži tri različita jasna pravila. Prvo pravilo utvrđeno u prvoj rečenici prvog stavka je opće naravi i potiče načelo mirnog uživanja vlasništva. Drugo pravilo sadržano u drugoj rečenici istog stavka obuhvaća lišenje vlasništva i čini ga mogućim samo pod određenim uvjetima. Treće pravilo, navedeno u drugom stavku, priznaje državama ugovornicama pravo da, između ostaloga, kontroliraju korištenje imovine u skladu sa općim interesom. Ta tri pravila nisu različita u smislu da su nepovezana: drugo i treće pravilo bave se pojedinim slučajevima miješanja u pravo na mirno uživanje vlasništva i stoga ih treba tumačiti u svjetlu općeg načela izraženog u prvom pravilu. Pojam „javnog interesa“ je vrlo širok. Oduzimanje imovine u skladu sa društvenom, ekonomskom ili drugom politikom može biti u javnom interesu čak i ako zajednica u cjelini nema izravne koristi od te imovine. S tim u svezi, nacionalne vlasti su u boljem položaju od međunarodnog suca da ocijene što je u javnom interesu. Miješanje u mirno uživanje vlasništva ipak mora uspostaviti „poštenu ravnotežu“ između zahtjeva javnog ili općeg interesa zajednice i zahtjeva za zaštitu temeljnih prava pojedinaca. Konkretno, mora postojati razumna veza razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti kroz bilo koju mjeru kojom se želi osobi oduzeti njena imovina ili kontrolirati njezino korištenje.

U navedenom kontekstu, zahtjev podnositelja zahtjeva predstavlja „vlasništvo“ u smislu čl. P1-1. Također, nesporno je da je Zakon iz 1993. utjecao na vlasnička/imovinska prava podnositelja zahtjeva. ECHR primjećuje da se prema finskom pravu, podnositeljev zahtjev protiv N., temelji na pravu regresa. Također, uvidio je da je prilagodba N.-ovih dugova prema Zakonu iz 1993. gotovo ugasila zahtjev podnositelja prijedloga. Činjenice o ovom slučaju odaju sličnosti i lišavanja i kontrole imovine, ali one ne mogu biti jednostavno klasificirane kao pitanje koje treba ispitati po drugom ili trećem pravilu sadržanom u čl. P1-1. Štoviše, situacija predviđena u drugoj rečenici prvog stavka P1-1 i u drugom stavku samo su posebni slučajevi miješanja u pravo mirnog uživanja vlasništva zajamčenog u općem pravilu navedenom u prvoj rečenici prvog stavka. ECHR će stoga ispitati je li navodno miješanje u vlasnička prava podnositelja zahtjeva bilo u skladu s općim pravilom u prvoj rečenici prvog stavka P1-1. Vraćajući se na pitanje može li se

miješanje u vlasnička prava podnositelja zahtjeva smatrati opravdanim u javnom ili općem interesu ECHR primjećuje da zakonodavni okvir dopušta prilagodbu dugova privatnim osobama pod određenim uvjetima. Nema razloga sumnjati u presudu finskog zakonodavstva da je u to vrijeme bilo hitno i u javnom interesu dati dužniku mogućnost prilagodbe duga. Također, može prihvatiti da, u načelu, postoji razumna veza između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići. Štoviše, slaže se sa podnositeljem zahtjeva da prijenos vlasništva izvršen samo s razlogom da se stekne korist na privatnoj razini ne može biti u „javnom interesu“. Ipak, prijenos imovine u skladu sa društvenom, ekonomskom ili drugom politikom može biti u javnom interesu čak i ako zajednica u cjelini nema izravne koristi ili uživanje od prenesene imovine. Nadalje, ECHR se mora uvjeriti da primjena Zakona iz 1993. ne nameće prekomjerni teret podnositelju zahtjeva. Istina je da u vrijeme kada je podnositelj zahtjeva pristao jamčiti za N.-ov kredit, on nije mogao predvidjeti ekonomsku recesiju te da će naknadno zakonodavstvo dopustiti prilagodbu N.-ovih dugova. Šteta koju je ta prilagodba uzrokovala podnositelju zahtjeva bila je bez sumnje značajna u financijskom smislu. Jednako je tako istina, međutim, da kada je jamčio za N.-ov kredit, podnositelj zahtjeva nije procijenio rizik koji bi N.-a mogao dovesti u situaciju da nije u mogućnosti nadoknaditi obvezu plaćanja. Također, morao je uzeti u obzir mogućnost da N. postane prezadužen, u kojem bi slučaju, njegov zahtjev protiv N. najvjerojatnije postao bezvrijedan. Pitanje je, je li prekomjeran teret stavljen na podnositelja. S tim u svezi, ECHR primjećuje da je Okružni sud uvažio tvrdnje podnositelja zahtjeva, a on je mogao iznijeti svoje poglede glede N.-ovog zahtjeva za prilagodbu duga i predloženog plana otplate duga. Uvjeren je da je prvostupanjski sud proveo temeljitu i pažljivu procjenu slučaja te nije pronašao naznake proizvoljnosti u zaključcima. Podnositelj je imao pravo na potpuni pregled, od strane žalbenog suda, što se tiče obje odluke o odobrenju prilagodbe duga i pojedinostima o usvojenom planu plaćanja. Stoga, ECHR nije našao naznaku da domaći sudovi nisu uzeli u obzir argumente koje je iznio podnositelj zahtjeva i/ili da je prilagodba N.-ovih dugova i određivanje rasporeda plaćanja utemeljena na proizvoljnim ili nerazumnim razlozima. Nesumnjivo je istinito da je smanjenje podnositeljevog nominalnog zahtjeva značajno u svojem iznosu. Međutim, teret nametnut N.-ovim prilagođavanjem duga bio je podijeljen na nekoliko vjerovnika, u kojem nominalni zahtjev

predlagatelja predstavlja samo 8.4% potraživanja od ukupnog iznosa potraživanja. Nadalje, očito je da je i prije nego je donesen Zakon iz 1993. tržišna vrijednost predlagateljevog zahtjeva, ako je uopće i postojala, tj. iznos koji je netko bio spreman platiti za taj zahtjev bio puno manji od njegove nominalne vrijednosti. Imajući na umu i to da do 1995., kada je N.-a njegovo insolventno stanje nagnalo da pokrene postupak prilagodbe duga, on nije vratio dug kroz te 4 godine osim iznosa od 499 eura kojega je platio do rujna 1992. ECHR zaključuje da je podnositelj zahtjev već prije prilagođavanja duga bio ocijenjen kao iznimno nesiguran zbog razloga koji se ne mogu pripisati državi prema Konvenciji. U tim okolnostima, teret nametnut podnosiocu Zakonom iz 1993. ne može se ocijeniti kao pretjeran.

### 6.3. Pravorijek odluke

Iz tih razloga, ECHR jednoglasno smatra da nije došlo do povrede P1-1.

## 7. UMJESTO ZAKLJUČKA

Iz gornjeg teksta slijede relevantna pitanja koja se moraju postaviti pri razmatranju predstavljaju li odredbe o položaju jamca u postupku stečaja potrošača kršenja prava na imovinu, koje je osigurano Europskom konvencijom:

- a) Ima li jamac pravo na imovinu kao stečajni vjerovnik? Nesumnjivo da ima.
- b) Je li bilo miješanja u to pravo na imovinu u slučaju otvaranja postupka stečaja potrošača? Jest. Naime, stečajni postupak podrazumijeva razmjerno namirenje vjerovnika iz imovine dužnika. U protivnom, vjerovnici bliži dužniku, informiraniji ili gospodarski jači bit će u boljem položaju, jer će različitim ovršnim radnjama, a prije ostalih vjerovnika, moći steći prava na dužnikovoj imovini.

S obzirom na navedeno, moramo ispitati je li miješanje u imovinu bilo opravdano. To može biti slučaj samo ako je miješanje (a) predviđeno zakonom (b) u javnom interesu i (c) u skladu s načelom proporcionalnosti.

U konkretnom slučaju sintagma predviđeno zakonom zahtijeva da razmjerno namirenje vjerovnika treba imati neku osnovu u pozitivnom pravu. P1-1 uz Europsku konvenciju ne bavi se odnosima između pojedinaca koji su čisto ugovorne prirode. Tako, sudska odluka koja nalaže da jedna osoba preda imovinu drugoj osobi, primjerice, u skladu s zakonima, kao što su ZOO, ne spada u domenu P1-1. Ipak, doktrina ukazuje kako u određivanju utjecaja pravnih odnosa između pojedinaca po pitanju imovine, tijela Europskom konvencije provjeravaju da zakon nije stvorio takvu nejednakost gdje bi se jednoj osobi mogla proizvoljno i nepravedno oduzeti imovina u korist druge osobe. U konkretnom slučaju smatramo kako su relevantne odredbe Nacrta jasne i precizne u skladu s posebnošću materije koju normativno uređuje, čime se sprječava svaka arbitrarnost u tumačenju i primjeni zakona. Izloženi sadržaj odgovara i standardima ugrađenim u odlukama ECHR-a.<sup>41</sup>

Analizirajući pojam „javnog interesa“ u judikaturi ECHR-a, vidimo kako se isti mora tumačiti ekstenzivno, u smislu da nacionalni zakonodavac ima na raspolaganju širok stupanj slobodne procjene ovog pojma, kao izraza određene ekonomske politike koju vodi država. Naime, opća pravila namirenja vjerovnika polaze od ustavnih principa o jednakosti položaja svih sudionika na tržištu. Međutim, u stečajnom pravu ovo je pravilo relativizirano postojanjem stečajnih isplatnih redova jer u okviru stečajnog postupka svaka od kategorije vjerovnika (izlučni, razlučni, stečajni vjerovnici te vjerovnici stečajne mase) ima različit zakonom utvrđen položaj s kojeg djeluje. U ovom kontekstu širok stupanj slobodne procjene koji ima zakonodavac se javlja kao korekcija načela ravnopravnosti vjerovnika jer zakonodavac odlučuje kojim stečajnim vjerovnicima treba dati prednost u naplati sredstava iz stečajne mase, tj. koje svrstati u više, a koje u niže isplatne redove. Na taj način, jamci se ne lišavaju svojih potraživanja odnosno imovine, već se vrši kontrola njene uporabe u skladu s općim (javnim) interesom. Štoviše, judikatura ECHR-a ukazuje kako pravo na potpunu naknadu u svim okolnostima nije moguće budući da legitimni ciljevi „javnog interesa“ mogu tražiti manje od naknade pune vrijednosti tražbine. Štoviše, ECHR je i u sličnim predmetima, naglasio i to da razmjerno

---

41 Presuda, *Back protiv Finland*, 20. srpnja 2004, zahtjev br. 37598/97. Štoviše, odgovara i praksi Vrhovnog suda SAD. Podrobnije, B. L. Zaretsky, „Co-debtor Stays in Chapter 11 Bankruptcy“, *Cornell Law Review*, 1/1987–1988, 213–280.

namirenje predstavlja „posebnu zadovoljštinu“ i da ne davanje „te zadovoljštine“ može predstavljati povredu P1-1.

Nadalje, određene mjere koje poduzima država moraju ispuniti i uvjet proporcionalnosti. Za to je potrebno je da za ispunjenje određenog cilja, a to je maksimalizacija vrijednosti insolventnog subjekta i kvalitetnije namirenje vjerovnika. Ne postoje drugi alternativni, povoljniji načini. Drugim riječima, vjerovnici moraju primiti vrijednost koja je razmjerna pravima drugih kategorija vjerovnika.

Zaključno, oblik i kvantiteta otpusta neplaćenih tražbina razlikuju se ovisno o pravnim sustavima što je rezultat pravnih uređenja otpusta dugova u pojedinim državama. Dakle, vidimo kako rješenje, bilo u američkom ili europskom modelu, koje bi bilo idealno i prihvatljivo za sve sudionike postupka oslobađanja od preostalih dugova ne postoji. Pritom načelo socijalne pravednosti inkorporirano u institut potrošačkog stečaja, konkretnije u plan otplate duga, može se, kao i svako drugo načelo, pretvoriti u svoju suprotnost, ili u ostvarivanju rezultati posljedicama koje uvelike dovode u pitanje njegov smisao. To, međutim, ne poništava njegovu vrijednost. Ono što jamcu u pozitivnom pravu stoji na raspolaganju je zaštita kroz ovršno pravno ograničenje odgovornosti odnosno kroz institut izuzete imovine te odgoda ovrha, a u slučaju da dođe do mogućnosti gubitka doma i pokretanje postupka stečaja potrošača nad svojom imovinom. Međutim, u kontekstu ovog rada potonje spomenuti instituti su suviše kompleksni i njihova bi analiza zahtijevala znatno širi prostor, tako da predmetna problematika i dalje ostaje predmet znanstvene analize.

*Sanja Grbić, PhD*

*Assistant Professor at the University of Rijeka Faculty of Law*

*Dejan Bodul, PhD*

*Assistant Professor at the University of Rijeka Faculty of Law*

## WHY IS IT IMPORTANT TO ANALYSE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *EXEMPLAR*

### *Summary*

Within the (consumer) bankruptcy proceedings, each of the creditors' categories (privileged and non-privileged creditors) that may appear in it may have an identical interest – to protect the right of execution of their claims. However, their attitudes and expectations do not have to be always different, but due to the different position and consequences that they can endure during consumer bankruptcy proceedings that is very possible. The aim of the paper is to present and analyze the position of one of the party to the proceedings respectively the guarantor's position as a "plain" bankruptcy creditor in the consumer bankruptcy proceedings. During the research a methodological approach was used that includes the study of domestic and foreign literature, the study of relevant legislation and jurisprudence. For the purposes of this work, authors will give a brief comparative legal review of the US bankruptcy law institute for the purpose of analyzing the guarantor's position in the paradigm of Anglo-Saxon model. Our case law must accept the fact that the principles of the precedents are affirmed through the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR), and thus from judicial practice as a formal source of law. In particular, judgments of the ECHR will be analyzed in the proceedings pursuant to Art. 1 Protocol no. 1 under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (so-called right to peaceful enjoyment of property) because authors that knowledge about this can be crucial to understanding the main issues raised in this paper.

Key words: *Consumer bankruptcy. – Creditor. – Guarantor. – Law of precedents.*



Lazar Jovevski, PhD\*

## ORGANIZATION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN TRADE UNIONS – Égalité – Plus de Parole –

*This paper reflects on the analysis of the existing system of trade union organization in accordance with the national solutions, the European and the aspects of the International Labour Organization, primarily through the views and needs of persons with disabilities. The paper presents an overview of the normative aspects of organizing the trade union organization of persons with disabilities, as well as the challenges and the scope of the current system regarding the requests submitted by these employees. The paper provides guidelines and future steps that should be taken both within the national legislation and in relation to international tendencies, and in order to promote the right to trade union organization of persons with disabilities. Persons with disabilities in context of syndicalism are recognized as a separate group of employees, but for whom in science existed different views and attitudes regarding the issue of their organization into union.*

Key words: *Persons with disabilities. – Trade union organization. – Syndicalism. – Labour rights.*

### 1. THE NOTION OF TRADE UNION

A trade union<sup>1</sup> is a professional association of workers (employees, self-employed, free lancers, as well as unemployed individuals and pensioners), based on the values (virtue) of solidarity, and in order to promote the collective – social, economic, cultural, moral interests (professional ethics) and dignity (and privacy) in labour, social welfare, protection of individual and collective rights of members (work), de-

\* The author is assistant profesor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Saints Cyril and Methodius” Skopje, [l.jovevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:l.jovevski@pf.ukim.edu.mk).

1 The term trade union: En. Trade, labour union; Fr. le syndicat; Ger. Gewerkschaft; Ital. sindacati.

velopment of social dialogue and regulation of working conditions and the relationship between employees and employers as well as the development of social (industrial, participatory) democracy.<sup>2</sup> Syndicalism is a trade union movement, that is, an active union process in order to achieve the goals of union existence.

The term trade union implies association among the trade unions from the lower levels of organization to higher levels of organization in the national and international frames. This organization can be in a form of trade union federations (sectoral, branch, industrial union) and trade union confederations (so-called trade union centers in national and international frameworks). The manner in which trade unions act, that is, the methods for achieving trade union goals is based on opposing, disputing, negotiating, requesting, participating in decision making (taking part), cooperation (coordination) and protection of rights.<sup>3</sup>

The main feature in organizing trade unions is that they are autonomous, professional associations compared to employers and the state. This implies that they freely and independently choose their representatives and authorities, the methods of acting and the way of functioning. The internal relations in the union are regulated primarily by statute, and in a certain sense by law, without jeopardizing the autonomy of the union in relation to the state. Also, the relations between the trade unions themselves, trade union federations and confederations, as well as the international trade union organizations are regulated by a statute.

The autonomy of a trade union organization and the way it functions is a very important right which is part of the fundamental civil rights and freedoms, which includes freedom of movement, freedom of association and freedom of assembly, freedom of opinion and expression of opinion, freedom of speech and so on which presupposes the existence of a democratic constitutional and legal framework in the country. It can be said that the union is a partner, i.e., a “growing opponent” in the social dialogue that can be bipartite (having employer in the private or public sector), tripartite (engaging involvement of the public authorities and the employers’ associations) and multipar-

---

2 B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvo na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrade, 2013, 815.

3 *Ibid.*

ty (with the inclusion of civil society – social and non-governmental organizations).<sup>4</sup> In addition to political, cultural, religious dialogue and tolerance, social dialogue is the cornerstone of contemporary civilization, as well as part of the legal organization of the state within the EU – the European Social Model.

## 2. THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF TRADE UNIONS IN THE WORLD AND EUROPE

With the emergence of the first workers in the capitalist – market economy, the need for a certain organization of workers emerged. At the outset, due to underdeveloped economic relations that did not require a large workforce, the organization of workers was at a low level. The workers themselves did not feel the need for an organized appearance on a larger scale to protect their rights. During the development of capitalist relations and as the degree of abuse of workers increased by the so-called ‘bourgeoisie’, people belonging to working circles started to organize their ideas and to join in organized units in order to better express their demands. Although the idea of an organized appearance of citizens is older and arises primarily from political motives, in capitalism this idea got weight and meaning. The workers were the ones who actualized it and put it into force, regardless the fact that in the beginning it was not legal, i.e. it was not recognized by the law. But there are significant differences in the emergence and development of the organizations (unions) of workers in capitalist countries, regarding the time in which capitalism appeared. Since the temporal occurrence of capitalism from country to country is different, the organization of trade unions is also specific and varies according to the country.<sup>5</sup>

---

4 *Freedom of Association – Digest of decision and principle of the Freedom of Association Committee of Governing Body of the ILO*, ed. International Labour Office, Geneva, 2006, 13–15.

5 Each country has its own characteristics in the development of trade union movement that are different and depend on several economic and political factors. For more information see: B. Lubarda, *Kolektivni ugovori o radu*, Radnička štampa, Belgrade, 1990, 20–57.

### 3. SYNDICALISM AND PEOPLE WITH DISABILITIES

Following the development of trade unions, the tendencies and the stages through which syndicalism has been moving since its beginnings until present date, it can be noticed that the issue of employment of, and in general, people with disabilities has been rarely a subject of interest or discussion. Persons with disabilities do not represent a specially segregated group of employees that are part of the union agenda, but are mostly part of the general system of protection of union membership. It is precisely this fact, i.e. the lack of initiative for commitment to persons with disabilities within the framework of trade union activities, and not putting it on the agenda or not being part of the union goals (special protection of persons with disabilities within the framework of employment), speaks of the awareness and the level of the maturity of syndicalism at the moment. In fact, there is no specially singled out union of employees on a union basis that unites people with disabilities within the labour force.

Organizing persons with disabilities into a separate group of employees, who form indigenous trade union, can, however, cause certain dilemmas and different attitudes. They range from the understanding that there is no need for such an organization due to the fact that trade unions should be consolidated and strengthened, to the view that for the sake of better protection of persons with disabilities there is a need for special unions that will include persons with disabilities into professional – personal basis of association.

On the other hand, the factual situation depicts a picture where persons with disabilities are part of the trade unions and their rights are protected as employees, but not as a separate group of employees. This situation does not correspond to the international legal reality, mainly not to the conventions and recommendations of the International Labour Organization, as well as the acts of the European Union. In fact, there is already a developed system of special protection of persons with disabilities in the labour relations frameworks as a separate group of employees. Moreover, the dilemma of whether the need of special trade union for people with disabilities within their professional engagement is a necessity or not still persists.

### *3.1. Trade unions in Macedonia and protection of persons with disabilities after 1991*

The change of the social system led to a change in the trade union movement in Macedonia. Syndical pluralism was established where several unions appeared. In addition to the already existing TUM, a Confederation of Free Trade Unions – CFTU, Union of Independent Trade Unions of Macedonia – UNSM were formed as well. In addition to these three main trade unions, other branch unions appeared at the national level, which unite health and pharmacy employees. There were also unions with a sign “independent” and so on.

The main characteristic of syndicalism in this period is the reduction in the number of trade union members and in a certain sense between trade union relations that go in line with conflicting attitudes rather than cooperation.

In the past 27 years of independent trade union activity in Macedonia, trade unions have been facing a number of challenges. Among them have been the increase in the number of unemployed persons on a large scale, the transformation of the economic system, the creation of a new legal framework for trade union performance and connection with international trade

The issue regarding persons with disabilities in the labour force is still not active on the agenda of the trade unions, although it has received significant attention. Unions have continued to treat employed persons with disabilities in the same ignorant manner as before. Namely, there is no special trade union agenda or program that would provide for the protection of the employment rights of persons with disabilities, nor there is an understanding of the significance of the social and communal integration that has the employment for persons with disabilities. The existence of special programs that would financially support disabled people are not yet recognized by trade unions, but for the time being, it is only part of the activities that the state conducts.

Particularly problematic is the fact that employed persons with disabilities have a relatively high level of abuse of their labour rights, which is often initiated and carried out by certain employers. Namely, according to the legal framework for employment of persons with disabilities, a system of financial incentives and tax incentives has been

developed in the country, which should help to achieve faster and more effective employment of persons with disabilities, as well as for their more active integration in the entire social system through labour engagement. But the practice has shown that there are certain abuses regarding the payment of salaries and other benefits for these people, and it also pointed to fake presence of people with disabilities at their workplace which occurred only in papers so that employers could use the benefits for their employment.

Also, there is no separate unique trade union system or a concept that would mean a special, active and direct union organization of employed persons with disabilities. In practice, there are special organizations of persons with disabilities, but there are no special trade unions that would unite employed persons with disabilities working in different sectors and branches (industrial, service, private or the public sector) on a personal level. On the other hand, the disability phenomenon has its own psychological component. In practice, this means that there are some persons with disabilities who do not consider that the disability is an obstacle in carrying out their tasks, or they do not consider that they are persons with disabilities. In addition, it can be said that the Macedonian society has partially recognized the problem of disability as an intriguing issue fairly late and thus this issue hasn't been well tackled. There is still insufficient sensitivity of all social actors in terms of disability, and especially from the labour-legal aspect. That is why the issue of disability in the labour market and the formation of special trade union organizations is still not current on any grounds, nor is it tackled by the unions. Nevertheless, there are certain scientific observations that have analyzed the position of persons with disabilities in labour and the aspects of special protection in employment.<sup>6</sup>

#### 4. INTERNATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS

The international legal standards have special importance in the exercise of trade union rights and freedoms as basic social rights. The creation of a special mechanism for the control and supervision

---

6 L. Jovevski, *Систем на заштити на здравје и безбедноста при работа и заштитата Ratione personae*, Skorje, 2016, 221–238.

of the exercise of these rights and freedoms is directly related to the importance of trade union rights in terms of establishing a social equilibrium, social justice and social peace, for the functioning of democracy, the achievement of social well-being.<sup>7</sup> The international legal framework consists of the acts of the United Nations (UN), the International Labour Organization (ILO) and the Council of Europe (CoE). Compared to these, the acts of the European Union constitute a special system of so called Communal Law.

Given the importance of the trade union in the society, and especially with regard to the protection of the rights of the citizens, that is, the workers, the International Labour Organization undertakes certain normative activities for regulating the issues related to trade unions. Syndical freedom can be said to occupy a special place among the fundamental human rights of the ILO. Syndical freedom is an inevitable and indispensable condition of any progress that leads to social justice. Thus workers and employers are guaranteed the right to create trade union organizations, or to become members of the existing ones<sup>8</sup>. The freedom of association of workers and employers as a fundamental right is guaranteed by internal law, but also with the international law. Of particular importance is the international regulation, since in this way the freedoms and rights of the unions are given certain international verification and greater weight. Thus, the struggle of workers for the right to trade union and the collective exercise of certain rights is gaining international weight and importance and it is finally being recognized as a fundamental workers right.

In that sense, the International Labour Organization brings a number of conventions and recommendations. Thus, the first convention, adopted in 1921, is the Convention No. 11 on the right to association and coalition of workers in agriculture. Further, in 1947, Convention No. 84 on the right to association and regulation of labour disputes. In 1948, Convention No. 87, on trade union freedoms and the protection of trade union rights (a particularly important convention regulating the basic principles of trade union organization and the exercise of trade union rights – all the countries of Southeast Europe have ratified it). Following year a particularly important convention was adopted regarding the organization of workers and the

---

7 B. Lubarda (2013), *op. cit.*, 833.

8 B. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Belgrade, 2001, 19.

right to collective bargaining, that is the Convention No. 98.<sup>9</sup> In the following years, i.e. in 1951, two recommendations were made, which are Recommendation No. 91 for collective agreements and No. 92 for Reconciliation and Arbitration. Further, in 1971, Convention No. 135 on protection and relief given to workers' representatives in enterprises. Recommendation No. 143 was adopted the same year regulating workers' representatives.

In addition to acts issued by the ILO in relation to trade unions, that is, trade union rights and freedoms, as well as trade union representatives, there are other acts of the United Nations and the Council of Europe that regulate certain issues in this field. Thus, in the General Declaration of Human Rights of 1948 in Article 23 para. 4 the right to trade union is recognized. The Pact for Economic, Social and Cultural Rights in Article 8, as well as Article 22 of the Covenant on Civil and Political Rights, all regulate rights regarding similar issues.

All this international normative activity confirms the importance and significance of the unions in the world, especially as organizations that actively participate in the negotiation process when concluding the collective agreements. The very right of collective bargaining is closely related to the right to trade union organization and to the protection of workers' (union) representatives. With the ratification of conventions and the acceptance of recommendations, the ILO member states contribute in the direction of strengthening and securing the right to trade union organization, thus paving the way for collective bargaining. The reasoning is that without union movement and free trade unions there is no collective negotiation, at least not in the real sense.

A special role is played by the European Union with its normative activity through the so-called Communal Secondary Collective Law which includes collective negotiations, directives, decisions, opinions, recommendations, etc. Also, certain bodies participate in the building of the EU's Collective Law, the Economic and Social Committee of the EC and the European Social Fund.

---

9 *Zbornik konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada*, Institut za političke studije, Belgrade, 1996, 19–29.



#### *4.1. International Convention for the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities*

The issue of disability has been recognized and already normatively treated in the United Nations, the Council of Europe and the European Union, which we have previously discussed. As we can see, discrimination is often associated and perceived in terms of labour relations and the equal opportunities of these persons in the labour force. In addition to the instruments we talked about, which are typically labour-legal, we will again refer to another instrument that refers to persons with disabilities, and regulates the issue of discrimination in the wider framework of the current ones related to the employment relationship. That instrument is the International Convention for the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities, adopted in 2006 by the UN.<sup>10</sup>

This Convention applies to all persons with disabilities and focuses on rights that would mean greater overall integration of such persons in the area of education, free movement, independent community life, employment, access to information, obtaining appropriate health care, participation in politics, cultural and sporting events, independent decision-making, etc. The Convention distinguishes women and children with disabilities as separate groups within the persons with disabilities. On all grounds, discrimination, that is, unequal treatment in all spheres of regulation of the Convention is prohibited, and accordingly, in the labour. But why was the adoption of this Convention necessary? Basically, people with disabilities still are prevented to exercise their fundamental rights and fundamental freedoms, and disability of most people is taken “*for granted*”. Primarily, people with disabilities are still seen as “objects” that need to be taken care of or provided medical treatment, rather than as rights holders. Therefore the Convention emphasizes that persons with disabilities enjoy the same human rights as everyone else and that persons with disabilities are able to lead their lives as citizens exercising their rights and freedoms and who can make a significant contribution to society if given the same opportunities as

---

10 The Convention was adopted by consensus on 13 December 2006 by the General Assembly. It entered into force on May 3, 2008. More on: <http://www.ohchr.org>.

others.<sup>11</sup> These values were also transferred to the part which refers to the employment of these people set out in Article 27 of the Convention.

Through this article, the way of employment of people with disabilities has been paved, a way that means work on an equal footing with others (paragraph 1). Work should be available for people with disabilities, and employment should be promoted, first and foremost, by the public sector of the Member States (paragraph 1). The latter makes it clear that the state should be the one who will have the initial role in the employment of persons with disabilities. This should be done through direct employments in the public sector and through a legal framework that will stimulate employment in the private sector.

Otherwise, employers often have resistance to employ persons with disabilities or *a priori* reject their applications in the recruitment procedure, thinking that they will not be able to accomplish their work assignments and/or that they will be overpriced to employ them. It is about fear and stereotypes, with much more attention being paid to the disability these people have, rather than to the abilities of the disabled. On the other hand, many empirical data say that people with disabilities have a higher degree of performance and durability, as well as more regularity than their colleagues without disabilities. But more than that, the cost of adapting to workers with disabilities is often minimal, and very often even no further adjustment is required at all.

All of this has been taken into account in the adoption of the Convention, so the provisions in Article 27 which provide for the measures for employment and integration through labour that the state should take should not amaze us in any way whatsoever. Any kind of discrimination in all forms of employment and work status is prohibited, and it is also emphasized the need for safe and healthy working conditions for the disabled (Article 27, paragraph 1, item 1).<sup>12</sup> It also prohibits unequal reward for the same working hours for equally valuable work. Collective rights are also guaranteed, and Member States are encouraged to promote and advance the employment and career building at people with disabilities. An important field where not only discrimination is prohibited but also stimulative measures are envis-

---

11 For the reasons that led to the adoption of this convention, more in: *From exclusion to equality...*, *op. cit.*, 4–5.

12 For more info: E. Lucas, *Adjusting to disability rules*, Professional Manager Magazine, Vol. 13, 5/2004.

aged is the field of education, vocational guidance, vocational training, as well as professional rehabilitation. Member States should, inter alia, provide for appropriate policies and measures to encourage the employment of these persons (point 8). The Convention also provides for the provision of reasonable work accommodation for persons with special needs (item 9).

All these measures should be taken with one and only goal, which is increasing the employment of the disabled, their protection against discrimination in the field of employment and exercising the rights arising from their labour relations. In addition to the recruitment of people with disabilities, there is also a large number of studies that showed that the benefits of those who employ people with disabilities are increasing, among which the most promising is the improvement of the working environment and improvement of consumers' mood.

An important place in the whole system of the Convention regarding the promotion of the employment of the disabled is the introduction of opportunities for self-employment, entrepreneurship and starting their own business, as important elements for the independence of persons with disabilities (item 6).<sup>13</sup>

Regarding trade union rights, item 3 of Article 27 stipulates that the signatory states should work to ensure that persons with disabilities have the right to exercise their labour and trade union rights on an equal footing with others, as particularly important provision. From this follows that trade union organization is not only a right of persons with disabilities, but also states that have signed and ratified the convention (including the Republic of Macedonia) should actively work to secure this right. This means that the state should encourage the exercise of the right to trade union organization of persons with disabilities and to promote it.

In addition to this normative provision within the United Nations,<sup>14</sup> we come across several more acts at regional level within the Council of Europe and the European Union.

13 Ž. Stojkova, *Od ideja do realnosti: Seofifajna i unijeipralna mezuнародna konвенција за заштитиia и унаipредување на ipраватиa и dostioинcтbivoиto на лицатиa co хендикей*, Justicija, Skopje, 2005, 64.

14 Within the framework of the UN, discrimination, or its prohibition, is also addressed by the UN Charter; The Universal Declaration of Human Rights; The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; The Con-

#### 4.2. *European normative standards for protection of persons with disabilities in labour*

Within the CEE, several acts have been adopted aimed at broad social integration of persons with disabilities, their protection, prohibition of discrimination and affirmative measures for its implementation. Such are the Resolution AP (95) 3 on the Charter for the Professional Assessment of Persons with Disabilities; Resolution ResAP (2001) 3 towards the full citizenship of people with disabilities through integrative new technologies; Recommendation 1592 (2003) 1 on the full social inclusion of persons with disabilities; Recommendation no. P (92) 6 on coherent policies for people with disabilities, and others.<sup>15</sup>

In Resolution No. 3 of 2001, we find provisions that provide incentive measures and promote active employment policies for disabled people and retention of employment through new technologies. New technologies should be applied in the direction of workplace adaptation, access to training, flexible working relationships, such as work at home, appropriate equipment and access infrastructures. These are measures aimed at creating appropriate conditions for employment and work. This act aims to increase the employment of disabled people whose number stands on the top of the list of unemployed people in Europe through new technologies that rely more on information skills and precision in electronic skills and information technology rather than on their physical strength.<sup>16</sup>

Recommendation no. 6 refers to the pursuit of having coherent policy in the field of employment that will involve affirmative actions for the employment of persons with disabilities in a regular working environment, or as an alternative, in the so-called “protective employment”. The advantages of working from home or abroad (other locations) that can be alleviating circumstances for the disabled are highlighted. This Recommendation, as its name suggests, recommends a strategy for employment and integration of persons with disabilities,

---

vention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, etc. Regarding the paper's subject, these acts are not a field of our profound interest given their content.

15 See: Collection of documents of the Council of Europe concerning disability, Skopje, 3.

16 *Ibid.*, 24.

while banning all discriminatory actions, and promoting additional measures that will mean maximum efficiency in employment, financial assistance and vocational training and inclusion of persons with disabilities.<sup>17</sup>

The most important legal act of the European Union regarding the prohibition of discrimination and employment of the disabled is undoubtedly the Directive 2000/78/EC, which we previously discussed. In addition to this Act, the Recommendation 86/379/EEC has been adopted altogether with several other acts that prohibit discrimination in the Union for the protection of persons with disabilities.

Among the numerous acts I would especially refer to the Resolution of the Council for Employment Promotion and Social Integration of Persons with Disabilities which was adopted in 2003. This Resolution promotes the full integration and participation of disabled people in all spheres of social life, recognizing that they have the same rights as other citizens. The Act states that the inclusion of disability issues in the preparation of Member States' national plans relating to social issues and poverty, as well as paying particular attention to issues related to women with disabilities should be on the future national normative agenda. The resolution calls on the Member States, the Commission and the social partners to make efforts to remove the barriers to the integration and participation of disabled people in the labour market by implementing measures for equal treatment and enhancing integration and participation at all levels of the education and training system.<sup>18</sup> These measures exclude the discrimination of persons with disabilities in terms of accessibility of jobs. This means that the workplace needs to be adjusted according to the needs and opportunities of persons with disabilities.

In line with the prohibition of discrimination, Directive 76/207/EEC for equal treatment was replaced by Directive 2002/73/EC.<sup>19</sup> The new Directive is a basic directive which prohibits discrimination on several grounds, including disability. The Directive provides that employer should refrain from discrimination in employment regarding people with disabilities, as well as to provide appropri-

---

17 See: Chapter VII, *A coherent policy for the rehabilitation of the people with disabilities*, Strasburg, 1992, 74–77.

18 F. Watson, *Social Law and Labour Law in the EU – Policy and Practice of an Enlarged Europe*, Skopje, 2009, 112.

19 [2002] OJ L 303.

ate conditions and accommodation at the workplace and equal treatment. Regarding the professional integration of the disabled, a joint 1999 Declaration was adopted stating that discrimination based on reasons that are not relevant to the performance of tasks is socially unacceptable and economically unjustified. It was certainly thought of disability. Regarding the employment of persons with disabilities, Recommendation 86/379/EEC was first adopted, which, of course, was not binding on the Member States. This recommendation affirmed the ways of creating jobs, special employment, professional rehabilitation and training, and so on.

The 1996 Council Resolution on Equal Employment Opportunities for Persons with Disabilities<sup>20</sup> foresees a special emphasis on promoting employment opportunities in the Member States' national policies, in coordination with the social partners and the non-governmental sector. Equal employment opportunities are achieved through workplace adjustment, developing qualifications and skills needed for work, access to employment services, access to new information technologies, all of them quite resembling Resolution No. 3 of the 2001 adopted by the Council of Europe.

A number of acts that prohibit the discrimination of persons with disabilities have been adopted within the Union and provide for adequate rights for social and professional integration of these persons. On this occasion, I would like to emphasize that the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000<sup>21</sup> (adopted in Nice) prohibits discrimination based on disability, which is one step more protection than that provided for in Article 14 of the Amsterdam Treaty. In addition to these, acts were passed regarding the prohibition of discrimination on access to information technologies, violence against persons with disabilities, access to culture, integration of children and youth with disabilities in the permanent education system, recognition of parking cards, equal opportunities for education of students and students with disabilities, etc.<sup>22</sup>

---

20 Resolution of the Council on Equal Employment of Persons with Disabilities [1996] OJ C 12/1.

21 [2000] OJ L 303.

22 All acts adopted within the European Union, as outlined in this section of the paper, are available at: [http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en\\_register\\_1640.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en_register_1640.html).

With this normative system in the Union an attempt is being made to complete the protection of persons with disabilities from discrimination and in particular from discrimination in employment and work environment. Slowly but surely the European Union understands the importance and role of the non-discriminatory protection of persons with disabilities has had and the affirmative measures and actions to be taken to fully integrate these individuals. The acts regarding employment and health safety with the acts adopted on the basis of non-discriminatory agenda should be seen as an inseparable whole, and this is especially evident in the area of creating appropriate conditions for employment and adequate accommodation within the framework of the employment relations.

Having in mind all the aspects of protection from discrimination of persons with disabilities, especially taken from the perspective of labour relations and employment, it is more than obvious that this protection, i.e. the practical realization of it, can and should be achieved through trade union organizations. The very protection of persons with disabilities within the labour force framework is a fundamental human and social right, and hence the inclusion of labour rights of people with disabilities on the agenda of trade unions which also leads to the fact that trade union protection goes in line with the Convention as well as with the other European standards. There is no dilemma that the protection from discrimination in employment can be done more easily, faster and more efficiently through trade unions, that is, by imposing the force of trade unionism within the framework of social dialogue at national level, by adopting laws, and also at sectoral level when adopting collective agreements.

#### *4.3. Syndicalism and the appropriate conditions for employment and work – reasonable accomodation*

When talking about the reasonable trade union organization of persons with disabilities, we can not proceed without looking back to the right to appropriate conditions for employment and work, as a basic right that needs to be protected and promoted precisely through trade unions. However, it seems that within the existing trade unions in Macedonia not only is this right neglected, but rarely is its content and meaning known and referred to. In view of this, it is necessary to

mention something more about this aspect of trade union protection, explaining the content of the right of reasonable accomodation.

In the previously reviewed acts, we have tackled the issue of creating appropriate employment and working conditions that involve adaptation and accessibility of jobs for people with disabilities, several times. This is expected because if the relevant conditions for persons with disabilities are not integrated into policies and plans related to transport, physical infrastructure and the education system, they are often excluded from employment opportunities.

The conditions for reasonable accommodation in the context of employment are accepted in different parts of the world, but will be new to many countries. Therefore, both employers and workers will need help and explanations in determining what reasonable accommodation is needed. For that purpose, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities covers reasonable accommodation and the conditions necessary for it.

Article 2 of the Convention gives a definition on what is a reasonable accommodation, stipulating that: "...it means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms". This is a definition that encompasses the general system of reasonable accommodation in all spheres of living for persons with disabilities. Consequently, we should distinguish a reasonable accommodation that applies to all areas of life and a reasonable accommodation in labour and employment as a separate type of adjustment. This division of general and special type of accommodation should be taken conditional, because the accommodation of the workplace and the working environment is directly related to the accommodation, for example, in education, shipping, architectural approach, etc.

The Convention recognizes the fact that failure to provide reasonable accommodation constitutes discrimination on disability basis. Refusal to undertake reasonable accommodation is considered as an act of discrimination.<sup>23</sup> According to the definition, reasonable accommodation implies the task of adapting the way of meeting the needs of

---

23 *From Exclusion to Equality ...*, *op.cit.*, 60.



people with disabilities in all spheres, and hence in the labour relation. It would mean reasonable corrections, adaptations or measures, or effective and appropriate modifications to the working environment, and even more than that. Enabling a person with reasonable accommodation means, for example, adjusting the workplace and work environment, the education system, health care facilities, transport services, in order to remove barriers that prevent a person with disabilities from participating in the activities of overall social significance, as well as in the field of labour relations and employment. In the case of employment, reasonable accommodation usually means physical modification of working conditions, procurement or modification of equipment, provision of appropriate training or supervision, change of standard working hours or transferring some duties arising from the workplace to another person.<sup>24</sup>

When talking about a reasonable accommodation in employment, the obligation should be undertaken and applied on a case-by-case basis. Since various types of disability affect work performance differently, that is, the ability or inability to perform a certain task, then the accommodation needs to be individualized. Reasonable accommodation then allows for creation of appropriate employment conditions and appropriate workplaces, which ultimately results in appropriate employment for the person with disabilities.

The widespread scope of reasonable accommodation is also reflected outside of the employment relationship. As mentioned before, even if some jobs are available to people with disabilities, they can nevertheless be discouraged from competing and seeking work. Thus, for example, if they do not have access to the employment contest, or if they do not have adequate education or access to and from the workplace, these factors can all be discouraging when applying for a job.

These principles of reasonable accommodation are based not only within the UN frame, but also in the Council of Europe and the European Union. As can be noted, a number of acts adopted by the Council and the Union refer precisely to the conditions for reasonable adjustment, although not always specifically for labour and employment, but for education, architectural barriers, making the employment itself accessible.

---

24 *Ibid.*

Regarding the employment of the disabled, we should distinguish the reasonable accommodation from certain concrete affirmative actions aimed at increasing the employment of persons with disabilities, above all, in quantitative terms. The most prominent such measure is the existence of a quota for the employment of persons with disabilities. They represent the promotion of equal opportunities in order to overcome certain structural difficulties that relate to a precisely defined group. These measures are most often temporary and last most often until the structural problem is overcome (for example, the unemployment of people with disabilities). In contrast, reasonable accommodation means intercepting the individual needs of the person with disabilities in the sphere of labour or in any other social sphere. Such affirmative measures in the region of Southeast Europe are encountered in Serbia when employing persons with disabilities.

We could say that reasonable accommodation is a “modus vivendi” of the concept of equality of persons with disabilities in labour force and the basis of the possibility for these people to be employed and to work. In addition to this, through reasonable accommodation in the part of working relations, the health of persons with disabilities is protected. This is very important because even if they have the opportunity to work without special adjustments at the workplace, it is quite another question whether such conditions would negatively impact their health. Eventually, the conditions necessary for reasonable accommodation should be seen as part of the concept of non-discrimination of persons with disabilities in employment and part of the special protection in employment. Bearing in mind this objective, the European and international normative system is developed on such grounds, as well as the very idea of protecting people with disabilities. Of course, this idea should be an integral part of the trade unions activities and protection of persons with disabilities in the labour relations at national level.

## 5. TRADE UNION ORGANIZATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Trade union organization of persons with disabilities can and should be seen through the objective of the International Acts, above all the International Convention for the Protection and Promotion of the

Rights of Persons with Disabilities, as well as within the Macedonian positive regulations.

There is no doubt that the right to trade union organization of persons with disabilities is a right that is an inalienable and basic social right for all employees, and therefore of persons with disabilities. We need to look at this right through the aspect of employment of persons with disabilities preceding it, as well as the retention of employment. It is precisely the establishment and preservation of the employment of persons with disabilities and the key to further building the system of trade union organization as part of the collective labour and social rights of this special group of employees. We say a special group, primarily from the aspect of enjoying larger and more extensive rights in relation to the other employees, but The Convention for Protection of Persons with Disabilities, the acts of the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union point to the conclusion that there is an international system of protection that provides a sufficient framework and clarity on where and to what extent is headed the international idea of equality, employment and trade union organization of persons with disabilities within the labour force. The exercise of individual rights from the employment of persons with disabilities can best be channeled through their trade union and professional organizations in form of trade unions.

Trade unions not only have the opportunity to protect the employment rights of already employed people, but they can also help in promotion of an adequate national normative system for easier employment and reasonable accommodation in the country.

In national, Macedonian frameworks, the Law on Labour Relations, in accordance with its provisions, does not prevent any rights regarding the trade union organization of persons with disabilities. On the contrary, the legal provisions are in line with the equal exercise of this right for all employees. Of course, in practice, the question remains whether the system of integrated trade union organization of persons with disabilities will be accepted within the already existing trade union organizations in the country, or the system of special trade union organization of persons with disabilities within special professional organizations on a personal (personal, subjective) basis will be further developed and enhanced.

The first system of integrated union approach, which already exists in the country, failed to properly recognize and protect the needs of persons with disabilities within the labour force, and even less with regard to job application procedures and employment. Within this framework, persons with disabilities are part of the general staff of employees and protection of employment rights is within the general activity of the union as for each employee. This approach of trade union protection of persons with disabilities in or out the employment area, due to certain specifics of disability in the labour force, fails to pay special attention and to recognize the necessity of different trade union actions for protection of persons with disabilities in relation to other employees. This is due precisely to the structural organization of the trade unions, where each employee is only an employee and a member. However, when international acts, as well as national labour legislation, provide for special rights and protection of persons with disabilities in labour, then how much more unions should recognize these members and develop a special strategy and agenda for the protection and promotion of the rights of employed persons with disability. This especially applies in terms of preventing abuse by employers, as well as breaking stereotypes and stigmatizing persons with disabilities in employment, and hence in the society.

The second approach involves trade union organization of persons with disabilities in special trade union organizations where workers with disabilities will be united on two grounds. First of all, of course, will be on professional basis, that is, labour and labour relations, and the second base of union organization will be the disability itself as a subjective (personal) characteristic of the employee, which can but does not have to influence the employment relationship. This approach provides an opportunity for real and effective recognition of the employed persons with disabilities needs and protection of their labour rights.

## 6. VISION AND GOAL

The basic vision is to create a society in which disability will be one more opportunity for giving a good example and inspiration. This implies equal treatment of persons with disabilities by all social entities, and especially with regard to those within the labour force, bear-

ing in mind the importance of the integration and inclusive power that labour and work have in general.

This objective can be achieved through adequate treatment of persons with disabilities within the framework of labour, which includes working relations without discrimination, a system of employment and retention of employment, and reasonable accommodation. In order to achieve the objective, there are several tools, but the basic instrument is the syndical organization of persons with disabilities through which the rights of persons with disabilities in the employment and protection of the rights of persons with disabilities should be protected and promoted. The goal is for trade unions to help within the framework of the social dialogue, working in partnership with the government to create an appropriate and efficient legal framework that will provide the best way of exercising rights from and in employment. These goals can be achieved through responsible trade unions that care about the protection and promotion of the working rights of persons with disabilities, trade unions who will actively work to prevent the abuse of employers towards these workers and will be ambassadors of equality and inclusiveness in labour and society.

## 7. INSTEAD OF A CONCLUSION

Taking into account the knowledge gained in this paper work, while striving for the realization of the vision and the objectives set in it, it is necessary to take certain steps for their realization.

- It is necessary to adopt an appropriate legal framework regarding the employment rights and employment status of persons with disabilities, which will reflect the real needs of persons with disabilities;
- It is necessary to put on the agenda the issue of disability in the labour force already existing trade unions. This involves informing trade unions about the rights they need to protect regarding persons with disabilities, the manner and methods of protection, as well as getting acquainted with reasonable accommodation. However, preceding all of this, it is more than necessary to get a more detailed introduction to the normative framework and international standards that refer to

the issue of disability in labour. In order to realize this strategic goal, it is necessary to hold workshops, trainings and seminars, as well as to actively participate in international conferences and activities that tackle this issue;

- Within the existing trade unions, there is a need for specially trained persons who will know in detail the national and international standards that apply to employed persons with disabilities;
- It is necessary to work on development and operationalization of the idea of setting up trade union organizations of persons with disabilities based on professional and personal foundation, i.e. allocation of separate trade union organizations that will professionally integrate persons with disabilities in labour relation;
- Joint coordinated actions should be considered between trade unions, non-governmental sector and state institutions for promotion and enhancement of employed persons with disabilities rights;
- It is necessary to increase the intensity of cooperation between syndicates and employers' organizations in terms of employment and employment rights of persons with disabilities;
- It is necessary to teach and inform the employers and their organizations about the advantages in employment of persons with disabilities, as well as the rights that these persons have.

If these recommendations and guidelines are at least partially achieved or are aimed at their realization, we could talk about moving things in a positive direction in terms of exercising the rights of employment for persons with disabilities through trade unions and awakening of trade unions and the trade union movement in direction of protection and promotion of persons with disabilities rights.

Lazar Jovevski, PhD

Vanredni profesor Pravnog fakulteta „Iustinianus Primus“  
Univerziteta Svetog Ćirila i Metodija, Skoplje

## ORGANIZACIJA OSOBA SA INVALIDITETOM U SINDIKATE

### *Rezime*

Ovaj rad se fokusira na analizu postojećeg sistema sindikata, u skladu sa nacionalnim rešenjima, evropskim aspektima, kao i standardima Međunarodne organizacije rada, prvenstveno kroz mišljenje o potrebama osoba sa invaliditetom. U radu su prikazani pravni aspekti regulacije sindikalne organizacije osoba sa invaliditetom, kao i izazovi postojećeg sistema u pogledu zahteva od strane ovih zaposlenih. Ovaj rad daje smernice i buduće korake koje treba preduzeti kako u nacionalnim pravnim sistemima, tako i u vezi sa svetskim trendovima, a u cilju promovisanja prava sindikalnog organizovanja osoba sa invaliditetom. Osobe sa invaliditetom u kontekstu sindikalizma prepoznaju se kao posebna grupa zaposlenih, ali za koja u nauci postoje različita mišljenja i stavovi u vezi s pitanjem njihove organizacije u sindikate u odnosu na ostale radnike.

Ključne reči: *Osobe sa invaliditetom. – Sindikati. – Radnička prava. – Sindikalizam.*

*Balša Kaščelan\**

## SPORNA PITANJA U VEZI SA UGOVORNOM ODREDBOM O NAKNADI ZA OBRADU KREDITA

*U ovom radu će biti analizirana praksa sudova povodom tužbenih zahteva kojima se traži utvrđivanje ništavosti ugovorne odredbe o naknadi, tj. trošku obrade kredita. U radu je dat prikaz najzanimljivijih sudskih odluka pro et contra, zatim sadržina ugovora o kreditu shodno važećim zakonskim odredbama nakon čega je autor dao kritičke komentare na pojedina sudska obrazloženja. Na samom početku, autor predstavlja cilj parničnog postupka i uslove pod kojima obaveza plaćanja troškova obrade kredita može uživati sudsku zaštitu. Autor posebno ističe da je posao suda jednostavan kad postoji jasan i nedvosmislen propis. Sud tada sudi na osnovu zakona, a ne na osnovu pravičnosti. Međutim, u situaciji kada u zakonu nema odgovarajuće odredbe ili je ta odredba nejasna, dvosmislena ili nepotpuna, sud ne može da pruži adekvatnu zaštitu. Tada na scenu stupa supsidijarno suđenje na osnovu pravičnosti. U radu se analizira opravdanost tužbenih zahteva o proglašenju ništavim odredbe o naknadi za obradu kredita zbog toga što je nepravična i suprotna dobrim poslovnim običajima.*

**Ključne reči:** *Supsidijarno suđenje. – Zloupotreba prava. – Ugovor o kreditu. – Sudska praksa. – Trošak obrade kredita.*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Parnični postupak predstavlja osnovni i redovni sistem sudske zaštite kod povređenih, ugroženih ili osporenih subjektivnih prava. Sprovodeći postupak sud ima obavezu da raspravi i utvrdi sva činjenična i pravna pitanja, zatim da odluči da li je zahtev jedne od parničnih stranaka osnovan ili nije i da shodno tome donese odluku koja nosi

---

\* Autor je vanredni profesor Fakulteta za poslovne studije i pravo, Univerziteta Union Nikola Tesla, [bkascelan@yahoo.com](mailto:bkascelan@yahoo.com).



odgovarajuće pravne posledice. Parnični postupak je sredstvo kroz koje sud vrši primenu objektivnog prava, primenu materijalnopравnih normi na konkretne životne situacije učesnika pravnog života.

Cilj parničnog postupka je zaštita ili ostvarenje subjektivnih građanskih prava. Subjektivna prava koja uživaju pravni subjekti su priznata zakonom. Zakonodavac je ispunio svoje obaveze objavljujući i priznajući subjektivna prava. Ali to priznanje putem zakonskih propisa nije dovoljno. Subjektivna prava nisu dostigla svoj puni kapacitet samim činom priznanja. Da bi ostvarila svoju ulogu, subjektivna prava moraju biti i zaštićena. Tu zaštitu im mora pružiti sud. Dakle, zakon daje priznanje a sud pruža zaštitu subjektivnim pravima i na taj način ona su zagarantovana pravnim poretkom. Pravni subjekti po pravilu, uživaju i vrše subjektivna prava ne dovodeći u pitanje prava drugih. Pravni poredak od svih subjekata zahteva da savesno koriste prava koja su im priznata zakonom, a sudu nalaže da onemogući eventualnu zloupotrebu priznatih prava. Posao suda je jednostavan kad postoji jasan i nedvosmislen propis. Sud tada sudi na osnovu zakona, a ne na osnovu pravičnosti.<sup>1</sup> Međutim, u situaciji kada u zakonu nema odgovarajuće odredbe ili je ta odredba nejasna, dvosmislena ili nepotpuna, sud ne može da pruži adekvatnu zaštitu. U tom slučaju, kako to kaže vitez prava sudija Ivošević, sud pruža pravnu zaštitu supsidijarnim sudenjem i to na osnovu pravičnosti čiji je izvor u članu 1 Ustava koji kaže da je Srbija država vladavine prava ali i država socijalne pravde. Još je naš veliki pravnik Valtazar Bogišić primetio da u takvim slučajevima<sup>2</sup> pravičnost postaje za sudiju neposredni izvor. To znači da sudovi kada primenjuju pravo, moraju da se rukovode i ovim vrednostima i načelima, jer oni imaju obavezu da kreirajući sudske odluke uvode pravdu u pravni poredak.

U parnicama koje su usledile nakon podnošenja velikog broja tužbi sa zahtevom da se utvrdi ništavost ugovornih odredbi o naknadi za obradu kredita sudovi zauzimaju različite stavove pre svega zbog nejasnih i nepotpunih zakonskih odredbi. To je u krajnjoj liniji otvorilo mogućnost sudovima da se u donošenju svojih odluka pozivaju na pravičnost.

1 Međutim, još je nemački pravnik Georg Jelinek utvrdio da svaki zakon da bio prihvaćen i primenjiv u sebi mora da sadrži minimum morala.

2 V. Bogišić, *Opšti imovinski zakonik za knjaževinu Crnu Goru*, član 782, štampano 1898. godine.

## 2. SADRŽINA UGOVORA O KREDITU

U poslovanju banaka u Srbiji koje se tiče odobrenja kredita korisnicima, višegodišnja je praksa da banke naplaćuju pri zaključenju ugovora o kreditu trošak ili naknadu za obradu zahteva za dobijanje kredita, i to u procentualnom iznosu od vrednosti kredita koji se korisniku kredita odobrava. Ova sporna pitanja vezuju se za sadržinu ugovora o kreditu, pa je neophodno predstaviti sadržinu ugovora shodno važećem zakonodavstvu.

Zakon o obligacionim odnosima je u glavi 35 normirao ugovor o kreditu. S obzirom da je u pitanju ugovor, to znači da on nastaje kada se postigne saglasnost volja dva ili više lica koja je usmerena na postizanje nekog obligacionopravnog dejstva. Prema zakonskim propisima<sup>3</sup> ugovor o kreditu sadrži obavezu banke da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni novčani iznos,<sup>4</sup> a sa druge strane, korisnik kredita se obavezuje da novčani iznos odobrenog kredita vrati u vreme i na način opisan u sadržini ugovora. Korisnik kredita pored obaveze vraćanja novčanog iznosa ima i obavezu da banci plaća ugovorenu kamatu koja predstavlja cenu za korišćenje odobrenih novčanih sredstava. Banka naplaćuje kamatu za kredit i za ostale usluge koje pruža u vezi sa kreditom.<sup>5</sup>

Da zakonodavac posvećuje pojačanu pažnju kod ovih ugovora svedoči i to što je ugovor o kreditu formalan pravni posao. Za njegovu punovažnost Zakon o obligacionim odnosima traži da bude zaključen u pismenoj formi.<sup>6</sup> Sadržinom ugovora o kreditu se utvrđuje iznos, kao i uslovi davanja, korišćenja i vraćanja odobrenog novčanog iznosa.

---

3 Čl. 1065 ZOO (*Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

4 Zakonska formulacija na određeno ili neodređeno vreme u današnje vreme mora da trpi kritiku, imajući u vidu savremena pravila poslovanja gde se period vraćanja kredita uvek određuje kraćim ili dužim rokom.

5 U tom smislu videti: I. Babić, *Građansko pravo – ugovori građanskog prava*, Beograd 2017, 208; Zorica Petrović-Radosavljević, „Kamata (teorijska i praktična pitanja)“, *Pravni život*, br. 10, 2001, 497.

6 Za razliku od formalnih pravnih poslova, neformalni pravni poslovi su oni kod kojih zakonodavac ne traži nikakvu formu za punovažnost, oni se zaključuju prostom saglasnošću volja u trenutku kada se stranke saglase o bitnim sastojcima ugovora. Videti: O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2014, 339; Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 307; I. Babić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2009, 75.

Pismena forma podrazumeva dve stvari: pisani tekst izjave volje i potpise stranaka. Pisani tekst izjave treba, po prirodi stvari, da bude plod dogovora i saglasnosti volja budućih ugovornih strana. Nakon što sastave sadržinu ugovora sledi potpisivanje ugovora čime se označava da je ugovor zaključen. Međutim, kod ugovora o kreditu ovaj prvi čin, a to je sporazumno sastavljanje sadržine ugovora, se odvija malo drugačije. Imajući u vidu masovnost ovih ugovora, a u današnje vreme mnogi bi rekli i neizbežnost, banke unapred štampaju formulare tj. sadržinu ugovora koju onda nude korisnicima kredita. Korisnik kredita nema mogućnost da utiče na sadržinu ugovora, odnosno on ne može menjati odredbe ugovora. Njegova volja se manifestuje pristankom i potpisivanjem ponuđenog ugovora. Ovi ugovori su slični ugovorima o pristupu gde jedna strana unapred formuliše odredbe ugovora, a druga strana ima samo mogućnost da na takav ugovor pristane ili ne pristane. Sam čin zaključivanja ugovora o kreditu u praksi traje veoma kratko, jer su gotovi primerci ugovora, od strane banke, unapred odštampani i pripremljeni za potpisivanje. Korisnik kredita ne sudeluje u formulisanju sadržine ugovora, nema pregovaračkog procesa koji treba da rezultira prihvatljivim odredbama i jednoj i drugoj ugovornoj strani. To znači da se autonomija volja, u ovom slučaju korisnika kredita, svodi samo na prihvatanje ili odbijanje odštampanog obrasca. Dakle, ugovor o kreditu je formalan pravni posao koji se zaključuje po modelu adhezionog ugovora.<sup>7</sup>

Zakonodavac predviđa način prestanka ugovora o kreditu<sup>8</sup> otkazom ugovora. Pravo da otkáže ugovor o kreditu, pre isteka ugovorenog roka, ima banka odnosno kreditor i to kada ustanovi da kredit nije korišćen u skladu sa njegovom namenom.<sup>9</sup> Ovo je slučaj kod onih kredita kod kojih su novčana sredstva određena za neku namenu (čl. 1065 Zakona o obligacionim odnosima). Tada banka raskida ugovor bez otkaznog roka, a korisnik kredita je dužan da pre isteka roka na koji je kredit odobren vrati ceo iznos kredita.<sup>10</sup> Takođe, banka ima pravo da

7 O formi i osobinama ugovora o kreditu: D. Simonović, „Ugovor o kreditu“, *Pravna praksa – časopis za primenu propisa*, br. 6, 2009, 9.

8 Videti o tome: članovi 1067 i 1068 Zakona o obligacionim odnosima.

9 Ako subjekt privrednog poslovanja koristi kredit za drugu namenu od one za koju mu je odobren, to predstavlja ne samo razlog za otkaz ugovora nego i krivično delo neosnovano dobijanje i korišćenje kredita. Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kžl 640/2017 od 10.11.2017. godine.

10 M. Samardžić, „Ugovor o kreditu i kamate“, *Pravni život*, br. 10, 2001, 490.

otkaže ugovor i kada dođe do insolventnosti korisnika,<sup>11</sup> odnosno smrti korisnika ili prestanka pravnog lica ako bi u tim slučajevima davalac kredita došao u bitno nepovoljniji položaj. Pravo na otkaz ugovora je zakonsko pravo i ne zavisi od toga da li je ono predviđeno ugovorom ili nije.

Korisnik kredita ima na raspolaganju mogućnost da odustane od zaključenog ugovora o kreditu. To pravo korisnik ima samo pod uslovom da nije počeo sa korišćenjem odobrenih novčanih sredstava na ime kredita. Dakle, ukoliko je npr. došlo do promjenjenih okolnosti, a kredit još nije počeo da se koristi, korisnik kredita može da se povuče iz ugovora.

Dalje, ugovorom o kreditu se utvrđuje način i vreme vraćanja odobrenih novčanih sredstava i korisnik kredita je dužan da se pridržava ugovorenih odredbi. Međutim, korisnik kredita ima pravo da vrati kredit i pre roka koji je naznačen u ugovoru o kreditu. Rok otplate kredita bira sam korisnik kredita i on prilikom zaključenja ugovora o kreditu iznosi predlog roka kreditoru. Imajući to u vidu, sasvim je razumljivo da korisnik kredita može vratiti kredit i pre roka ukoliko mu to dopuste okolnosti.<sup>12</sup> Ipak, tu mogućnost korisnik kredita može iskoristiti samo pod uslovom da prethodno obavesti banku. Naravno, imajući u vidu obligaciona načela, kreditor i u jednom i u drugom slučaju može da potražuje naknadu eventualne štete<sup>13</sup> koja je nastala zbog odustajanja, odnosno vraćanja kredita pre roka. Banka po redovnom toku stvari naplaćuje mesečno kamatu koja predstavlja cenu kredita. Ali ako dođe do prevremenog vraćanja kredita, banka nema pra-

---

11 Insolventnost korisnika kredita predstavlja realnu nemogućnost plaćanja mesečnih rata kredita. „Kada dužnik zastane sa plaćanjem dve rate kredita, a potom nastavi sa plaćanjem i poverilac (banka) to prima, onda nema raskida ugovora o kreditu, ni zastarelosti po tom osnovu. Ako dužnik prestane sa plaćanjem kredita uopšte, onda se ugovor raskida i rok zastarelosti teče od dospeća prve rate.“ Odluka okružnog suda u Peći, Gž 295/82. Navedeno prema: D. Simonović, „Ugovor o kreditu“, *Pravna praksa – časopis za primenu propisa*, br. 6, 2009, 13.

12 Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 7.11.2016. i 8.11.2016. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe održanoj dana 10.11.2016. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4/2016.

13 Naravno na banci leži teret dokazivanja postojanja štete i visine štete koju je pretrpela. U prilog tome: M. Samardžić, „Ugovor o kreditu i kamate“, *Pravni život*, br. 10, 2001, 490.

vo da za preostalo vreme zaračuna kamate. Drugim rečima, od dana vraćanja prevremenog kredita pa do dana kada je po ugovoru kredit trebalo da bude vraćen, banka gubi pravo da obračuna kamate za preostale mesece.

Malopre smo konstatovali da se ugovor o kreditu tehnički zaključuje kao i ugovor o pristupu. Određenje ugovora o kreditu na ovaj način je važno zbog tumačenja ugovornih odredbi.<sup>14</sup> Ugovori se tumače u skladu sa tzv. objektivno-subjektivnim metodom koji upućuje sud ne samo na sadržinu ugovornih odredbi nego i na zajedničku nameru ugovarača kao i na načela obligacionog prava. One odredbe ugovora koje su jasne se ne tumače nego se primenjuju. U čl. 99 Zakona o obligacionima odnosima stoji da se sporne odredbe ugovora tumače: prema značenju upotrebljenih izraza, prema zajedničkoj nameri ugovarača i prema zakonskim načelima obligacionog prava. Zakon predviđa posebna pravila tumačenja za one ugovore čija je sadržina unapred pripremljena i odštampana od strane jedne ugovorne strane. Kod ovakvih ugovora sporne odredbe ne mogu da se tumače prema zajedničkoj nameri, jer zajedničke namere nema. Da bi je bilo, ona mora da se formira kroz pregovarački proces koga prilikom zaključivanja ugovora o kreditu i nema.<sup>15</sup> Takvi ugovori gde postoji „faktička neravnopravnost stranaka“<sup>16</sup> (kao što je i ugovor o kreditu), se tumače uvek u korist druge strane.

Pravila tumačenja kod ugovora o kreditu nam daju odgovor na koji način nadležni organ treba da tumači sporne odredbe ugovora. U praksi nije retko da se korisnik kredita pre nego što se upusti u sudski postupak obrati prigovorom banci kreditoru ili Narodnoj banci Srbije sa pitanjem da se protumači sporna odredba ugovora o naknadi za

14 U literaturi se navodi da pravilo tumačenja ugovora contra stipulatorem nije samo rezervisano za ugovore po pristupu već se njegova primena proteže na sve ugovore koji su unapred pripremljeni od jedne strane. Ovo stoga, što ova- kva tumačenja u svojoj osnovi imaju ideju pravičnosti. M. Đurđević, „Neke specifičnosti tumačenja ugovora o pristupu“, *Pravni život*, br. 10, 2001, 516.

15 Jedini trenutak u kome su se volje susrele jeste trenutak zaključivanja ugovora. Taj trenutak ne sadrži pregovore i usklađivanje volja iz koga treba da nastane i zajednička namera. O tome: M. Đurđević, *Ibid.*, 513.

16 U literaturi se navodi da je u pitanju faktička neravnopravnost stranaka i da je potrebno zbog bar delimične korekcije ovog stanja, nejasne odredbe ovakvih adhezionih ugovora uvek tumačiti u korist druge strane. O. Antić, *op. cit.*, 359.

obradu kredita. Imajući u vidu da banka kreditor tumači ugovor na štetu, a ne u korist druge strane, eto povoda da se pokrenu postupci kojima se traži sudska zaštita.

### 3. SUDSKA PRAKSA POVODOM ZAKONITOSTI NAPLATE NAKNADE ZA OBRADU ZAHTEVA ZA DOBIJANJE KREDITA

U vezi sa navedenim naknadama i opravdanosti troškova koje banke računaju korisnicima kredita, pokrenuto je više sporova pred sudovima u Republici Srbiji, sa zahtevom da se utvrdi ništavost odredbe o trošku, odnosno, naknadi obrade kredita. Tužbeni zahtevi su uglavnom usmereni da se utvrdi ništava odredba ugovora o kreditu što bi rezultiralo pravnom posledicom vraćanja datog novčanog iznosa korisnicima kredita. Sudska praksa donosi oprečne odluke, tj. neki sudovi odbijaju, a neki usvajaju tužbene zahteve.

Sudovi koji odbijaju osnovanost tužbenog zahteva u obrazloženjima uglavnom navode da ponuda banke za odobravanje kredita sadrži jasne i nedvosmislene podatke o svim troškovima uključujući i troškove o obradi kredita, a koje je tužilac (korisnik kredita), dužan da plati. U tim obrazloženjima sudovi se pozivaju na pravila obligacionog prava i navode da su strane u obligacionim odnosima slobodne da u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, urede odnose po svojoj volji. U tom smislu, Privredni sud u Nišu<sup>17</sup> navodi da zaključenju ugovora o kreditu prethode pregovori<sup>18</sup> koji usaglašavaju stavove kreditora i korisnika kredita, da je njihov potpis na ugovoru rezultat slobodne volje, da ugovaranje sporne naknade nije zabranjeno kogentnim normama, da nema povrede načela savesnosti i poštenja kao i načela jednake vrednosti uzajamnih davanja. Takođe, u obrazloženju Privrednog suda u Beogradu<sup>19</sup> kojim se odbija tužbeni zahtev kao neosnovan navodi se da pored iznosa kredita i ugovorene kamate, nije zabranjeno ugovoriti i neke druge elemente odnosno prava i obaveze. Drugim rečima, ugovaranje troškova obrade kredita nije

---

17 Privredni sud u Nišu, br. 7. P. 348/2018.

18 Međutim, kao što smo malopre konstatovali ti pregovori zadovoljavaju samo formu ne i suštinu jer nema pregovaračkog procesa koji treba da rezultira prihvatljivim odredbama i jednoj i drugoj ugovornoj strani.

19 Privredni sud u Beogradu, br. 36. P. 1404/2018.

protivzakonito i to samo po sebi ne čini ugovor delimično ništavim. Navodi se da su svi troškovi bili iskazani planom otplate kredita (koji banka sastavlja), da taj plan sadrži efektivnu kamatnu stopu i da su sve vreme svi troškovi bili poznati tužiocu (korisniku kredita). Sudovi u svojim obrazloženjima navode i da je reč o opšteprihvaćenom standardu ugovaranja u oblasti bankarskih kredita i da je ta praksa prisutna i u zemljama regiona.

Sa druge strane, sudovi koji usvajaju tužbene zahteve kojim se traži poništaj odredbe ugovora o plaćanju naknade za obradu kredita u procentualnom iznosu, navode da je kamata kategorija kojom banka obezbeđuje svoj kapital i vrši naplatu svoje zarade i da su u kamati uračunati svi troškovi. To znači da kamata sadrži pored cene kapitala i ostale troškove kakvi su troškovi obrade kredita, radne snage i da svi ti troškovi predstavljaju jedinstven iznos predstavljen kroz kamatu.<sup>20</sup> U obrazloženjima se navodi da ugovorna odredba o plaćanju procentualne naknade ne precizira koji su to stvarni troškovi kredita i zašto se oni vezuju za iznos kredita. To dalje znači i da je samom tužiocu (korisniku kredita), nepoznat mehanizam po kome se dobija visina tih troškova i da se time korisnik kredita stavlja u neravnopravan položaj u ugovornom odnosu.<sup>21</sup> Iskazivanje naknade u procentualnom iznosu predstavlja nezakonit osnov za dvostruku naplatu istih troškova, jer se ti troškovi pojavljuju jednom kroz ugovorenu kamatu, a drugi put kroz posebno iskazanu naknadu za obradu kredita. Navodi se da obrada kreditnog zahteva predstavlja uobičajene aktivnosti bankarskog poslovanja i ne zahteva dodatno angažovanje radne snage koje bi rezultiralo novim i stvarnim troškovima u poslovanju banaka.<sup>22</sup> U predmetu o kome se odlučivalo po reviziji,<sup>23</sup> Vrhovni kasacioni sud je doneo odluku da se ukine presuda prvostepenog i apelacionog suda u delu koji se odnosi na osnovanost naplate naknade za obradu kredita. Naime, u rešenju kojim je ukinuo odgovarajuće odredbe prvostepene i drugostepene presude, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav da naknada

20 Viši sud u Somboru, Gž. 320/17.

21 Apelacioni sud u Beogradu, Gž. 320/17.

22 Osnovni sud u Vrbasu, br. P. 1191/2017.

23 Tužilac (korisnik kredita), nakon pravnosnažne presude Apelacionog suda u Beogradu (br. 7827/16), kojom je odbijen tužbeni zahtev u delu kojim je traženo da se odredba ugovora o naknadi za obradu kredita proglašeni ništavom, podneo je reviziju sa zahtevom da Vrhovni kasacioni sud odluči o istoj.

za obradu kredita, imajući u vidu Zakon o obligacionim odnosima, nije deo ugovora, odnosno ne bi trebalo da bude element ugovora o kreditu.<sup>24</sup>

Na kraju, sudovi se u obrazlaganju sudskih odluka pozivaju na sadržinu pravnog stava Vrhovnog kasacionog suda<sup>25</sup> donetog 22. 5.2018. godine na sednici Građanskog odeljenja, koji kaže da banka ima pravo na naplatu troškova i naknada bankarskih usluga samo pod uslovom da ugovor sadrži jasne i nedvosmislene podatke o troškovima koji su nastali prilikom obrade kredita. To znači da ugovor o kreditu mora da sadrži detaljnu specifikaciju nastalih troškova, ne pretpostavljenih, nego onih koji su stvarno nastali.

U obrazloženjima sudskih odluka veoma važno mesto zauzimaju i određena zakonska načela obligacionog prava. Shodno tome, da predstavimo ukratko šta ona znače:

Načelo savesnosti i poštenja je predstavljeno čl. 12 Zakona o obligacionim odnosima, ali ovo načelo prožima celo tkivo obligacionog prava. Ovo načelo je pravni standard koji je imperativno postavljen i ugovorne strane (kreditor i korisnik kredita), se tog načela moraju pridržavati ne samo u toku izvršenja ugovornih obaveza nego i prilikom zaključenja ugovora. Naime, ovo načelo je obavezalo „učesnike i na tzv. predugovornu odgovornost, (*culpa in contrahendo*), odnosno savesnost i poštenje obavezuju i pre nego što nastanu obaveze koje proizilaze iz nastale obligacije.“<sup>26</sup> Ukoliko dođe do kršenja ovog načela posledica je ništavost ugovora ili ništavost pojedine odredbe ugovora. Lice koje smatra da je nekom odredbom ugovora o kreditu povređeno zakonsko načelo savesnosti i poštenja ima pravo da podnese tužbu radi utvrđivanja ništavosti sporne odredbe ugovora. Sud će prilikom odlučivanja o ništavosti voditi računa o obema stranama, tj. o savesnosti i kreditora i korisnika kredita, jer ono obavezuje ne samo dužnika nego i poverioca.

Načelo ravnopravnosti strana ima za cilj da ugovorne strane dovede u ravnopravan, jednak pravni položaj. Cilj ovog načela jeste da onemogući da neka strana zato što je ekonomski jača ima privilegovaniji pravni položaj. Kada strane odluče da zaključe ugovor to je rezultat njihove privatne autonomije i želje za zaključenjem pravnog

---

24 Vrhovni kasacioni sud, Rev 1655/2017.

25 Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 22. maja 2018. godine (preuzeto iz pravne baze *Propis Soft*).

26 O. Antić, *op. cit.*, 40.



posla. Međutim, autonomija volja zahteva i ravnopravnost, jer ako strane ugovornice nisu ravnopravne<sup>27</sup> one ne mogu slobodno da iskažu svoju volju koja će dovesti do zasnivanja njihovih prava i obaveza. To je prirodan i logičan sled događaja, jer ako nema ravnopravnosti ugovornih strana nema ni stvarne autonomije volja, a ako toga nema, nema ni pravne sigurnosti. Dakle, obaveza svih učesnika u pravnom životu jeste da stvore jednakost i ravnopravnost koja znači i pravnu sigurnost.

Načelo jednake vrednosti davanja se ispoljava zakonskom odredbom prema kojoj u zasnivanju dvostranih ugovora, kakav je ugovor o kreditu, strane polaze od jednake vrednosti svojih prestacija.<sup>28</sup> Drugim rečima, svaki ugovor podrazumeva izvesnu korelaciju<sup>29</sup> u davanju i potraživanju. Strana ugovornica se u načelu obavezuje tako da njena obaveza odgovara u suštini vrednosti obaveze suprotne strane. Strane zaključuju ugovor sa namerom da postignu ekvivalentnost u prestacijama, a ne da jedna strana uveća svoju imovinu nauštrb druge strane. Zakonodavac određuje u kojim slučajevima narušavanje ovog načela povlači pravne posledice. Ukoliko postoji očigledna nesrazmera u preuzetim obavezama, strana koja misli da je oštećena ima pravo da podnese tužbu radi poništenja ugovora ili pojedine odredbe ugovora.

#### 4. OSVRT I KOMENTARI POVODOM NAVEDENE SUDSKE PRAKSE

Predstavili smo ukratko nekoliko primera iz sudske prakse *pro et contra*, gde se sudovi uglavnom oslanjaju na Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, Zakon o bankama, kao i na određena načela kao što su načelo ravnopravnosti ugovornih strana, načelo savesnosti i poštenja i načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja. U obrazloženjima sudova koji odbijaju kao neosnovane tužbene zahteve kojima se traži ništavost ugovorene odredbe o obradi kredita navode se neki stavovi sa kojima se ne možemo složiti.

27 Zakon ima obavezu da štiti ekonomski slabiju stranu bez obzira da li je to fizičko ili pravno lice. I. Babić (2009), *op. cit.*, 56.

28 Učesnici obligacionog odnosa prilikom zasnivanja dvostranih ugovora polaze od načela jednakih vrednosti uzajamnih davanja. Z. Petrović-Radosavljević, *op. cit.*, 506.

29 Naravno ovo se ne odnosi na jednostrano obavezne ugovore ili na one dvostrano obavezne ugovore kod kojih obzirom na njihovu prirodu ne postoji jednakost u vrednosti davanja.

1. Najpre treba poći od određenja pojma klijenta banke i videti na koji način banka tretira lica kojima je odobren kredit u odnosu na lica kojima nije odobren kredit. Ovo će nam poslužiti da vidimo da li tu ima različitog postupanja prilikom naplate preduzetih bankarskih radnji. Pojmom klijent banke, u smislu čl. 41 st. 1 Zakona o bankama,<sup>30</sup> označava se lice koje koristi ili je koristilo usluge banke, kao i lice koje se obratilo banci radi korišćenja usluga banke. U ovom poslednjem slučaju to je i lice koje je podnelo zahtev za obradu kredita, i koje je nakon svih preduzetih radnji (procene kreditne sposobnosti), odbijeno. Ova obaveza procene kreditne sposobnosti postoji za sva lica koja su podnela zahtev za dobijanje kredita u skladu sa čl. 18 st. 1 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.<sup>31</sup> Obaveza podrazumeva u oba slučaja identične radnje, bez obzira, da li se na kraju zaključi ugovor o kreditu ili ne. Dalje, imajući u vidu čl. 18 st. 3 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, ukoliko se korisnik usluge odbije za zaključenje kredita, banka je dužna da ga bez naknade obavesti o odbijanju i razlozima za odbijanje. Šta to znači u praksi? To znači da banka takvo lice (koje se i dalje smatra klijentom banke), obaveštava da mu nije odobren zahtev za kredit i u tom slučaju banka mu ne naplaćuje naknadu (trošak), na ime obrade kredita. Dakle, za gotovo identične radnje prema klijentima sa kojima su zaključili ugovor o kreditu i klijentima sa kojima nisu zaključili ugovor o kreditu, banke se ponašaju na različit način, tj. prvima naplaćuju radnje koje drugima ne naplaćuju. Ovakva praksa banaka je nedopustiva, jer vodi između ostalog i diskriminaciji korisnika usluga, a što je direktnoj suprotnosti sa čl. 5 st. 1 tač. 2 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.
2. U slučaju odobrenja kredita, za razliku od zahteva koji je odbijen, jedine dodatne radnje banaka su štampanje unapred napisanog ugovora i plana otplate kredita, a koje rade lica u radnom odnosu u banci u okviru svojih radnih obaveza. Ali ni to nije dovoljan razlog da se klijentima kojima je odobren

---

30 Vid. član 41 Zakona o bankama, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015.

31 Vid. član 18 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

kredit u odnosu na klijente kojima nije odobren kredit naplate troškovi obrade kreditnog zahteva. Ovo iz razloga što izrada ugovora o kreditu i plana otplate kredita (radnje koje banka preuzima u slučaju odobravanja kreditnog zahteva), ne smeju opterećivati korisnika kredita. Drugim rečima, ove dodatne radnje se ne mogu prevaliti na trošak klijenta, jer i klijent za potrebe odobrenja kredita pribavlja dokumentaciju o svom trošku, pa bi u slučaju opravdanosti ovakve naplate od strane banke bilo prekršeno i zakonsko načelo – pravo na ravnopravan odnos sa davaocem finansijske usluge. U odgovorima na tužbe, banke, između ostalog, ovu naknadu, tj. trošak za obradu kredita pravdaju radnim zadacima radnika koji procenjuju kreditnu sposobnost korisnika ili izrađuju ugovor i plan otplate kredita. Međutim, treba imati u vidu da ovaj rad u vidu ugovorene zarade isplaćuje poslodavac po Zakonu o radu,<sup>32</sup> i visinu iste ne može prebacivati na korisnike usluga u vidu troška, već zarade zaposlenim isplaćuje iz prihoda od poslovanja. Suprotno tumačenje je protivno Zakonu o radu.

Ukoliko bi se prihvatila pravna logika pojedinih sudskih obrazloženja, to bi značilo da korisnici finansijskih usluga finansiraju obaveze davaoca usluga za isplatu zarada zaposlenima, mimo obaveze vraćanja glavnice i plaćanja kamate, što predstavlja, pored ostalog, i kršenje načela ravnopravnosti strana, savesnosti i poštenja i jednake vrednosti davanja definisanih Zakonom o obligacionim odnosima, ali i dobrih običaja.

3. U prikazanoj sudskoj praksi vidimo da postoji određeni broj presuda koje ne priznaju bankama pravo na naplatu troškova ili naknade za obradu kredita, obrazlažući da banke iz ugovora o kreditu imaju pravo samo na otplatu glavnice i kamate u skladu sa čl. 1065 Zakona o obligacionim odnosima, i iz ovih prihoda isplaćuju zarade zaposlenima, kao i ostale obaveze, a troškovi i naknade, moraju stvarno postojati, tj. moraju biti takvi da se mogu dokazati iz čega se sastojе. Ipak, određeni broj presuda kojima se usvajaju zahtevi za poništaj odredbe zbog neosnovanosti naknade za obradu kredita, pogrešno izvode zaključak oslanjajući se isključivo na čl. 1065

32 Član 16, a u skladu sa članom 5 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US i 113/2017.

Zakona. U tom članu se navodi da „da se banka obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom.“<sup>33</sup> Sudovi koji prihvataju tužbene zahteve protiv banaka, pogrešno polaze od ovog člana i konstatuju da u njemu nije predviđena naknada za obradu kredita. Tačno je da nije predviđena, ali nije ni zabranjena. To što članom nešto nije predviđeno, ne znači automatski da je zabranjeno, naprotiv, dopušteno je pod uslovom da se poštuju ograničenja slobode ugovaranja. Dakle, pozivanje suda isključivo na ovaj član u nameri da se odredba o naknadi oglasi ništavom je pogrešno. O tome se govori i u literaturi<sup>34</sup> i taj stav je nesporan. Međutim, u obrazlaganju tog stava, mišljenja koja pogoduju bankama pogrešno tumače čl. 1066 Zakona o obligacionim odnosima u kome stoji da se „ugovorom o kreditu utvrđuje iznos i uslovi davanja, korišćenja i vraćanja kredita“.<sup>35</sup> Sledstveno tome, zaključuju da iz tog člana jasno proizlazi mogućnost ugovarača da predvide kao uslov davanja kredita i obavezu korisnika kredita da plati naknadu za obradu kreditnog zahteva. Netačno se u pomenutoj literaturi doživljava ovaj čl. 1066 navedenog Zakona, jer iz njihovog tumačenja znači da u uslove davanja kredita iz ovog člana, spada i naplata troškova – naknade obrade kredita. To nije moguće, bar ne po čl. 18 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koji kaže da je uslov dobijanja kredita – procena kreditne sposobnosti, a ne plaćanje troškova obrade kredita. Suprotnim tumačenjem, tj. uslovljavanjem odobrenja kredita plaćanjem naknade za sasvim drugu uslugu, koja se izvršava nezavisno od samog zaključenja ugovora o kreditu, išlo bi se direktno protiv načela savesnosti i poštenja iz čl. 12 Zakona o obligacionim odnosima, načela ravnopravnosti stranaka iz čl. 11 Zakona o obligacionim odnosima i naročito

---

33 Član 1065 ZOO.

34 M. Živković, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije“, *Bankarstvo*, br. 2, 2018, 30.

35 Član 1066 ZOO.

načela pravo na ravnopravan odnos sa davaocem finansijske usluge shodno Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga. U prilog ovom stavu govori i da sama naplata naknade – troškova obrade kredita, uvek dolazi nakon zaključenja ugovora o kreditu, tj. tek posle prebacivanja novca od strane banke korisniku, pa se ne može govoriti da je ova ugovorena naknada uslov za zaključenje ugovora o kreditu, pošto ista nastupa nakon zaključenja pravnog posla. Takođe, čl. 11 st. 2 tač. 3 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga<sup>36</sup> demantuje tvrdnje da banke imaju pravo na naplatu obrade kredita kao uslova za odobrenje istog, jer ovaj član navodi koje to sporedne usluge mogu predstavljati uslov korišćenja finansijskih usluga, i premda ostavlja izvesnu slobodu ugovaračima, iz onih navedenih je jasno da to moraju biti stvarni, dokazani troškovi (npr. osiguranje lica ili imovine).

Dalje, u literaturi koja ide u prilog bankama, se navodi da se banke stavljaju u nepravičan položaj u odnosu na korisnike kredita, jer one nemaju mogućnost da podnesu tužbu kojom bi tražile da se utvrdi da su odredbe ugovora o naknadi za obradu kredita zakonite, čime bi one bile sigurne da zakonito posluju? Ovaj deo nije razumljiv, jer valjda prema još uvek važećem Zakonu o parničnom postupku kada se podnese tužba radi utvrđivanja ništavosti utvrđuje se i zakonitost iste. Takođe, kada se govori o odredivosti prestacije, mišljenja koja idu u prilog bankama tumače čl. 47 Zakona o obligacionim odnosima i konstatuju da je naknada za obradu kredita odrediva. Nismo tog stava, jer je ovde prestacija neodrediva u smislu šta je to zaista obrada kredita, šta to podrazumeva, za šta se plaća? To je suština, bankama je nebitno da li su to stvarni ili fiktivni troškovi. Ne može plata osobe koja radi kao kasirka u trgovini da bude deo troškova hleba. To ne može da se predstavi kao trošak. U tom smislu se direktno krši zakon-

36 „Novčani tokovi iz stava 1 ovog člana uključuju: sve otplate i isplate kredita/lizinga/depozita; troškove koje korisnik finansijskih usluga plaća (npr. kamate, naknade, porezi i sl.), odnosno pogodnosti koje prima (kamate i druge bezuslovne pogodnosti); troškove u vezi sa sporednim uslugama koje predstavljaju uslov za korišćenje finansijske usluge, odnosno za njeno korišćenje na određeni način (npr. troškovi osiguranja života, imovine i lica i dr).“ Čl. 11 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

sko načelo savesnosti i poštenja. Nema poslovne logike da korisnik plaća proizvod banke, njene troškove, proviziju i plus njene radnike. Koji se još ugovor tako zaključuje?! Najzad, obrazloženje u vezi čl. 143 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima gde se kaže da kada sud odbije primenu pojedinih odredbi opštih uslova zbog njihove nepravilnosti to ne dovodi do ništavosti nego predstavlja „prirodnu obligaciju“,<sup>37</sup> je netačno, jer u tom slučaju otpada osnov pa dolazi do sticanja bez osnova.

4. Banke su dužne da i u predugovornoj fazi (čl. 17 st. 4 tač. 10 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga) i u samom ugovoru (čl. 19 st. 1 tač. 12 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga) navedu vrstu i visinu naknade – troškova obrade kredita. Međutim, banke pogrešno tumače pojam „vrsta“, pa pod vrstom oni navode samo obradu, bez preciznijeg objašnjenja iz čega sve ta obrada sastoji. Da li je u pitanju samo jedna ili više radnji, zatim, ukoliko je više radnji, kako i koliko svaka pojedinačno utiče na visinu troškova obrade. Samo tako se ovo može kategorizovati kao stvarni trošak i kao takav prevaliti na trošak korisnika kredita. To je smisao obrazloženja pojedinih sudskih odluka koje stoje na stanovištu da troškovi moraju predstavljati stvarne izdatke. Drugim rečima, trošak se priznaje samo ukoliko je banka tom trošku bila izložena, jer u protivnom ako banka nije imala te troškove reč je o zloupotrebi prava.<sup>38</sup> U praksi ova visina troškova obrade je najčešće procentualno izražena od vrednosti kredita, što znači da i za minimalnu razliku vrednosti kredita, banka naplaćuje različitu visinu troškova za obradu kredita, a da se pri tome preduzimaju identične radnje obrade. Ne treba napominjati da su i radnje kod iste vrste kredita

---

37 M. Živković, *op. cit.*, 38.

38 Nakon zauzimanja pravnog stava Vrhovnog kasacionog suda, Viši sud u Somboru donosi pravnosnažnu presudu kojom utvrđuje ništavost odredbi o naknadi – trošku za obradu kreditnog zahteva. Na temelju pravnog stava Vrhovnog kasacionog suda, Viši sud u obrazloženju ističe: „Obaveza plaćanja troškova obrade kredita može uživati sudsku zaštitu samo onda kada je ona opredeljena na osnovu ugovorom utvrđenih jasnih, nedvosmislenih i objektivnih kriterijuma koji su u neposrednoj vezi sa predmetom obaveze...“ Viši sud u Somboru, Gž. 883/17.

(npr. stambeni) sa različitom vrednošću istih, u potpunosti identične, ali se opet naplaćuju prilično različite naknade. U tom smislu pravilno sudovi zaključuju<sup>39</sup> „da za kredit od sto miliona švajcarskih franaka, banka ne može da ima troškove obrade zahteva od 1.5 miliona švajcarskih franaka, odnosno sa stanovišta ekonomsko finansijske struke troškovi obrade odnosno naknade ne mogu srazmerno da se uvećavaju u odnosu na vidinu kredita“.

U prilog ovome je i navedeni pravni stav Vrhovnog kasacionog suda koji od banaka traži da prilikom sačinjavanja ugovora o kreditu naprave strukturu stvarnih troškova, da troškove taksativno prikažu u stvarnom iznosu. Važna stvar je i način naplate tih troškova. Dosadašnja praksa pokazuje da su banke naplaćivale taj trošak jednokratno, sada nakon ovog pravnog stava jasno je da banke imaju pravo da naplaćuju trošak obrade kredita, ali pod uslovom da je taj trošak strukturalno izražen i da se uračuna u iznos efektivne kamatne stope.

5. Banke u svom poslovanju ne bi smele obavljati nepoštenu poslovnu praksu niti ugovarati nepravične odredbe ugovora, u smislu ovih pojmova definisanih Zakonom o zaštiti potrošača. Nepoštena poslovna praksa po Zakonu o zaštiti potrošača, u pomenutim naplatama obrade kredita ogleda se u obmanama u pogledu cene usluge i obaveze banaka, koje stvarno ne postoje, što je u suprotnosti sa čl. 19 st. 1 tač. 3 i 4 navedenog Zakona. Nepravične ugovorne odredbe u skladu sa čl. 43 st. 2 Zakona o zaštiti potrošača su one odredbe koje stvaraju nesrazmernu obavezu na štetu potrošača, što svakako jeste naknada za obradu kredita, jer se njome očigledno plaća rad zaposlenih u banci. Ako sledimo ovu logiku, tada su takve odredbe, prema čl. 43 st. 1 pomenutog Zakona, ništave.

Da pojasnimo, Zakon o obligacionim odnosima članom 1065 ne zabranjuje ugovaranje naknade za obradu kredita, ali takva ugovorna odredba je nepravična, imajući u vidu da banka ne pruža niti može da dokaže da pruža neku konkretnu protivčinidbu. Naprotiv, obradu kreditnog zahteva i proveru kreditne sposobnosti banka radi u sopstvenom interesu, i to

---

39 Osnovni sud u Somboru, 756/16.

predstavlja uobičajenu aktivnost bankarskog poslovanja, a po logici stvari troškovi koji su prouzrokovani ovom bankarskom aktivnošću ulaze u cenu koštanja kreditne usluge. Problem oko naknade za obradu kredita nije u tome da li je ta odredba ugovora dozvoljena ili nije, već u načinu na koji se ona ugovara da li je ona pravična ili ne, a samim tim onda se postavlja i pitanje njene dalje pravne sudbine. Tu je Zakon o obligacionim odnosima jasan: „Sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj.“<sup>40</sup>

Poseban problem je i još jedna nezakonita praksa koju banke ugovaraju. Naime, da banke krše prava potrošača nepravičnim ugovornim odredbama u smislu Zakona o zaštiti potrošača, jasno ukazuje i obimna praksa da se u svim vrstama ugovora, pa i u ugovorima o kreditima, ugovara nadležnost prema sedištu banke, što je opet u suprotnosti sa čl. 44 st. 1 tač. 5 navedenog Zakona, a koja propisuje obaveznu nadležnost prema prebivalištu, odnosno boravištu korisnika finansijskih usluga.

6. Na kraju, odredbe ugovora o kreditu, kojima se korisnik kredita obavezuje da plati naknadu – trošak obrade kredita, predstavljaju opšte uslove poslovanja banaka, pa ih sudovi, iz razloga što predstavljaju neopravdane zahteve, bez realnih izdataka od strane banaka, već naknadu onih usluga koje je banka ili sama dužna da plaća (zarade) ili koje korisnik njoj ne može da naplati (troškove papirologije), trebaju proglasiti ništavim u skladu sa čl. 143 Zakona o obligacionim odnosima, jer su nepravične i suprotne ciljevima zaključenog ugovora o kreditu i dobrim poslovnim običajima.

---

40 Član 143 ZOO.



## 5. ZAKLJUČAK

U poslovanju banaka u Srbiji koje se tiče odobrenja kredita korisnicima, višegodišnja je praksa da banke naplaćuju pri zaključenju ugovora o kreditu trošak ili naknadu za obradu zahteva za dobijanje kredita, i to u procentualnom iznosu od vrednosti kredita koji se korisniku kredita odobrava. Nedoumice koje se javljaju u vezi sa ovim pitanjem tiču se dozvoljenosti ove odredbe u ugovoru o kreditu, nje ne pravičnosti kao i mogućnosti poništaja iste. Pitanje dozvoljenosti odredbe o naknadi za obradu kredita u okviru sadržine ugovora o kreditu je više puta razmatrano u svetlu citiranog čl. 1065 Zakona o obligacionim odnosima koji ne predviđa ovu odredbu kao sastavni deo sadržine ugovora. Sudovi koji prihvataju tužbene zahteve protiv banaka, pogrešno polaze od ovog člana i konstatuju da u njemu nije predviđena naknada za obradu kredita. Tačno je da nije predviđena, ali nije ni zabranjena. To što članom nešto nije predviđeno, ne znači automatski da je zabranjeno, naprotiv, dopušteno je pod uslovom da se poštuju ograničenja slobode ugovaranja. Dakle, pozivanje suda isključivo na ovaj član u nameri da se odredba o naknadi oglasi ništavom je pogrešno. Međutim, i banke se pogrešno pozivaju na sledeći čl. 1066 Zakona o obligacionim odnosima u nastojanju da dokažu da je ova odredba o trošku dozvoljena jer kako navode, tim članom se utvrđuje iznos i uslovi davanja kod ugovora o kreditu, pa shodno tome je jasno da ugovarači imaju mogućnost da predvide različite uslove davanja kredita što uključuje i plaćanje naknade za obradu kredita. Ovakvo tumačenje čl. 1066 Zakona o obligacionim odnosima nije tačno jer to tumačenje znači da u uslove davanja kredita iz ovog člana, spada i naplata troškova – naknade obrade kredita. To nije moguće, bar ne po čl. 18 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koji kaže da je uslov dobijanja kredita – procena kreditne sposobnosti, a ne plaćanje troškova obrade kredita. Suprotnim tumačenjem tj. uslovljavanjem odobrenja kredita plaćanjem naknade za sasvim drugu uslugu, koja se izvršava nezavisno od samog zaključenja ugovora o kreditu, išlo bi se direktno protiv načela savesnosti i poštenja i načela ravnopravnosti stranaka iz Zakona o obligacionim odnosima i naročito načela pravo na ravnopravan odnos sa davaocem finansijske usluge shodno Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Dakle, ova odredba o naknadi tj. trošku za obradu kredita je dozvoljena ne zato što to predviđa čl. 1066 Zakona o obligacionim odnosima nego zato što je to proizilazi iz suštine čl. 1065

Zakona o obligacionim odnosima koji je ne zabranjuje. To znači da pitanje koje treba da se postavi vezano za naknadu za obradu kredita nije da li je ona dozvoljena nego da li je ona pravična.

Da pojasnimo, Zakon o obligacionim odnosima članom 1065 ne zabranjuje ugovaranje naknade za obradu kredita. Ali takva ugovorna odredba je nepravična, imajući u vidu da banka ne pruža niti može da dokaže da pruža neku konkretnu protivčinidbu. Naprotiv, obradu kreditnog zahteva i proveru kreditne sposobnosti banka radi u sopstvenom interesu, i to predstavlja uobičajenu aktivnost bankarskog poslovanja a po logici stvari troškovi koji su prouzrokovani ovom bankarskom aktivnošću ulaze u cenu koštanja kreditne usluge. Problem oko naknade za obradu kredita nije u tome da li je ta odredba ugovora dozvoljena ili nije, već u načinu na koji se ona ugovara da li je ona pravična ili ne, a samim tim onda se postavlja i pitanje njene dalje pravne sudbine. Tu je Zakon o obligacionim odnosima jasan kad kaže da sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. Dakle, reč je o nepravičnoj odredbi ugovora o kreditu koja kao takva izaziva određene pravne posledice, a to znači da sudovi kada primenjuju pravo, moraju da se rukovode i principom pravičnosti jer oni imaju obavezu da kreirajući sudske odluke uvode pravdu u pravni poredak.

*Balša Kaščelan, PhD*

*Associate Professor at the University Union Nikola Tesla, Belgrade*

## SOME OF THE KEY ISSUES REGARDING LOAN AGREEMENT

### *Summary*

The increasing number of disputes for loan processing inevitably led to an escalation in the number of court proceedings in which the debtors made efforts to have the loan agreement declared null and void. In these proceedings, for the courts have to take a stand on some typical clauses in loan agreements and on some banking practices that the debtors considered to be opposing to the principle of good faith.

The author presents typical cases of controversial provisions in loan agreements. Judicial practice shows different attitudes regarding the request for annulment of the loan agreement. In this paper the author analyzes the reaction of the courts, and consequently that of the legislator, to the clause in loan contracts allowing the bank to accumulate loan gains. The author is considering whether the legal provisions are applied well and whether good business practices have been violated by the activities of banks.

Key words: *Loan agreement. – Controversial provisions. – Judicial practice. – Principle of justice. – Debtor. – Litigation procedure.*

Nikolina Mišćević, LL.M\*

## O ZNAČENJU TERMINA „DOSPELOST“ IZ ČL. 280, ST. 1 ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA: SAMO DOSPELOST ILI I IZVRŠNOST POTRAŽIVANJA?

*Da li je za pobijanje pravne radnje dužnika izvan stečaja neophodna izvršnost poveriočevog potraživanja ili je za to dovoljna i njegova dospelost? Iako se u Zakonu o obligacionim odnosima govori o dospelosti potraživanja, i nakon 40 godina od donošenja ovog zakona u domaćoj doktrini postoji spor o tome da li u ovom slučaju reč „dospelost“ treba tumačiti šire tako da ona obuhvati i izvršnost potraživanja. Umesto da dà jedinstven odgovor na ovo pitanje sudska praksa ga dodatno usložnjava, te se u odlukama ponekada i istog suda mogu sresti potpuno različiti stavovi o ovom pitanju. U radu autor nastoji da odgovori na navedeno pitanje imajući u vidu pravna rešenja u zemljama čije je pravo pobijanja poslužilo kao uzor našem zakonodavcu, druge odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojim se reguliše pravo pobijanja dužnikovih pravnih radnji, kao i cilj zbog kojeg je ovo pravo ustanovljeno.*

**Ključne reči:** *Pravo pobijanja pravnih radnji dužnika izvan stečaja. – Paulijanska tužba. – Dospelost potraživanja. – Izvršnost potraživanja.*

### 1. UVOD

Rizik za poverioce da neće namiriti svoje potraživanje postoji otkad i dužničko-poverilački odnosi. Ali isto tako se može reći da se već od tada nastoje obezbediti mehanizmi koji bi omogućili poveriocu da namiri svoje potraživanje onda kada dužnik to ne može ili neće da učini. Jedan od njih je i paulijanska tužba, odnosno pravo pobijanja pravne radnje dužnika. Ovaj institut nastao je još u rimskom pravu kao

---

\* Autor je asistent pri Katedri građanskopravnih nauka na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, [nmiscevic@pf.uns.ac.rs](mailto:nmiscevic@pf.uns.ac.rs).

odgovor na jedan od načina da dužnik osujeti namirenje potraživanja svog poverioca – raspolaganjem u korist trećeg lica čineći tako svoju imovinu nedovoljnom za prinudno namirenje poveriočevog potraživanja. U tom slučaju, poverilac stiče pravo da pobija pravnu radnju kojom je dužnik raspolagao u korist trećeg lica radi namirenja svog potraživanja. Uspeh poverioca u postupku za pobijanje dužnikove pravne radnje podrazumeva gubitak dejstva pravne radnje prema poveriocu u meri u kojoj je to potrebno za namirenje njegovog potraživanja i nastanak obaveze trećeg lica (protivnika pobijanja) da to namirenje trpi.

I pored toga što ovaj institut u domaćem pravu ima dugu pravnu tradiciju, u vezi sa pravom pobijanja pravnih radnji dužnika izvan stečaja još uvek postoje brojna sporna pitanja u teoriji i sudskoj praksi. Neka od ovih pitanja tiču se aktivne legitimacije poverioca za pobijanje pravne radnje dužnika. Naime, postoje različita shvatanja o tome da li je na pobijanje pravne radnje dužnika ovlašćen samo poverilac novčanog ili i poverilac nenovčanog potraživanja,<sup>1</sup> kao i o tome da li pobijati pravnu radnju može samo poverilac čije je potraživanje nastalo pre dužnikove pravne radnje ili i onaj čije je potraživanje nastalo nakon što je ova pravna radnja preduzeta.<sup>2</sup> Na kraju, u domaćoj teoriji i sudskoj praksi sporno je i to da li je za uspešno pobijanje pravne radnje dužnika dovoljno da je poveriočevo potraživanje dospelo ili je potrebno i postojanje izvršnog naslova.

I pored toga što se u čl. 280 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima<sup>3</sup> govori o potraživanju koje je „dospelo na isplatu“, u domaćoj teoriji postoje različita shvatanja o tome da li reč „dospelost“ treba shvatiti upravo tako kako glasi ili joj u ovom slučaju treba dati šire značenje, tako da ona obuhvata i izvršnost potraživanja čime bi se krug poverilaca koji mogu pobijati pravnu radnju dužnika suzio samo na one koji

- 1 Više o tome vid. u N. Mišćević, „Aktivna legitimacija za pobijanje pravnih radnji dužnika izvan stečaja: Novčano (i nenovčano) potraživanje“, *Pravna riječ* (u štampi) sa daljim upućivanjima.
- 2 Više o vremenu nastanka potraživanja radi čijeg namirenja se može pobijati pravna radnja dužnika vid. u N. Mišćević, „Aktivna legitimacija za pobijanje pravnih radnji dužnika izvan stečaja: Vreme nastanka potraživanja“, sa daljim upućivanjima, rad je predat za objavljivanje u *Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2018.
- 3 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

su za svoje potraživanje stekli izvršni naslov. Ova dilema nije ostala u okvirima teorije, već je prisutna u sudskoj praksi koja na navedeno pitanje nudi različite odgovore.

Stoga će u nastavku rada biti reči upravo o dospelosti (i izvršnosti) potraživanja kao jednom od svojstava koja potraživanje treba da ima da bi njegov poverilac bio aktivno legitimisan za pobijanje pravne radnje kojom je dužnik raspolagao u korist trećeg lica. Radi boljeg uvida u evoluciju navedenog uslova u domaćem pravu, prethodno će biti izložena rešenja iz nemačkog i austrijskog prava, s obzirom na to da je domaće pravo pobijanja regulisano po ugledu na austrijsko, kao i to da se austrijska teorija i sudska praksa i značajnoj meri oslanjaju na nemačku doktrinu i praksu sudova Nemačke. Takođe, u radu će biti reči i o rokovima za pobijanje pravne radnje dužnika jer je to, smatramo, od značaja za pravilno shvatanje i primenu čl. 280, st. 1 ZOO.

## 2. DOSPELOST I IZVRŠNOST POTRAŽIVANJA U NEMAČKOM I AUSTRIJSKOM PRAVU

### 2.1. Nemačka

Prema § 2 nemačkog Zakona o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečajnog postupka iz 1994. godine<sup>4</sup> na pobijanje pravne radnje dužnika ovlašćen je svaki poverilac koji je stekao izvršni naslov i čije je potraživanje dospelo ukoliko prinudno izvršenje na imovini dužnika nije dovelo do potpunog namirenja poverioca ili ukoliko se može pretpostaviti da do njega ne bi došlo. Da je za pobijanje pravne radnje dužnika, pored dospelosti poveriočevog potraživanja, potrebna i njegova izvršnost nesporno je i u teoriji i sudskoj praksi. Uslovi dospelosti i izvršnosti potraživanja, uz nenaplativost novčanog potraživanja, u nemačkoj teoriji smatraju se uslovima za dopuštenost (*Zulässigkeit*) tužbe za pobijanje pravne radnje dužnika.<sup>5</sup> Time što se uz dospelost za po-

---

4 *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG)* od 5. oktobra 1994. godine – nZPob (1994), *Bundesgesetzblatt I* S. 2911, poslednji put menjan članom 3 zakona od 29. marta 2017. godine, *Bundesgesetzblatt I* S. 654.

5 Vid. H.-P. Kirchhof, *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*, München 2012, § 2, Rn. 8; H. Brox, W.-D. Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2014, 146, Rn. 264. U tom smislu se o uslovima za pobijanje pravne radnje dužnika iz § 2 izjasnila i sudska praksa. Vid. Presuda nemačkog Saveznog suda

bijanje pravne radnje dužnika zahteva i izvršnost potraživanja nastoji se protivniku pobijanja pružiti zaštita. To jest, smisao uslova izvršnosti poveriočevog potraživanja je da se na taj način obezbedi da se spor o postojanju potraživanja reši između poverioca i dužnika, te da se to pitanje ne rešava između poverioca i protivnika pobijanja, u postupku povodom pobijanja pravne radnje dužnika.<sup>6</sup>

Za uspešno pobijanje pravnih radnji dužnika, pored ispunjenja svih opštih materijalnopravnih uslova i jednog od specijalnih uslova, sva tri uslova za dopuštenost tužbe, potrebno je i da se pobijanje preduzme u za to predviđenom roku. U § 3 nemačkog Zakona o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečajnog postupka (dalje: nZPob (1994)) je predviđeno da tužbu za pobijanje pravne radnje dužnika poverilac može podneti u roku od 10 godina, dok je za pobijanje teretnih raspolaganja u korist bliskih lica predviđen rok od 2 godine. Za pobijanje besteretnih raspolaganja dužnika u korist trećeg lica je previđen rok od 4 godine.<sup>7</sup> Rokovi se računaju unazad, od pobijanja dužnikove pravne radnje.

Međutim, poverilac čije potraživanje još nije dospelo ili koji još nije stekao izvršni naslov može sprečiti protek ovih rokova i gubitak prava na pobijanje time što će pismeno obavestiti protivnika pobijanja o svojoj nameri da pobije pravnu radnju kojom je dužnik raspolagao u njegovu korist. U tom slučaju će se navedeni rokovi računati od trenutka dostavljanja obaveštenja, ukoliko je dužnik već u tom trenutku

---

(*Bundesgerichtshof* – BGH) IX ZR 285/99 od 2.3.2000. godine, *Zeitschrift für Zivilprozess* 2001, 211. Za razliku od navedena tri uslova koja se u nemačkoj teoriji nazivaju procesnopravnim, u opšte materijalnopravne uslove od kojih zavisi osnovanost tužbe (*Begründetheit*) svrstavaju se postojanje pravne radnje dužnika, oštećenje poverioca, kauzalna uzajamna veza između prethodno navedena dva uslova. Specijalnim uslovima smatraju se različita činjenična stanja usled kojih može nastati pravo poverioca da pobija dužnikovu pravnu radnju, a koja se mogu odnositi na savesnost, odn. nesavesnost dužnika i protivnika pobijanja, postojanje bliske veza između dužnika i protivnika pobijanja, teretnost raspolaganja. Vid. H.-P. Kirchhof, *op. cit.*, § 2, Rn. 4–8, H. Brox, W.-D. Walker, *op. cit.*, Rn. 264–275.

6 Vladajuće shvatanje teorije i sudske prakse: F. Baur, R. Stürner, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 1996, 324; H.-P. Kirchhof, *op. cit.*, §2, Rn. 24; Lutz Haertlein y: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Auflage, 2015, §2, Rn. 4; H. Brox, W.-D. Walker, *op. cit.*, Rn. 265; BGH VIII ZR 197/74 od 03.03.1976, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, 967; IX ZR 285/99 od 2.3.2000, *Zeitschrift für Zivilprozess* 2001, 211.

7 § 4 nZPob.

insolvetan i ukoliko dužnikova pravna radnja bude uspješno pobijena do isteka dve godine od kada je poveriočevo obaveštenje o nameri pobijanja dostavljeno dužniku.<sup>8</sup>

## 2.2. Austrija

Pobijanje pravne radnje dužnika izvan stečaja je u Austriji regulisano Zakonom o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečaja iz 1914. godine.<sup>9</sup> Prema § 8 ovog zakona, na pobijanje dužnikove pravne radnje ovlašćen je „svaki poverilac čije je potraživanje izvršno, bez obzira na vreme kada je nastalo, ukoliko izvršenje na imovini dužnika nije dovelo do potpunog namirenja poverioca ili ako se ima uzeti da do toga ne bi dovelo“. Izvršnost potraživanja kao uslov za nastanak prava pobijanja nesporna je i u austrijskoj teoriji i sudskoj praksi od početka primene ovog zakona. Erencvajg (*Ehrenzweig*) navodi da se kao obrazloženje za postojanje ovog uslova koristi deo sadržan u Motivima za donošenje nemačkog Zakona o stečaju iz 1877. godine.<sup>10</sup> Tako se u Motivima navodi da „dospelost potraživanja ovlašćuje poverioca samo da zahteva od dužnika ispunjenje datog potraživanja. Samo izvršnost daje poveriocu pravnu mogućnost da bez volje dužnika iskoristi pojedine delove njegove imovine, po svom izboru, radi namirenja svog potraživanja. Utoliko više ovlašćenje poverioca da od trećeg lica, sticaoca, zahteva predmete izdvojene iz imovine dužnika radi namirenja svog potraživanja mora biti vezano za uslov izvršnosti“.<sup>11</sup>

8 § 7 nZPob.

9 *Anfechtungsordnung* od 10. decembra 1914. godine – aZPob (1914), *Reichsgesetzblatt* 337/1914.

10 *Konkursordnung* od 10. februara 1877. godine, *Deutsches Reichsgesetzblatt* 10/1877. Nakon ovog zakona, 1879. godine je u Nemačkoj donet i Zakon o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečaja iz 1879. godine (*Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz)*) od 21. jula 1879. godine, *Reichsgesetzblatt* S. 277, koji je poslužio kao uzor za donošenje austrijskog Zakona o pobijanju pravnih radnji dužnika iz 1884. godine (*Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen (Anfechtungsgesetz)*), od 16. marta 1884. godine, *Reichsgesetzblatt* 36/1884, koji je prestao da važi donošenjem Zakona o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečaja (*Anfechtungsordnung*) od 10. decembra 1914. godine, *Reichsgesetzblatt* 337/1914, i Zakona o stečaju 1914. godine (*Konkursordnung*) od 10. decembra 1914. godine, *Reichsgesetzblatt* 337/1914.

11 Navedeno prema U. Ehrenzweig, *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung*, Wien 1916, 478.



Za poboynost pravne radnje dužnika u austrijskom pravu potrebno je da je ona preduzeta u roku koji je predviđen za konkretnu vrstu pobijanja kojem ova radnja podleže. Tako je za določnu paulijansku tužbu predviđen rok od 10 godina, za kulpoznu i porodičnu paulijansku tužbu, kao i za pobijanje besplatnih i sa njima izjednačenih raspolaganja 2 godine, a za pobijanje zbog otuđivanja imovine u besćenje predviđen je rok od godinu dana.<sup>12</sup> Protekom navedenih rokova poverilac gubi pravo na pobijanje dužnikove pravne radnje. Ipak, ukoliko poveriocu gubitak prava usled isteka roka preti zbog toga što njegovo dospelo potraživanje još uvek nije postalo izvršno, njemu na raspolaganju stoji mogućnost odlaganja isteka roka. Prema § 9 austrijskog Zakona o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan stečaja (dalje: aZPob (1914)) poverilac može izdejstvovati zastoje roka za pobijanje pod uslovom da, po saznanju za poboynost pravne radnje nastavi pokrenuti postupak protiv dužnika ili da ga bez odlaganja pokrene i na odgovarajući način nastavi. U bilo kojem od navedena dva slučaja neophodno je da poverilac, pre isteka roka za pobijanje, pismenom koje se dostavlja putem suda ili notara obavesti protivnika pobijanja o svojoj nameri da pobija spornu pravnu radnju.<sup>13</sup> Pod navedenim uslovima istek roka za pobijanje se odlaže do proteka šest meseci od nastupanja izvršnosti potraživanja. Osim toga, izuzetak od pravila da je za pobijanje pravne radnje dužnika neophodna izvršnost potraživanja predviđen je u § 10 prema kojem se pobijanje može vršiti i pre nego što potraživanje postane izvršno u slučaju kada se ono vrši putem prigovora, kao i u slučaju pobijanja u postupku za raspodelu sredstava stečenih posredstvom prinudnog izvršenja.

### 3. USLOV DOSPELOSTI (I IZVRŠNOSTI) POTRAŽIVANJA U DOMAĆEM PRAVU

Prema čl. 280, st. 1 ZOO pravo na pobijanje ima svaki *poverilac čije je potraživanje dopelo na isplatu*, i bez obzira kada je nastalo, ukoliko je pobijana pravna radnja dužnika preduzeta na njegovu štetu. Cilj

12 §§2 i 3 aZPob (1914).

13 Radi se o institutu koji se naziva „najava ili saopštenje pobijanja“ (*Anfechtungsankündigung/Anfechtungsmittelung*) čiji je jedini smisao obezbeđivanje zastoja roka za samo pobijanje; o tome, sa daljim upućivanjima na raniju praksu, OGH, 3 Ob 47/12a od 18.4.2012, *Zivilrecht aktuell (Zak)* 2012, 202.

postavljanja uslova dospelosti potraživanja je da se spreči da poverilac zahteva pobijanje pravne radnje dužnika u trenutku kada još nije poznato da li će dužnik imati dovoljno sredstava za namirenje poveriočevog potraživanja. Naime, čak i ukoliko dužnik pre dospelosti nema dovoljno sredstava za to, on do trenutka dospelosti potraživanja može ponovo postati solventan, u kom slučaju izostaje jedan od opštih uslova za primenu pravila o pobijanju-insolventnost dužnika.<sup>14</sup>

Uslovljavanjem poveriočevog prava na pobijanje dospelošću njegovog potraživanja zakonodavac je odstupio od pravila u prethodno važećem Zakonu o pobijanju pravnih dela izvan stečaja iz 1931. godine,<sup>15</sup> kao i od njegovog izvornika, još uvek važećeg, austrijskog aZPob (1914). Naime, gotovo identično ranije navedenoj odredbi aZPob (1914) i vrlo slično odredbi nZPob (1994), i u jugoslovenskom Zakonu o pobijanju pravnih dela izvan stečaja (dalje: ZPob) je za pobijanje dužnikove pravne radnje zahtevana izvršnost poveriočevog potraživanja, kao i to da izvršenje na imovini poverioca „nije dovelo do potpunog namirenja (...) ili ako se ima uzeti da do toga ne bi dovelo“.<sup>16</sup> Ipak, u ovdašnjoj teoriji i sudskoj praksi ni do danas ne postoji jedinstven stav o tome da li iza navedene odredbe ZOO zaista stoji namera zakonodavca da mogućnost pobijanja pravne radnje dužnika proširi i na poverioce potraživanja koje još nije postalo izvršno ili je samo reč o nespretnoj formulaciji odredbe pri čemu je ovaj uslov suštinski ostao nepromenjen.

### 3.1. Shvatanje doktrine

Prema shvatanju većine domaćih autora, i postojeći uslov dospelosti iz ZOO treba tumačiti šire, u smislu da poveriočevo potraživanje treba da bude i izvršno. Tako Vizner navodi da pravo pobijanja ima „svaki vjerovnik čije je potraživanje dospjelo na isplatu“, ali uz to navodi i da on „u dokaz postojanja i dospelosti potraživanja posjeduje pravomoćnu presudu ili koji drugi izvršni naslov“.<sup>17</sup> Slično i B. Živković

---

14 M. Živković, *Pravo pobijanja dužnikovih pravnih radnji*, doktorska disertacija, Beograd 2016, 67. O opštim i posebnim uslovima pobijanja vid. B. S. Marković, u *Komentar zakona o obligacionim odnosima* (red. B. T. Blagojević, V. Krulj), Beograd 1980, 702 i 709–718.

15 Zakon o pobijanju pravnih dela izvan stečaja od 5. marta 1931. godine – ZPob, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 26/1931.

16 §8 ZPob i §8 aZPob (1914).

17 B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978, 1118.

ističe da „poverilac mora postojanje svoga potraživanja dokazati izvršnom ispravom“.<sup>18</sup> Na ovo shvatanje u domaćoj literaturi možemo naići i kod drugih autora, ali se ono svodi na konstataciju da je ovo rešenje prihvaćeno kako u pravnoj teoriji, tako i u sudskoj praksi, bez navođenja argumenata u prilog takvom rešenju.<sup>19</sup>

Ipak, u prilog shvatanju da uslovu dospelosti iz ZOO treba dati šire tumačenje, tako da njime bude obuhvaćena i izvršnost potraživanja najpotpunije se izjašnjava B. Marković. Prema ovom autoru, „dospelost i postojanje potraživanja dobijaju autentičnost tek kroz izvršnu tražbinu, a zatim i sama ustanova pobijanja se zasniva na neuspelosti naplate izvršne tražbine, tj. na insolventnosti dužnika“.<sup>20</sup> Stoga bi pobijanje bez ispunjenja uslova izvršnosti i insolventnosti dužnika dovelo do „apsurdnih situacija“ – ovlašćenja svakog poverioca koji ima dospelo potraživanje da pobija pravnu radnju svog dužnika, nepotrebno ugrožavajući time pravnu sigurnost i položaj trećeg lica.<sup>21</sup>

Pored toga što potraživanje treba da bude ne samo dospelo, već i izvršno, prema mišljenju ovog autora, neophodno je i da izvršenje na dužnikovoj imovini nije uspelo ili je verovatno da neće dovesti do potpunog namirenja poveriočevog potraživanja. Dalje B. Marković ističe da je ovakvo odstupanje u ZOO od rešenja iz ZPob, a time i rešenja sadržanog u austrijskom zakonu posledica nastojanja zakonodavca da uprosti i skрати tekst odredbe.<sup>22</sup>

Sa druge strane, samo par autora je mišljenja da uslov dospelosti treba shvatiti upravo tako kako glasi, da je za pobijanje dovoljna i samo dospelost potraživanja. Dok se Pop-Georgijev zadržava na konstataciji da dospelost potraživanja treba smatrati dovoljnom jer u ZOO

18 B. Živković, „Neki rokovi za pobijanje dužnikovih pravnih radnji izvan stečaja“, *Sudska praksa*, 4/2009, 71.

19 Tako Vera Marković, „Pobijanje pravnih radnji dužnika – Zaštita poverilaca“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 2/1998, 158 i J. Borovac, „Paulijan-ska tužba u sudskoj praksi“, *Pravni život*, 10/2010, 924–925. Borovac u ovom radu konstatuje da „kod instituta pobijanja, dospelost ima drugačije značenje i u tome su svi autori usaglašeni kao i naša sudska praksa“ iako u nastavku rada primećuje da su rokovi za pobijanje kratki i da su „u veoma nepovoljnom položaju poverioci koji imaju teškoće zbog procesno pravnih situacija da izdejtstvuju na vreme izvršnu ispravu“.

20 B. S. Marković (1980), *op. cit.*, 702 i B. S. Marković, u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. Slobodan Perović), Beograd 1995, 647.

21 *Ibid.*

22 B. S. Marković (1980), 704.

nisu predviđeni dodatni uslovi,<sup>23</sup> Radolović u opredeljenju da za pobijanje pravne radnje dužnika nije neophodna izvršnost potraživanja, ide mnogo dalje. Ukazujući na problem sporosti parničnog i izvršnog postupanja, on ističe da dilema ne treba da bude izvršnost ili dospelost potraživanja, već to da li za pobijanje treba zahtevati dospelost potraživanja ili ga dopustiti i pre dospelosti. Između ova dva, on se opredeljuje ovo drugo, još liberalnije rešenje.<sup>24</sup>

### 3.2. Shvatanje sudske prakse

Na pitanje da li je za uspeh u postupku za pobijanje pravne radnje dužnika neophodno da poverilac postojanje i dospelost svog potraživanja dokaže pravnosnažnom presudom ili kakvom drugom izvršnom ispravom ni sudska praksa ne nudi jedinstven, usaglašen odgovor. Tako, prema jednoj odluci VSS, poverilac može paulijanskom tužbom uspešno pobijati pravne radnje dužnika „pod uslovom da je obaveza odgovornog lica da štetu naknadi i visina te obaveze utvrđena pravnosnažnom i izvršnom presudom najkasnije do okončanja postupka pred prvostepenim sudom u parnici u kojoj se pravne radnje pobijaju“.<sup>25</sup> Slično tome, u drugoj presudi VSS se navodi da, u smislu čl. 280 ZOO, „dospelost potraživanja zahteva i njegovu izvršnost“.<sup>26</sup> U istoj odluci stoji da je za ispunjenje uslova insolventnosti dužnika potrebno da je „poverilac prethodno iscrpeo sva pravna sredstva zaštite svojih prava prema dužniku, da je vodio spor protiv dužnika, dobio pravnosnažnu i izvršnu sudsku presudu i da nije uspeo da se namiri iz dužnikove imovine ni prinudnim putem“.<sup>27</sup>

U drugim odlukama se nailazi ipak na drugačije stavove. Na primer, u jednoj odluci Apelacionog suda u Beogradu se navodi da „činjenica da potraživanje tužioca [...] nije utvrđeno pravnosnažnom

---

23 D. Pop-Georgijev, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (Red. S. Perović i D. Stojanović), Kragujevac 1980, 803.

24 A. Radolović, „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, 1991, 627.

25 Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 4654/96 od 17.12.1996. godine – *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 4/96, 31–32.

26 Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 2872/06 od 8.2.2007. godine, dostupna u pravnoj bazi *Paragraflex*, 26.10.2017. godine.

27 Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Rev. 2872/06 od 8.2.2007. godine.

sudskom presudom ne znači da to potraživanje nije dospelo<sup>28</sup>. Štaviše, prema mišljenju ovog suda, postojanje prava poverioca „je prethodno pitanje u ovoj parnici za pobijanje dužnikovih pravnih radnji, koje sud može sam da reši na osnovu priloženih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja“<sup>29</sup>. Uz slično obrazloženje isto smatra i Apelacioni sud u Novom Sadu,<sup>30</sup> ali i, što je značajno zbog identičnog redakcijskog stanja, Vrhovni sud Hrvatske.<sup>31</sup>

Međutim, prema jednoj drugoj odluci upravo Apelacionog suda u Novom Sadu o postojanju potraživanja poverioca ne može se raspravljati kao o prejudicijelnom pitanju budući da se ono ne može rešiti bez učešća dužnika, a dužnik nije pasivno legitimisan u postupku za pobijanje pravnih radnji dužnika.<sup>32</sup>

#### 4. SOPSTEVNO SHVATANJE

Imajući u vidu različita tumačenja uslova dospelosti potraživanja u teoriji i sudskoj praksi, čini se da do pravog odgovora na prethodno navedeno pitanje nije moguće doći bez uzimanja u obzir cilja samog instituta.

Na početku rada pravo pobijanja pravnih radnji dužnika okarakterisano je kao jedna od mera zaštite interesa poverioca od nesavesnog postupanja dužnika. To je jedno od njegovih dopunskih prava „kojima

---

28 Presuda Apelacionog suda u Beogradu br. Gž 7947/10 od 18.7.2011, dostupna na internet stranici <http://www.bg.ap.sud.rs/>, 16.11.2017. godine.

29 Presuda Apelacionog suda u Beogradu br. Gž 7947/10 od 18.7.2011.

30 Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 2251/14 od 4.3.2015, dostupno u bazi sudske prakse *Intermex* dana 20.9.2018. godine.

31 Up. presudu Rev. 2322/92 od 29.11.1992: „[p]odnošenje paulijanske tužbe nije uvjetovano činjenicom da je potraživanje vjerovnika utvrđeno pravomoćnom presudom. Što više, vjerovnik može podnijeti tužbu radi pobijanja pravnih radnji dužnika i u slučaju da nije pokrenuo parnicu radi ostvarivanja svog novčanog potraživanja, a u tom slučaju sud može [...] sam raspraviti i ocijeniti pitanje postojanja i dospelosti vjerovnikovog potraživanja kao prejudicijelno pitanje, a može [...] i odlučiti da sam ne rješava to pitanje, te odrediti prekid postupka do pravomoćnog završetka postupka u kojem će o istom pitanju biti odlučeno kao o glavnoj stvari“. Presuda dostupna na internet stranici <http://www.vsrh.hr/>, 18.11.2017. godine.

32 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 1353/12 od 25.3.2013. godine, dostupna na internet stranici <https://www.ns.ap.sud.rs/>, 16.11.2017. godine.

poverilac štiti izgleda da namiri svoje potraživanje<sup>33</sup>. Prema tome, prilikom ocene ispravnosti jednog ili drugog shvatanja o tumačenju uslova dospelosti potraživanja važno je imati u vidu cilj zaštite poverioca. Ovaj cilj bi, čini se, bio teško ostvariv ukoliko bi se usvojio stav prema kojem je za pobijanje neophodno da je potraživanje izvršno, kao i da je izvršenje pokušano, ali nije uspelo ili je verovatno da neće uspeti. Naime, imajući u vidu, s jedne strane, prosečno trajanje parničnih i izvršnih postupaka u našoj zemlji i, sa druge strane, rokove u kojim poverilac može tražiti pobijanje pravnih radnji dužnika, jasno je da bi ovaj institut izgubio smisao ukoliko bi se insistiralo na ispunjenju prethodno navedenih uslova.

U ZOO je predviđen rok od godinu dana za pobijanje teretnih raspolaganja dužnika, bez obzira na to da li se radi o doložnom ili kulpoznom pobijanju. Za pobijanje raspolaganja u korist srodnika, kao i besplatnih ili sa njima izjednačenih raspolaganja predviđen je rok od tri godine. Oba roka su prekluzivnog karaktera.

Predviđanjem rokova od godinu dana, odnosno tri godine, zakonodavac je značajno odstupio od ZPob i austrijskog aZPob (1914), zapravo nemačko-austrijskog koncepta instituta. U ZPob za pobijanje doložne pravne radnje je bio predviđen rok od 10 godina, a za druge pravne radnje rok od dve godine. Samo je za pobijanje pravne radnje zbog otuđivanja imovine u bescenje bio predviđen rok od 6 meseci.<sup>34</sup> Takođe, treba imati na umu da je ovim zakonima bila predviđena mogućnost produženja rokova za pobijanje. Prema § 9 ZPob, pre nego što je njegovo potraživanje postalo izvršno, ili pre nego što se pokaže da izvršenje nije dovelo ili neće dovesti do potpunog namirenja, poverilac može da obavesti treće lice, budućeg protivnika pobijanja, o svojoj nameri da pobija radnju dužnika preduzetu u korist tog lica.<sup>35</sup> Dejstvo

33 V. Radović, N. Tešić, „On creditor’s supplemental rights“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, 3/2015, 144–145. O pravu pobijanja pravne radnje dužnika kao akcesornom, sporednom pravu koje prati pravo potraživanja prilikom prenosa govori i *Petschek* u *Petschek, Hämmerle, Ludwig, Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht*, Wien 1968, 62.

34 § 2 i 3 ZPob. Šestomesečni rok za pobijanje pravne radnje zbog otuđivanja imovine u bescenje predstavlja jedino odstupanje u odnosu na rokove predviđene u aZpob (1914) o kojim je bilo reči u prethodnom delu rada.

35 § 9 je u vreme njegovog donošenja bio identičan § 9 austrijskog aZpob (1914). Međutim, izmenom iz 1968. godine je u aZpob (1914) umesto produženja roka predviđena mogućnost sprečavanja isteka roka o kojoj je bilo reči u delu rada o pravu pobijanja u Austriji.

dostavljanja tog obaveštenja sastojalo se u dvogodišnjem produženju roka pobijanja računajući unazad od vremena dostavljanja.

Kako B. Marković primećuje, mogućnost produženja rokova pobijanja je opravdana zahtevom izvršnosti i neuspelog izvršenja poveriočevog potraživanja koje je „vezano za duži vremenski period, te se neretko događa da tužilac [...] izgubi zakonom predviđene rokove za podizanje pobojne tužbe“.<sup>36</sup>

Osim što su u ZOO predviđeni mnogo kraći rokovi, njegovim donošenjem ukinuta je i mogućnost produženja rokova za pobijanje. Moguće je da je zakonodavac time nastojao da sačuva i pravnu sigurnost i interes trećeg lica, protivnika pobijanja. Dužnost zakonodavca da se stara i o interesima protivnika pobijanja proizlazi iz kompromisnog karaktera prava pobijanja.<sup>37</sup> On podrazumeva pomirenje tri različita interesa: interes poverioca da namiri potraživanje, dužnika da slobodno raspoláže svojim dobrima i interes i pravnu sigurnost trećeg lica. Dakle, skraćanjem rokova i ukidanjem mogućnosti njihovog produženja, zakonodavac je poremetio ravnotežu ovih interesa na štetu poverioca kojem prvenstveno ovaj institut treba da služi. Kako bi se ta ravnoteža ponovo uspostavila i sačuvao kompromisni karakter instituta pobijanja, kao i cilj zaštite poverioca, neophodno je bilo učiniti i ustupak u korist poverioca. Čini se da se on sastoji upravo u odustajanju od zahteva izvršnosti potraživanja i neuspelosti njegovog izvršenja.

Stoga, nije jasno zbog čega upravo B. Marković koji opravdanje mogućnosti produženja rokova prema ZPob vidi u zahtevima izvršnosti i neuspelosti izvršenja potraživanja, zauzima stanovište da uslov dospelosti u važećem ZOO treba tumačiti tako da u sebi obuhvata upravo dva navedena uslova. Čini se da je intencija zakonodavca, s jedne strane, da skraćanjem rokova, a time i značajnim sužavanjem mogućnosti vršenja prava poverioca na pobijanje dužnikovih pravnih radnji, zaštiti pravnu sigurnost. Sa druge strane, ukidanje uslova izvršnosti i neuspeha u izvršenju potraživanja, kao protivteža ovoj meri, treba da proširi mogućnost poverilaca da vrše ovo pravo. Zbog svega navedenog smatramo da odstupanje zakonodavca od ranije zahtevanog uslova izvršnosti u ZPob i austrijskom aZPob (1914) nije prosto posledica

36 B. S. Marković (1980), *op. cit.*, 726.

37 O kompromisnom karakteru prava pobijanja vid. u Božidar S. Marković, *Pravo pobijanja izvan stečaja*, Beograd 2014, reprint izdanja iz 1935. godine, 18–19.

njegove namere da uprosti i skрати odredbe ZPob, već svesna posledica drugačijeg pristupa uspostavljanju kompromisa između navedenih suprotstavljenih interesa, a verovatno i nastojanja da se, u određenoj meri, proširi mogućnost vršenja ovog instituta.

Na kraju, argumentacija koja nastoji da odbrani stav da je uslov pobijanja izvršnost, a ne dospelost, putem procesnih argumenata, i to nemogućnost rešavanja prethodnog pitanja koje se tiče pravnog odnosa između stranke i trećeg, gubi iz vida osnovne postavke instituta. Rešenje prethodnog pitanja u parničnom postupku nije obuhvaćeno pravnosnažnošću.<sup>38</sup> Stoga osnovna bojazan zastupnika ovog shvatanja – da dužnik neće imati priliku da učestvuje u raspravljanju – nije opravdana: usvajajuća presuda o paulijanskoj tužbi ne deluje na dužnika u smislu postojanja potraživanja; njegova potonja tužba negativnog utvrđenja protiv poverioca je dozvoljena, a u tom sporu sud svakako nije vezan za rešenje prethodnog pitanja iz paulijasnkog spora. Uz to, doslednost kritikovanog shvatanja dovodi do teško prihvatljivih posledica: ako o postojanju potraživanja ne sme da se rešava kao o prethodnom pitanju, onda čak i da postoji izvršna isprava, tuženi ne bi mogao da ističe da je potraživanje prestalo nakon vremenskih granica pravnosnažnosti, odnosno nakon nastanka izvršne isprave koja nije sudska odluka; jer i tada se rešava o postojanju potraživanja kao o prethodnom pitanju. Upravo iz navedenih razloga je vladajući stav procesne doktrine da prethodno pitanje koje parnični sud sme sam da reši ne mora biti odnos između stranaka u tekućem sporu.<sup>39</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Donošenjem ZOO zakonodavac je nesumnjivo odstupio od načina na koji je pitanje dospelosti i izvršnosti potraživanja kao uslova za aktivnu legitimaciju poverioca za pobijanje dužnikove pravne radnje regulisano u drugim pravnim sistemima germanskog pravnog kruga u koji se naše pravo pobijanja svrstalo donošenjem ZPob. Reč „dospelost“ u čl. 280, st. 1 ZOO umesto reči „izvršnost“ se, prema našem mišljenju, nije našla omaškom zakonodavca, već promenom pristupa u koordinisanju suprotstavljenih pravnih interesa poverioca, dužnika i

---

38 Čl. 12 st. 2 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014.

39 B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 41 sa primerima i kritikom dela sudske prakse.



protivnika pobijanja kod pobijanja pravne radnje dužnika. Kompromis između njih nastoji se obezbediti regulisanjem opštih i posebnih uslova za pobijanje, kao i svojstava koja poveriočevo potraživanje mora da ima da bi uspeo u postupku za pobijanje pravne radnje dužnika.

U prilog izvršnosti potraživanja kao uslova za pobijanje u domaćoj i stranoj teoriji ističe se da se time nastoji obezbediti da se pitanje postojanja potraživanja reši između poverioca i dužnika, te da se time posledično zaštiti pravna sigurnost trećeg lica u čiju korist je dužnik raspolagao spornom pravnom radnjom. Jasno je da postojanje izvršnog naslova značajno olakšava poveriocu dokazivanje postojanja i dospelosti potraživanja i sprečava eventualno neopravdano uznemiravanje trećeg lica, ali se, smatramo, izbor između dospelosti i izvršnosti kao uslova za pobijanje ne može napraviti bez uzimanja u obzir cilja postojanja prava pobijanja, kao i drugih odredaba kojim je ovo pravo regulisano u ZOO.

Iz tog razloga se prilikom davanja odgovora na pitanje mora insistirati na vezi između uslova izvršnosti, odnosno dospelosti, s jedne strane, i rokova za pobijanje pravne radnje dužnika, s druge strane. Ukoliko se nastoji sačuvati kompromisni karakter prava pobijanja među njima mora postojati obrnuta proporcija. Uslov izvršnosti koji otežava položaj poverioca mora biti praćen dužim rokovima za pobijanje i mogućnošću produženja roka u slučaju kada poveriocu preti gubitak prava na pobijanje jer njegovo potraživanje još nije postalo izvršno. S druge strane, u slučaju kada su za pobijanje zakonom predviđeni izuzetno kratki rokovi bez mogućnosti produženja, nametanjem uslova izvršnosti bi se u potpunosti poremetio balans među interesima poverioca i protivnika pobijanja i to isključivo na štetu poverioca. To naročito važi za naše pravo ukoliko se uzme u obzir da u našoj zemlji parnični i izvršni postupci po pravilu izuzetno dugo traju, kao i to da su za pobijanje u ZOO predviđeni rokovi od samo godinu dana, odnosno tri godine i to bez mogućnosti produženja. Stoga, smatramo, ukoliko se želi ostvariti smisao postojanja prava pobijanja, a to je prevashodno zaštita poverioca, u postojećim uslovima nema mesta širem tumačenju reči „dospelost“ iz čl. 280, st. 1 ZOO, već se ovaj deo navedene odredbe ima tumačiti i primeniti upravo onako kako glasi. Procesni režim rešavanja prethodnog pitanja tako nešto ne sprečava. O uvođenju uslova izvršnosti može se govoriti tek u slučaju odgovarajuće promene odredaba o rokovima za pobijanje, ali i tada imajući u vidu prosečno trajanje parničnih i izvršnih postupaka.

*Nikolina Mišćević, LL.M*  
*Junior Faculty Member at the Faculty of Law,*  
*University of Novi Sad*

ABOUT THE MEANING OF THE TERM “DUE  
CLAIM” FROM ART. 280 PARA. 1 OF THE LAW OF  
OBLIGATIONS: A DUE CLAIM ONLY, OR RATHER  
AN ENFORCEABLE CLAIM?

*Summary*

Is the enforceability necessary for contesting of debtor's legal act outside the insolvency proceedings or is it sufficient for the claim to be due? Although the term “due claim” is used in the Law on Obligations, even after 40 years from the adoption of this law, there is a dispute in the domestic doctrine whether in this case the term “due claim” should be interpreted broader so that it includes enforceability of the claim. Instead of giving a unique answer to this question, the case law makes it even more complex, considering that the decisions, sometimes even of the same court, provide completely different views on this issue. The author attempts to answer the above question in light of the legal solutions in countries whose right to contest a debtor's legal act out of the insolvency proceedings served as a model to our legislator, other provisions of the Law on Obligations, regulating the right to contest a debtor's legal act, as well as the purpose of this right.

Key words: *Right to contest a debtor's legal act outside the insolvency proceedings. – Actio Pauliana. – Due claim. – Enforceable claim.*

*Dr Emilia Miščenić, Dr. Iur. (Graz), LL.M. (Saarbrücken)\**

*Ivana Mrak, Mag. Iur.\*\**

## ZAŠTITA POTROŠAČA OD PROIZVODA DVOJNE KVALITETE

*U današnje vrijeme se u procesima proizvodnje i označavanja proizvoda općenito, a posebice prehrambenih proizvoda značajna pozornost posvećuje poticanju potrošača na tzv. „zdravi izbor“ odnosno izbor onih proizvoda koji povoljno utječu na zdravlje i sigurnost potrošača. Kao glavno sredstvo za postizanje i ostvarivanje tog izvora služe ispravne i točne informacije o proizvodima. Označavanje proizvoda na razini Unije ima dugu tradiciju i seže sve do prvih slučajeva o zaštiti interesa potrošača, u kojima se je Sud EU bavio upravo označavanjem proizvoda i povredama temeljne gospodarske slobode kretanja robe. U čuvenim predmetima Cassis de Dijon ili Brasserie du Pêcheur, Sud EU se susreće sa preprekama koje ostvarenju unutarnjeg tržišta stvaraju njemački propisi o proizvodnji i sastavu alkoholnih pića, a kojima se navodno štite interesi potrošača. Tako tijekom dugog niza godina, EU zakonodavac usvaja preko 80 pravnih akata kako obvezujuće, tako i neobvezujuće pravne snage, kojima se uređuje označavanje proizvoda. Unatoč tome, i danas svjedočimo slučajevima diskriminacije EU potrošača, proizvodnjom i stavljanjem na tržište proizvoda dvojne kvalitete, posebice prehrambenih proizvoda. Brojne studije provedene u državama članicama dokazale su ponudu proizvoda lošije kvalitete na tržištima centralnih i istočnih država članica EU, što je značajno narušilo povjerenje potrošača ne samo u trgovce, već i sustav uređenja ovog pitanja na razini Unije. Autorice se stoga u radu posvećuju pitanju dvojne kvalitete proizvoda (posebice prehrambenih) na hrvatskoj, ali i razini drugih država članica Unije, te ukazuju na mjere koje Europska unija poduzima kako bi povratila narušeno povjerenje potrošača.*

\* Autorica je izvanredna profesorica na Katedri za međunarodno i europsko privatno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, [emiscenic@pravri.hr](mailto:emiscenic@pravri.hr).

\*\* Autorica je pod mentorskim voditeljstvom izv. prof. dr. sc. Emilie Miščenić izradila i obranila završni diplomski rad na integriranom diplomskom sveučilišnom studiju Pravnog fakulteta u Rijeci, [imrak@pravri.hr](mailto:imrak@pravri.hr).

Ključne reči: *Dvojna kvaliteta proizvoda. – Unutarnje tržište. – Zaštita potrošača. – Zakon o informiranju potrošača o hrani. – Zakon o hrani. – Uredba (EZ) br. 178/2002. – Uredba (EZ) br. 1169/2011. – Direktiva 2005/29/EZ.*

## 1. UVOD

Pitanje sigurnosti i kvalitete proizvoda, a posebice prehrambenih proizvoda, jest izuzetno osjetljivo i napose važno pitanje. Svakodnevno konzumiranje hrane, kojim se zadovoljavaju egzistencijalne životne potrebe, ključno je za zdravlje i dobrobit potrošača. Upravo iz tog razloga, čl. 169 UFEU-a obvezuje Uniju na doprinos zaštiti zdravlja i sigurnosti te informiranju potrošača u svrhu postizanja visoke razine zaštite potrošača i ostvarenja njihovih temeljnih prava.<sup>1</sup> Tako je u pogledu jamstva sigurnosti prehrambenih proizvoda za potrošače, ključno osigurati nadzor nad njihovom zdravstvenom ispravnosti u svim stadijima proizvodnje i distribucije. Dotle u odnosu na informiranje potrošača, ključnu ulogu igra označavanje prehrambenih proizvoda putem etiketa i ambalaža. Na taj način, potrošačima se omogućava da ostvare tzv. *informirani odabir* prilikom kojeg će na jasan i razumljiv način biti obaviješteni o svim bitnim informacijama vezanima uz sastav, trajanje, podrijetlo i nutritivnu vrijednost prehrambenoga proizvoda. Označavanje hrane ima dugu tradiciju na razini Unije i seže sve do prvih slučajeva o zaštiti interesa potrošača, u kojima se je Sud EU bavio upravo označavanjem proizvoda i povredama temeljne gospodarske slobode kretanja robe.<sup>2</sup> U primjere takvih slučajeva ubrajamo čuveni predmet „*Cassis de Dijon*“ u kojem njemačke vlasti odbijaju izdati dozvolu za uvoz like-  
ra podrijetlom iz Francuske, budući da isti nije u skladu s njemačkim propisima koji uređuju minimalni sadržaj alkohola kojeg takav proizvod mora sadržavati.<sup>3</sup> Kao i u slučaju *Brasserie du Pêcheur*, njemačke

- 
- 1 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), *SL EU C 202/49* od 7. lipnja 2016.
  - 2 E. Mišćenić, *Discrimination of EU Consumers Regarding Food Processing and Labeling*, 2018, [https://bib.irb.hr/datoteka/932772.Miscenic\\_Emilija\\_-\\_Two\\_Production\\_Line\\_Cases.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/932772.Miscenic_Emilija_-_Two_Production_Line_Cases.pdf), 1. listopada 2018.
  - 3 Presuda od 20. veljače 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42.

vlasti svoja postupanja brane zaštitom interesa potrošača.<sup>4</sup> Od tada pa sve do danas, EU zakonodavac vrlo aktivno radi na uređenju označavanja proizvoda općenito, te usvaja preko 80 pravnih akata kako obvezujuće, tako i neobvezujuće pravne snage.<sup>5</sup> Primjerice, Uredba (EU) br. 1169/2011 o informiranju potrošača o hrani, štiti potrošače utvrđivanjem obveznih informacija o hrani i nutritivnoj odnosno hranljivoj vrijednosti, kao i o sastavu i o zemlji podrijetla.<sup>6</sup> S druge strane Uredba (EZ) br. 1829/2003 o genetski modificiranoj hrani uređuje obvezne informacije, koje moraju sadržavati prehrambeni proizvodi koji sadrže genetski modificirane organizme odnosno GMO.<sup>7</sup> No, ovaj vid uređenja pružanja informacija o hrani vodi ka pitanju dosega jamstva prava na informaciju odnosno dvojbi o tome da li bi informiranje trebalo ujedno obuhvatiti i osnovne informacije o postupku i metodama proizvodnje proizvoda. Pojedini autori tako ističu nedostatke uređenja na razini Unije usporedivo sa uređenjem na razini US ili nekim izvorima međunarodne trgovine, koji razlikuju tzv. karakteristike procesa proizvodnje i samih proizvoda.<sup>8</sup> Naime, čini se kako su upravo ovi nedostaci sveobuhvatnog uređenja na razini Unije doprinijeli čitavom nizu slučajeva proizvodnje proizvoda dvojake ili dvojne kvalitete. Riječ

- 
- 4 Presuda od 5. ožujka 1996. u spojenim predmetima C-46/93 i C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others*, EU:C:1996:79. Vidi i presuda od 12. ožujka 1987, *Commission v Germany*, EU:C:1987:126.
- 5 J. Davies, *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011, 138, koji upućuje na EU propise o označavanju prehrambenih i neprehrambenih proizvoda.
- 6 Uredba (EU) br. 1169/2011 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o informiranju potrošača o hrani, izmjeni uredbi (EZ) br. 1924/2006 i (EZ) br. 1925/2006 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Komisije 87/250/EEZ, Direktive Vijeća 90/496/EEZ, Direktive Komisije 1999/10/EZ, Direktive 2000/13/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, direktiva Komisije 2002/67/EZ i 2008/5/EZ i Uredbe Komisije (EZ) br. 608/2004, SL 304/18, 22.11.2011.
- 7 Uredba (EZ) br. 1829/2003 Europskog parlamenta i Vijeća od 22. rujna 2003. o genetski modificiranoj hrani i hrani za životinje, SL EU L 268, 18.10.2003, 1–23.
- 8 Vidi L. Miller, „Ethical Consumption and the Internal Market“, u: D. Leczykiewicz, S. Weatherill (ur.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, 2016, koji na strani 293. razlikuje tzv. ‘process preferences’ od ‘product preferences’.

je o proizvodima lošije kvalitete, posebice prehrambenima, koji se stavljaju na tržište država članica središnje i istočne Europe, tako diskriminirajući potrošače iz tih zemalja kao građana Unije. Brojne studije provedene u državama članicama dokazale su ponudu proizvoda lošije kvalitete na tržištima centralnih i istočnih država članica EU,<sup>9</sup> što je značajno narušilo povjerenje potrošača ne samo u trgovce, već i sustav uređenja ovog pitanja na razini Unije. Autorice se stoga u radu posvećuju pitanju dvojne kvalitete proizvoda (posebice prehrambenih) na hrvatskoj, ali i razini drugih država članica Unije, te ukazuju na mjere koje Unija poduzima kako bi povratila narušeno povjerenje potrošača.

## 2. UREĐENJE ZAŠTITE POTROŠAČA I SIGURNOSTI PROIZVODA U RH

### 2.1. *Općenito*

Temelje razvoju zaštite potrošača u RH, kao zasebnoj grani prava udara potpisivanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između RH i EZ, te njihovih država članica (SSP) 29. listopada 2001. godine, kada počinje proces usklađivanja sa pravnom stečevinom Unije.<sup>10</sup> U skladu s općom obvezom usklađivanja prava, sadržanom u harmonizacijskoj klauzuli članka 69 SSP-a, te posebnijom odredbom o usklađivanju u području zaštite potrošača iz čl. 74 SSP-a, RH započinje sa aktivnom zakonodavnom djelatnosti u ovom području.<sup>11</sup> Rezultat je usvajanje prvog Zakona o zaštiti potrošača<sup>12</sup> (ZZP) 10. lipnja 2003, da bi kasnije pojedine direktive EU-a o zaštiti potrošača bile preuzete i Zakon o obveznim odnosima (ZOO) iz 2005. godine.<sup>13</sup> Nakon toga slijede dva kasnija ZZP-a u 2007. i trenutno važeći u 2014. godini,<sup>14</sup> ali i čitav spektar

9 O tome opsežnije *infra* pod naslovom br. 3.

10 Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, *NN MU* br. 14/01, 15/01, 14/02, 1/05, 7/05, 9/05 i 11/06.

11 Opsežnije o tome E. Mišćenić, „Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. IV. br. 1, 2013, 146.

12 Zakon o zaštiti potrošača, *NN* br. 96/03.

13 Zakon o obveznim odnosima, *NN* br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18.

14 Zakon o zaštiti potrošača, *NN* br. 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12 i 56/13, ukinut i zamijenjen današnjim Zakonom o zaštiti potrošača, *NN* br. 41/14 i 110/15.

pojedinačnih posebnijih propisa o zaštiti potrošača.<sup>15</sup> Danas ovu granu prava na razini RH karakterizira značajna prenormiranost i pravna fragmentiranost, koje potkopavaju uspješnu provedbu zaštite prava potrošača.<sup>16</sup> U odnosu na uređenje sigurnosti proizvoda ona se tako odražava na brojnim propisima kojima se uređuje sigurnost proizvoda, kao što su to Zakon o općoj sigurnosti proizvoda,<sup>17</sup> Zakon o predmetima opće uporabe,<sup>18</sup> Zakon o hrani,<sup>19</sup> Zakon o informiranju potrošača o hrani<sup>20</sup> te mnogi drugi. Istovremeno su relevantni i propisi i odredbe o zaštiti potrošača općenito sadržane i uređene raštrkano u ZZP-u, ZOO-u i drugim propisima. Primjerice, u okviru ZOO-a nalaze se odredbe preuzete iz Direktive 1999/34/EZ o odgovornosti proizvođača za neispravne proizvode.<sup>21</sup> Tako čl. 1074 ZOO-a, definira „proizvod“ kao bilo koju pokretnu stvar, pa i u slučaju kada je ugrađena u neku drugu pokretnu stvar ili nepokretnu stvar. No, osim unutar ZOO-a, definiciju „proizvoda“ pronalazimo i u ZZP-u, kao temeljnom propisu o zaštiti potrošača. Isti ju u čl. 5 toč. 20 uređuje na drukčiji način, propisujući kako je „proizvod“ svaka roba i usluga, uključujući nekretnine, prava i obveze. Nadalje, Zakon o općoj sigurnosti proizvoda (ZOSP), kao posebni zakon nadležan za stavljanje sigurnih proizvoda na tržište, „proizvod“ u čl. 4 definira kao bilo koji proizvod, u smislu odredaba ovog Zakona, uključujući i proizvod u okviru pružanja usluga, a koji je namijenjen potrošačima, odnosno kojeg bi potrošači u razumno predvidljivim uvjetima mogli upotrijebiti, čak i ako im nije namijenjen, te koji je isporučen ili dostupan, uz plaćanje ili besplatno, u okviru neke trgovačke djelatnosti, bez obzira na to je li nov, rabljen ili prerađen. Dotle u odnosu na definiciju „prehrambenog proizvoda“, treba naglasiti kako je ista sadržana u Zakonu o hrani. Ovaj Zakon u čl. 2 upućuje

- 15 O tome više kod E. Mišćenić, „Croatian Consumer Protection Law: From Legal Approximation to Legal Fragmentation“, *Studia Iuridica Toruniensia*, vol. 21 i 22, 2018. (u postupku objave).
- 16 Više o tome T. Josipović, „Enforcement Activity in Consumer Protection Regulation in Croatia“, *Journal of Consumer Policy*, br. 36, 2013, 287.
- 17 Zakon o općoj sigurnosti proizvoda, NN br. 30/09, 139/10 i 14/14.
- 18 Zakon o predmetima opće uporabe, NN br. 39/13 i 47/14.
- 19 Zakon o hrani, NN br. 81/13, 14/14 i 30/15.
- 20 Zakon o informiranju potrošača o hrani, NN br. 56/13, 14/14 i 56/16.
- 21 Direktiva 1999/34/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća o izmjeni Direktive Vijeća 85/374/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode, SL EU 141/20, 10.5.1999.

na korelativnost pojmova sa onima iz Opće uredbe o zakonima o hrani, odnosno Uredbe (EZ) br. 178/2002,<sup>22</sup> čiji čl. 2 definira prehrambeni proizvod (hranu) kao svaku tvar ili proizvod, koji može biti prerađen, djelomično prerađen ili neprerađen, a namijenjen je prehrani ljudi ili se razumno može očekivati da će ga ljudi konzumirati. Odnosi ovih mnogobrojnih propisa, kao i njihovu međusobnu hijerarhiju uređuje čl. 4 ZZZP-a, prema kojem se na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca, primjenjuju odredbe ZOO-a, ukoliko ZZZP-om ili nekim drugim posebnim zakonom nije drugačije uređeno. Dotle se u odnosu na brojne posebne propise kojima se štite potrošači, prednost u primjeni daje potonjima, ukoliko su odredbe ZPP-a u suprotnosti sa odredbama tih zakona, a koji su usklađeni sa *acquis*-om.

## 2.2. Sigurnost prehrambenih proizvoda

Značenje sigurnosti prehrambenih proizvoda, teorija tumači široko, podrazumijevajući pod istom svaku odsutnost rizika povezanih s konzamacijom hrane.<sup>23</sup> Tako je u odnosu na sigurnost hrane početkom 2000-tih na razini Unije provedena temeljita reforma politike sigurnosti hrane.<sup>24</sup> Usvojena je Opća uredba o zakonima o hrani odnosno Uredba (EZ) br. 178/2002, kojom se je značajno doprinijelo slobodi kretanja prehrambenih proizvoda, uz preduvjet njihove zdravstvene ispravnosti. Od trenutka pristupanja Uniji,<sup>25</sup> ova se uredba izravno primjenjuje u RH i pokriva sva pitanja vezana uz sigurnost prehrambenih proizvoda, počevši od uzgoja, preko prerade i skladištenja, te transporta i stavljanja hrane na tržište, pa sve do opskrbe krajnjeg potrošača.<sup>26</sup>

22 Uredba (EZ) br. 178/2002 Europskog Parlamenta i Vijeća o utvrđivanju općih načela i uvjeta zakona o hrani, osnivanje Europske agencije za sigurnost hrane te utvrđivanje postupaka u područjima sigurnosti hrane, *SL* 31/1, 28.1.2002.

23 Tako K. G. Grunert, „Food quality and safety: consumer perception and demand“, *European review of agricultural economics*, 32(3), 2005, 381.

24 Vidi M. Proso, L. Sokanović, „Građanskopravni i kaznenopravni aspekti zakonodavstva o označavanju hrane (hrvatska i europska perspektiva)“, *Usklađivanje zakonodavstva s ACQUIS-em*, vol. 12, br. 1, 2015, 18.

25 Ugovor između država članica Europske unije i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, *SL* L 112 od 24. travnja 2012; Zakon o potvrđivanju Ugovora između država članica Europske unije i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, *NN MU* br. 2/12 i 9/13 (ispravak).

26 Recital 12. Uredbe (EZ) br. 178/2002.



Naime, Uredba ima za cilj uspostavu općih pravila vezano uz trgovinu hranom, te usvajanje mjera u svrhu sprječavanja stavljanja zdravstveno neispravne hrane na tržište.<sup>27</sup> Stoga je od izuzetne važnosti, da subjekti koji posluju s hranom, osiguraju sustav sljedivosti, prema kojem se može pratiti sve stadije proizvodnje hrane (od proizvodnje do distribucije). Nadređeni je cilj, pravovremeno i učinkovito informiranje potrošača o štetnosti za zdravlje određenih prehrambenih proizvoda.<sup>28</sup> Svrha propisa o hrani, jest tako zaštititi interese potrošača i pružiti im informacije, na temelju kojih će biti u mogućnosti donijeti informiranu odluku vezano uz hranu koju konzumiraju. Time se ujedno doprinosi i sprječavanju prijevara ili zavaravajućih postupaka, zatim, patvorenja hrane i općenito postupka, koji potrošača mogu dovesti u zabludu.<sup>29</sup> Opća uredba također određuje i uvjete za utvrđivanje je li neka hrana sigurna. Člankom 14 st. 1 propisuje, kako nije dozvoljeno nesigurnu hranu stavljati na tržište. Nesigurnom će se hranom smatrati ona hrana koja je štetna za zdravlje i neprikladna za prehranu ljudi.<sup>30</sup> Povrh toga, Opća uredba pobliže uređuje i pitanja prezentacije hrane. Tako je zabranjeno potrošača dovoditi u zabludu putem označivanja, oglašavanja i prezentacije hrane, odnosno, zabranjeno je njezin oblik, pakiranje, izgled, zatim način na koji je dizajnirana, okruženje u kojem je izložena, te informacije koje su u njoj dostupne, putem bilo kojeg medija koristiti u svrhu nepoštene poslovne prakse, koja za cilj ima potrošača dovesti u zabludu.<sup>31</sup> Što se tiče obveza subjekata koji posluju s hranom, Opća uredba od njih zahtijeva osiguranje i provjeru da prehrambeni proizvod ispunjava sve zahtjeve utvrđene propisima o hrani, odnosno da ne predstavlja rizik i da nije štetan za zdravlje potrošača.<sup>32</sup> Međutim, ukoliko takav subjekt sumnja u ispunjavanje zahtjeva sigurnosti hrane, dužan je pokrenuti postupak povlačenja hrane s tržišta, obavijestiti nadležna tijela, te informirati potrošače o razlozima povlačenja i eventualnom povratu hrane od potrošača, ukoliko je ista već

27 Tako N. Knežević, J. Đugun, J. Frece, „Sigurnost hrane u Hrvatskoj – pozadina i izazovi“, *Meso*, vol. XV, br. 3, 2013, str. 193.

28 Tako M. Proso, L. Sokanović, 21.

29 Čl. 8 Uredbe (EZ) br. 178/2002. O tome detaljnije *infra* pod naslovom 2.4.

30 Čl. 14 st. 2 Uredbe (EZ) br. 178/2002.

31 Čl. 16 Uredbe (EZ) br. 178/2002.

32 Čl. 17 st. 1 Uredbe (EZ) br. 178/2002.

dospjela u ruke potrošača.<sup>33</sup> U svrhu provedbe Opće uredbe na razini RH usvojen je Zakon o hrani (ZH), koji na nacionalnoj razini utvrđuje nadležna tijela i njihove zadaće, potom, obveze subjekata u poslovanju s hranom, kao i službene kontrole, upravne mjere i prekršajne odredbe.<sup>34</sup> Opća uredba ujedno predstavlja i temelj za sustav brzog uzbunjivanja za hranu i hranu za životinje (RASFF),<sup>35</sup> koji ima za cilj potrošače pravodobno obavijestiti o riziku, koji određeni prehrambeni proizvodi mogu imati na njihovo zdravlje. Svrha takvog sustava jest uspostava međusobne suradnje između država članica s ciljem brze i učinkovite razmjene informacija glede nesigurne hrane na tržištu Unije.

### 2.3. Pravo potrošača na pristup informacijama

Po uzoru na Rezoluciju o politici zaštite i informiranja potrošača iz 1975,<sup>36</sup> kao i čl. 169 st. 1 UFEU-a, članak 1 ZZP-a, između ostalog jamči i temeljno pravo potrošača na informiranje i izobrazbu. U pogledu sigurnosti i kvalitete prehrambenih proizvoda, odredbe koje potrošačima jamče pravo na dostupnost informacija, sadržane su u već spomenutoj Uredbi (EU) br. 1169/2011. Informacijama o hrani smatraju se sve informacije koje se odnose na hranu, a dostupne su krajnjem potrošaču putem etiketa, drugog popratnog materijala ili na bilo koji drugi način, uključujući sredstva moderne tehnologije ili verbalne komunikacije.<sup>37</sup> Svrha ove Uredbe jest omogućiti potrošačima da prilikom odabira hrane, na jasan i razumljiv način budu obaviješteni o svim obveznim informacijama vezanim uz konkretan prehrambeni proizvod. Također, kako bi potrošači bili upoznati sa time što unose u svoj organizam, potrebno je da se na etiketi navede lista svih sastojaka

---

33 Čl. 19 Uredbe (EZ) br. 178/2002.

34 Čl. 1 ZH-a. U RH, tijela nadležna za provedbu ZH-a i Opće uredbe su Ministarstvo poljoprivrede i Ministarstvo zdravstva.

35 Isti je sustav podrobnije uređen. Isti je sustav podrobnije uređen Pravilnikom o sustavu brzog uzbunjivanja za hranu i hranu za životinje, NN br. 155/13. Više o sustavu na službenim stranicama Hrvatske agencije za hranu: <https://www.hah.hr/arhiva/rasff.php>, 1. listopada 2018.

36 Rezolucija Vijeća od 14. travnja 1975. o preliminarnom programu Europske ekonomske zajednice za politiku zaštite i informiranja potrošača, SL C 92, 25.4.1975.

37 Čl. 2 st. 2 sl. a. Uredbe (EU) br. 1169/2011.

prisutnih u prehrambenom proizvodu.<sup>38</sup> Cilj ove Uredbe je subjektima u poslovanju s hranom zabraniti korištenje informacija kojima bi se potrošače moglo dovesti u zabludu, a posebno glede karakteristika, učinaka ili svojstava hrane.<sup>39</sup> Jednako kao i u slučaju Opće uredbe, dovođenje potrošača u zabludu zabranjeno je i prilikom prezentiranja i oglašavanja hrane. Označivanje hrane putem podataka ili simbola na etiketama ili na ambalaži prehrambenih proizvoda, igra ključnu ulogu u ostvarivanju visokog stupnja zaštite potrošača. Stoga, ova Uredba utvrđuje odgovornost subjekata u poslovanju hranom i obvezne informacije o hrani, kao i način na koji iste potrošaču moraju biti prezentirane. Prije svega, subjekti u poslovanju hranom, moraju na pošten način izvršavati svoju dužnost informiranja potrošača, što znači da informacije o hrani ne smiju biti obmanjujuće, već naprotiv, trebaju biti točne, jasne i lako razumljive.<sup>40</sup> Time se doprinosi ostvarenju čuvenog zahtjeva transparentnosti, koje pravo zaštite kao i praksa Suda EU danas uzdižu na razinu posebnog načela u pravu Unije.<sup>41</sup> Što se tiče odgovornosti subjekta u poslovanju hranom, odgovornost je na onom subjektu pod čijim se imenom hrana stavlja na tržište, odnosno na uvozniku, ukoliko se radi o subjektu koji nema sjedište u EU.<sup>42</sup> Njegova glavna obveza sastoji se u tome da prilikom obavljanja djelatnosti svojeg poslovanja, mora pod vlastitim nadzorom osigurati sukladnost sa zahtjevima iz propisa o informacijama o hrani, te naknadno povjeriti jesu li ti zahtjevi ispunjeni.<sup>43</sup> Uredba sadrži popis svih obveznih informacija o hrani koje potrošaču moraju biti dostupne. Dakle, subjekt u poslovanju hranom mora označiti naziv hrane, popis sastojaka hrane, sastojke korištene u procesu proizvodnje koje kod potrošača mogu izazvati alergije ili netolerancije, količinu sastojaka, neto količinu hrane, rok trajanja hrane, posebne uvjete čuvanja i upotrebe hrane, zatim

38 Tako G. Langosch, „Approaches to the Different Levels of Consumer Protection in European Contract Law, Focusing on Food Safety Regulations“, *Europeanisation of Private Law*, Maastricht University, vol. IV, 2013, 104.

39 Recital 20. Uredbe (EU) br. 1169/2011.

40 Uredba (EU) br. 1169/2011, čl. 7.

41 M. B. M. Loos, „Double Dutch: On the role of the transparency requirement with regard to the language in which standard contract terms for B2C-contracts must be drafted“, *EuCML*, br. 2, 2017.

42 Čl. 8 st. 1 Uredbe (EU) br. 1169/2011.

43 Čl. 8 st. 5 Uredbe (EU) br. 1169/2011.

naziv i adresu subjekta u poslovanju hranom, državu podrijetla hrane, upute za upotrebu odnosno pripremu te nutritivnu deklaraciju hrane.<sup>44</sup> Navedene informacije moraju biti čitko napisane na jeziku kojeg potrošač razumije i sadržane na vidljivom i lako uočljivom mjestu.

U svrhu provedbe Uredbe (EU) br. 1169/2011, koja se izravno primjenjuje na području cijele Unije, 2013. godine hrvatski zakonodavac usvaja Zakon o informiranju potrošača o hrani (ZIPH). Odredbe ovog Zakona zahtijevaju kako sva hrana u RH mora biti označena na hrvatskom jeziku, u skladu i na način kako je to propisano Uredbom, a tijela nadležna za provedbu ZIPH i Uredbe su Ministarstvo poljoprivrede i Ministarstvo zdravstva.<sup>45</sup> Za provedbu službenih kontrola, kojima se provjerava postupaju li subjekti u poslovanju hranom u skladu s propisima, ovlaštene su poljoprivredni, sanitarni, veterinarski i ribarski inspektori.<sup>46</sup> ZIPH tako zabranjuje sve oblici informiranja potrošača o hrani, koji nisu u skladu s ZIPH i Uredbom, a u slučaju nepravilnosti inspektori rješenjem nalažu otklanjanje i primjereni rok za njihovo otklanjanje. Ukoliko subjekt u poslovanju hranom ne otkloni ustanovljenu nesukladnost s propisima, primjenjuju se mjere privremenih zabrana ili zabrana stavljanja hrane na tržište. Naposljetku, ZIPH propisuje i prekršajne odredbe kojima se utvrđuju sankcije i novčane kazne za subjekte u poslovanju hranom, koji krše hrvatske propise o pravilnom informiranju potrošača o hrani.

#### *2.4. Nepoštena poslovna praksa u pogledu sigurnosti proizvoda*

Kao što je u prethodnom dijelu rada prikazano, ključne uredbe EU-a o sigurnosti proizvoda, uključivo prehrambenih proizvoda, naglasak stavljaju na zabranu nepoštena poslovne prakse u pogledu informiranja potrošača. Na razini Unije, ovu materiju danas uređuje Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi.<sup>47</sup> Riječ je o direk-

---

44 Čl. 9 st. 1 Uredbe (EU) br. 1169/2011.

45 Čl. 4 st. 1 ZIPH.

46 Čl. 6 st. 1 ZIPH.

47 Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva, 97/7/EZ, 98/27/EZ, i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe

tivi maksimalne harmonizacije, koja nacionalnim zakonodavcima ne dopušta odstupanja prilikom preuzimanja njezinih odredaba u domaće pravo. Ona je također tzv. horizontalne naravi, što znači da se primjenjuje u svim potrošačkim (engl. *business-to-consumer*, B2C) ugovornim i izvanugovornim odnosima, bez obzira na predmet uređenja tih odnosa.<sup>48</sup> Posljedično su odredbe Direktive 2005/29/EZ relevantne i za zaštitu potrošača od nepošteno poslovne prakse subjekata u poslovanju hranom. Ista je Direktiva u hrvatskom pravu preuzeta istoimenom Glavom IV. Nepoštena poslovna praksa, koja člancima 30–38 ZZP-a uređuje kada se određena praksa smatra nepoštenom, te oblike kroz koje se ona može manifestirati.<sup>49</sup> Zakon zabranjuje svaku nepoštenu poslovnu praksu trgovca u odnosu na potrošača, a čl. 32 st. 1 ZZP-a propisuje da se nepoštenom smatra ona praksa trgovca u odnosu na potrošača koju on koristi prije, za vrijeme i nakon sklapanja pravnog posla i koja je suprotna zahtjevima profesionalne pažnje te ona koja, u pogledu nekog proizvoda, bitno utječe na ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača kojemu je takva praksa namijenjena.<sup>50</sup> Od oblika u kojima se ista može manifestirati (zavaravajuća i agresivna poslovna praksa) za sigurnost proizvoda kao posebice relevantna se pokazuje zavaravajuća poslovna praksa definirana u čl. 33 st. 1 ZZP-a. Riječ je o praksi trgovca koja sadrži neistinite informacije, ili na neki drugi način uključujući njezino predstavljanje zavarava ili je vjerojatno da će zavarati prosječnog potrošača, navodeći ga na odluku o kupnji koju inače ne bi donio. Tako u odnosu na sastav proizvoda, smjernice Europske

---

(EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća (Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi), *SL* 149/22, 11.6.2005. Zavaravajuće oglašavanje je prethodno bilo uređeno Direktivom Vijeća 84/450/EEZ o usklađivanju pravnih i upravnih propisa država članica o zavaravajućem oglašavanju, *SL* 1984 L 250/17, izmijenjena Direktivom 97/55/EZ, *SL* 1997 L 290/18.

- 48 Odredbe Direktive 2005/29/EZ su također supsidijarne naravi, što proizlazi iz čl. 3 st. 4, prema kojem u slučaju proturječja između odredaba Direktive i drugih pravila Zajednice o specifičnim aspektima nepošteno poslovne prakse, potonja pravila imaju prednost u primjeni.
- 49 Opsežnije o tome M. Baretić, „Nove obveze trgovca prema novom Zakonu o zaštiti potrošača s posebnim osvrtom na nepoštenu poslovnu praksu“, *Zbornik XLV. Susreta pravnika, HSUPG*, 2007.
- 50 Definicije daljnjih ključnih pojmova koje proizlaze iz određenja nepošteno poslovne prakse, kao što je pojam „poslovna praksa trgovca prema potrošaču“, ili pojam „odluka o kupnji“ nalaze se uređene u čl. 5 ZZP-a.

komisije o provedbi Direktive 2005/29/EZ iz 2016. godine utvrđuju kako oglašavanje proizvoda različitog sastava nije nepošteno samo po sebi.<sup>51</sup> Međutim, slučajevi u kojima trgovci oglašavaju proizvode „kao da“ imaju jednaku kvalitetu i sastav kao određene robne marke koje se stavljaju na tržište u nekim drugim država članicama EU-a, razlog su za uzimanje u obzir primjene odredaba Direktive 2005/29/EZ.<sup>52</sup> Naime, ukoliko navodi trgovca prosječnog potrošača navode na pomisao, kako su takvi proizvodi jednake kvalitete i sastava, te ga slijedom toga potiču na kupnju istih proizvoda, u tom se slučaju djelovanje trgovca može smatrati zavaravajućom poslovnom praksom. Ovakva je praksa u hrvatskom pravnom sustavu, osim propisima o zaštiti potrošača ujedno i zapriječena sa kaznom do dvije godine zatvora u čl. 255 Kaznenog zakona,<sup>53</sup> za trgovce koji u ponudi robe upućene širokom broju ljudi navode neistinite ili nepotpune podatke koji su bitni za sklapanje ugovora, te mogu razumnog potrošača dovesti u zabludu.

### 3. DVOJNA KVALITETA PROIZVODA I ZAŠTITA POTROŠAČA

#### 3.1. *Razvoj problematike na razini Unije*

U posljednjih deset godina na razini Unije prepoznat je ozbiljan problem plasiranja na tržište država članica srednje i istočne Europe proizvoda lošije kvalitete od onih koji se nude na tržištima tzv. starih država članica EU-a odnosno zapadne Europe. Štoviše, osim u kvaliteti, prepoznato je i značajno odstupanje u pogledu cijene, koja je neovisno o nižem stupnju kvalitete istih proizvoda, na tržištima zemalja srednje i istočne Europe nerijetko viša. Tako je već 10. listopada 2009. godine, tadašnji predstavnik u Europskom parlamentu *Rareș-Lucian Niculescu*, uputio Europskoj komisiji pitanje o dvojnoj kvaliteti proizvoda, naglašavajući kako kvaliteta naizgled jednakih proizvoda u stvarnosti ovisi o

---

51 Radni dokument Službi Komisije Smjernice za provedbu/primjenu Direktive 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi priložen dokumentu Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija Sveobuhvatan pristup poticanju prekogranične e-trgovine za europske građane i poduzeća, SWD/2016/0163 final, 61.

52 *Ibid.*

53 Kazneni zakon, NN br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17.

državi članici u kojoj su isti kupljeni.<sup>54</sup> Budući da ime određene robne marke potrošače asocira i na određenu razinu kvalitete, *Niculescu* ističe kako takva praksa trgovaca može predstavljati zavaravajuća nepoštenu poslovnu praksu, te kako trgovci koji snižavaju kvalitetu proizvoda u određenim državama članicama, također trebaju koristiti i drugu robnu marku, koja ukazuje na jasnu razliku između takvih proizvoda.<sup>55</sup> No čini se kako ovaj izuzetno značajan problem u tom trenutku nije zadobio dostatnu pozornost institucija EU-a. Naime, problematici se ozbiljnije pristupa tek u ožujku 2017. godine, kada je tema dvojne kvalitete proizvoda uvrštena na dnevni red sastanka Vijeća za poljoprivredu i ribarstvo. Na inicijativu čeških, slovačkih i mađarskih delegacija, raspravljalo se je o lošijoj kvaliteti sastojaka u proizvodima koji se prodaju na tržištima država članica srednje i istočne Europe, od onih koji se pod istom robnom markom prodaju na zapadnim tržištima EU-a.<sup>56</sup> Delegacije napominju, kako unatoč okolnosti da su takvi proizvodi uglavnom sigurni za konzumaciju, te je njihov sastav pravilno označen na ambalaži, takva praksa može dovesti do zavaravanja prosječnog potrošača.<sup>57</sup> Naime, problem nastaje ukoliko potrošač kupujući određeni proizvod u jednoj državi članici EU-a na temelju informacija koje su mu pružene, nije svjestan postojanja razlike u kvaliteti tog istog proizvoda u nekoj drugoj državi članici EU-a. Do zahuktavanja rasprave o problemu dvojne ili dvojake kvalitete proizvoda dolazi na plenarnoj sjednici Europskog parlamenta u svibnju 2017. godine.<sup>58</sup> Do iste dolazi nakon što je 46 zastupnika Europskog parlamenta uputilo interpelaciju Europskoj komisiji ukazujući na čvrste dokaze o tome da se na tržišta država članica središnje i istočne Europe stavljaju proizvodi iste rob-

54 *Parliamentary questions, Written question by Rareș-Lucian Niculescu (PPE) to the Commission*, 14. listopada 2009., <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2009-4962+0+DOC+XML+V0//EN>, 1. listopada 2018.

55 *Ibid.*

56 *European Parliament, Briefing, Dual quality of branded food products, Addressing a possible east-west divide*, lipanj 2017, str. 2, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS\\_BRI%282017%29607265\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS_BRI%282017%29607265_EN.pdf), 1. listopada 2018.

57 *Ibid.*

58 Plenarna sjednica Europskog parlamenta od 18. svibnja 2017. godine, <http://www.europarl.europa.eu/plenary/HR/vod.html?mode=unit&vodLanguage=HR&startTime=20170518-15:01:46-376>, 1. listopada 2018.

ne marke i ambalaže, a koji nerijetko sadrže sastojke niže kvalitete od onih u državama članicama zapadne Europe.<sup>59</sup> Naime, brojna istraživanja provedena u pogođenim državama članicama su dokazala stvarno postojanje razlika u kvaliteti i cijeni proizvoda istih robnih marki za tržišta različitih država članica.<sup>60</sup> Osim u povredama čitavog niza odredaba primarnog prava koje se odnose na unutarnje tržište i temeljne gospodarske slobode, kao i brojnih izvora sekundarnog prava Unije o zaštiti potrošača, ovakva postupanja neupitno predstavljaju i diskriminaciju potrošača unutar Unije zabranjenu člankom 18 UFEU,<sup>61</sup> kao i povredu temeljnih vrijednosti Unije.<sup>62</sup>

### 3.2. Empirijska istraživanja država članica

#### 3.2.1. Rezultati istraživanja u Republici Hrvatskoj

Istraživanje dvojne kvalitete proizvoda na razini RH provodi Hrvatska agencija za hranu (HAH), konačni rezultati kojeg su objavljeni u kolovozu 2017. godine.<sup>63</sup> Samo istraživanje koje se je odvijalo u čak tri stadija,<sup>64</sup> analizira 27 prehrambenih i neprehrambenih pro-

---

59 *Parliamentary questions, Subject: Major interpellation – Differences in declarations, composition and taste of products in Central/Eastern and Western markets of the EU*, 15. ožujka 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2017-000019+0+DOC+XML+V0//EN>, 1. listopada 2018.

60 Više o rezultatima istraživanja *infra* pod naslovima 3.2. i 3.3.

61 E. Miščenić, „The Impact of the Croatian Anti-discrimination Law on Private Law Relations“, u: N. Bodiroga-Vukobrat, S. Rodin, G. G. Sander (ur.), *New Europe – Old Values?*, Springer, 2015, 98.

62 Članci 2 i 3 Ugovora o Europskoj uniji (pročišćena verzija), *SL EU C 202/1* od 7. lipnja 2016. Prema čl. 2 Unija se temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca. U skladu sa člankom 3. st. 3. Unija između ostalog suzbija diskriminaciju.

63 Hrvatska agencija za hranu, *Istraživanje kvalitete (naizgled) istih proizvoda na tržištima starih i novih država članica EU, Završni izvještaj*, Osijek, kolovoz 2017, str. 6, <https://www.hah.hr/wp-content/uploads/2015/10/Istra%C5%BEivanje-kvalitete-naizgled-istih-proizvoda-na-tr%C5%BEi%C5%A1tima-starih-i-novih-dr%C5%BEava-%C4%8Dlanica-EU.pdf>, 1. listopada 2018.

64 *Ibid.* U prvom stadiju utvrđuje se lista proizvoda i parametri kvalitete specifični za pojedini proizvod na kojem se vrši analiza. Drugi stadij se odnosi na



izvoda sa hrvatskog tržišta uspoređujući ih sa onima kupljenima na njemačkom tržištu u usporedivo vrijeme kupnje.<sup>65</sup> Pritom se je vodilo računa o tome da sva pakiranja istovjetnih proizvoda budu istog lota, roka uporabe, te da ih se na odgovarajući način dostavi u laboratorije, te pohrani u skladu s uputama na deklaraciji svakog proizvoda.<sup>66</sup> Konačni rezultati istraživanja podijeljeni su u tri kategorije, na način da u prvu kategoriju spadaju proizvodi kod kojih postoji velika razlika u kvaliteti, u drugu oni kod kojih postoji mala razlika u kvaliteti, te u treću kategoriju proizvodi kod kojih nije uočena razlika u kvaliteti.

U odnosu na prvu kategoriju, rezultati analiza provedenih u laboratorijima utvrđuju postojanje velike razlike u kvaliteti 5 prehrambenih proizvoda. Ista se očituje u nepodudarnostima kod dva ili tri ispitivana kriterija, odnosno razlika u deklaracijama, fizikalno kemijskoj ili senzorskoj analizi proizvoda. U takve se proizvode ubrajaju hrenovke od pilećeg i purećeg mesa *Wudy*, proizvođača *Agricola Italiana Alimentare*, kod kojih je utvrđena značajna razlika u pogledu sastojaka iz proizvoda namijenjenih njemačkom i hrvatskom tržištu. Tako deklaracija proizvoda s njemačkog tržišta navodi 62% purećeg mesa i pileće masti, za razliku hrvatskog proizvoda koji se sastoji od 94% strojno otkoštenog pilećeg i purećeg mesa,<sup>67</sup> a koje sukladno propisima EU-a nije uključeno u definiciju „mesa“.<sup>68</sup> S obzirom na okolnost da se „strojno otkošteno meso“ prema propisima EU-a ne smije označavati kao „meso“, hrvatski proizvod potrošače dovodi u zabludu o sastavu i sastojcima proizvoda navodeći na deklaraciji „100% talijansko meso“, a u nazivu

---

odabir laboratorija za provođenje analiza i uzorkovanja proizvoda na njemačkom i hrvatskom tržištu. Treći se stadij istraživanja odnosi na analizu proizvoda, te obradu i usporedbu dobivenih rezultata fizikalno-kemijskih i senzorskih analiza proizvoda pribavljenih na njemačkom i hrvatskom tržištu, kao i podataka navedenih na deklaracijama proizvoda i cijena.

65 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 9. Tako su proizvodi sa njemačkog tržišta uzorkovani u trgovinama *Rewe*, *Edeka* i *Kaufland* u razdoblju od 29. do 31. ožujka 2017, dok su proizvodi sa hrvatskog tržišta uzorkovani u razdoblju od 3. do 5. travnja 2017. u *Kauflandu*, *Konsumu*, *Plodinama*, *Intersparu* i *Billi*.

66 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 9. U istraživanju se „lot“ definira kao serija prodajnih jedinica hrane koja je proizvedena, prerađena ili pakirana u gotovo jednakim uvjetima.

67 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 14.

68 Uredba (EZ) br. 853/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o utvrđivanju određenih higijenskih pravila za hranu životinjskog podrijetla, *SL* 139/55.

proizvoda „hrenovke od pilećeg i purećeg mesa.<sup>69</sup> Posebice zabrinjavajući su rezultati istraživanja u pogledu drugog proizvoda, kod kojeg postoji velika razlika u kvaliteti, a radi se o *HiPP* dječjoj hrani proizvođača *HiPP*. Tako proizvod koji je pod jednakom brojčanom šifrom artikla stavljen na njemačko tržište sadrži više povrća (38% mrkve i krumpira), a manje riže (15%), dok proizvod sa hrvatskog tržišta sadrži 24% mrkve, te 21% riže. U hrvatskom je proizvodu uočen i manji udio omega 3 masnih kiselina iz repičina ulja, koji iznosi 1,7% za razliku od 1,9% u njemačkom proizvodu.<sup>70</sup> Treći proizvod kod kojeg su utvrđene značajne razlike po svim ispitivanim kriterijima je *Nutella* proizvođača *Ferrero*. Deklaracija proizvoda *Nutella* s hrvatskog tržišta navodi situtku u prahu i manji postotak obranog mlijeka u prahu (6,6%), dok istovrsni proizvod *Nutella* s njemačkog tržišta sadrži isključivo obrano mlijeko u prahu (7,5%).<sup>71</sup> Kao daljnji proizvod velike razlike u kvaliteti, rezultati istraživanja navode jogurt *Danone Activia bifidus actiregularis* od jagode, proizvođača *Danone*. Osim razlika u popisu sastojaka na deklaracijama, *Danone* sa njemačkog tržišta sadrži veći udio jagoda i ne sadrži aditive, dok *Danone* sa hrvatskog tržišta ima manji udio jagoda i sadrži aditive.<sup>72</sup> Povrh toga, u suprotnosti sa *supra* prikazanim pravilima iz Uredbe (EU) br. 1169/2011 i ZIPH-a, obvezne su informacije na proizvodu namijenjenom za hrvatsko tržište bile navedene na mađarskom, umjesto na hrvatskom jeziku. Druga kategorija proizvoda koja se odnosi na proizvode kod kojih postoji mala razlika u kvaliteti, prema istraživanju HAH obuhvaća 8 prehrambenih proizvoda. Tako je npr. na deklaraciji gaziranog pića *Coca Cola* proizvođača *Coca Cola Company* namijenjenom njemačkom tržištu na ambalaži navedena sa-

- 
- 69 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 14. Povrh toga, hrvatski proizvod za razliku od njemačkog, sadrži i dodatne polifosfate (E450, E452), dok senzorske analize ukazuju na razlike u boji, okusu i mirisu u odnosu na hrvatski proizvod.
- 70 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 16. Nadalje, za njemačko i hrvatsko tržište se ne primjenjuje isti popis sastojaka, što potkrepljuju i rezultati senzorskih analiza u kojima je uočena razlika u boji, okusu i aromi.
- 71 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 18. Fizikalno-kemijske analize utvrđuju i razliku u mazivosti proizvoda, pa je *Nutella* sa hrvatskog tržišta teže maziva pri istoj temperaturi. Razlike postoje i u boji, konzistenciji, mirisu i okusu proizvoda koji je slađi, gušći i aromatičniji na kakao, dok je *Nutella* sa njemačkog tržišta tamnija, aromatičnija na lješnjak i mazivija.
- 72 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 20. Senzorske analize ukazuju na razliku u okusu, pa je proizvod sa hrvatskog tržišta slađi u odnosu na onaj sa njemačkog tržišta.

haroza, dok je na proizvodu namijenjenom za hrvatsko tržište navedena zamjena za saharozu, odnosno glukozno-fruktozni sirup.<sup>73</sup> Svojim sastavom od proizvoda s njemačkog tržišta odstupa i čokolada *Milka*, proizvođača *Mondelez*, koja sadrži veći broj emulgatora. Rezultati analize HAH-a ukazuju na to i da označavanje proizvoda iz druge kategorije nije u skladu s Uredbom (EU) br. 1169/2011. Tako ekstra djevičansko maslinovo ulje *Classico* proizvođača *Monini* sa hrvatskog tržišta na etiketi ne sadržava nutritivnu deklaraciju, koja je obvezna sukladno Uredbi (EU) br. 1169/2011.<sup>74</sup> Isti je propust uočen i kod žitarica čokoladnog okusa *Nesquick* proizvođača *Nestle*, kod kojih popis sastojaka koji spadaju u skupinu alergena nije označen sukladno Uredbi (EU) br. 1169/2011.<sup>75</sup> Konačni rezultati HAH-a utvrđuju veliku razliku u kvaliteti kod 23,8% prehrambenih proizvoda, dok je mala razlika u kvaliteti i nesukladnost s Uredbom (EU) br. 1169/2011 utvrđena kod 38,1% prehrambenih proizvoda. Pritom je zanimljivo kako se isti subjekti u poslovanju hranom pridržavaju odredaba Uredbe (EU) br. 1169/2011 prilikom stavljanja proizvoda u promet na tržištima zapadnih država članica Unije. HAH utvrđuje i kako je 61,5% proizvoda kupljenih na hrvatskom tržištu, skuplje u odnosu na proizvode bolje kvalitete kupljene na njemačkom tržištu.<sup>76</sup>

### 3.2.2. Rezultati istraživanja u drugim državama članicama

Usporedbu kvalitete proizvoda na uzorku od 23 odabrana prehrambena i neprehrambena proizvoda 2015. godine provodi Sveučilište kemijskog inženjerstva i tehnologije u Pragu.<sup>77</sup> Rezultati testiranja proizvoda kupljenih na češkom i njemačkom tržištu utvrđuju znatne razlike u kvaliteti na štetu proizvoda pribavljenih na češkom tržištu. Slično kao i u rezultatima istraživanja HAH-a, gazirana bezalkoholna pića *Pepsi Cola* i *Sprite* sa češkog tržišta sadržavaju glukozno-fruktozni sirup kao jeftiniju zamjenu za šećer, dok isti proizvod na njemačkom

73 HAH, Istraživanje kvalitete..., str. 27.

74 *Ibid.*, str. 33.

75 *Ibid.*, str. 36.

76 *Ibid.*, str. 69.

77 Rezultati istraživanja sadržani su u: European Parliament, Briefing, Dual quality of branded food products, Addressing a possible east-west divide, lipanj 2017, str. 3, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS\\_BRI\(2017\)607265\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS_BRI(2017)607265_EN.pdf), 1. listopada 2018.

tržištu sadrži šećer, odnosno saharozu.<sup>78</sup> Ledeni čaj s okusom limuna *Nestea*, kupljen na češkom tržištu sadrži šećer, steviol glikozid te fruktozu, dok odgovarajući proizvod sa njemačkog tržišta sadrži isključivo šećer.<sup>79</sup> Mesni doručak proizvođača *Tulip* sa češkog tržišta sastoji se od strojno otkošenog mesa, dok se njemačka inačica proizvoda sastoji od svinjskog mesa.<sup>80</sup>

Istraživanje dvojne kvalitete proizvoda 2016. godine provodi i Ministarstvo poljoprivrede Republike Slovačke u suradnji s Državnom upravom za veterinarstvo i hranu, u okviru kojeg testiraju 22 naizgled jednaka proizvoda, od kojih su jedni pribavljeni na slovačkom, a drugi na austrijskom tržištu.<sup>81</sup> Rezultati ovog istraživanja su kasnije predstavljani i na sastanku Vijeća za poljoprivredu i ribarstvo u ožujku 2017. godine,<sup>82</sup> sa ciljem poticanja rasprave o problemu dvojne kvalitete proizvoda na unutarnjem tržištu Unije. Naime, isti su ukazali na postojanje razlika u kvaliteti kod više od polovice testiranih proizvoda. Tako je kod *Iglo* ribljih štapića utvrđeno kako proizvod sa austrijskog tržišta sadrži 65% ribljeg mesa, dok onaj sa slovačkog tek 58% ribljeg mesa.<sup>83</sup> U kategoriju proizvoda s velikim razlikama u kvaliteti uvrštena su i 4 mliječna proizvoda, kod kojih se umjesto životinjskih masnoća koriste masnoće biljnog podrijetla.<sup>84</sup> U istoj su se kategoriji našla i dva bezalkoholna pića. Tako *Clever* sok od naranče sa austrijskog tržišta sadrži 3% soka od naranče bez prisutnih stabilizatora, dok proizvod sa slovačkog tržišta sadrži zamjensku aromu od naranče uz prisutnost stabiliza-

---

78 Iz daljnjih rezultata istraživanja sadržanih u: European Commission, Summary of studies on quality differentiation of products, str. 9, <https://www.asktheeu.org/fr/request/4975/response/16130/attach/18/Annex%20II%20item%2034%20Ares%202018%20730274.pdf>, 1. listopada 2018., proizlazi kako je kao dodatak glukozno-fruktoznom sirupu, *Sprite* dostupan na češkom tržištu sadržavao i umjetna sladila aspartam i acesulfam.

79 European Commission, Summary..., str. 9.

80 *Ibid.*

81 Rezultati provedenog istraživanja na slovačkom jeziku *Závèrečná správa porovnaní kvality potravín v Rakúsku a na Slovensku*, dostupni su na: <http://www.mpsr.sk/download.php?fid=12627>, 1. listopada 2018.

82 Ishodi sastanka Vijeća za poljoprivredu i ribarstvo održanog 6. ožujka 2017. godine u cijelosti su dostupni na: <http://www.consilium.europa.eu/media/22346/st07015en17.pdf>, 1. listopada 2018.

83 *Závèrečná správa...*, str. 4.

84 *Ibid.*

tora E414 i E445.<sup>85</sup> Ispitivanje crnog čaja *EARL GRAY* utvrđuje, kako je okus i miris intenzivniji kod proizvoda sa austrijskog tržišta. Vrećice čaja sa slovačkog tržišta sadrže veličinom manje listove čaja, pa tako njihova gramaža iznosi 1,65 grama, za razliku od odgovarajućeg proizvoda sa austrijskog tržišta koji sadrži 2 grama listova čaja.<sup>86</sup>

Istraživanje dvojne kvalitete proizvoda provedeno u Mađarskoj od strane Mađarske agencija za hranu 2017. godine dovodi do rezultata koji dokazuju postojanje razlika u kvaliteti kod čak 71 proizvoda. Naime, testiranje i analize su vršene na ukupno 96 proizvoda, od čega 84 prehrambenih, kupljenih na mađarskom, talijanskom i austrijskom tržištu.<sup>87</sup> Rezultati su pokazali kako proizvodi sa mađarskog tržišta sadrže manje prirodnih sastojaka i više pojačivača okusa u odnosu na proizvode pribavljene na drugim tržištima, te kako su isti u većini slučajeva ujedno i skuplji, bez obzira na slabiju kvalitetu.<sup>88</sup>

### 3.3. Aktivnosti Unije usmjerene na zaštitu potrošača od proizvoda dvojne kvalitete

Iako su prvi apeli institucijama Unije upućeni davne 2009. godine, Europska komisija se aktivnije počinje baviti ovim za zdravlje i u konačnici život potrošača važnim pitanjem, tek u posljednje dvije godine. Pritom je zanimljivo, kako unatoč brojnim prikazanim studijama i rezultatima istraživanja Komisija odbija prihvatiti argumente o manjkavosti zakonodavstva EU-a, pozivajući se na snažan postojeći pravni okvir o zaštiti potrošača. Stav je Komisije kako bogato sekundarno pravo o zaštiti potrošača dostatno jamči temeljno pravo potrošača na informiranje, zabranjuje stavljanje nesigurnih proizvoda na tržište, kao i nepoštenu poslovnu praksu.<sup>89</sup> Komisija ne vidi potrebu za usvajanjem

---

85 *Ibid.* Povrh toga, utvrđene su i razlike u boji i okusu, te primijećene i razlike u sastojcima.

86 *Ibid.*, str. 5.

87 European Commission, Summary..., str. 11.

88 *Ibid.*

89 Kritički o uređenju obveze odnosno dužnosti informiranja (engl. *duty to inform*) u pravu EU-a o zaštiti potrošača, kao i o načinu i pristupu u uređenju potrošačkog *acquis*-a općenito: E. Mišćenić, „Legal Risks in Development of EU Consumer Protection Law“, u: E. Mišćenić, A. Raccach (ur.), *Legal Risks in EU Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*, Springer, 2016, 135.

posebnog ili revidiranjem postojećeg pravnog okvira EU-a o zaštiti potrošača, već problem vidi u njegovoj neučinkovitoj provedbi.<sup>90</sup> Iz istog razloga 26. rujna 2017. objavljuje smjernice upućene nacionalnim tijelima država članica EU-a, sa ciljem olakšavanja provedbe postojećeg zakonodavstva EU-a o prehrambenim proizvodima.<sup>91</sup> Konkretno, smjernice se odnose na tumačenje komplementarne primjene Uredbe (EZ) br. 178/2002, Uredbe (EU) br. 1169/2011, te Direktive 2005/29/EZ. Smjernice Komisije na primjericnim slučajevima objašnjavaju kada se stavljanje na tržište naizgled jednakih prehrambenih proizvoda iste robne marke i pakiranja, ali različitog sastava i karakteristika može smatrati zavaravajućom poslovnom praksom. U prvi slučaj smjernice ubrajaju situacije u kojima potrošač u odnosu na proizvod kojeg kupuje ima određena legitimna očekivanja, koja temelji na usporedbi s istim takvim proizvodom dostupnim u drugim državama članicama EU-a. Kao drugi primjer navode situacije u kojima trgovac izostavlja ili potrošaču ne pruža dovoljno informacija na temelju kojih isti može razumjeti kako postoji razlika u proizvodima, koja nije u skladu s njegovim očekivanjima. Treći se slučaj odnosi se na situacije kada izostanak obveze trgovca pružiti jasne, točne i razumljive informacije potrošaču rezultira kupnjom proizvoda, kojeg inače ne bi kupio.<sup>92</sup> Kao preduvjet odlučivanju o postojanju povrede koja se utvrđuje od slučaja do slučaja, smjernice zahtijevaju uzimanje u obzir glavnih obilježja proizvoda na koje se potrošač oslanja prilikom odluke o kupnji. U tom je smislu važno, jesu li informacije o glavnim obilježjima proizvoda bile izostavljene ili su nejasne, te da li ta okolnost utječe na odluku potrošača o kupovini prehrambenog proizvoda.<sup>93</sup> Smjernice Komisije na posljednjoj strani sadrže i dijagram za utvrđivanje potencijalno nepoštene poslovne prakse stavljanja naizgled jednakih proizvoda različite kvalitete na jedinstveno tržište EU-a, prema kojem se provjerava: 1) sukladnost prehrambenog proizvoda s postojećim zakonodavstvom

---

90 European Commission Action to Tackle Dual Quality Food Issues, str. 1, <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/07/DUAL-FOOD-Non-paper.pdf>, 1. listopada 2018.

91 Obavijest Komisije o primjeni zakonodavstva EU-a o hrani i zaštiti potrošača na pitanja dvojne kvalitete proizvoda – Konkretni slučaj prehrambenih proizvoda, 29. rujna 2017, C-327/1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0929\(01\)&from=HR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0929(01)&from=HR), 1. listopada 2018.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

EU-a, 2) je li riječ o proizvodu koji se promovira s oznakom jednake robne marke i u istom pakiranju, 3) postoji li znatna razlika u sastavu proizvoda u odnosu na istu varijantu tog proizvoda dostupnog u drugim državama članicama EU, 4) je li potrošač svjestan takve razlike, odnosno je li informiran o istoj razlici, 5) bi li potrošač u slučaju da je na transparentan, jasan i razumljiv način bio informiran o postojanju razlika naizgled jednakih proizvoda donio odluku o kupnji manje kvalitetnog proizvoda, te u slučaju negativnog odgovora na posljednje pitanje utvrđuje postojanje potencijalnog kršenja odredaba Direktive 2005/27/EZ.<sup>94</sup>

Pored prikazanih smjernica, Komisija pokušava doprinijeti rješavanju problema dvojne kvalitete proizvoda financiranjem istraživanja i razvojem metodologije za komparativno ispitivanje kvalitete prehrambenih proizvoda na području unutarnjeg tržišta. U travnju 2018. objavljena *EU harmonised testing methodology* ima za cilj uspostaviti zajednička mjerila i kriterije za testiranje prehrambenih proizvoda, te olakšati nadležnim tijelima diljem Unije provjeru postupanja subjekata u poslovanju hranom u skladu sa zakonodavstvom EU-a prilikom stavljanja proizvoda na tržište.<sup>95</sup> Tako su u svibnju 2018. započeta ispitivanja košarice prehrambenih proizvoda utemeljena na istoj metodologiji, u kojima sudjeluje 16 država članica, nažalost ne i RH. U travnju iste godine, Komisija je najavila i jačanje prava potrošača uvođenjem tzv. „novih pogodnosti za potrošače“.<sup>96</sup> Riječ je o nizu prijedloga izmjena i dopuna zakonodavnog okvira o zaštiti potrošača, u koje se ubraja i sprječavanje dvojne kvalitete prehrambenih proizvoda na području EU-a. Predlaže se izmjena čl. 6 Direktive 2005/29/EZ, u kojem će se izrijekom navesti, kako praksa trgovaca usmjerena na stavljanje pro-

94 Obavijest Komisije..., str. 7.

95 European Commission, Framework for selecting and testing of food products to assess quality related characteristic: EU harmonised testing methodology, 25. travanj 2018., str. 2, [https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/eu\\_harmonised\\_testing\\_methodology\\_-\\_framework\\_for\\_selecting\\_and\\_testing\\_of\\_food\\_products\\_to\\_assess\\_quality\\_related\\_characteristics.pdf](https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/eu_harmonised_testing_methodology_-_framework_for_selecting_and_testing_of_food_products_to_assess_quality_related_characteristics.pdf), 1. listopada 2018. Metodologija je rezultat rada DG-a Zajednički istraživački centar u suradnji sa ovlaštenim tijelima država članica EU-a, organizacijama za zaštitu potrošača, te interesnim grupama iz lanca opskrbe hranom.

96 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru, Nove pogodnosti za potrošače, Bruxelles, 11. travanj 2018., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=HR>, 1. listopada 2018.

izvoda na tržište uz tvrdnju da je identičan istom proizvodu dostupnom na tržištu drugih država članica predstavlja zavaravajuću radnju. Također će se zabraniti zavaravanje potrošača jednakom ambalažom i robnom markom, ali različitim sastavom i kvalitetom prehrambenog proizvoda.<sup>97</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

U brojne mudre izjave koje se pripisuju Hipokratu, ubraja se i ona o tome da nas hrana čini onime što mi jesmo odnosno da smo ono što jedemo. Ovaj je čuveni antički grčki liječnik hranu smatrao lijekom o kojem ovisi naša snaga, naše zdravlje i naš život.<sup>98</sup> Problematiku proizvodnje i stavljanja na tržište proizvoda dvojne kvalitete potrebno je u prvom redu promotriti iz ovog ugla i zapitati se sa kojim razlogom bi snaga, zdravlje i u konačnici život potrošača iz jedne države članice, trebao biti manje vrijedan odnosno lošije kvalitete od onoga potrošača iz druge države članice? Ovo je pitanje u svojem govoru o stanju Unije adresirao i *Jean Claude Juncker* u rujnu prošle godine.<sup>99</sup> Predsjednik Europske komisije je istaknuo kako je Europa unija jednakosti i jednakih, te kako u Uniji u kojoj su svi ravnopravni, ne mogu postojati potrošači drugog reda.<sup>100</sup>

Da tome *de facto* nije tako dokazuju brojna istraživanja kvalitete prehrambenih i neprehrambenih proizvoda provedena diljem Unije. U istima je neupitno dokazano, kako se na tržištima država članica središnje i istočne Europe plasiraju proizvodi lošije kvalitete i sastava, od istovrsnih proizvoda koji se nude na tržištima zapadne Europe. Tzv. proizvodi dvojne kvalitete su nerijetko i značajno skuplji, bez obzira na njihovu lošiju kvalitetu. Sve to ukazuje na povredu čitavog niza propisa

---

97 Komunikacija..., str. 12.

98 U čuvene Hipokratove izjave ubraja se i slijedeća: „*Let food be thy medicine and medicine be thy food*“, preuzeto od M. Dalby, *Hippocratic misquotations: Let thy quotations not be by Hippocrates*, 2017, <https://honey-guide.com/2017/10/31/hippocratic-misquotations-let-thy-quotations-not-be-by-hippocrates/>, 1. listopada 2018.

99 Europska komisija, Govor o stanju Unije 2017. predsjednika Europske komisije Jean-Claude Junkera, Bruxelles, 13. rujna 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_hr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_hr.htm), 1. listopada 2018.

100 *Ibid.*



prava EU-a, od propisa o proizvodnji i označavanju prehrambenih i neprehrambenih proizvoda, preko povreda propisa o zaštiti potrošača do povreda ključnih propisa o suzbijanju diskriminacije.

U svrhu opravdavanja ovakvog postupanja, multinacionalne kompanije, proizvođači i trgovci općenito nerijetko ističu kako subjekti u poslovanju hranom i drugim proizvodima, promjenom sastava prilagođavaju proizvode preferencijama i zahtjevima potrošača iz različitih država članica EU-a. Jednako tako, ukazuju na okolnost kako proizvodnja određenih proizvoda u različitim dijelovima Unije ovisi i o resursima tj. kvaliteti sirovina kojima raspolažu prilikom proizvodnje. Neovisno to tome, ti isti proizvođači suštinski različite proizvode nastavljaju označavati istom robnom markom, koja pored glavnih obilježja proizvoda predstavlja jedan od odlučujućih kriterija temeljem kojeg potrošač donosi svoju odluku o kupnji proizvoda. Naime, poimanje kvalitete proizvoda je nerijetko rezultat subjektivnih stavova potrošača, koji gaje povjerenje u određenu robnu marku. Takvo postupanje, uz nedostatak informacija koje bi potrošača osvijestile o postojanju razlika u odnosu na naizgled jednaki proizvod iz druge države članice, neupitno može utjecati na odluku potrošača o kupnji.<sup>101</sup>

Upravo je stoga bitno poduzeti daljnje i odvažne korake u suzbijanju nepoštene poslovne prakse stavljanja na tržište i prodaje proizvoda dvojne kvalitete. Suprotno stajalištu Europske komisije, autorice smatraju da se ti koraci nipošto ne smiju zadržati na pukoj reafirmaciji postojećeg pravnog okvira EU-a o zaštiti potrošača. Ukoliko smo zaista ono što jedemo, onda je ključno i presudno za kvalitetu našeg života da mu pristupimo odgovorno i konzumiramo one proizvode koji su rezultat našeg informiranog odabira.<sup>102</sup>

---

101 Tako i L. González Vaqué, „Possible Unfair Practices in the Marketing of Differentiated Food Products in the Single Market, The Concept of the “Legitimate Expectations” of Consumers“, *European Food & Feed Law Review*, vol. 12, br. 6, 2017, 486.

102 Tako i E. Mišćenić, *Discrimination...*, 1, govoreći o jamstvu prava potrošača na informirani odabir.

*Emilia Mišćenić, Dr. Iur. (Graz), LL.M. (Saarbrücken)*  
*Associate Professor at the Faculty of Law, University of Rijeka*

*Ivana Mrak, Mag. Iur.*

## PROTECTION OF CONSUMERS FROM DUAL QUALITY PRODUCTS

### *Summary*

Nowadays, the processes of production and of labelling of products in general and in particular of food products encourage consumers to make the so-called “healthy choices”, i.e. to choose those products, which positively affect the health and safety of consumers. The provision of exact and proper information about the products serves as a main tool for the achievement of such a choice. Product labelling has a long tradition in the European Union and reaches back to the first cases on consumer protection, where the CJEU was dealing precisely with the labelling of products and the violation of the fundamental freedom of free movement of goods. In famous cases such as *Cassis de Dijon* and *Brasserie du Pêcheur*, the CJEU ruled on the barriers to the internal market created by German laws on the production and the content of alcoholic beverages that allegedly protected consumer interests. Over the years, the EU legislator has adopted more than 80 measures of both voluntary and mandatory nature, which regulate the labelling of products. Despite these facts, even today we are faced with cases in which EU consumers are discriminated by the production and placing on the market of products of dual quality. Numerous research studies pursued by Member States have proven that lower quality products are offered on the markets of EU Member States in Central and Eastern Europe. This revelation has not only significantly undermined the confidence of consumers towards traders, but also regarding the regulation of this subject matter at the Union’s level. The authors of this paper are investigating the matter of dual quality products (in particular food products) in Croatia and other Member States of the EU and critically observing the measures which the Union’s institutions propose in order to restore consumers’ trust and confidence.

Key words: *Dual quality of products. – Internal market. – Consumer protection. – Act on informing consumer about food. – Food Act. – Regulation (EC) No. 178/2002. – Regulation (EC) No. 1169/2011. – Directive 2005/29/EC.*

*Dr Vladimir Pavić\**

## BUDUĆNOST ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA U SRBIJI NAKON SLUČAJA ACHMEA\*\*

*Privlačenje stranih investicija je politički prioritet i predmet različitih zakonskih rešenja u Srbiji, baš kao što je to bio slučaj i u bivšoj Jugoslaviji. Postojeći sistem uglavnom se oslanja na razgranatu mrežu bilateralnih investicionih sporazuma koji, s jedne strane, stranim investitorima garantuju određena prava, a sa druge im omogućuju da direktno tuže pred arbitražom državu u kojoj su investirali za povrede datih garancija. Uporednopravno, ovakav model zaštite prolazi kroz period radikalnog preispitivanja, između ostalog i u svetlu nedavne odluke Evropskog suda pravde u slučaju Achmea. Rad analizira pravni okvir zaštite stranih ulaganja u Srbiji, domašaje i dileme odluke Achmea i potencijalnu strategiju Srbije u pogledu zaštite i privlačenja stranih investicija u svetlu ovih novina.*

**Ključne reči:** *Prava stranaca. – Investicije. – Arbitraža. – Evropsko pravo. – Pravo EU. – Bilateralni sporazumi. – Međunarodno pravo.*

### 1. UVODNE NAPOMENE

Privlačenje stranih investicija je bio decenijski cilj različitih političkih sistema i garnitura jugoslovenske države. Slično se nastavilo i nakon raspada Jugoslavije – strani investitori i njihov kapital prepoznaju se kao nezaobilazna karika u pokušajima da se ostvari konstantan i visok rast domaće ekonomije.

Kada se po strani ostave deklarativna privrženost gore navedenom kursu, te mere i reforme koje bi olakšale svakodnevno poslova-

---

\* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

\*\* Rad predstavlja prilog projektu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2018. godinu. Autor duguje zahvalnost dr Vladimiru Đeriću, advokatu, i doc. dr Marku Jovanoviću za komentare i sugestije na radnu verziju ovog članka. Svim materijalima na Internetu pristupljeno je 4. novembra 2018.

nje jednako i domaćim i stranim ulagačima, mogu se identifikovati tri glavna sredstva kojima se pokušalo privlačenje stranih investicija: specijalizovani propisi o zaštiti stranih ulaganja, međunarodni sporazumi o zaštiti investicija i izdašne subvencije, po slovu zakona dostupne i domaćim i stranim investitorima.

Istovremeno sa ovim promenama u srpskom zakonodavnom okviru, na međunarodnom planu su u poslednje vreme dovedene u pitanje osnovne premise na kojima počivaju mehanizmi privlačenja i zaštite stranih investicija, a naročito mehanizmi rešavanja sporova između investitora i država u kojima je investirano (države prijema). Najkraće rečeno, sistem tzv. dijagonalnih klauzula i arbitražnog rešavanja investicionih sporova je na udaru kritičara koji smatraju da je netransparentan, otuđen od javnosti i da potencijalno udara u temelje suverenosti i demokratije. Ovaj resentman počeo je da daje i prve rezultate – najavljeno ukidanje mehanizma rešavanja sporova po NAFTA sporazumu o zaštiti stranih investicija,<sup>1</sup> kao i odluku Evropskog suda pravde (nadalje ESP) u slučaju *Achmea*<sup>2</sup> kojim se van snage stavljaju odredbe o mogućnosti arbitražnog rešavanja sporova u intra-EU bilateralnim sporazumima (BIT-ovima). Osim toga, promene u pravnom ustrojstvu Evropske unije i novostečena mogućnost da ona sama sklapa sporazume o zaštiti investicija menjaju dinamiku pregovora i sadržaj novozaključenih dokumenata o zaštiti investicija.

Imajući u vidu sve gore navedene promene, kao i postojeće procese EU integracija u kojima se Srbija nalazi, postavlja se pitanje da li Srbija ima za ove procese spremnu strategiju i odgovor. Ako se po strani ostavi mogućnost prebacivanja težišta isključivo na subvencije, ostaje da se odgovori da li postojeći zakonski propisi i mreža bilateralnih investicionih sporazuma (nadalje BIT-ovi) predstavlja adekvatan (a kamoli optimalan) okvir za privlačenje stranih investicija. Ovaj će rad na to pitanje pokušati da odgovori analizom domaćih propisa, stranih trendova i izvora prava. Rad će pokušati i da identifikuje konkretne poželjne buduće korake koji se mogu preduzeti.

---

1 NAFTA sporazum (North American Free Trade Agreement) treba da zameni USMCA (United States–Mexico–Canada Agreement). U novom sporazumu ukinuta je mogućnost sporova investitor – država na relaciji Kanada – SAD i značajno sužena mogućnost da se to učini na relaciji SAD – Meksiko.

2 *Slovak Republic v Achmea BV* (Case C-284/16).

## 2. OSNOVNE KARAKTERISTIKE SAVREMENOG SISTEMA ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA I KRITIKE NA POSTOJEĆA REŠENJA

Preovlađujući okvir današnje zaštite stranih investicija jeste kroz međunarodne ugovore (bilateralne i multilateralne) kojima se države međusobno obavezuju da investitorima iz drugih država-ugovornica garantuju određena prava. Zaštita tih prava, pak, ne sprovodi se kroz režim diplomatske zaštite (država spram države) već putem tzv. dijagonalnih klauzula o rešavanju sporova. Dijagonalne klauzule su zapravo jednostrane ponude država prijema da se sporovi reše pred jednim od ponuđenih foruma, a investitor bira onaj koji mu najviše odgovara otpočinjanjem odgovarajućeg postupka. Time se stvara 'dijagonala' između investitora i države u koju investira (države prijema).

Do ovog okvira nije se došlo odjednom, već postepeno. Prva faza oblikovanja prava zaštite investitora protekla je u borbi između pristalica 'diplomacije topovnjačama' i pristalica Kalvo doktrine. Kalvo doktrina predstavljala je ekstremni odgovor na manifestacije sile, propagirajući da stranci ne uživaju nikakva prava van domaćeg pravnog poretka, da su bez 'kopče' sa međunarodnim pravom i da zaštitu svojih prava svakako moraju tražiti pred sudovima države prijema. Kasniji pokušaji da se oslonac nađe u međunarodnom običajnom pravu nisu doveli do ozbiljnijeg pomaka. Mnoge zemlje su u međuvremenu donele i svoje nacionalne zakone kojima su davale preferencijalni tretman stranim investicijama i investitorima. Međutim, tim instrumentima nedostajala je dovoljna postojanost – dok su međunarodni ugovori po pravilu sklapani tako da se ne mogu jednostrano raskinuti tako da raskid proizvodi dejstva bez odlaganja, nacionalni zakoni uvek su podložni izmeni ili ukidanju od strane zakonodavca.<sup>3</sup>

Tek su prvi moderni BIT-ovi premostili tri glavna problema: definisanje standarda zaštite investitora, ireverzibilnost datih garancija za vreme važenja međunarodnog sporazuma i mogućnost da investitor izabere jedan od ponuđenih foruma bez obaveze da spor prethodno iznese pred sud države prijema. U praksi su investitori po pravilu birali arbitražu, naročito po pravilima ICSID Centra pri Svetskoj banci. Trenutno je na snazi oko 3.000 BIT-ova, i broj prijavljenih predmeta iz

---

3 Korektiv stečenih prava međutim najčešće nije dovoljan da u slučaju ukidanja obuhvati ponuđene procesne garancije u vidu jednostrane ponude države prijema na arbitriranje.

ovih sporazuma je u porastu. Rešavanje sporova i objavljivanje odluka doprinelo je akademskom dijalogu po određenim spornim pitanjima, produbilo i definisalo određene koncepte zaštite, uz neminovnu neujednačenost koja je nužna na obodima kazuističkog pristupa i nepostojanja centralnog kasacionog autoriteta koji bi praksu ujedinio. Ovo je, međutim, karakteristika i međunarodne trgovačke arbitraže, a da nije oduzelo njenoj popularnosti i praktičnoj primeni. Iskustvo govori da dobrovoljna harmonizacija putem ugledanja na najbolje primere često daje bolje rezultate od nametnutih i krutih rešenja.

Osim BIT-ova, danas se prava stranim ulagačima garantuju multilateralnim regionalnim (npr. NAFTA) i sektorskim (*Energy Charter Treaty*) međunarodnim sporazumima. Budući da su transakcioni troškovi multilateralnih sporazuma veći, njihovo pregovaranje po pravilu traje dugo i skopčano je sa teškoćama.<sup>4</sup>

Zamah investicione arbitraže nije bio bez otpora, iz više razloga, od kojih vredi nabrojati samo neke.

S jedne strane, zemlje uvoznice kapitala, uglavnom siromašne, nisu lako primile neke od svojih arbitražnih poraza, kriveći pritom sistem rešavanja sporova, a ne činjenice konkretnog slučaja i nesposobnost domaće političke i administrativne strukture da poštuje date garancije. Verovatnoća da će garancije biti povređene svakako je veća u zemljama upitne vladavine prava i neefikasnog državnog aparata, a upravo je takva situacija u zemljama u razvoju. Naposljetku, nepoverenje u pravni i politički sistem je tipičan podsticaj da se obezbedi dodatno osiguranje za investitore u vidu međunarodnog sporazuma i u njemu sadržanih garancija. Statistika investicionih arbitraža ne potkrepljuje percepciju da je reč o mehanizmu u kome države 'stalno gube' a investitori 'stalno dobijaju', što pokazuje i statistika ICSID-a.<sup>5</sup> Slično je i sa ničim utemeljenom percepcijom u domaćoj javnosti da Republika Srbija 'stalno gubi arbitraže'.<sup>6</sup>

4 O ovome svedoči neuspeh TPP sporazuma (*Trans-Pacific Partnership*) nakon što su unutrašnje političke promene rezultirale povlačenjem Sjedinjenih Država.

5 Prema UNCTAD-ovoj statistici uspeh investitora u postupcima je oko 27.9%, v. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Naravno, statistika zavisi i od toga kako se definiše 'pobeda', ima i slučajeva u kojima su investitorima dosuđeni izuzetno niski iznosi koji čak ne pokrivaju ni troškove vođenja postupka.

6 Prema podacima koje je autor ovog članka pribavio od Državnog pravobranilaštva Republike Srbije, u proteklih pet godina okončano je 7 investicionih

S druge strane, podrška kritici sistema rešavanja investicionih sporova došla je i iz razvijenih zemalja. Razlozi za ovaj neočekivani obrt verovatno su višestruki. Prvo, u nekadašnjim zemljama u razvoju pojavile su se i snažne multinacionalne korporacije koje su počele da ulažu u razvijenim zemljama. Tok kapitala time je postao dvosmeran i tako otvorio mogućnost da se mehanizmi rešavanja investicionih sporova i garancije investitorima upotrebe i protiv razvijenih ekonomija. Odjednom je postignuto iznenađujuće saglasje – kritičari iz razvijenih zemalja prihvatili su primedbe onih iz nerazvijenih da svojim presudama investicioni tribunali sputavaju suverenost država i sprečavaju ih da donesu demokratske odluke o načinu upravljanja prirodnim resursima, ekološkim pitanjima i tome slično. Ukratko, ova linija kritike bila bi na liniji odbrane suvereniteta, uz primetnu antikorporacijsku notu.

Treća linija kritike jeste percepcija da je postojeći mehanizam netransparentan, da ne omogućava učešće zainteresovanim umešačima, da rasprave nisu u principu otvorene za javnost i da ‘u tajnosti’ tribunali odlučuju u kapitalnim pitanjima i kažnjavaju države za zakone koji se donose kao plod demokratskog odlučivanja.<sup>7</sup>

Konačno, četvrta linija kritike ima veze sa specifičnostima funkcionisanja EU, odnosno pitanja odnosa prava EU i međunarodnog prava. Ovo načelno pitanje se u poslednje vreme postavilo kao principijelno, ali je svoju najoštriju formu dobilo upravo u odnosu EU prava i međunarodnog investicionog prava. Naime, paralelno sa komunitarnim pravom postoji čitava mreža BIT-ova zaključenih između država

---

i trgovačkih arbitraža u kojima je tužena bila Srbija (uključujući i entitete koje po zakonu zastupa Državno pravobranilaštvo). Procenat u kojem je Republika Srbija uspeła da se odbrani od tužbenih zahteva za naknadu štete u ovim postupcima iznosi: 100%, 100%, 98.1%, 56.6%, 86%, 65.3% i 100%, respektivno.

7 U okviru UNCITRAL-a usaglašena su pravila o transparentnosti u međunarodnoj investicionoj arbitraži – UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the „Rules on Transparency“), koja su stupila na snagu 1. aprila 2014. (dostupno na [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html)). Ako šta drugo nije ugovoreno, primenjuju se na arbitraže koje se odvijaju po UNCITRAL arbitražnim pravilima a po investicionim sporazumima zaključenim nakon 1. aprila 2014, a ako se arbitraža zasniva na sporazumu sklopljenom ranije – ako stranke u sporu to dogovore ili ako države ugovornice pristupe tzv. Mauricijskoj konvenciji – Konvenciji Ujedinjenih nacija o transparentnosti u investicionoj arbitraži na osnovu međunarodnih sporazuma, koja je stupila na snagu 2017, dostupno na [http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).



članica EU, što je otvorilo pitanje mogućnosti koegzistencije zajedničkog tržišta i jednakog tretmana sa sistemom preferencija, i to sistemom čiji su odnos i hijerarhijska pozicija nejasni u odnosu na pravo EU. Imajući u vidu to da su zemlje EU najvažniji trgovinski partneri Srbije, kao i da je Srbija u procesu pristupanja EU, implikacije evropskih dilema su od potencijalno velikog značaja.

### 3. PRAVNI OKVIR ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA U SRBIJI – TRENUTNO STANJE

Srbija je sve donedavno bila država koja je povoljniji tretman stranim ulagačima garantovala i domaćim zakonskim propisima i mrežom međunarodnih sporazuma.

Na čisto domaćem planu preferencije su se nudile Zakonom o stranim ulaganjima.<sup>8</sup> Reč je o poslednjem u nizu zakona na sličnu temu. Stranim ulagačima oni nikada nisu predstavljali izvor sigurnosti kao međunarodni sporazumi, što i ne čudi. Srbija u ovome nije izuzetak – i u drugim jurisdikcijama zakoni se percipiraju kao slabije zaštitno sredstvo koje država prijema uvek može da ukine ili promeni. Izuzetak su situacije u kojima je takav zakon i jedini instrument koji nudi povlastice (npr. u slučaju mlade države koja je tek stekla svoju samostalnost ili u slučaju entiteta čiji je status upitan u kontekstu međunarodnog prava.

Donošenjem Zakona o ulaganjima<sup>9</sup> ukinut je Zakon o stranim ulaganjima, a iz zakona praktično izbrisane povlastice za strane ulagače. Proklamacije i garancije koje Zakon o ulaganjima sadrži jednako vrede i za domaće i za strane ulagače.<sup>10</sup> Ovime se na zakonskom nivou pozitivna diskriminacija ukida. Zakon formira Razvojnu agenciju Srbije kao glavno telo zaduženo za, između ostalog, i raspodelu subvencija, što i jeste bio pravi fokus zakonske inicijative. Ovaj se rad neće baviti pitanjem subvencija i njihovih raspodela.

8 *Sl. list SRJ*, br. 3/2002 i 5/2003, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 107/2014 – dr. zakon.

9 *Sl. glasnik RS*, br. 89/2015.

10 Za analizu Zakona o ulaganjima v. V. Pavić: „Odlučnim polukorakom napred – osvrt na Zakon o ulaganjima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* Vol. 64, 1/2016, 67–82.

Ono što preostaje jesu čak 55 BIT-a koje je Srbija potpisala, počev od 1974-te. Uvidom u spisak tih sporazuma,<sup>11</sup> perioda kada su zaključivani i njihovog sadržaja može se doći do nekoliko obeshrabrujućih, ali ne i neočekivanih zaključaka.

Prvo, Srbija je od SFRJ 'nasledila' samo četiri sporazuma. Tokom devedesetih, potpisano je 13 BIT-ova, od kojih čak 8 samo u toku 1996. godine. Ova nagla inicijativa u zgusnutom vremenskom periodu je možda bila i posledica želje da se što pre iskoristi efekat ukidanja sankcija, ali verovatno i shvatanja da se potpisivanja sporazuma o investiranjima mogu u javnosti predstaviti u pozitivnom svetlu.

Nakon 2000. godine zaključen je značan broj sporazuma, ali se iz spiska partnera i ugovorenih tekstova ne može utvrditi da iza izbora zemalja sa kojima se potpisuje ili oblikovanja odredaba pojedinih sporazuma stoji koherentan pristup i strategija. Tako sa nekim velikim trgovinskim partnerima imamo već na prvi pogled zastarele BIT-ove (Francuska), sa nekima su potpisani ali nisu stupili na snagu (Italija), a određene BIT-ove Srbija je zaključila sa zemljama iz kojih se teško mogu očekivati investicije i u koje je malo verovatno da će investirati sprski ulagači, kao i sa zemljama koje obično služe kao usputne stanice za osnivanje *special purpose vehicles* preduzeća. Sa SAD sporazum nije čak ni potpisan.

Upoređivanje bilateralnih sporazuma ne pokazuje jedinstvenu ideju vodilju u načinu na koji su se osmišljavali i definisali pojmovi i standardi zaštite ulagača. Ne postoje indicije da li je i koje BIT-ove Srbija zaključivala koristeći sopstveni tipski (model) BIT kao osnovu pregovaračke platforme.<sup>12</sup> U slučaju da su *travaux preparatoires* oskudni ili nepostojeći otežava se tumačenje kako su ugovornice došle do saglasja o određenom pitanju i kojim su se interesima ili razlozima rukovodile.<sup>13</sup>

---

11 Spisak na sajtu UNCTAD na adresi <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187?type=c#iiaInnerMenu> potpuniji je od onoga koji vodi Ministarstvo trgovine, turzima i telekomunikacija <http://mtt.gov.rs/download/Pregled%20Zemalja.pdf>, ali sadrži i linkove na tekstove sporazuma koji nisu autentični.

12 Tipski Model BIT Srbije na zvaničnoj stranici Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija datira iz 2012. godine. Ne postoje saznanja da je pre zvaničnog objavljivanja tipskog ugovora postojala interna verzija korišćena u pregovorima.

13 Za kritiku rešenja sadržanih u srpskim BIT-ovima v. V. Draškoci, „Problem preširoke definicije pojma investicije u dvostranim sporazumima o među-

Ova šarenolikost nije bez posledica, jer odsustvo jasnih indikatora konzistentne strategije i model BIT pozicije otežava tumačenje eventualno spornih odredaba sporazuma. Samo naizgled nevelike razlike u formulaciji standarda zaštite mogu voditi sasvim različitim ishodima, tako da jednaki postupci prema investitorima iz jedne države mogu predstavljati povredu BIT-a, a prema drugim investitorima ne. Mada je uniformnost po ovom pitanju nemoguće postići, određenu dozu harmonizacije jeste. Raznolikost pristupa i formulacija tako nameće dodatni trošak državnim organima – barem onima koji žele da razumeju međunarodnopravne posledice svojih postupaka.

#### 4. SLUČAJ ACHMEA I NJEGOVE POSLEDICE

Pitanje odnosa prava EU i međunarodnog prava je u poslednje vreme dodatno dobilo na značaju. Spletom okolnosti, upravo se na pitanju odnosa prava EU i međunarodnog investicionog prava ESP nedavno oglasio odlukom *Achmea* koja ima dalekosežne i za sada ne sasvim jasno sagledive posledice.

Slučaj je pred ESP došao po zahtevu za odluku o prethodnom pitanju (*request for preliminary ruling*) nemačkog Vrhovnog suda.<sup>14</sup> Nemački sudovi su odlučivali po zahtevu za poništaj arbitražne odluke koju je u *ad hoc* arbitraži po pravilima UNCITRAL doneo tribunal sa sedištem u Frankfurtu, a na osnovu holandsko-slovačkog BIT-a iz 1992. godine.<sup>15</sup> Tribunal je holandskom investitoru dosudio 22 miliona evra na ime naknade štete koju je pretrpeo usled promena u slovačkom zakonodavstvu, a koje su bile usmerene na deliberalizaciju tržišta privatnog zdravstvenog osiguranja. Slovačka je i u arbitražnom postupku, a i u postupku poništaja, isticala da je mehanizam rešavanja investicionih sporova arbitražnim putem nespojiv sa pravom EU i da tribunal stoga nije imao nadležnost.

Savetnik suda (*Advocate General*) *Wathelet* je u svom mišljenju stao na stanovište da odredbe BIT-a o rešavanju sporova između inve-

---

sobnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i stranih država“, *Pravo i privreda* br. 5–8/2007, 411–42; M. Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd 2014, 178–257.

14 BGH I ZB 2/15.

15 PCA slučaj br. 2008–13.

stitora i države prijema nisu u suprotnosti sa pravom EU, konkretno članovima 18, 267 i 344 TFEU.<sup>16</sup> U arbitražnim krugovima ovo je mišljenje pozdravljeno i podržani njegovi osnovni nalazi. Među državama članicama, međutim, ono je naišlo na odijum i zahteve da se ponovo otvori usmena rasprava pred ESP.<sup>17</sup>

Sud je, međutim, odluku doneo upravo suprotno preporukama Savetnika suda. U najkraćem, ESP je stao na stanovište da:

- Članom 344 TFEU,<sup>18</sup> države članice su se obavezale da sporove o tumačenju i primeni prava EU iznose samo pred sudove navedene u EU ugovorima. Ovim se osigurava neprestani ‘dijalog’ između ESP i evropskih sudova, čime se garantuje uniformnost tumačenja i primene prava EU;
- Članom 267 TFEU<sup>19</sup> omogućava se dijalog između ‘centra’ i sudske ‘periferije’ putem preliminarnih referenci ESP;
- Investicioni tribunali koje predviđaju intra-EU BIT-ovi mogu biti i pred zadatkom da tumače ili primene pravo EU, a naročito ono koje se odnosi na osnovne slobode;<sup>20</sup>

---

16 Case C-284/16 Slovak Republic v *Achmea* BV EU:C:2017:699, Opinion of AG Wathelet (19 September 2017), nadalje ‘*Achmea*’.

17 V. *Achmea*, paragrafi 24–30.

18 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390, „Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.“

19 „The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay.“

20 *Achmea* paragraf 42.

- Arbitražni tribunali, iako potencijalno mogu biti u situaciji da primene ili tumače pravo EU nisu u mogućnosti da se okoriste članom 267 TFEU i deluju van ‘orbite’ ESP i van ‘dijalo-ga’ sudova unutar evropskog sudskog prostora. ESP međutim pravi razliku između tribunala trgovačke arbitraže, koji se ‘zasnivaju na volji stranaka’, i investicionih tribunala koji se zasnivaju na ugovoru koji su zaključile članice EU. Odredbe o rešavanju sporova kojima se predviđaju investicione arbitraže poput onih koje su sadržane u BITovima države članice krše princip autonomije iz člana 344 TFEU i stoga su takvi mehanizmi protivni pravu EU.<sup>21</sup>

Ovaj ‘obračun’ ESP sa intra-EU BIT-ovima nije neočekivan. Već neko vreme oni se nalaze na meti Brisela i Komisija je pre nekoliko godina zatražila od država članica da raskinu svoje međusobne BIT-ove.<sup>22</sup> U momentu zaključenja, nijedan od sadašnjih intra-EU BIT-ova nije bio zaključen između dve države članice, a dobar broj je upravo zaključivan između postojećih i budućih (očekivanih) članica.<sup>23</sup> Pristupanjem, ocenjuje Komisija, nestala je potreba za dodatnim garancijama za investitore, jer njih sada štiti pravo EU.

Sa stanovišta nekoga ko se bavi pravom EU, dovođenje principa autonomije do krajnjih konsekvenci nije neočekivano. Onima kojima pravo EU nije preokupacija ili osnovno uporište analize može da upadne u oči to da je konačni ishod *Achmea* to da se investicionim tribunalima ne daje šansa da pitaju ESP o pitanjima prava EU, već im se nadležnost osporava/oduzima zbog toga što će možda morati da se dotaknu i pitanja primene EU prava. Drugim rečima, proporcionalnost nije bitna, zabrana je blanketna i opravdava se time da bi – iz sistema EU sudova i hijerarhije isključeni arbitražni tribunal – nekada mogao da povredi princip autonomije.

21 *Achmea* paragrafi 54–56.

22 European Commission – Press release: Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties, dostupno na [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm). Neke zemlje su već postupile po ovom uputstvu.

23 G. A. Berman, „EU Law as a Jurisdictional and Substantive Defense in Investor State Arbitration“, u F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris 2017, 649, 650.

*Achmea* odluka otvara brojne dileme, od kojih neke potencijalno mogu da se odraze i na BIT-ove koje je Srbija zaključila sa članicama EU.

Prvo, *Achmea* na prvi pogled izuzima arbitražu trgovinskog tipa iz obračuna sa investicionom arbitražom. Osnov za ovo je to što se komercijalna arbitraža 'slobodno ugovara', za razliku od arbitražnih odredba BIT-a u kojima države dogovorom uklanjaju spor iz domena evropskih sudova i uniformne primene evropskog prava. Šta u slučaju da dve države ugovore komercijalnu arbitražu? Malo verovatno, ali ne i nemoguće. Šta ako država i investitor zakluče kompromis ('slobodno ugovore arbitražu') o sporu iz BIT-a? Opet, malo zamislivo ali ne i nemoguće. Po slovu *Achmee* nije sasvim jasno šta bi prevagnulo, zapovest iz člana 344 TFEU ili 'slobodna volja', kao i da li je problem sa arbitražnim klauzulama u BIT-ovima to što ih ugovaraju dve države ili to što investitor može da bira između već ugovorenih opcija dijagonalne klauzule, a ne i da doda nešto novo. Način na koji je sud ESP ignorisao opservacije Vrhovnog suda Nemačke u pogledu člana 344 TFEU ne doprinosi razrešavanju ove dileme.<sup>24</sup>

Drugo, izreka odluke zatvara samo arbitražni put rešavanja investicionih sporova. Dokle god je BIT na snazi, jedini forum zapravo ostaje sud države prijema, po pravilu jedna od opcija u dijagonalnim klauzulama BIT-ova. Time se, do eventualnog raskidanja intra-EU BIT-ova, opcije rešavanja sporova vraćaju na rešenja koja je zagovarao Kalvo.

Treće, nije do kraja jasno ni šta se dešava sa sporazumima u kojima je jedna od strana ugovornica EU, poput Energetske povelje (*Energy Charter Treaty*). Bilo bi nelogično, a moguće i protivno članu 27 Bečke konvencije da se EU poziva na protivzakonitost usled odredaba svog unutrašnjeg prava.<sup>25</sup>

Četvrto, *Achmea* se ne osvrće na BIT-ove zaključene između članica EU i trećih država. Član 351 TFEU predviđa da međunarodni sporazumi koje su članice zaključile sa trećim državama ostaju na snazi (ovo uključuje i multilateralne sporazume). Uredbom 1219/2012 pred-

---

24 Paragrafi 15–17 odluke *Achmea* sadrže kratki pregled stavova BGH.

25 V. analizu u B. Hess, „The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice“, *MPILux Research Paper* 2018 (3), str. 15, dostupno na [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3152972](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972).

viđena je mogućnost da i nakon Lisabonskog ugovora i podvođenja stranih direktnih investicija pod ‘kapu’ zajedničke trgovinske politike, države članice mogu da zaključe nove BIT-ove ili dogovore izmenu postojećih, uz uslov da od Komisije dobiju dozvolu za otvaranje pregovora i dozvolu na konačan tekst. BIT-ovi sa trećim državama ostaju na snazi do eventualnog zaključenja BIT-a između EU i treće države.<sup>26</sup> Odsustvo eksplicitnog razmatranja ovog pitanja u *Achmei* otvara mogućnost da se rezon *Achmee* i princip autonomije iz člana 344 TFEU pojavi kao bitan i u slučaju da je reč o investicionoj arbitraži u kojoj je tužena zemlja članica EU. U svetlu stalnih uveravanja Komisije kako *Achmea* nema veze sa BIT-ovima prema trećim zemljama,<sup>27</sup> takav je ishod ipak teško očekivati. Neki komentatori skreću pažnju na moguće asimetrično (i kako navode ‘neoimperijalno’) čitanje apstraktno formulisane *Achmee*: ako investitor iz treće zemlje ima problem sa svojom investicijom u EU, princip autonomije nadvladava i takva arbitražna je nedozvoljena, ali obrnuto ne važi: u slučaju da investitor iz EU pokreće spor u vezi sa svojom investicijom u trećoj zemlji takva arbitražna ne bi vređala principe formulisane u *Achmei*.<sup>28</sup>

Peto, i možda i najvažnije, ostalo je nejasno kakve su posledice stava ESP na postupke koji se vode po ICSID pravilima, budući da su isti zasnovani na odredbama Vašingtonske konvencije o rešavanju sporova između država i državljana drugih država<sup>29</sup> i da su drža-

26 Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ L* 351, 20.12.2012, 40–46.

27 Dostupno na: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-4529\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4529_en.htm).

28 Von Daniel Thym, „The CJEU ruling in *Achmea*: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals“, dostupno na <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-Achmea-death.html>: „With regard to existing bilateral agreements of the Member States with third states, the finding may be more ambiguous. If, for instance, a German company complains against expropriation by Pakistan or Algeria, such a case would not usually have an EU law dimension, thus avoiding a direct conflict with the autonomy of EU law. The result may be neo-imperial: within the EU legal order, democratic legislation prevails in cases of conflict, while European companies could rely on pre-existing agreements abroad. It will be difficult, however, to convince third states to sign up to such one-sided agreements in the future. Thus, the end result of the *Achmea* judgment might be nothing less than a restart in international investment protection law.“

29 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/67.

ve ugovornice Vašingtonske konvencije preuzele međunarodnu obavezu prema svim saugovornicama da te odluke izvrše. Za razliku od ESP koji investicionu arbitražu gleda kroz prizmu evropskog prava, investicioni tribunali težište stavljaju na drugu stranu. U prvim zabeleženim slučajevima nakon *Achmee*, ICSID tribunali su odbili prigovor nenadležnosti baziran na odluci u slučaju *Achmea*,<sup>30</sup> ali ostaje da se vidi kako će eventualno odlučivati veća za poništaj kao i da li se *Achmea* može koristiti kao opravdanje za neizvršavanje ICSID obaveza. Za očekivati je da i u drugim ICSID arbitražama dođe do isticanja ovakvih prigovora.

*Achmea* se skladno uklapa u odijum većine institucija EU postojećem sistemu rešavanja sporova između država i investitora putem dijagonalnih klauzula i arbitraže. EU je zagovornik ideje o multilateralnom investicionom sudu kao panacei za percipirane probleme investicione arbitraže, i već je preduzela korake da inicira pregovore o tom projektu. Investitori i praktičari za sada uglavnom ne dele entuzijazam evropskih činovnika.<sup>31</sup>

## 5. MOGUĆI PRAVCI BUDUĆE STRATEGIJE ZAŠTITE STRANIH INVESTICIJA U SRBIJI

*Achmea* na prvi pogled nema za metu BIT-ove koje su članice EU zaključile sa trećim državama, uključujući i Srbiju. *Achmea* je, međutim, samo vrh ledenog brega inicijativa i promena kojima se pokušava promena temelja trenutnog sistema zaštite stranih ulaganja.

---

30 ICSID Case No. ARB/12/12 *Vattenfall et al. v. Germany*, Decision on the *Achmea* issue of 31 August 2018, dostupno na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>; ICSID Case No. ARB/14/1 *Masdar v. Spain*, dostupno na [http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1526647372/2018\\_184118\\_1342.pdf](http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1526647372/2018_184118_1342.pdf); navodi se da je u za sada neobjavljenom odluci u slučaju ICSID Case No. ARB/13/35 *Cheque Dejeuner v. Hungary* tribunal stao na isto stanovište, v. <https://globalarbitrationreview.com/article/1175480/Achmea-does-not-apply-to-icsid-cases-tribunal-rules>.

31 Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, dostupno na <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>. Za osvrt na ovu ideju v. Sonja Heppner, „A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission“, *Dispute Resolution Journal*, Vol 72 No. 2, 2017.



Srbija sada ima već veliki broj zaključenih BIT-ova, dobar deo njih sa članicama EU i razmišljanje o pravcima strategije budućeg privlačenja investicija moglo bi da u obzir uzme i sledeće elemente.

Ako Srbije želi da i u budućnosti garancije stranim investitorima i investicijama daje kroz BIT-ove, postavlja se pitanje da li mrežu postojećih BIT-ova treba proširiti, suziti ili izmeniti. Bilo bi poželjno da ovome prethodi i studija kojom bi se pokušalo da utvrdi u kojoj je meri na dosadašnje privlačenje investicija i odluku stranih investitora da ulažu uticalo postojanje odgovarajućeg BIT-a. Mada ovi podaci ne bi sa sigurnošću predvideli motive budućih investitora, pružili bi određeni uvid u efektivnost ovakvog sistema.<sup>32</sup>

Eventualno proširenje mreže BIT-ova, ako se tako nešto želi, trebalo bi da prati procena potencijalnih efekata – da li je bolje zaključiti sporazum sa državom iz koje već postoji značajan priliv investicija, u nadi da će se on povećati, ili pak sa zemljama sa kojima taj priliv tek treba da se ostvari u značajnijoj meri. Restrikcija mreže BIT-ova predstavljala bi neuobičajan korak, osim ako je motivisana događajima o kojima će biti reči nešto niže.

Na srednji rok bi, međutim, mogla da se razmotri mogućnost otvaranja pregovora o postojećim BIT-ovima koji se identifikuju kao zastareli, nomotehnički neadekvatni ili nedorečeni u svetlu značajnog razvoja međunarodnog investicionog prava. Iako ove aktivnosti ne mogu da daju plod na kratak rok, na duži bi svakako doprinele ujednačavanju spektra garancija koje Srbija nudi, a dodatna preciziranja standarda zaštite, pojma investicije i definicije zaštićenih investitora bi doprineli pravnoj sigurnosti.

Što se tiče investicione politike naspram EU, prethodno pitanje je da li je i u kom roku izvesno ili veoma očekivano pristupanje Srbije EU. Za sada o tome ne postoje jasne naznake. Mada se periodično ponavljaju obećanja i posvećenost obe strane u postupku, cilj za sada niti može da se jasno vidi, niti da se nasluti. Stoga je verovatno smislenije poći od pretpostavke da na srednji rok Srbija neće pristupiti EU već

32 Neke od studija na ovu temu (ali bez fokusa na Srbiju) mogu se naći na <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>, kao i u radu M. Busse, J. Königer, P. Nunnenkamp, „FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?“, *Review of World Economics*, 2010, 146(1), 147–177, dostupno na <https://doi.org/10.1007/s10290-009-0046-x>.

će nastaviti pristupni proces. U takvoj hipotezi ima smisla i preispitati politiku zaštite investicija prema investitorima iz EU. Zamisliva su najmanje tri pravca:

- Prva strategija bi bila pokušaj da se sa EU direktno otvori postupak pregovora o novom sporazumu kojim se štite investicije. Uspešno pregovaranje proširilo bi krug zaštićenih investitora i na članice EU sa kojima Srbija nema BIT-ove. S druge strane, strategija EU u nekim do sada zaključenim sporazumima jeste da insistira na potpuno novom načinu rešavanja investicionih sporova – stalnom sudu sastavljenom od arbitara koje su delegirale obe ugovorne strane i jednom broju neutralnih arbitara.<sup>33</sup> Imajući u vidu veliku razliku u broju raspoloživih kvalifikovanih arbitara koji na raspolaganju stoji EU i Srbiji, svakako da koncept nije najrečniji u perspektivi. Takođe, zamisao po kojoj tako postavljeni arbitri dobijaju paušalnu naknadu da bi bili na usluzi u slučaju izbijanja spora<sup>34</sup> dodatno ograničava krug lica koja su voljna da se toga prihvate, a da istovremeno imaju i adekvatne kvalifikacije. Osim toga, otvaranje ovakvih pregovora verovatno bi bilo shvaćeno i kao prećutno priznanje da nema indicija kada bi se postupak pristupanja mogao uspešno okončati. Stoga je

---

33 Ovakva su rešenja sadržana u sporazumima sa Kanadom, Vijetnamom i Meksikom – EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA), Free Trade Agreement between Mexico and the European Union (FTA EU-MX). Međutim, u sporazumu sa Singapurom zadržan je dosada prevladajući arbitražni sistem, v. član 3.6. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, dostupno na <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7980-2018-INIT/en/pdf>. Za kritike ideje EU o investicionim sudovima v. P. Bernardini, „The European Union’s Investment Court System – A Critical Analysis“, *ASA Bulletin*, 2017, Volume 35 Issue 4, 812–836; G. Kaufmann-Kohler, M. Potesta, „Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with introduction of permanent investment tribunal or an appeal mechanism?“, *Geneva Center for International Dispute Settlement*, 2016, dostupno na [http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf).

34 V. za detalje P. Stothard, K. McDougall, C. Long „The EU’s proposed reform of ISDS Investment court systems: the future or a fiasco?“, *International Arbitration Report* 2017 – Issue 8, str. 8, dostupno na <http://www.nortonrosefulbright.com/files/international-arbitration-review-issue-8-148807.pdf>.

ovaj pristup iz praktičnih i političkih razloga malo verovatan. Osim ovoga, postupak pregovaranja i eventualne ratifikacije sporazuma koje zaključuje EU do sada se pokazao značajno komplikovanijim kada se radi o sporazumima 'mešovitog karaktera', a takvi su oni koji u sebi sadrže i odredbe o zaštiti portfolio investicija i o rešavanju investicionih sporova između investitora i država. Takve sporazume moraju da ratifikuju sve države članice EU.<sup>35</sup>

- Druga strategija bio bi početak pregovora o raskidanju postojećih BIT-ova koje Srbija ima zaključene sa članicama EU. Ova strategija imala bi smisla u svetlu *Achmea* ukoliko se pristupanje Srbije EU shvata kao neminovnost, ako se proces pridruživanja značajno ubrza u bližoj budućnosti ili kao način da se na osnovu reakcije druge strane testira stvarna posvećenost srpskim evrointegracijama. Strategija bi imala opravdanje i ako se usvoji asimetrično ('neimperijalno') čitanje odluke *Achmea*.<sup>36</sup>
- Treća strategija bi bila da se sa članicama EU sa kojima Srbija ima zaključene BIT-ove otvore pregovori u cilju njihove izmene i modernizacije. Neke članice EU već su se opredelile da pristupe izmenama svojih postojećih BIT-ova za trećim državama (državama koje nisu članice EU). Nacrt novog holandskog Model BIT-a,<sup>37</sup> na osnovu koga Holandija namerava da modernizuje svoju postojeću mrežu BIT-ova, predviđa neka rešenja koja bi svakako trebalo razmotriti: oduzimanje zaštite tzv. *mailbox* kompanijama osnovanim u Holandiji, jačanje uloge propisa o zaštiti ljudskih prava, životne sredine i propisa o radu koji su na snazi u zemlji prijema, kao i obavezu da zemlja prijema poštuje međunarodne obaveze koje je preuzela u tim oblastima.<sup>38</sup> Prednost ove strategije bilo bi i to da je

35 V. mišljenje ESP o ovim pitanjima broj 2/15 od 16. maja 2017, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CV0002%2801%29>.

36 Za takvu bojazan v. Von Daniel Thym, *op. cit.*

37 Dostupno na <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2018/10/26/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden>.

38 V. pismo holandskog Ministarstva spoljnih poslova Parlamentu u vezi sa Model BIT-om <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/10/26/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden/ka>

postupak moguće uklopiti u postojeću evropsku regulativu i raspodelu zadataka, tj. Uredbu 1219/2012.<sup>39</sup>

Vladimir Pavić, PhD, S.J.D.

Full-Time Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

## THE FUTURE OF INVESTMENT PROTECTION IN SERBIA AFTER ACHMEA

### *Summary*

Serbia (and former Yugoslavia) have devoted considerable efforts in order to attract foreign direct investment. The current system of guarantees to foreign investors predominantly relies on bilateral investments treaties, which guarantee certain rights for foreign investors and allow them to directly initiate arbitrations against the host state for any breach thereof. However, this very model is undergoing a comprehensive reappraisal on international plane. In particular, ECJ decision in the *Achmea* case has attracted considerable attention and its ramifications are still analyzed. This paper analyzes the legal framework of foreign investment protection in Serbia, ramification of the *Achmea* decision and the potential strategy of Serbia in this regard and in light of the recent developments.

Key words: *Foreign direct investment. – Arbitration. – EU law. – Bilateral investment agreements. – International law.*

---

*merbrief-over-modeltekst-investeringsakkoord.pdf*. Osim ovoga, Model predviđa i novu platformu za pregovore o rešavanju sporova: tribunal koji u celosti imenuje organ imenovanja (poput Generalnog Sekretara PCA) do uspostavljanja projekta EU o multilateralnom sudu za investicije.

39 *Supra* fn. 26.

*Dr Tunjica Petrašević\**

*Dr Paula Poretti\*\**

## PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU – POSTOJI LI (NOVA) PRAKSA SUDA EUROPSKE UNIJE?

*Uz poštivanje temeljnih i ljudskih prava kao jedan od prioriteta EU u području slobode, sigurnosti i pravde (članak 67(1) Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU)) povećava se broj odluka Suda Europske unije (Sud EU) s naglaskom na zaštitu ljudskih prava. Kao polazište, u svojim se interpretacijama Sud EU oslanja na katalog temeljnih i ljudskih prava iz Povelje EU o temeljnim pravima. No, imajući u vidu obvezu EU da pristupi Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP) koja proizlazi iz Lisabonskog ugovora zanimljivo je razmotriti mijenja li se pristup Suda EU u primjeni standarda zaštite ljudskih prava pod utjecajem tih okolnosti.*

*U radu će se najprije prezentirati razvoj koji je rezultirao u prihvaćanju nove uloge od strane Suda EU. Analizirat će se primjena temeljnog (ljudskog) postupovnog prava na suđenje u razumnom roku u judikaturi Suda EU. Istražit će se da li i u kojoj mjeri kriteriji koje primjenjuje Sud EU u procjeni je li došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku u predmetima izvanugovorne odgovornosti EU za štetu zbog prekomjernog trajanja postupaka pred EU sudovima odgovaraju kriterijima koje za utvrđivanje istovjetne povrede u svojoj judikaturi primjenjuje Europski sud za ljudska prava (ESLJP). Unatoč činjenici da se judikatura Suda EU u pogledu zaštite toga prava još uvijek razvija, što omogućuje tek ograničeno razumijevanje njegova pristupa, autori se nadaju dati doprinos detektiranju potencijalnih otvorenih pitanja i nedosljednosti u odnosu na već uspostavljenu judikaturu ESLJP.*

---

\* Autor je izvanredni profesor na Katedri za europsko pravo, Pravni fakultet Osijek, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku, [tpetrase@pravos.hr](mailto:tpetrase@pravos.hr).

\*\* Autorica je docentica na Katedri građansko-pravnih znanosti, Pravni fakultet Osijek, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku, [pporetti@pravos.hr](mailto:pporetti@pravos.hr).

Ključne reči: *Pravo na suđenje u razumnom roku. – Sud EU. – ESLJP. – Naknada štete. – Judikatura. – EKLJP.*

## 1. UVOD

Europska unija (dalje: EU) je nastala primarno kao ekonomska integracija država članica. U originalnim Osnivačkim ugovorima<sup>1</sup> nije bilo niti spomena temeljnih ljudskih prava i sloboda. Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda bila je zadatak i predmet interesa jedne druge međunarodne organizacije: Vijeća Europe. Unatoč tome, Sud Europske unije (dalje: Sud EU) je počeo štiti ljudska prava i slobode te je još 1963. u predmetu *Stauder v. Ulm*<sup>2</sup> pojasnio da temeljna ljudska prava predstavljaju dio općih načela prava kojima Sud EU pruža pravnu zaštitu. Na to je bio 'prisiljen' od strane pojedinih nacionalnih ustavnih sudova.<sup>3</sup> Desetljeće kasnije, u predmetu *Nold*<sup>4</sup> (1974), Sud EU je u pravni sustav EU inkorporirao Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda<sup>5</sup> (dalje: EKLJP). S obzirom da EU nije imala vlastiti katalog ljudskih prava, Sud EU je 'inspiraciju' morao tražiti u ustavnim tradicijama država članica i u EKLJP.<sup>6</sup> Ljudska prava i slobode se po prvi put izrijekom spominju u čl. 6 Ugovora o Europskoj uniji (1993). Lisabonski ugovor (2009) je u čl. 2 UEU uzdi-

- 1 Ugovor o Europskoj zajednici za ugljen i čelik (1951), Ugovor o europskoj ekonomskoj zajednici (1957) i Ugovor o EURATOM-u (1957).
- 2 *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt*, 2/56, ECLI:EU:C:1957:4, par. 7.
- 3 Vidi više u: T. Petrašević, „The relation of Human Rights and market freedoms in case law of the CJEU“, *Economic and Social Development – 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development “The Legal Challenges of Modern World”* (ur. Z. Primorac, C. Bussoli, N. Recker), Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Varazdin, Croatia Faculty of Law, University of Split, Croatia University North, Koprivnica, Croatia, Split 2016., 142–150. Vidi također: D. Duić, T. Petrašević, „Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR“, in *New Developments in the EU Labour, Equality and Human Rights Law* (ed. M. Vinković), J. J. Strossmayer University of Osijek, Faculty of Law, Osijek 2015, 251–267.
- 4 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51.
- 5 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/07, 2/10.
- 6 M. Kuijjer, „The accession of the EU to the ECHR: a gift for the ECHR’s 60<sup>th</sup> anniversary or an unwelcome intruder at the party?“, *Amsterdam Law Forum*, 3/2011, 18.

gnuo ljudska prava i temeljne slobode na rang temeljnih vrednota koje EU štiti, a u čl. 6 UEU-a se Povelji Europske unije o temeljnim pravima<sup>7</sup> (dalje: Povelja EU o temeljnim pravima) priznaje isti pravni status kao i osnivačkim ugovorima, što znači da Povelja EU o temeljnim pravima ima izravni učinak u nacionalnim pravnim sustavima i da se pojedinci (fizičke i pravne osobe) mogu pozivati na istu radi zaštite svojih prava. Lisabonski ugovor nesumnjivo predstavlja prekretnicu u razvoju zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda na razini EU. Ne samo da je stvorila svoj vlastiti katalog ljudskih prava nego je EU odlučila ići i korak dalje – pristupiti EKLJP.<sup>8</sup> Ta ideja i nije sasvim nova, no do Lisabonskog ugovora nije bilo formalno-pravne podloge za to, što je potvrdio i Sud EU u svom negativnom mišljenju iz 1994. godine.<sup>9</sup> Sada za to postoji čvrsta pravna podloga kako na strani EU tako i na strani Vijeća Europe. Tako čl. 6 (2) UEU izrijekom kaže: „Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To pristupanje ne utječe na nadležnosti Unije kako su utvrđene u Ugovorima.“<sup>10</sup> Na strani Vijeća Europe, protokol br. 14. na EKLJP u čl. 59 (2) izrijekom kaže: „EU može pristupiti ovoj Konvenciji“. Dakle, sve formalno-pravne pretpostavke za pristupanje Unije Konvenciji su otklonjene. Ubrzo nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, poduzeti su konkretni koraci koji su pokazali odlučnost u realizaciji ideje pristupanja, što je potvrđeno usvajanjem Ugovora o pristupanju Unije Konvenciji od 5. travnja 2013. godine.<sup>11</sup> Kao aktivno legitimirani podnositelj, Europska komisija je zatražila ocjenu toga ugovora od strane Suda EU što je rezultiralo njegovim negativnim mišljenjem od 18. prosinca 2014. godine, a koje je podložno brojim kritikama.<sup>12</sup> Ne bi htjeli

7 Povelja Europske unije o temeljnim pravima, *Sl. Europske unije* C 303, 14.12.2007.

8 Vidi više u: T. Petrašević (2016), *op. cit.*, 142–150. Vidi također: D. Duić, T. Petrašević, *op. cit.*, 251–267.

9 Mišljenje 2/94, Mišljenje sukladno čl. 228 (6) Ugovora o EZ [ 1996] ECR 1759.

10 Prema stajalištu autora, odredba je formulirana na način da predstavlja obvezu pristupanja, ne mogućnost. Uz ovaj članak, usvojen je i poseban Protokol broj 8 koji se odnosi na članak 6 stavak 2 Ugovora o Europskoj uniji o pristupanju Unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

11 Council of Europe, cooperation with other international organisations, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/default_en.asp), 15. rujna 2018.

12 Vidi npr.: A. Łazowski, R. A. Wessel S. Peers, D. Halberstam, S. Øby Johansen, C. Krenn, „Special Section: Opinion 2/13“, *German Law Journal* Vol. 16 Issue 1 (2015). Vidi također i rasprave na blogovima npr: Steve Peers, „The CJEU

ovdje ulaziti u raspravu o argumentima na kojima je Sud EU formalno utemeljio svoje mišljenje s obzirom da je to već iscrpljena tema u znanstvenoj literaturi.

Ono što je nama zanimljivo za ovaj rad jest odnos dvaju sudova – Suda EU i Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) kada su u pitanju zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda. Taj odnos se može promatrati prije i nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i Povelje EU o temeljnim pravima.

Kako ne bi otišli u pretjeranu širinu i izašli iz okvira ovoga rada, odnos dvaju Sudova će se promatrati kroz prizmu zaštite jednog konkretnog temeljnog ljudskog (postupovnog) prava: *prava na suđenje u razumnom roku*, zajamčenog paralelno čl. 6 EKLJP („Pravo na pošteno suđenje“) i čl. 47 Povelje EU o temeljnim pravima („Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje“). Pri tome ćemo se fokusirati samo na predmete povrede prava na suđenje u razumnom roku počinjene od strane samog Suda EU, konkretno Općeg suda u predmetima povrede pravila tržišnog natjecanja.

Pitanje koje nam je od važnosti za ovaj rad je slijedeće: može li EU biti odgovorna za štetu pojedincima (fizičkim i pravnim osobama) zbog povreda koje su počinili EU sudovi? – Iz prakse samog Suda EU, konkretno Općeg suda može se izvesti pozitivan odgovor.<sup>13</sup>

U nastavku analiziramo da li standardi koje Sud primjenjuje prilikom ocjene dugotrajnosti postupka korespondiraju onima koje primjenjuje ESLJP u svojoj praksi.

## 2. ZAŠTITA TEMELJNIH I LJUDSKIH PRAVA U PRAVNOM PORETKU EU I ‘NOVA’ ULOGA SUDA EU

Naočigled, recentna judikatura Suda EU u pogledu naknade štete zbog odgovornosti EU za povredu prava na suđenje u razumnom roku počinjenu od strane samog Suda EU (konkretno Općeg suda) u pred-

---

and the EU’s Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection“, EU L. Analysis Blog, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>, 15. rujna 2018; D.-S. Sionaidh, „Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell From the European Court of Justice“, U.K. Const. L. Blog, <http://ukconstitutionallaw.org>, 15. rujna 2018; G. Gotev, „Court of Justice rejects draft agreement of EU accession to ECHR“, <http://www.euractiv.com/sections/eu-priorities-2020/court-justice-rejects-draft-agreement-eu-accession-echr-310983>, 15. rujna 2018.

13 Vidi tako predmete T-479/14 Kendrion, T-577/14 Gascogne Sack, T-40/15 ASPLA and T-673/15 Guardian.



metima povrede pravila tržišnog natjecanja ne otvara veće dvojbe. No, to samo ako je se promatra kroz prizmu u novije vrijeme uvriježenog znanstvenog diskursa o zaštiti temeljnih i ljudskih prava<sup>14</sup> unutar pravnoga poretka EU. Čini se da se u njemu sve više gubi iz vida početna ideja i funkcija EU u stvaranju ekonomske zajednice koja će osigurati integrirano tržište te jednake tržišne mogućnosti za sve svoje države članice te njihove građane te prihvaća 'nova' uloga pravnoga poretka Unije kao jamca zaštite temeljnih i ljudskih prava. Također, zanemaruje se da je izvorna uloga Suda EU bila osigurati harmonizirano tumačenje prava EU koje će osigurati potpunu 'integraciju' i ojačati uzajamno povjerenje među državama članicama EU.<sup>15</sup> Naime, zaštita temeljnih i ljudskih prava, uključujući i pravo na suđenje u razumnom roku koje je zajamčeno konvencijskim pravom, konkretno EKLJP oduvijek je pripadala u djelokrug ESLJP.<sup>16</sup> Vijeće Europe i EU (izvorno EZ-e) osnovani su s različitim ciljevima. Ipak, Sud EU je temeljna i ljudska prava integrirao u pravni poredak EU kao svojevrsna opća načela prava EU koja proizlaze iz poštovanja pravnih tradicija država članica u čije su poretke ugrađene.<sup>17</sup> Tek u novije vrijeme, odnosno nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i od početka primjene Povelje EU o temeljnim pravima na razini EU otvara se pitanje mogućnosti

- 
- 14 Ovdje se pojam 'temeljna i ljudska prava' koristi na način na koji ih tumači pravna doktrina, a pri tome su 'temeljna prava' prava koja se štite sukladno nacionalnim zakonima, dok 'ljudska prava' svoju zaštitu crpe iz međunarodnih instrumenata. Ipak, ovdje je riječ o podjeli koja proizlazi iz izvora kojima se određeno pravo jamči, a ne s obzirom na sam sadržaj konkretnoga prava. N. Jääskinen, „The Place of the EU Charter within the Tradition of Fundamental and Human Rights“, *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts* (ed. Sonia Morano-Foadi, Lucy Vickers), Hart Publishing, Modern Studies in European Law, Bloomsbury Collections, London 2015, 13.
- 15 Tako D. Spielmann, „The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights or how to remain good neighbours after the Opinion 2/13“, Brussels, 27 March 2017 – FRAME, 3–4.
- 16 Kako proizlazi iz odredaba EKLJP, ESLJP je ustanovljen „radi osiguranja poštovanja obveza koje su visoke ugovorne stranke preuzele Konvencijom i dodatnim protokolima“, a njegova se nadležnost „proteže na sve predmete glede tumačenja i primjene Konvencije i dodatnih protokola što su mu podneseni kao što je određeno u čl. 33, 34, 46 i 47“ (arg. ex čl. 19 u vezi s čl. 32 EKLJP).
- 17 D. Spielmann, *op. cit.*, 6. Usporedi judikaturu CJEU predmet 29/69, *Erich Stauder v City of Ulm – Socialamt*, [1969] ECR 419; Predmet 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 1125.

izravne zaštite temeljnih i ljudskih prava, u okviru njezinih institucija, konkretno od strane Suda EU. U tom smislu, opravdano je upitati se je li recentna judikatura naznaka preobrazbe Suda EU od 'općeg vrhovnog suda EU'<sup>18</sup> koji osigurava uniformnu primjenu prava EU u sud za zaštitu temeljnih i ljudskih prava, s obzirom da mu povijesno ta uloga nije bila namijenjena? Postoji li i iz čega proizlazi obveza Suda EU da preuzme novu ulogu? Koji bi pri tome bili određujući momenti takvoga razvoja? Postoje li kakva ograničenja za Sud EU s obzirom na međudnos s ESLJP? Koje bi bile implikacije potencijalnoga pristupanja EU EKLJP s obzirom na otvorenu mogućnost da ESLJP preispituje odluke Suda EU, uključujući u ovim predmetima?

Premda analiza koja će uslijediti neće ponuditi konačne odgovore na naznačena pitanja, budući da je riječ o tek otpočetom procesu, koji na razini EU traje posljednjih pet do deset godina, može poslužiti kao doprinos razmatranju njegovoga dosadašnjeg dosega te eventualno njegova budućega smjera.

Polaznu točku pri tome čini nekoliko ključnih momenata. Kao prvo, stupanje na snagu Lisabonskog ugovora kojim su države članice obvezane na poštovanje temeljnih i ljudskih prava prilikom implementacije prava EU. Zatim proglašavanje Povelje EU o temeljnim pravima koja je svojevrstan pravno obvezujući katalog temeljnih i ljudskih prava na razini EU. I konačno, otvaranje puta za pristupanje Unije EKLJP.<sup>19</sup>

U razdoblju koje je prethodilo primjeni Povelje EU o temeljnim pravima ostvarenje zaštite temeljnih i ljudskih prava postizalo se a) oslanjanjem na pravne tradicije nacionalnih pravnih sustava, b) integracijom EKLJP u opće postulate prava te konačno c) pozivanjem na Povelju EU o temeljnim pravima nakon njezina proglašenja, a prije integracije u pravne sustave država članica.<sup>20</sup> U razdoblju pak otkako se Povelja EU o temeljnim pravima primjenjuje, postavlja se pitanje međudnosa interpretacije pojedinih temeljnih i ljudskih prava u praksi Suda EU te ESLJP. Naime, unatoč tome što je EKLJP izvan domene EU, djelovanjem odredbe čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima

---

18 D. Spielmann, *op. cit.*, 3.

19 Vidi S. Morano-Foadi, L. Vickers, „Introduction – A Matter for Two Courts: The Fundamental Rights Question for the EU“, *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts* (ed. S. Morano-Foadi, L. Vickers), *op. cit.*, 1–8; H.-W. Micklitz, „Introduction“, u: H.-W. Micklitz (ur.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, 2.

20 H.-W. Micklitz, *op. cit.*, 2.

standardi koje postavlja obvezuju Sud EU. Konkretno, u mjeri u kojoj Povelja EU o temeljnim pravima sadrži prava koja odgovaraju pravima zajamčenima EKLJP, značenje i opseg primjene tih prava jednaki su onima iz EKLJP (arg. ex čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima).<sup>21</sup> To uz obvezu da se uzmu u obzir relevantna pitanja odnosno izbjegnu proturječnosti u odnosu na judikaturu ESLJP o relevantnim pitanjima, uključuje i implementiranje njegovih pravorijeka, u svrhu postizanja ujednačene interpretacije temeljnih i ljudskih prava.<sup>22</sup> Koliko je u razdoblju nakon Lisabonskog ugovora Sud EU u pogledu toga dosljedan najbolje je vidljivo iz analize njegovih presuda.

Sukladno odredbi čl. 6 st. 1 EKLJP temeljna postupovna prava, uključujući pravo da neovisni i nepristrani sud ispita slučaj i donese presudu u razumnom roku jamči se fizičkim i pravnim osobama. U judikaturi ESLJP niz je presuda u kojima je Sud raspravljao povredu garancije prava na pravično suđenje učinjenu naspram pravnih osoba u nacionalnim pravnim sustavima država članica, prema autonomno uspostavljenim kriterijima. Prilikom utvrđivanja i procjene je li u konkretnom predmetu došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku, ESLJP tako uzima u obzir a) složenost predmeta, b) postupanje podnositelja zahtjeva, c) postupanje nadležnih tijela i d) o kakvoj je povredi prava podnositelja bila riječ u postupku.<sup>23</sup> Istovremeno, u judikaturi Suda EU koja se odnosi na povrede prava pravnih osoba (tvrtki) nastalih propustom Općeg suda da u razumnom roku donese presudu u predmetu iz područja tržišnog natjecanja zamijetili smo da su primijenjeni istovjetni kriteriji za utvrđenje povrede.<sup>24</sup> U tom smislu bi bilo za očekivati da se prilikom donošenja takvih odluka Sud EU

21 Isto je potvrđeno i u praksi CJEU (Case C-400/10 PPU MCB [2010] ECR I-8965, para 53; see also Case C-279/09 DEB (n 45), para 35.

22 W. Weiß, „The EU Human Rights Regime Post Lisbon: Turning the CJEU into a Human Rights Court?“, *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts* (ed. S. Morano-Foadi, L. Vickers), *op. cit.*, 80. Isto tako S. Costa i Skouris, Joint Communication, para 1. Usporedi D.-S. Sionaidh, „The relationship between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon“, *Five Years Legally Binding Charter of Fundamental Rights* (eds. Bernitz, de Vries, Weatherill), Hart Publishing, Oxford Legal Studies Research Paper, 2015, 17.

23 Usporedi primjerice *Comingersoll S. A. v Portugal* [GC]; *Frydlender v France* [GC], § 43; *Sürmeli v Germany* [GC], § 128; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v Romania* [GC], § 143.

24 Predmet C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH v Commission*, § 29.

referira na već uspostavljenu praksu ESLJP u pogledu povrede prava na pravično suđenje prema pravnim osobama. Međutim, u razdoblju nakon Lisabonskog ugovora sve je uočljivija pojava da unatoč obvezi koja proizlazi iz odredbe čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima, Sud EU ne vezuje svoje interpretacije u konkretnim predmetima uz tumačenja koja je prethodno u svojoj judikaturi dao ESLJP o istim pitanjima. To potvrđuje i analiza provedena na predmetima T-479/14 *Kendrion*, T-577/14, T-725/14 *Aalberts, Gascogne Sack*, T-40/15 *ASPLAT*, 673/15 *Guardian*, te C-58/12 *P Groupe Gascogne SA v EC*. Naime, u svim ovdje navedenim predmetima primijenjeni su kriteriji za utvrđivanje i procjenu je li došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku koje ujednačeno primjenjuju ESLJP i Sud EU. Istovremeno, izravno upućivanje na judikaturu ESLJP ne pronalazi se niti u jednom od tih predmeta. Istovjetan trend zamijećen je u istraživanju provedenom od početka primjene Povelje EU o temeljnim pravima iz kojega proizlazi da od 122 predmeta pred Sudom EU, samo je u njih 18 Sud uzeo u obzir i EKLJP.<sup>25</sup>

Pravna doktrina moguće objašnjenje za neujednačen pristup Suda EU u pogledu referiranja na judikaturu ESLJP vidi u okolnosti da u odnosu na pojedina pitanja već postoji tumačenje koje je u svojoj judikaturi dao Sud EU. Dakle, neovisno o obvezi koja proizlazi iz odredbe čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima, u predmetima u kojima se javlja pitanje u odnosu na koje je Sud EU već dao tumačenje, a osobito ako se ono razlikuje od tumačenja ESLJP-a, praksa ESLJP-a u najvećem broju predmeta neće se uvažiti.<sup>26</sup> Takav pristup Suda EU, između ostalog, odražava se i u mišljenju nezavisnog odvjetnika Cruz Villalóna u predmetu *Samba Diouf*.<sup>27</sup> Po njemu, pravo na učinkovitu sudsku zaštitu kako je predviđa odredba čl. 47 Povelje EU o temeljnim pravima i kako se razumije u pravu EU ima domet i značenje različito od onoga koje bi proizlazilo iz puke interpretacije odredaba čl. 6 i 13 EKLJP. Naime, nezavisni odvjetnik Cruz Villalón potvrđuje da je značenje temeljnog prava na učinkovitu sudsku zaštitu oblikovano u međudjelovanju sa standardima EKLJP ali i s ustavnopravnim tradici-

---

25 De Búrca, „After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?“, *Maastricht JI European and Comparative law*, 2013, 168.

26 W. Weiß, *op. cit.*, 83. Tako vidi predmeti C-92/09 and C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert* [2010] ECR I-11063 i C-199/11 *Otis* [2012] ECR 000.

27 Predmet C-69/10 *Samba Diouf* [2011] ECR I-7151.

jama država članica. Stoga po njemu konačan sadržaj toga prava ima se određivati (isključivo) s obzirom na Povelju EU o temeljnim pravima.<sup>28</sup> U svojim recentnim odlukama Sud EU se također služi ovom argumentacijom.<sup>29</sup> U doktrini je kao jedan od mogućih razloga ponuđen argument da odredba čl. 52 (3) Povelje EU uopće ne upućuje izravno na obvezu usklađivanja prakse Suda EU s onom ESLJP. Ipak, priklonili bismo se stavu da se obveza referiranja na judikaturu ESLJP implicira, što proizlazi i iz službenog komentara uz odredbu čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima.<sup>30</sup> Stoga, to ne bismo uzeli kao valjan razlog zbog kojega se u svojoj judikaturi Sud EU ne poziva na već uspostavljenu judikaturu ESLJP.

### 3. UJEDNAČENA INTERPRETACIJA TEMELJNIH I LJUDSKIH PRAVA PRED SUDOM EU I ESLJP – PRISTUPANJE EKLJP KAO (PRED)UVJET

Nedvojbeno, Sud EU svojim postupanjem pokazuje spremnost da sudjeluje u stvaranju pravo-zaštitnoga okvira kojim se garantiraju temeljna i ljudska prava na razini EU. Međutim, to čini na način koji je složen i nezadovoljavajući, a dodali bismo i da pri tome kreira konfuziju u pogledu vlastite i uloge ESLJP u pružanju ujednačene zaštite temeljnih i ljudskih prava.<sup>31</sup>

28 W. Weiß, *op. cit.*, 86.

29 Vidi predmet C-402/05 *Kadi v Council and Commission* [2008] ECR I-6351 paras 298–299, Case C-617/10 *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, [2013] ECR 000, at para. 44; C-571/10, *Kamberaj*, [2012] ECR 000, at para. 62.

30 „Namjena stavka 3. jest osigurati potrebnu sukladnost između Povelje i EKLJP-a uspostavljanjem pravila tako da, ako prava u sadašnjoj Povelji također odgovaraju pravima zajamčenima EKLJP-om, značenje i opseg primjene tih prava, uključujući odobrena ograničenja, budu jednaka onima navedenima u EKLJP-u. To posebno znači da zakonodavac, pri utvrđivanju ograničenja tih prava, mora poštovati jednake norme, određene u detaljnim sporazumima o ograničenjima u EKLJP-u, koje su time primjenjive za prava obuhvaćena ovim stavkom, bez štetnog učinka na autonomiju prava Unije i Suda Europske unije.“ Vidi: Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima, *SL* 2007/C 303/02.

31 Usporedi D.-S. Sionaidh (2015), 2. Isto tako o pružanju zaštite na ‘više razina’ K. Raba, „Closing the Gaps in the Protection of Fundamental Rights in Europe: Accession of the EU to the ECHR“, *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts* (eds. S. Morano-Foadi, L. Vickers), *op. cit.*, 23.

U svjetlu odredbe čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima, je li osnovano govoriti o mogućnosti preispitivanja, pa čak i sankcioniranja postupanja Suda EU? Sama po sebi, odredba čl. 52 (3) Povelje EU o temeljnim pravima tu mogućnost ne otvara.<sup>32</sup> Uz to, na pravni poredak EU primjenjuje se oboriva pretpostavka koju je ESLJP iznio u predmetu *Bosphorus*,<sup>33</sup> da ako u pravnom poretku EU postoji ekvivalentna zaštita ljudskih prava (onoj koju pruža EKLJP), za pretpostaviti je da je država članica postupila u skladu s EKLJP ako je izravno primijenila pravne obveze koje proizlaze iz njezina članstva u EU, u onim slučajevima gdje joj nije ostavljena diskrecija u načinu na koji ima implementirati. Pojedini čak kritičari upozoravaju da djelovanje pretpostavke iz *Bosphorusa* štiti primjenu EU prava od preispitivanja od strane ESLJP.<sup>34</sup> Tek po pristupanju EK, odluke Suda EU podlijegale bi preispitivanju od strane ESLJP. Premda bi to naočigled rezultiralo u promjeni odnosa snaga među dvama Sudovima, to ipak ne bi trebalo shvatiti kao promjenu u hijerarhiji odnosno značaju Sudova. ESLJP bi samo bio u poziciji pratiti i provjeravati je li Sud EU prilikom donošenja odluke osigurao usklađenost sa standardima EKLJP te judikaturom ESLJP. Međutim, Mišljenje 2/13 Suda EU o pristupanju EU EKLJP<sup>35</sup> ozbiljno dovodi u pitanje proces kroz kojega bi se to trebalo osigurati. Pri tome podcrtava dva ključna aspekta, EU kao 'novi pravni poredak' te autonomiju EU prava.<sup>36</sup> Prema shvaćanju Suda EU, u oblikovanju pristupnog procesa gubi se iz vida da EU nije tek jedna od država, nego posjeduje niz specifičnosti koje je čine 'novim pravnim poretkom'. Uz to, ne čini mu se ni dopustivim da se ESLJP prepusti mogućnost da preispituje odluke Suda EU iz područja tumačenja primjene prava EU.<sup>37</sup> U tom se smislu stav Suda EU izražen u Mišljenju 2/13 posve

---

32 To je potvrđeno u predmetu *Connolly* gdje je podnesen zahtjev ESLJP protiv Suda Europske unije zbog povrede odredbe čl. 6 (1) EK međutim, ESLJP o tome zahtjevu nije mogao odlučiti. *Connolly v 15 Member States of the European Union* (App no 73274/01) 9 December 2008.

33 Predmet 84/95 *Bosphorus* [1996] ECR I 3953 i *Bosphorus Hava Yollari VeTicaret Anonim Sirketi v Ireland* [2006] 42 EHRR 1.

34 Usporedi D.-S. Sionaidh (2015), 10.

35 Mišljenje Suda EU od 18. prosinca 2014. sukladno odredbi čl. 218 (11) UFEU o usklađenosti nacrta sporazuma s EU i Osnivačkim ugovorima, ECLI:EU:C:2014:2475.

36 D.-S. Sionaidh (2015), 4.

37 D.-S. Sionaidh (2015), 4.

jasno nadovezuje na njegovu već gotovo ustaljenu praksu da se „Povelju EU o temeljnim pravima na razini EU... interpretira i primjenjuje u skladu s ustavnim okvirom“ koji prema shvaćanju Suda EU posjeduje ‘značajna razlikovna obilježja’ poput autonomije pravnoga poretka EU, nadređenost nad zakonima država članica i postojanje ‘pravnoga sustava koji osigurava dosljednost i uniformnost u interpretaciji EU prava’.“

Ovime dolazimo do ključnoga nalaza u pogledu odnosa Suda EU (u usporedbi sa odnosom ESLJP) prema zaštiti temeljnih i ljudskih prava u pravnome poretku EU. Nedvojbeno, unatoč ograničenjima, Sud EU sve češće preuzima ulogu pružatelja zaštite temeljnih i ljudskih prava. Pri tome se razvija autonomni korpus ljudsko-pravnih standarda na razini EU, koji nije u cijelosti ujednačen sa standardima ESLJP u interpretaciji EKLJP. Međutim, ovdje nije nužno riječ o razilaženju u interpretaciji temeljnih i ljudskih prava od strane Suda EU i ESLJP. Treba uzeti da razlike proizlaze iz prirode samih institucija odnosno njihovih primarnih funkcija. Naime, u okviru postupka pokrenutog podnošenjem zahtjeva za prethodnu odluku zaštita temeljnih i ljudskih prava pred Sudom EU razvija(la) se gotovo sporadično, prilikom preispitivanja usklađenosti nacionalnih pravnih poredaka sa nekom od mjera integracijske i regulacijske politike EU. To je vidljivo iz primjera ranije analiziranih predmeta, poput *Gasconne v. European Union* (predmet T-577/14 od 10. siječnja 2017) gdje je Opći sud podcrtao značaj sankcioniranja nastale povrede temeljnog ljudskog postupovnog prava (odnosno prava na suđenje u razumnom roku) s obzirom da su se predmeti T-72/06 i T-79/06 odnosili na sporove povezane s postojanjem povrede pravila tržišnog natjecanja i da su, prema sudskoj praksi, temeljni zahtjev pravne sigurnosti koju moraju uživati gospodarski subjekti kao i cilj osiguravanja da tržišno natjecanje ne bude iskrivljeno na unutarnjem tržištu od značajnog interesa ne samo za tužitelja i njegove konkurente, nego i za treće osobe, zbog velikog broja osoba kojih se tiče i financijskih interesa u pitanju.<sup>38</sup> Čak i kada se odmakne od ovoga područja, i dalje je jasno vidljiva tendencija Suda EU da je vrlo rijetko povreda temeljnog odnosno ljudskoga prava u fokusu odluke koju donosi. Ona se češće promatra kroz prizmu ostvarenja temeljnih ciljeva EU pa se u tom smislu, prema nezavisnom odvjetniku Botu „razina zaštite koja se pruža temeljnim i ljudskim pravima usklađuje

38 Predmet *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisija*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, t. 186, presuda od 16. srpnja 2009.

s EU pravom“.<sup>39</sup> Kako se čini, u ovome prividno poželjnom trendu u judikaturi Suda EU da se pridaje sve veća pozornost zaštiti temeljnih i ljudskih prava ipak se kriju određene opasnosti. Zaključno će se razmotriti njihove implikacije, osobito imajući u vidu proces pristupanja EU EKLJP koji je privremeno obustavljen.

#### 4. ZAKLJUČAK

U radu je razmatran proces prerastanje Suda EU izvan okvira svoje izvorne funkcije ‘najvišeg’ EU suda čija je zadaća interpretacija EU prava te praćenje usklađenosti nacionalnih zakonodavstava sa standardima EU prava u sud ustavnopravnoga značenja na razini EU, odnosno ‘sud za ljudska prava’.<sup>40</sup> Budući da bi trebala voditi prema višoj razini garancija zaštite temeljnih i ljudskih prava na razini EU, ova bi se transformacija trebala pozdraviti kao dobrodošla. Međutim, kritička analiza otkriva potencijalno problematične aspekte. U prvom redu, još uvijek snažno prisutna ideja u judikaturi Suda EU o promicanju temeljnih i ljudskih prava na razini EU kao jednom od temelja integracijskog procesa. Premda je pomogla otvoriti dijalog između Sudova te doprinijela sazrijevanju momenta za usvajanje Povelje EU o temeljnim pravima i unošenje obveze pristupanja EKLJP u čl. 6 UEU, istovremeno ta ideja narušava daljnji napredak. Naime, tek oslobođanjem od potrebe da se zaštiti ljudskih prava ‘učitava’ značaj mjere integracijske politike Sud EU bit će sposoban ujednačiti svoje standarde postupanja u pružanju zaštite tih prava sa onima ESLJP. Time bi se ujedno stvorili preduvjeti za pristupanje Unije Konvenciji. Međutim, s obzirom na poredak EU dvojbeno je, što je jasno i iz Mišljenja 2/13, smatra li to u ovom trenutku Sud EU uopće poželjnim. Za sada ostaje otvoreno hoće li se proces pristupanja EKLJP uopće nastaviti. Možda je ovaj zastoj u procesu pokazatelj da bi trebalo razmisliti ne bi li ‘ujedinjeni u svojoj različitosti’ Sud EU i ESLJP kao sukreatori i promotori zaštite temeljnih i ljudskih prava postigli mnogo veći napredak u sferi zaštite ljudskih prava nego kao ‘rivali’ za položaj hijerarhijski najvišega suda za ljudska prava na razini EU.

---

39 Predmet C-399/11 *Melloni*, mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota, para 106.

40 Prema čl 19 UEU zadaće Suda EU je: „(...) On osigurava poštovanje prava pri tumačenju i primjeni Ugovorâ.“



*Tunjica Petrašević, PhD*  
*Associate Professor at the Faculty of Law,*  
*University J. J. Strossmayer in Osijek*

*Dr. Paula Poretti*  
*Assistant Professor at the Faculty of Law,*  
*University J. J. Strossmayer in Osijek*

## RIGHT TO A TRIAL WITHIN THE REASONABLE TIME – IS THERE A (NEW) CJEU JURISPRUDENCE?

### *Summary*

Along with the respect for human rights becoming one of the EU's priorities in the area of freedom, security and justice (Article 67(1) Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)) the number of decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) focusing on human rights is increasing. In its deliberations the CJEU is currently relying on the catalogue of human rights as set out in the EU Fundamental Rights Charter (the Charter) as the starting point. But with the EU's duty to accede to the (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) embodied in the Lisbon Treaty it is interesting to observe whether the CJEU's approach in applying human rights standards is changing under the influence of the said development.

The paper will first present the developments which led to the CJEU's adoption of a new role. The analysis will look at the application of a fundamental procedural human right to a trial within reasonable time in the jurisprudence of the CJEU. It will explore if and to what extent the criteria used by the CJEU in assessment of the reasonable time requirement in non-contractual liability of the EU in damage for delayed CJEU proceedings comply with the corresponding criteria which the ECtHR relies on in its jurisprudence. Despite the fact that at this point the jurisprudence of the CJEU in regard to the reasonable time requirement is still developing, and these

circumstances provide only for limited understanding of its approach in recognizing of such right, the authors hope to detect the potential issues and the discrepancies in its approach in comparison to the established practice of the ECtHR.

Key words: *Reasonable time requirement.* – CJEU. – ECtHR. – *Jurisprudence.* – ECHR.

*Dina D. Prokić, LL.M.\**

## PRINCIP KONSENSUALIZMA PREMA KONVENCIJI UJEDINJENIH NACIJA O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE\*\*

*Rad je posvećen jednom od najznačajnijih načela Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija) – načelu konsensualizma (neformalnosti). Kroz pregled istorije izrade Konvencije, kao i poređenja sa rešenjima koja su usvojena u nacionalnim pravima raznih država, autor razmatra suštinska i dokazna dejstva principa neformalnosti. Rad takođe analizira preplitanje načela konsensualizma i autonomije volje kroz diskusiju o formalnostima koje su stranke slobodne da ugovore. Najzad, autor govori o istoriji i svrsi rezervi iz člana 96 Bečke konvencije, kojima države-ugovornice odstupaju od principa neformalnosti, kao i o budućnosti tih rezervi, u svetlu nedavnih brojnih povlačenja.*

**Ključne reči:** *Međunarodna prodaja robe. – Princip konsensualizma. – Dokazna dejstva člana 11. – Princip autonomije volje. – Rezerva iz člana 96 Bečke konvencije.*

### 1. UVOD

Izraz „konsensualan“ potiče od latinske reči *consensus* (*consentire* – „zajednički osećati, opažati istu stvar“) koja znači saglasnost, pristanak.<sup>1</sup> Za zaključenje punovažnog konsensualnog ugovora dovoljna je prosta saglasnost volja ugovornih strana. Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu:

\* Autor je master prava i advokat (*Attorney-at-Law*) u državi Njujork (SAD), *dina.prokic@gmail.com*.

\*\* Članak je zasnovan na rezultatu istraživanja prilikom izrade master rada na temu „*Forma ugovora o međunarodnoj prodaji robe*“ koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 19. decembra 2014. godine pred komisijom koju su činili mentor doc. dr Milena Đorđević i prof. dr Vladimir Pavić.

1 I. Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Službeni glasnik, 2008<sup>3</sup>, 151.

Bečka konvencija ili Konvencija) iz 1980. godine je, vođena potrebama trgovine, prednost dala upravo principu konsenzualizma (neformalnosti) koje se danas smatra jednim od osnovnih načela na kojima Konvencija počiva.<sup>2</sup> Tako član 11 glasi: „Ugovor o prodaji robe ne mora da se zaključi niti potvrdi u pismenoj formi niti je podvrgnut bilo kojim drugim zahtevima u pogledu forme. On se može dokazivati na bilo koji način, uključujući svedoke“.

Bečka konvencija svakako nije prvi pravni instrument u oblasti međunarodne prodaje robe koji je prihvatio načelo konsenzualizma, ali je svakako najprihvaćeniji.<sup>3</sup> Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe i Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. godine (u daljem tekstu: Haški jednoobrazni zakoni) takođe su predviđali da ugovor o prodaji robe, odnosno ponuda ili prihvrat ponude, ne podležu nikakvim zahtevima forme i da njihovo postojanje može da se dokazuje svim sredstvima, pa čak i putem svedoka.<sup>4</sup> Isti pristup zastupljen je i u Principima *UNIDROIT*.<sup>5</sup>

Iako naizgled opšteprihvaćeno načelo u međunarodnom pravu, nacionalna prava pojedinih država ipak zahtevaju određene formalnosti za neke ugovore o prodaji.<sup>6</sup> Stoga, prilikom rada na donošenju Bečke konvencije dosta pažnje je posvećeno upravo pitanju forme

---

2 V. Pavić, M. Đorđević, „Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008, 582 fn. 58.

3 M. Đorđević, „Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Anali PFB)* 2/2012, 261. Zaključno sa 1. oktobrom 2018. godine, 89 država je ratifikovalo Bečku konvenciju. Vidi [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

4 Čl. 15, Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe; čl. 3, Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji. Vid. <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>; <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en>. Vidi takođe A. Tunc, *Commentary on the Hague Conventions of the 1<sup>st</sup> of July 1964 on International Sale of Goods and the Formation of the Contract of Sale*, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tunc.html>.

5 Član 1.2, Principi *UNIDROIT*. Vid. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/864-article-1-2-no-form-required>.

6 Na primer, Američki Jednoobrazni trgovinski zakonik (*Uniform Commercial Code*), određuje vrednosni limit (USD 500) preko kojeg je potrebno ispuniti zahteve forme kako bi ugovor bio izvršan. Vidi Jednoobrazni trgovinski za-

ugovora. Iako je Međunarodna trgovinska komora naglašavala značaj principa konsensualizma, s obzirom na to da se pretežan deo svetske trgovine odvija na bazi neformalnih dogovora,<sup>7</sup> postojale su delegacije koje su insistirale na pisanoj formi.<sup>8</sup> Uglavnom su to bile zemlje sa planskom privredom tako da je zahtev za formom proizlazio iz potrebe da svi ugovori budu u skladu sa usvojenim državnim planom.<sup>9</sup> Osim ovog političko-ekonomskog razloga, navođeni su i neki drugi argumenti u prilog forme. Smatralo se da se zahtevanjem određene forme namera stranke čini ozbiljnijom.<sup>10</sup> Formalnost je način da se strankama ukaže da će njihove radnje imati pravne posledice. Što je više stranka prinuđena da razmišlja, to je čvršća veza između unutrašnje namere i njene spoljašnje manifestacije.<sup>11</sup> Pravila kojima se zahteva zadovoljavanje nekih formalnosti imaju za cilj da stranci koja nije upoznata sa određenim poslom pruže mogućnost da pažljivo razmisli pre obavezivanja i na taj način poštede je neprijatnih iznenađenja u budućnosti.<sup>12</sup> Dokazna funkcija forme je još jedan od razloga zašto su pojedine delegacije insistirale na njoj.<sup>13</sup>

---

konik, §2–201(1); L. DiMatteo, *International Contracting: Law and Practice*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, 237.

- 7 *Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementations, Reservations and Other Final Clauses*, UN Doc. A/CONF.97/9 (21 February 1980), Official Records, United Nations 1991, 74.
- 8 Na primer, delegacija Čehoslovačke je insistirala da se u članu 10 Nacrta Bečke konvencije (sadašnji član 11) jasno odredi da ugovor koji nije zaključen u pisanoj formi ne proizvodi dejstva, ako bilo koja od stranaka insistira na formalizovanju postignutog dogovora. Takođe, delegacija Sovjetskog Saveza protivila se principu neformalnosti, s obzirom na to da je unutrašnje pravo te države zahtevalo pisanu formu za ugovore o prodaji.
- 9 U. G. Schroeter, „Reservations and the CISG: The Borderland of Uniform International Sales Law and Treaty Law after Thirty-Five Years“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 41/No. 1 (2015), 223. (U daljem tekstu citiran kao U. G. Schroeter (2015)).
- 10 L. A. DiMatteo, *Contract Theory: The Evolution of Contractual Intent*, Michigan State University Press, East Lansing 1998, 18.
- 11 *Ibid.*, 19.
- 12 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford 1998<sup>3</sup>, 367. Ipak, moglo bi se reći da ovaj argument ne bi bio u stanju da opravda zahtev forme kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe na koje se primenjuje Bečka konvencija. Naime, ta Konvencija se ne primenjuje na

Kako<sup>13</sup>bi se obezbedila što šira prihvaćenost Konvencije, autori su pokušali da pronađu kompromisno rešenje.<sup>14</sup> Pored principa konsenzualizma, koji je bio prihvaćen u Haškim jednoobraznim zakonima, predviđeni su i izuzeci od načela neformalnosti. Tako, Bečka konvencija dozvoljava ugovornim stranama da svoj dogovor ovekoveče nekom formom ukoliko to smatraju nužnim. Takođe, državama je omogućeno, kroz članove 12 i 96 Konvencije, da odstupe od principa konsenzualizma.

## 2. DEJSTVA ČLANA 11 BEČKE KONVENCIJE

Dejstva člana 11 Bečke konvencije moguće je podeliti u dve grupe: s jedne strane, nalaze se dejstva suštinske prirode; s druge – dokazna dejstva.

### 2.1. Supstancijalna dejstva člana 11 Bečke konvencije

Suštinsko dejstvo člana 11 jeste da se zahtevi u pogledu forme koji su predviđeni nacionalnim propisima neće primenjivati na ugovore o međunarodnoj prodaji robe.<sup>15</sup> Bezbroj sudova je potvrdilo da ugovor o prodaji robe na koji se primenjuje Bečka konvencija može biti zaključen neformalno,<sup>16</sup> usmeno,<sup>17</sup> konkludentnim radnjama,<sup>18</sup> bez ikakvog potpisa.<sup>19</sup> S obzirom na to da se nalazi u Prvom delu Konvencije,

---

potrošačke ugovore, gde bi jedna od ugovornih strana eventualno mogla biti lakomislena ili neupućena u posao, već na ugovore zaključene između poslovnih entiteta gde su, valja pretpostaviti, stranke svesne značaja svojih radnji.

- 13 Na današnji dan pisanu formu ugovora o međunarodnoj prodaji robe predviđaju zakonodavstva Argentine, Belorusije, Vietnama, Jermenije, Paragvaja, Ruske Federacije, Ukrajine i Čilea. Vid. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).
- 14 Princip neformalnosti i njegova dejstva ubrajaju se u neke od najkontroverznijih pitanja koja su se razmatrala na konferenciji u Beču 1980. godine.
- 15 V. G. Popović, R. D. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo, Posebni deo, Ugovori međunarodne trgovine*, Banja Luka-Kragujevac 2010, 103.
- 16 Zivlgericht Basel, *W.T. GmbH v. P. AG*, P4 1991/238, 21. decembar 1992.
- 17 Federal Appellate Court [11th Circuit], *MCC-Marble Ceramic Center v. Ceramica Nuova D'Agostino*, 29. jun 1998.
- 18 Oberlandesgericht München, *Copper-nickel electrolyte cathodes case*, 7 U 5460/94, 8. mart 1995.
- 19 Handelsgericht St. Gallen, HG 45/1994, 5. decembar 1995.

zaključak koji se nameće jeste da princip konsenzualizma važi samo u pogledu zaključenja ugovora.<sup>20</sup>

Ipak, široko je prihvaćeno shvatanje da se načelo neformalnosti takođe odnosi na sve pravno obavezujuće akte, uključujući izmene, dopune i prestanak ugovora u skladu sa članom 29 Konvencije.<sup>21</sup> Argument da je neformalnost poželjna zarad olakšavanja trgovine i povećanja prometa robe, koji brojni autori navode prilikom analize člana 11, podjednako stoji i u ovom slučaju. Prilikom donošenja Konvencije Norveška je predložila, a Švedska, Danska, Meksiko i Čehoslovačka podržali, da se član 29 prebaci u Deo II Konvencije, tj. u deo koji je posvećen pitanjima zaključenja ugovora. Kako su isticali delegati ovih zemalja, „i izmena, i sporazumni prestanak predstavljaju nove dogovore“ te bi stoga trebalo da budu podvrgnuti pravilima koja se odnose na zaključenje ugovora.<sup>22</sup> Argument protiv ovakve promene bio je taj da se ne može izjednačiti nastanak potpuno novog i modifikacija ili prestanak već postojećeg sporazuma.<sup>23</sup> Iako član 29 u finalnoj verziji Konvencije ipak nije smešten u Deo II, načelo konsenzualizma odnosi se i na izmene, dopune i prestanak ugovora.

Smatra se da je prvi stav člana 29 pokušaj da se eliminiše značajna razlika koja postoji između kontinentalno-pravnog i anglo-saksonskog sistema. Ipak, delegati, prisutni na konferenciji u Beču 1980. godine, jasno su se priklonili kontinentalnom stanovištu u ovom segmentu.<sup>24</sup> Za razliku od kontinentalnog sistema, gde je za promenu ugovora (čak i kada se ta promena odnosi samo na obaveze jedne strane) dovoljna kauza, anglo-saksonski sistem zahteva tzv. *consideration* kako bi jedno-

20 F. Ferrari, „Writing requirements: Article 11–13“, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond* (eds. F. Ferrari, H. M. Flechtner, R. A. Brand), Sellier European Law Publishers 2004, 207.

21 F. Ferrari, *op. cit.*, 207; P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 1998, 88; P. Schlechtriem, P. Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg 2009, 62.

22 Protivnici norveškog predloga bile su: Francuska, Gana, Egipat, Rumunija, SSSR i Finska. Predlog Norveške je odbijen, pošto je protiv glasalo 27 delegata, za – 9 i 9 delegata je bilo uzdržano.

23 Summary Records – First Committee, A/CONF.97/C.1/SR.13 (19 March 1980), Official Records, United Nations, New York 1991, 306.

24 J. E. Murray, Jr, „An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, 8 *Journal of Law and Commerce* (1988), 11–51.

strana modifikacija ugovora o prodaji proizvodi dejstva.<sup>25</sup> Pod ovim pojmom najčešće se podrazumeva plaćanje određene sume novca ili činjenje neke protivusluge.<sup>26</sup> Ako bi, na primer, kupac obećao prodavcu da plati više nego što je inicijalno dogovoreno, bez dobijanja nečega zauzvrat, kupčevo obećanje prema pravilima anglo-saksonskog prava ne bi bilo obavezujuće.<sup>27</sup> Član 29, stav 1, međutim, napušta doktrinu *consideration*-a te predviđa da „ugovor može da se izmeni ili raskine prostim sporazumom strana“. Naravno, dok se zaključak o izvršenoj modifikaciji ugovora ne može zasnivati na generalnom utisku sa sastanka stranaka<sup>28</sup>, sudovi i tribunali obično uzimaju da je došlo do punovalne izmene ugovora ako je kupac napisao „ok“ na prodavčevom faksu kojim se menja datum isporuke, kao i ako su prihvaćene izmene uslova akreditiva.<sup>29</sup> Dakle, osim ako stranke specijalno podvrgnu svoj pravni odnos određenoj formi, zaključenje, modifikacija i prestanak ugovora vrše se neformalnim putem.

Zanimljivo pitanje jeste i na kakve se tačno ugovore o prodaji odnosi princip konsensualizma. Pored klasičnog slučaja prodaje, u današnje vreme, sve su češći takozvani „hibridni“ ugovori. To su, na primer, oni ugovori u kojima se jedna strana obavezuje da isporuči robu koja tek treba da se proizvede (osim ako je strana koja je robu naručila preuzela obavezu da isporuči bitan deo materijala potrebnih za tu izradu), kao i oni ugovori u kojima se pretežni deo obaveza strane koja isporučuje robu sastoji u izvršenju nekog rada ili pružanju usluga.<sup>30</sup> Profesor Flekner (*Flechtner*) smatra da član 3 zahteva da

25 Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, Article 27 Commentary, Official Records, United Nations, New York 1991, 28.

26 S. Eiselen, „The CISG as Bridge between Common and Civil Law“, *International Sales Law: a global challenge*, (ed. L. A. DiMatteo), Cambridge University Press, 2014, 612–629, 622 (U daljem tekstu citiran kao S. Eiselen (2014)).

27 J. Lookofsky, „The 1980 United Nations Convention on the International Sale of Goods – Article 29 Modification and termination“, *International Encyclopaedia of Laws – Contracts* (eds. J. Herbots, R. Blanpain) Kluwer Law International, The Hague 2000, 1–192, 83.

28 Cour d’appel Grenoble, *Cámara Agraria v. André Margaron*, 29. Mart 1995.

29 People’s Supreme Court, Appeal Division in Ho Chi Minh City, *Cong ty Ng Nam Bee Pte Ltd. v. Cong ty Tay Ninh Trade Co.*, 5. april 1996; China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), *Germanium case*, 15. april 1997.

30 Čl. 3 Bečke konvencije.



se takav mešoviti ugovor tretira kao celina, te da u potpunosti bude uređen Konvencijom. Ako, međutim, pružanje usluga čini pretežni deo obaveze, onda se Konvencija, a samim tim i njome propisan princip konsensualizma, ne primenjuju uopšte.<sup>31</sup> Ovakvo rešenje, međutim, ne može se podjednako primeniti i na druge vrste mešovitih ugovora (na primer, u situaciji kada se pored prodaje robe prenosi i vlasništvo na nepokretnosti). U takvom slučaju, prema mišljenju profesora Šlehtriema (*Schlechtriem*), moguće je princip neformalnosti, kao jedno od osnovnih pravila Bečke konvencije, primeniti samo u delu koji se odnosi na ugovor o prodaji robe.<sup>32</sup>

## 2.2. Dokazna dejstva člana 11 Bečke konvencije

Druga rečenica člana 11 ukazuje na njegov proceduralni karakter. Autori Konvencije, sa željom da povećaju nivo pravne sigurnosti i predvidljivosti, i oslobode stranke formalnosti predviđenih nacionalnim propisima, omogućili su dokazivanje postojanja ugovora na koji se primenjuje Bečka konvencija svim sredstvima, pa čak i putem svedoka. I u zemljama sa predviđenim striktnim formalnostima, sudija koji smatra da je tvrdnja tužioca da je usmeni ugovor zaključen verodostojna, dozvoliće dokazivanje putem svedoka.<sup>33</sup> Tako je američki Federalni okružni sud jednom prilikom postojanje ugovora o prodaji ocenio samo na osnovu dokaza o razgovorima prodavca i kupca.<sup>34</sup> U drugim slučajevima postojanje ugovora je utvrđivano na osnovu računa izdatog od strane prodavca i transportnih dokumenata<sup>35</sup>, kao i nepotpisane ponude u formi faksa jer je izvršena isporuka u skladu sa tom ponudom.<sup>36</sup>

31 J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, H. M. Flechtner (ed.), Wolters Kluwer Law & Business 2009<sup>4</sup>, 184.

32 *Ibid.*, 185.

33 K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit.*, 371.

34 Federal District Court [New York], *Fercus v. Mario Palazzo et al.*, 98 Civ. 7728 (NRB), 8. avgust 2000.

35 Comisión para la Protección del Comercio Exterior de Mexico, *Hermosillo Sonora, México v. Nez Marketing de Los Angeles California, E.U.A.*, M/66/92, 4. maj 1993.

36 Handelsgericht St. Gallen, HG 45/1994, 5. decembar 1995.

Iako načelo neformalnosti ima prednost u odnosu na nacionalna pravila koja se odnose na dokazivanje,<sup>37</sup> valja obratiti pažnju na pravilo anglo-saksonskog prava o kojem su delegati diskutovali prilikom izrade Konvencije. Radi se o tzv. *parol evidence rule*.

U praksi anglo-saksonskih zemalja, *parol evidence rule* isključuje dokaze (kao što su pregovori, prethodna saradnja, poslovni običaji, kasnije usmene komunikacije), koji su kontradiktorni pisanom ugovoru.<sup>38</sup> Ovim pravilom isključuju se ne samo usmeni dokazi, već i raniji pisani sporazumi.<sup>39</sup> Razlog za ovakav pristup krije se u objektivnoj teoriji o zaključenju ugovora. Naime, dok se u zemljama kontinentalnog prava istinskoj nameri stranaka pridaje najviši značaj te stoga sve što je dokazuje je prihvatljivo, u zemljama anglo-saksonskog prava prednost se daje spoljašnjoj manifestaciji volje.<sup>40</sup> Na taj način obezbeđuje se integritet pisanog dokumenta i zadovoljava se nekoliko pravnopolitičkih zahteva. Najpre, pravilom *parol evidence* štite se pisani ugovori od lažnog i nepouzdanog svedočenja. Zatim, isključuju se raniji dogovori koje je zamenio pisani ugovor. I, najzad, navedeni princip motiviše stranke da svoje dogovore ovekoveče u pisanoj formi.<sup>41</sup>

Tokom rada nad članom 11 Bečke konvencije, delegacija Kanade predložila je da se doda novi stav, koji bi glasilo: „Između stranaka kod ugovora o prodaji robe koji je potvrđen pisanim dokumentom upotreba svedoka radi opovrgavanja ili izmene odredaba je nedopustiva, osim ako postoje prima facie dokazi koji proističu iz pisanog dokumenta druge strane, njenih dokaza ili činjenice čije je postojanje jasno

---

37 P. Schlechtriem, *op. cit.*, 88.

38 Tako, princip *parol evidence* sadržan u američkom Jednoobraznom trgovinskom zakoniku oslobađa stranku odgovornosti za izjave koje su učinjene u toku pregovora, ali nisu postale sastavni deo finalnog pisanog ugovora. Vidi Jednoobrazni trgovinski zakonik, §2–202; R. D. Henson, *The Law of Sales*, The American Law Institute, USA 1985, 8; L. A. DiMatteo, *Law of International Contracting*, Wolters Kluwer Law & Business, Boston – Chicago 2009<sup>2</sup>, 230.

39 C. P. Gillette, S. D. Walt, *Sales Law: Domestic and International*, Foundation Press, New York 1999, 140.

40 S. Eiselen (2014), 621.

41 D. H. Moore, „The Parol Evidence Rule and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Justifying Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Business Center, Inc.“, *Brigham Young University Law Review*, (1995) 1347–1376, sekcija II.

prikazano. Međutim, za potrebe tumačenja pisanog dogovora upotreba svedoka je dozvoljena.<sup>42</sup>

Svrha ovog amandmana, prema rečima kanadskog delegata, bila je da se ograniče dopustivi dokazi u slučajevima kada su ugovorne strane svojevolumno podvrgle svoj dogovor pisanoj formi.<sup>43</sup> Amandman je trebalo da isključi dokazivanje putem svedoka osim ako bi ono bilo podržano pisanim dokazima suprotne strane ili posrednim dokazima.

Kanadski predlog naišao je na neodobravanje većine prisutnih delegacija. Austrijski predstavnik istakao je da bi ovakvom odredbom bila ograničena slobodna ocena dokaza te stoga njegova delegacija nije mogla da prihvati tako strogo pravilo. Sličnog mišljenja bio je i delegat Japana, koji je istakao da čak u državama anglo-saksonskog sistema, gde je princip *parol evidence* najviše utemeljen, postoje mnogobrojni problemi u njegovoj primeni. Jedina država koja je podržala kanadsku inicijativu bio je Irak.<sup>44</sup>

Autori Bečke konvencije su, dakle, odlučili da isključe pravilo *parol evidence* iz sledećih razloga:<sup>45</sup> prvo, većina pravnih sistema prihvata

42 Report of the First Committee, UN Doc. A/CONF.97/11 (7 April 1980) Official Records, United Nations, New York 1991, 90.

43 Summary Records – First Committee, UN Doc. A/CONF.97/C.1/SR.8 (17 March 1980), Official Records, United Nations, New York 1991, 270.

44 *Ibid.*

45 Pojedini autori smatraju da određene okolnosti, kao što su neke odredbe Konvencije i postojeća sudska praksa, mogu da izazovu sumnju i pokrenu diskusiju. Jedan od najistaknutijih predstavnika ovog shvatanja je Dejvid Mur (David Moore) koji najpre ističe da je primena pravila *parol evidence* u skladu sa načelom dobre vere, koje je inkorporisano u članu 7 Konvencije. Mur takođe navodi da se dozvoljenost pozivanja na pravilo *parol evidence* izvodi iz članova 6 i 29 Konvencije. Po njegovom mišljenju, stranke su svoje namere zabeležile u ugovoru i samo to treba da bude relevantno prilikom tumačenja, jer u suprotnom, ako bi, na primer, sudija uzimao u obzir i okolnosti koje su se desile nakon zaključenja pisanog ugovora, volja stranaka koja je postojala u trenutku sklapanja posla bi bila dovedena u rizik. Najzad, opravdanost primene pravila *parol evidence* pomenuti autor pronalazi i uvidom u članove 12 i 96. Navedeni članovi dozvoljavaju državama, čije zakonodavstvo predviđa pisanu formu za zaključenje ugovora o prodaji robe, da odstupe od principa neformalnosti proklamovanog u članu 11 Bečke konvencije. Mur smatra da su razlozi na kojima se temelji zahtev forme u zakonodavstvima odnosnih država identični cilju koji se želi postići principom *parol evidence*, a to je zaštita stranaka od prevare. Vidi Moore, sekcija IV. Takođe, u predmetu *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American Bus. Ctr., Inc.* sud je odlučio da se princip *parol evi-*

sve relevantne dokaze u sudskom postupku; drugo, navedeno pravilo se najviše primenjuje u Sjedinjenim Američkim Državama, a i tamo je njegova primena praćena teškoćama; najzad, navedeno pravilo je predmet konstantne kritike stručne javnosti.<sup>46</sup> Iz kasnije pravne literature i sudske prakse očigledno je da se princip *parol evidence* ne primenjuje kod ugovora koji su podređeni Bečkoj konvenciji.<sup>47</sup>

Najpoznatiji američki predmet u kojem se postavilo pitanje odnosa američkog prava i Bečke konvencije, i u kojem je sud po prvi put primat dao Konvenciji, a ne utemeljenom pravilu *parol evidence*, je *MCC-Marble v. D'Agostino* iz 1988. godine.<sup>48</sup> Američka kompanija, MCC-Marble, zaključila je sa italijanskim prodavcem, D'Agostino, usmeni ugovor o prodaji keramičkih pločica. Odredbe ugovora su kasnije zabeležene na prodavčevim narudžbenicama, koje su, doduše, bile na italijanskom jeziku. Nakon odbijanja isplate nekolicine mesečnih rata od strane kupca, prodavac je prestao sa isporukom. Kada je kupac podneo tužbu, D'Agostino je ukazao na narudžbenice te istakao da je na osnovu njih imao pravo da obustavi isporuku u slučaju neisplate cene. Na sudu, kupac je izneo dokaze da ugovor o prodaji nije uključivao prodavčeve narudžbenice, odnosno, s obzirom na to da su bile u potpunosti na italijanskom jeziku, nije imao nameru da bude njima obavezan. Sud je, istakavši da su stranke vezane ugovorom ako su ga potpisale, nezavisno od toga da li su pročitale i razumele njegove odredbe, i primenivši pravilo *parol evidence*, odlučio u korist prodavca. Ipak, treba napomenuti da je sud, u skladu sa članom 8, stav 1 Bečke konvencije, obavezan da utvrdi subjektivnu nameru stranke. Stoga, nisu bez značaja pisana svedočenja

---

*dence* primenjuje, bez obzira na to da li je merodavno pravo države Teksas ili Bečka konvencija. Vid. <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/930615u1.html>.

46 S. Eiselen (2014), 625.

47 C. P. Gillette, S. D. Walt, *op. cit.*, 153; P. Huber, A. Mullis, *op. cit.*, 14; I. Schwenzler, C. Fountoulakis, *op. cit.*, 103; *CISG-Advisory Council Opinion No. 3: Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG* (usvojeno nakon sastanka u Madridu, 23. Oktobra 2004), <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html> (U daljem tekstu citirano kao CISG – AC Opinion No. 3).

Federal Appellate Court [11th Circuit], *MCC-Marble Ceramic Center v. Ceramica Nuova D'Agostino*, 29. jun 1998; Federal District Court [New York], *Filanto v. Chilewich*, 14. april 1992.

48 C. Giovannucci Orlandi, „Procedural law issues and law Conventions“, *Uniform Law Review*, V/1 (2000), 23–41.

prodavčevih zastupnika da su bili svesni kupčeve namere da ne bude obavezan italijanskim odredbama narudžbenice. Dakle, pitanje koje se postavilo bilo je sledeće: da li su dokaz o kupčevoj nameri da ne bude obavezan odredbama narudžbenice i prodavčevo poznavanje te činjenice kontradiktorni odredbama ugovora. Za razliku od američkog Jednoobraznog trgovinskog zakonika koji predviđa da je pisani ugovor dokaz stranačkog dogovora i da se ne može osporavati ranijim ili kasnijim usmenim sporazumima, Bečka konvencija ne sadrži jasno pravilo o tome kako postupati sa takvim dokazima. Štaviše, član 8, stav 3 Konvencije izričito predviđa da se u obzir moraju uzeti sve relevantne okolnosti slučaja. Stoga, valja zaključiti da prilikom dokazivanja odredaba ugovora na koje se primenjuje Bečka konvencija nema mesta upotrebi pravila *parol evidence*.

Kasnije odluke američkih sudova su, vođene presudom u *MCC-Marble v. D'Agostino*, takođe odbile primenu pravila *parol evidence* kod ugovora koji potpadaju pod Bečku konvenciju.<sup>49</sup> Dakle, čak i u Sjedinjenim Američkim Državama, gde pravilo *parol evidence* ima najveću utemeljenost, sudovi stoje na stanovištu da Bečka konvencija ne dopušta primenu tog principa.

Naravno, ugovorne strane mogu da ugovore primenu pravila *parol evidence* tako što će isključiti primenu Konvencije, odstupiti

49 U odluci iz 2010. godine, u predmetu *ECEM European Chemical Marketing B.V. v. The Purolite Company* (u daljem tekstu: slučaj *European Chemical Marketing*), američki Okružni sud je izričito naveo da su „ugovori na koje se primenjuje Bečka konvencija oslobođeni ograničenja koja postavlja pravilo *parol evidence*“. Štaviše, sud je istakao da je neslaganje stranaka po pitanju toga da li treba primeniti stav 1 ili stav 2, člana 8 Konvencije irelevantno, s obzirom na to da pravila Konvencije dozvoljavaju tumačenje ugovora pozivanjem na sve relevantne okolnosti. Vidi U.S. District Court, Eastern District of Pennsylvania [federal court of 1st instance], *ECEM European Chemical Marketing B.V. v. The Purolite Company*, Civil Action 05–3078, 29. januar 2010.

Iste godine, drugi američki sud je tumačio ugovor o prodaji robe između američkog prodavca i meksičkog kupca. I dok sud u ovom slučaju nije izričito spomenuo pravilo *parol evidence*, odluka koja je doneta potvrđuje stanovište koje je sud zauzeo u slučaju *European Chemical Marketing*. Naime, u slučaju *Alpha Prime Development Corporation, Plaintiff, v. Holland Loader Company, LLC; and Steven Michael Svatek, Defendants* sud je istakao da pisani dokument nije konačan dokaz o stranačkom dogovoru, te stoga treba uzeti u obzir sve izjave i radnje stranaka, kao i ponašanje nakon zaključenja ugovora. Vidi District Court [Colorado], *Alpha Prime Development Corporation, Plaintiff, v. Holland Loader*, Civil Action No. 09-cv-01763-WYD-KMT, 6. jul 2010.

od pojedinih odredaba ili izmeniti njihovo dejstvo. Takođe, stranke mogu da unesu u svoj ugovor tzv. *merger* klauzulu (poznata i pod nazivom *entire agreement clause*), koja predviđa da pismeno sadrži potpuni dogovor ugovornih strana te se zabranjuje bilo kojoj stranci da se oslanja na izjave van tog dokumenta.<sup>50</sup> Dakle, tim klauzulama se očuvava namera stranaka izražena u pismenu.<sup>51</sup>

### 3. OGRANIČENJA PRINCIPA KONSENSUALIZMA

Odredba člana 11 nije obavezne prirode, te je moguće odstupiti od konsensualizma. U prvu grupu odstupanja spadaju situacije kada ugovorne stranke, koristeći svoju autonomiju volje podvrgnu svoj sporazum određenoj formi. U drugu grupu spadaju odstupanja od konsensualizma koje pojedine države zahtevaju, uloživši rezervu iz člana 96.

#### 3.1. *Zahtevi forme kao posledica autonomije volje ugovornih strana*

Na prvi pogled, čini se da princip konsensualizma u mnogome olakšava sklapanje poslova. Međutim, da bi se ugovor mogao smatrati zaključenim/izmenjenim neformalnim putem, i da bi međusobna očekivanja bila realna, potrebno je da ugovorne strane poseduju slični sistem vrednosti. Prosto rukovanje dovoljno je za početak poslovne saradnje samo u onim sredinama gde se obećanja ispunjavaju ne zbog toga da bi se izbegla neka sankcija, već zbog toga što je poverenje najvrednija valuta i kada jednom devalvira, teško da se može povratiti. S obzirom na to da u međunarodnoj trgovini partneri dolaze iz različitih delova sveta,

---

50 CISG – AC Opinion No. 3, par. 1.1.2, 1.4, 4.

51 L. A. DiMatteo *et al.*, „The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence“, 34 *Northwestern Journal of International Law and Business* (Winter 2004) 299–440, 333. Jedan od retkih slučajeva koji predstavlja ilustraciju dejstava ovakvih klauzula je arbitražni spor iz 1998. godine. koji je vođen između ruskog prodavca i kanadskog kupca. Tribunal je, oslanjajući se na član 29, stav 2 Bečke konvencije, kao i na član 2.17 *UNIDROIT* principa odlučio da tuženi nema pravo da se oslanja ni na usmena obećanja, ni na pisane izjave koje nisu istovremeno obuhvaćene izmenama ili dopunama ugovora. Vidi Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), 9117, Mart 1998.

onda je dosta teško govoriti o sličnim sistemima vrednosti.<sup>52</sup> Stoga, da bi se izbegla nerazumevanja prouzrokovana nedovoljnim poznavanjem jezika, kulture, poslovne prakse partnera, stranke, iako nisu obavezne, svoj ugovor (kako njegovo zaključenje, tako i potencijalne izmene i dopune) podvrgavaju određenim zahtevima forme.<sup>53</sup>

Praksa Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije u Beogradu poznaje slučajeve kada je pitanje forme ugovora bilo od izuzetnog značaja za razrešenje problema.<sup>54</sup> Na primer, u predmetu<sup>55</sup> koji je vođen između jugoslovenskog tužioca i ukrajinskog tuženog postavilo se pitanje koji je od dva priložena ugovora važeći. Za potrebe razrešenja te dileme bilo je neophodno utvrditi da li je došlo do usmene izmene ugovora, koju je tuženi dokazivao faksom koji je druga ugovorna strana potpisala. Istina, stranke nisu izričito predvidele formu ugovora, ali su prilikom njegovog zaključenja poštovala strogu pismenu formu, pa ne samo što su pečati i potpisi stranaka stavljeni na kraju, već su i sve strane ugovora overene na isti način. Arbitar je, stoga, istakao da je „volja stranaka... potpuno jasna, jer se radi o ugovoru sa stranim elementom... zbog čega je izvršen takav način overe u cilju onemogućavanja izmene odnosno dopisivanja odredbi u predmetnom ugovoru“.<sup>56</sup>

Stranke mogu i unošenjem u sam ugovor tzv. *no oral modification* klauzula isključiti neformalnost na eksplicitan način. Iako se iz člana 29 ne vidi da li sam dogovor o „zabrani“ usmenih izmena treba da bude u pisanoj formi, smatra se da bi tako značajan sporazum trebalo da bude zapisan.<sup>57</sup> Pisana forma obuhvata i moderne elektronske komunikacije, kao što su faks, teleks, telegram, a posebno elektronska

52 B. Scholtens, L. Dam, „Cultural Values and International Differences in Business Ethics“, *Journal of Business Ethics*, 75 (3), oktobar 2007, 273–284, 279.

53 Valja napomenuti da princip autonomije volje deluje u dva smera, tj. kao što stranke mogu da obuku svoj sporazum u određenu formu, isto tako mogu da ga svuku, dakle ponište bilo kakav dogovor koji su postigle u pogledu formalnih zahteva.

54 V. Pavić, M. Đorđević, *op. cit.*, 589.

55 Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Jugoslavije u Beogradu (STA), T-2/00, 9. decembar 2002.

56 *Ibid.*, 5.

57 A. Björklund, „Article 29“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), C.H.Beck-Hart-Nomos, München 2011, 388.

pošta.<sup>58</sup> Stoga, diskutabilno je koliko ove klauzule doprinose formalizaciji ugovornog odnosa, s obzirom na to da se promene često vrše upravo putem elektronske pošte.<sup>59</sup>

Za razliku od nekih pravnih sistema u kojima se ugovori mogu modifikovati neformalnim putem čak i kada je predviđena takva klauzula i suprotno predlozima pojedinih delegacija<sup>60</sup>, konačna verzija

---

58 Principima UNIDROIT je predviđeno da je kriterijum „pismenog“ zadovoljen bilo kojom komunikacijom koja očuvava informaciju koja je u njoj sadržana i koja je podobna za prenošenje u materijalni oblik (čl. 1.11 Principa UNIDROIT. Vid. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/863-article-1-1-freedom-of-contract>).

Principi Evropskog ugovornog prava ne sadrže opštu definiciju „pismenog“, ali glase da pismene izjave obuhvataju i „komunikacije putem telegrama, teleksa, telefaksa, elektronske pošte kao i druge vrste komunikacija koje mogu pružiti čitljiv zapis“ (čl. 1:301 (6) Principa Evropskog ugovornog prava).

Valja obratiti pažnju i na odredbe Konvencije UN o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima (u daljem tekstu: Konvencija o elektronskim komunikacijama), s obzirom na to da je taj instrument pisan, između ostalog, sa namerom da dopuni Bečku konvenciju u relevantnom aspektu. Član 9 te Konvencije, uzimajući u obzir razloge zbog kojih se pisana forma najčešće zahteva u zakonodavstvima raznih zemalja, proklamuje funkcionalnu jednakost pisane forme i elektronskih komunikacija. J. O. Honnold, *op. cit.*, 193.

Najzad, potvrda toga da termin „pismo“ treba tumačiti ekstenzivno može se naći i u samoj Bečkoj konvenciji. Već se u Preambuli navodi da je cilj Konvencije da doprinese „otklanjanju pravnih prepreka u međunarodnoj trgovini i unapređenju razvoja međunarodne trgovine“, a priznavanje značaja elektronskim komunikacijama sigurno ostvaruje tu svrhu. Vid. takođe S. Eiselen, „Modification or termination of contract and formalities: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 29 of the CISG“, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Felemegas (ed.), 2007, 165 (u daljem tekstu citiran kao S. Eiselen (2007)).

59 Za stavove američkih sudova prema „no oral modification“ klauzulama vidi: S. Holmes, „Stevens v. Publicis: The Rise of ‘No E-Mail Modification’ Clauses?“, *Washington Journal of Law, Technology and Arts*, Vol. 6 No. 1 (2010); A. P. Kuic, „The Impact of Electronic Communications on Contract Modifications“, *Corporate Counsel: Section of Litigation*, 19 Juli 2017, 6, [http://www.hahn-hessen.com/uploads/1065/doc/2017\\_09\\_apk\\_ecommunications.pdf](http://www.hahn-hessen.com/uploads/1065/doc/2017_09_apk_ecommunications.pdf).

60 Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, Article 27 Commentary, Official



člana 29, stav 2 Bečke konvencije jasno određuje da takav ugovor može biti izmenjen ili sporazumno raskinut samo u dogovorenoj formi. Valja imati u vidu, međutim, da ugovorna strana može usled svog ponašanja izgubiti pravo da se poziva na takvu odredbu ako se druga strana oslonila na njeno ponašanje.<sup>61</sup>

Tako, kada je prodavac jednom prilikom izuzetno prihvatio promenu uslova plaćanja, nije se smatralo da je ugovor izmenjen neformalnim putem, jer je postojala odredba da sve dopune i izmene moraju biti učinjene u pisanoj formi.<sup>62</sup> U predmetu koji se vodio pred ukrajinskom Privrednom komorom, pak, utvrđeno je da je ugovor za čije promene je bila ugovorena pisana forma punovažno modifikovan jednim dokumentom koji su obe stranke potpisale.<sup>63</sup>

Dakle, navedeni primeri pokazuju da Bečka konvencija omogućava strankama da odstupe od principa neformalnosti ne samo izričito, već i prećutno. Moguća su takođe i odstupanja na osnovu običaja sa kojim su se stranke složile ili koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini, kao i na osnovu prakse koja je uspostavljena između njih.<sup>64</sup> Što se tiče obima u kojem se ograničava neformalnost, možemo govoriti bilo o potpunom, bilo o delimičnom isključenju.<sup>65</sup> U praksi se često već u samoj ponudi prihvata uslovljava zadovoljenjem pisane forme.<sup>66</sup>

---

Records, United Nations, New York 1991, 28. Delegacija Italije predlagala je dodavanje trećeg stava u ovaj član, koji bi glasilo da se stav 2 neće primeniti u slučajevima kada je zahtev da se modifikacija i prestanak ugovora vrše pisanim putem sadržan u opštim uslovima jedne stranke i ta stranka se ili direktno ili preko ovlašćenog zastupnika usmeno saglasi da izmeni ili ukine svoje opšte uslove. Ovakav predlog naišao je na neodobranje mnogih delegacija, te je stoga odbijen. Bugarska delegacija je, na primer, svoje neslaganje sa amandmanom Italije objasnila time da je takva odredba pogodna samo za potrošačke ugovore, a ne za međunarodne trgovinske ugovore kojima je posvećena Bečka konvencija. Vid. Official Records, United Nations, New York 1991, 305.

61 Čl. 29, st. 2, druga rečenica.

62 Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), *Fashion products case*, 11849, 2003.

63 Tribunal za međunarodnu trgovinsku arbitražu pri privrednoj komori Ukrajine, 25. Novembar 2002.

64 J. Rajska, „Form of Contract“, *Commentary on the International sales law the 1980 Vienna Sales Convention*, Bianca, Bonell (eds.), Giuffrè, Milan 1987, 123.

65 *Ibid.*

66 J. O. Honnold, *op. cit.*, 181.

Međutim, za razliku od Principa *UNIDROIT*, koji dozvoljavaju jednostrano uspostavljanje formalnosti,<sup>67</sup> Bečka konvencija unilateralni zahtev ne smatra dovoljnim.<sup>68</sup>

Od slučajeva kada su stranke ugovorile pisanu formu za zaključenje i izmene ugovora unošenjem *no oral modification* klauzula (*forma ad solemnitatem*), treba razlikovati situaciju kada stranke svoj ugovor zabeleže pisanim putem samo da bi imale dokaz da je ugovor sačinjen.<sup>69</sup> Radi se dakle o prostoj potvrdi sadržine odredaba ugovora, tako da takav ugovor može biti izmenjen ili raskinut i neformalnim putem.

### 3.2. Pisana forma kao posledica izjavljene rezerve iz člana 96 Bečke konvencije

Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe predstavlja najveće zakonodavno dostignuće u oblasti uniformnog privatnog prava na međunarodnom nivou. Takav status duguje prvenstveno svojim kompromisnim rešenjima koja su pogodna za razvoj međunarodne trgovine.<sup>70</sup> Jedno od takvih rešenja odnosi se na pitanje forme ugovora. Iako je konsensualizam jedan od osnovnih principa Bečke konvencije, do njega se došlo tek nakon dugotrajnih pregovora i diskusija. Takvo rešenje nije bilo po volji svim državama i ono je, donekle, ugrožavalo budućnost Konvencije. Stoga su autori ovog međunarodnog instrumenta potražili rešenje, koje, s jedne strane, ne bi

---

67 J. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, 122.

68 C. Saf, *A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale*, Queen Mary and Westfield College, Septembar 1999, 365.

Prilikom donošenja Konvencije, delegacija Portugalije predložila je da se stav 1 odnosnog člana preformuliše tako da se naglasi da se izmena ili prestanak važenja ugovora od strane jedne strane može prihvatiti samo u naročitim slučajevima.

69 Ž. Bujuklić, *Forum Romanum: Rimska Država, Pravo, Religija i Mitovi*, Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu 2009<sup>4</sup>, 334.

70 Tekst Bečke konvencije predstavlja kompromis između tri grupe: zemalja tzv. Istočnog bloka, zapadnih država i zemalja u razvoju.

Vid. O. Meyer, „Constructive Interpretation – Applying the CISG in the 21<sup>st</sup> Century“, *CISG Methodology*, A. Janssen, O. Meyer (eds.), Sellier European Law publishers, 322.

ugrozilo interese pojedinih država, a s druge strane, bi obezbedilo širu prihvaćenost Konvencije. Tako su nastali članovi 12 i 96.<sup>71</sup> Rezerva iz člana 96 najpopularnija je rezerva predviđena u Bečkoj konvenciji.<sup>72</sup> Na današnji dan na snazi su rezerve koje su uložili Argentina, Belorusija, Vijetnam, Čile, Jermenija, Paragvaj, Rusija i Ukrajina.<sup>73</sup>

### 3.2.1. Pojam, svrha i formulacija člana 96 Bečke konvencije

Član 96 predstavlja klasičnu rezervu koju države stavljaju na međunarodne ugovore.<sup>74</sup> „Rezerva“ je jednostrana izjava koju država daje prilikom potpisivanja, ratifikacije, prihvata ili odobrenja ugovora ili prilikom pristupa ugovoru, a kojom želi da isključi ili izmeni pravni učinak nekih odredaba tog ugovora u njihovoj primeni na tu državu.<sup>75</sup> Na ovaj način pojedine zemlje mogu da podrže većinu ideja na kojima počiva budući ugovor, istovremeno zadržavajući neke svoje specifičnosti (pravne, etičke, opšte društvene norme, i slično).

Razlozi ulaganja rezervi su mnogobrojni, i mogu biti ne samo pravne, već i ekonomske ili filozofske prirode. Tako, poštovanje formalnosti u SSSR, a samim tim i insistiranje na rezervi, pravdali su se planskim sistemom privrede.<sup>76</sup> Spoljna trgovina jedina je grana sovjetske privrede koja je u Ustavu bila definisana kao „državni monopol“.<sup>77</sup> Pravna lica kojima je bilo dozvoljeno zaključivanje među-

71 U. G. Schroeter (2015), 227–228. Haški jednoobrazni zakoni nisu sadržali slične odredbe. Vid. *CISG-Advisory Council Opinion No. 15: Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (usvojeno nakon sastanka u Pekingu održanog 21–22 oktobra 2013), par. 2.4, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html> (u daljem tekstu citirano kao CISG – AC Opinion No. 15).

72 CISG – AC Opinion No. 15, par. 4.2. Tokom prvih godina po stupanju na snagu Konvencije, pre nego što su pojedine potpisnice počele da povlače rezerve, države koje su odstupile od principa konsenzualizma bile su: Argentina, Belorusija, Čile, Estonija, Kina, Litvanija, Letonija, Mađarska, Rusija, Ukrajina. Po pravilu, sve države koje su kasnije ratifikovale Bečku konvenciju (izuzimajući Paragvaj, Jermeniju i Vijetnam), činile su to bez ikakvih rezervi.

73 Vid. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html).

74 U. G. Schroeter (2015), 215.

75 Čl. 2 st. 1 t. d, Bečke konvencije o ugovornom pravu.

76 U. G. Schroeter (2015), 223.

77 R. Starr (ed.), *Business Transactions with the USSR*, American Bar Association 1975, 25.

narodnih ugovora bile su Spoljnotrgovinske organizacije.<sup>78</sup> Ugovori koje su one zaključivale morali su biti u pisanoj formi i potpisani od strane dva lica: predsednika ili potpredsednika organizacije i drugog lica koje je ovlašćeno od strane predsednika da potpisuje međunarodne trgovinske ugovore.<sup>79</sup> Spoljnotrgovinske organizacije su se tako štitile od lažnih zahteva.<sup>80</sup> Formom se takođe obezbeđivala evidencija ne samo zaključenih ugovora, već i potvrda da se ti ugovori odnose na robu čiji je uvoz dozvoljen (dakle, robu koja se ne može proizvesti unutar zemlje).<sup>81</sup> Najzad, zahtevi forme bili su predviđeni i zbog toga što su se iz dobiti koju je ostvarivala organizacija isplaćivali bonusi i doprinosi, a nakon toga određeni deo predavao se državnom trezoru kao javni prihod.<sup>82</sup>

U slučaju rezerve koju je uložila Kina, ideologija Mao Tse-tunga i domaća politika uticale su na to da se na zapadni pravni sistem gleda sa sumnjom. Objašnjenje potrebe za pisanom formom se takođe može potražiti u kineskoj kulturi, prema kojoj sve što je značajno treba da bude ovekovečeno pisanim putem.<sup>83</sup> Najzad, rezervom su se želeli zaštititi kineski trgovci od zaključivanja nepovoljnih ugovora.<sup>84</sup>

Iako je mogućnost ulaganja rezervi doprinela široj prihvaćenosti Konvencije, u fazi njene izrade ova ideja naišla je na protivljenje mnogih delegacija. Dok su Međunarodna trgovinska komora i Ujedinjeno Kraljevstvo izrazili sumnju povodom efekata takvog instrumenta,<sup>85</sup> Austrija je smatrala da članovi 11 i X<sup>86</sup> treba da budu izbrisani.

---

78 Prema raspoloživim podacima smatra se da je broj tih organizacija početkom 1974. godine bio 61.

79 R. Starr, *op. cit.*, 46.

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*, 55.

82 *Ibid.*, 30, 32.

83 F. Yang, *Contracts for the International Sale of Goods in China*, Wolters Kluwer Law&Business, Hong Kong 2012, 21.

84 X. Wang, C. Baasch Andersen, „The Chinese Declaration against Oral Contracts under the CISG“, 8 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2004), 145–164, 154.

85 *Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementations, Reservations and Other Final Clauses*, UN Doc. A/CONF.97/9 (21 February 1980), Official Records, United Nations 1991, 74.

86 U konačnoj verziji Bečke konvencije to su članovi 12 i 96.

Alternativno, Austrija je predlagala brisanje člana 11 i izmenu člana X tako da glasi: „Država ugovornica može u trenutku potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja dati izjavu da neće primenjivati bilo koju odredbu Konvencije koja dozvoljava da zaključenje ili modifikacija, ili prestanak ugovora o prodaji, ili ponuda, prihvata ili neka druga manifestacija namere budu učinjeni u formi koja nije pisana, kada se sedište bilo koje stranke nalazi u državi koja je dala takvu izjavu.“<sup>87</sup> Navedeni predlog je odbijen.

U amandmanu koji je podnela sovjetska delegacija predlagalo se da se u članove 11 i X doda referenca na član 24,<sup>88</sup> jer, kako je istakao predstavnik Medvedev, značenje engleske reči „*abrogation*“ bilo je nejasno. S obzirom na to da se delegat Farnsworth (*Farnsworth*), predstavnik SAD, složio da navedeni termin nema utemeljenje u nekom preciznom pravnom konceptu u njegovoj zemlji i da član 27<sup>89</sup> nacrtu Konvencije koristi istu reč sa značenjem „sporazumnog raskida“, istakao je da bi sovjetski „problem“ mogao da se reši preformulacijom navedenog člana. Pošto su i druge delegacije bile istog mišljenja, odlučeno je da se sporni termin zameni rečima „sporazumni raskid“. Na taj način, udovoljeno je zahtevu SSSR, koji je svoj amandman povukao.<sup>90</sup>

Još jedan amandman koji zavređuje pažnju jeste holandski predlog. Naime, predstavnik ove države primetio je neslaganje engleske i francuske verzije člana X. Dok se na engleskom govori o „ugovoru o prodaji“ („*a contract of sale*“) u jednini, francuska verzija se odnosi na „ugovore o prodaji“ („*les contrats de vente*“). Navedeno nepoklapanje, prema mišljenju holandskog delegata, dovelo je do dva različita zaključka: ako bi se pošlo od engleskog teksta, činilo bi se da je ulaganje rezerve moguće u onim državama, u kojima je forma bila predviđena za ugovore određene kategorije, dok bi se tumačenjem francuske verzije zaključilo da je ulaganje rezerve bilo moguće samo u zemljama gde je pisana forma bila predviđena za sve ugovore o prodaji.<sup>91</sup> Stoga,

87 Report of the First Committee, UN Doc. A/CONF.97/11 (7 April 1980) Official Records, United Nations, New York 1991, 91.

88 U finalnom tekstu to je član 26.

89 U finalnom tekstu to je član 29.

90 Summary Records – First Committee, A/CONF.97/C.1/SR.8 (17 March 1980), Official Records, United Nations, New York 1991, 273.

91 Summary Records – First Committee, A/CONF.97/C.1/SR.8 (17 March 1980), Official Records, United Nations, New York 1991, 272.

delegacija Holandije je predložila sledeću formulaciju člana X: „Država ugovornica čije zakonodavstvo zahteva *da svi ili određene vrste ugovora o prodaji* budu zaključeni ili potvrđeni u pisanoj formi, mogu prilikom potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja dati izjavu u skladu sa članom 11 da se bilo koja odredba člana 10, člana 27 ili Dela II Konvencije, koja dozvoljava da zaključenje ili modifikacija, ili prestanak ugovora o prodaji, ili ponuda, prihvata ili neka druga manifestacija namere budu učinjeni u formi koja nije pisana neće primeniti *na odnosne ugovore* kada bilo koja stranka ima sedište u Državi ugovornici koja je dala takvu izjavu.“<sup>92</sup> Dok je delegat iz Grčke predlagao da se fraza „određene vrste ugovora“ zameni sintagmom „ugovori o prodaji određene vrste robe“<sup>93</sup>, predstavnik Gane istakao je da delimične rezerve nisu moguće te da bi pravo na ulaganje rezerve trebalo dati samo onim državama u kojima je pisana forma zahtevana za sve ugovore.<sup>94</sup> Argentina, Sjedinjene Američke Države i Francuska iskazale su negativan stav prema holandskom predlogu, istakavši da takva formulacija dovodi do povećanja broja država kojima je dozvoljeno ulaganje rezerve a samim tim se umanjivao značaj Konvencije. Mišljenja su, dakle, bila podeljena, ali je na kraju holandski predlog ipak bio neuspešan.<sup>95</sup>

Konačna verzija koja je prihvaćena na konferenciji u Beču i koja je i danas važeća glasi: „Država ugovornica čije zakonodavstvo zahteva da se ugovori o prodaji zaključuju ili potvrđuju u pismenoj formi može u bilo koje vreme dati izjavu u skladu sa članom 12 da se odredbe člana 11, člana 29 ili Dela II ove konvencije kojim se dozvoljava da se ugovor o prodaji zaključi, izmeni ili sporazumno raskine ili ponuda, prihvatanje ili bilo koja druga izjava volje učini na neki drugi način a ne u pismenoj formi, neće primeniti kad bilo koja strana ima svoje sedište u toj državi.“

### 3.2.2. Dejstva rezerve iz člana 96 Bečke konvencije

Države ulažu rezerve kada žele da formalno ograniče dejstva međunarodnog ugovora u pojedinom aspektu. Mogućnost odstupanja od principa neformalnosti predviđena je ne samo članom 96, koji se nalazi u Delu IV Konvencije, zajedno za ostalim rezervama, već i

---

92 Report of the First Committee, UN Doc. A/CONF.97/11 (7 April 1980) Official Records, United Nations, New York 1991, 91.

93 Summary Records – First Committee, A/CONF.97/C.1/SR.8 (17 March 1980), Official Records, United Nations, New York 1991, 273.

94 *Ibid.*, 274.

95 Predlog je odbijen jer je 16 delegacija glasalo „protiv“, a 11 „za“.

članom 12. Naime, rezerva na princip neformalnosti je jedina rezerva u Bečkoj konvenciji čije se postojanje obezbeđuje posredstvom dva člana.<sup>96</sup> Iako na prvi pogled deluje kao prosta duplikacija člana 96,<sup>97</sup> član 12 zapravo govori o efektima uložene rezerve, a u drugoj rečenici iste odredbe ukazuje se na njen obavezni karakter.<sup>98</sup> S obzirom na to da je član 12 unet odmah posle člana kojim je proklamovano načelo konsenzualizma, smatra se da su na taj način autori Konvencije želeli da skrenu pažnju na mogućnost odstupanja.<sup>99</sup>

Prilikom razmatranja članova 12 i 96 predstavnik Ujedinjenog Kraljevstva izrazio je sumnju da će sudija u državi koja nije uložila rezervu neformalni ugovor proglasiti nepunovažnim, s obzirom na to da član 12 ne uspostavlja obavezu da se ugovor zaključuje pisanim putem. Naime, to je problem zbog kojeg su mišljenja u pravnoj nauci i dan danas podeljena.<sup>100</sup> Dakle, koje će se pravo, tačnije formalnosti koje zemlje, primeniti u slučaju da jedna od ugovornih strana ima sedište u državi koja je uložila rezervu? Mogu se izdvojiti dva oprečna stanovišta: manjinsko i većinsko.

Prema prvom, tzv. manjinskom shvatanju,<sup>101</sup> sama činjenica da stranka ima sedište u državi koja je stavila rezervu na princip konsenzualizma dovoljna je da bi se primenilo pravo te zemlje, tj. obavezna pisana forma. Tako je u sporu između belgijske i ruske firme

96 CISG – AC Opinion No. 15, par. 2.5). Vid. takodje U.G. Schroeter, „The Cross-Border Freedom of Form Principle Under Reservation: The Role of Articles 12 and 96 CISG in Theory and Practice“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 33/No. 1 (2014), 87 (u daljem tekstu citiran kao U. G. Schroeter (2014)).

97 *Ibid.*, 86.

98 Čl. 12, druga rečenica: „Strane ne mogu da odstupe od ovog člana ili izmene njegovo dejstvo.“

99 CISG – AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, par. 2.5.

100 Vid. P. Winship, „Harmonizing Formal Requirements for Cross-Border Sales Contracts“, *International Review of Law* (25 juli 2012), 2; U. G. Schroeter (2014), 99–109.

101 Upotrebljena je reč „takozvani“ zato što se ne može sa sigurnošću tvrditi koje je od dva navedena stanovišta manjinsko, a koje većinsko. Profesor Šletrim za stanovište koje on podržava kaže da je većinsko. Međutim, istovremeno navodi i veliki broj autora koji podržavaju „manjinsko“ stanovište. Dakle, tek će protekom vremena moći da se sa većom dozom sigurnosti svako mišljenje označi kao većinsko, odnosno manjinsko. Vid. P. Winship, *op. cit.*, 7.

Međunarodni komercijalni arbitražni sud pri Privrednoj komori Ruske Federacije (u daljem tekstu: MKAS) odlučio da, iako je za ugovorne odnose strana merodavno pravo Belgije, sporazum o izmeni ugovora nije postignut jer nije učinjen u pisanoj formi, kako zahteva rusko zakonodavstvo.<sup>102</sup>

Prema drugom stanovištu, to što jedna od ugovornih strana ima sedište u državi koja je uložila rezervu ne vodi automatski primeni domaće prava te države. Naime, zastupnici ovog shvatanja ističu da se do merodavnog prava dolazi primenom kolizionih normi *lex fori*.<sup>103</sup> Ako se prihvati ovaj stav, onda se da zaključiti da je sud u sledećem slučaju postupio ispravno.<sup>104</sup> U pitanju je bio spor koji se vodio između mađarskog kupca i nemačkog prodavca. Iako je Mađarska jedna od država-rezervanata, sud je, uzimajući nemačko pravo kao merodavno, odlučio da je mađarski kupac obavezan usmenim dogovorom, kako nemačko pravo ne predviđa nikakve formalnosti.

Dakle, dejstva rezerve iz člana 96 univerzalne su prirode, što znači da sudovi svih zemalja članica Bečke konvencije imaju obavezu da je poštuju, bez obzira na to da li je u pitanju država koja je uložila rezervu ili ne.<sup>105</sup>

### 3.2.3. Povlačenje rezerve iz člana 96 Bečke konvencije

Države su ne samo u mogućnosti da pod određenim uslovima ulože rezerve na pojedine odredbe Bečke konvencije, već su potpuno slobodne da ih povuku „u bilo koje vreme zvaničnim pismenim obaveštenjem upućenim depozitaru“.<sup>106</sup> Na taj način jasno se zabranjuje sudovima u različitim Državama-ugovornicama da samostalno tumače usklađenost nacionalnih propisa sa uslovima za primenu člana 96 Bečke konvencije.<sup>107</sup> Do povlačenja može doći iz nekolicine razloga, kao što su promene u unutrašnjem pravu koje su bile osnov za rezer-

---

102 M. Г. Розенберг, *Международная купля-продажа товаров, Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров*, Статут, Москва 2010<sup>4</sup>, 64.

103 C. Saf, *op. cit.*, sekcija 6.5.4.

104 J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA*, Kluwer Law International, Boston – The Hague 1995, 25.

105 CISG – AC Opinion No. 15, par. 4.14.

106 Čl. 97. st. 4 Bečke konvencije.

107 CISG – AC Opinion No. 15, par. 4.7.



vu, ili pritisak drugih ugovornica ili međunarodnih organizacija.<sup>108</sup> Povlačenje rezervi je apsolutno pravo države<sup>109</sup> i uvek je dozvoljeno jer se na taj način država koja je uložila rezervu vraća primeni ugovora u celini,<sup>110</sup> a time se povećava uniformnost u primeni pravila Konvencije. Iz tog razloga, za razliku od ulaganja rezervi, kada se zahteva ispunjenje određenih uslova, kod povlačenja nikakvi zahtevi ne treba da budu prethodno zadovoljeni.

Efekti povlačenja mogu se podeliti u dve grupe: oni koji se odnose na međunarodno javno pravo i oni koji se odnose na praktičnu primenu uniformnih pravila u ugovorima između stranaka.<sup>111</sup> Prva vrsta efekata je nesporna i svodi se na punu primenu Konvencije, dok se kod druge vrste postavlja pitanje vremenskog efekta povlačenja. Ne tako retka situacija u praksi koja rađa bezbroj nedoumica jeste slučaj kada se povodom ugovora zaključenog pre povlačenja rezerve vodi spor nakon što je to učinjeno. Profesor Šroter (*Schroeter*) smatra da odgovor treba potražiti u članu 100 Bečke konvencije. Tako, po njemu, princip konsenzualizma ne treba primeniti na ugovor koji je zaključen pre povlačenja rezerve, jer se član 11 u tom trenutku nije smatrao primenjivim delom Konvencije.

Zanimljivo pitanje jeste i da li se zahteva zadovoljenje neke forme prilikom modifikacije ugovora, koji je zaključen za vreme važenja rezerve, nakon što je rezerva povučena. Dok se može navesti argument u korist primene Konvencije bez povučene rezerve (s obzirom na to da izmena postojećeg na neki način predstavlja zaključenje novog ugovora, i da stoga treba primeniti pravila koja su sadržana u članovima 14–24), profesor Šroter (*Schroeter*), kao i u prethodno razmotrenom slučaju, polazi od člana 100 Konvencije. Po njegovom mišljenju, zarad očuvanja pravne sigurnosti, kao jedini relevantan trenutak treba

108 Vid. na primer, B. Milisavljević, *Rezerve na višestranne normativne ugovore u međunarodnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2011, 221.

109 *Ibid.*, 216.

110 „Guide to Practice on Reservations to Treaties“, *Yearbook of the International Law Commission*, II (part 2), United Nations, 2011, par. 2.5.7; B. Milisavljević, *op. cit.*, 222.

111 U. G. Schroeter, „The Withdrawal of State Declarations under Uniform Private Law Conventions“, *Unification of International Trade Rules in the Age of Globalization: China and the World*, [conference papers] Tsinghua University, Beijing, China Beijing (19–20 oktobar 2013), <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/new-cases-dec-2013.html> (U daljem tekstu citiran kao U. G. Schroeter (2013)).

uzimati trenutak zaključenja ugovora.<sup>112</sup> Stoga, ako stranke nisu ugovorile drugo, a u vreme nastanka pravnog odnosa bila je predviđena forma, ta forma mora biti zadovoljena i prilikom izmena ugovora.

Iako se povlačenja dešavaju dosta retko, ona su poželjna jer se na taj način postiže veći nivo jednoobraznosti u primeni Bečke konvencije, a i smanjuje verovatnoća ulaganja novih rezervi u budućnosti. Naime, manje države koje pristupaju Konvenciji obično slede primere koji su već uspostavljeni predstavnicima velikih jurisdikcija.<sup>113</sup> Prva država koja je povukla rezervu iz člana 96 Bečke konvencije bila je Estonija koja je 2004. godine usvojila novi zakon koji više nije zahtevao pisanu formu za zaključenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe.<sup>114</sup> Ostale Baltičke zemlje pratile su taj primer, a početkom 2013. godine i Kina je odustala od svoje rezerve. Poslednja u nizu je Mađarska, koja je svoju rezervu povukla 2015. godine.<sup>115</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Stanje moderne svetske trgovine moglo bi se opisati u sledećim crtama: moderna tehnologija je omogućila munjevito širenje informacija; konkurencija u skoro svakoj oblasti je dosta jaka; ponuda i tražnja za određenom robom variraju; cene mogu drastično da se promene u toku samo jednog dana. U ovakvom okruženju, trošenje vremena na formalnosti predstavljalo bi luksuz koji mnogi trgovci ne bi mogli sebi da priušte. Zahtevanje od poslovnih partnera zadovoljavanje određenih formalnosti prilikom ugovaranja svakog posla moglo bi negativno uticati ne samo na njihov poslovni odnos, već i na privredu u celini.<sup>116</sup> Takav ishod je neprihvatljiv, jer pravo ne treba da postoji u vakuumu

---

112 *Ibid.*

113 L. G. Castellani, „Reviewing CISG Declarations: Some Lessons Learned“, *Unification of International Trade Rules in the Age of Globalization: China and the World*, [conference papers] Tsinghua University, Beijing, China Beijing (19–20 oktobar, 2013), <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/new-cases-dec-2013.html>.

114 CISG Pace web sajt, Estonia, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/countries-Estonia.html>; vid. takodje U. G. Schroeter (2014), 89.

115 U. G. Schroeter, „The Withdrawal of Hungary’s Reservation under the CISG: Law and Policy“, *Internationales Handelsrecht (IHR)* (2015), 211. Navedeni autor smatra da će se trend povlačenja rezervi nastaviti. Vid. U. G. Schroeter (2015), 246–247.

116 S. Eiselen, „Integration of the UN Electronic Communications Convention and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of

i da kreira striktno i neadekvatno modernom vremenu formalnosti, već da pruži odgovarajuća rešenja za novonastale okolnosti i da na taj način stvori pogodnu podlogu za razvoj trgovine.

Autori Bečke konvencije su zato, prepoznavši potrebe trgovaca, kao glavno načelo predvideli princip konsensualizma. Stranke su, dakle, slobodne da svoj ugovor zaključe neformalnim putem, uključujući putem elektronskih komunikacija.<sup>117</sup> Ukoliko žele stranke mogu (ali ne moraju) svoj pravni posao da podvrgnu određenim formalnostima.

Osim za želje ugovornih strana da ozvaniče svoj odnos, stvaraoци Bečke konvencije imali su sluha i za potrebe mnogih država, čija su nacionalna prava zahtevala (makar) pisanu formu kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Tako je nastala rezerva iz člana 96. Dok pojedini autori smatraju da je mogućnost odstupanja od konsensualizma dovela u pitanje jednoobraznu primenu Bečke konvencije, predviđanje te opcije bio je neophodni kompromis, koji i dalje utiče na neke države prilikom odlučivanja da li da pristupe Konvenciji. Tendencije su takve da nove države članice uglavnom prihvataju Konvenciju bez ikakvih ograničenja, a države koje su ih uložile postepeno odustaju od striktnih formalnosti i uspostavljaju dejstva Konvencije u potpunosti.

---

Goods“, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, (eds. I. Schwenzer, Y. M. Atamer, P. Butler), 2013, 145–165, 161.

117 A. H. Boss, W. Kilian, *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Wolters Kluwer Law & Business 2008, 343.

Dina D. Prokić, LL.M.

THE FREEDOM OF FORM PRINCIPLE UNDER  
THE UNITED NATIONS CONVENTION  
ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL  
SALE OF GOODS

*Summary*

This paper deals with one of the primary principles of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention, CISG) – the freedom of form principle. Through an overview of the drafting history of the Convention, as well as comparisons with approaches adopted in national laws, the author discusses the substantive and evidentiary effects of the freedom of form principle. The paper also addresses the convergence between the freedom of form principle and party autonomy, by shedding light on formalities that the parties may agree upon. Lastly, the author elaborates on the history and purpose of CISG Article 96 reservations, which allow Contracting States to depart from the freedom of form principle, as well as the prospects of such reservations in light of numerous recent withdrawals.

Key words: *International sale of goods. – Freedom of form principle. – Evidentiary effects of Article 11. – Principle of party autonomy. – CISG Article 96 reservation.*

Bojana Ristić, LL.M\*

## ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVOR O KONZORCIJUMU U ODSUSTVU IZBORA UGOVORNIH STRANA\*\*

*Ugovor o konzorcijumu, kao sve češće korišćen, a slabo regulisan ugovor, u domenu međunarodnog privatnog prava dovodi do problema određivanja merodavnog prava u situaciji kada ugovorne strane nisu izabrale pravo koje će regulisati njihov ugovorni odnos. Cilj ovog rada je da se napravi pregled pozitivnopravnih i doktrinarnih, kao i rešenja predviđenih u arbitražnoj praksi, kako bi se pronašla ona rešenja koja su najpovoljnija za određivanje merodavnog prava za ovu vrstu ugovora. U radu se predlaže korišćenje principa karakteristične obaveze i principa najbliže veze, zatim određivanja merodavnog prava za pojedine imenovane ugovore koji su u sastavu ugovora o konzorcijumu i konačno, određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu kao akcesorni pravni posao.*

**Ključne reči:** *Ugovori sa međunarodnim elementom. – Ugovor o konzorcijumu. – Merodavno pravo. – Odsustvo izbora ugovornih strana. – Princip najbliže veze.*

### 1. UVOD

Ugovor o konzorcijumu je ugovor koji podrazumeva privremeno grupisanje privrednih društava koja su na poseban način međusobno organizovana, bez nastanka novog privrednog subjekta i uz predstavljanje konzorcijuma od strane jednog privrednog društva – člana konzorcijuma koji postaje nosilac konzorcijuma.<sup>1</sup> Prisustvo inostranog

\* Autorka je saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, [bojana.ristic@gmail.com](mailto:bojana.ristic@gmail.com).

\*\* Ovaj rad je deo master rada „Određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu“ koji je odbranjen na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, 2016. godine.

1 V. Stojilković, *Ugovor o konzorcijumu*, Beograd 1997, 24.

elementa u subjektima konzorcijuma kao pravnog odnosa ili u radnji koja je predmet ugovora o konzorcijumu, dovodi do nastanka međunarodnog konzorcijuma.

Jedno od pitanja koje može da se postavi jeste kakav je odnos između ugovora o *joint venture*-u i ugovora o konzorcijumu – da li je ugovor o *joint venture*-u isto što i ugovor o konzorcijumu ili između njih postoji drugačiji odnos. Ugovor o *joint venture*-u ili ugovor o zajedničkom poduhvatu je ugovor o saradnji između privrednih društava usmeren ka ostvarivanju određenog cilja. S obzirom na to da se ugovor o *joint venture*-u mnogo češće javlja i da je detaljnije regulisan od ugovora o konzorcijumu, odgovor na ovo pitanje će odrediti da li je moguća shodna primena pravila o ugovoru o *joint venture*-u na ugovor o konzorcijumu. Prema nekim autorima, može se smatrati da je ugovor o konzorcijumu vrsta ugovora o *joint venture*-u, čak i da su te dve vrste ugovora sinonimi, te da se pravila koja se odnose na ugovor o *joint venture*-u, mogu shodno primenjivati i na ugovor o konzorcijumu.<sup>2</sup> Najčešći zaključak je da je odnos ugovora o *joint venture*-u i ugovora o konzorcijumu u stvari odnos opšteg, generičnog pojma koji obuhvata različite oblike saradnje među privrednim društvima radi ostvarivanja zajedničkog cilja, sa jedne strane, i posebnog pojma. Shodno prethodno navedenom, ugovor o konzorcijumu je poseban vid, odnosno oblik u kome se ispoljava ugovor o *joint venture*-u,<sup>3</sup> pa smatramo da nema razloga da se na ugovor o konzorcijumu ne primenjuju opšta pravila koja važe za ugovor o *joint venture*-u.

Neki od osnovnih razloga sve učestalijeg zaključivanja ugovora o konzorcijumu su fleksibilnost ove forme udruživanja privrednih društava i sve zahtevnije potrebe međunarodnog prometa robe i usluga, koje se na najcelishodniji način mogu ostvariti upravo saradnjom privrednih društava putem konzorcijuma. Do zaključivanja ugovora o konzorcijumu najčešće dolazi u situacijama izgradnje velikih investicionih objekata, kada je neophodno izvođenje složenih i komplikovanih radova, zatim prilikom obavljanja delatnosti istraživanja, razvoja,

---

2 R. Charles Wolf, *The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts*, Wolters Kluwer Law & Business 2011, 37; L. Edwards, R. Barnes, *Professional Services Agreements*, Thomas Telford Publishing 2000, 94; UNCITRAL, *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, New York 1988, 18.

3 V. Stojilković, *op. cit.*, 26–27.

proizvodnje, konkurisanja za javne nabavke i slično, kada je nerealan očekivati da jedan subjekt sam izvrši potrebne radove i usluge, te postoji potreba za povezivanjem sa drugim privrednim društvima. Na taj način, dolazi do raspodele rizika u slučaju neuspeha zajedničkog poduhvata, dolazi do udruživanja i kombinovanja finansijskih sredstava i razmene tehnologije, kao i eventualnog prodora na tržište koji privredna društva pojedinačno ne bi mogla da ostvare. Pored toga, određeni politički razlozi mogu biti motiv za nastanak konzorcijuma, pre svega u situacijama sa elementom inostranosti, kada je od strane države u kojoj se data delatnost obavlja, za dobijanje dozvole za obavljanje neke delatnosti ili prihvata ponude, neophodno povezivanje sa domaćim privrednim društvima.

Kada su u pitanju ugovori o konzorcijumu sa međunarodnim elementom, jedno od osnovnih pitanja koje se u praksi javlja jeste pitanje određivanja merodavnog prava. Problem kod određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu je pravna neregulisanost ove vrste ugovora, kako u supstancijalnom pravu, tako i u kolizionom pravu. Ugovor o konzorcijumu je u većini nacionalnih prava neimenovan, mešoviti i složen ugovor, te ne čudi da su njegova pravna priroda i rešenja određenih pravnih pitanja koja se javljaju, uglavnom utvrđeni kroz stavove sudske i arbitražne prakse i pravne doktrine. To sa sobom povlači i posledicu da kolizione norme nacionalnih prava, ali i određenih međunarodnih instrumenata, retko izričito određuju koje je merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu u slučaju odsustva izbora ugovornih strana.

Cilj ovog rada je da napravi pregled domaćih i međunarodnih pozitivnopravnih izvora koji sadrže kolizione norme koje mogu da se primene na ugovor o konzorcijumu, kao i pregled stavova pravne doktrine i arbitražne prakse povodom ovog pitanja, i da na osnovu iznetog predloži kako bi se u slučaju nastanka spora iz ugovora o konzorcijumu moglo odrediti merodavno pravo.

## 2. ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVOR O KONZORCIJUMU

Treba naglasiti da ugovorne strane kod ugovora o konzorcijumu (kao jednoj vrsti ugovora o saradnji) često koriste mogućnost izbora

merodavnog prava.<sup>4</sup> Takođe, model-ugovori o konzorcijumu (npr. model-ugovor Međunarodnog trgovinskog centra, zatim model-ugovor Evropske unije – *DESCA Horizon 2020 Model Consortium Agreement*, za projekte u oblasti istraživanja i inovacije, kao i na njemu zasnovan model-ugovor Lige evropskih istraživačkih univerziteta (*LERU*) ili model-ugovor Međunarodne trgovinske komore) koji stoje ugovornim stranama na raspolaganju, gotovo uvek sadrže klauzulu o izboru merodavnog prava.<sup>5</sup> Kod ugovora o saradnji, pa samim tim i ugovora o konzorcijumu, osnovna preporuka je da izabrano pravo bude dostupno, a pravni sistem kome te odredbe pripadaju bude transparentan i stabilan.<sup>6</sup> U svakom slučaju, ugovorne strane treba da vode računa o tome da li je izabrano pravo dovoljno fleksibilno da reguliše ugovor o konzorcijumu i njegove specifične odredbe, kao i o tome da li je dovoljno blisko ugovornim stranama u smislu korišćene terminologije i pravnih instituta.<sup>7</sup> Praksa je pokazala da ugovorne strane kod ugovora o konzorcijumu najčešće biraju ono pravo koje detaljno reguliše neku oblast sa kojom je ugovor o konzorcijumu u vezi, zatim pravo onog tržišta koje je najveće za određeni proizvod ili uslugu, a često je izbor prava vezan i za nadležnost foruma.<sup>8</sup> Takođe, neki od motiva za izbor merodavnog prava kod ugovora o konzorcijumu su i pripadnost najvećeg broja ugovornih strana određenoj državi ili pripadnost one ugovorne strane čija ugovorna obaveza je najveća.<sup>9</sup>

Kada u ugovoru o konzorcijumu nije izabrano merodavno pravo, neophodno je pronaći drugi način za određivanje merodavnog prava. Problem nastaje zbog toga što se ni u jednom primarnom izvoru prava relevantnom za ugovore sa međunarodnim elementom ne definišu

---

4 R. Dotewall, „Choice of Law Rules for International Cooperative Agreements“, *Stockholm Institute for Scandinavian Law* 1957–2009, 115.

5 International Trade Center, „ITC Contractual Joint Venture Model Agreements“, *Trade Law Series*, Geneva 2004, 26, 105; DESCA (Development of a Simplified Consortium Agreement) for Horizon 2020, March 2016, 37; LERU Model Consortium Agreement based on DESCA-Horizon 2020 Model Consortium Agreement, Version 1, February 2014, 25; Draft ICC Model Consortium Agreement, October 2015, 32.

6 G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press 2014, 138.

7 International Trade Center, *op. cit.*, 60.

8 R. Dotewall, *op. cit.*, 116.

9 Draft ICC Model Consortium Agreement, *op. cit.*, 6.



precizno pravila koja bi važila za ugovor o konzorcijumu. Dakle, ni u našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona,<sup>10</sup> ni u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu,<sup>11</sup> kao ni u Prvoj rimskoj uredbi,<sup>12</sup> niti Interameričkoj konvenciji o merodavnom pravu za međunarodne ugovore,<sup>13</sup> ne postoje pravila za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ovu vrstu ugovora.

Jedno od mogućih rešenja jeste da se ugovor o konzorcijumu kvalifikuje kao ugovor o pružanju usluga. Prema pasusu 17 uvodnog obrazloženja Prve rimske uredbe, ugovor o pružanju usluga (kao jedan od ugovora za koga je u čl. 4 st. 1 ove uredbe eksplicitno utvrđeno kako se određuje merodavno pravo u odsustvu izbora) obuhvata i ugovor o *joint venture*-u, pa bi se merodavno pravo za ovaj ugovor određivalo na isti način kao i za ugovor o pružanju usluga, dakle primenjivalo bi se pravo redovnog boravišta davaoca usluge. Kako se u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, primenjuju isti principi za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora, može se reći da bi se i prema njegovom čl. 146 st. 1 tač. v), na ugovor o konzorcijumu primenjivalo pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno boravište davaoca usluge. Pri tome bi se pojam usluge morao tumačiti u širem smislu tako da obuhvata različite vrste usluga, odnosno da podrazumeva bilo koji rad koji jedno lice obavlja za drugo.<sup>14</sup> Kod ovakvog tumačenja javlja se problem zbog toga što se kod ugovora o konzorcijumu ne zna ko je pružalac usluge, odnosno, uglavnom ih ima više, te je ovakvo rešenje neodgovarajuće za određivanje merodavnog prava. Upravo iz ovog razloga, na ugovor o konzorcijumu bi se morao primeniti princip određivanja merodavnog prava korišćenjem principa karakteristične obaveze.<sup>15</sup>

10 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 49/96.

11 Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu – Nacrt ZMPP, jun 2014, dostupno na <http://www.mpravde.gov.rs>.

12 Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I) – Prva rimska uredba, *Službeni glasnik Evropske unije*, br. L 177/10 od 4. jula 2008. godine.

13 Interamerička konvencija o merodavnom pravu za međunarodne ugovore od 17. marta 1994. godine – Interamerička konvencija.

14 F. Ferrari, S. Leible (eds.), *Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, Sellier 2009, 38.

15 Z. Tang, „Law applicable in the absence of choice: The New Article 4 of the Rome I Regulation“, *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 5, 2008, 792–793.

Još jedna mogućnost jeste da se u situacijama kada se konzorcijum formira radi stranog ulaganja, ugovor o konzorcijumu posmatra kao ugovor o stranom ulaganju, te da se shodno tome određuje i merodavno pravo. Stranom ulaganju po pravilu prethodi zaključenje određene vrste ugovora, a najčešće su u pitanju ugovor o konzorcijumu, ugovor o osnivanju privrednog društva, ugovor o kupoprodaji, ugovor o koncesiji, ugovor o izgradnji i upravljanju objektom infrastrukture, itd.<sup>16</sup> Trenutno važeći zakon, Prva rimska uredba i Interamerička konvencija ne daju eksplicitno rešenje za problem određivanja merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o stranom ulaganju, ali Nacrt našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu predstavlja novinu u tom pogledu. U čl. 146 st. 1 tač. s) predviđa se da je za ugovor o stranom ulaganju merodavno pravo države u koju je izvršeno strano ulaganje.<sup>17</sup> U kontekstu ugovora o konzorcijumu koji predstavlja strano ulaganje, to će u najvećem broju slučajeva biti pravo one države u kojoj se izvršava glavni posao zbog koga je ugovor o konzorcijumu i zaključen. Problem sa ovim rešenjem je to što ono ne može da se primenjuje na svaki ugovor o konzorcijumu, već samo na onaj koji predstavlja strano ulaganje.

Na osnovu prethodno prikazanog, može se reći da nijedno od navedenih rešenja nije u celosti zadovoljavajuće. U narednom odeljku biće prikazana druga rešenja za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o konzorcijumu. U pitanju su rešenja do kojih se dolazi tumačenjem određenih primarnih izvora, pravne doktrine i sudske i arbitražne prakse.

### *2.1. Princip karakteristične obaveze i princip najbliže veze*

Da bi se odredilo merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu u nedostatku izbora ugovornih strana, treba primeniti opšta pravila koja važe za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora i to ona pravila koja važe za ugovore za koje zakonodavac nije unapred odredio pravila za određivanje merodavnog prava.

U našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona, važi pravilo da se primenjuje pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebi-

---

16 M. Stanivuković, P. Đundić, *Međunarodno privatno pravo, posebni deo*, Novi Sad 2015, 40–41.

17 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 1 tač. s).

valište, odnosno sedište ponudioca.<sup>18</sup> Ovo pravilo se ne može primeniti na ugovor o konzorcijumu zbog toga što je kod ove vrste ugovora po pravilu teško odrediti ko je ponudilac.

Sa druge strane, u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, kao i u Prvoj rimskoj uredbi, kao osnovni princip u ovakvim situacijama koristi se princip karakteristične obaveze.<sup>19</sup> To znači da se na ovakve ugovore primenjuje pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno/redovno boravište nosioca karakteristične obaveze iz ugovora. Kao što je napomenuto u prethodnim odeljcima, ovo je najčešći način određivanja merodavnog prava u odsustvu izbora ugovornih strana: kao merodavno pravo određuje se pravo dužnika karakteristične obaveze iz ugovora. Međutim, što je ugovor složeniji, to je teže odrediti karakterističnu obavezu.<sup>20</sup> Kao smernica pri određivanju karakteristične obaveze kod složenih ugovora, odnosno u situacijama kada u ugovoru ima puno prava i obaveza koje mogu biti karakteristične, tj. kada one spadaju u više vrsta pojedinačnih ugovora, može se koristiti pravilo koje je navedeno u pasusu 19 uvodnog obrazloženja Prve rimske uredbe. Tamo se navodi da je neophodno odrediti šta je središte ugovornog odnosa (*center of gravity*). Kako bi to odredio, sud, odnosno forum koji rešava spor, mora da uzme u obzir prirodu ugovora, kao i njegovu osnovnu svrhu, socijalno-ekonomsku funkciju i obaveze koje ga razlikuju od ostalih vrsta ugovora.<sup>21</sup> Važno je napomenuti da strana koja ima više ugovornih obaveza u ugovoru ne mora nužno da bude nosilac karakteristične obaveze, u smislu toga da njene obaveze predstavljaju automatski središte datog ugovornog odnosa.<sup>22</sup> Slično rešenje može se naći i u švedskom pravu za neregistrovana partnerstva, gde se predviđa da je merodavno pravo one države gde se nalazi primarni fokus aktivnosti, odnosno gde je centar poslovnih aktivnosti datog ortakluka, odnosno ugovora o saradnji.<sup>23</sup> Autor ovog rada je stava da je ovo rešenje prihvatljivo, ali nedovoljno predvidivo

18 ZRSZ, čl. 20 st. 1 tač. 20.

19 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 2; Prva rimska uredba, čl. 4 st. 2.

20 F. K. Juenger, „The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, No. 2, Spring 1994, 386; Z. Tang, *op. cit.*, 786.

21 Z. Tang, *op. cit.*, 795.

22 *Ibid.*

23 R. Dotewall, *op. cit.*, 117.

za ugovorne strane i, takođe, da daje isti rezultat kao i princip najbliže veze, te će prednosti i mane ovakvog načina određivanja merodavnog prava biti detaljnije prikazane u delu teksta koji se odnosi na princip najbliže veze.

Takođe, karakteristična obaveza bi se mogla utvrditi i kao obaveza one ugovorne strane koja je opterećena većim rizikom. Naime, ako je pravilo da je kod ugovora gde su obe činidbe novčane, merodavno pravo one ugovorne strane čija je činidba opterećena većim rizikom,<sup>24</sup> koristeći metod analogije, i u situacijama kada imamo dve ili više nenovčane obaveze (kao što je to najčešće slučaj kod ugovora o konzorcijumu), merodavno pravo bi bilo pravo one ugovorne strane čija nenovčana činidba je opterećena većim rizikom. Ovo rešenje je manje prihvatljivo zbog toga što je u većini slučajeva teško uporediti nenovčane obaveze i odrediti koja je opterećena većim rizikom.

Kada karakteristična obaveza ne može da se utvrdi, pribegava se primeni onog prava sa kojim je ugovor u najbližoj vezi.<sup>25</sup> To je pravilo koje je na izvestan način inkorporisano i u našem Zakonu o rešavanju sukoba zakona gde je propisano da se pravila određena u čl. 20 primenjuju samo ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo.<sup>26</sup> Isto pravilo određeno je i u Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, kao i u Prvoj rimskoj uredbi, gde je predviđeno da ako merodavno pravo ne može da se odredi na drugačiji način, primenjuje se ono pravo sa kojim je taj ugovor u bitno bližoj, odnosno, najbližoj vezi.<sup>27</sup> Kod Interameričke konvencije javlja se situacija da je princip najbliže veze u stvari osnovni metod za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora, te se princip karakteristične obaveze ni ne pominje kao način određivanja merodavnog prava.<sup>28</sup>

Prema nekim autorima, kod ugovora za koje nije moguće odrediti merodavno pravo putem principa karakteristične obaveze, primenjuje se direktno princip najbliže veze.<sup>29</sup> Jedan od takvih ugovora je i

---

24 M. Draškić, M. Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd 2005, 106.

25 F. Ferrari, S. Leible, *op. cit.*, 45.

26 ZRSZ, čl. 20, st. 1.

27 Nacrt ZMPP, čl. 146 st. 4; Prva rimska uredba, čl. 4 st. 4.

28 Interamerička konvencija, čl. 9.

29 M. Stanivuković, „Reform of Conflict Rules for Contracts in Serbia and the European Union Law Model“, *Private Law Reform in South East Europe: li-*

ugovor o *joint venture*-u, odnosno ugovor o konzorcijumu.<sup>30</sup> Kod ovog ugovora treba uzeti u obzir sve relevantne faktore kao što su sedište, odnosno redovno boravište ugovornih strana, mesto pregovora, mesto zaključenja i ispunjenja ugovora, jezik ugovora, valutu plaćanja (ukoliko je određena u ugovoru), a takođe je poželjno uzeti u obzir i blisku vezu sa nekim drugim ugovorom.<sup>31</sup> Pri tome, ukoliko se pokaže da bilo koji od ovih faktora ima makar i malu prevagu u odnosu na ostale, tom pravu treba dati prednost kao pravu najbliže veze.<sup>32</sup>

Shodno tome, kada je u pitanju određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu u odsustvu izbora ugovornih strana, a koristeći primarni i najčešće korišćeni princip karakteristične obaveze, i njemu alternativni, princip najbliže veze, može se zaključiti da se u suštini dolazi do sličnog rešenja – potrebno je pronaći težište ugovornog odnosa. Jedna mogućnost bi bila da se težište tog ugovornog odnosa posmatra preko osnovnog ugovora (tj. glavnog ugovora, zbog koga se konzorcijum i uspostavlja), pri čemu bi se merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu dovelo u vezu sa merodavnim pravom za glavni ugovor. Ukoliko okolnosti slučaja to omogućavaju, druga opcija bi bila da se kao središte ugovornog odnosa posmatra mesto izvršenja glavnog ugovora. U tom slučaju bi pravo te države bilo merodavno. Dodatna mogućnost bi bila da se za težište ugovora o konzorcijumu uzme sedište nosioca konzorcijuma i da se shodno tome kao merodavno pravo odredi pravo sedišta one ugovorne strane koja je nosilac konzorcijuma, odnosno koja je vodeće privredno društvo u konzorcijumu. Zbog čega ovakvo rešenje? Jedan od osnovnih elemenata ugovora o konzorcijumu jeste određivanje onog privrednog društva koje će biti nosilac konzorcijuma i koje će predstavljati konzorcijum u odnosu sa trećim licima, naročito ugovornim stranama iz osnovnog pravnog posla zbog kog je konzorcijum i formiran. Stoga, ovo privredno društvo, odnosno ova ugovorna strana, *de facto* (a moglo bi se reći i *de iure*) ima najznačajniju ulogu u ugovoru o konzorcijumu i u izvršenju glavnog ugovora, te bi se kao centar aktivnosti konzorcijuma i kao najbliža veza, moglo posmatrati pravo njegovog/njenog sedišta.

---

*ber amicorum Christa Jessel-Holst* (eds. Mirko Vasiljević *et al.*), Pravni fakultet, Beograd 2010, 446.

30 F. Ferrari, S. Leible, *op. cit.*, 49.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

## 2.2. Merodavno pravo za imenovane ugovore koji su deo ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora

Ugovor o konzorcijumu je mešoviti ugovor koji predstavlja kombinaciju elemenata više prostih ugovora. U okviru ovog ugovora, možemo razlikovati prestacije iz ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu i iz ugovora na osnovu kojeg se obavlja delatnost konzorcijuma (npr. ugovora o delu ako je u pitanju izgradnja nekog objekta). Prestacije iz ugovora o ortakluku se javljaju jer ugovor između stranaka obezbeđuje nastanak i postojanje zajednice interesa radi postizanja cilja, dok se prestacije iz ugovora o nalogu javljaju jer jedna od stranaka ima svojstvo vodećeg privrednog društva (nosioca konzorcijuma), koje je nalogoprimac i koje ima ovlašćenje da preduzima određene poslove za račun konzorcijuma, u odnosu na ostale članove konzorcijuma kao nalogodavce. Prestacije iz ugovora o vršenju određenih usluga ili radova javljaju se preko odnosa stranaka prema aktivnosti kojima se ostvaruje svrha konzorcijuma.<sup>33</sup>

Koristeći ove karakteristike ugovora o konzorcijumu, moglo bi se reći da bi u određenim slučajevima, kada merodavno pravo ne može da se odredi pomoću principa karakteristične obaveze ili principa najbliže veze jedno od rešenja bilo sledeće: u zavisnosti od aspekta ugovora o konzorcijumu u kojem se spor javio, merodavno pravo bi moglo biti ono pravo koje je merodavno za pojedinačni imenovani ugovor koji ulazi u sastav ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora, a u pogledu koga je spor nastao. To bi značilo, na primer, da ukoliko spor nastane u pogledu odnosa između članova konzorcijuma i nosioca konzorcijuma, a posmatrajući taj odnos kao ugovor o nalogu, merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu bi bilo zapravo merodavno pravo za ugovor o nalogu. Ista situacija bi bila i kada bi se spor javio vezano za ispunjenje obaveza članova konzorcijuma, kada bi se moglo primeniti pravo merodavno za ugovor o vršenju određenih usluga, ugovor o delu ili na primer, ugovor o građenju. Ovaj metod bi bio povoljniji zato što su neki ugovori koji ulaze u sastav ugovora o konzorcijumu često eksplicitno regulisani kolizionim normama i primena principa karakteristične obaveze i najbliže veze na te ugovore ne ostavlja mnogo prostora za nedoumice i dileme.

---

33 V. Stojilković, *op. cit.*, 159.

Rešenje koje je izloženo u ovom odeljku je najmanje prihvatljivo rešenje od svih koja su izložena u ovom radu. Njegova prednost jeste to što omogućava raščlanjivanje pravnog odnosa i određivanje merodavnog prava za svaki aspekt odnosa ponaosob, pa samim tim pokušava da odredi najbližu vezu u najvećoj meri u odnosu na druga izložena rešenja. Autor ovog rada naglašava da je problem sa ovakvim načinom određivanja merodavnog prava to što će u mnogim situacijama biti sporno da li određeno pitanje spada u polje primene ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu ili ugovora o delu/pružanju usluga (pri čemu se nekad može dovesti u pitanje da li ugovor o delu/pružanju usluga uopšte predstavlja element ugovora o konzorcijumu ili je to predmet glavnog ugovora zbog koga se konzorcijum formira). Takođe, neki od ovih ugovora, tj. pre svega ugovor o ortakluku, sami po sebi su neregulirani, jer pravni izvori ne određuju merodavno pravo u odsustvu izbora za tu vrstu ugovora, te nastaje začarani krug prilikom određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu. Pored navedenog, problem se javlja ukoliko spor nastane u pogledu više aspekata ugovora o konzorcijumu, zato što bi se primenom ovog metoda došlo do cepanja ugovora, pa bi se na taj način narušilo materijalno jedinstvo ugovora.

### 2.3. Merodavno pravo za akcesorni pravni posao

Ugovor o konzorcijumu može da se posmatra i kao akcesorni pravni posao. Ovaj ugovor nastaje tako što se privredna društva međusobno obavezuju da udruže rad ili sredstva radi ostvarenja određenog zajedničkog poduhvata, koji je predmet zasebnog ugovora sa naručiocem tog glavnog posla. Dakle, konzorcijum nastaje kako bi se obavio određeni posao iz glavnog ugovora sa naručiocem datog posla. Samim tim, glavna, i najčešće, jedina svrha konzorcijuma jeste obavljanje datog posla, što dalje znači da je ugovor o konzorcijumu akcesorni pravni posao u odnosu na osnovni ugovor sa naručiocem, kao glavni pravni posao. Prema definiciji koja je data u *Black's Law Dictionary*, osnovni ugovor je onaj koji postoji nezavisno od drugih ugovora i sam je sebi svrha, dok je akcesorni ugovor onaj koji postoji radi izvršenja osnovnog ugovora.<sup>34</sup> Prema domaćoj definiciji, akcesorni, odnosno sporedni ugovor može se definisati kao sporazum stranaka koji služi samo izvršenju nekog već postojećeg ugovora (glavnog ugovora).<sup>35</sup> Ako se prihvati ova

34 Vid. <https://thelawdictionary.org/principal-and-accessory/>, 15. avgust 2016. godine.

35 *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1979, 1352.

definicija, onda ugovor o konzorcijumu možemo posmatrati kao akcesorni pravni posao. Istina je da ovaj ugovor formalno gledano ne deli pravnu sudbinu osnovnog ugovora, ali je isto tako tačno da je svrha njegovog postojanja neraskidivo vezana za postojanje osnovnog ugovora.

Kako bismo pokazali da je ugovor o konzorcijumu ugovor privremenog karaktera, koji nastaje radi ispunjenja jedne tačno određene svrhe koja je predmet glavnog ugovora, navešćemo neke primere iz domaćeg zakonodavstva. Treba napomenuti da se u domaćim zakonima ne koristi uvek termin „konzorcijum“ kao takav, ali se tumačenjem odredaba, može doći do zaključka da je reč o konzorcijumu. Prvi primer je Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, u čijem čl. 16 st. 1 se pominje „formiranje konzorcijuma *radi učešća u postupku dodele javnog ugovora*“.<sup>36</sup> Na osnovu prethodno navedenog vidimo da konzorcijum nastaje isključivo i samo radi jedne svrhe, a to je učešće u postupku dodele javnog ugovora. Takođe, u Zakonu o javnim nabavkama u čl. 81 st. 4, navodi se da se „ponuđači iz grupe međusobno i prema naručiocu obavezuju na *izvršenje javne nabavke*“, što znači da je svrha udruživanja (konzorcijuma, iako se ne koristi eksplicitno taj termin), izvršenje javne nabavke.<sup>37</sup> Zakon o privatizaciji izričito predviđa da „domaća ili strana pravna ili fizička lica mogu da se udruže *radi kupovine subjekta privatizacije ili strateškog partnerstva* (u daljem tekstu: Konzorcijum)“<sup>38</sup>, što podrazumeva da je jedina svrha konzorcijuma kupovina subjekta privatizacije kao glavnog posla. Pored toga, prema nekim izvodima iz domaće sudske prakse, potvrđeno je da je ugovor o udruživanju u vidu konzorcijuma neraskidivo vezan sa osnovnim ugovorom. Na primer, u jednom rešenju Vrhovnog suda Srbije u kome je bila u pitanju primena Zakona o privatizaciji, rečeno je da je ugovor o konzorcijumu neraskidivo vezan sa ugovorom o kupovini društvenog kapitala metodom javne aukcije, te da je ugovor o konzorcijumu faktički sastavni deo ugovora o kupoprodaji društvenog kapitala i da se radi o akcesornom ugovoru koji zavisi od sudbine ugovora o kupoprodaji društvenog kapitala metodom javne aukcije.<sup>39</sup>

36 Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2011 i br. 15/2015, čl. 16 st. 1.

37 Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 124/2012, br. 14/2015 i br. 68/2015, čl. 81 st. 4.

38 Zakon o privatizaciji, *Službeni glasnik RS*, br. 83/2014, br. 46/2015, br. 112/2015 i br. 20/2016, čl. 12 st. 2.

39 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, poslovni broj Prev. 32/2007 od 5. jula 2007. godine.



Ako se pravna priroda ugovora o konzorcijumu odredi na ovaj način, prilikom određivanja merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu u odsustvu izbora ugovornih strana, postoji još jedna opcija – da se merodavno pravo određuje koristeći akcesornost ovog ugovora.

Jedna mogućnost određivanja merodavnog prava na osnovu akcesornosti ugovora o konzorcijumu je u stvari određivanje merodavnog prava koristeći princip najbliže veze, u slučajevima kada ne može da se odredi karakteristična obaveza u ugovoru. Prema nekim autorima, jedna od mogućih smernica za određivanje najbliže veze jeste činjenica da li ugovor ima neke veze sa nekim drugim ugovorom, odnosno ugovorima.<sup>40</sup> Osnovni razlog za ovakvo uputstvo ogleda se u tome što je prilikom određivanja merodavnog prava poželjno da se primenjuje jedno pravo na ceo pravni posao, umesto da se na povezane poslove primenjuje više različitih prava.<sup>41</sup> Naravno, u ovakvim situacijama, postavlja se pitanje kada su ugovori dovoljno povezani da bi se ovo pravilo moglo primeniti – smatra se da je u situacijama u kojima postojanje jednog posla zavisi od postojanja drugog, ovaj uslov ispunjen, te se na sporedni pravni posao primenjuje pravo koje je merodavno za glavni pravni posao.<sup>42</sup> Smatramo da se na osnovu svega navedenog može smatrati da je ugovor o konzorcijumu sporedni pravni posao u odnosu na glavni pravni posao zbog koga je nastao, te da se kao merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu može odrediti pravo koje je merodavno za glavni pravni posao.

Takođe, ako ugovor o konzorcijumu posmatramo kao akcesorni pravni posao, onda na njega mogu da se primene kolizivne norme koje određuju merodavno pravo za akcesorni pravni posao. U domaćem zakonodavstvu to je čl. 25 Zakona o rešavanju sukoba zakona, koji predviđa da se na akcesorni pravni posao, ako nije drugačije određeno, primenjuje pravo merodavno za glavni pravni posao.<sup>43</sup> U Nacrtu našeg novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu nalazi se slična odredba koja propisuje da se, ukoliko stranke nisu izabrale merodavno pravo, na akcesorni pravni posao primenjuje pravo merodavno za glavni pravni posao.<sup>44</sup> Treba napomenuti da u Prvoj rimskoj uredbi i

40 Z. Tang, *op. cit.*, 798.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, 799.

43 ZRSZ, čl. 25.

44 Nacrt ZMPP, čl. 156.

Interameričkoj konvenciji ne postoji izričita odredba koja se odnosi na pitanje određivanja merodavnog prava za akcesorni pravni posao. Izloženo rešenje je prema mišljenju autora ovog rada manje prihvatljivo zbog toga što ne postoji sigurnost da bi teorija o ugovoru o konzorcijumu kao akcesornom pravnom poslu bila priznata kao u potpunosti ispravna. Prema nekim mišljenjima, akcesorni pravni posao je onaj pravni posao koji je neraskidivo vezan za glavni pravni posao i pri tome deli njegovu pravnu sudbinu. Autor ovog rada je prikazao zbog čega smatra da akcesorni pravni posao može da bude i onaj pravni posao koji je neraskidivo vezan za glavni pravni posao, ali ne deli njegovu pravnu sudbinu (kao što je to slučaj sa ugovorom o konzorcijumu). Međutim, kako se primenom teorije o akcesornom pravnom poslu dolazi do istog rešenja kao i kada se određuje merodavno pravo na osnovu principa najbliže veze, ako je to veza sa merodavnim pravom za glavni ugovor (tj. u oba slučaja je merodavno pravo koje je merodavno za glavni ugovor), smatramo da forumi koji rešavaju sporove iz ovog ugovora ne moraju da uzmu u obzir teoriju o akcesornom pravnom poslu kao prihvatljivu.

Primeru radi, arbitražna praksa pokazuje da su u pojedinim slučajevima arbitri bili skloni da kao merodavno pravo u slučaju ugovora o konzorcijumu primene isto ono pravo koje je merodavno za glavni ugovor<sup>45</sup>, dok su u drugim slučajevima smatrali da bez jasne indikacije koja bi ukazivala suprotno, nije primereno na ugovor o konzorcijumu primeniti isto pravo kao i na glavni ugovor, već je neophodno odrediti težište ugovornog odnosa i na osnovu toga odrediti merodavno pravo.<sup>46</sup>

U prvom slučaju, ugovor o izvođenju radova je bio zaključen između *joint venture* entiteta X, koji se sastojao od francuskog privrednog društva A, njegove 100% ćerke-firme B i dva egipatska privredna društva C i D, sa jedne strane i egipatskog privrednog društva, sa druge strane. Ugovor se odnosio na izvođenje određenih građevinskih radova u Egiptu i izabrano je egipatsko pravo kao merodavno pravo. Kada se pojavio spor povodom određenih pitanja iz glavnog ugovora, francusko privredno društvo A i njegova ćerka-firma B, podneli su zahtev za arbitražu protiv egipatskog privrednog društva, naručioca posla. U međuvremenu, privredna društva A i B su raskinula ugovor o *joint venture*-u

---

45 ICC Case No. 5029, Interim Award of 16 July 1986.

46 ICC Case No. 3043, Award of 1978.

sa privrednim društvima C i D zbog neispunjavanja obaveza iz ugovora od strane ovih društava. U sporu koji je iznet na arbitražu tuženi je tvrdio da arbitražni sud nema nadležnost zbog toga što francuska privredna društva A i B nemaju aktivnu legitimaciju, s obzirom na to da nemaju posebno ovlašćenje od strane drugih članova *joint venture*-a. Kao merodavno pravo za pitanje aktivne legitimacije, arbitražno veće je odredilo egipatsko pravo, dakle, pravo koje je određeno kao merodavno za glavni ugovor, naglašavajući da pitanje da li jedan član *joint venture*-a može da pokrene arbitražni postupak u ime drugog člana, u slučaju kada je i drugi član takođe povezan sa ugovorom koji je predmet arbitražnog postupka, mora biti rešeno prema pravu koje je merodavno za osnovni ugovor (ugovor koji je predmet arbitraže).<sup>47</sup>

Što se tiče drugog slučaja, kao izvođač u ugovoru o izvođenju određenih radova u Južnoj Africi, određen je konzorcijum koji je imao dva člana – južnoafričko privredno društvo i nemačko privredno društvo. Spor se javio povodom neispunjenja određenih ugovornih obaveza iz ugovora o konzorcijumu od strane nemačkog privrednog društva. Kako je u ugovoru o konzorcijumu utvrđena nadležnost međunarodnog arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore, prvo pitanje koje se pojavilo pred arbitražnim sudom bilo je pitanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu. Iako je tužilac bio stava da je merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu isto pravo koje je merodavno i za glavni ugovor, arbitražni sud je bio drugačijeg mišljenja. Naime, arbitražni sud je smatrao da ugovor o konzorcijumu ne sme da se posmatra kao akcesorni ugovor u odnosu na glavni ugovor o izvođenju radova, i da se bez eksplicitne indikacije koja bi ukazivala na suprotno, ne može smatrati da su stranke želele da podvrgnu ugovor o konzorcijumu istom onom pravu koje je merodavno za glavni ugovor. Jedan od razloga za ovakvo stanovište je i činjenica da su stranke u ovom slučaju odredile različite mehanizme za rešavanje sporova u glavnom ugovoru i u ugovoru o konzorcijumu. Da su odredile isti mehanizam za rešavanje sporova i u jednom i u drugom ugovoru, tada bi bilo opravdano primenjivati isto pravo na oba ugovora. Stoga se arbitražni sud okrenuo određivanju merodavnog prava na drugačiji način, ističući da se merodavno pravo u ovakvim situacijama mora odrediti primenom metoda centra, odnosno fokusa aktivnosti samog konzorcijuma, kako bi se odredilo njegovo „sedište“.<sup>48</sup>

47 ICC Case No. 5029, Interim Award of 16 July 1986.

48 ICC Case No. 3043, Award of 1978.

Problem nastaje ukoliko u glavnom ugovoru nije određeno merodavno pravo. Tada je njega neophodno odrediti na osnovu objektivnih tačaka vezivanja, i to najčešće koristeći princip karakteristične obaveze. Prema tom pravilu, a posmatrajući glavni ugovor kao svojevrsan ugovor o delu između naručioca posla i konzorcijuma kao poslenika, moglo bi se doći do toga da je merodavno pravo u stvari pravo sedišta poslenika, odnosno sedišta konzorcijuma. Međutim, kako konzorcijum nema status pravnog lica, on nema sedište. Smatramo da bi u takvim situacijama trebalo kao sedište konzorcijuma posmatrati ili sedište nosioca konzorcijuma ili neko drugo mesto koje predstavlja težište ugovora o konzorcijumu. Na ovaj način, doduše, nastaje začarani krug zato što se postupak određivanja merodavnog prava vraća na određivanje merodavnog prava za sam ugovor o konzorcijumu i to koristeći princip najbliže veze, te je dovođenje u vezu sa glavnim ugovorom suvišno.

### 3. ZAKLJUČAK

Osnovni problem kada stranke nisu odredile merodavno pravo u ugovoru o konzorcijumu nastaje zbog toga što većina nacionalnih i međunarodnih izvora koji regulišu ovu problematiku ne daju izričito rešenje za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za ugovor o konzorcijumu. Ovi izvori daju odgovor na uopšten način, dakle, za određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora za sve vrste ugovora, pa se ta pravila mogu primeniti i na ugovor o konzorcijumu. Poteškoće nastaju zbog toga što je ugovor o konzorcijumu toliko specifičan da se pojedina pravila ne mogu sa lakoćom i nedvosmisleno na njega primeniti. Međutim, u ovom radu su dati neki predlozi kako bi se merodavno pravo moglo odrediti. Pre svega, forum koji rešava spor treba da pokuša da koristeći princip karakteristične obaveze iz ugovora odredi merodavno pravo. Jedan od načina koji se predlaže jeste da se karakteristična obaveza poistoveti sa težištem ugovornog odnosa i da pravo mesta gde se to težište nalazi postane merodavno. Druga opcija jeste da se kao dužnik karakteristične obaveze posmatra ona ugovorna strana čija je činidba opterećena većim rizikom. Drugi princip koji može da se koristi radi određivanja merodavnog prava jeste verovatno najčešće korišćeni, najmanje sporan i najsigurniji način putem određivanja prava najbliže veze. Može se reći da prilikom određivanja najbliže veze treba uzeti u obzir sve relevantne faktore poput sedišta ugovornih

strana, mesta pregovora, mesta zaključenja i ispunjenja ugovora, jezika ugovora, valute plaćanja, kao i bliske veze ugovora o konzorcijumu sa nekim drugim ugovorom (najčešće glavnim ugovorom zbog koga konzorcijum i nastaje) i najbližu vezu utvrditi sa bilo kojim od ovih faktora koji po značaju odnosi makar i minimalnu prevagu. Predlog autora bi bio da se posebna pažnja obrati na mesto izvršenja glavnog ugovora, odnosno ugovornih obaveza, ili na vezu sa merodavnim pravom za glavni ugovor, te da se u zavisnosti od okolnosti slučaja odredi neko od ovih prava kao merodavno. Takođe, jedan od predloga bi bio da se kao pravo najbliže veze odredi pravo sedišta nosioca konzorcijuma, kao najznačajnijeg i centralnog člana ugovora o konzorcijumu.

Treća mogućnost bila bi da se koristi osobina ugovora o konzorcijumu kao mešovitog ugovora, te da se u zavisnosti od aspekta ugovora (odnosno imenovanog ugovora poput ugovora o ortakluku, ugovora o nalogu ili ugovora o delu) u kojem spor nastane primenjuje ono pravo koje je merodavno za taj pojedinačni imenovani ugovor. Ovo rešenje je prema mišljenju autora ovog rada neprihvatljivo zbog toga što dovodi do problema u koji imenovani ugovor bi sporno pitanje trebalo svrstati, zatim zbog toga što je za pojedine imenovane ugovore u sastavu ugovora o konzorcijumu takođe teško odrediti merodavno pravo, i na kraju, zbog toga što bi u određenim situacijama došlo do cepanja ugovora i samim tim narušavanja materijalnog jedinstva ugovora.

Četvrta mogućnost je da se koristi teorija o ugovoru o konzorcijumu kao akcesornom pravnom poslu s obzirom na to da konzorcijum nastaje isključivo i samo radi izvršenja osnovnog pravnog posla, sa kojim samim tim postaje neraskidivo vezan. Tada će se na ugovor o konzorcijumu primenjivati isto ono pravo koje je merodavno za glavni pravni posao. Izloženo rešenje je manje prihvatljivo zbog toga što ne postoji opšta saglasnost o tome da li je ugovor o konzorcijumu akcesorni pravni posao i zbog toga što je ovo rešenje na izvestan način suviše jer dovodi do istog rezultata kao i metod najbliže veze kada se kao merodavno pravo za ugovor o konzorcijumu određuje pravo merodavno za glavni ugovor.

Na osnovu prethodno navedenog, može se zaključiti da za određivanje merodavnog prava za ugovor o konzorcijumu postoji nekoliko načina, međutim, nijedan nije dovoljno pouzdan, siguran i predvidiv za ugovorne strane. Stoga, s obzirom na specifičnost ove vrste ugovora i njegovu čestu primenu, neophodno bi bilo da se i u nacionalnim i u

međunarodnim izvorima koji regulišu ova pitanja, ugovor o konzorcijumu svrsta u pojedinačne ugovore za koje će zakonodavac unapred odrediti „pravo najbliže veze“, odnosno odrediti koje pravo će biti međunarodno ukoliko stranke nisu napravile takav izbor u svom ugovoru.

*Bojana Ristić, LL.M.*

## APPLICABLE LAW TO CONSORTIUM AGREEMENT IN THE ABSENCE OF CHOICE

### *Summary*

Consortium agreement, often used, but scarcely regulated type of contract, in the field of private international law raises an issue of determining applicable law in the absence of parties' choice of law for the particular contract. The aim of this paper is to make an overview of the solutions given in the positive law, doctrine and arbitration practice, in order to define those which are the most suitable for determining applicable law to consortium agreement. In conclusion, it is suggested that for this purpose the most appropriate is the principle of characteristic performance and close connection, followed by the principle of determining the applicable law to individual contracts which are part of the consortium agreement and finally, determining applicable law to this contract in view of its accessory nature.

Key words: *International contracts. – Consortium agreement. – Applicable law. – Absence of choice of law. – Close connection principle.*

*Dr Angel Ristov\**

*Mr Marjan Kocevski\*\**

## O (NE)ZASTARELOSTI DUGA: PARADOKS U MAKEDONSKOM PRAVU

*Pravna sigurnost je jedan od najznačajnijih uslova za normalno odvijanje pravnog prometa. Ako ista ne postoji, subjekti će apstinirati od pravnog prometa. To će se negativno odraziti na ekonomiju, na razvoj i napredak celog društva. U imovinsko-pravnim odnosima, pravna sigurnost se izražava i preko načela pacta sunt servanda, kojim se podrazumeva da ugovori treba da se ispunjavaju onako kao što su i predviđeni. Ipak, realizacija sadržine dužničko-poverilačkih odnosa ne može da traje neodređeno-neizvesno dugo, u nedogled. Pravna sigurnost traži da se sadržina ovih odnosa ostvaruje u razumnom roku, u čijim je okvirima uključena i pravna zaštita. U suprotnom, ako, proteknu, nakon isteka, zakonom predviđenog roka, nastupa zastarelost – nemogućnost da poverilac prinudno zahteva ispunjenje svojih potraživanja. U ovom radu, autor vrši analizu instituta zastarelosti s ciljem da ukaže na određene nedorečenosti koje se ozbiljno odražavaju na dužničko-poverilačke odnose. Zakonska nedorečenost doprinosi da se u makedonskom pravu pojavi paradoks prema kome dug po osnovu izvršne isprave kod izvršitelja nikada ne može da zastari, za razliku od ubistva i krivičnog gonjenja.*

*Ključne reči: Zastarelost. – Rok zastarelosti. – Izvršenje. – Izvršna isprava.*

Jedna od najznačajnijih reformi urađenih u poslednje dve decenije u pravnom sistemu Republike Makedonije, bila je prenošenje nadležnosti u izvršavanju sudskih odluka i izvršnih isprava od strane suda na izvršitelje. Donošenjem Zakona o izvršavanju<sup>1</sup> 2005 godine, uveden je privatni sistem izvršenja isprava od strane izvršitelja, koju su lica sa

\* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ Skopje, [angelristov@yahoo.com](mailto:angelristov@yahoo.com).

\*\* Autor je notar u Kumanovu i doktorand Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ Skopje, [notarmarjan@yahoo.co.uk](mailto:notarmarjan@yahoo.co.uk).

javnim ovlašćenjima i imenovani od strane ministra pravde. Ovim reformskim zakonom zakonodavac je imao za cilj da rastereti sudove velikog broja izvršnih sudskih predmeta, preko uspostavljanja privatnih izvršilaca očekujući da će izvršavanje biti brže i efikasnije.

U toku svog dvanaesetogodišnjeg postojanja izvršitelji su opravdali očekivanja zakonodavca za bržim i efikasnijim sprovođenjem izvršavanja izvršnih isprava. Za razliku od ranijeg stanja kada je postupak u sudovima trajao godinama, motivisanost izvršitelja značajno je pridonelo da bude skraćeno vreme realizacije izvršnih predmeta. Oni su, u velikoj meri, uticali na povećanje svesti kod građana i finansijsku disciplinu kod pravnih lica za blagovremeno plaćanje obaveza. U tom smislu, pridoneli su stabilnosti i pravnoj sigurnosti u pravnom prometu. I pored impresivnih rezultata naplaćenih milionskih suma potražnje u interesu poverilaca<sup>2</sup>, u poslednje dve godine izvršitelji su bili suočeni sa velikim brojem uvreda i optužbi od strane građana u svojstvu dužnika, kao i njihovih udruženja sa inicijativom za moratorijum izvršenja, reviziju rada, pa čak i njihovo ukidanje.<sup>3</sup> Pojavile su se i inicijative kojim je pozivano na građansku neposlušnost i neplaćanje dugova. U odbranu uloge i značenja izvršitelja nije stala država, a ni poverioci, koji najviše koriste njihove usluge da bi naplatili svoja potraživanja. U ovakvoj negativnoj kampanji, izvršitelji su bili ostavljeni na cedilu i sami sebi da brane svoje stavove i da upoznaju širu javnost sa „drugom stranom“ istine.

Ključni uzrok eskalaciji ovakvim dešavanjima bio je prenošenje ogromnog broja nerealizovanih izvršnih predmeta iz sudskih depoa

- 1 *Službeni list Republike Makedonije*, br. 35/05, 50/06, 129/06, 8/08, 83/09, 50/10, 83/10, 88/10 i 171/10.
- 2 Prema podacima Komore izvršilaca Republike Makedonija, za period od 2006. do 2017. godine, za 12 godina izvršitelji su uspeli efikasno da naplate ukupno 1.115.293.927,38 EUR. Na godišnjem nivou, prosečno za ovih 12 godina, izvršitelji su naplatili više od 92 miliona EUR. Najmanje predmeta je primljeno 2006. godine – 6.335, dok je najviše bilo 2016. – 227.836. Trend naplate potraživanja, prema statističkim podacima, od godine u godinu je u znatnom porastu. Naime ako je 2006. godine bilo naplaćeno 20.217.987 EUR u 2017. godini bilo je naplaćeno rekordnih 166.224.906 EUR.
- 3 U medijima je bilo više emisija posvećenih radu izvršitelja. Neke od njih podsećaju na „realiti emisije“ sa učešćem pogođenih strana uživo deleći svoje priče sa javnošću. I pisani mediji nisu izostali: „Izvršioc i iznad zakona – hoće li im neko zastati na putu“. Ovakvom kampanjom, izvršilačka delatnost je, verovatno, postala najomraženija fela u javnosti. Vid. <https://m.dw.com>, 30.3.2018.



(skladišta i arhiva) na izvršitelje 2012. godine.<sup>4</sup> U javnost su gromoglasno odjeknuli brojni slučajevi gde su za račune i potraživanja za minimalne sume, po osnovu kamata i izvršnih troškova više nego desetostruko bila povećana suma osnovnog duga.<sup>5</sup> U uslovima velikog siromaštva, ovakvi slučajevi su izazvali veliko nezadovoljstvo zbog blokiranih računa i izvršavanja dugova starijih od jedne i dve decenije. Veliki broj građana kao krivca za ovakvo stanje ukazale su na izvršitelje, zaboravljajući da je odavno prošlo vreme socijalizma u kojem je dužnik bio više zaštićen od poverioca! Mnogi od njih su postavili pitanje: „Kako je moguće da ubistvo i krivično gonjenje<sup>6</sup> mogu da zastare, a dug – ne?<sup>7</sup> Kako je moguće da se ovo događa u jednoj državi koja se „deklarativno“ zalaže za vladavinu prava? Podstaknuti ovim pitanjima postavljenim od strane velikog broja građana, kao deo pravne nauke osećamo se društveno i moralno odgovornim da odgovorimo na njih, da bi neke stvari postale jasnije. U pravu još uvek važi stara latinska maksima prema kojoj neznanje šteti pravu i nikoga ne opravdava (*ignorantia iuris nocet et neminem excusat*). Zato u interesu građana

- 4 U 2011. godini iz suda je bilo povučeno i predato izvršiteljima 7.835 predmeta, dok je u 2012. godini ovaj broj iznosio 48.829. Tokom vremena ovaj broj predmeta se smanjuje. U 2013. bilo je preuzeto 1313 predmeta, u 2014. – 4.349 predmeta, u 2015. – 395 predmeta i 2016. – 196 predmeta. U roku od šest godina, u periodu od 2011. do 2016. godine, iz suda je povučeno i dato izvršiteljima ukupno 63.113 predmeta.
- 5 „Za dug od 1 denara, penzioner treba preko izvršioca BEG-a da plati 12.439 denara“. Sadržina ukupnog duga sastojala se od: 277 denara – administriranja; 4.128 denara – izvršne radnje; 400 denara – nagrade; 875 – PDV; 240 denara – materijalni troškovi; 1.534 – advokatski troškovi; i 722 denara – kamata. Vid. <http://sitetel.com.mk> od 29.3.2018 godina. „Izvršitelj naplatio dug za 0 denara“. Vid. <http://kanal5.com.mk>.
- 6 O zastarelosti krivičnog gonjenja vidi čl. 107 iz Krivičnog zakonika RM. O zastarelosti izvršenja kazne vidi čl. 109 Krivičnog zakonika RM.
- 7 U kaznenom pravu zastarelost se izražava kroz dva aspekta: po odnosu krivičnog gonjenja i izvršavanja kazne. Zastarelost krivičnog gonjenja sastoji se u tome što po isteku određenog vremena od izvršenja krivičnog dela izvršioca ne može da se pokrene krivični postupak. Zastarelost izvršenja sankcija sastoji se u tome što istek određenog vremena nakon izricanja kazne ne može da se zahteva njeno izvršenje. Institut zastarelosti, sa aspekta kaznenog prava, opravdava se zbog činjenice da više nije neophodno i opravdano da se pokreće krivični postupak, ili da se izvrši kazna protiv lica koje dugo vremena nije načinilo krivično delo. Time je, lice dokazalo da se popravilo i bez primene krivične sankcije. Više o zastarelosti vidi kod: Đ. Marjanović, *Krivično pravo Opšti deo*, Studentski zbor, Skoplje, 1988, 509–517.

i pravnih lica, još jednom ćemo analizirati pojam i značenje instituta zastarelosti. Pritom, ukazaćemo na nedorečenosti u odnosu na rok zastarelosti potraživanja na osnovu pravosnažne izvršne isprave što u praksi dovodi do situacije da dug u makedonskom pravu nikada ne može da zastari!

## 1. POJAM ZASTARELOST

Vreme je faktor pred kojim i pravo mora da sagne glavu.<sup>8</sup> Zastarelost<sup>9</sup> predstavlja pravnu instituciju koja je povezana sa protokom vremena.<sup>10</sup> To, kao pravni fakat, ima presudnu ulogu u sticanju, menjanju i gubljenju prava.<sup>11</sup> U pravnoj enciklopediji zastarelost je definisana kao „prestanak prava da se zahteva ispunjenje obaveza nakon zakonski predviđenog vremena u kojem je poverilac mogao da traži ispunjenje“.<sup>12</sup> U domaćem pravu prema profesoru Grupčetu „zasta-

8 *Ibid.*, 509.

9 „Zastarelost je gubljenje određenog prava, koje se nije vršilo u zakonski opredeljenom vremenu“ § 1451 iz *Austrijskog građanskog zakonika* iz 1811. „Zastarelost je posebno opredeljenje zakona po kojem jedno lice zbog nečinjenja za neko duže vreme gubi pravo, a drugi samom upotrebom dobija.“ § 922 *Srpski građanski zakonik* iz 1844. „Dug čije podmirivanje ne bude zatražen za vreme koje je zakonom predviđeno za pojedine vidove ugovora, čim to vreme istekne, dug zastareva, pa ne može više od suda da se traži ni glavno ni sporedno.“ čl. 625, st. 1 iz Opšteg imovinskog zakonika Crne Gore.

10 „Vreme je važan faktor u pravu. Radnje pravnog subjekta, njegove izjave volje ostvaruju se i traju u opredeljenom vremenu. Veza između vremena, pravnih subjekata i pravnih činjenica je nesporna i značajna. Vreme je posebno važno u građanskom pravu i vrlo često je povezano sa nastankom, promenama, prestankom i zastarelošću subjektivnih prava.“ A. Džerov, *Graždansko pravo, Obuća čast*, Siela, Sofija, 2003, 501.

11 U prošlosti, u starijim pravima, pod uticajem rimskog prava, postojao je jedinstven pravni institut (*prescriptio*) koji se manifestovao u dve podvrste: akvizitivna ili pridobijajuća zastarelost i ekstinktivna ili gaseća zastarelost. Pod akvizitivnom ili pridobijajućom zastarelošću danas se podrazumeva institut održavanja (*usucapio*) koji omogućuje protok određenog vremena fakteičke vlasti prema jednoj tuđoj stvari da bi se pretvorila u subjektivno stvarno pravo. Ovaj se institut primenjuje u sferi stvarnog prava. Ekstinktivna ili gaseća zastarelost označava gubljenje pravne zaštite nakon isteka opredeljenog vremena. Ovaj se institut primenjuje u okvirima obligacionih odnosa. Vid. A. Grupče, *Imovinsko (Graždansko) pravo, Opšti deo*, Drugo i izmenjeno izdanje, Kultura, Skoplje, 1983, 286.

12 Vid. *Pravni Leksikon*, Savremena administracija, Beograd, 1964, 1077.

relost je institut koji uređuje uslove za gubljenje prava zaštite, ili, kao što se tradicionalno kaže, gubi se pravo tužbe u materijalnom smislu. Prema tome, zastarelost ne dovodi do gubljenja samog prava, već do zaštite toga prava. „Pravo kao takvo ostaje, ali oslabljeno, bez zaštite. To pravo makar da je zastarelo, može i nadalje da se ostvaruje, ali samo dobrovoljno, a ne prisilno.“<sup>13</sup> Na taj način pravna obligacija se pretvara u naturalnu obligaciju. To znači da poverilac nema više ovlašćenja da prinudno ostvari svoje potraživanje. Ali, ukoliko dužnik nije obavezan da vrati dato dužniku, ukoliko on to zatraži. U ovom smeru je i mišljenje prof. Dimitra Pop Georgieva prema kome „ukoliko u propisanom roku sadržina obligacionog odnosa ne bude ostvarena nastupa zastarelost što dovodi do prestanka jednog svojevidnog dela od te sadržine... prestaju pretencija i odgovornost kao elemenat sadržine obligacione obaveze“.<sup>14</sup> Ovo stanovište dele i profesori Gale Galev i Jadranka Dabović Anastasovska, koji ukazuju da „istek vremena na koji zakon insistira, nije sam za sebe dovoljan da izazove neutuživost subjektivnog prava, već da je za to potrebno još i isticanje prigovora od strane dužnika“.<sup>15</sup>

U našem pravu, kao i u savremenima pravima, svako pravo uživa pravnu zaštitu. Ona se stiče sa danom stizanja zahteva. Ali, pravna zaštita se i gubi ukoliko se ne zatraži u zakonski propisanim rokovima.<sup>16</sup> Saglasno odredbama Zakona o obligacionim odnosima<sup>17</sup> iz 2001. godine u članu 349 predviđeno je da: (1) Sa zastarelošću prestaje pravo da se zahteva prisilno ispunjenje obaveze. (2) Zastarelost nastupa kada istekne zakonom opredeljeno vreme u kojem poverilac može da zah-

13 A. Grupče, *op. cit.*, 285–286.

14 D. Pop Georgiev, *Obligaciono pravo*, Univerzitet Kiril i Metodij, Skoplje, 1990, 89.

15 G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Skoplje, 2008, 283. U tom smeru govori i sudija prof. Kiril Čavdar prema kome „posledica se ostvari prisilno preko suda, ukoliko dužnik prigovori na takav zahtev poverioca.“ K. Čavdar, *Zakon o obligacionim odnosima*, Akademik, Skoplje, 2008, 572.

16 Zastarelost je način gašenja obligacije koja nastaje zbog toga što poverilac u određeno vreme nije tražio od dužnika njeno ispunjenje. Sa protekom vremena obligacija prestaje da postoji. Poverilac gubi svoje potraživanje zbog svog pasivnog držanja.“ Lj. Milošević, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1972, 231.

17 *Službeni list Republike Makedonije*, br. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 i 123/13.

teva ispunjene obaveze. (3) Sud ne može da uzme u predvid zastarelost ako se dužnik nije na nju pozvao. Polazeći od zakonskih odredaba, možemo da zaključimo da zastarelost predstavlja (pretencija) gubljenje pravne zaštite sa istekom zakonski predviđenog roka. Za nastupanje zastarelosti potrebno je da budu ispunjena dva uslova (objektivan i subjektivan). Prvo, potrebno je da istekne rok zastarelosti. To je zakonom opredeljeno vreme u kojem poverilac može da zahteva ispunjenje obaveze. I drugo, da bi se proizvelo pravno dejstvo zastarelosti, da se dužnik pozove na istu prigovorom o zastarelosti. To je potrebno iz razloga što sud ne vodi računa o zastarelosti po službenoj dužnosti (*ex officio*). Otuda, ukoliko dužnik dobrovoljno ispuni svoju obavezu koja je zastarela, on ne može da traži vraćanje na ono što je već dato.<sup>18</sup> Na osnovu navedenog može se konstatovati da zastarelost predstavlja gubljenje prava da se traži prisilno ispunjenje obaveze nakon isteka zakonom utvrđenog opredeljenog vremena.

## 2. FUNKCIJE ZASTARELOSTI

Zastarelost predstavlja značajno zakonsko načelo u građanskom pravu, koje ostvaruje više funkcija koje idu u prilog najznačajnije, a to je obezbeđenje pravne sigurnosti u pravnom prometu.<sup>19</sup> Subjektivna prava predstavljaju pravno zaštitni interes od strane države. Ako se jedno subjektivno pravo ne vrši duže vreme od strane njegovog titulara, znači da je on izgubio pravni interes.<sup>20</sup> Onda se postavlja pitanje „da li je to pravo još uvek živo i da li zaslužuje zaštitu“.<sup>21</sup> Država ima interes prava da se vrše od strane njihovih titulara. U suprotnom, zastarelošću im se otkazuje pravna zaštita. Zbog toga, zastarelost ne dozvoljava da se promeni određeno faktičko stanje koje nije bilo osporavano dugo vremena zakasnelim zahtevom za pravnu zaštitu. Ona omogućuje ovakvo stanje da nakon isteka opredeljenog vremena budu legalizovani. U tom smislu, pravom se ističe da kada poverilac „nakon prispeća obaveze iz datog obligacionog odnosa ne pokaže nikakav interes za ostvarivanje tog svog prava... ovakav odnos gubi svoj smisao, pa zato i ne treba više da

---

18 Vid. čl. 356 ZOO.

19 Vid. više kod: A. Grupče, *op. cit.*, 287; G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 285–286.

20 Tako V. Tadžer, *Graždansko pravo na NRB*, Sofi – R, Sofija, 2001, 691–692.

21 *Ibid.*

postoji“.<sup>22</sup> Drugim rečima, kada poverilac ne pokaže pravni interes za realizaciju svog potraživanja u zakonom predviđenom vremenu onda ovakav odnos gubi smisao svog postojanja.

Zastarelost obezbeđuje „zaštitu sadašnjosti od budućnosti“.<sup>23</sup> Ona oslobađa dužnika od obaveze da dokazuje da li je obaveza delimično ili celosno ispunjena, ili je prestala na neki drugi način u prošlosti. Time, ona značajno olakšava položaj dužniku. Zastarelošću se izbegavaju teškoće povezane sa obezbeđivanjem dokaza. Tokom vremena, dokumenta se uništavaju, računi i nalazi se gube, svedoci umiru, stranke zaboravljaju određene okolnosti, ili, subjektivno dodaju određena svoja mišljenja u iskazima, i drugo. Ukoliko ne postoji zastarelost, dužnik, a ponekad i njegovi naslednici, biće stavljeni u nepravedan položaj, da osim glavnog duga isplaćaju i sporedna potraživanja –kamate, troškove i sl. Sa druge strane, ako ne postoji zastarelost, poverilac bi bio stavljen u privilegovani položaj koji može da zloupotrebi namerno ne zahtevajući ispunjenje svog prava sa ciljem da dobije veći iznos na kamati ili penalima. Zastarelost stimuliše poverioce u pravnom prometu da pravovremeno vrše i štite svoja prava. U suprotnom, zastarelost pridonosi da poverioci koji su bili nemarni u radu izgube svoja prava. Na taj način, zastarelost utiče na „stvaranje neophodnog ritma u pravnom životu“.<sup>24</sup> U građanskom pravu zastarelost predstavlja i imovinsko-pravnu sankciju za nemarne poverioce koji nisu vršili svoje pravo. Bilo bi suprotno pravnoj logici u građanskom pravu, da se nekome ko je nemaran i nezainteresovan da vrši svoje pravo omogućiti neograničeno pravo sudske zaštite.

### 3. OPSEG ZASTARELOSTI

Najšire polje svoje primene zastarelost ima u imovinsko-pravnim potraživanjima u opštem prometu roba i usluga. Reč je, pre svega, o obligacionim pravima čiji je predmet obrade određeni dug, stvaranje, nestvaranje i trpljenje (*dare, facere, non facere, pati*). Zastarelošću, osim glavnih potraživanja, zastarevaju i sporedna potraživanja, kao što je npr. kamata, troškovi i dr.<sup>25</sup> Osim u sferi obligacionih prava, zastarelost

22 G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 285.

23 *Ibid.*

24 V. Tadžer, *op. cit.*, 693.

25 Vid. čl. 358 ZOO.

svoje polje primene nalazi i u naslednom pravu. U članu 136 Zakona o nasleđivanju<sup>26</sup> iz 1996 godine je predviđena pravom da se zaostavština potražuje tužbom.<sup>27</sup> Zastarelošću može da prestane i pravo stvarne službenosti ako vlasnik privilegovane stvari nije vršio svoje pravo tri godine jedno za drugim, a vlasnik poslužene stvari protivio se njenom vršenju.<sup>28</sup>

Sva prava su podložna zastarelosti. Jedino se zastarelost ne odnosi na pravo vlasništva.<sup>29</sup> Saglasno članu 156, stav 3 Zakona o vlasništvu i drugih ostvarenih prava, pravo podnošenja svojinske tužbe za povratak stvari ne zastareva. Ipak, posredno pravo vlasništva može prestati i da se izgubi pravo zaštite po osnovu održavanja (*usucapio*)<sup>30</sup>, koja predstavlja sticanje svojine sa faktičkom vlasti nad tuđom stvari po isteku opredeljenog vremena utvrđenog zakonom.<sup>31</sup> U stvarno-pravnim odnosima ne zastareva ni pravo deobe stvari od strane vlasnika.<sup>32</sup> Osim prava svojine, ne zastareva ni pravo izdržavanja članova porodice koje proizlazi iz bračnih i porodičnih odnosa uređenih Zakonom o porodici<sup>33</sup> iz 1992 godine. Takođe ne zastarevaju ni potraživanja koja su obezbeđena založnim pravom (zalog, hipoteka).<sup>34</sup>

---

26 *Službeni list Republike Makedonije*, br. 47/96 i 18/01.

27 „Pravo da se kao naslednik tužbom zahteva zaostavština prema držaocu ovstavštine zastareva za dve godine od dana kada je naslednik saznao da je doneto pravosnažno rešenje i od dana kada je naslednik saznao da je doneto pravosnažno rešenje o nasleđivanju, a najkasnije deset godina od dana kada je rešenje o nasleđivanju postalo pravosnažno. Pravo da se zahteva ostavina, u svakom slučaju zastareva po isteku 120 godina od smrti ostavioca.“

28 Vid. čl. 206, st. 1 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – ZVDSP, *Službeni list Republike Makedonije*, br. 18/01, 99/08, 139/09 i 35/10.

29 Više o vlasništvu vid. kod: A. Gams, *Svojina*, Naučna Kniga, Beograd, 1988.

30 Više o ovome vidi kod A. Grupče, *Imovinsko (Građansko) pravo, drugi dio stvarno pravo*, Kultura, Skopje, 1985, 192–196.

31 Vid. čl. 124 ZVDSP.

32 Vid. čl. 50 st. 2 ZVDSP.

33 Vid. čl. 11 i 179 Zakona o porodici, *Službeni list Republike Makedonije*, br. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14 i 153/14.

34 Vid. čl. 357 ZOO; isto i čl. 225–235 ZVDSP.

#### 4. DEJSTVO ZASTARELOSTI

Po svojoj suštini zastarelost predstavlja gubljenje prava zaštite prinudno da se zahteva ispunjenje obaveze. Ista je uređena odredbama imperativnog i dispozitivnog karaktera. Imperativnim odredbama uređeni su zakonski rokovi za koje je potrebno da isteknu da bi nastupila zastarelost. Oni štite društveni interes zato što se zakonski rokovi ne mogu menjati voljom ugovornih strana, niti se dužnik može otkazati od njih pre isteka.<sup>35</sup> Dispozitivnim odredbama je uređena mogućnost dužnika, svojom voljom, da se pozove na zastarelost i da prigovori u sudskom postupku o zastarelosti potraživanja. Sud ne vodi računa po službenoj dužnosti (*ex officio*) o zastarelosti. Otuda, da bi nastupila zastarelost, osim što je potrebno da istekne vreme utvrđeno zakonom, neophodno je da dužnik podnese prigovor o zastarelosti potraživanja.

U našem pravu, zakonodavac predviđa opšte i posebne rokove o zastarelosti u zavisnosti od vrste potraživanja. Opšti rok traje duže vreme za razliku od posebnih koji traju kraće ili duže vreme. Opšti rok zastarelosti iznosi pet godina i odnosi se na tačno opredeljena potraživanja.<sup>36</sup> ZOO predviđa više posebnih rokova od jedne, tri, pet, deset ili više od deset godina koji se odnose na tačno opredeljena potraživanja.<sup>37</sup> U roku od jedne godine zastarevaju potraživanja koja proizlaze – komunalne usluge, električna energija, vodovod i drugo.<sup>38</sup> U roku od tri godine zastarevaju povremena potraživanja,<sup>39</sup> međusobnih potraživanja iz ugovora o prometu roba i usluga,<sup>40</sup> potraživanja zakupnine,<sup>41</sup> potraživanja osiguranika i trećeg lica iz ugovora o osiguranju<sup>42</sup> i osiguranika<sup>43</sup> povremenih potraživanja utvrđenih pravosnažnom sudskom odlukom<sup>44</sup> potraživanja nadoknade za načinjenu štetu<sup>45</sup>. U roku od

---

35 Vid. čl. 353 ZOO.

36 Vid. čl. 360 ZOO.

37 Više o ovome vid. kod G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 292–293.

38 Vid. čl. 367 ZOO.

39 Vid. čl. 361 ZOO.

40 Vid. čl. 363 ZOO.

41 Vid. čl. 364 ZOO.

42 Vid. čl. 369 st. 1 ZOO.

43 Vid. čl. 369 st. 5 ZOO.

44 Vid. čl. 368 st. 2 ZOO.

45 Vid. čl. 365 st. 1 ZOO.

pet godina zastareva pravo iz kojeg proizlaze povremena potraživanja, ugovorno pravo izdržavanja,<sup>46</sup> potraživanja ugovarača osiguranja, odnosno trećeg lica iz ugovora za osiguranje života.<sup>47</sup>

Zakon o obligacionim odnosima predviđa i poseban rok od 10 godina koji se odnosi na sva potraživanja (nezavisno da li su isti ugovoreni ili van-ugovorni), koji su pravosnažnom sudskom odlukom ili odlukom nadležnog državnog organa, ili poravnanjem pred sudom, ili pred drugim nadležnim organom, pa čak i onih za koje zakon predviđa kraći rok zastarevanja.<sup>48</sup> Ovaj se rok odnosi na potraživanja koja su utvrđena pravosnažnom odlukom. Prema pravnoj teoriji „autoritet pravosnažne odluke za ta potraživanja i odsustva uticaja, vremena, kao činjenica za dokazivanje njihovog postojanja, uzimaju se kao osnovni uslovi, koji opravdavaju ovako dugo utvrđen zastareli rok“.<sup>49</sup>

U slučaju kada je načinjena šteta sa krivičnim delom rok zastarelosti može biti i duži od 10 godina. U takvom slučaju, ukoliko je za krivično gonjenje predviđen duži rok za zastarenje od onog zahteva za nadoknadu štete, zahtev za nadoknadu štete prema odgovornom licu zastareva onda kada prođe vreme zastarenja krivičnog gonjenja za učinjeno krivično delo.<sup>50</sup>

Zakonodavac, osim opštih i posebnih rokova, predviđa i objektivne i subjektivne rokove. Objektivni rokovi teku od momenta kada će nosilac prava saznati za povredu prava ili načinjenu štetu. Zakonodavac poznaje i kombinovani rok koji nastaje kombinacijom subjektivnog i objektivnog roka zastarelosti. Za razliku od drugih zakonodavstava, u ZOO nije predviđen apsolutni rok zastarelosti.<sup>51</sup> U odnosu na ovaj rok zakonodavac je ostao nedorečen, što dovodi do pitanja smisla postojanja instituta zastarelosti. U teoriji je dobro poznato o tome, da li će

---

46 Vid. čl. 362 ZOO.

47 Vid. čl. 369, st. 1 ZOO.

48 G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 293.

49 *Ibid.*

50 Vid. čl. 366 ZOO.

51 Francuski građanski zakonik *Code civil* u čl. 2262 predviđa apsolutni rok zastarelosti od 30 godina. Ovakav rok predviđa i Austrijski građanski zakonik u par. 1478. Takođe i Nemački građanski zakonik *BGB* u čl. 197 predviđa apsolutni rok zastarelosti od 30 godina, ako nije drugačije predviđeno zakonom. Grčki građanski zakonik u čl. 249 propisuje apsolutni rok zastarelosti od 20 godina potraživanja.



rok zastarelosti biti 5, 10, 20 ili 30 godina, odlučuje zakonodavac.<sup>52</sup> Isto tako, on odlučuje da li treba da se uvede kraći ili duži rok zastarelosti. Ipak, savremeni trendove u pravu ukazuju da „povećanjem dinamike života i usavršavanjem komunikacijskih sistema traže se kraći rokovi. Tako, umesto 30-ogodišnjeg roka zastarelosti u prošlosti sada se propisuju kraći rokovi od 10 ili 5 godina“.<sup>53</sup>

## 5. PREKID I ZASTOJ ROKA ZASTARELOSTI

Rok zastarelosti, prema pravilima građanskog prava, počinje da teče od sledećeg dana od dana kada je stigao zahtev ili je shvaćena povreda prava. U tom smislu su i odredbe ZOO prema kojima rok zastarelosti „počinje da teče prvog dana od dana kada je poverilac stekao pravo da zahteva ispunjenje obaveze ako za pojedine slučajeve zakonom nije drugačije propisano. Ako se obaveza sastoji u tome da se nešto uradi, da se propusti ili trpi, zastarelost počinje da teče prvog dana od dana kada je dužnik postupio suprotno obavezi“.<sup>54</sup> Od tog momenta pa sve do isticanja poslednjeg dana zakonom utvrđenog vremena o zastarelosti, poverilac ima pravnu mogućnost da svoj zahtev ostvari sudskim putem prisilno (prinudno).<sup>55</sup>

Da bi nastupila zastarelost potrebno je da u potpunosti istekne zakonski predviđeni rok.<sup>56</sup> Od njegovog početka pa sve do kraja rok neprekidno teče. Ipak, za vreme dok rok teče, zbog određenih okolnosti predviđenih zakonom može doći do zastoja ili prekida zastarelosti. Ukoliko tok roka zastarelosti bude sprečen, zastarelost ne može da nastupi.

Zastoj roka nastaje zbog opredeljenih činjeničnih uzroka koji su sprečili poverioca da blagovremeno podnese tužbu kojom bi sprečio zastarelost.<sup>57</sup> Delovanje zastoja sastoji se u tome što dok ovi uzroci traju rok zastarelosti se zaustavlja i ne teče. Po isteku ovih okolnosti predviđenih zakonom, rok produžava da teče od momenta kada je

52 A. Džerov, *op. cit.*, 502.

53 *Ibid.*

54 Vid. čl. 350, st. 1 ZOO.

55 G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 287–289.

56 „Zastarelost nastupa kad istekne i poslednji dan vremena opredeljenog zakonom.“ Vid. čl. 351 ZOO.

57 Tako A. Grupče (1983), *op. cit.*, 287.

zastao.<sup>58</sup> Pritom, prethodno pređeni rok se ne briše već se dodaje ukupnom roku zastarelosti.<sup>59</sup> Postoje više uzroka koji dovode do zastoja roka zastarelosti koje je zakonodavac svrstao u tri grupe.<sup>60</sup> U prvu grupu ulaze: postojanje braka, odnosi roditelja i dece dok traje roditeljsko pravo, odnosi između šticećenika i staraoca za vreme trajanja starateljskog odnosa, postojanje vanbračne zajednice. Drugu grupu uzroka koji dovode do zastoja roka zastarelosti čine: mobilizacija, neposredna ratna opasnost i rat, postojanje radnog odnosa između lica zaposlenog u tuđem domaćinstvu i poslodavca, ili njegovih članova porodice koji žive zajedno sa njim sve dotle dok traje taj odnos.<sup>61</sup> Treću grupu uzroka koji dovode do zastoja roka zastarelosti čine okolnosti zbog kojih, iz objektivnih razloga, poverilac nije bio u mogućnosti da podnese tužbu kao što su: poplava, zemljotres, požar, teška i dugotrajna bolest i dr.<sup>62</sup>

Prekid roka zastarelosti, za razliku od zastoja, nastaje zbog pravnih uzroka, odnosno pravnih delovanja preduzetih od strane poverioca ili dužnika.<sup>63</sup> Poverilac može da podnese tužbu za dug ili notarski platni nalog. Međutim, dužnik može da prizna dug pre isteka roka zastarelosti izrečenog, ili prećutno. Delovanje prekida sastoji se u tome što se prethodno istekli rok briše i ne uračunava se u rok zastarelosti koji počinje da teče ponovo iz početka.<sup>64</sup>

## 6. DA LI MOŽE DA ZASTARI DUG U POSTUPKU IZVRŠENJA: O NEKIM STVARIMA DA POSTANU JASNIJE

Jedno od najčešće postavljanih pitanja građana čiji su računi blokirani, ili je preduzeto neko drugo izvršno delovanje, je da li može dug da zastari u toku postupka izvršenja. U Zakonu o izvršenju nisu predviđene odredbe o zastarelosti. Na osnovu toga ostaje da važe i da se primenjuju odredbe ZOO. Ovo pitanje se postavlja zbog nejasnoće i neprecizne odredbe ZOO koja se odnosi na 10-ogodišnji rok zastare-

---

58 Vid. čl. 373 ZOO.

59 Vid. čl. 370 ZOO.

60 Vid. više kod G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *op. cit.*, 295–296.

61 Vid. čl. 371 ZOO.

62 Vid. čl. 372 ZOO.

63 Vid. čl. 376–377 ZOO.

64 Vid. čl. 381 ZOO.

losti pravosnažnih i izvršnih isprava. Šta znači ovaj rok? Ovaj rok znači da poverilac može, od dana pravosnažnosti isprave, u roku od 10 godina da podnese zahtev za prisilno izvršenje svog zahteva. Npr. ako je presuda postala pravosnažna 1. juna 2007. godine, poverilac može da zatraži prisilno izvršenje najkasnije do 2. juna 2017. godine. S obzirom da ne postoje dopunske odredbe kojima se precizira ovakva mogućnosti, moguće je da se pojavi situacija poverioca, s ciljem da po osnovi kamate poveća svoje potraživanje, namerno da zahteva prisilno ispunjenje obaveze pre isteka roka od 10 godina nakon pravosnažnosti. Ovakvim svojim ne/namernim čekanjem dužnik je stavljen u veliku neizvesnost. Ipak, krivica za ovakvo stanje je na njegovoj strani. Saglasno pravilima građanskog prava nesavesnost (*mala fidei*), uvek, prate negativne posledice.

U dosadašnjoj sudskoj praksi izvršilaca od momenta kada će biti podnet predlog za izvršenje, rok zastarelosti se prekida i ponovo počinje da teče novi rok od 10 godina, stavljajući tako poverioca u povoljan položaj da, pored već proteklih deset godina svoje potraživanje naplati u narednih deset godina. S obzirom da u ZOO nije izričito predviđen apsolutni rok zastarelosti, preuzimanjem novih izvršnih pravnih dejstava od strane izvršitelja po nalogu poverioca, postoji mogućnost da potraživanja poverioca u našem pravu, nikada ne zastare.<sup>65</sup> Drugim rečima pre isteka svakih 10 godina, poverilac može da zahteva od izvršitelja da preuzme drugo izvršno dejstvo čime će prekinuti rok zastarelosti i počće da teče novi rok od 10 godina. I sve tako po redu u nedogled! Ovakvo rešenje ne poznaju ni stare građanske kodifikacije koje su predviđale mnogo duge rokove za apsolutnu zastarelost (20 ili 30 godina). Ovakva nedorečenost i nepreciznost zakonodavca je u krajnjoj suprotnosti sa smislom i značenjem instituta zastarelosti. Važeća zakonska rešenja stavljaju dužnika u nezavidan položaj, s obzirom da kamate teku za celo vreme i mogu tokom godina desetina puta da nadmaše osnovni dug. Ovo rešenje nije bilo predviđeno ZOO iz 1978. godine koji je predviđao izričitu odredbu prema kojoj „kamata teče sve dok se ne dostigne visina glavnice (čl. 401)“. Nepredviđanjem ove odredbe važećim ZOO iz 2001 godine omogućeno je da kamate budu više puta veće od glavnog duga. Zbog toga je Komora izvršitelja RM podnela zahtev Vrhovnom sudu da zauzme načelni stav u odnosu na

65 Sadašnje rešenje je strožije i od rešenja o zastarelosti u starijim građanskim zakonima koji su predviđali duge rokove apsolutne zastarelosti: AGZ – 30 godina; SGZ – 24 godina; OIZ – 30 godina.

ovo pitanje. Pravilnije bi bilo da ovaj zahtev dostave zakonodavcu i da vrati staro rešenje u odnosu na tok kamate, koje bi važiło retroaktivno, s obzirom da su u korist građana. Loša zakonska rešenja (*dura lex, lex est*) su pravi i istinski uzrok, zbog kojeg se javlja ogromno nezadovoljstvo kod velikog broja građana, koji su za minimalne iznose osnovnog duga bili zaduženi da plaćaju desetostruko veće iznose. Ali ne i izvršitelji koji su dužni da postupaju po zahtevima poverilaca (i za bagatelne sume dugova) i da primenjuju zakon, pa čak i onda kada sadrže loša i nepravedna rešenja. Sa druge strane, ovakvo zakonsko rešenje ostavlja veoma veliki prostor za zloupotrebe sa strane poverioca. On može godinama da čuva izvršnu ispravu u „fioci“ i da na taj način stekne kaznenu kamatu za svoje potraživanje na račun dužnika. Ovakva mogućnost postupanja suprotno je načelu savesti, čestitosti, jednakosti i ravnopravnosti u obligacionim odnosima. Zbog ovoga, potrebno je da se predvide i rokovi u kojima bi poverilac, nakon pravosnažnosti isprave, bio dužan da zatraži prisilnim putem ispunjenje svojih potraživanja.

Osnovni uzrok zbog kojeg ubistvo i progon mogu da zastare, ali ne i dug prema makedonskom pravu, je činjenica što kazneno pravo predviđa relativan i apsolutni rok zastarelosti potraživanja.<sup>66</sup> Kod apsolutnog roka zastarelosti, za razliku od relativnog, ne postoji zastoј i prekid roka. Isti teče od momenta učinjenog krivičnog dela. Zato apsolutni rok ne može da počne po drugi put da teče od početka. U tom smislu u kaznenom pravu, u zavisnosti od visine kazne, apsolutni rok zastarelosti je određen sa dva puta dužim rokom od predviđene kazne. Na primer, ako rok za krivično gonjenje iznosi 5 godina, apsolutni rok zastarelosti u kojem će tužilac moći da goni izvršioca iznosi 10 godina. Ako je jedno lice zbog ubista osuđeno na kaznu zatvora od 6 godina, izvršenje kazne zatvora zastareva nakon 12 godina od njenog izricanja.

Za razliku od kaznenog prava, zakonodavna politika u građanskom pravu, u odnosu na zastarelost duga, je različita. Veoma duži rokovi imaju za cilj da nateraju dužnike da ispunjavaju svoje obaveze u interesu pravne sigurnosti. Drugo pitanje je, da li je opravdano i da li treba i za minimalne sume duga da se dozvoli prisilno izvršenje čiji su troškovi višestruko veći od duga. U kaznenom pravu poznat je institut delo malog značaja.<sup>67</sup> Da li nekoliko, ili desetica denara, nisu „kap vode

---

66 Više o ovome vidi kod: V. Kambovski, *Kazneno pravo, Opšti deo*, Kultura, Skoplje, 2004.

67 *Ibid.*

u moru“ imovine velikih kompanija kao poverilaca, koji imaju milion-ske sume imovine? Potrebno li je da se zakonom, u uslovima globalnog siromaštva, utiče na svest velikih kompanija da se otkažu od malih, ali za siromašne velika potraživanja u interesu socijalno-ugroženih kategorija građana?

Imajući u vidu prethodno izloženo, možemo da zaključimo, ključni problem koji stvara veliku pravnu nesigurnost u pravnom prometu, su zakonska rešenja koja omogućavaju da dug nikada ne zastari, a da kamata teče. Postoji li izlaz iz ovakvog stanja? Sve dotle dok zakonske odredbe u odnosu na rok zastarelosti ne budu promenjene sa predviđanjem apsolutnog objektivnog roka zastarelosti ostaje sadašnje stanje koje je za dužnike krajnje nepovoljno. Ovo se odnosi i na kamatu za koju je potrebno da se predvidi da ista teče do dostizanja glavnice. Zbog toga, sve dok ova zakonska rešenja ne budu promenjena, savet građanima i pravnim licima bio bi da na vreme ispunjavaju svoje obaveze prema poveriocima sa ciljem da se izbegnu neželjena blokiranja računa, dopunski troškovi i kamate.

Sledeće veoma važno pitanje koje građani postavljaju je: da li, prema važećem pravu, postoji mogućnost da zastari dug koji je prvo bio u sudu, pa je kasnije predmet preuzeo izvršitelj. Reč je o velikom broju predmeta po osnovu neplaćenih računa, platnih naloga koji su od 1. januara 2012. godine bili preneti iz suda u nadležnost notarima i izvršiteljima. Da bi se odgovorilo na pitanje da li i kada mogu da zastare ova potraživanja, pre svega treba da se utvrdi kada je podnet sudu predlog o platnom nalogu i od kada počinje da teče rok zastarelosti od 10 godina i da li su u međuvremenu sud ili izvršitelj preuzeli određena pravna dejstva kojim bi doveli do prekida roka, a time i njegovo ponovno započinjanje da teče ispočetka. U tom smislu, ako je npr. pravosnažna isprava po osnovu duga od 1. januara 2000. godine i nisu po njoj preduzeta nikakva dejstva od strane suda, a kasnije, 2012. godine, predmet je, na zahtev poverioca, prenesen iz suda notaru i izvršitelju, takav će dug biti zastareo. Razlog ovome je što je rok zastarelosti od 10 godina na ovo potraživanje po osnovu pravosnažne izvršne isprave istekao 2. januara 2010. godine. Ipak, treba da se ukaže i na sledeće. Da bi nastupila zastarelost na ovo potraživanje neophodno je da dužnik podnese prigovor za zastarelost. Ukoliko dužnik iz neznanja nije podneo prigovor na zastarelost, a potraživanje je naplaćeno kasnije od strane izvršitelja, on ne može da traži od poverioca povratak izvršenog

iznosa zbog sticanja bez osnova. Ako pravosnažna izvršna isprava datira, npr. od 1. feburara 2002. godine, a da pritom, nisu bila preduzeta nikakva dejstva od strane suda, da je izvršitelj svoja prva izvršna dejstva preduzeo 26. januara 2012. godine onda je, u tom slučaju, zastarelost prekinuta i briše se, zbog čega zastarelost nije nastupila. Novi rok zastarelosti počinje da teče od 27. januara 2012. godine.

## 7. ZAKLJUČAK – ZASTARELOST *DE LEGE FERENDA*

Zastarelost predstavlja gubljenje prava zaštite da se prisilno zahteva ispunjenje obaveza po isteku opredeljenog vremena utvrđenim zakonom. Iz napravljene analize odredaba kojima je uređena zastarelost može se videti da najveći problem u praksi stvara nedorečenost zakonodavaca u odnosu na pitanje apsolutnog roka zastarelosti. Postojeći ZOO ne predviđa ovakav rok. Mogućnost posebnog roka od 10 godina da se neograničeno prekida od strane poverioca dovodi se u pitanje smisao postojanja instituta zastarelosti. Ovakva pravna praznina doprinosi da postoji paradoks: da kazna zatvor i krivični progon zastarevaju, dok dug nikada ne može da zastari. U tom smeru, u široj pravničkoj javnosti zastupljeno je mišljenje da čim predmet dođe u ruke izvršitelja isti nikada ne zastareva. Ovakvo stanovište je pogrešno. Ukoliko u roku od 10 godina izvršitelj ne preduzme drugo izvršno dejstvo, tada će zastarelost nastupiti. U suprotnom, ukoliko izvršitelj, na zahtev poverioca, preduzima pravna dejstva kojim postojano prekida rok zastarelosti, hipotetički, potraživanje nema nikada da zastari. Posle smrti dužnika, dug će biti prenet na njegove naslednike. Imajući u vidu sve ovo, postavlja se logičko pitanje: da li je imovina vrednija od ljudskog života? Da li su potraživanja kao relativna prava značajnija od prava vlasništva koje može da se izgubi, odnosno da se stekne putem održavanja nakon isteka 20 godina apsolutnog roka? Ima li logike da posle 20 godina zastari pravo i da se zahteva ostavina, a da dug ne može nikada da zastari? Problemi u praksi, koji svakodnevno opterećuju građane i pravna lica, ali i pravničku grupu – felu (izvršitelje, notare, advokate) ukazuju na neophodnu potrebu za uvođenje apsolutnog roka zastarelosti kao istinitog garanta pravne sigurnosti. Da se nadamo da će letargija zakonodavca prestati i da će, konačno u interesu građana, uskoro biti donet Građanski zakonik, kojim će, brojne praznine i neja-

snoće u postojećem pravu biti prevaziđene. U tom smislu, Komisija za izradu Građanskog zakonika predvođena profesorom Gale Galevim, u knjizi 3 *Obligaciono-pravni odnosi*, u čl. 3410 sa pravom i izričito predviđa da „rok od 10 godina uređuje kao apsolutni, iz razloga pravne sigurnosti, saglasno cilju instituta zastarelosti“. U uporednom pravu, apsolutni rok zastarelosti potraživanja od 10 godina predviđen je novijim građanskim kodifikacijama Litvanije,<sup>68</sup> Latvije,<sup>69</sup> Gruzije,<sup>70</sup> Ukrajine<sup>71</sup> i Albanije<sup>72</sup>.

Osim ovoga potrebno je da se predvide i prekluzivni rokovi za poverioce da ne zloupotrebljavaju pravo da na kraju roka od 10 godina podnose zahtev za prinudno ispunjenje. S obzirom da je u toku izrada Građanskog zakonika Republike Makedonije, sada je pravi momenat da Komisija precizira ova rešenja u interesu pravne sigurnosti. Neophodno je da se reguliše i tok kamate s ciljem da se prevaziđu paradoksi kada kamata desetinama i više stotina puta nadmašuje glavnicu. Sve dok se ne promene zakonska rešenja koja bi bila u duhu i smislu instituta zastarelosti, najbolji savet, saglasno načelu „savesnosti i poštenja“, bio bi da dužnici na vreme ispunjavaju svoje obaveze. Uz to, neophodna je i stručna pomoć od strane pravničke fele, zato što neznanje prava nikoga ne opravdava, a još manje da se neko svojim neznanjem prava može braniti i izvinjavati.

---

68 Čl. 1125, Građanski zakonik Litvanije.

69 Čl. 1895, Građanski zakonik Letonije.

70 Čl. 128, st. 3, Građanski zakonik Gruzije.

71 Čl. 258, st. 4, Građanski zakonik Ukrajine.

72 Čl. 114, Građanski zakonik Albanije.

Angel Ristov, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”  
University “St. Cyril and Methodius”, Skopje

Marjan Kocevski, LL.M.

## FOR THE (NON-)OBSOLESCENCE OF THE DEBT: PARADOX IN THE MACEDONIAN LAW

### *Summary*

Legal certainty is one of the most important conditions for the normal conduct of legal transactions. If it does not exist, entities will abstain from legal transactions. This will have a negative impact on the economy, the development and progress of the whole society. Legal certainty is also expressed through the principle of *pacta sunt servanda*, which implies that contracts should be fulfilled as they are envisaged. However, the realization of the content of the relationship can not last indefinitely for an uncertainly long time, forever. Legal certainty requires that the content of these relationships would be exercised within a reasonable time, within which the legal protection is included. Otherwise, if, after the expiration of the prescribed deadline, an obsolescence arises – the inability of the creditor to forcibly require the fulfillment of his claims. In this paper, the authors perform an analysis of the obsolescence institute in order to point out certain defects that seriously affect the debt-creditor relationship. Legal inconsistency contributes to the appearance of a paradox in Macedonian law according to which the debt on the basis of an executive document can never be delayed by the bailiff, unlike murder and prosecution.

Key words: *Obsolescence.* – *Deadline term.* – *Execution.* – *Executive document.*



Lidija Šimunović, LL.M.\*

Petar Zaradić, LL.M.\*\*

## OTPREMNINA KOD PRIJENOSA DIONICA MANJINSKIH DIONIČARA – NEKA OTVORENA PITANJA

*Rad analizira problematiku načina određivanja primjerene otpremnine kod istiskivanja manjinskih dioničara iz dioničkog društva (tzv. squeeze out). Riječ je o novčanom iznosu koji se isplaćuje manjinskim dioničarima kada glavna skupština dioničkog društva donese odluku o prijenosu njihovih dionica na dioničara koji je stekao najmanje 95% temeljnog kapitala društva (tzv. glavnog dioničara). Polazna točka za analizu ove problematike je odredba hrvatskog Zakona o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) koja propisuje da visinu otpremnine određuje glavni dioničar, a tek podredno ju određuje sud u izvanparničnom postupku. S obzirom na to da ZTD vrlo šturo regulira predmetnu problematiku, u hrvatskoj poslovnoj i sudskoj praksi pojavila su se neka otvorena pitanja. Stoga se u radu raspravlja je li način određivanja visine otpremnine prema pravilima ZTD-a primjerena zaštita jednakog položaja glavnog i manjinskih dioničara i preispituje jesu li postojeća stajališta hrvatske sudske prakse bliska rješenjima iz srodnih poredbenih prava.*

**Ključne reči:** *Otpremnina. – Primjerena otpremnina. – Squeeze out. – Prijenos dionica manjinskih dioničara. – Istiskivanje.*

### 1. UVOD I POJMOVNO ODREĐENJE

U hrvatskom pravu prijenos dionica manjinskih dioničara reguliran je Zakonom o trgovačkim društvima (dalje: ZTD).<sup>1</sup> Ovaj institut je uveden u hrvatski pravni poredak po uzoru na njemačko pravo, a

\* Autorica je asistentica na Katedri trgovačkog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Osijeku, Hrvatska, [lisimun@gmail.com](mailto:lisimun@gmail.com).

\*\* Autor je sudski savjetnik Vrhovnog suda Republike Hrvatske, [petar.zaradic@vsrh.hr](mailto:petar.zaradic@vsrh.hr).

na sličan ga način (uz manja odstupanja) uređuju i srodna poredbena prava u svojim nacionalnim zakonodavstvima.<sup>2</sup> Do prijenosa dionica manjinskih dioničara dolazi kada glavna skupština dioničkog društva na zahtjev dioničara koji ima dionice koje se odnose na najmanje 95%<sup>3</sup> temeljnog kapitala društva (glavnog dioničara) donese odluku kojom se dionice manjinskih dioničara prenose na glavnog dioničara.<sup>4</sup> Time dolazi do istiskivanja manjinskih dioničara iz udjela u temeljnom kapitalu društva, a za uzvrat im se isplaćuje novčana otpremnina. U slučaju ispunjenja taksativno navedenih zakonskih pretpostavki iz ZTD-a manjinski dioničari nemaju pravnih mehanizama kojima bi se usprotivili takvom zahtjevu glavnog dioničara.<sup>5</sup> Njima u tom slučaju jedino pripada pravo na otpremninu koja im se isplaćuje kao novčana satisfakcija jer su prestali biti vlasnici dionica. Iznos te otpremnine određuje prvotno glavni dioničar, a tek podredno sud kada to zahtijevaju manjinski dioničari ako smatraju da prvotno određeni iznos otpremnine nije primjeren ili nije uopće određen u novčanom iznosu.

- 1 Engl. *squeeze out, freeze out*, njem. *Übertragung von Aktien gegen Barabfindung*, srb. *prinudni otkup akcija i pravo na prodaju akcija*. U hrvatskom pravu često se za predmetni institut koriste i domaći izrazi istiskivanje, istisnuće, isključenje. Unatoč tomu, u radu se radi preglednosti koristi izraz iz ZTD-a prijenos dionica manjinskih dioničara. Cf. odjeljak 5.b. čl. 300.f–300.k ZTD-a, *Narodne novine* broj 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.
- 2 O razlozima implementacije predmetnog instituta u hrvatsko zakonodavstvo i poredbenim uzorima cf. J. Barbić, *Pravo društava, Društva kapitala, Dioničko društvo*, 2. knjiga, svezak 1, 6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 2013, 438; E. Čulinović Herc, A. Zubović, „Prijenos dionica manjinskih dioničara (squeeze out) i srodni instituti u pravu društava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2011, 262. Za poredbena prava cf. § 327a st. 1 njemačkog Aktiengesetz – AktG, *BGBI*, broj I/1089, izmjene i dopune § 11 od 16. srpnja 2007, *BGBI*, broj I/1330, § 9 od 17. srpnja 2017. *BGBI*, broj I/2446; čl. 515 st. 1 srpskog Zakona o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik*, broj 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015 i 44/2018; čl. 384 st. 1 slovenskog Zakona o gospodarskih družba – ZGD, *Uradni list RS*, broj 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15, 15/17.
- 3 Za razliku od hrvatskog i njemačkog zakonodavstva neka poredbena prava poput srpskog i slovenskog propisuju nešto nižu granicu 90%. Cf. čl. 515 st. 1 ZPD; čl. 384 st. 1 ZGD.
- 4 Čl. 300.f ZTD-a.
- 5 U suprotnom ako neka od taksativno navedenih pretpostavki ne bi bila ispunjena manjinski dioničari bi se mogli pozivati na nevaljanost (ništetnost ili pobojnost) takve odluke glavne skupštine.

Gospodarska uloga prijenosa dionica manjinskih dioničara je poticanje poduzetnika na strukturiranje i unaprjeđenje koncernskih veza među društvima uz balansiranje između interesa glavnog dioničara i manjinskih dioničara.<sup>6</sup> Naime, svrha ovog instituta (iako nije posve objektivizirana) je u tome da manjinski dioničar s minimalnim imovinskim pravima u društvu, a bez ikakvih upravljačkih prava može pobijati ili tražiti da se utvrdi ništetnom bilo koja odluka glavne skupštine zbog različitih manipulacijskih ili čak objesnih razloga, ili jednostavno jer samo nije zadovoljan odlukom glavne skupštine da se iz dobiti društva ne isplaćuje dividenda.<sup>7</sup> Takvim postupanjem bi taj manjinski dioničar mogao ucjenjivati glavnog dioničara i ometati njegovu gospodarsku politiku vođenja poslova društva, a posebno imajući na umu da je sud u slučaju spora ovlašten odrediti privremenu mjeru zabrane provedbe odluke glavne skupštine do okončanja parnice,<sup>8</sup> a sam je i interes Republike Hrvatske (i prema čl. 50 st. 2 Ustava<sup>9</sup>) poticanje gospodarskog napretka, a time i poduzetništva.<sup>10</sup>

Iako se na prvi pogled čini kako je hrvatski zakonodavac išao *in favorem* glavnom dioničaru, pomnijom analizom proizlazi kako se

6 J. Barbić, *op. cit.*, 438. Za primjere zlouporaba manjinskih dioničara *cf.* čl. 357 i 362 ZTD-a. Pitanjem gospodarske uloge i usklađenosti ovoga instituta s Ustavom RH bavio se i Ustavni sud republike Hrvatske (dalje: USRH, rješenje Ustavnog suda broj U-I/4120/2003 od 14. ožujka 2007. točka 4). Predlagatelji navode kako predmetni institut ne pospješuje upravljanje i poslovanje dioničkog društva jer se sve odluke donose natpolovičnom, dvotrećinskom i tročetvrtinskom većinom glasova. Prema njima dionice manjinskih dioničara koje se odnose na 5% temeljnog kapitala društva nema značenje jer ZDT ne predviđa niti jednom odredbom donošenje odluka većinom od 95% pa stoga 5% dionica kojima raspolažu manjinski dioničari na taj način ne predstavlja nikakvu opasnost po poslovanje društva (*cf.* rješenje Ustavnog suda broj U-I/4120/2003 od 14. ožujka 2007). O suprotnim stajalištima *cf.* detaljnije u poglavljima koja slijede.

7 V. Gorenc i dr., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, IV. izmijenjena i dopunjena naklada, Zagreb 2008, 666.

8 V. Barbić, *op. cit.*, 439.

9 Ustav Republike Hrvatske – Ustav RH, *Narodne novine*, broj 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14. O razlozima implantacije ovoga instituta u europsko pravo *cf.* *Mandatory Bids, Squeeze-out, Sell-out and the Dynamics of the Tender Offer Process*, 2003, dostupno na: [http://www.ecgi.global/sites/default/files/working\\_papers/documents/SSRN-id420940.pdf](http://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/SSRN-id420940.pdf), 5. rujna 2018.

10 *Cf.* V. Barbić, *op. cit.*, 440 i 442.

vodilo računa da se ne povrijedi načelo jednakog položaja dioničara. Upravo radi toga taksativno su propisane sve pretpostavke koje moraju biti ispunjene kako bi se mogao provesti prijenos dionica manjinskih dioničara.<sup>11</sup> Riječ je o strogim formalnostima prilikom načina određivanja visine otpremnine od strane glavnog dioničara, pripremanja i provedbe glavne skupštine, upisa te odluke u sudski registar, mogućnosti pobijanja takve odluke i utvrđenja ili ispitivanja primjerene otpremnine od strane suda.<sup>12</sup>

Ovakvim uređenjem hrvatsko i poredbena prava opravdavaju istiskivanje manjinskih dioničara iz društva i navode kako je time očuvano načelo jednakog položaja dioničara. Unatoč tomu, postojeće zakonsko rješenje nije u mogućnosti pokriti sve pojavne situacije koje nastaju prilikom prijenosa dionica manjinskih dioničara i moguće manipulacije glavnog dioničara kojima ugrožava položaj manjinskih dioničara. Krivca za takvu situaciju ne treba tražiti u domaćem zakonodavcu jer je nemoguće prevenirati i normirati sve pojavne situacije i zloporabe od strane glavnog dioničara. Stoga je u takvim situacijama primjena načela ZTD-a i teleološko popunjavanje praznina prilikom rješavanja otvorenih pitanja zadaća sudske prakse.

Stoga se analiza predmetne tematike temelji na testiranju je li način određivanja isplate primjerene otpremnine sukladno odredbama ZTD-a primjerena zaštita prava manjinskih dioničara. Koliko je u tome uspjela domaća sudska praksa i je li teleološko tumačenje hrvatske sudske prakse u skladu sa shvaćanjima iz njemačkog prava po čijem uzoru je ovaj institut uveden u hrvatski pravni poredak, analizira se u poglavljima koja slijede.<sup>13</sup>

## 2. GLAVNI DIONIČAR VS. MANJINSKI DIONIČARI

Za sustavnu analizu otpremnine u slučaju prijenosa dionica manjinskih dioničara na zahtjev glavnog dioničara najprije je potrebno utvrditi tko se smatra glavnim, a tko manjinskim dioničarem.

---

11 V. Gorenc i dr., *op. cit.*, 663.

12 *Ibid.*

13 O tome da je predmetni institut uveden u hrvatski pravni poredak po uzoru na njemačko pravo *cf.* J. Barbić, *op. cit.*, 438.

Sukladno ZTD-u glavnim dioničarem smatra se dioničar koji ima dionice koje se odnose na najmanje 95% udjela u temeljnom kapitalu društva (za dionice s nominalnim iznosom), odnosno otpada li na njih taj dio temeljnog kapitala (za dionice bez nominalnog iznosa).<sup>14</sup> Pritom je važno naglasiti kako se glavnim dioničarem u smislu prijenosa dionica manjinskih dioničara ne smatra više dioničara čiji zajednički udio u temeljnom kapitalu dioničkog društva iznosi 95% (ili više).<sup>15</sup> Glavni dioničar je uvijek fizička ili pravna domaća ili strana osoba (bez obzira na pravni oblik) koja u svojoj imovini ima minimalno 95% temeljnog kapitala dioničkog društva.<sup>16</sup> To će najčešće biti jedna fizička ili pravna osoba, no moguće su i situacije u kojima je riječ o suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu nad dionicama pa će se svi suvlasnici, odnosno zajednički vlasnici, smatrati jednim glavnim dioničarem iako je riječ o više osoba. Vrsta, rod, opterećenost dionica na koji se odnosi spomenuti postotak udjela u temeljnom kapitalu nebitni su za procjenu postotka glavnog dioničara u temeljnom kapitalu dioničkog društva.<sup>17</sup>

Udjel glavnog dioničara predstavljaju i dionice koje mu drži društvo koje je o njemu ovisno.<sup>18</sup> U tim situacijama, za procjenu ima li glavni dioničar 95% udjela u temeljnom kapitalu, supsidijarno se primjenjuju odredbe ZTD-a o određivanju udjela kod društva s većinskim udjelom i društva s većinskim pravom odlučivanja u drugome društvu.<sup>19</sup> To ima za posljedicu da se kao vlastiti udjeli računaju i udjeli koji pripadaju formalno nekom drugom društvu koje ih drži za glavnog dioničara, kao i oni udjeli koji pripadaju društvu koje je o njemu ovisno.<sup>20</sup>

Postotak koji pripada glavnom dioničaru jednog društva određuje se na temelju odnosa nominalnog iznosa udjela koji mu pripada prema ukupnome temeljnome kapitalu drugoga društva, a ako je to društvo izdalo dionice bez nominalnog iznosa brojem tih dionica koje

14 Cf. čl. 300.f ZTD-a. Tako i J. Barbić, *op. cit.*, 444.

15 Za poredbeno pravo cf. C. Van den Elst, L. Van den Steen, „Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeezed-out and Sell-out Rights”, *European Company and Financial Law Review*, 4/2009, 420.

16 Tako i J. Barbić, *op. cit.*, 444.

17 *Ibid.* Za poredbeno pravo cf. C. Van den Elst, L. Van den Steen, *op. cit.*, 397.

18 Cf. čl. 300.f st. 2 ZTD-a u vezi s čl. 474 st. 2 i 4 ZTD-a.

19 Cf. čl. 474 st. 2 i 4 ZTD-a.

20 Cf. J. Barbić, *op. cit.*, 444; V. Gorenc i dr., *op. cit.*, 667.

mu pripadaju.<sup>21</sup> Pritom se vlastiti udjeli društva odbijaju od temeljnoga kapitala, a s vlastitim udjelima društva izjednačuju se udjeli koji pripadaju nekome drugome tko ih drži za račun toga društva.<sup>22</sup> Kao udjeli koji pripadaju društvu računaju se i oni udjeli koji pripadaju društvu koje je o njemu ovisno ili koje za njegov račun ili za račun društva koje je o njemu ovisno drži netko drugi, a ako društvo pripada trgovcu pojedincu i udjeli koji inače ulaze u njegovu imovinu.<sup>23</sup>

Manjinski dioničari su oni koji imaju dionice koje se odnose na 5% (ili manje) temeljnog kapitala društva.<sup>24</sup> Za razliku od udjela glavnog dioničara, navedeni postotak izračunava se zbrajanjem udjela manjinskih dioničara koji preostane nakon što se odredi udio glavnog dioničara. Stoga manjinski dioničar ne mora nužno biti samo jedna fizička ili pravna domaća ili strana osoba već može biti riječ o više osoba čiji zbroj dionica ne prelazi 5% temeljnog kapitala dioničkog društva.<sup>25</sup>

Postotak koji otpada na glavnog dioničara, odnosno manjinske dioničare mora postojati u vrijeme podnošenja zahtjeva glavnoj skupštini. Iznimno, dioničari moraju imati navedeni opseg dionica najkasnije u vrijeme sazivanja glavne skupštine. To će biti slučaj ako su uprava, odnosno upravni odbor, opravdano očekivali na temelju postojećeg stanja u vrijeme podnošenja zahtjeva od strane glavnog dioničara i sklopljenih ugovora, da će se potrebni postotak dionica steći najkasnije u vrijeme sazivanja glavne skupštine i održati do donošenja odluke glavne skupštine o prijenosu dionica.<sup>26</sup>

### 3. PRAVNA OSNOVA ZA ODREĐIVANJE OTPREMNINE

Pravna osnova za isplatu otpremnine je prvenstveno odluka glavne skupštine koja se donosi na zahtjev glavnog dioničara za čije je

---

21 Cf. J. Barbić, *op. cit.*, 446.

22 Cf. čl. 474 st. 2 ZTD-a.

23 Cf. čl. 474 st. 4 ZTD-a.

24 Manjinski dioničari često stvaraju probleme upravi dioničkog društva. stoga se često pod tim pojmom u poredbenoj literaturi misli i na dioničare koji opstruiraju poslovanje društva. Cf. F. H. O'Neal, „Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights in Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights“, *Cleveland State Law Review*, 1987/121, 123.

25 Tako i J. Barbić, *op. cit.*, 446.

26 *Ibid.*, 444.

donošenje potrebna obična većina glasova.<sup>27</sup> S obzirom na to kako se takva odluka donosi na zahtjev glavnog dioničara koji mora imati dionice koje se odnose na najmanje 95% temeljnog kapitala, za pretpostaviti je kako će se odluka na glavnoj skupštini donijeti bez problema jer će glavni dioničar ujedno biti i većinski glasač na glavnoj skupštini.<sup>28</sup>

U suprotnom, ako manjinski dioničari nisu zadovoljni određenim iznosom od strane glavnog dioničara ili otpremnina u novcu uopće nije ponuđena, ZTD radi njihove zaštite, dopušta mogućnost da sud u izvanparničnom postupku na njihov zahtjev odredi primjerenu otpremninu. U tom slučaju, pravna osnova za isplatu razlike od određene do primjerene otpremnine je odluka suda kojim se određuje primjereni iznos otpremnine.<sup>29</sup>

27 E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 269. Nema zapreke da se statutom propiše i veća većina. *Ibid.*, 288.

28 Cf. 300.k st. 1 ZTD-a. Takva odluka može biti donesena u bilo koje vrijeme nakon što glavni dioničar dokaže ispunjenje taksativno navedenih pretpostavki. Tako i u njemačkom pravu cf. S. Stefan, *Germany Squeeze-out Guide IBA Corporate and M&A Law Committee 2010*, koji je dostupan na: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FFD62DFD-8004-4D14-8BF2-06DFA126893A>, 4. rujna 2018.

29 Prethodna analiza načina određivanja visine otpremnine opravdano nameće pitanje je li domaći zakonodavac pogodio glavnom dioničaru (na štetu manjinskih dioničara) kada je propisao naveden kriterije za njihovo određivanje. Ovom problematikom bavio se i USRH gdje je manjinski dioničar postavio pitanje jesu li odredbe o načinu određivanja otpremnine prilikom prijenosa dionica manjinskih dioničara ZTD-a u suglasnosti s Ustavom RH u dijelu koji se odnosi na jednakost i nepovredivost vlasništva, zabranu diskriminacije po osnovi imovine, odnosno ukidaju li se tim odredbama prava stečena ulaganjem kapitala malim dioničarima. Cf. rješenje VTS broj Pž-6882/08-3 od 3. veljače 2009. Prema stajalištu suda primjerena se otpremnina određuje procjenom vrijednosti dionica diskontiranih novčanih tijekova u društvu u vrijeme kada je donesena odluka o preuzimanju manjinskih dionica u korelaciji s načinom raspoređivanja dobiti prije donošenja takve odluke. U tom predmetu, manjinski dioničar je naveo kako isplata dionica na zahtjev treće osobe ne može biti pravična, jer se time dugoročno gledano gubi i pravo na dividendu na koju bi imao pravo da je ostao dioničar te ističe kako se ovim odredbama manjinske dioničare stavlja u nepovoljniji položaj. (cf. Rješenje Ustavnog suda broj U-I/4120/2003 od 14. ožujka 2007. točka 4.) Uzimajući u obzir argumente koji opravdavaju uvođenje ovoga instituta i svrhu koja se njime postići u korelaciji s načelom jednakog položaja dioničara proizlazi kako je stav USRH ispravan. Manjinski dioničari prije svega imaju imovinska prava, dok su njihova upravljačka prava svedena na minimalni značaj (npr. pravo po-  
bijanja odluka glavne skupštine). Unatoč tomu, ZTD im pruža višestruke me-

### 3.1. Uloga izvanparničnog suda

U odnosu na sudsko određivanje pravne osnove za isplatu namće se pitanje može li izvanparnični sud naložiti isplatu primjerene otpremnine (kondemnatorna odluka) ili je njegova uloga u tom slučaju samo deklaratorne (kontrolne) naravi. U tom smislu pred hrvatskim sudom raspravljalo se imaju li manjinski dioničari samostalni obveznopravni zahtjev prema glavnom dioničaru na temelju primjerene otpremnine određene u izvanparničnom postupku koji mogu ostvarivati u parničnom postupku ili je to kondemnatorni zahtjev koji je morao biti podnesen već u izvanparničnom postupku.<sup>30</sup>

U konkretnom predmetu, VTS je zaključio da se u izvanparničnom postupku radi utvrđenja je li određena otpremnina primjerena ne može kombinirati izvanparnični s parničnim postupkom za isplatu primjerene otpremnine.<sup>31</sup> Takav stav potvrdio je i VSRH zaključivši kako je izvanparnični sud ovlašten samo utvrditi primjereni novčani iznos otpremnine, a da se nalog za isplatu može postaviti i ostvariti tek u parničnom postupku.<sup>32</sup>

Analizom stajališta hrvatske sudske prakse proizlazi kako je ono ispravno jer se temelji na postojećem *de lege lata* uređenju na temelju kojega je obveza izvanparničnog suda samo utvrditi primjerenu otpremninu, dok će isplatu te otpremnine (neisplaćenog dijela) tek odrediti sud u parničnom postupku. Slijedom toga, proizlazi da odluka izvanparničnog suda nije ovršna isprava (jer nema nalog za isplatu) već je to jedino odluka parničnog suda.<sup>33</sup> Stoga se opravdano postavlja pitanje predstavlja li postojeće uređenje djelotvornu zaštitu manjinskih dioničara, budući da isti ne mogu odmah u izvanparničnom postupku ishoditi ovršnu ispravu, već su dužni pokrenuti parnični postupak za isplatu otpremnine.

---

hanizme propisujući stroge formalnosti i mogućnost sudske kontrole otpremnine. Ipak za primijetiti je kako je normativna regulacija zakazala u pogledu procesnih pitanja kojima se ostvaruje naplata otpremnine o čemu je veći bilo riječi u prethodnim poglavljima. Misli se na uvođenje zajedničkog predstavnika i promjene ZTD u smislu da je izvanparnični sud ovlašten naložiti i isplatu primjerene otpremnine.

30 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018.

31 Odluka VTS Pž-6882/08 od 3. veljače 2009.

32 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018. Identičan stav zauzeo je i VTS u sentenci broj Pž-3737/08 od 17. lipnja 2008.

33 Za njemačko pravo vrijedi drukčiji režim *cf.* § 11 st. 2 SpruchG.



Ovu dvojbu dodatno pobuđuje i činjenica kako je u njemačkom zakonodavstvu, po čijem uzoru je ovaj institut uveden u hrvatski pravni poredak, propisano da odluka suda kojom se utvrđuje primjerena otpremnina ujedno sadrži i nalog za isplatu odnosno da ima svojstvo ovršne isprave.<sup>34</sup>

Slijedom navedenog, uzimajući u obzir razloge implementacije ovoga instituta i rješenja iz poredbenog njemačkog prava, proizlazi da bi *de lege ferenda* trebalo razmotriti da odluka izvanparničnog suda sadrži nalog za isplatu (u odnosu na sve manjinske dioničare ili barem u korist onih manjinskih dioničara koji su sudjelovali u izvanparničnom postupku), odnosno da ima svojstvo ovršne isprave. Na taj način bi se ubrzao postupak i ostvarila gospodarska svrha ovoga instituta.<sup>35</sup>

Uz navedeno, na ovom mjestu opravdano se nameće pitanje mogu li manjinski dioničari u slučaju ako su propustili podnijeti zahtjev za određivanje primjerene otpremnine u izvanparničnom postupku i dalje postaviti obveznopravni zahtjev za isplatu veće otpremnine od one koju je odredio glavni dioničar, odnosno dopunu razlike od tako određene otpremnine do one koju oni smatraju primjerenom.<sup>36</sup> Pomnijom analizom odredbi ZTD-a, proizlazi kako manjinski dioničari mogu zahtijevati ispunjenje obveze isplate razlike otpremnine (tek) ako je i nakon što je u izvanparničnom postupku odlučeno o visini primjerene otpremnine. U suprotnom manjinski dioničari bi izigrali izričitu zakonsku odredbu ZTD-a.

34 Shematski prikaz *squeeze out*-a u njemačkom pravu cf. S. Karami, *Unternehmensbewertung in Spruchverfahren beim „Squeeze out“ Der Zeitaspekt in Gesetz, Rechtsprechung und Gutachterpraxis aus funktionaler Sicht*, Wiesbaden 2014, 22.

35 Ovdje valja ukazati i na rješenje iz srpskog zakonodavstva, odnosno na odredbe čl. 521 st. 2 i 3 ZPD kojima je propisano da ako se u izvanparničnom postupku odlukom suda utvrdi viša cijena od one koju je odredilo društvo, da je glavni dioničar u obvezi razliku u iznosu (svim manjinskim dioničarima) deponirati na poseban račun u roku od 30 dana od pravomoćnosti odluke suda, a ako to propusti učiniti društvo postaje neograničeno solidarno odgovorno za isplatu te razlike.

36 Jednako tako je odlučio i Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije u odluci posl. br. Prevl-171/14 od 18. prosinca 2014, odnosno da se odluka o prisilnom otkupu dionica ne može pobijati tužbom u parnici zbog neprimjerenosti cijene dionica, nego se preispitivanje cijene dionica utvrđene odlukom društva vrši po zahtjevu manjinskih dioničara u vanparničnom postupku. Cf. <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Prinudni%20otkup%20akcija%20-%20%20Prevl%20171-14.pdf>, 20. rujna 2018.

### 3.2. Aktivna legitimacija za pokretanje izvanparničnog i parničnog postupka

Prema postojećem normativnom uređenju, odluka glavne skupštine o prijenosu dionica pogađa na jednak način sve manjinske dioničare. U tom smislu, potrebno je utvrditi tko su aktivno legitimirane stranke kod sudskog utvrđivanja otpremnine, odnosno je li to svaki manjinski dioničar ili svi manjinski dioničari zajedno.<sup>37</sup> Odgovor na to pitanje djelomično daje ZTD u članku 300.k stavak 4 ZTD-a gdje je propisano da odluka izvanparničnog suda o visini otpremnine iz stavka 3 ovoga članka djeluje prema svim manjinskim dioničarima neovisno o tome jesu li sudjelovali u postupku u kojemu je određena. To je potvrđeno i u domaćoj sudskoj praksi gdje je zaključeno kako odluka suda u izvanparničnom postupku kojom se odlučuje o primjerenoj otpremnini pogađa sve manjinske dioničare bez obzira jesu li pokrenuli izvanparnični postupak.<sup>38</sup> VTS je u nizu svojih odluka zaključio kako je svaki manjinski dioničar bez obzira je li bio stranka izvanparničnog postupka radi određivanja primjerene otpremnine, aktivno legitimiran podnijeti obveznopravni zahtjev, tj. pokrenuti parnični postupak radi isplate tako određene otpremnine.<sup>39</sup> Stoga svi manjinski dioničari imaju u izvanparničnom postupku položaj materijalnih, ali ne i nužnih suparničara.<sup>40</sup>

Za razliku od izvanparničnog postupka, u parničnom postupku kada se traži isplata otpremnine koju je utvrdio sud, svaki pojedini manjinski dioničar mora osobno pokrenuti parnični postupak za isplatu tako utvrđene otpremnine. Ovdje se ne primjenjuje pravilo iz odredbe članka 300.k stavak 3 i 4 ZTD-a da se sve radnje jednog manjinskog

---

37 Pasivno legitimiran je glavni dioničar. Tako i u njemačkom pravu *cf.* § 5 Spruchverfahrensgesetz, *BGBI*, broj I/838, izmjene i dopune § 16 od 23. lipnja 2013, *BGBI*, broj I/2586.

38 Čl. 300.k stavka 4 ZTD-a. Najbolji primjer za to bio bi slučaj u kojem bi samo jedan manjinski dioničar koji ima dionice 1% temeljnog kapitala, podnio zahtjev za utvrđenje primjerene otpremnine sudu u izvanparničnom postupku. Ako bi sud utvrdio da je otpremnina neprimjerena i utvrdio primjereni iznos, takva otpremnina bi jednako pripadala svim manjinskim dioničarima bez obzira jesu li podnijeli zahtjev za utvrđenje primjerene otpremnine u izvanparničnom postupku.

39 Presude VTS broj Pž-5381/15–6 od 29. rujna 2017, broj Pž-6897/15–6 od 28. rujna 2017. i broj Pž-5385/15–5 od 13. rujna 2017.

40 E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 271.

dioničara koji je pokrenuo parnični postupak odnose i na ostale manjinske dioničare koji nisu pokrenuli takav postupak. Naime, ako bi samo jedan od manjinskih dioničara pokrenuo parnični postupak, odluka parničnog suda bi se odnosila samo na njega, a ne i na ostale koji nisu stranke postupka.

Ovakvo uređenje u hrvatskom pravu razlikuje se uspoređi s njemačkim pravom. Naime, u njemačkom pravu se prilikom sudskog određivanja otpremnine imenuje zajednički predstavnik koji ima položaj zakonskog zastupnika.<sup>41</sup> Njegova je uloga zaštititi prava onih dioničara koji nisu pokrenuli postupak.<sup>42</sup> Na temelju takvog uređenja svaki manjinski dioničar nakon pravomoćnog okončanja izvanparničnog postupka automatski stječe pravo neposredno tražiti isplatu primjerene otpremnine (bez potrebe pokretanja parničnog postupka na isplatu). Na taj način utvrđenje i nalog suda za isplatu pogađa sve manjinske dioničare jednako i istodobno i nema potrebe za dupliciranjem postupka i samostalnim vođenjem parnica od strane svakog manjinskog dioničara posebno.

Slijedom toga, ovo rješenje trebalo bi razmotriti i u kontekstu hrvatskog prava. Potreba zajedničkog predstavnika je tim više nužna ako se uzmu u obzir prethodna utvrđenja da bi se *de lege ferenda* trebalo naložiti plaćanje primjerene otpremnine već u izvanparničnom postupku. U tom slučaju bi zajednički predstavnik podnio zahtjev izvanparničnom sudu u ime svih i odluka suda kojom utvrđuje iznos i nalaže plaćanje bi se odnosila na sve manjinske dioničare, a ne samo na one koji su pokrenuli postupak.

#### 4. NAČINI ODREĐIVANJA VISINE OTPREMNINE

Visinu otpremnine jednako kao i pravnu osnovu prvenstveno određuje glavni dioničar, a tek podredno je može odrediti izvanparnični sud na zahtjev nezadovoljnih manjinskih dioničara.<sup>43</sup> Glavni dioničar određuje primjereni novčani iznos otpremnine na temelju po-

41 Cf. § 6 st. 1 Spruchverfahrensgesetz, *BGBI*, broj I/838, izmjene i dopune § 16 od 23. lipnja 2013, *BGBI*, broj I/2586.

42 E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 270.

43 Cf. čl. 300.g u vezi s 300.k ZTD-a. S obzirom na to kako glavni dioničar drži minimalno dionice koje se odnose na 95% temeljnog kapitala u praksi će uprava uvijek biti sklona glavnom dioničaru. Cf. I. Markovinović, „Squeeze-out (prijenos dionica manjinskih dioničara)“, *Pravo i porezi*, 2007/7, 39.

dataka, dokumentacije i obavijesti koje su mu uprava, odnosno izvršni direktori dužni dati na uvid u vrijeme donošenja takve odluke.<sup>44</sup> Uz to, glavni dioničar je prije sazivanja glavne skupštine dužan upravi predati izjavu banke kojom ona solidarno jamči da će glavni dioničar manjinskim dioničarima isplatiti otpremninu uvećanu za pripadajuće kamate bez odgađanja po upisu odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar.<sup>45</sup>

Ako manjinski dioničari smatraju da tako određeni iznos otpremnine nije primjeren na njihov zahtjev može ga odrediti sud u izvanparničnom postupku.<sup>46</sup> Manjinski dioničari mogu podnijeti spomenuti zahtjev u prekluzivnom roku od dva mjeseca od dana od kada se smatra da je objavljen upis odluke o prijenosu dionica u sudski registar, odnosno od objave u Narodnim novinama.<sup>47</sup> Pritom sud nije vezan iznosom koji je prethodno utvrdio glavni dioničar, odnosno iznosom koji je potvrdio sudski vještak prije donošenja odluke glavne skupštine.<sup>48</sup> Pritom, hrvatski sudovi odluku kojom utvrđuju primjerenu otpre-

---

44 *Ibid.*

45 Cf. čl. 300.g st. 3 ZTD-a. U pravilu će se tu raditi o bankarskoj garanciji, cf. J. Barbić, *op. cit.*, 449–450; E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 289; V. Gorenc, *op. cit.*, 668. Za suprotna stajališta kako je tu ipak riječ o bankarskom jamstvu, a ne o bankarskoj garanciji cf. I. Markovinović, *op. cit.*, 39. Za njemačko pravo vrijedi isto cf. § 327b AktG. U njemačkoj sudskoj praksi zauzeto je stajalište kako je odluka skupštine valjana i ako ju ne da financijska institucija koja je na to obvezna po zakonu. Cf. E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 269.

Za razliku od toga u poredbenom pravu Republike Srbije, i to odredbama čl. 516 st. 6 i 7 Zakona o privrednim društvima propisano je da je glavni dioničar u obvezi da u roku od tri radna dana od dana dostavljanja registru odluke o prisilnom otkupu dionica, na poseban račun deponira sredstva za isplatu cijene dionica i da dokaz o tome dostavi registru, a u slučaju da to ne učini odluka o prisilnom otkupu prestaje važiti.

46 Čl. 300.k st. 1 ZTD-a. Više o tome: cf. B. Iveković, „Squeeze-out-Prijenos dionica manjinski dioničara“, *Pravo i porezi*, 2004/11, 53.

47 Cf. I. Markovinović, *op. cit.*, 40; čl. 300.k st. 2 ZTD-a. Ako zahtjev ne bude podnesen u roku sud će ga kao nepravovremenog odbaciti, tako i odluka VTS broj Pž-174/13–3 od 22. siječnja 2013. Za razliku od toga u njemačkom pravu propisan je duži rok od tri mjeseca koji se računa od dana kada je objavljen upis odluke o prijenosu dionica u sudski registar. Cf. § 4 Spruchverfahrens-gesetz, *BGBI*, broj I/838, izmjene i dopune §16 od 23. lipnja 2013, *BGBI*, broj I/2586.

48 Takav stav zauzela je i hrvatska sudska praksa zaključivši kako nije ostvarena povreda postupka jer je sud propustio uskladiti nalaze vještaka iz izvanparničnih postupaka i to onog kojeg su pokrenuli manjinski dioničari nakon do-

mninu u izvanparničnom postupku donose samo ako je otpremnina trebala biti viša od one koju je odredio glavni dioničar, u suprotnom odbijaju zahtjev u izvanparničnom postupku.<sup>49</sup>

#### 4.1. Kriteriji za sudsko određivanje visine otpremnine

Hrvatski sudovi razvili su parametre prema kojima se utvrđuje primjerena otpremnina. Riječ je o tzv. dinamičkoj metodi prema kojoj se prilikom određivanja visine otpremnine ne uzima tržišna vrijednost dionica, već se vrijednost dionice određuje uzimajući u obzir vrijeme i vrijeme prije i nakon donošenja odluke o prijenosu dionica manjinskih dioničara.<sup>50</sup> Dinamička metoda je ekonomsko pitanje za čije određenje tržišna vrijednost nije dostatan kriterij, nego je potrebno uzeti u obzir i *pro futuro* kretanja, poslovne rezultate kao i to da dionice društva u kojem je jedan dioničar ima 95% dionica nisu konkurentne na tržištu.<sup>51</sup>

Slijedom navedenog, primjerenu otpremninu određuje sud uz dopunske kriterije prilika u društvu u vrijeme kada je donesena odluka o prijenosu dionica.<sup>52</sup> Takav stav potvrdila je i domaća sudska praksa navodeći kako se pri utvrđivanju primjerene otpremnine uz procijenjenju vrijednost dionica, uzimaju u obzir i poslovanje društva u određe-

---

nijete odluke o prijenosu dionica i izvanparničnog postupka koji je pokrenut po tuženikovom prijedlogu u postupku pripreme odluke glavne skupštine (cf. sentenca Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, dalje: VTS, broj Pž-3737/08 od 17. lipnja 2008). Naime, zadaća suda je, sukladno odredbi čl. 300.h st. 2 ZTD-a, samo imenovanje vještaka u tijeku priprema za glavnu raspravu na kojoj će se donijeti odluka o prijenosu dionica na temelju odredbe čl. 300.g st. 1 ZTD-a. Stoga u tom postupku sud nije ovlašten ispitati primjerenost otpremnine pa je i nalaz i mišljenje vještaka u tom slučaju privatna, a ne javna isprava (cf. *ibid.*).

49 Odluka VTS broj Pž-7938/09-3 od 14. rujna 2011.

50 E. Čulinović Herc, A. Zubović, *op. cit.*, 679.

51 I. Markovinović, *op. cit.*, 39. Za poredbeno pravo cf. C. Van den Elst, L. Van den Steen, *op. cit.*, 434.

Za razliku od toga u poredbenom pravu Republike Srbije, i to odredbama čl. 516 st. 2 i 3 ZPD-a propisano je da se cijena dionica utvrđuje prema vrijednosti dionica na dan koji ne prethodi više od tri mjeseca danu donošenja odluke o otkupu, ne uzimajući u obzir bilo kakvo očekivano smanjenje ili povećanje kao posljedicu te odluke, osim u slučaju ako je posljedica donošenja odluke o prinudnom otkupu pojedinih manjinskih dioničara ta da njima prestaju posebne privilegije na koje su imali pravo, pa se ta činjenica uzima u obzir prilikom utvrđivanja tržišne vrijednosti dionica.

52 Tako i J. Barbić, *op. cit.*, 446-447; V. Gorenc, *op. cit.*, 668.

nom budućem periodu (u konkretnom slučaju utvrđivanju otpremnine uzeta je u obzir projekcija poslovanja društva za određeno razdoblje), kao i prilike u društvu u vrijeme kada je donesena odluka o preuzimanju manjinskih dionica.<sup>53</sup>

## 5. DOSPIJEĆE OTPREMNINE I KAMATE

Odredbom članka 300. g. ZTD-a propisano je kako kamate na iznos otpremnine na ime prijenosa dionica manjinski dioničara teku od upisa odluke u sudski registar.<sup>54</sup> Upis te odluke u sudski registar je konstitutivne prirode.<sup>55</sup> Slijedom toga, otpremnina po osnovi prijenosa dionica manjinskih dioničara dospijeva upisom odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar, a ne donošenjem takve odluke od strane glavne skupštine.<sup>56</sup> U slučaju kada se manjinski dioničari koriste svojim pravom sudskog utvrđenja primjerene otpremnine iz čl. 300.k ZTD-a trenutak dospijeca nije izrijekom određen zakonom.

U nedavnoj revizijskoj odluci VSRH bavio se pitanjem je li obveza glavnog dioničara na isplatu razlike između isplaćene i od strane suda određene primjerene otpremnine dospjela upisom odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar ili je dospjela po pravomoćnosti rješenja kojim je u izvanparničnom postupku odlučeno o primjerenoj otpremnini.<sup>57</sup> Dvojba se bazirala na tome može li se na temelju naknadno utvrđenog primjerenog iznosa otpremnine naložiti obveza plaćanja zatezних kamata na potraživanje koje nije bilo utvrđeno u trenutku upisa u sudski registar, već se tek naknadno utvrdilo na zahtjev manjinskih dioničara u izvanparničnom postupku.<sup>58</sup>

Sud je zaključio da razlika dospijeva retroaktivno od dana upisa u sudski registar odluke o prijenosu dionica. Glavni argument koji je naveo VSRH je da to proizlazi iz izričitih zakonskih odredaba uz do-

53 J. Barbić, *op. cit.*, 446–447, V. Gorenc, *op. cit.*, 668.

Npr. Odluka VTS broj Pž-8261/14–3 od 14. studenoga 2014.

54 Tako i u njemačkom pravu *cf.* § 327.e AktG.

55 Za njemačko pravo *cf.* E. Čulinović i A. Zubović, *op. cit.*, 268.

56 *Cf.* čl. 300.g ZTD-a.

57 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018. U spomenutoj presudi predmet spora je zahtjev tužiteljice kao bivšeg manjinskog dioničara za isplatu razlike između iznosa primjerene otpremnine utvrđene u izvanparničnom postupku i iznosa isplaćene otpremnine određenog od strane glavnog dioničara.

58 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018.

datni argument kako propust glavnog dioničara da to učini se ne može negativno reflektirati na položaj manjijskog dioničara i dovesti ga u nepovoljniji položaj.<sup>59</sup>

Naime, upravo je sud zaključio da izričite odredbe čl. 300.f st. 1 i čl. 300.g st. 2 ZTD-a štite manjijske dioničare od mogućih manipulacija glavnog dioničara prilikom određivanja primjerene otpremnine, odnosno da se tim odredbama sprječava glavnog dioničara da najprije odredi neprimjerenu otpremninu, kako bi pomaknuo računanje kamata, i time doveo manjijske dioničare u nepovoljniju poziciju.<sup>60</sup>

Na iznos otpremnine manjijskih dioničara obračunava se kamata u visini eskontne stope Hrvatske narodne banke uvećane za pet postotna poena za vrijeme od upisa odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar pa do isplate manjijskim dioničarima.<sup>61</sup> Riječ je o zakonskoj zateznoj kamati čija je stopa propisana zakonom. Stoga se postavlja pitanje može li se ugovoriti drukčiji iznos stope zatezne kamate.

Analogno uređenju zateznih kamata u ZOO-u proizlazi da je stopa zateznih kamata iz članka 300.g ZTD-a eskontna stopa Hrvatske narodne banke uvećana za pet postotnih poena gornja granica stope zateznih kamata.<sup>62</sup> Unatoč tomu, ova kamatna stopa može se ugovorno

59 Cf. presudu VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018.

60 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018.

61 Cf. čl. 300.g ZTD-a.

62 Nedorečenost ZTD-a u pogledu prijenosa dionica manjijskih dioničara implicira se i na pitanje zastare, odnosno računanje zastarnog roka. Sukladno odredbi članka 215 ZOO-a zastara počinje teći od prvoga dana poslije dana kad je vjerovnik imao pravo zahtijevati ispunjenje obveze. Zakon o obveznim odnosima – ZOO, *Narodne novine*, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15. U konkretnom slučaju, manjijski dioničari imaju pravo zahtijevati isplatu primjerene otpremnine tek od prvog idućeg dana od pravomoćnosti izvanparničnog rješenja kojim je određen iznos primjerene otpremnine. Ovakav stav temelji se na odredbi članka 300.k ZTD-a kojima je propisano da se odluka o prijenosu dionica može pobijati tužbom zbog toga što iznos otpremnine koji je odredio glavni dioničar nije primjeren. Ako iznos otpremnine nije primjeren, odredit će ga na zahtjev manjijskog dioničara sud iz članka 40 ovoga Zakona (300.k st. 1 ZTD-a). Isto vrijedi i ako glavni dioničar ne ponudi iznos otpremnine u novcu ili to ne učini onako kako bi to trebao učiniti, a tužba kojom se pobija donesena odluka nije podignuta ili se to ne učini u za to propisanom roku, ona bude povučena ili pravomoćno odbijena. Zahtjev se može postaviti sudu samo u roku od dva mjeseca od dana od kada je objavljen upis odluke o prijenosu dionica u sudski registar (300.k st. 2 ZTD-a).

sniziti. Pritom, valja voditi računa kako je odluka glavnog dioničara kojom prenosi dionice manjinskih dioničara jednostrani akt. Stoga glavni dioničar ne može u toj odluci odrediti niži iznos kamatne stope. Ipak nema zapreke da se glavni i manjinski dioničari sporazume o nižoj kamatnoj stopi zatezних kamata od one propisane člankom 300.g ZTD-a.

Pravo na zatezne kamate stječu manjinski dioničari i za razdoblje od dana kada je sudskim rješenjem određen upis u sudski registar prijenosa dionica manjinskih dioničara u dioničkom društvu do pravomoćnosti rješenja kojim je utvrđena primjerena otpremnina koja se imala isplatiti manjinskim dioničarima društva.<sup>63</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Otpremninu kod prijenosa dionica manjinskih dioničara određuje prvenstveno glavni dioničar, a tek podredno ispituje sud. Prilikom određivanja otpremnine glavni dioničar mora poštivati stroge formalnosti određivanja visine otpremnine. U slučaju nezadovoljstva manjinski dioničar može pokrenuti izvanparnični postupak za utvrđenje primjerene otpremnine. Ako sud utvrdi da je otpremnina veća od one koja je isplaćena, svaki od manjinskih dioničara mora osobno pokrenuti parnični postupak kako bi im se isplatila primjerena otpremnina što je još jedan dodatan i neutralan način kontrole odluke glavnog dioničara.

Ocjenjujući normativni pravni okvir, stajališta domaće sudske prakse, gospodarsku ulogu i cilj uvođenja ovoga instituta u hrvatsko pravo društva proizlazi kako, glavni dioničar ne može samovoljno odrediti novčani iznos koji se treba isplatiti manjinskim dioničarima. Stoga su načini određivanja visine otpremnine dostatna zaštita prava manjinskih dioničara.

Slijedom navedenog, proizlazi kako je postojeće stanje *de lege lata* uređenje u pogledu pravne osnove i visine za određivanja visine otpremnine slijedi njemačko pravo po čijem je uzoru implementirano u hrvatski pravni sustav. Ipak hrvatski zakonodavac ima svojevrsna odstupanja koja su otegotna za manjinske dioničare i dovode do odugovlačenja postupka.

Stoga je *de lege ferenda* potrebno razmotriti uvođenje zajedničkog predstavnika prilikom sudskog određivanja otpremnine i propisati

---

63 Presuda VSRH broj Revt 25/18–2 od 13. ožujka 2018.



da je izvanparnični sud osim utvrđenja ovlašten naložiti isplatu razlike do primjerene otpremnine. Takvim uređenjem hrvatsko pravo bi postiglo pravu svrhu ovoga instituta i izbjeglo nepotrebno parničenje te se približilo poredbenim pravima po čijem uzoru je ovaj institut implementiran u hrvatsko pravo.

*Lidija Šimunović, LL.M.*  
*Teaching Assistant at Faculty of Law in Osijek*

*Petar Zaradić, LL.M.*  
*Court Adviser at the Supreme Court of the Republic of Croatia*

## SEVERANCE PAY WHEN MINORITY SHAREHOLDERS ARE SQUEEZED OUT– SOME OPEN QUESTIONS

### *Summary*

The paper analyses the issue of determining appropriate severance pay when minority shareholders from a joint-stock company are squeezed out. The severance pay is an amount that is paid to minority shareholders when a general assembly of a joint stock company decides to transfer their shares to a shareholder who acquired at least 95% of a share capital of a company (so-called majority shareholder). The starting point for the analysis of this subject is a provision of the Croatian Companies Law (hereinafter: CCL), which stipulates that the amount of reimbursement is determined by a majority shareholder, and is only subordinated by a court in a non-contentious procedure. Given that the CCL poorly regulates the subject matter, some open questions in Croatian business and court practice have emerged. Therefore, the paper discusses whether the issue of determining the severance pay, according to the rules of the CCL, appropriately protects positions of the majority shareholder and minority shareholders. The paper re-examines whether the existing positions of Croatian case law practice is in the line with solutions from comparative laws.

Key words: *Reimbursement. – Exhausted reimbursement. – Squeeze out. – Minority shareholder shares transfer.*

Dr Nenad Tešić\*

## ODLAGANJE IZVRŠENJA ARBITRAŽNE ODLUKE – PERICULUM IN MORA ILI ULTIMA RATIO U ODBRANI DUŽNIKA OD NEOPRAVDANOG OSIROMAŠENJA?<sup>\*\*</sup>

*Zakon o izvršenju i obezbeđenju (2015)<sup>1</sup> je u naš pravni sistem vratio jedan institut koji nam se prema prethodnom ZIO (2011)<sup>2</sup> učinio trajno izgubljenim. U pitanju je odlaganje izvršenja. U tom pogledu ovo je svojevrsni povratak na stanje iz Zakona o izvršnom postupku 2004<sup>3</sup>, s tim što je savremeni zakonodavac u nekim segmentima zaštite dužnikovih interesa otišao i korak dalje. Autor, u ovom radu, ostavlja po strani odlaganje izvršenja na zahtev nadležnog javnog tužioca i odlaganje izvršenja po odluci Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi, da bi akcenat stavio na odlaganje izvršenja odlukom javnog izvršitelja ili suda na predlog stranaka ili trećeg lica u izvršnom postupku. Pritom je srazmerno više pažnje posvećeno onim slučajevima koji su kod izvršenja arbitražnih odluka učestaliji: odlaganju na predlog izvršnog dužnika i na predlog trećeg lica, u odnosu na one procesne situacije koje su manje zastupljene u praksi, ali i srazmerno manje zamršene, pošto ih ne prati protivljenje suprotne stranke: odlaganje na zahtev izvršnog poverioca i odlaganje na osnovu sporazuma stranaka. Za autora je, u naučnom smislu, naročito izazovno odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika koje se zasniva na podnetoj tužbi za poništaj arbitražne odluke. U ovom slučaju,*

\* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, [nenad.tesic@ius.bg.ac.rs](mailto:nenad.tesic@ius.bg.ac.rs).

\*\* Ovaj naučni članak je rezultat istraživačkog rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2018. godinu. Autor duguje naročitu zahvalnost docentkinji Mileni Đorđević, za prijateljsko čitanje ovog rada i ukazivanje na jezičke i druge manjkavosti.

1 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015 i 106/2016 – autentično tumačenje, nadalje: ZIO ili ZIO (2015).

2 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 99/2011 – dr. Zakon, nadalje: ZIO (2011).

3 Zakon o izvršnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004, nadalje: ZIP (2004).

dužnik zahteva odlaganje izvršenja odluke suda u čijem izboru je sam učestvovao. Iako je zakonom dozvoljena, takva „dvoličnost“ u dužnikovom postupanju, po mišljenju autora, iziskuje posebnu pažnju i njeno sagledavanje kroz prizmu poveričevog prava na suđenje u razumnom roku, ali i nešto šire iz ugla dobre vere i pravila poslovnog morala.

**Ključne reči:** Arbitraža. – Tužba za poništaj arbitražne odluke. – Odlaganje izvršenja. – Nenadoknativa ili teško nadoknativa šteta.

## 1. FAKTIČKO ODLAGANJE

Nije teško uočiti da efikasnost predstavlja ključnu odliku koja nedostaje našem pravosuđu. Ono po čemu je naš pravosudni sistem prepoznatljiv je faktičko mirovanje (zastoj) u vođenju postupaka. Pritom se pravosudnim delatnicima može zameriti na mnogo čemu osim na maštovitosti u tom pogledu. Predmetima se gubio svaki trag: prilikom preseljenja iz jedne zgrade suda u drugu, nestajali su u arhivama usled poplava, gutale su ih fioke i šifonjeri i sl. Pesimisti su ovu pojavu nazivali sporost u radu pravosuđa, dok su optimisti tvrdili da brže nije moglo, pre svega zbog malog broja sudija „zaduženih sa velikim brojem predmeta u radu“. Kao i u drugim sličnim situacijama istina se skrivala negde između ta dva pola. Izlaz iz ovog lavirinta reformatori su videli u prenošenju jednog dela sudskih ovlašćenja javnim izvršiteljima.<sup>4</sup> Taman kada se stručnoj javnosti učinilo da smo makar u sferi prinudne naplate potraživanja ostvarili određene pomake u pravcu efikasnije zaštite prava,<sup>5</sup> postavilo se pitanje mogu li nas određena

4 „Izvršitelji su nosioci javnih ovlašćenja na koje je prenet deo nadležnosti sudova u izvršnom postupku.“ „Javni izvršitelji, pored sprovođenja izvršenja, imaju ovlašćenja i da odlučuju u postupku i donose pojedine odluke, kao što to mogu i sudije.“ A. Bojović, „Izvršiteljima još veća ovlašćenja“, *Politika*, 26.2.2016, <http://www.politika.rs/sr/clanak/349972/Hronika/Izvršiteljima-jos-veca-ovlas-cenja>, 3.4.2018.

5 „Najveći pomak je ostvaren u izvršnoj materiji, pošto smo na kraju 2015. imali oko 1,6 starih izvršnih predmeta, a u 2016. upravo zahvaljujući novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, koji je počeo da se primenjuje 1. jula, uspeali smo da rešimo blizu 900.000 starih predmeta“. Tako o rasterećenju sudova ministarka pravde Nela Kuburović. Vid.: „Kuburović: Prošle godine rešeno oko 900.000 starih predmeta“, *Politika*, 20.3.2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/376551/Kuburovic-Prosle-godine-reseno-oko-900-000-starih-predmeta>, 3.4.2018.

zakonska rešenja vratiti na staro, ali ne više kroz faktički zastoj u postupcima, već kroz nedovoljno jasne norme o odlaganju izvršenja na predlog stranaka i trećih lica.

## 2. ZAKONSKO UTEMELJENJE ODLAGANJA

Odlaganje izvršenja se obično definiše kao „privremeni zastoj postupka koji nastupa pre ili u toku postupka sprovođenja izvršenja“.<sup>6</sup> Slično kao i u parničnom postupku „i u izvršnom postupku mogu nastupiti činjenice koje mogu imati manji ili veći uticaj bilo na sam opstanak postupka bilo na njegov rezultat“. „Otuda se u izvršnom pravu javlja ustanova odlaganja izvršenja, kojom se, slično kao ustanovom prekida postupka u parničnom pravu, cilja privremenom zaustavljanju postupka, kako bi se u međuvremenu u pogledu izvesnih činjenica koje mogu biti od uticaja za postupak uopšte, na izvesne delove postupka ili samo na pojedine radnje u postupku postigla izvesnost i time omogućilo ostvarenje rezultata tih činjenica na tok postupka“.<sup>7</sup> Takav zastoj u ostvarivanju izvršenja treba razlikovati od kratkotrajnih odlaganja pojedinih radnji sprovođenja izvršenja bez donošenja posebne odluke, na primer odlaganje započetog popisa do sledećeg radnog dana zbog isteka vremena u kome se tokom jednog dana, po pravilu sprovodi izvršenje.<sup>8</sup> Do odluke o odlaganju u izvršnom postupku dolazi samo na predlog učesnika u postupku. Javni izvršitelj ne vodi računa o postojanju razloga za odlaganje po službenoj dužnosti.<sup>9</sup>

### 2.1. „Radoznalome dosta“

Zakonodavac propisuje nekoliko vidova odlaganja: odlaganje na osnovu predloga poverioca, odlaganje na osnovu sporazuma stranaka, odlaganje na predlog izvršnog dužnika, odlaganje na predlog trećeg lica. Iako se radi o suštinski istom mehanizmu svaki od ovih oblika odlaganja izvršenja uređen je posebnim pravilama. U našoj pravnoj književnosti uglavnom izostaje ocena načina na koji je ovo pitanje nor-

6 B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999, 457.

7 B. T. Blagojević, *Sistem izvršnog postupka*, Beograd 1938, 257.

8 „Izvršenje se sprovodi svakog dana od 7 do 22 časa. Izvršenje se može sprovesti izvan tog vremena ako izvršni dužnik izbegava ispunjenje obaveze ili to nalažu naročito opravdani razlozi.“ ZIO čl. 141, st. 1 i st. 2.

9 B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, *op. cit.*, 457.

mirano u ZIO (2015). Oni autori koji ipak daju svoj sud ne izjašnjavaju se baš pohvalno. Prema prof. Jakšiću, „u suštini ovde se radi o neuspelim nakalamljenim pravnim transplantima čije je poreklo u dobro sistematizovanim odredbama nemačkog i austrijskog prava... Razlozi za odlaganje izvršenja po predlogu dužnika su nejasni. Prvi se odnose na matematičko izračunavanje visine štete koju bi eventualno mogle da pretrpe stranke, a drugi na postojanje naročitih razloga koji se dokazuju javnim ispravama...

Norme na osnovu kojih se odlaže izvršenje na predlog trećeg lica predstavljaju *nonsense*, dok norme o odlaganju izvršenja na predlog dužnika širom otvaraju vrata javnom izvršitelju za arbitrarnost u odlučivanju.“<sup>10</sup>

Takva kvalifikacija predmetnih normi iz pera ovog procesualiste je čini se sasvim dovoljna da se i drugi autori zainteresuju za ovu temu. Osim toga, u nekoliko postupka izvršenja koji su u novije vreme privukli naročitu pažnju pravničke javnosti primenjen je upravo institut odlaganja izvršenja. Tom prilikom su otvorene brojne nedoumice koje po našem mišljenju zaslužuju odgovarajuću analizu i iscrpne odgovore.

### 3. ODLAGANJE IZVRŠENJA NA PREDLOG POVERIOCA

#### 3.1. Kada se smatra da je izvršenje „počelo“?

Na predlog izvršnog poverioca, javni izvršitelj rešenjem protiv koga žalba nije dozvoljena, odlaže izvršenje koje nije još počelo.<sup>11</sup> Ako se malo bolje zagledamo u ovu normu nije sasvim jasno u kom periodu poverilac može podneti predlog za odlaganje izvršenja. Prema Zakonu to je neki period u postupku izvršenja u kome je za odlučivanje nadležan javni izvršitelj, ali izvršenje još uvek nije počelo.<sup>12</sup>

10 A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017, 931.

11 ZIO, čl. 120, st. 1.

12 Početak izvršenja iz ove norme ne treba mešati sa početkom izvršnog postupka koji prema opštem mišljenju počinje podnošenjem predloga za izvršenje. U austrijskom pravu postupak po pravilu podrazumeva dve faze. U prvoj fazi (nem. *Bewilligungsverfahren*), poverilac (nem. *betreibender Gläubiger*) podnosi predlog za izvršenje nadležnom sudu. Ako je predlog usvojen, u drugoj fazi (nem. *Vollzugsverfahren*) namiruje se izvršno potraživanje. Opširnije vid.: B. Nunner-Krautgasser, „National Report on the Right to an Effective Enforce-

Ovde se očigledno radi o fazi u postupku kada je okončano određivanje izvršenja u nadležnosti suda, ali nije otpočelo sprovođenje izvršenja koje je u nadležnosti javnog izvršitelja.

Čini se da ovo može biti onaj period kada je predmet stigao kod javnog izvršitelja i ovaj je doneo zaključak o predujmu troškova koji je dostavljen izvršnom poveriocu. Izvršenje nije počelo pošto izvršni poverilac nije uplatio troškove.<sup>13</sup> Ako poverilac zatraži odlaganje, javni izvršitelj će izmeniti zaključak o predujmu troškova i doneti rešenja o odlaganju u skladu sa predlogom izvršnog poverioca.

Ako se usvoji drugo stanovište, kome smo skloniji, da izvršenje (u smislu sprovođenja) počinje tek dostavljanjem rešenja o izvršenju dužniku, onda bi izvršni poverilac mogao podneti predlog za odlaganje i nakon uplate predujma troškova, sve do dostavljanja rešenja o izvršenju dužniku. Od dostavljanja rešenja, dužnik je nesumnjivo upoznat sa postupkom izvršenja i od tog trenutka, poverilac ne može izdejstvovati odlaganje izvršenja ako se izvršni dužnik tome protivi.

### 3.2. Odstupanje od načela dispozicije

Izvršni postupak je zasnovan na načelu dispozicije, izvršni poverilac između ostalog bira da li će pokrenuti izvršni postupak, kog će od nadležnih javnih izvršitelja predložiti da sprovedi izvršenje, da li će se izvršenje odrediti na celokupnoj imovini ili na određenim predmetima i sredstvima izvršenja.<sup>14</sup> Nadalje, izvršni poverilac u toku postupka

---

ment And State Responsibilities In Austria“, International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014, 487.

- 13 Izvršni postupak ili postupak obezbeđenja obustavlja se ako izvršni poverilac ne položi predujam u roku koji je odredio sud, odnosno javni izvršitelj. Vid.: ZIO čl. 33, st. 4.
- 14 O načelu dispozicije koje podrazumeva slobodu izvršnog poverioca da od više nadležnih javnih izvršitelja odabere onog koji će sprovediti izvršenje. N. Tešić, „O procesnom položaju novog vlasnika (hipotekovane) nepokretnosti u izvršnom postupku“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije (2017)*, (ur. Vuk Radović), Beograd 2017, 455. Ipak, načelo dispozicije u pogledu izbora nadležnog javnog izvršitelja ograničeno je obzirom na prirodu potraživanja. Kod potraživanja iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti nadležnog javnog izvršitelja određuje Komora javnih izvršitelja ravnomerno, prema azbučnom redu upisa u Imenik javnih izvršitelja, ZIO, čl. 393. O opravdanosti ovog ograničenja iz ugla slobode preduzetništva,

može da predloži promenu predmeta i sredstva izvršenja određenog rešenjem o izvršenju, ali i postupajućeg javnog izvršitelja. Svojim zahtevom može disponirati i na način što će povući predlog za izvršenje ili zahtevati odlaganje izvršenja.

Zanimljivo je da izvršni poverilac može u toku celog izvršnog postupka, pa i posle pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, da povuče predlog za izvršenje i to bez pristanka izvršnog dužnika.<sup>15</sup> U tom slučaju izvršni postupak se obustavlja.<sup>16</sup> Dakle, kod povlačenja predloga nije od bilo kakvog značaja da li je izvršenje počelo, kao ni da li je izvršni dužnik saglasan sa povlačenjem predloga. Suprotno ovome, kod odlučivanja o poveriočevom predlogu za odlaganje izvršenja vodi se računa o okolnosti da li je izvršenje počelo. Ako je izvršenje počelo, odlaganje izvršenja na predlog izvršnog poverioca je moguće samo ako se dužnik tome ne usprotivi.<sup>17</sup> Drukčije kazano, do odlaganja izvršenja će doći i ako izvršni dužnik ćuti i ne usprotivi se predlogu za odlaganje u ostavljenom roku. Iako povlačenje predloga za izvršenje i predlog za odlaganje izvršenja počivaju na istom načelu dispozicije stranaka, čini se da im zakonodavac ne pristupa na isti način. Kako pravo nije pristalica „dvostrukih aršina“, nema naročitog razloga da poverilac u izvršnom postupku može povući predlog za izvršenje bez saglasnosti dužnika, a da u istovrsnom postupku ne može izdejsstvovati odlaganje izvršenja ako se izvršni dužnik tome protivi.

---

naročito ako poverilac potraživanja iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti nije javnokomunalno preduzeće. Vid.: N. Tešić, „Identitet predmeta izvršenja – osnov za utvrđivanje troškova postupka“, *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*, 1/2015, 250–279. Uporediti sa: N. Bodiroga, „Izvršni postupak za naplatu potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2012, 207–233.

15 ZIO, čl. 65, st. 1.

16 ZIO, čl. 65, st. 2. Opširnije o razlozima za obustavu postupka B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.*, 456.

17 Ako je sprovođenje izvršenja počelo, a izvršni dužnik se usprotivi odlaganju u ostavljenom roku, javni izvršitelj odbija predlog izvršnog poverioca, ZIO, čl. 120, st. 2. Protiv rešenja o odbacivanju ili odbijanju predloga izvršnog poverioca žalba nije dozvoljena, ZIO, čl. 120, st. 4.

### 3.3. „Stvarni“ razlozi odlaganja izvršenja na predlog poverioca

Izvršni poverilac ne mora naznačiti razloge zbog kojih zahteva odlaganje izvršenja.<sup>18</sup> Na prvi pogled, može se učiniti da je odlaganje izvršenja na predlog poverioca *contradictio in adiecto*. Ova protivrečnost je izraženija u onim situacijama kada je izvršna isprava presuda do koje se došlo kroz iscrpljujući parnični postupak koji je trajao nekoliko godina. Međutim, izvršne isprave su i ugovori o hipoteci i založne izjave<sup>19</sup> čijem nastanku nije prethodio postupak zasnovan na načelu kontradiktornosti. Ako se ovome pridoda da su u praksi poverilac i dužnik, po pravilu, u dugogodišnjem poslovnom odnosu, postaje jasno zašto po donošenju rešenja o izvršenju često dolazi do njihovog približavanja. Suprostavljene strane relativno lako pronađu zajednički jezik izvan postupka, naročito ako im je na umu ideja da se ubrza naplata i izbegnu dodatni troškovi javnog izvršitelja, veštaka i slično. Na primer, poverilac će verovatno predložiti odlaganje kada je svestan da proizvodni pogon izvršnog dužnika nema naročitu tržišnu vrednost, te da unovčenje takvih mašina (po otkupnoj ceni za staro gvožđe) ne doprinosi mnogo njegovom namirenju, ali da s druge strane, obzirom na specifičnu poslovnu delatnost izvršnog dužnika, ove mašine ponajviše vrede samom dužniku koji je iz tog razloga spreman da ponudi plaćanje duga u ratama i to preko povezanog privrednog društva.

## 4. ODLAGANJE IZVRŠENJA ZASNOVANO NA SAGLASNOSTI STRANAKA

Ako se stranka saglasi s odlaganjem predloženim od protivne stranke ili ako se stranke saglase s odlaganjem koje je predložilo treće lice, rešenjem se utvrđuje da je izvršenje odloženo sporazumom stranaka.<sup>20</sup>

Kod ovog pravila nije sasvim jasno da li sporazum stranaka treba da bude sačinjen u zajedničkom aktu ili je dovoljno da postoji predlog

---

18 R. Keča, B. Starović, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004, 612.

19 ZIO, čl. 41, st. 1, tačka 4.

20 ZIO, čl. 121, st. 1. Ako je izvršenje odloženo sporazumom stranaka, vreme na koje je odloženo izvršenje ne računa se u trajanje postupka u pogledu zaštite prava na suđenje u razumnom roku, ZIO, čl. 121, st. 4.



izvršnog dužnika u jednom aktu i saglasnost izvršnog dužnika u drugom aktu. Zagonetno je i u pogledu kojih elemenata odlaganja izvršni poverilac i izvršni dužnik treba da se saglase da bi nastao sporazum, da li je saglasnost neophodna u pogledu svih elementa odlaganja ili samo u pogledu bitnih elemenata odlaganja, kao i to koji su bitni elementi sporazuma o odlaganju?

Član 121 ZIO nosi naslov „Sporazum stranaka o odlaganju“, na osnovu takve formulacije može se pomisliti da je ovde normirana situacija, kada stranke u postupku najpre utanače uslove odlaganja (u pogledu trajanja odlaganja, dodatnih garancija: jemstvu, hipoteci, razlozima za jednostrani raskid sporazuma o odlaganju i sl.),<sup>21</sup> a potom da sačinjeni procesni sporazum podnesu javnom izvršitelju kao neku vrstu zajedničkog predloga. Međutim, sadržina predmetne norme je sasvim drugačija. Zakodavac i ne pominje sporazum stranaka u jednom pravnom aktu, već reguliše situaciju u kojoj izvršni dužnik svojim podneskom predlaže odlaganje, a izvršni poverilac se sa odlaganjem saglašava.<sup>22</sup> Shodno Zakonu, za postojanje sporazuma stranaka je sasvim dovoljno da postoji predlog za odlaganje i saglasnost izvršnog poverioca za odlaganje. Na osnovu takve saglasnosti stranaka javni izvršitelj rešenjem utvrđuje odlaganje.

Zakonodavac ne ulazi dublje u razradu obavezne sadržine takvog sporazuma, niti navodi kada se sporazum stranaka smatra postignutim.

Zakonodavac ne naglašava da je „sporazum stranaka postignut ako se izvršni poverilac u svemu saglasi sa predlogom za odlaganje“.

Zakonodavac ne navodi bitne elemente sporazuma o odlaganju, niti koristi formulaciju da je „sporazum stranaka o odlaganju postignut ako se izvršni poverilac i izvršni dužnik saglase o bitnim elementima odlaganja“.<sup>23</sup>

21 „Sadržina ovog sporazuma prava i obaveze stranaka, mogućnost raskida i ostali bitni elementi nisu zakonom regulisani već je to ostavljeno samim strankama“. N. Bodiroga, *Novi izvršni postupak*, Beograd 2017, 280.

22 Izgleda da se ovde može govoriti o ponudi koja može biti učinjena samo jednom određenom licu – izvršnom poveriocu.

23 O razlici između bitnih elemenata (*essentialia negotii*) i prirodnih elemenata (*naturalia negotii*) nekog pravnog posla. J. Radišić, *Obligaciono pravo, Opšti deo*, 2016, 90–91.

Zakonodavac ne koristi ni formulaciju „sporazum stranaka je postignut, ako se izvršni poverilac i izvršni dužnik saglase o trajanju odlaganja i drugim uslovima odlaganja“.

Zakonodavac se ne bavi izričito situacijom kada se izvršni poverilac saglasi sa odlaganjem, ali se ne složi sa vremenom trajanja odlaganja koji je predložio izvršni dužnik. Nije naime jasno, da li u takvom slučaju, javni izvršitelj primenjuje:

- a) normu iz člana 121 ZIO, tj. pravila o odlaganju na predlog izvršnog dužnika sa kojim se izvršni poverilac saglasio, ili se primenjuje
- b) norma iz člana 122 ZIO, tj. pravila o odlaganju na predlog izvršnog dužnika sa kojim se izvršni poverilac nije saglasio, ili je moguće u istoj odluci primeniti
- c) normu iz člana 121 ZIO, u pogledu trajanja odlaganja sa kojim se izvršni poverilac saglasio (u pogledu onoga što je za stranke nesporno), a potom normu iz člana 122 ZIO u pogledu trajanja odlaganja sa kojim se izvršni poverilac nije saglasio. Postavlja se pitanje da li se u tom slučaju u pogledu vremena odlaganja primenjuje norma iz člana 126, st. 2 ZIO koja kaže kada je izvršenje odloženo na predlog izvršnog dužnika, a nema saglasnosti izvršnog poverioca, trajanje odlaganja, na osnovu diskrecionog ovlašćenja, određuje javni izvršitelj u zavisnosti od okolnosti.

Protiv rešenja o odlaganju sporazumom stranaka žalba nije dozvoljena.<sup>24</sup> Iz tog razloga smatramo da sporazum stranaka postoji samo ako je poverilac u svemu prihvatio predlog dužnika za odlaganje, odnosno samo u slučaju kada je ponuda dužnika za odlaganje prihvaćena od strane poverioca u svemu kako ona glasi. Pritom nije od značaja da li su ponuda i prihvatanje ponude za odlaganje u jednom ili u više akata. Samo u onim slučajevima kada su protivne stranke saglasne u pogledu svih elemenata sporazuma nema potrebe da javni izvršitelj preispituje njihove razloge za odlaganje.<sup>25</sup>

---

24 ZIO 121, st. 5.

25 ZIO 121, st. 2. „Ako se tražilac izvršenja i izvršenik saglasnim prijedlogom o odlaganju izvršenja obrate sudu, sud će odrediti odlaganje, ne ispitujući postoje li za to propisane pretpostavke.“ Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik* Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, br. 39/13, čl. 74.

Tako je u jednom slučaju izvršni dužnik predložio odlaganje do kraja parničnog postupka po tužbi za poništaj arbitražne odluke ili najmanje na dve godine, a poverilac se u svom izjašnjenju na ovaj predlog saglasio sa odlaganjem do kraja meseca. Privredni apelacioni sud u Beogradu je zaključio da u konkretnoj situaciji ne postoji sporazum stranaka i da treba odlučivati primenom normi koje se odnose na odlaganje na osnovu predloga izvršnog dužnika.<sup>26</sup>

Smatramo da predlog za odlaganje može biti „direktno adresovan“ na poverioca, kada u slučaju poveriočeve saglasnosti nastaje sporazum koji će biti dostavljen javnom izvršitelju u jednom aktu. Međutim, dužnikov predlog može biti i „indirektno adresovan“, tako što će dužnik podneti predlog javnom izvršitelju, a ovaj će pre donošenja rešenja uputiti dužnikov podnesak poveriocu na izjašnjenje.<sup>27</sup>

Prirodno, ako je predlog za odlaganje učinjen od strane trećeg lica, eventualni procesni sporazum je tripartitan, pošto je neophodna saglasnost i dužnika i poverioca.<sup>28</sup>

## 5. ODLAGANJE IZVRŠENJA NA PREDLOG IZVRŠNOG DUŽNIKA

### 5.1. Izostanak poveriočeve saglasnosti

Ako se poverilac ne saglasi sa predlogom dužnika za odlaganje, odlaganje izvršenja je moguće samo ako su ispunjeni sledeći uslovi:

1. ako je to prvi dužnikov predlog za odlaganje;<sup>29</sup>

26 „Po mišljenju tog suda ne radi se o sporazumu stranaka, već o odlaganju izvršenja na predlog izvršnog dužnika na osnovu člana 122 ZIO.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda u Beogradu Iž 1299/17 od 29.9.2017. godine. Moguće je da sud u konkretnom slučaju nije smatrao da saglasnost mora da postoji u svemu, ali da mora da postoji u pogledu objektivno bitnih elemenata sporazuma. O elementima koji čine jezgro ugovora i neohodni su da se određeni ugovor zaključi. M. Orlić, „Saglasnost o bitnim uslovima ugovora“, *Pravni život*, 9–10/1993, 852.

27 Opširnije o adresovanim i neadresovanim izjavama volje. V. Vodinelić, *Građansko pravo: Uvod u Građansko pravo i opšti deo Građanskog prava*, Beograd 2012, 446.

28 I u ovom slučaju sporazum je moguć do pravnosnažnosti rešenja o predlogu za odlaganje. ZIO, čl. 121, st. 3.

29 ZIO, čl. 122, st. 1.

2. ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi usled izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu;
3. ako je šteta koja usled nastavka izvršenja pretri izvršnom dužniku veća od one koju bi usled odlaganja izvršenja pretrpeo izvršni poverilac;
4. ako postoje naročiti razlozi koji opravdavaju odlaganje izvršenja koje je izvršni dužnik dokazao javnom ili po zakonu overenom ispravom;
5. ako je na zahtev izvršnog poverioca, izvršni dužnik položio jemstvo.

Ovako izloženo normativno rešenje, zarad njegove pravilne primene, zahteva nešto dublju analizu i prethodno razlaganje na proste činioce.

### *5.2. Jednom u toku izvršnog postupka*

Izvršni dužnik može jednom u toku izvršnog postupka da predloži javnom izvršitelju da se odloži izvršenje.<sup>30</sup> Ovo praktično znači da u situaciji kada je dužnikov predlog za odlaganje pravnosnažno odbijen ili kada je predlog dužnika za odlaganje i pored neslaganja izvršnog poverioca pravnosnažno usvojen, izvršni dužnik ne može ponovo predložiti odlaganje. Ovo pravilo se mora razumeti i tako da sve dok ne bude pravnosnažno odlučeno o predlogu dužnika za odlaganje ovaj ne može podnositi nove predloge sa istim ciljem. Na takav način je predupređena zloupotreba procesnih ovlašćenja od izvršnog dužnika koji bi u nedostatku izričite zabrane mogao iznova zahtevati odlaganje, na primer, pošto mu je predlog za odlaganje odbijen ili pošto istekne vreme na koje je izvršenje odloženo. Ako dužnik ponovo u istom postupku predloži odlaganja, javni izvršitelj će takav predlog za odlaganje odbaciti. Pritom, napred navedeno ne znači da je u izvršnom postupku dozvoljeno samo jedno odlaganje. Sprovođenje izvršenja je moguće ponovo odložiti, ali na osnovu odgovarajućeg procesnog sporazuma stranaka ili na predlog trećeg lica. Izvršni dužnik koji je jednom podneo predlog za odlaganje izvršenja trajno gubi pravo na podnošenje (drugog po redu) predloga za odlaganje. Ovaj gubitak prava pogađa i njegove univerzalne sukcesore.

---

30 ZIO, 122, st. 1.

### 5.3. *Onus probandi*

Samo odlaganje izvršenja je izuzetak od načela hitnosti u izvršnom postupku,<sup>31</sup> a u širem smislu odstupa i od načela efikasnosti (engl. *right to effective enforcement*).<sup>32</sup> O takvom odnosu načela hitnosti u izvršnom postupku (pravilo) i odlaganja sprovođenja izvršenja (izuzetak) može se dovoljno zaključiti na osnovu okolnosti da prema Zakonu o izvršnom postupku iz 2000. godine<sup>33</sup> i Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine odlaganje sprovođenja izvršenja na predlog stranaka i trećeg lica uopšte nije bilo moguće.

Kao i drugim slučajevima kada se u pravu radi o izuzecima, ovi se usko tumače – *exceptionis sunt strictissimae interpretationis*. Teret dokazivanja je na onome ko tvrdi da su u konkretnom slučaju ispunjene sve pretpostavke za odstupanje od pravila. Iz tog razloga, zakonodavac je „podigao lestvicu“ u pogledu dokazivanja prilično visoko. Ispunjenost uslova za odlaganje na predlog izvršnog dužnika može se dokazivati samo kvalifikovanim dokaznim sredstvima.

### 5.4. *Kvalifikovana dokazna sredstva*

„Izvršni dužnik mora da dokaže javnom ili po zakonu overenom ispravom da postoje naročiti razlozi koji opravdavaju odlaganje izvršenja“.<sup>34</sup> Zakonodavac ovu normu potpuno oslanja na druge zakone koji pripisuju koji akti imaju svojstvo javne ili po zakonu overene isprave, ne navodeći, ni primera radi, koje isprave mogu poslužiti kao kvalifikovan dokaz za opravdanje odlaganja.<sup>35</sup> Na primer, to može biti prvo-stepena odluka parničnog suda kojom se poništava arbitražna odluka.

31 R. Keča, „O osnovnim načelima Zakona o izvršenju i obezbeđenju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 161–162.

32 Engl. *The right to effective enforcement of judgements (and arbitral awards) represents an integral part of the fundamental right to a fair and effective procedure*. Vid.: Study LXXVI B – Principles of Effective Enforcement, <https://www.unidroit.org/work-in-progress/effective-enforcement>, 3.4.2018.

33 *Službeni list SRJ*, br. 28/2000, 73/2000, 71/2001.

34 Opširnije videti: N. Bodiroga, (2017), *op. cit.*, 280.

35 Ovo pitanje je bilo nešto drugačije uređeno po Zakonu o izvršnom postupku iz 2004. godine, sa nabranjem jednog broja isprava koje mogu biti okidač za donošenje odluke o odlaganju. Prema ovom Zakonu, sud će na predlog izvršnog dužnika odložiti izvršenje ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi sprovođenjem izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu ako je:

### 5.5. Verovatnoća nastupanja štetnih posledica

Ocena verovatnosti je subjektivni proces koji nije zasnovan na nekom egzaktnom metodu, već pretežno zavisi od ličnosti javnog izvršitelja ili sudija koji odlučuju o odlaganju, preciznije njihovog unutrašnjeg uverenja o vrednosti dostavljenih dokaza.<sup>36</sup> Rešenjem o odlaganju javni izvršitelj ne odlučuje o tome da li je šteta nastala i koliki je njen obim. On ispituje samo opasnost od nastupanja štete. Kada govorimo o proceni verovatnoće u ovom slučaju može joj se pristupiti na dva načina: prvo, tako što će se ceniti kolika je verovatnoća da tražilac odlaganja uspe sa izjavljenim vanrednim pravnim sredstvom ili u sporu koji je pokrenuo, ili drugo, tako što će se ceniti verovatnoća nastupanja štete koja u slučaju nastavka izvršenja pretil tražiocu odlaganja. Iako naš zakonodavac pominje samo procenu verovatnosti nastupanja štete, čini se da su ove verovatnoće u tesnoj vezi i da se jedna bez druge ne mogu pravilno procenjivati.

Drukčije kazano, ako nije verovatno da će tražilac odlaganja uspeti sa pokrenutim sporom ili pravnim sredstvom koji je izjavio protiv izvršne isprave, onda nije verovatno ni da će za izvršnog dužnika nastati nenadoknadiva ili teško nadoknadiva šteta.<sup>37</sup> Primera radi, nije

- 1) po zahtevu izvršnog dužnika za stavljanje van snage izvršne isprave donesena prvostepena odluka kojom je zahtev usvojen;
- 2) po zahtevu izvršnog dužnika za poništaj presude arbitražnog suda na osnovu koje je određeno izvršenje donesena prvostepena odluka kojom se zahtev usvaja;
- 3) povodom zahteva izvršnog dužnika za ukidanje potvrde izvršnosti done-sena prvostepena odluka kojom je zahtev usvojen;
- 4) izvršenje zavisilo od istovremenog ispunjenja obaveze izvršnog poverioca, a izvršni dužnik je uskratio ispunjenje svoje obaveze zato što izvršni poverilac nije ispunio svoju obavezu niti je pokazao spremnost da je ispuni. Sud može na predlog izvršnog dužnika, ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi sprovođenjem izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, u potpunosti ili delimično odložiti izvršenje i u drugim slučajevima u kojima za to postoje naročito opravdani razlozi, a izvršni dužnik te razloge dokazuje javnom ili po zakonu overenom ispravom. Vid.: ZIP (2004), 64.

36 U mogućnosti upotrebe matematičkih metoda i računa verovatnoće prilikom ocene dokaza. I. Feješ, „Primena računa verovatnoće kod ocene dokaza“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2014, 173–190.

37 Prema ZIP (2004) ova relacija je snažnije izražena. Naime, za odlaganje izvršenja na predlog dužnika je izričito zahtevano da postoji velika izvesnost da

verovatno da će za tražioca odlaganja nastupiti nenadoknativa šteta ako revizija protiv pravnosnažne presude nije izjavljena u roku od 30 dana, ili ako revizija nije izjavljena preko punomoćnika (izuzev ako je stranka advokat), ili vrednost spora u kojem je revizija izjavljena ne prelazi zakonom propisan minimalni iznos za njenu dozvoljenost.<sup>38</sup>

U jednoj odluci hrvatskog suda se naglašava kako nije sporno da je revizija izjavljena i time formalno ispunjena pretpostavka za donošenje rešenja o odlaganju izvršenja. „Međutim, po mišljenju Suda da bi ova činjenica bila relevantna za donošenje rešenja o odlaganju izvršenja potrebno je da izvršni sud prethodno i do stepena verovatnosti oceni osnovanost tog sredstva, ovde revizije te njezine izgleda za uspeh. Naime da bi se moglo oceniti preti li dužniku od izvršenja kakva šteta, potrebno je utvrditi kolika je verovatnost da dužnik može uspeti sa revizijom u ovom predmetu. Ako izvršni sud oceni da ne postoji nikakva ili da je vrlo mala verovatnoća da će dužnik uspeti sa revizijom, tada mora zaključiti da dužniku od izvršenja ne preti šteta, jer se u njegovoj isplati onoga što je po pravnosnažnoj presudi dužan ne može videti šteta ako ta isplata nije ili ne bude naknadno utvrđena kao protivpravna isplata.“<sup>39</sup>

Na sličan način ovo pitanje biva do detalja razrađeno i u pravnoj književnosti. „Izvršni sud je dužan da oceni konkretan uticaj razloga za odlaganje.“<sup>40</sup> „Kad se odlaganje traži zbog toga što je dužnik uložio neko pravno sredstvo koje može dovesti do obustave izvršenja,... ocena da li dužniku od izvršenja preti neka šteta zavisi od toga kolika je verovatnoća da bi dužnik mogao uspeti s tim pravnim sredstvom. Odatle bi se mogao izvesti zaključak da javni izvršitelj, kada ceni ima li zakonskih pretpostavki za odlaganje izvršenja, treba da, prejudicijelno i do

---

će izvršna isprava biti ukinuta, odnosno da postoji istovremeno potraživanje izvršnog dužnika prema izvršnom poverioocu. N. Šarkić, M. Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Beograd 2009, 358.

- 38 „Revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe.“ *Zakon o parničnom postupku, Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – US, 74/13 – US, 55/14 (nadalje: ZPP), čl. 403, st. 3.
- 39 VTSRH: Pž – 2765/94 od 19.08.1995. Navedeno prema: M. Dika, *Građansko ovršno pravo I Knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb 2007, 394–395.
- 40 „Na primer ako dužnik traži odlaganje zato što je podneo reviziju koja u datoj stvari uopšte nije dopuštena, izvršni sud će odbiti predlog za odlaganje.“ B. Poznić, V. Rakić Vodinelic, *op. cit.*, 457.

stepena verovatnosti, oceni osnovanost toga pravnog sredstva i njegove izgleda za uspeh<sup>41</sup>

Takvu logiku donekle slede i srpski sudovi. Prema ZPP podneta revizija ne zadržava izvršenje pravnosnažne presude protiv koje je izjavljena.<sup>42</sup> Ipak, u jednom slučaju iz sudske prakse, veće troje sudija Privrednog suda u Beogradu je prihvatilo navode izvršnog dužnika prema kojima postoji verovatnoća da će po reviziji presuda Privrednog apelacionog suda koja predstavlja izvršnu ispravu biti ukinuta, te je usvojen predlog izvršnog dužnika za odlaganje.<sup>43</sup>

Ako ovo rezonovanje primenimo u sferi predloga za odlaganje izvršenja arbitražne odluke, javni izvršitelj će odbaciti predlog za odlaganje zasnovan na tužbi za poništaj arbitražne odluke ako mu nije dostavljena tužba na koju se dužnik poziva sa dokazom o njenom podnošenju nadležnom sudu i odgovarajućim priložima.<sup>44</sup> Ovo zato što u nedostatku podnete tužbe (sa priložima), javni izvršitelj nije u mogućnosti da prejudicijelno do stepena verovatnosti ispita postojanje razloga za poništaj arbitražne odluke.<sup>45</sup> Važno je naglasiti, da čak i ako je

---

41 „Koliko god je izloženo stajalište neobično i teško prihvatljivo – jer nameće prvostepenom sudu u izvršnom postupku tegoban zadatak da ocenjuje osnovanost pravnog sredstva izjavljenog u nekom drugom postupku – ni suprotno stajalište ne dovodi do boljih rezultata. Ono bi upućivalo na to da izvršni sud ne sme ulaziti u ocenu dužnikovog pravnog sredstva, pa bi se izvršenje – kad postoje ostale pretpostavke – moralo odložiti čak i ako je pravno sredstvo očito neosnovano i podneseno samo radi odugovlačenja izvršnog postupka. No izvršnom sudu bi svakako trebalo dati pravo da ispita dopuštenost pravnog sredstva, jer bi u protivnom dužnik mogao izazvati odlaganje postupka čak i izjavljivanjem takvih pravnih sredstava koja protiv određenih odluka (izvršnih isprava) po zakonu nisu dopuštena.“ K. Musa, „Odgoda ovrhe na prijedlog ovršenika ako je podnesena tužba za poništaj pravorijeka arbitražnog suda na temelju kojega je određena ovrha“, *Stručni radovi sudaca*, <http://www.vtsrh.hr/index.php?page=expert>, 4, 3.4.2018.

42 ZPP, čl. 406.

43 *Rešenje Privrednog suda u Beogradu* 4 Ipv (I) 70/17 I I 77/17 od 21. marta 2017. (iz arhive Suda). Navedeno prema: N. Bodiřoga (2017), *op. cit.*, 281.

44 Bez takvih spisa javni izvršitelj se ne može uveriti u ozbiljnost podnete tužbe. M. Dika, *op. cit.*, 396.

45 Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, čl. 58. Opširnije vid.: M. Stanivuković, „Poništaj arbitražne odluke u domaćoj sudskoj praksi“, *Arbitraža*, br. 4/2006, 165–198. Kao i: M. Nikolić, „Tužba za poništaj arbitražne odluke i prinudna arbitraža“, *Privredna društva u svetlu aktuelnih izmena zakona: Zbornik radova*, 2012, 137–148.



tužba za poništaj arbitražne odluke uredno dostavljena javnom izvršitelju, dužnikov predlog za odlaganje i dalje može biti odbijen. Primera radi, nije verovatno da je tužba za poništaj arbitražne odluke osnovana ako tužilac tvrdi da je arbitražna odluka zasnovana na falsifikovanoj ispravi, a reč je o ispravi sačinjenoj i potpisanoj od stranaka u postupku kod javnog beležnika.

### 5.6. *Nenadoknadiva ili teško nadoknadiva šteta*

Ključna pretpostavka za odlaganje izvršenja je sprečavanje nastupanja štetnih posledica za izvršnog dužnika. Kod regulisanja odlaganja na predlog izvršnog dužnika u dispoziciji norme je upotrebljen neodređeni pojam koji obično nazivamo pravni standard čija sadržina se procenjuje zavisno od okolnosti konkretnog slučaja. Na primer kod procene savesnosti, organ koji primenjuje takvu dispoziciju je dužan da u svakoj pojedinačnoj situaciji oceni kako bi se ponašao prosečan savestan čovek.<sup>46</sup> U tom smislu je i kod ocene pravnog standarda koji je ovde u fokusu značajno sagledati kako su sudovi postupali u prethodnim sličnim situacijama, kada sud jeste, a kada nije utvrdio verovatnoću nastupanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete.

#### 5.6.1. Sudska praksa sudova u Srbiji

O tome postoji li verovatnoća nastupanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete za izvršnog dužnika srpski sudovi su se izjašnjavali u više navrata. U jednom slučaju Privredni apelacioni sud u Beogradu zaključuje da su „osnovani žalbeni navodi izvršnog poverioca da prvostepeni sud nije pravilno utvrdio da su ispunjeni uslovi za odlaganje sprovođenja izvršenja u smislu člana 64 ZIP (2004), jer tuženi svojim navodima i dostavljenim dokazima nije učinio verovatnim da bi sprovođenjem izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, a samo podnošenje revizije kao vanrednog pravnog leka protiv presude koja predstavlja izvršnu ispravu na osnovu koje se traži izvršenje ne predstavlja i razlog za odlaganje izvršenja“.<sup>47</sup>

46 R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd 2004, 267.

47 Rešenje Privrednog apelacionog suda u Beogradu, Iž. 965/2010 od 25.3.2010. godine, *Paragraf Lex*. Ovaj stav je čini se kod nas dosledno zastupan. „Odlučujući po žalbi izvršnog dužnika na prvostepeno rešenje kojim je predlog izvršnog dužnika za odlaganje odbijen, Viši trgovinski sud je istu odbio i potvrdio prvostepeno rešenje, navodeći da „izvršni dužnik svoj predlog za

Slično zapaža i sud u Novom Sadu. „Prvostepeni sud je polazeći od pravilne primene odredbe člana 64, stav 1, tačka 1 ZIP (2004) ustanovio da nisu ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja jer je, prema citiranom zakonskom članu, izvršni dužnik bio u obavezi da učini verovatnim da će sprovođenjem izvršenja pretrpeti nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu... Kako je izvršni dužnik samo pokrenuo postupak pred Trgovinskim sudom za poništaj izvršne isprave-poravnanja zaključenog pred Trgovinskim sudom u N.S., a u tom predmetu nije donesena presuda kojom bi zahtev izvršnog dužnika za poništaj izvršne isprave bio usvojen, neophodan uslov nije ispunjen i odluka prvostepenog suda je u svemu pravilna.“<sup>48</sup>

### 5.6.2. Praksa ostalih sudova u regionu jugoistočne Evrope

U proceni da li u konkretnom slučaju izvršnom dužniku preći nenadoknadiva šteta može biti od koristi i praksa sudova u onim državama koje sa našim pravnim sistemom dele zajedničke korene u pravu izvršenja. „U konkretnom slučaju izvršni dužnik nije učinio verovatnim da bi sprovođenjem izvršenja trpio nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, odnosno da je odlaganje potrebno da bi se sprečilo nasilje<sup>49</sup> sledom čega je predlog za odlaganje ocenjen kao neosnovan“.<sup>50</sup>

„Dužnik ne može temeljiti svoj predlog za odlaganje izvršenja samo na činjenici što je izvršni poverilac strana pravno lice jer nije uči-

---

odlaganje izvršenja zasniva na činjenici da je protiv drugostepene odluke podneo vanredno pravno sredstvo – reviziju. U konkretnom slučaju nisu ispunjeni uslovi iz čl. 64 ZIP, za odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda Iž br. 1612/07 od 5.7.2007. godine. Navedeno prema: N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 358.

48 Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4154/2006 od 6.9.2006. godine, *Paragraf Lex*.

49 Čini se da se ovaj uslov u srpskom pravu s razlogom ne traži zato što nadležni organi (policija) prilikom sprovođenja rešenja moraju pružiti asistenciju javnom izvršitelju kako bi se izbeglo nasilje.

50 Slično je sud rezonovao i po zahtevu za odlaganje trećeg lica. „Sud će odbiti kao neosnovan predlog trećeg lica za odlaganje izvršenja u kojem treće lice nije navelo zbog čega će sprovođenjem izvršenja pre okončanja parnice radi proglašenja izvršenja nedopuštenom pretrpeti nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu i u čemu se ta šteta ogleda“. Odluku suda u celosti možete pročitati u štampanom izdanju Informatora, br. 6443 od 7.10.2016, <https://novi-informator.net/sudska-praksa/odgoda-ovrhe-%E2%80%93-na-prijedlog-tre%C4%87e-osobe>, 3.4.2018.

nio verovatnim da bi zbog te činjenice sprovođenjem izvršenja pretrpio znatniju štetu“.<sup>51</sup>

Naime, izvršni dužnik je dužan učiniti verovatnim da bi usled sprovođenja izvršenja trpio nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu o kojoj je moguće govoriti ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi sprovođenjem izvršenja nastala takva šteta koju ne bi posle mogao nadoknaditi ili bi to mogao uz naročite i nesrazmerne teškoće.

Izvršni poverilac je da bi ishodio svoje potraživanje utvrđeno presudom, pokrenuo postupak u inostranstvu i zbog toga je bio izložen riziku, pa se argument izvršnog dužnika da bi se eventualno protivpotraživanje moralo ostvarivati u inostranstvu ne može uzeti u obzir. Osim toga, ovaj sud ističe da su pred zakonom svi jednaki.<sup>52</sup>

Izvršni dužnik takođe ničim nije dokazao, niti učinio verovatnim da bi bili ugroženi lični dohotci radnika ili da bi se nalazio u takvoj situaciji da bi sprovođenjem izvršenja došla u pitanje proizvodnja i sl., odnosno nije konkretno učinio verovatnim da bi provođenjem izvršenja pretrpeo znatniju štetu.

Izvršni sud mora paziti da sprovođenje izvršenja bude što manje nepovoljno za izvršnog dužnika, ali pri tome mora ceniti i pravo izvršnog poverioca da se njegovom izvršnom ispravom utvrđeno pravo realizuje na zakonit način i u razumnom roku.<sup>53</sup>

Na osnovu analiziranih sudskih odluka može se zaključiti kako za usvajanje predloga za odlaganje izvršnog dužnika:

- nije dovoljno da je izvršni dužnik iskoristio neko vanredno pravno sredstvo – reviziju protiv pravnosnažne presude,
- nije dovoljno da je pokrenut postupak za poništaj izvršne isprave –poravnanja,
- nije dovoljna ni „činjenica da je izvršni poverilac strano pravno lice, te da bi u postupku protivizvršenja ukoliko bi revizija bila usvojena izvršni dužnik teško mogao da povрати svoja novčana sredstva“.

51 Rešenje Trgovačkog suda u Zagrebu br. XXIII Ovr-618/08, dana 22.4.2008. godine. Sudija Romina Markovinović, <https://sudovi.pravosudje.hr/tszag/img/File/.../Ovr-618-08.doc>, 3.4.2018.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

Pošto smo proučili slične situacije, nadalje ćemo se, u ovom radu, sa više pažnje posvetiti proučavanju pretpostavki za odlaganje izvršenja arbitražne odluke kada je predlog za odlaganje zasnovan na tužbi za njen poništaj.

### 5.6.3. Odlaganje izvršenja arbitražne odluke primenom ZIO (2015)

#### 5.6.3.1. Studija slučaja I

U jednom slučaju koji se našao pred srpskim sudovima, izvršni dužnik je podneo tužbu za poništaj arbitražne odluke,<sup>54</sup> a potom i predlog za odlaganje izvršenja tvrdeći da mu preti nenadoknativa šteta.

##### 5.6.3.1.1. Argumenti izvršnog dužnika

U svom predlogu za odlaganje izvršni dužnik je istakao da u slučaju odlaganja izvršni poverilac neće trpeti nikakvu štetu, dok u slučaju propuštanja da se usvoji predlog za odlaganje, izvršni dužnik može pretrpeti štetu ogromnih razmera, obzirom da je poverilac upisom rešenja o izvršenju zasnovao sudsko založno pravo na nepokretnosti dužnika čija je vrednost 9.300.000,00 evra, koja višestruko prevazilazi poveriočevo potraživanje.

Izvršni dužnik je istakao kako „blokada računa sprečava izvršnog dužnika da posluje i ostvaruje prihod, te mu usled opasnosti otvaranja stečaja preti gubitak imovine većeg obima. Istakao je da nije sporno pravo izvršnog poverioca da se namiri, ali da ne bi trebalo biti sporno ni pravo izvršnog dužnika da zahteva protivizvršenje, pa da se i on namiri u slučaju da izvršenje bude sprovedeno, a da izvršni naslov bude poništen, s obzirom da je sedište izvršnog poverioca u Austriji i da nema imovinu u Srbiji, ali ni u inostranstvu“.<sup>55</sup>

##### 5.6.3.1.2. Argumenti izvršnog poverioca

„Izvršni poverilac je u svom izjašnjenju, na dužnikov predlog, naveo da je izvršni dužnik osnovao novo privredno društvo, sa istim

---

54 Prema Zakonu o arbitraži, tužba za poništaj može da se podnese samo protiv domaće arbitražne odluke. Domaća arbitražna odluka je odluka koja je doneta u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži u Republici. Za odlučivanje o tužbi za poništaj mesno je nadležan sud mesta arbitraže. Vid.: Zakon o arbitraži, čl. 57.

55 Predlog za odlaganje izvršnog dužnika od dana 28.6.2017. godine, sa dopunom Predloga od 6.7.2017. godine u predmetu sprovođenja izvršenja 10. I. I. 639/17 (iz arhive Javnog izvršitelja).

sedištem, delatnošću i direktorom, da preko tog privrednog društva nesmetano posluje, te da u tom smislu nema uslova za odlaganje izvršenja“.

Izvršni poverilac je dodatno naveo da „izvršni dužnik svojim predlogom za odlaganje samo vrši opstrukciju postupka i pored blokade računa može normalno da ostvaruje dobit, sobe u Hotelu se izdaju, restoran radi i slično. Novac od obavljanja delatnosti redovno pristizbe tako da dužnik ne trpi štetu, ali novac odlazi na račune novoosnovanog privrednog društva. Izjava izvršnog dužnika da mora doći do odlaganja zato što je poverilac strani ulagač je diskriminatorna i protivna svim međunarodnim konvencijama, protivna je pravu na pristup sudu i pravu na jednaka pravna sredstva u postupku koju je država Srbija dužna da obezbedi izvršnom poveriocu, iako je strani ulagač.“<sup>56</sup>

### 5.6.3.2. Studija slučaja II

U gotovo istom periodu, pred srpskim pravosuđem pojavio se sličan slučaj u kome je izvršni dužnik zahtevao odlaganja pozivajući se na pokrenuti postupak za poništaj arbitražne odluke.

#### 5.6.3.2.1. Argumenti izvršnog dužnika

U ovom slučaju izvršni dužnik trećeg reda se pozvao na dugotrajnu blokadu poslovnih računa i istakao da će ako se po njegovom predlogu ne odloži izvršenje, nad ovim izvršnim dužnikom izvesno biti otvoren stečaj.<sup>57</sup>

56 Izjašnjenje izvršnog poverioca u predmetu sprovođenja izvršenja 10. I. I. 639/17 (iz arhive Javnog izvršitelja).

57 U ovom slučaju javni izvršitelj Branislav Petrović je odbio zahtev za odlaganje izvršnog dužnika Rešenje javnog izvršitelja br. I. I: 89/2017 od 12.2.2018. (iz arhive Javnog izvršitelja), s tim da u trenutku pisanja ovog rada Privredni sud u Beogradu nije odlučio o podnetom prigovoru protiv ovog rešenja. Javni izvršitelj je 7.3.2018. odredio prekid postupka izvršenja pošto je Rešenjem Privrednog suda u Beogradu br. 3 St 1/2018 od 22.2.2018. godine (iz arhive Suda) nad izvršnim dužnikom otvoren stečaj. U jednom drugom slučaju, izvršni dužnik je kao razlog za odlaganje naveo da je zbog blokade računa bio onemogućen da vodi parnične i izvršne postupke protiv svojih dužnika, plaća takse i slično, kao i da će raskinuti postojeće ugovore o zakupu (zbog eventualnog isključenja struje) ne navodeći vrednost sporova ili postupaka izvršenja. Javni izvršitelj Branislav Petrović je takav predlog za odlaganje odbio. Vid.: Rešenje javnog izvršitelja I. I. 1/2017 od 26.1.2017. godine (iz arhive Javnog izvršitelja).

#### 5.6.3.2.2. Argumenti izvršnog poverioca

U svom izjašenju, izvršni poverilac se usprotivio podnetom predlogu za odlaganje navodeći da je u postupku za poništaj arbitražne odluke dana 11.9.2017. doneto rešenje kojim se odbija zahtev tužilaca, ovde izvršnih dužnika za određivanje privremene mere, po kojoj tuženi (ovde izvršni poverilac) ne bi mogao da vodi izvršni postupak na osnovu predmetne arbitražne odluke. Navedeno rešenje je pravnosnažno imajući u vidu da se tužioci na isto nisu žalili.<sup>58</sup>

#### 5.6.3.2.3. Odnos zahteva za određivanje privremene mere kojom se sprečava sprovođenje izvršenja i dužnikovog predloga za odlaganje izvršenja

Osim njihove aktuelnosti prethodno navedeni izvršni postupci imaju još jednu sličnost. Izvršni dužnik je pre podnošenja predloga za odlaganje u izvršnom postupku tražio donošenje privremene mere u parničnom postupku. U oba slučaju, Sud je uputio tužioca da svoj zahtev koji je u suštini usmeren na odlaganje namirenja poverioca do okončanja parničnog postupka po tužbi za poništaj arbitražne odluke ostvaruje po pravilima o odlaganju sprovođenja izvršenja u izvršnom postupku.

U slučaju I, sud je odbacio zahtev za određivanje privremene mere tužioca (izvršnog dužnika) ističući da bi se „izvršenje predmetne arbitražne odluke sprovodilo u skladu sa ZIO, a suština predložene privremene mere jeste da se do pravnosnažnog okončanja postupka po tužbi za poništaj iste, zabrani tuženom da namiri svoje potraživanje... Međutim, po mišljenju Suda, pravne posledice predložene privremene mere bile bi u suprotnosti sa dejstvom pravnosnažnosti i izvršnosti sudske (arbitražne) odluke“. Činjenica da je ovde tužilac (a tuženi u arbitražnom postupku) podneo tužbu za poništaj arbitražne odluke, ne znači da je ista izgubila svojstvo pravnosnažnog akta koji se upodobljava sa sudskom odlukom.<sup>59</sup>

U analiziranoj sličnoj situaciji (slučaj II), sud je rezonovao na gotovo identičan način. „Predmetna arbitražna odluka ima snagu domaće pravnosnažne sudske odluke i izvršava se u skladu sa odredbama

---

58 *Ibid.*, 2.

59 Rešenje Privrednog suda u Beogradu 8-II 1493/17 od 31.3.2017 potvrđeno Rešenjem Privrednog apelacionog suda u Beogradu 3 Pž 2655/17 od dana 15.15.2017. godine (iz arhive Suda).

ZIO, a parnični sud nema zakonom propisana ovlašćenja da suspenduje sprovođenje arbitražne odluke niti da na drugi način ograničava poverioce iz te odluke“. „Ovde bo tužioci u izvršnom postupku pokrenutom na osnovu arbitražne odluke mogli da zahtevaju odlaganje izvršenja, čime se zapravo postiže svrha predložene privremene mere, ukoliko takav predlog bude usvojen od strane organa koji sprovodi postupak izvršenja.“<sup>60</sup>

### 5.7. Proporcionalnost

Prema prof. Bodiropi, javni izvršitelj mora u svakom konkretnom slučaju sagledati pravni položaj izvršnog poverioca i izvršnog dužnika, pažljivo odmerivši kome od njih usled odlaganja pretila veća šteta.<sup>61</sup> Da bi konkretni predlog za odlaganje bio usvojen, dužnikova potencijalna šteta mora biti veća od one koja bi usled odlaganja pogodila poverioca.<sup>62</sup> Nije svejedno, ako je potraživanje koje se namiruje jedina imovina za poverioca, dok dužnik raspolaže imovinom značajne vrednosti i obrnuto, mora se uzeti u obzir okolnost ako poverilac ni u čemu ne oskudeva, dok je predmet izvršenja pretežna vrednost u dužnikovoj imovini.<sup>63</sup>

### 5.8. Naročiti razlozi za odlaganje

Naročiti razlozi koji opravdavaju odlaganje predstavljaju još jedan pravni standard koji se pojavljuje u odnosnoj normi. Kao i u drugim slučajevima kada je upotrebljena takva normativna tehnika, neophodna je njena konkretizacija u svakom pojedinačnom slučaju. Čini se da je ovo pitanje bilo oštromnije rešeno u ZIP (2004). U pomenutom

60 Rešenje Privrednog suda u Beogradu 24 II – 3148/2017 od 11.9.2017. godine (iz arhive Suda).

61 Prema ZIO (1938) ako od odlaganja pretila opasnost za namirenje tražioca izvršenja, odlaganje se može učiniti zavisnim od obezbeđenja. I. Matijević, F. Čulinović, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Knjiga I, Beograd 1937, 71.

62 N. Bodiropa, (2017), *op. cit.*, 280.

63 Vrednost dobra koje je u pitanju (engl. *what was at stake for the applicant*) se uzima u obzir i kod suđenja u razumnom roku. A. Uzelac, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa europskoga suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1/2010, 112.

normativnom prethodniku pravila se jasna razlika između verovatnoće nastupanja znatne štete usled mogućnosti ukidanja izvršne isprave i verovatnoće nastupanja takve štete iz drugih opravdanih razloga – različitih životnih događaja koji su nepredvidivi (bolest, socijalni i humani momenti).<sup>64</sup>

## 5.9. Naravoučenija

Pravni standard „nenadoknadiva ili teško nadoknadiva šteta“ se ne zasniva na nekoj unapred propisanoj visini štete koja je u svim pojedinačnim situacijama dovoljan razlog za odlaganje. Kao što je napred navedeno, sadržinu ovog pravnog standarda određuje javni izvršitelj koji sprovodi izvršenje ili sud po prigovoru. Potencijalna šteta se mora ceniti u relativnom smislu vodeći računa o svim okolnostima konkretnog slučaja.

### 5.9.1. Prihodi izvršnog dužnika

U analiziranom slučaju I, ceneći postoji li opasnost od nastupanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, javni izvršitelj je između ostalog uzeo u obzir i prihode izvršnog dužnika. „Ako po navodima zakonskog zastupnika izvršni dužnik godišnje ostvaruje promet od 3.000.000,00 evra, onda se prinudnom naplatom duga koji je utvrđen u arbitražnom postupku zasnovanom na principu kontradiktornosti u visini od oko polovine godišnjeg prometa izvršnog dužnika ne može izvršnom dužniku naneti nenadoknadiva ili teško nadoknadiva šteta“.<sup>65</sup>

---

64 N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 358. U pravu Crne Gore se koristi formulacija da Sud može, na predlog izvršnog dužnika, u potpunosti ili djelimično, odložiti izvršenje i u slučajevima u kojima za to postoje naročito opravdani razlozi, kao što su teži oblici zdravstvene i socijalne ugroženosti. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni list CG*, br. 36/2011, 28/2014, 20/2015 i 22/2017, nadalje: ZIO (CG), čl. 71, st. 2. U jednom slučaju pred hrvatskim sudom, predlog za odlaganje je odbijen iz razloga što je izvršni dužnik u svom predlogu za odlaganje „navela subjektivni element koji se sastoji u tome da je to njena jedina nekretnina kao da je stara i bolesna i da bi njenom prodajom ostala bez krova nad glavom ali nije istakla objektivni element propisan zakonom“. Rješenje Općinski sud u Slavonskom Brodu, Ovr 62/2008–25, Datum odluke 23.3.2016, Datum objave 28.7.2017.

65 Rešenje javnog izvršitelja Marka Vukićevića kojim se odbija predlog za izvršnog dužnika za odlaganje izvršenja 10 I. I. 639/17 od 3.1.2018. godine (iz arhive Javnog izvršitelja).



## 5.9.2. Vrednost dužnikove imovine

Prilikom procene da li je neka šteta usled izvršenja nenadoknadi-va ili teško nadoknadi-va za izvršnog dužnika mora se voditi računa ne samo o prihodima izvršnog dužnika, nego i o ukupnoj vrednosti dužnikove imovine podobne za prinudno namirenje.<sup>66</sup> „U imovini izvršnog dužnika nalaze se pored zgrade „Hotela S. L.“ koja po tvrdnjama izvršnog dužnika ima 7000 m<sup>2</sup>, još dve zgrade od kojih je jedna zgrada ugostiteljstva, Pr+18 po površini daleko veća od zgrade „Hotela“, predmeta zakazane javne prodaje, čija je utvrđena tržišna vrednost 9.300.000,00 evra. Ako se uporedi vrednost potraživanja koje se prinudno namiruje oko 1.647.163,00 evra u odnosu na ukupnu vrednost sve tri zgrade hotela čija je tržišna vrednost najmanje oko 30.000.000,00 evra bez opreme i drugih pokretnih stvari u ovim zgradama, jasno je da šteta koja može da nastupi za konkretnog izvršnog dužnika ne može biti nenadoknadi-va ili teško nadoknadi-va.

Ukratko, ako se uporedi vrednost potraživanja koje se prinudno namiruje sa godišnjim prometom izvršnog dužnika i ukupnom vrednošću dužnikove imovine, prinudnim izvršenjem za konkretnog izvršnog dužnika ne može nastati nenadoknadi-va, odnosno teško nadoknadi-va šteta. Ovo naročito što promet koji ostvaruje izvrši dužnik na godišnjem nivou omogućava ovome da u odgovarajućim tranšama otplaćuje (servisira) i mnogo veći dug.“<sup>67</sup>

## 5.9.3. Jedan razlog nije dovoljan

### 5.9.3.1. *Plaćanje dugovanog bez obzira na iznos*

U pravnoj književnosti vezanoj za odlaganje izvršenja uočljiv je stav da prinudno namirenje obaveze na koju izvršna isprava glasi samo po sebi ne predstavlja nanošenje štete dužniku, pa nije dovoljan razlog

66 U hrvatskom pravu „u odgovoru na navode izvršnog dužnika, izvršni poverilac ističe da upravo time što raspolaže znatnom imovinom izvršni dužnik dokazuje da sprovođenjem izvršenja ne trpi nikakvu štetu, jer bi sprovođenjem izvršenja samo platio ono što je dužan platiti. Izvršni poverilac smatra da izvršni dužnik nema nikakvih izgleda za uspeh u parničnom postupku budući da svoj tužbeni zahtev temelji na istom činjeničnom osnovu kao što je to činio i u arbitražnom postupku“. K. Musa, *op. cit.*, 6.

67 Rešenje javnog izvršitelja Marka Vukićevića kojim se odbija predlog za izvršnog dužnika za odlaganje izvršenja 10 I. I. 639/17 od 3.1.2018. godine (iz arhive Javnog izvršitelja).

za odlaganje izvršenja.<sup>68</sup> „Šta treba smatrati „znatnijom štetom“ ceni se u zavisnosti od dužnikovih imovinskih prilika, vrednosti potraživanja koje se ostvaruje i drugih okolnosti slučaja“. Okolnost što je izvršnom ispravom osuđen na plaćanje – bez obzira na to o kakvom se iznosu radi – ne može se smatrati „znatnijom štetom“, jer plaćanjem dužnik ispunjava svoju obavezu“.<sup>69</sup>

To praktično znači da za odlaganje izvršenja nije dovoljno da se radi o znatnijem novčanom iznosu čija se naplata traži u izvršnom postupku, već da postoje takve okolnosti koje objektivno upućuju na zaključak da je povraćaj onoga što je isplaćeno nemoguć.<sup>70</sup>

Drukčije kazano, dužnik je ovde u aktivnoj ulozi tako što ukazuje „na mogućnost nastanka znatnije štete, pri čemu se pod znatnijom štetom podrazumeva veći iznos (u odnosu na ostatak dužnikove imovine) i postojanje okolnosti koje upućuje na to da dužnik verovatno ne bi mogao da povрати ono što mu je u postupku izvršenja oduzeto. Mogućnost nastanka znatnije štete dužnik treba da učini verovatnim podnošenjem potrebnih dokaza. Pravilo je da se pod štetom ne podrazumeva plaćanje koje se vrši na osnovu izvršne isprave, jer se radi o pravnosnažnoj utvrđenoj obavezi dužnika“.<sup>71</sup>

### 5.9.3.2. Dovoljna obezbeđenost poveriočevog potraživanja

U analiziranom slučaju I, izvršni dužnik je u svom predlogu za odlaganje izneo tvrdnju da je izvršni poverilac upisom zabeležbe rešenja o izvršenju u javne knjige obezbedio svoje potraživanje tako da usled odlaganja izvršenja izvršni poverilac ne bi trpio štetu. Međutim, takva teza se ne može prihvatiti. Zametanje takve prakse u pogledu odlaganja izvršenja moglo bi nepovratno uticati na mogućnost prinudnog namirenja svih obezbeđenih potraživanja. To bi značilo da ako je izvršni dužnik podneo zahtev za odlaganje niti jedan obezbeđeni po-

---

68 Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4154/2006 od 6.9.2006. godine, *Paragraf Lex*.

69 VpsSr Pž-1871/80 – SP 9/81–50. Navedeno prema: K. Musa, *op. cit.*, 4.

70 „Za znatniju štetu nije dovoljno da postoji veći iznos, što je neosporno u konkretnom slučaju, nego da postoje okolnosti koje upućuju da se ne može vratiti što bi se dalo. Nije dovoljno samo pozivanje dužnika da se ne može ostvariti povraćaj isplaćenog, već je dužnik u toku postupka morao ukazati i na postojanje takvih okolnosti.“ Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 8382/96 od 6.12.1996. godine – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 1/1997, 36.

71 Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 1191/99 od 5.5.1999. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten* br. 2/1999, 24.

verilac, na primer onaj koji ima izvršnu vansudsku hipoteku upisanu u javne knjige, ne može da se uspešno usprotivi odlaganju i prinudno naplati svoje potraživanje, sve do okončanja parničnog postupka koji je izvršni dužnik pokrenuo, na primer radi utvrđenja ništavosti založne izjave. Prihvatanje takve teze je suprotno samom cilju obezbeđenja potraživanja. Izvršni poverilac koji je upisom zabeležbe rešenja o izvršenju stekao pravo na namirenje je obezbeđeni poverilac,<sup>72</sup> sa pravom sledovanja u slučaju promene vlasnika nepokretnosti tokom izvršnog postupka,<sup>73</sup> kao i sa pravom prvenstva u odnosu na izvršne poverioce koji su kasnije upisali zabeležbe rešenja o izvršenju u katastar nepokretnosti.<sup>74</sup> U svim napred navedenim pravnim situacijama, slično kao u stečajnom postupku, obezbeđeni poverilac je u povoljnijem položaju u odnosu na obične (neobezbeđene) poverioce. Otuda, izvršni poverilac koji je obezbedio svoje potraživanje ne može povodom predloga za odlaganje za koji nema njegove saglasnosti biti u lošijoj pravnoj poziciji u odnosu na obične izvršne poverioce. Takvo rezonovanje dovelo bi do pravno neprihvatljivog ishoda po kome izvršni poverioci suočeni sa predlogom izvršnog dužnika za odlaganje, samim upisom zabeležbe rešenja o izvršenju više gube nego što dobijaju.

#### 5.9.3.3. Predvorje stečaja

U analiziranim slučajevima I i II, u svojim predlozima za odlaganje izvršni dužnici ukazuju na opasnost od otvaranja stečaja. Međutim, argumenti da će nastavak sprovođenja izvršenja izvesno dovesti do stečaja izvršnog dužnika ne mogu se prihvatiti kao dovoljan razlog za odlaganje izvršenja. O tome je izvršni dužnik morao da vodi računa ranije kada je stupao u ugovorni odnos sa izvršnim poveriocem i onda kada je sa izvršnim poveriocem ugovarao arbitražno rešavanje sporova. Sve ostalo je posledica primene pravnog načela *Pacta sunt servanda* bez koga se ne može zamisliti život u organizovanoj ljudskoj zajednici.

#### 5.9.3.4. Osujećenje namirenja razlučnih poverilaca

U jednom slučaju, sud zaključuje da je ...predmetnom pravnosnažnom i izvršnom presudom izvršni dužnik obavezan na izvršenje novčane činidbe, odnosno novčane obaveze nastale tokom trajanja postupka stečaja, iz čega prizilazi da je to obaveza stečajne mase, koja se može

72 Čl. 155, ZIO.

73 Čl. 156, ZIO.

74 Čl. 200, st. 4 ZIO.

namiriti prinudnim putem kroz postupak izvršenja... Stoga ne postoje zakonske prepreke za dalje sprovođenje izvršenja u konkretnom slučaju, odnosno nema mesta odlaganju izvršenja... Veće je ocenilo kao neosnovane navode izvršnog dužnika da bi usled daljeg vođenja postupka bilo osujećeno namirenje razlučnih poverilaca, s obzirom na činjenicu da različni poverioci imaju pravo prioritnog namirenja samo u pogledu nepokretnosti na kojoj imaju založno pravo, a da je u ovoj pravnoj stvari izvršenje određeno na novčanim sredstvima, a ne na nepokretnostima.<sup>75</sup>

#### 5.9.3.5. Neispunjena protivčinidba

Prema ZIO (1938) opasnost nastupanja šteta nije morala da se dokazuje ako tražilac izvršenja nije učinio ili nije gotov da učini dugovanu protivčinidbu.<sup>76</sup> U savremenom pravu postojanje dugovane protivčinidbe se ne izdvaja kao izuzetak u odnosu na druge naročito razloge koji opravdavaju odlaganje, tako da i u ovom slučaju izvršni dužnik koji predlaže odlaganje mora dokazati verovatnoću nastupanja štete. Takva protivčinidba mora biti u koneksitetu sa činidbom koja je utvrđena izvršnom ispravom. „Nisu ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja ako dužnik kao razlog za odlaganje navodi da on vodi posebnu parnicu za naplatu svoga potraživanja protiv poverioca u predmetnom izvršnom postupku, obzirom da nije reč o postupku koji je u pravnoj vezi sa predmetom izvršenja.“<sup>77</sup>

#### 5.9.3.6. Nemogućnost izmirenja drugih obaveza

Prinudno izvršenje ne može se odložiti iz razloga što bi isto dovelo do blokade računa, a time i do nemogućnosti izmirenja drugih

---

75 Rešenje Privrednog suda u Beogradu 8 Ipv (I) 38/17 od 24.2.2017. godine, *Paragraf Lex*.

76 Po predratnom ZIO (1938) za odlaganje je bilo neophodno da tražilac odlaganja dokaže da nastavak izvršenja za njega donosi opasnost nastupanja nena-doknadive ili teško nadoknadive štete. Međutim, prema B. Blagojeviću opasnost nastupanja šteta ne mora da se dokazuje ako tražilac izvršenja nije učinio ili nije gotov da učini protivčinidbu. B. T. Blagojević, *op. cit.*, 260.

77 „Iz navedenog proizilazi da sama činjenica da dužnik kao tužilac vodi spor protiv poverioca kao tuženog pred prvostepenim sudom nije dovoljan razlog za odlaganje izvršenja, s obzirom da nije reč o postupku koji je u pravnoj vezi sa predmetom izvršenja.“ Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 9991/97 od 16.12.1997. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten* br. 1/1998 – 19, *Paragraf Lex*.

obaveza, pa ni obaveza po osnovu plaćanja isporučene električne energije.<sup>78</sup>

### 5.9.3.7. Inkorporisanost poverioca u inostranstvu

Okolnost da je poverilac pravno lice sa sedištem u inostranstvu sama po sebi nije dovoljna za usvajanje dužnikovog predloga za odlaganje. „Činjenica da je izvršni poverilac strano pravno lice, te da bi u postupku protivizvršenja ukoliko bi revizija bila usvojena teško mogao da izvršni dužnik povrati svoja novčana sredstva bez uticaja su na donošenje drugačije odluke u podnetom predlogu za odlaganje.“<sup>79</sup>

Međutim, u analiziranom slučaju I, Privredni sud u Beogradu je ukinuo rešenje javnog izvršitelja kojim je odbijen predlog izvršnog dužnika za odlaganje i naložio javnom izvršitelju da u ponovnom postupku proceni ispunjenost uslova za odlaganje uzimajući u obzir navede Suda.

„Prema nalaženju Veća ukoliko se ne bi odložilo izvršenje u ovoj pravnoj stvari i sproveo se postupak namirenja na imovini izvršnog dužnika, a izvršni dužnik uspe u postupku za poništaj arbitražne odluke ovde izvršne isprave, postoji objektivna nemogućnost za povraćaj prinudno naplaćenih sredstava od izvršnog poverioca putem postupka protivizvršenja... Na zvaničnoj Internet stranici Ministarstva pravde objavljeni su svi međunarodni ugovori u građanskim stvarima koje je zaključila Republika Srbija, a među kojima se ne nalazi međunarodni ugovor sa Republikom Austrijom. Kako je reč o javno dostupnim podacima nije potrebno dokazivati javnom ili po zakonu overenom ispra-

78 „Mogućnost naplate drugih poverilaca, odnosno namirenja drugih dugova, u konkretnom slučaju duga po osnovu električne energije, kao i predočena eventualna šteta koja bi mogla nastati korišćenjem javnih ovlašćenja za prestanak isporuke električne energije, ukoliko ista ne bude plaćena, ne mogu biti osnov za odlaganje izvršenja poveriocu koji ima izvršnu ispravu i, shodno odredbama Zakona, rešenje o izvršenju po osnovu iste, jer bi takve mere samo favorizovale pojedine poverioce, a u znatno teži položaj dovodile poverioca koji nije javno preduzeće, odnosno poverioca koji nema posebna javna ovlašćenja za primenu određene vrste mera (prestanak isporučivanja električne energije).“ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Iž. 187/2010 od 18.2.2010. godine, *Paragraf Lex*.

79 Rešenje Višeg trgovinskog suda Iž br. 1612/07 od 5.7.2007. godine. Navedeno prema: N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, 358.

vom činjenicu da bi izvršnom dužniku bilo otežano protivizvršenje u slučaju uspeha u parnici...“<sup>80</sup>

Postupajući po nalogu Suda javni izvršitelj je ocenio predlog za odlaganje izvršenja izvršnog dužnika kao osnovan.

„U konkretnom slučaju za nalog suda u pravcu preispitivanja osnovanosti predloga izvršnog dužnika za odlaganje i za ovu odluku javnog izvršitelja o usvajanju predloga izvršnog dužnika o odlaganju izvršenja bez saglasnosti izvršnog poverioca odlučujuća je okolnost da izvršni poverilac dolazi iz Republike Austrije sa kojom Republika Srbija nema zaključen bilateralni sporazum povodom priznanja i izvršenja sudskih odluka u obligacionim sporovima iz čega proizilazi objektivna nemogućnost za povraćaj prinudno naplaćenih sredstava od izvršnog poverioca u postupku protivizvršenja. Ovo je ključna okolnost koja u konkretnom slučaju opravdava odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika.“<sup>81</sup>

### 5.10. Kumulativnost

Uslovi za odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika o kojima je bilo reči u prethodnom izlaganju moraju biti kumulativno ispunjeni. Ukratko, biće usvojen predlog za odlaganje izvršnog dužnika ako ovaj prethodno nije podnosio predloge za odlaganje, ako učini verovatnim nastupanje nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, ako je šteta koja mu preti usled izvršenja veća od štete koju bi usled odlaganja trpeo izvršni poverilac i ako kvalifikovanom dokaznim sredstvima: javnom ili po zakonu overenom ispravom dokaže da odlaganje opravdavaju naročiti razlozi.

---

80 „Imajući u vidu navedeno Veće je stava da je javni izvršitelj pogrešno ocenio da nema mesta usvajanju predloga za odlaganje izvršenja, do pravnosnažnog okončanja napred navedenog parničnog postupka kojim se traži poništaj arbitražne odluke koja predstavlja izvršnu ispravu u ovoj pravnoj stvari, budući da je izvršni dužnik učinio verovatnim uslove za odlaganje izvršenja...“ Privredni sud u Beogradu 8 Ipv (I) 357/17, I. I. 639/17, veza 8 Ipv (I) 255/17, od dana 22.1.2018, 5–6.

81 Rešenje javnog izvršitelja Marka Vukićevića 10 I. I. 639/17 od 7.2.2018. godine (iz arhive Javnog izvršitelja).

### 5.11. Jemstvo

Svi prethodno navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni u svakom konkretnom slučaju odlaganja na predlog dužnika. Međutim, jedan uslov mora biti ispunjen samo na predlog izvršnog poverioca. Ako je do donošenja rešenja o predlogu izvršnog dužnika izvršni poverilac to predložio, javni izvršitelj uslovljava odlaganje polaganjem jemstva od strane izvršnog dužnika.<sup>82</sup>

Jemstvo se polaže u domaćem ili stranom novcu u depozit javnog izvršitelja. Izuzetno, uz saglasnost protivne stranke, jemstvo može da se položi u obliku bankarske garancije ili hartija od vrednosti, dragocenosti ili pokretnih stvari čija se vrednost lako utvrđuje na tržištu, a koje brzo i jednostavno mogu da se unovče.<sup>83</sup>

Ako sud, odnosno javni izvršitelj rešenjem odredi protivnoj stranci naknadu štete ili troškova postupka koji su povezani s radnjom zbog koje je položeno jemstvo, istim rešenjem, na njen predlog, određuje i da se šteta ili troškovi postupka naknade iz položenog jemstva.<sup>84</sup>

#### 5.11.1. Teška oskudica kao razlog za uskraćivanje jemstva

Takvo normiranje otvara mnošto dilema, prvo, može li javni izvršitelj odbiti određivanje jemstva? Zakonodavac koristi formulaciju, javni izvršitelj uslovljava odlaganje, a ne frazu „može usloviti odlaganje“.<sup>85</sup> Međutim, javni izvršitelj neće usloviti odlaganje izvršenja polaganjem jemstva ako bi polaganje jemstva dovelo izvršnog dužnika ili članove njegove porodice u tešku oskudicu. Dilema je ovde koji subjekti se mogu pozivati na tešku oskudicu kako bi izbegli plaćanje jemstva. Mišljenja smo da se na ovaj izuzetak može pozivati fizičko lice jer samo ono i članovi njegove porodice mogu biti dovedeni u tešku oskudicu. Ovo iz razloga što se insolventnost pravnog lica ne može kvalifikovati kao teška oskudica.

82 Javni izvršitelj o polaganju jemstva u izvršnom postupku odlučuje zaključkom. ZIO, čl. 35, st. 3.

83 Dokaz o polaganju jemstva jeste osnov za sticanje založnog prava upisom u Registar založnog prava na pokretnim stvarima i pravima ili druge javne registre, na zahtev lica u čiju korist je jemstvo određeno, ZIO čl. 35, st. 4.

84 Protiv tog rešenja dozvoljen je prigovor. ZIO čl. 35, st. 5.

85 U pravu Crne Gore, odlaganje izvršenja usloviće se polaganjem jemstva, osim ako se odlaganje zahteva iz naročito opravdanih razloga kao što su teži oblici zdravstvene i socijalne ugroženosti ZIO (CG), čl. 71, st. 3.

### 5.11.2. Traženo ili primereno jemstvo

Drugo ne manje značajno je pitanje visine jemstva. Na primer, može li poverilac zahtevati jemstvo u punom iznosu koji obuhvata: glavno potraživanje, dužnu kamatu i troškove postupka, odnosno može li poverilac zahtevati jemstvo u jednom iznosu, a da javni izvršitelj samo delimično prihvati njegovu traženje i odredi jemstvo u manjem iznosu koji smatra primerenim.<sup>86</sup> Ko može više može i manje. Ako bi javni izvršitelj mogao odbiti zahtev za određivanje jemstva iz razloga što bi izvršni dužnik ili članovi njegove porodice određivanjem jemstva u punom iznosu dospeli u tešku oskudicu, onda iz istog razloga javni izvršitelj može odrediti i manji iznos jemstva od predloženog.

Uloga položenog jemstva je da garantuje izvršnom poveriocu za štetu koja mu preti usled toga što je za vreme odlaganja umanjena njegova mogućnost za puno namirenje, na primer usled promene vrednosti predmeta izvršenja. Takvom izvršnom poveriocu će ostati manje za namirenje, nego da nije bilo odlaganja i to bez obzira na krivicu onoga koji je predložio odlaganje.<sup>87</sup>

Iako je za njegovo nastupanje neophodno da ga izvršni poverilac predloži, ako je doneta odluka o jemstvu i ovaj uslov mora biti kumulativno ispunjen. „Smatra se da je predlog za odlaganje povučen ako izvršni dužnik ne položi jemstvo u roku koji je odredio javni izvršitelj.“<sup>88</sup> Ova pretpostavka je neoboriva. Iz tog razloga se čini da rok za polaganje jemstva ne sme biti kraći od pet dana.

### 5.11.3. Mogućost polaganja jemstva od poverioca

ZIO (2015) ne poznaje mogućnost polaganja jemstva na zahtev izvršnog poverioca kako ne bi došlo do odlaganja iako su sve zakon-

86 U austrijskoj praksi se po pravilu određuje jemstvo u vrednosti jedne četvrtine ukupne tražbine ili vrednosti zaplenjene stvari. M. Dika, *op. cit.*, 399.

87 „Sporno je samo kako će se ustanoviti nastala šteta: da li putem redovne parnice ili vanparničnim putem u izvršnom postupku.“ Izgleda da je ispravno ovo poslednje. I. Matijević, F. Čulinović, *op. cit.*, 72. Jemstvo dakle služi da se namiri razlika između onoga što bi poverilac naplatio da nije bilo odlaganja i onoga što je poverilac naplatio u konačnom ishodu. To nam na neki način daje odgovor na pitanje do kada se čuva položeno jemstvo. Iako je snažan interes dužnika da mu se jemstvo vrati odmah po donošenju odluke o nastavku izvršenja, sama svrha jemstva nalaže da se ono čuva na namenskom računu javnog izvršitelja do okončanja namirenja.

88 ZIO, čl. 122, st. 4.



ske pretpostavke za odlaganje izvršenja na predlog dužnika ispunjene. Položeno jemstvo bi u tom slučaju po vrednosti moralo da pokriva štetu koja pretil dužniku usled nastavka izvršenja. Ipak, mogućnost polaganja jemstva od strane poverioca nije sasvim isključena. Onaj izvršni poverilac koji želi da se izvršenje nastavi pre isteka vremena na koje je odloženo može učiniti verovatnim da su prestali razlozi za odlaganje ili alternativno predložiti prevremeni nastavak postupka uz polaganje jemstva.<sup>89</sup>

### 5.12. Rok za odlučivanje o predlogu

„Javni izvršitelj je dužan da rešenje o predlogu za odlaganje izvršnog dužnika ili trećeg lica donese u roku od pet dana od njegovog prijema i da rešenje otpravi u roku od tri radna dana od dana donošenja.“<sup>90</sup> Shodno principu (ograničene) kontradiktornosti u postupku izvršenja, protivnoj stranci se mora dati mogućnost da se izjasni o predlogu za odlaganje. Procesne prilike često nisu onakve kakvim ih zamišlja zakonodavac. Na primer, kako postupiti u propisanom roku, ako javni izvršitelj na vreme otpravi dužnikov predlog za odlaganje na izjašnjenje izvršnom poveriocu uz nalog da se ovaj izjasni u roku od tri dana, ali otposlati akt zbog štrajka poštanskih radnika ili gubitka pošiljke i ne stigne poveriocu u roku od pet dana? Bez obzira na hitnost u izvršnom postupku smatramo da propisani rok od pet dana za odlučivanje o predlogu za odlaganje nije utemeljen u realnosti. Ovo naročito što i neradni dani ulaze u ovaj rok, a sama norma o odlaganju sadrži nekoliko pravnih standarda čija konkretizacija ne trpi ishitrenost, već naprotiv zahteva temeljno obrazloženje.

### 5.13. Prigovor

Protiv rešenja donetog o predlogu za odlaganje izvršnog dužnika ili trećeg lica dozvoljen je prigovor.<sup>91</sup> Pošto nije propisan neki poseban rok i u pogledu ovog prigovora primenjuje se opšti rok za prigovore koji iznosi osam dana od dana dostavljanja odluke adresatu.

89 ZIO, čl. 127, st. 2.

90 ZIO, čl. 124, st. 1.

91 ZIO, čl. 124, st. 2.

## 6. NESUSPENZIVNOST PREDLOGA ZA ODLAGANJE

S obzirom na okolnost da se izvršenje sprovodi pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju, te da se neke izvršne radnje sprovode čak i ako je odlaganje određeno, trebalo bi uzeti da se izvršenje sprovodi i nakon podnošenja predloga za odlaganje i to sve dok javni izvršitelj ne donese odluku o odlaganju.<sup>92</sup> Ovo naročito iz razloga što ni neka druga pravna sredstva u izvršnom postupku nemaju suspenzivno dejstvo.<sup>93</sup> Javni izvršitelj bi međutim, dok ne odluči o predlogu za odlaganje, mogao zastati s preduzimanjem nekih radnji sprovođenja kako se ne bi faktički onemogućilo ostvarivanje same svrhe odlaganja. U svakom slučaju to bi zavisilo od njegove diskrecije. Drugačije rešenje bi otvorilo vrata zloupotrebi instituta odlaganja izvršenja.<sup>94</sup> Ako je odbio predlog za odlaganje, javni izvršitelj nije u obavezi da zastane sa sprovođenjem izvršenja sve dok naslovni sud ne odluči po prigovoru na rešenje kojim se odbija odlaganje.

## 7. POSLEDICE ODLAGANJA IZVRŠENJA

### 7.1. Odlaganje izvršenja kao takvog

Aktuelni ZIO (2015) ne pominje segmetirano odlaganje (u pogledu nekih predmeta i sredstava izvršenja) koje je bilo dopušteno prema predratnom ZIO (1938).<sup>95</sup> Takva mogućnost bi praktično značila

---

92 M. Dika, *op. cit.*, 405.

93 Zahtev za izuzeće sudije ne odlaže izvršenje ili obezbeđenje, ZIO, čl. 13, st. 5. Zahtev za izuzeće javnog izvršitelja ne odlaže izvršenje ili obezbeđenje, ZIO, čl. 68, st. 5. Žalba i prigovor odlažu izvršenje samo kad je to ovim zakonom određeno, ZIO, čl. 25, st. 3. Tužba za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja ne odlaže izvršenje, ZIO, čl. 81, st. 2.

94 M. Dika, *op. cit.*, 405. Nije retka situacija u praksi da izvršni dužnik podnese predlog za odlaganje na dan zakazane javne prodaje. Zakonodavac bi *de lege ferenda* donekle mogao smanjiti pritisak na javne izvršitelje i zloupotrebu predloga za odlaganje, normom po kojoj, ako je zakazana javna prodaja, izvršni dužnik gubi pravo da predloži odlaganje izvršenja osam dana pre dana za koji je zakazana javna prodaju.

95 „Ako razlozi za odlaganje izvršenja nastanu samo u pogledu nekih stvari uzetih pod izvršenje ili samo u pogledu jednog dela zahteva za koje se vodi izvršenje onda će se izvršenje nastaviti u pogledu ostalih stvari, odnosno u

da se može usvojiti predlog za odlaganje prodaje nepokretnosti čijom prodajom ispod procenjene tržišne cene nastupa teško nadoknadiiva šteta za dužnika, a da se ne dozvoli odlaganje sprovođenja izvršenja zaplenom i prenosom sredstava na računu izvršnog dužnika, pošto na taj način dužnik samo plaća dugovano i ne postoji verovatnoća nastupanja znatne štete. Savremeni zakonodavac je izgleda smatrao da onaj dužnikov predlog koji ispunjava stroge uslove za odlaganje u pogledu jednog predmeta izvršenja izvesno ispunjava pretpostavke i za odlaganje izvršenja kao takvog.<sup>96</sup>

## 7.2. Dejstvo odlaganja *ex nunc*

Prema Zakonu, posledice odlaganja nastupaju odmah.<sup>97</sup> Dok traje odlaganje ne preduzimaju se radnje kojima se sprovodi izvršenje.<sup>98</sup> Prema ovome, rešenje o odlaganju proizvodi dejstvo samo za ubuduće (*ex nunc*). Ipak, identična norma, u zavisnosti od predmeta i sredstva izvršenja, kao i faze u postupku do koje se stiglo pre odlaganja, može dovesti do različitih posledica. Na primer, ako je zakazana prva javna prodaja nepokretnosti za određeni datum, pa nakon toga bude doneto rešenje o odlaganju izvršenja, javni izvršitelj će ukinuti zaključak o pravoj javnoj prodaji. Po isteku vremena na koje je određeno odlaganje odgovarajućim zaključkom će biti zakazana prva javna prodaja za neki novi datum. S druge strane, ako je donet zaključak o popisu i proceni pokretnih stvari pa nakon toga rešenje o odlaganju izvršenja, ne postoji potreba da se ukida zaključak o popisu.

## 7.3. Dopuštenost određenih radnji izvršenja uprkos odlaganju

Izuzetno, posle donošenja rešenja o odlaganju u postupku namirenja novčanog potraživanja preduzimaju se radnje na osnovu kojih izvršni poverilac stiče založno pravo ili pravo namirenja na predmetu izvršenja.<sup>99</sup> Dopuštenost ovih radnji uprkos odlaganju je razumljiva

---

pogledu onog dela zahteva na koji se ne odnosi razlog odlaganja.“ ZIO (1938), § 43. 2. Opširnije vid.: B. T. Blagojević, *op. cit.*, 262.

96 ZIP (2004) je dozvoljavao potpuno ili delimično odlaganje na predlog izvršnog dužnika. ZIP (2004), čl. 64, st. 1.

97 R. Keča, B. Starović, *op. cit.*, 611.

98 ZIO, čl. 125, st. 2.

99 ZIO, čl. 125, st. 3.

ako se uzme u obzir da s jedne strane, one ne predstavljaju opasnost po imovinu izvršnog dužnika, a da s druge strane, potraživanje izvršnog poverioca, na takav način biva obezbeđeno stvarnim pravom sa dejstvom *erga omnes*. Pored toga, dozvoljena je i radnja kojom se procenjuje vrednost predmeta izvršenja. Samo po sebi utvrđivanje vrednosti predmeta izvršenja ne predstavlja uštrb u imovinu izvršnog dužnika, s tim da može biti od značaja za odluku suda po prigovoru izvršnog poverioca na doneto rešenje o odlaganju.

#### 7.4. Deblokada računa

U analiziranom slučaju I, izvršni dužnik je pored odlaganja izvršenja zahtevao i deblokadu računa tvrdeći kako je upisom rešenja o izvršenju u javne knjige potraživanje izvršnog poverioca obezbeđeno sudskom zalogom na nepokretnosti, te da je u takvim okolnostima nastavak sprovođenja izvršenja na računu izvršnog dužnika nepotreban.<sup>100</sup>

Javni izvršitelj je takav dužnikov zahtev odbio uz sledeću argumentaciju. „U konkretnom slučaju kada na poslovne račune izvršnog dužnika ne pristižu novčana sredstva, „blokada računa“ izvršnog dužnika, po svojoj suštini, za izvršnog poverioca više ima obezbeđujući efekat nego što predstavlja efikasno sredstvo izvršenja. Taj obezbeđujući efekat se ogleda u zaštiti prvenstvenog reda (prioriteta) u naplati izvršnog poverioca u odnosu na druge poverioce izvršnog dužnika. Nalozi za prinudnu naplatu blokadom računa i prenosom sredstava sa računa izvršnog dužnika se realizuju onim redom kojim su pristigli organizaciji za prinudnu naplatu. Ako javni izvršitelj ukine zaključak o sprovođenju izvršenja prenosom sredstava sa računa izvršnog dužnika u korist izvršnog poverioca, drugi poverioci izvršnog dužnika će ostvariti prioritet u naplati u odnosu na izvršnog poverioca. Na ovaj način izvršnom poveriocu oduzima se njegovo pravo na prvenstveno namirenje koje je zasnovano od trenutka kada je nalog za prinudnu naplatu u njegovu korist pristigao organizaciji za prinudnu naplatu. Uočljivo je dakle, da s jedne strane, deblokada računa izvršnog dužnika predstavlja značajan uštrb u subjektivnim građanskim pravima izvršnog poverioca i slabljenje njegove pravne pozicije, dok se, s druge strane,

---

100 Zahtev izvršnog dužnika za promenu sredstva izvršenja (deblokadu računa) od dana 18.12.2017. u predmetu sprovođenja izvršenja 10 I. I. 639/17 (iz arhive javnog izvršitelja).

deblokadom računa u pravnoj poziciji izvršnog dužnika, kome novčana sredstva i ne pristizu na poslovni račun ne menja mnogo. Ukratkoo, održavanjem „blokade“ računa izvršnog dužnika u korist izvršnog poverioca čuva se njegovo stečeno pravo na prvenstveni red (prioritet) u prinudnoj naplati i takvim postupkom nije povređeno načelo srazmere prilikom izbora sredstva i predmeta izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja<sup>101</sup>. Ipak, u nastavku postupka izvršenja, pošto je javni izvršitelj po nalogu suda odložio sprovođenje izvršenja, rešenje o odlaganju je dostavljeno i organizaciji za prinudnu naplatu.

Prema Zakonu, dok traje odlaganje ne preduzimaju se radnje kojima se sprovodi izvršenje. S druge strane, nije normirana dužnost javnog izvršitelja da nakon donošenja rešenja o odlaganju ukine neku od preduzetih radnji u postupku, pa tako ne postoji ni dužnost ukidanja zaključka o zapleni i prenosu sredstava sa računa izvršnog dužnika na račun izvršnog poverioca. Ipak, može se argumentisati da će, ako račun ne bude deoblokiran, organizacija za prinudnu naplatu sredstva pristigla na račun izvršnog dužnika preneti izvršnom poveriocu, iako je sprovođenje izvršenja odloženo. Ovim bi se faktički narušilo pravilo da se dok traje odlaganje ne preduzimaju radnje kojima se sprovodi izvršenje.

Čini se da je upravo zbog takve zamršenosti ovog pitanja u ZIO (1938) postojala norma da će se odlukom o odlaganju ukinuti i neka sprovedena radnja ako bi se usled ostavljanja na snazi već provedene radnje tražiocu odlaganja nanela teško naknadiva šteta i ako on pored toga da obezbeđenje za potpuno izmirenje zahteva radi kojega se vodi izvršenje.<sup>102</sup>

## 8. ODLAGANJE NA PREDLOG TREĆEG LICA

Na predlog trećeg lica koje je podnelo prigovor da se izvršenje na nekom predmetu izvršenja proglasi nedozvoljenim, javni izvršitelj odlaže izvršenje, samo jednom u toku izvršnog postupka,<sup>103</sup> ako treće

101 Zaključak javnog izvršitelja Marka Vukićevića 10 I. I. 639/17 od 3.1.2018. godine.

102 Vid.: ZIO (1938) § 43, 1. Kao i Ivo Matijević, F. Čulinović, *op. cit.*, 73.

103 Ovde se može uočiti razlika između predloga za odlaganje izvršnog dužnika i predloga za odlaganje trećeg lica. Izvršni dužnik može jednom u toku izvršnog postupka da predloži javnom izvršitelju da se odloži izvršenje. Ako je predlog

lice dokazuje svoje pravo pravnosnažnom odlukom ili javnom ili po zakonu overenom ispravom.<sup>104</sup> Kod odlaganja na predlog trećeg lica, predlagač ne mora dokazivati verovatnost nastupanja nenadoknadi-ve ili teško nadoknadi-ve štete. Prema Zakonu, treće lice koje tvrdi da na predmetu izvršenja ima neko pravo koje sprečava izvršenje može do okončanja izvršnog postupka, javnom izvršitelju podneti prigovor kojim zahteva da se izvršenje utvrdi nedozvoljenim na tom predmetu. Odluka o odlaganju u ovom slučaju ne odlaže postupak izvršenja kao takav. Odlaže se izvršenje samo na onom predmetu u pogledu koga postoji prigovor trećeg lica.<sup>105</sup>

U jednom slučaju pred srpskim pravosuđem treće lice je podnelo prigovor tvrdeći da je izvršenje koje se ogleda u rušenju dela stambeno poslovnog objekta<sup>106</sup> nedozvoljeno pošto ovo treće lice ima pravo svojine na celokupnoj nepokretnosti stečeno više od godinu dana pre donošenja odnosnog rešenja o izvršenju i da to svoje pravo dokazuje javnom ispravom Rešenjem o ozakonjenju objekta iz 2016. godine. Izvršni poverilac je pojasnio da su izvršni dužnici u toku trajanja arbitražnog postupka otuđili pravo o kome teče arbitražni postupak [...] te da to ne sprečava da se parnica među istim strankama dovrši i da arbitražna odluka ima dejstvo i u odnosu na sticaoca. „Sud je uvidom u spise predmeta i priložene dokaze utvrdio da su dokazi i navodi izvršnog dužnika, a naročito trećeg lica bili predmet ocene arbitražnog postupka, a iz kog postupka je proistekla arbitražna odluka – izvršna isprava na osnovu koje je doneto rešenje o izvršenju“. Prigovor trećeg lica je odbačen kao nepotpun i odbijen je njegov predlog za odlaganje izvršenja.<sup>107</sup>

---

za odlaganje izvršnog dužnika odbijen, odbačen ili usvojen pa je istekao rok za odlaganje nije mu dozvoljen drugi po redu takav predlog. S druge strane, treće lice može ponavljati predloge za odlaganje sve dok njegov predlog ne bude usvojen, odnosno dok predlozi za odlaganje ne postanu bezpredmetni.

104 ZIO, čl. 123.

105 Rešenjem kojim se usvaja prigovor trećeg lica tada se određuje i odlaganje, a odlaganje traje sve dok se pravnosnažno ne odluči o prigovoru trećeg lica. Vid.: N. Bodiroga, (2017), *op. cit.*, 284.

106 Rešenje o izvršenju je 4 I br. 145/17 od 21.8.2017. godine je doneto na osnovu Konačne odluke arbitražnog suda sa sedištem u Beogradu u arbitražnom postupku prema arbitražnim pravilima Međunarodnog arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore broj 20346/MHM od 16.3.2017. godine protiv izvršnih dužnika, a radi rušenja dela stambeno poslovnog objekta II faza.

107 Ovo iz razloga što je sud prilikom odlučivanja o predlogu za izvršenje vezan izvršnom ispravom i nije ovlašćen da ispituje činjenično stanje utvrđeno

## 9. TRAJANJE ODLAGANJA

Kada javni izvršitelj rešenjem odloži izvršenje arbitražne odluke, on mora u rešenju odrediti i vreme za koje se izvršenje odluke odlaže.<sup>108</sup> Rešenje o odlaganju može da sadrži oznaku kalendarskog dana, ili biti vezano za nastupanje nekog određenog budućeg događaja<sup>109</sup> (na primer, odlaže se izvršenje do 31.12.2019, ili do pravnosnažnog okončanja parnice po tužbi za poništaj arbitražne odluke).<sup>110</sup>

Prema Zakonu, kada je izvršenje odloženo na predlog izvršnog dužnika, trajanje odlaganja određuje javni izvršitelj u zavisnosti od okolnosti.<sup>111</sup> Ovakvo pravilo otvara pitanje, može li po prigovoru nadležni sud produžiti vreme za odlaganje inicijalno određeno od javnog izvršitelja u rešenju u odlaganju?<sup>112</sup> Upravo zato se čini manje arbitrarnom norma po kojoj u situaciji kada je izjavljen neki vanredni pravni lek ili podneta tužba za poništaj odluke koja predstavlja izvršnu ispravu i kada su ispunjene ostale pretpostavke, odlaganje, po pravilu, traje do okončanja postupka po tom pravnom sredstvu.<sup>113</sup> S tim da u osta-

---

izvršnom ispravom, niti zakonitost i pravilnost izvršne isprave. Vid.: Rešenje privrednog suda u Beogradu posl. br. 4 I 145/17 od 27.11.2017. Ova odluka je potvrđena Rešenjem tročlanog veća Privrednog suda u Beogradu 10 Ipv(I) 389/2017, 4 I 145/17 od 19.12.2017 (iz arhive Suda).

108 Uporediti: Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 7514/95(1) od 28.12.1995. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten* br. 1/1996, 28, *Paragraf Lex*.

109 Uporediti: I. Matijević, F. Čulinović, *op. cit.*, 73.

110 U takvim slučajevima odlaganje izvršenja liči na prekid postupka, s tom razlikom što do prekida dolazi po sili zakona. Javni izvršitelj po službenoj dužnosti deklarise prekid postupka. Vid.: ZIO, čl. 29 i Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014 i 113/2017, čl. 88. Opširnije o procesnopравnim posledicama otvaranja stečaja i zabrani izvršenja u stečaju: V. Radović, *Stečajno pravo*, Knjiga I, Beograd 2017, 775.

111 ZIO, čl. 126, st. 2.

112 U jednom slučaju u praksi naših sudova Veće troje sudija Privrednog suda u Beogradu preinačilo je rešenje javnog izvršitelja i dozvolilo odlaganje izvršenja do donošenja odluke po reviziji. Rešenje Privrednog suda u Beogradu 2 Ipv (I) 70/17 od 21. marta 2017. (iz arhive Suda).

113 ZIP (2004). Ako se izvršenje odlaže na predlog izvršnog dužnika iz člana 64, stav 1, tač. 1) i 3), izvršenje se odlaže do okončanja parničnog ili drugog postupka po upotrebljenom pravnom sredstvu protiv pravnosnažne sudske odluke. Vid. prethodnu fn: 35. Ako se izvršenje odlaže na predlog izvršnog dužnika iz člana 64, stav 2 (drugi opravdani razlozi) izvršenje se može odložiti samo jed-

lim situacijama kada postoje naročito opravdani razlozi za odlaganje, javni izvršitelj određuje vreme trajanja odlaganja prema okolnostima slučaja.<sup>114</sup>

### 9.1. Staranje o izvršenju u razumnom roku

Uslove za odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika treba tumačiti restriktivno i u skladu s tim određivati i dužinu trajanja odlaganja.<sup>115</sup> Kod utvrđivanja vremena odlaganja, javni izvršitelj je dužan starati se i o tome da se ne povredi pravo na suđenje u razumnom roku.<sup>116</sup> Jedan od razloga zbog kojih je Republika Srbija bila suočena sa brojnim predstavkama građana Evropskom sudu za ljudska prava jeste upravo neefikasnost izvršenja.<sup>117</sup> Javni izvršitelj mora uzeti u obzir

---

nom za vreme koje ne može biti duže od 90 dana. ZIP (2004), čl. 66, st. 3 i st. 4. Čini se da takvo pravilo, s jedne strane sprečava „lutanje“ donosioca odluke o osnovanosti odlaganja, a s druge strane, predstavlja odgovarajuću branu od pritiska dužnika i javnosti na donosioca odluke da produži vreme odlaganja na način koji je suprotan samom cilju ove ustanove i prirodi postupka izvršenja.

114 S tim da bi kod odlaganja usled postojanja drugih opravdanih razloga, *de lege ferenda* bilo ispravno ograničiti vreme odlaganja na period od 90 dana. Takvom regulativom sprečava se opterećenje javnog izvršitelja „pasivnim izvršenjima u toku“. Uporediti: M. Dika, *op. cit.*, 404.

115 N. Bodiroga, (2017), *op. cit.*, 283.

116 ZIO, čl. 17. Tako se u jednoj odluci Privrednog apelacionog suda naglašava sledeće: „Bitna karakteristika izvršnog postupka je njegov prinudni karakter, koji određuje osnovna načela tog postupka. Jedno od tih načela je i načelo oficijelnosti, koje od suda zahteva aktivno ponašanje sve do okončanja izvršnog postupka, gde je sud dužan hitno da preuzima sve radnje koje treba da dovedu do sprovođenja izvršenja i okončanja izvršnog postupka, što u konkretnoj situaciji nije bio slučaj.“ Na osnovu svega izloženog, Privredni apelacioni sud je utvrdio da je najpre Privredni sud u Z., a zatim i Privredni sud u P. odgovoran što predmetni izvršni postupak neopravdano dugo traje, te da je navedenim postupanjem suda podnosiocu povređeno pravo na suđenje u razumnom roku zajemčeno odredbom čl. 32, st. 1 Ustava. Rešenje Privrednog apelacionog suda, R4 I 52/2014 od 1.10.2014. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten* br. 1/2016.

117 Tako u jednoj presudi ESLJP primećuje česte povrede člana 6 stav 1 Konvencije i/ili člana 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju, kao na primer u predmetima R. Kačapor i druge podnositeljke predstavke protiv Srbije, br. 2269/06, st. 115–116 i 120, 15. januar 2008. godine, Crnišanin i drugi protiv Srbije, br. 35835/05, 43548/05, 43569/05 i 36986/06, st. 123–124 i 133–134, 13. januar 2009. godine; Rašković i Milunović protiv Srbije, br. 1789/07 i 28058/07, st. 74. i 79, 31. maj 2011. godine; i Adamović protiv Srbije, broj 41703/06, stav 41, 2. oktobar 2012.



da neizvršenje sudskih i arbitražnih odluka predstavlja povredu prava izvršnog poverioca na mirno uživanje imovine i prava na suđenje u razumnom roku.<sup>118</sup> Tako je u presudi Kin Stib i Majkić protiv Srbije, Evropski sud za ljudska prava konstatovao da potraživanje koje je utvrđeno arbitražnom odlukom predstavlja imovinu podnosioca predstavke iz čl. 1 Prvog Protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, s tim da je u istom predmetu utvrdio i povredu prava podnosioca predstavke na suđenje u razumnom roku iz čl. 6 (1) EKLjP.<sup>119</sup>

„Čitav skup procesnih prava iz čl. 6 EKLjP počiva na ideji delotvorne pravne zaštite, s tim što je takva zaštita moguća samo ako je pravovremena.“<sup>120</sup> ESLjP ističe da bi „pravo na pošteno suđenje bilo iluzorno ako bi pravni sistemi država članica dopuštali da obvezujuće odluke ne budu delotvorne radi čega „treba uzeti da je i izvršenje sudskih odluka integralni deo suđenja“.<sup>121</sup>

- 
- godine. Vid.: Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Vukosavljević protiv Srbije, predstavka br. 23496/13 od 27. septembra 2016. godine, objavljena u: *Službeni glasniku RS*, br. 1/2017 od 1. januara 2017. godine.
- 118 U nekoliko svojih odluka Ustavni sud je i konstatovao povredu ova dva ustavom garantovana prava upravo zbog nedovoljne ažurnosti u preduzimanju izvršnih radnji. Vid.: Odluka Ustavnog suda, Už broj 341/2008 od 17. februara 2011. godine, objavljena u: *Službeni glasniku RS*, br. 29/2011 od 30. aprila 2011. godine; Odluka Ustavnog suda, Už broj 1896/2010 od 31. oktobra 2012. godine, objavljena u: *Službeni glasniku RS*, br. 114/2012 od 4. decembra 2012. godine. Pritom se u pravnoj književnosti naglašava da ove ustavne vrednost moraju delovati u harmoniji sa drugim takvim vrednostima. S. Drake, M. Smith (eds.), *New Directions in the Effective Enforcement of EU Law and Policy*, Edward Elgar Publishing 2016, 26.
- 119 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu preduzeće Kin-Stib i Majkić protiv Srbije (predstavka br. 12312/05) – Povreda prava na nesmetano uživanje svoje imovine zbog delimičnog neizvršenja arbitražne odluke donete pred spoljno-trgovinskom arbitražom zbog povrede ugovora o zajedničkom ulaganju radi osnivanja i zajedničkog vođenja kazina – Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: član 1 Protokola 1 od dana 20 aprila 2010, *Paragraf Lex*.
- 120 A. Uzelac, *op. cit.*, 112. (Engl. *In principle, any failure or delay in execution of res judicata judgments or arbitral awards, for whatever reason, is attributable to the State party to the ECHR*). Opširnije vid.: A. Jakšić, „The Execution of Final Judgments and Vested Rights“, *Russian Law Journal* Vol. II, 3/2014, 63.
- 121 A. Uzelac, *op. cit.*, 114.

## 10. NASTAVAK ODLOŽENOG IZVRŠENJA

Izvršenje se nastavlja po službenoj dužnosti čim istekne vreme na koje je odloženo. Na predlog izvršnog poverioca, izvršenje može da se nastavi pre isteka vremena na koje je odloženo, ako izvršni poverilac učini verovatnim da su prestali razlozi za odlaganje ili ako položi jemstvo.<sup>122</sup> Na primer, ako je tužba za poništaj arbitražne odluke prvostepeno odbačena ili odbijena, poverilac može predložiti nastavak izvršenja tvrdeći kako je verovatnoća nastupanja nenadoknadive štete značajno umanjena. U tom slučaju, dužnik mora da se izjasni o povećevom predlogu. Protiv rešenja o nastavku izvršenja pre isteka vremena na koje je izvršenje odloženo dozvoljen je prigovor.<sup>123</sup> Eventualni prigovor protiv takvog rešenja ne odlaže njegovo dejstvo.<sup>124</sup>

## 11. UMEMSTO ZAKLJUČKA

### 11.1. Usklađivanje suprotstavljenih interesa

Odlaganje izvršenja pravnosnažne sudske ili arbitražne odluke, je još jedan od onih pravnih instituta kod koga se sučeljavaju načela kojima se štite interesi izvršnih poverilaca: načela hitnosti i efikasnosti, s jedne strane i načelo zaštite dužnika, s druge strane. U zavisnosti od toga „kome od ova dva carstva se zakonodavac priklanjao“, normiranje odlaganja izvršenja je izostajalo – ZIO (2011) ili je bilo izričito regulisano – ZIO (2015).

Slično kao kod načela srazmere u izvršnom postupku, i ovde dolazi do izražaja dužnost onih koji rukovode izvršnim postupkom: javnog izvršitelja i suda da se izbegne nepotrebno ili prekomerno zahvatanje u imovinu dužnika.<sup>125</sup> Posredno se na ovaj način štiti ne samo

---

122 ZIO, čl. 127, st. 2. „Ako je trajanje odlaganja određeno sporazumom stranaka ili stranaka i trećeg lica, izvršenje se nastavlja pre isteka vremena na koje je odloženo samo uz saglasnost svih njih.“ ZIO, čl. 127, st. 3. „Ako je izvršenje odloženo na predlog izvršnog poverioca ili po sporazumu stranaka ili stranaka i trećeg lica, javni izvršitelj je dužan da na predlog izvršnog poverioca, koji je stupio u izvršni postupak, nastavi izvršenje.“ ZIO, čl. 127, st. 4.

123 ZIO, čl. 127, st. 5.

124 Prema prof. Diki, pravno sredstvo protiv ove odluke ne odlaže njenu provedbu (delotvornost). M. Dika, *op. cit.*, 406.

125 R. Keča, B. Starović, *op. cit.*, 599. Prof. Poznić i prof. Vodinelić ukazuju na načelo zaštite dužnika građanina. „Ovo načelo ima za cilj da spreči potpunu ili

opstanak dužnika, već i drugi njegovi poverioci koji su se stupajući u poslovni odnos sa dužnikom legitimno pouzdali u mogućnost namirenja iz njegove imovine.<sup>126</sup>

Ocenjujući stvarno stanje konkretnog slučaja i posebno upuštajući se u merenje značaja i važnosti interesa koji nalažu nesmetano sprovođenje izvršenja (a to su po pravilu interesi izvršnog poverioca) i interesa koji nalažu njegovo odlaganje (a to su po pravilu interesi izvršnog dužnika), javni izvršitelj ili sud donose odluku o dužnikovom predlogu za odlaganje izvršenja.<sup>127</sup>

Ako su mali izgledi za povraćaj u pređašnje stanje (*restitutio in integrum*), jednom interesu se daje primat na uštrb drugog. Interes izvršnog poverioca se privremeno žrtvuje, kako bi se sprečilo nastupanje onih imovinskih posledica za dužnika koje se čine nepotrebnim i teško otklonjivom.

## 11.2. Slobodna ocena

Javni izvršitelj ceni osnovanost dužnikovog predloga za odlaganje u svakom pojedinačnom slučaju. Otuda se u predlogu za odlaganje moraju navesti valjani i neprotivrečni razlozi koji odlaganje čine svrshodnim. U suprotnom predlog za odlaganje predstavlja zloupotrebu prava i vodi neopravdanom oduglovačenju izvršenja.

---

teško otklonjivu ekonomsku propast dužnika koja bi dovela u pitanje njegovu egzistenciju i egzistenciju lica koje je dužan izdržavati.“ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.*, 439. „Motivi zaštite izvršnog dužnika ne iscrpljuju se samo u socijalnosti jer potreba da se dužnik zaštititi ima svoju ekonomsku, političku itd. dimenziju...“ Stoga prof. Dika za ovo načelo umesto pređašnjeg termina „načelo socijalnosti“ predlaže sveobuhvatniji izraz „načelo zaštite izvršnog dužnika“ koji podrazumeva primerenu zaštitu dužnika u izvršnom postupku bez obzira da li se radi o fizičkom ili pravnom licu. M. Dika, *op. cit.*, 64.

126 Posredna veza poverioca i imovine dužnika se uspostavlja preko poveriočevih dopunskih prava. „Ako je (voljno) ispunjenje glavna (primarna) kauza obligacije (lat. *causa prima*), onda je (prinudno) namirenje supsidijarna (sekundarna) kauza obligacije (lat. *causa secunda*) kojoj se poverilac okreće ako ostvarenje primarne kauze izostane. Uloga dopunskih prava u obligacionom odnosu se ogleda u kreiranju uslova za ostvarenje, tako shvaćene supsidijarne kauze obligacije, tj. u omogućavanju prinudnog namirenja.“ Opširnije vid.: V. Radović, N. Tešić, „On Creditor’s Supplemental Rights“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, LXIII, 3/2015, 148.

127 Uporediti: B. T. Blagojević, *op. cit.*, 261.

Uslovi za odlaganje izvršenja na predlog izvršnog dužnika moraju biti kumulativno ispunjeni. Izvršni dužnik će uspeti sa predlogom za odlaganje ako prethodno nije podnosio predloge za odlaganje, ako učini verovatnim nastupanje nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, ako je šteta koja mu preti veća od štete koja usled odlaganja izvršenja pogađa izvršnog poverioca i ako kvalifikovanim dokaznim sredstvima: javnom ili po zakonu overenom ispravom dokaže da postoje naročiti razlozi koji opravdavaju odlaganje.

U ZIO (2015), zakonodavac odustaje i od *exempli causa* nabrojavanja konkretnih situacija kada je dopušteno odlaganje. Služeći se pravnim standardima po kojim je odlaganje na predlog dužnika moguće ako postoji verovatnoća nastupanja nenadoknadive ili teško nadoknadive štete i ako odlaganje opravdavaju naročiti razlozi, kreator norme stvara jedan složen pravni mehanizam prilagodljiv konkretnim okolnostima slučaja.

Da li će u konkretnom slučaju zaista i dozvoliti odlaganje izvršenja, po pravilu, odlučuje javni izvršitelj po slobodnoj oceni,<sup>128</sup> ali pod svojevrsnim nadzorom suda koji se uključuje u odlučivanje prilikom rešavanja po prigovorima. Čak i kada utvrdi postojanje skupa činjenica koje su dovoljan razlog za odlaganje izvršenja, u cilju zaštite interesa izvršnog poverioca, a na njegov predlog, javni izvršitelj uslovljava odlaganje jemstvom čija uplata tako postaje uslov odlaganja. Na ovaj način unosi se dodatna ravnoteža u interese izvršnog dužnika i izvršnog poverioca, s tim da se raspolaganje napred opisanim instrumentima za fino podešavanje suprostavljenih interesa stranaka u izvršnom postupku ne sme pretvoriti u svoju suprotnost koja nadilazi slobodno uverenje javnog izvršitelja i suda i pretvara se u samovolju i arbitrarnost.

### 11.3. Korekcija izjavljene volje

Može se kazati da je načelo zaštite dužnika čija je posledica i mogućnost odlaganja izvršenja na njegov predlog, po svojoj suštini korektivno načelo i na neki način rezultat moralizacije prava.<sup>129</sup> Međutim, po-

---

128 B. T. Blagojević, *op. cit.*, 258.

129 „U svetu različitih interesa pravni i moralni poredak su upućeni na zajedništvo, na preplitanje na koegzistenciju. Otuda pravo i etika ne smeju da budu dva odvojena entiteta.“ Izgleda da je ideja pravde, odn. ideja jednog moralnog etičkog poretka ostvarena u svom najvišem dometu upravo u građanskom pravu, posebno u obligacionom pravu... Opširnije o „vrlinizaciji“ prava: O. Antić,

stavlja se pitanje u kojoj meri je dužnikov predlog za odlaganje izvršenja zasnovan na tužbi za poništaj arbitražne odluke u skladu sa dobrim poslovnim običajima i moralom. Još u starom Rimu okolnost da je upravo određeno lice imenovano za arbitra ukazivalo je da će ovaj postupati u dobroj veri. Za stranke je to lice bilo uzoran čovek (*bonus vir*) nespornih moralnih kvaliteta.<sup>130</sup> Ta svojstva, ali i činjenica da su ga stranke dobrovoljno imenovala prihvatajući rizik njegovog izbora, bila je presudan psihološki činilac da se odluke arbitara (*sententia*) poštuju.<sup>131</sup>

S jedne strane, može se dakle argumentovati da je postupanje po odluci izabranog suda posledica vekovnog razvoja pravne kulture i civilizacijska tekovina.<sup>132</sup> Ako su se ugovorne strane, shodno principu privatne autonomije, saglasile da njihov spor razreše stručni i savesni arbitri potpuno nezavisni od stranaka i nepristrasni u radu i odlučivanju i ako su isti ugovornici unapred znali da je arbitražna odluka podobna za prinudno izvršenje, onda je predlog da se izvršenje odluke izabranog suda odloži dok se ovaj spor ne reši pod okriljem pravosuđa, na neki način, protivrečan prvobitnoj nameri ugovornika. Takav predlog za odlaganje izvršenja do okončanja parnice po tužbi za poništaj arbitražne odluke, iako Zakonom dozvoljen, u izvesnom smislu „zanemaruje“ sve one razloge koji su izvorno naveli stranke da rešavanje

---

„Moral (etika) u građanskom pravu“, u Dijana Marković – Bajalović (ur.), *Harmonizacija građanskog prava u regionu*, Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa održanog 26. oktobra 2012. godine na Palama, Istočno Sarajevo 2013, 24 i 53. O sličnoj tendenciji u sferi kompanijskog prava vid.: M. Vasiljević, „Moralizovanje kompanije“, *Pravna riječ: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 40/2014, 623–648.

130 O sprovođenju arbitražnih odluka u rimskom pravu u zavisnosti od toga jesu li se strane sporazumele o arbitraži: *boni viri* (*ad hoc* arbitraža) i *ex compromisso* (institucionalna arbitraža). Vid: I. Milotić, „Ostvarivanje arbitražnih odluka u rimskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2017, 785–809.

131 Izvorno je sličan psihološki mehanizam stajao u osnovi svih ugovornih obvezivanja. Opširnije o iskonskom strahu od kazne koja će pre ili kasnije sustići onoga ko se ogreši o reč datu pred Božanstvom koje sve vidi i sve zna. N. Tešić, „Causa and Bona Fides – A Legal and Etymological Study“, *Private Law Reform in South East Europe, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, M. Vasiljević, R. Kulms, T. Josipović, M. Stanivuković (eds.), Belgrade 2010, 429–433.

132 Opširnije o procesu judicizacije (engl. *judicialization process*) po kome je međunarodna arbitraža vremenom postala neka vrsta zamene za parničenje pred sudovima (engl. *become a form of litigation, a substitute for courts*). A. S. Sweet, F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford University Press, 2017.

sporova iz nekog ugovora povere izabranom sudu: sporst pravosuđa u donošenju odluka, nepoznavanje stranog prava, sumnja u objektivost – naročito ako se kao jedna od strana u sporu javlja država, poverljivost<sup>133</sup> i sl.

S druge strane, mora se uzeti u obzir da je „deljenje pravde“ prerogativ države i da se, iako je strankama dozvoljeno da u svojoj stvari imenuju arbitre, država ne odriče ovlašćenja eksterne kontrole<sup>134</sup> nad odlukama izabranih sudova.<sup>135</sup>

Ko gubi ima pravo i da se ljuti, pa sledstveno i da poništava arbitražnu odluku ili da se protivi njenom priznanju.<sup>136</sup> Ipak, treba naglasiti da je vremenska dimenzija i predvidivost trajanja često presudna kod opredeljenja stranaka za rešavanje sporova kroz arbitražu.<sup>137</sup> Iz tog razloga, prilikom odlučivanja o predlogu dužnika za odlaganje izvršenja ne može biti svejedno da li se predlaže odlaganje izvršenja odluke

133 M. Paunović, „Poverljiv karakter međunarodne trgovačke arbitraže“, *Pravo i privreda* br. 7–9/2015, 164–184.

134 Uključivanje „državnog aparata“ je od naročitog značaja u sferi sprečavanja koruptivnih radnji. Vid.: J. Vukadinović, „Arbitraža i korupcija“, *Pravna riječ: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 44/2015, 201–214.

135 Engl. “Although arbitration is a creation of contract and the resulting award comes as a proclamation of ‘private justice’, it is only the state which can elevate it to the standing of a court judgment. Without such a trait, all other advantages of arbitration over litigation would be worthless. Since the state allows its adjudicatory prerogatives to be contracted out, it is only natural that it reserves the right to control the resulting output.” Vid.: V. Pavić, „Annulment of Arbitral Awards In International Commercial Arbitration“, u *Investment and Commercial Arbitration – Similarities And Divergences*, C. Knahr, C. Koller, W. Rechberger and A. Reinisch (eds.), Eleven International Publishing, 2010, 131–152, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=1615333>, 3.4.2018.

136 Osnovni princip (engl. *cardinal principle*) je da u ovom slučaju ne može biti sadržinskog preispitivanja arbitražne odluke (engl. *no substantive review of the award*). Spisak razloga za poništaj je obvezujući (engl. *the catalogue of annulment grounds is mandatory*). V. Pavić, *op. cit.*, 136 i 152. U manjem broju pravnih sistema, do trenutka konstituisanja arbitražnog suda, dozvoljena je i deklaratorna tužba da arbitražni sporazum nije valjan. Tako za nemačko pravo. M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013, 155.

137 „Tako je, na primer, uvrežena teza među onima koji se profesionalno bave rešavanjem trgovačkih sporova...da je vreme za trgovce često vrednost veća od novca, pa čak i od prava i istine.“ G. Knežević, „Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/2013, 660. O značaju vremena kao pravne činjenice opširnije O. Antić, „Vreme i pravo“, *Pravni život*, 9/2009, 245–270.

„suda“ koji je dužnik sam izabrao verujući u stručnost i ljudske kvalitete arbitara ili suda koji mu je nametnut od strane države. Ako je u pravu opšteprihvaćena zabrana protivrečnog ponašanja (*nemo potest venire contra factum proprium*), onda se kod ocene ispunjenosti uslova za odlaganje mora uzeti u obzir i okolnost kako bi se onaj koji traži poništaj arbitražne odluke i odlaganje njenog izvršenja ponašao da je izabrani sud kojim slučajem rešio spor u njegovu korist.

Postavlja se naime pitanje koliko je u ovom pravnom kontekstu primenjiv moralni imperativ koji ćemo navesti na onaj način kako ga je formulisao Imanuel Kant:

*Postupaj samo po onoj maksimi tvoje volje koja ujedno može da vredi kao opšti zakon.*<sup>138</sup>

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

## STAY OF EXECUTION OF ARBITRATION AWARD – *PERICULUM IN MORA* OR *ULTIMA RATIO* AGAINST UNJUST IMPOVERISHMENT OF THE DEBTOR?

### *Summary*

According to the Law on enforcement and securing of claims (2015), for stay of an execution based on proposal of executive debtor number of conditions must be cumulatively fulfilled. Proposal for delay will be accepted if the executive debtor has not previously submitted any proposal of the same type, if s/he proves likelihood of irreparable or hardly recoverable damage, if the damage that threatens him/her due to the execution exceeds the potential damage that executive creditor would suffer due to stay of an execution, if s/he proves by public

---

138 „Moralno dobro je ono delanje koje je nastalo iz osećanja poštovanja prema unutrašnjem zahtevu uma...“ Opširnije: I. Kant, *Kritika praktičnog uma*, (Prevod D. Basta), Beograd 1979, 10–11. Ovo zlatno moralno pravilo je zajedničko za mnoge religije i na sličan način formulisano od brojnih velikih mislilaca. Na primer „Ne nameći drugom ono što ne bi izabrao za sebe“, Konfučije ili „Izbegavaj činiti ono za šta bi korio druge“, Tales. Vid.: [https://sr.wikipedia.org/sr-el/Zlatno\\_pravilo](https://sr.wikipedia.org/sr-el/Zlatno_pravilo), 3.4.2018.

document or certified private document that postponement is justified by specific reasons, if s/he pays the guarantee amount requested by the creditor. The above-mentioned norms contain a large number of legal standards that shall be applied by the public enforcement agent (or the court on the debtor's appeal), taking into account all the circumstances of the concrete case and balancing the opposing interests of the creditor and the debtor. In the scientific sense, the author is particularly provoked with that legal situation, whether the executive debtor applied for the annulment of the arbitral award and on this basis required the delay of the execution. In such cases, the losing party proposes stay in execution of the award of the tribunal that s/he has previously chosen. Although legally permissible, a kind of "duplicity" in the debtor's behavior needs to be explored from the perspective of the creditor's right to a trial within a reasonable time and the right to an effective execution. Moreover, the author suggests examination of debtor's proposal on delay from the standpoint of "golden moral rule", which states that one should not treat others in ways that one would not like to be treated. The author points out that when deciding on debtor's proposal, it cannot be irrelevant whether the stay of an execution is proposed in enforcement of a court judgment or in enforcement of an arbitral award, since in the later case the debtor freely chose arbitrators believing in their professional expertise and human qualities. If a prohibition of contradictory behavior is a generally accepted rule of modern law (*nemo potest venire contra factum proprium*), when assessing the conditions for delay of execution, an enforcement agent must take into account the circumstance, how the one, who seeks annulment of the arbitration award and the stay of its execution, would potentially behave if the selected tribunal has decided in his favor.

Key words: *Arbitration. – Annulment of the arbitral award. – Stay of execution. – Irreparable or hardly recoverable damage.*



Dr Igor Vuletić\*

## KAZNENO DJELO UBOJSTVA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI

*Kazneno djelo ubojstva ubraja se među tradicionalna kaznena djela koja reguliraju kazneni zakonici još od Hamurabijevog doba. Kao takvo, ono je danas prisutno u svim kaznenim zakonodavstvima civiliziranih zemalja svijeta. Ipak, među poredbenim zakonodavstvima postoje razlike u pogledu načina regulacije ovog djela, propisivanja kazne te interpretacije pojedinih obilježja u teoriji i sudskoj praksi. U posljednje vrijeme, kaznenopravna literatura općenito gledano posvećuje znatno više prostora novim pojavnim oblicima kriminaliteta te se može steći dojam da tradicionalna kaznena djela (poput ubojstva) nisu aktualna za znanstvenu obradu. Zato autor nastoji upotpuniti tu možebitnu prazninu u literaturi pa se upušta u razmatranja o ovom kaznenom djelu. U radu se prikazuje hrvatsko zakonsko uređenje ubojstva prema čl. 110 novog hrvatskog Kaznenog zakona (KZ/11) te se upućuje na relevantnu sudsku praksu. Ovo kazneno djelo u radu je analizirano kroz pojedina obilježja te je svako obilježje interpretirano u kontekstu najnovijih odluka hrvatskih sudova, koje su autoru bile dostupne u trenutku pisanja rada. Korištena je domaća i poredbena literatura, a autor zauzima i vlastite stavove o pojedinim pitanjima koja smatra važnima za tumačenje obilježja ubojstva u sudskoj praksi.*

**Ključne reči:** *Ubojstvo. – Namjera. – Nužna obrana. – Život. – Pokušaj. – Dobrovoljni odustanak. – Prekoračenje nužne obrane.*

---

\* Autor je izvanredni profesor kaznenog prava na Katedri kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, [ivuletic@pravos.hr](mailto:ivuletic@pravos.hr).

## 1. UVOD

Kazneno djelo ubojstva je temeljno kazneno djelo iz glave protiv života i tijela. Ono pripada u nadležnost županijskih sudova kao prvostupanjskih, dok je u drugom stupnju, kao i u postupku o izvanrednim pravnim lijekovima nadležan VSRH. Kaznenih postupaka za ubojstvo nema puno u hrvatskoj sudskoj praksi: prema službenim statistikama, u 2016. godini je od ukupnog broja osuđujućih pravomoćnih presuda samo 0,38% (51 presuda) izrečeno za ovo kazneno djelo.<sup>1</sup> U istoj godini je za ubojstvo optuženo 67 osoba, što predstavlja 0,42% ukupnog broja optuženih osoba u 2016.<sup>2</sup> Iz ovih podataka može se zaključiti da su ubojstva u Hrvatskoj razmjerno rijetka, ako se usporede s drugim kaznenim djelima. Ipak, s obzirom da ubojstvo po svojoj naravi predstavlja jedno od najtežih kaznenih djela te da je ujedno riječ o jednom od najstarijih poznatih delikata, ono nedvojbeno zaslužuje pozornost. Ovdje treba napomenuti još nešto. Naime, uslijed napretka društva, javili su se mnogi pojavnici oblici kriminaliteta koji u sve većoj mjeri zaokupljaju pozornost stručne i znanstvene javnosti, domaće i poredbene. Čitajući znanstvene radove, može se uočiti značajan broj naslova koji se bave problematikom kibernetskog kriminaliteta, trgovine ljudima i organima, terorizma, prijevara na štetu proračuna EU, a u posljednje vrijeme i utjecaja autonomne inteligencije na tradicionalno kazneno pravo.<sup>3</sup> Uslijed takvog razvoja (koji je logičan), autor ovog teksta stječe dojam da su pomalo zaboravljena tradicionalna kaznena djela. Zato se ovim radom želi ukazati na klasične kaznenopravne institute u njihovoj svakodnevnoj primjeni u suvremenom dobu na primjeru najklasičnijeg kaznenog djela koje postoji – kaznenog djela ubojstva.

Prema nekim kriminološkim istraživanjima, počinitelj ubojstva je najčešće muška osoba u dobi između 25 i 60 godina starosti, neo-

1 Statistička izvješća za 2016. godinu, Zagreb, 2017, 124.

2 *Ibid.*, 66.

3 Navedene teme u pravilu su sastavni dio vodećih njemačkih udžbenika iz područja kaznenog i europskog kaznenog prava, a o njima se raspravlja i u kontekstu međunarodnog kaznenog prava. Usp. npr. U. Sieber, F.-H. Brüner, H. Satzger, B. Von Heintschel-Heinegg (ed.), *Europäisches Strafrecht*, Nomos C. H. Beck, Baden-Baden 2011, 281–489; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 201–352.

ženjen i primarni delinkvent (a ako je u pitanju recidivist, tada se u pravilu radi o ranijim osudama za druga kaznena djela).<sup>4</sup> Isto tako, neki kriminolozi ističu da se oko 70% ubojstava na globalnoj razini u pravilu događa između osoba koje su se od prije poznavale.<sup>5</sup> U nastavku teksta, biti će analizirana obilježja kaznenog djela ubojstva te ostala pitanja koja su kaznenopravno relevantna (odgovornost za pokušaj, sudioništvo, sankcioniranje). Pritom će izlaganja biti popraćena odgovarajućim primjerima iz novije hrvatske sudske prakse. U istraživanju su korištene isključivo pravomoćne presude, pri čemu je važno napomenuti da dio tih presuda do sada nije bila komentiran u hrvatskoj kaznenopravnoj literaturi. Također, kako bi se omogućio bolji uvid u stanje prakse, najvažniji dijelovi obrazloženja promatranih odluka bit će preneseni u izvornom obliku.

Cilj ovog istraživanja je ponuditi jasan i jezgrovit pregled stanja u hrvatskom zakonodavstvu i sudskoj praksi po pitanju kaznenog djela ubojstva. Daljnja izlaganja zasnivat će se na tekstu „novog“ hrvatskog Kaznenog zakona (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17, dalje: KZ/11), dok će se raniji Kazneni zakon (KZ/97) spominjati na mjestima gdje to bude svrhovito.

## 2. BIĆE UBOJSTVA PREMA HRVATSKOM KZ-U

Prema zakonskom opisu iz čl. 110 KZ/11, ubojstvo čini onaj tko ubije drugoga. Propisana je kazna od najmanje pet godina, pa se primjenjuje opći maksimum kazne (običnog) zatvora od dvadeset godina. Time je nova odredba stroža od starog čl. 90 iz KZ/97, prema kojem je maksimum za ubojstvo iznosio petnaest godina zatvora. Sukladno načelu zakonitosti, na situacije u kojima dolazi u obzir primjena obaju propisa, trebat će primijeniti KZ/97 kao blaži. Inače, posljednji statistički podaci pokazuju da hrvatski sudovi kod osuda za ubojstvo najčešće izriču kaznu u rasponu od tri do pet ili od deset do petnaest godina

4 D. Derenčinović, A. M. Getoš, *Uvod u kriminologiju s osnovama kaznenog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2008, 52.

5 Ž. Horvatić, *Osnove kriminologije*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1998, 79; za novija istraživanja u kontekstu hrvatskog prava v. npr. M. Kondor-Langer, „Obiteljska ubojstva: ranije delinkventno ponašanje i tijek kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 1/2015, 153–183.

zatvora.<sup>6</sup> Treba još napomenuti da je, sukladno pravilu o granicama ublažavanja kazne (čl. 49 u svezi s čl. 48 st. 1–3 KZ/11) kaznu za ubojstvo moguće ublažiti do najmanje jedne godine (situacija iz čl. 48 st. 3, kada se državni odvjetnik o tome sporazumio s okrivljenikom), iz čega proizlazi da će iznimno biti moguće izreći i uvjetnu osudu kod ubojstva (uvjetna osuda je u hrvatskom pravu moguća kod izrečene kazne do godine dana zatvora). Iz službenih statistika, vidljivo je da su hrvatski sudovi izrekli uvjetnu osudu kod ubojstva u 2016. godini u osam slučajeva.<sup>7</sup>

Počinitelj ubojstva je u zakonu označen s „tko“, što znači da dolazi u obzir svaka kazneno odgovorna osoba (*delictum communium*). Iznimka će postojati samo kod ubojstva nečinjenjem, koje može počiniti samo tzv. garant (v. kasnije). Iz opisane definicije ubojstva proizlaze tri obilježja koja tvore biće ovog kaznenog djela i koja će državni odvjetnik morati dokazati u kaznenom postupku: radnja (činjenje ili nečinjenje) ubijanja, smrtna posljedica i postojanje uzročne veze između radnje i posljedice.

Radnja je opisana kao *ubijanje* druge osobe. Tim je terminom zamijenjen raniji termin *usmrćenje* iz KZ/97 jer se držalo da snažnije izražava pravi sadržaj ovog kaznenog djela.<sup>8</sup> U pravilu će se raditi o aktivnoj radnji, koja može biti poduzeta na različite načine, bez korištenja ili uz korištenje odgovarajućeg oruđa ili oružja. Iznimno, ubojstvo se može počiniti i nečinjenjem (npr. nehranjenjem, nedavanjem lijekova i sl.). Tada će biti potrebno dokazati da je počinitelj osoba koja je bila pravno obvezna spriječiti nastup posljedice (tzv. garant), što podrazumijeva i dokazivanje postojanja neke od garantnih dužnosti.<sup>9</sup> To znači da će ubojstvo nečinjenjem najčešće biti moguće između osoba koje se otprije poznaju ali to ne mora uvijek biti slučaj.

Ubojstvo se može javiti i kao višeaktno kazneno djelo, onda kada počinitelj posljedicu uzrokuje s više pojedinačnih neposredno vremenski i prostorno povezanih radnji. Bez obzira na broj takvih radnji, radit će se o jednom kaznenom djelu ubojstva. Ipak, sam način počinjenja

---

6 Statistička izvješća za 2016. godinu, Zagreb, 2017, 124.

7 *Ibid.*

8 K. Turković i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2013, 163.

9 Za podjelu garantnih dužnosti u suvremenoj teoriji kaznenog prava v npr. P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Osijek, Osijek 2016, 129–131.

kroz više radnji je pravno relevantan, jer svjedoči o povećanoj zločinačkoj volji pa indicira viši stupanj krivnje koji treba tretirati kao otegotnu okolnost pri odmjeravanju kazne. Hrvatski sudovi vode računa o načinu počinjenja ubojstva i u pravilu naglašavaju povećanu kriminalnu količinu koju u sebi nosi višeaktno počinjenje ovog kaznenog djela. Za ilustraciju može poslužiti primjer iz novije prakse, u kojem je optuženik proglašen krivim za ubojstvo, a kao otegotno mu je uzeto to što je „građevinskom polugom tzv. pajserom ... najmanje četiri puta snažno udario u predjelu glave, nanijevši joj time pored tjelesne ozljede i višestruki prijelom svoda i baze lubanje... od kojih ozljeda je žrtva umrla, dakle, drugog ubio.“ (Županijski sud u Bjelovaru, br. K-20/14; VSRH, br. I Kž-216/15–8).

Posljedica kod ubojstva je smrt druge osobe. Iako se na prvi pogled ovo obilježje može učiniti kao nesporno, ipak su zbog različitih tumačenja u praksi moguće nejasnoće. Zato je važno precizno odrediti kada počinje i kada prestaje ljudski život. U suvremenom kaznenom pravu je danas vladajuće shvaćanje da život počinje početkom trudova kod poroda prirodnim putem, odnosno odvajanjem ploda od majčine utrobe kod carskog reza.<sup>10</sup> U oba slučaju, dijete mora biti rođeno živo da bi moglo biti žrtvom kaznenog djela ubojstva.<sup>11</sup> Što se tiče prestanka života, valja napomenuti da je u medicini poznato više vrsta smrti. U kaznenopravnom se smislu kao relevantna uzima tzv. moždana ili cerebralna smrt, što znači da njenim nastupom više nije moguće počiniti ubojstvo.<sup>12</sup>

Između radnje i posljedice mora postojati uzročna veza. Ponekad to može biti sporno, ako su se između djelovanja počinitelja i nastupa posljedice ispriječili neki drugi uzroci (npr. doprinos same žrtve koja je

- 10 Usp. npr. P. Novoselec u P. Novoselec (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2007, 3–4; D. Derenčinović u D. Derenčinović (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2013, 48–49; A. Eser u A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, §§ 211 ff., rubni broj 13; itd. Suprotno stajalište, prema kojem život započinje već od trenutka začeca zastupa npr. Z. Šeparović, „Pravo na život: mjesto prava na život u klasifikaciji prava i sloboda čovjeka prema posljedicama njihova kršenja“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 1/1997, 6.
- 11 Tako npr. i P. Novoselec, *op. cit.*, 3–4. Stajalište da dijete mora biti rođeno živo je vladajuće i u građanskom pravu. Usp. npr. Vedriš/Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2014, 34–35.
- 12 D. Derenčinović u D. Derenčinović (ur.), *op. cit.*, 48.

vozila u bolnicu pa nastradala u prometnoj nesreći, doprinos trećih koji su pospješili nastup posljedice kao npr pogrešno liječenje od strane liječnika ili doprinos nekih vanjskih okolnosti). Tada je potrebno utvrditi je li došlo do prekida uzročnosti ili se radnja počinitelja i dalje može smatrati suuzrokom. Ako je došlo do prekida uzročnosti, tada se počinitelja može osuditi samo za pokušaj ubojstva. U pravilu će za takvo utvrđenje biti potrebno odgovarajuće vještačenje, a teret dokaza u pogledu prekida uzročnosti biti će na optuženom. Problematiziranje uzročnosti kod ubojstva nije rijetko u hrvatskoj sudskoj praksi, što se može vidjeti iz sljedećih dvaju primjera. U prvom primjeru, optuženik je osuđen radi pokušaja ubojstva. Prema činjeničnom stanju iz pravomoćne presude, on je „kuhinjskim nožem ubo oštećenika u predjelu lijeve prednje strane prsišta i u predjelu desne strane leđa uz kralježnicu, čime mu je zadao ozljedu plućnog krila, što je prouzročilo obilno krvarenje (teška i po život opasna ozljeda). Život je spašen hitnom liječničkom intervencijom ali je oštećenik (star 80 godina) umro tijekom bolničkog liječenja uslijed urinarnih i probavnih komplikacija te rapidnog duševnog i tjelesnog propadanja. Vještak je zaključio da je ozljeđivanje bilo okidač za razvoj simptoma koji su doveli do smrti. Slijedom navedenog, sud je zaključio da između ozljeđivanja i smrtnog ishoda postoji uzročno-posljedična veza te ga osudio za ubojstvo...“ (VSRH, I Kž 204/16).

U drugom primjeru, radilo se također o osudi za pokušaj ubojstva. Dvojbeno je bilo je li optuženikova radnja bila uzrok smrti oštećenice. Prema utvrđenom činjeničnom stanju, utvrđen je prekid uzročnosti. U obrazloženju presude, sud je među ostalim istakao da je „optuženik u oštećenicu, koja je bila obješena i bez svijesti, ispalio 14 hitaca iz pištolja i time joj nanio više teških i po život opasnih ozljeda. Vještačenjem je utvrđeno da je smrt nastupila zbog ugušenja vješanjem te da bi oštećena svakako umrla, bez obzira na poduzete radnje od strane optuženika. Sud ga je osudio samo za pokušaj ubojstva“ (VSRH, I Kž-592/98).<sup>13</sup>

### 3. KRIVNJA

Da bi bio proglašen krivim za ubojstvo, počinitelju moraju biti dokazane sve sastavnice krivnje. To znači da mora biti ubrojiv, postupati s namjerom, biti svjestan protupravnosti (odnosno biti dužan ima-

---

13 Ovaj predmet komentira D. Derenčinović, *op. cit.*, 51.

ti tu svijest ukoliko nije bio svjestan) te da ne smiju postojati ispričavajući razlozi. Prema jednom istraživanju provedenom u Hrvatskoj za razdoblje od 2004. do 2013. godine, na uzorku od 323 muške osobe koje su ostvarile protupravno djelo u stanju neubrojivosti i bile prisilno hospitalizirane, njih 48% počinilo je ubojstvo ili ubojstvo u pokušaju.<sup>14</sup> Iz tog proizlazi da obrana neubrojivošću kod kaznenog djela ubojstva u praksi ipak igra značajniju ulogu.

Ubojstvo je moguće počiniti samo s namjerom. Teret dokazivanja namjere je na državnom odvjetniku. Ukoliko nije moguće dokazati postojanje namjere, a moguće je dokazati postojanje nehaja, tada će biti nužno prekvalificirati optužbu na blaže kazneno djelo prouzročenja smrti iz nehaja iz čl. 113 KZ/11. Namjera može biti izravna (I i II stupnja) te neizravna. Ovdje treba napomenuti da je KZ/11 izričito definirao i razgraničio izravnu namjeru I i II stupnja, što nije bio slučaj u ranijem zakonodavstvu, kada je zakon propisivao samo izravnu namjeru I stupnja (uz, naravno, neizravnu namjeru). U presudi je stoga potrebno opisati s kojim oblikom namjere postupa počinitelj. Pritom treba imati na umu da viši stupanj namjere indicira i viši stupanj krivnje te se ima tretirati kao otegotna okolnost pri odmjeravanju kazne. Jednako tako, niži stupanj namjere može biti olakotna okolnost. Izravna namjera I. stupnja postoji kad je počinitelj svjestan da može počiniti djelo i ide za tim, II stupnja postoji kad sigurno zna da će doći do posljedice ako poduzme namjeravanu radnju, a neizravna namjera postoji kad je počinitelj svjestan mogućnosti nastupa smrtno posljedice pa pristaje na tu mogućnost. U svezi s izravnom namjerom II stupnja valja napomenuti da je ubojstvo s tim oblikom krivnje tipično za slučajeve tzv. kolateralnih žrtava koje stradavaju prilikom eksplozija i sl. Sukladno tome, ono će se u praksi uvijek javiti u stjecaju s ubojstvom ili pokušajem ubojstva s izravnom namjerom I stupnja. O postojanju odgovarajućeg oblika krivnje sud će zaključiti na osnovu svih okolnosti slučaja, a posebno odnosa snaga počinitelja i žrtve, korištenih sredstava napada te dijelova tijela zahvaćenih počiniteljevim napadom. Također, sud treba cijeliti i motive napada, ukoliko oni ne predstavljaju kvalifikatornu okolnost. Sljedeći primjeri ilustriraju način na koji hrvatski sudovi obrazlažu postojanje neizravne namjere. U prvom primjeru, radilo se o pokušaju ubojstva vatrenim oružjem. U pogledu obrazloženja odluke o obliku krivnje, sud je naveo kao odlučno to što je „optuženik kritične zgrade sa udaljenost od 5–6 metara iz pištolja

14 I. Treursić, T. Žarković-Palijan, D. Kovačević, A. Tremac, „Obilježja kaznenih djela kod neubrojivih počinitelja“, *Policija i sigurnost* 1/2015, 48–64.

kalibra 7,65 mm kojega je držao bez odobrenja ispalio jedan hitac pored nogu A. D. i D. F. i jedan hitac u lijevu natkoljenicu A. D. pristajući da ga time usmrti ... Sve je te radnje optuženika sud prvog stupnja ispravno kvalificirao kao počinjenje jednog kaznenog djela ubojstva u pokušaju iz čl. 110 u vezi čl. 34 KZ/11 počinjenog s neizravnom namjerom na štetu ošt. A. D... Prvostupanjski je sud u pogledu oblika krivnje u odnosu na kazneno djelo ubojstva u pokušaju A. D. pravilno zaključio da činjenica da optuženik s tako male udaljenosti od svega 5–6 metara ispalio samo dva hica od kojih je samo jednim ciljao u nogu D., iako je objektivno bio u mogućnosti tako podobnim sredstvom kao što je pištolj pogoditi ga u vitalne organe kao što su glava ili grudni koš, te je mogao nastavio pucati u njega nakon što je ovaj pao, ali nije, bez dvojbe ukazuju da je kritične zgrade optuženik manifestirao svoj pristanak da usmrti D. i da se stoga ne radi o izravnoj već o neizravnoj namjeri kao obliku krivnje“ (VSRH, br. I Kž 274/14–4).

U drugom primjeru, sud je osudio optuženika za pokušaj ubojstva s neizravnom namjerom, pri čemu je ključnim cijenio uporabljeno sredstvo počinjenja te dio tijela u koji je ciljao optuženik. Tako je sud utvrdio da je „na temelju svih okolnosti optuženikovog dokazanog postupanja – zadavanja oštećenom nožem dužine oštrice 8 cm dva uboda, i to u prsni koš lijevo te u leđa ispod desne lopatice, dakle, u dio tijela u kojem su smješteni vitalni organi, sredstvom nesporno pogodnim za zadavanje smrtonosnih ozljeda – nedvojbeno da je optuženi postupao želeći smrt oštećenika, dakle, da je, svjestan obilježja kaznenog djela, htio njihovo ostvarenje, odnosno da je postupao s izravnom namjerom“ (VSRH, br. I Kž 379/14–4).

Sljedeći primjer pokazuje kako ponekad nije lako razgraničiti izravnu od neizravne namjere. Prvostupanjski sud je, prema mišljenju Vrhovnog suda, pogrešno prosudio oblik krivnje jer je svoju odluku utemeljio na postupanju optuženika nakon što je pokušaj ubojstva već bio izvršen (kada se optuženik angažirao na spašavanju oštećenika), dok krivnju uvijek treba procjenjivati *tempore criminis*. Iz obrazloženja odluke Vrhovnog suda treba izdvojiti sljedeće: „U situaciji kada počinitelj koristi nož, sječiva duljine 20 cm, ubadajući oštećenika u dva navrata u trbuh i područje rebara, gdje se, kako to navodi i prvostupanjski sud, nalaze vitalni organi, pri čemu mu jednom nanosi po život opasnu ozljedu, za sada nije moguće prihvatiti zaključak prvostupanjskog suda o



postojanju neizravne namjere, i to neovisno o nepostojanju nekog značajnijeg motiva i optuženikovom ponašanju nakon počinjenja kaznenog djela... Pomoć koju je optuženik pružio oštećeniku nakon sukoba nije sama po sebi postupak koji jednoznačno upućuje na oblik krivnje prilikom izvršenja kaznenog djela. Vrhovni sud Republike Hrvatske nalazi da prvostupanjski sud pristajanje na posljedicu optuženika pogrešno procjenjuje kroz emocionalni pristup počinitelja kaznenog djela prema posljedici (i to nakon zadavanja ozljeda), umjesto da ocijeni cjelokupnu kriminalnu situaciju na racionalnom planu. Naime, počinitelj kaznenog djela koji je sposoban racionalno ocijeniti izvjesnost nastupa posljedice kaznenog djela ostvaruje biće kaznenog djela kao sigurno, a to predstavlja sastavnicu izravne namjere“ (VSRH, br. I Kž 65/14–6).

Naposljetku, iz četvrtog primjera se može vidjeti pravilan način utvrđivanja neizravne namjere kod supočiniteljstva u ubojstvu. Ključnim treba vrednovati je li svaki od optuženika bio upoznat sa zajedničkim planom te jesu li mu bile razumno predvidljive posljedice zajedničkog djelovanja. To Vrhovni sud izražava na sljedeći način: „... iz činjeničnih utvrđenja utemeljenih na izvedenim dokazima, proizlazi da je opt. G. bio upoznat s planiranim načinom ubojstva I. P. (eksplozivnom napravom), pri čemu je bio svjestan mogućnosti stradavanja bilo koje druge osobe koja se nađe u blizini, te je očigledno unaprijed pristao na usmrćenje eksplozivnom napravom i te osobe koja bi se istovremeno s I. P. pojavila na parkiralištu, što i po ocjeni ovog trećestupanjskog suda predstavlja supočiniteljstvo u ubojstvu N. F. počinjeno s neizravnom namjerom“ (VSRH, br. III Kž 5/12–12).

Iz izlaganja o krivnji može se zaključiti kako je hrvatska sudska praksa oblikovala jasne i precizne standarde utvrđivanja i razgraničenja pojedinih oblika krivnje. Kako je već i napomenuto, utvrđivanje odgovarajućeg oblika krivnje važno je zato što služi kao putokaz prilikom odmjeravanja adekvatne kazne za počinjeno kazneno djelo. Sudovi će u budućnosti morati nastojati izgraditi još jasnije kriterije razgraničenja izravne namjere I od izravne namjere II stupnje, s obzirom da to sada zahtijeva tekst KZ/11 te da je i to razgraničenje od velike važnosti za odmjeravanje kazne.

#### 4. POKUŠAJ, DOBROVOLJNI ODUSTANAK I PROBLEMATIKA PREKORAČENJA NUŽNE OBRANE

Pokušaj je kažnjiv kod ubojstva na temelju opće odredbe o pokušaju, što proizlazi iz propisane kazne (čl. 34 st. 1 KZ/11). Statistike pokazuju da većina ubojstava u Hrvatskoj ostaje u pokušaju. Tako je u 2016. godini, od 51 pravomoćne presude za kazneno djelo ubojstva, čak 36 (70,58%) izrečeno za pokušaj.<sup>15</sup> U pogledu razgraničenja pokušaja od pripremnih radnji (koje su kod ubojstva nekažnjive), primjenjuje se opće učenje o toj problematici koje kaže da počinitelj za početak pokušaja mora učiniti tzv. bitan korak u ostvarenju djela. To znači da će se pokušajem tretirati, ne samo radnje kojima se ostvaruje biće ubojstva, nego i one pripremljene radnje koje su tako usko povezane s ostvarenjem bića da počinitelj više ne mora učiniti bitnih koraka da bi do ostvarenja bića zaista i došlo.<sup>16</sup> Tu, međutim, treba uvijek imati na umu čitavo zbivanje kao jedinstvenu vremenski-prostorno povezanu cjelinu, što nije uvijek jednostavno. Tako sudovi ponekad pokazuju sklonost tome da jedno prirodno jedinstveno zbivanje umjetno „cjepkaju“ na više pojedinačnih zbivanja, što nije intencija zakonodavca. Rečeno najbolje ilustrira sljedeće tumačenje Vrhovnog suda, kojom je optuženika za pokušaj ubojstva oslobodio kaznene odgovornosti uz obrazloženje da se radi tek o nekažnjivoj pripremljenoj radnji: „...nesporno je da je optuženik pokušao ubaciti spremnik u pušku, u čemu nije uspio zbog postupanja oštećenika. Ta se pak radnja ne može smatrati početkom izvršenja teškog ubojstva. Da bi puška bila spremna za djelovanje, prema nalažu i mišljenju balističkog vještaka, potrebno je, nakon što je spremnik ispravno postavljen na svoje mjesto, ručicu zatvarača potegnuti u zadnji položaj, a kada ona snagom opruge bude vraćena u prednji položaj, zatvarač ubacuje streljivo u cijev i nakon toga je potrebno pritisnuti okidač i izvršiti ispaljivanje... S obzirom na to da je između poduzete radnje (ubacivanje spremnika sa streljivom) i ostvarivanja kaznenog djela bilo potrebno poduzeti još neke radnje koje optuženik nije poduzeo, nedostaje neposredna objektivna veza između tih faza zbivanja, pa bi se poduzeta radnja mogla tretirati samo kao pripremljena radnja“ (VSRH, br. Kžm 39/04). Ovdje treba napomenuti kako je citirana odluka naišla na

---

15 Statistička izvješća za 2016. godinu, Zagreb, 2017, 154.

16 Usp. P. Novoselec (2016), *op. cit.*, 283.

značajne kritike u hrvatskoj literaturi. *Novoselec* smatra da je VSRH ovdje „artificijelno podijelio čin pucanja iz puške na veći broj međuradnji“, a da je pritom izgubio iz vida njihovu međusobnu vremensku i prostornu povezanost te da iz ovakve odluke nije jasno kada bi pokušaj uopće započeo. S njegovim se stajalištem treba složiti.<sup>17</sup>

Kod ubojstva nečinjenjem može biti sporan trenutak kada je počinitelj započeo s pokušajem (je li to od trenutka kada je npr. prvi put propustio nahraniti žrtvu ili od nekog kasnijeg trenutka). U odgovoru na to pitanje treba se rukovoditi kriterijem drži li počinitelj zbivanje još uvijek pod svojom kontrolom. Ako drži, tada će se raditi o pripremljenoj radnji onoliko dugo dok poduzimanjem konkretne radnje može ispraviti propust. Naprotiv, ako zbivanje više nije pod njegovim nadzorom, to znači da je započeo pokušaj.<sup>18</sup> Primjerice, majka je ušla u stadij pokušaja ubojstva nečinjenjem u trenutku kad je otišla iz stana i ostavila malo dijete samo i bez nadzora.<sup>19</sup>

Kod pokušaja je moguće blaže kažnjavanje. Hoće li sud tu mogućnost iskoristiti, ovisit će o svim okolnostima konkretnog slučaja. Kod pokušaja nečinjenjem, mogućnost ublažavanja kazne postoji po dvije osnove (na temelju pokušaja i na temelju nečinjenja) pa je tim vjerojatnije da će u takvim slučajevima sud posegnuti za tom mogućnošću.

Kod ubojstva će se u praksi susresti i slučajevi u kojima se optuženik u svojoj obrani poziva na dobrovoljni odustanak od pokušaja (čl. 35 KZ/11). Ukoliko se utvrdi postojanje dobrovoljnog odustanka, tada će sud donijeti osuđujuću presudu ali počinitelja može osloboditi kazne. To znači i da kaznu može neograničeno ublažiti (*argumentum a maiore ad minus*). Iz toga proizlazi da ovakva obrana, ukoliko bude uspješna, može polučiti značajne pravne učinke. Zato će odustanku biti posvećeno nešto više pozornosti.

U slučajevima ubojstva moguć je i odustanak od nedovršenog pokušaja (npr. kada počinitelj počne daviti žrtvu pa ju pusti) i odustanak od dovršenog pokušaja (npr. kada upuca žrtvu pa joj potom pruži pomoć). O vrsti pokušaja će zavisiti i radnja odustajanja koja je po-

17 Usp. P. Novoselec, „Razgraničenje pripremljenih radnji i pokušaja kod ubojstva vatrenim oružjem (sudska praksa)“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 1/2008, 441 i 442.

18 P. Novoselec (2016), *op. cit.*, 287.

19 *Ibid.*

trebna da bi se priznali učinci dobrovoljnog odustanka. Kod dovršenog pokušaja će se tražiti strože pretpostavke jer će počinitelj morati poduzeti aktivnu radnju spašavanja žrtve, dok će kod nedovršenog pokušaja biti dovoljan prestanak daljnje kriminalne aktivnosti. Rečeno se može ilustrirati sljedećim primjerom iz prakse Vrhovnog suda: „Počinitelj je, postupajući s izravnom namjerom na ubojstvo, zamahnuo nožem prema oštećeniku i zadao mu ubodnu ranu od 15 milimetara u području trbuha. Nakon toga se udaljio s mjesta događaja. U obrani se pozvao na dragovoljni odustanak od nedovršenog pokušaja ubojstva, tvrdeći da je mogao poduzeti i daljnje radnje kojima bi usmratio oštećenika, ali to nije učinio. Prvostupanjski sud je utvrdio da je nož prošao kroz odjeću oštećenika i pri tome okrznuo naočale koje su se nalazile u džepu sakoa što je, zajedno s oštećenikovim savijanjem tijela unazad znatno ublažilo snagu udarca. Iz toga je izveo zaključak da je djelo ostalo u pokušaju samo stjecajem okolnosti te je otklonio dragovoljni odustanak. Tu je odluku potvrdio i drugostupanjski sud, navodeći da se ne radi o nedovršenom nego o dovršenom pokušaju zato što je počinitelj ubo oštećenika smrtonosnim sredstvom u dio tijela gdje su smješteni vitalni organi. O nedovršenom bi se pokušaju radilo onda kada bi se, primjerice, „optuženik zaletio prema oštećeniku s nožem u ruci pa potom odustao od nakane da ga ubode iako je to mogao učiniti“ (Županijski sud u Puli K-48/98; VSRH I Kž-463/1999).

Također je moguć i tzv. *nekauzalni* odustanak, koji će postojati kad je posljedicu spriječio netko drugi ili sama žrtva ali je počinitelj uložio ozbiljan napor za sprječavanjem posljedice (čl. 35 st. 2 KZ/11).<sup>20</sup> Potonja će situacija postojati npr. ako je počinitelj ubo žrtvu nožem i pobjegao ali je potom pozvao hitnu pomoć, ne netko drugi je u međuvremenu pronašao žrtvu i povezao je u bolnicu. U hrvatskoj praksi je zabilježen predmet koji bi se (da se danas sudi) mogao podvesti pod odredbu o nekauzalnom odustanku. Radilo se o optuženiku koji je izvršio ubojstvo u pokušaju na način da je ubo bivšu djevojku nožem oštrice 7 cm u ruku i vrat te joj time nanijeo ozljede koje su je dovele u stanje životne ugroženosti. Njena prijateljica, koja se u trenutku ubadanja nalazila pored njih, brzo je reagirala te mu je „zapovijedila“ da joj pomogne prevesti oštećenu u bolnicu. On je to i učinio, sjedeći

---

20 Ova odredba preuzeta je iz njemačkog KZ-a, čiji § 16 st. 2 sadrži mogućnost nekauzalnog odustajanja. Odredba je uvedena u hrvatsko kazneno pravo donošenjem KZ/11.

na stražnjem sjedalu s oštećenom i držeći joj majicu na rani kako bi usporio krvarenje, dok je prijateljica vozila te je brzom vožnjom uspjela u vrlo kratkom roku doći do bolnice pa su liječnici spasili život oštećenoj. Odlučujući o odustanku, sud je istakao sljedeće: „...sudski vještak je utvrdio da je doprinos optuženika bio koristan, ali ne i bitan jer je za hermetičko zatvaranje rane bio potreban poseban zavoj koji ne propušta zrak, a majica nije mogla postići taj učinak“ (Županijski sud u Puli K-59/03; VSRH I Kž 972/04). Odlučujući prema odredbama KZ/97, prvostupanjski sud je priznao postojanje dobrovoljnog odustanka. Međutim, Vrhovni sud Republike Hrvatske je preinačio takvu odluku ali se pritom nije upustio u daljnje problematiziranje objektivnog doprinosa u sprječavanju posljedice.<sup>21</sup>

Treba još napomenuti da se uvođenjem mogućnosti nekauzalnog odustajanja značajno proširuje mogućnost dobrovoljnog odustanka. Zato je nedvojbeno da je nova odredba povoljnija za počinitelja od odredbe o odustanku iz KZ/97. Zato smo mišljenja da ju treba retroaktivno primijeniti na one slučajeve koji su se dogodili u vrijeme važenja starog zakona, a još nisu pravomoćno okončani u trenutku stupanja na snagu novog zakona.

Za sve oblike odustanka je važno da budu *dobrovoljni*, što znači da moraju biti neovisni od vanjskih faktora. Drugim riječima, odustanak uvijek mora biti rezultat autonomne volje počinitelja. KZ/11 je promijenio naziv ovog instituta iz *dragovoljni* u *dobrovoljni*, što je promjena koju valja odobriti. Naime, *dragovoljnost* podrazumijeva postupanje drage volje, s veseljem, a *dobrovoljnost* znači djelovanje na temelju slobodne odluke, bez prisile.<sup>22</sup> Za odustanak je važno da je dobrovoljan, ne i dragovoljan. U hrvatskoj literaturi se dobrovoljnost uglavnom razmatra u kontekstu tzv. *Frankove formule* o dobrovoljnosti, prema kojoj je odustanak dobrovoljan ako počinitelj sebi kaže „*moгу dovršiti djelo kako sam ga zamislio ali neću*“.<sup>23</sup> Na ovom mjestu

21 Za prikaz i komentar ovog slučaja v. C. Roxin, „Dragovoljni odustanak od dovršenog pokušaja usprkos znatno smanjenoj ubrojivosti i samo neznatnom doprinosu otklanjanja posljedice“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 1/2008, 3–7.

22 *Dobrovoljan* – koji se vrši po svojoj volji, slobodnom odlukom, bez prisile; *dragovoljno* – s veseljem što prihvatiti ili se upustiti u što, rado, drage volje. Usp. V. Anić, *Rječnik hrvatskog jezika*, Novi liber, Zagreb 1991, 114 i 124.

23 P. Novoselec (2016), *op. cit.*, 299.

ipak predložimo nešto jasniju i potpuniju teoriju o razboritosti zločinca (njem. *die Lehre von der sog. Verbrechervernunft*), koju je razvio njemački profesor Claus Roxin. Prema tom učenju, odustanak je dragovoljan ako počinitelj svojim odustankom postupa protivno *pravilima „zločinačke struke“*. Razboritost odustajanja ima se cijeliti s obzirom na prvobitni počiniteljev plan. To konkretno znači da počinitelj, koji odustaje jer je otkriven i prijeti mu skoro uhićenje, postupa razborito prema pravilima zločinačkog zanata. Razboriti postupak podrazumijeva način postupanja na koji bi postupio svaki (prosječni) razboriti počinitelj. Takav odustanak očigledno ne predstavlja povratak na put prava i ne opravdava bilo kakve privilegije. Stoga je on nedragovoljan. S druge strane, ako počinitelja odjednom, bez posebnog razloga, obuzme strah ili kajanje te on odustane zbog tih razloga, ponaša se protivno pravilima svoje „struke“ jer razboriti počinitelj ne odustaje bez valjanog razloga.<sup>24</sup> U hrvatskoj sudskoj praksi je jasno da dobrovoljnost ne mora biti moralno uvjetovana te da je ključno može li optuženik nesmetano dovršiti planiranu radnju. Kao tipičan primjer, može se navesti sljedeće obrazloženje iz novije prakse Vrhovnog suda: „...dragovoljni odustanak postoji kad je počinitelj prekinuo dragovoljno započeto počinjenje, iako je bio svjestan da je, prema svim okolnostima, radnju mogao dovršiti ili je, nakon dovršetka radnje, spriječio nastupanje posljedice kaznenog djela. Pobude zbog kojih je odustao nisu relevantne. Bitno je za dragovoljni odustanak da je počinitelj započeo ostvarivati obilježja kaznenog djela, svjestan kako inkriminiranu radnju može dovršiti te da u tome nije bio spriječen ili ometen od strane žrtve ili treće osobe pa je, unatoč tome, svojom voljom prekinuo započeto djelo, a upravo se o tome radilo u konkretnom slučaju“ (VSRH I Kž 687/09).

U predmetima ubojstava neće biti rijetkost da se optuženik u obrani poziva na prekoračenje nužne obrane uslijed jake prepasti (*astenički* afekt). Takva obrana dobila je na težini stupanjem na snagu KZ711 koji je za nju predvidio učinak tzv. ispričavajućeg razloga, koji dovodi do krivnje i oslobađajuće presude (čl. 21 st. 4 KZ/11). Za utvrđivanje postojanja ispričive jake prepasti bit će potrebno provesti psihijatrijsko vještačenje. Ukoliko se utvrdi takvo stanje, treba napomenuti da je pravo oštećenika na nužnu obranu i dalje očuvano. Moguće su i situacije u kojima je prisutan i afekt jake prepasti i afekt jake razdraženosti (*ste-*

---

24 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C. H. Beck, München 2003, § 30, rub. br. 383–386.

*nički* afekt). Tada će se počinitelju moći priznati učinci ispričavajućeg razloga samo ako astenički afekt prevladava.<sup>25</sup> Zato je, u tom smislu, potrebno postaviti jasno pitanje sudskom vještaku. Sljedeći primjer iz najnovije prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske jasno ilustrira značajnost praktičnih učinaka opisanog prekoračenja nužne obrane kod optužbe za ubojstvo: „...prvostupanjski sud pravilno uočava općepoznatu situaciju da je na okupiranim područjima ... civilno stanovništvo bilo „predmet izživljavanja raznih paravojnih postrojbi“ te izloženo „nasilju, zlostavljanju, a često i ubojstvima“. Iz iskaza optuženika, njegove kćeri i žene jasno proizlazi da su i oni to znali, iako u njihovom mjestu takvih aktivnosti nije bilo, ali je bilo u susjednom. Svi oni tvrde da su živjeli s osjećajem nesigurnosti i straha, osobito noću. U takvom ozračju, kritične zgode se prvi puta dešava da nepoznate osobe noću dolaze do njihove kuće i nasilno pokušavaju ući u kuću, [...] uslijed čega optuženik s prozora kuće puca u jednog od njih i ubija ga. Svaki prosječan čovjek bi u takvoj situaciji i takvom ratnom ozračju osjetio strah za svoj život i život bližnjih. Iz nalaza i mišljenja psihijatrijskog vještaka proizlazi da je optuženik u vrijeme počinjenja djela upravo bio u stanju jake prepasti, a prvostupanjski sud je pravilno to povezao s opisanom situacijom, ozračjem i izravno predstojećim napadom. Ta jaka prepast kod optuženika je ovdje ispričiva jer optuženik ničim nije doprinio njenom nastanku, ona je posljedica opisane općepoznate situacije, ratnog okružja i postupanja napadača“ (VSRH, I Kž 171/15).

## 5. ZAKLJUČAK

U ovom radu obrađeno je kazneno djelo ubojstva u hrvatskom zakonodavstvu i novijoj sudskoj praksi. Izlaganja su bila ograničena samo na „obično“ ubojstvo, kao temeljno kazneno djelo iz čl. 110 KZ/11, te se nisu doticala teškog ubojstva te privilegiranih oblika ubojstava. Ta područja, prema svom opsegu i razvijenosti u domaćoj teoriji, zakonodavstvu i praksi, zahtijevaju posebnu znanstvenu razradu.

Autor je izložio sve relevantne aspekte promatranog kaznenog djela: od njegovih objektivnih obilježja (tzv. bića), preko krivnje, do posebnih problema povezanih s pokušajem, dobrovoljnim odustankom od pokušaja i prekoračenjem granica nužne obrane. Izlaganja su zasnovana na novom Kaznenom zakonu iz 2011. godine te su uzela

25 P. Novoselec (2016), *op. cit.*, 168.

u obzir nove odredbe općeg dijela, osobito one koje se tiču pojedinih oblika namjere, reguliranja ispričavajućih razloga, proširenja dometa pokušaja i mogućnosti dobrovoljnog odustanka te odredbi o ublažavanju kazne i primjeni uvjetne osude. Te su odredbe dovedene u kontekst novije dostupne sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske i postojećih doktrinarnih tumačenja.

Općenito, može se zaključiti kako su teorija i praksa tijekom godina izgradile jasne interpretativne kriterije po pitanju ovog kaznenog djela. Može se, također, primijetiti i značajan utjecaj njemačke teorije i prakse, osobito po pitanju ubojstva nečinjenjem, zatim razgraničenja neizravne namjere od ostalih oblika krivnje i tumačenju pokušaja i dobrovoljnog odustanka od pokušaja (što ne čudi ako se uzme u obzir da njemačko i švicarsko pravo tradicionalno imaju velik utjecaj na hrvatsko kazneno materijalno pravo). Još uvijek ostaje izazov utvrđivanja jasnih kriterija i njihove primjene na praktične situacije kada je u pitanju razgraničenje izravne namjere I od izravne namjere II stupnja. Također, praksa će morati nastaviti trud u pravcu oblikovanja preciznih kriterija za primjenu instituta prekoračenja nužne obrane uslijed tzv. asteničkog efekta, koje prekoračenje prema KZ/11 predstavlja temelj za donošenje oslobađajuće presude (ispričavajući razlog koji isključuje krivnju počinitelja). Kako je opravdano za pretpostaviti da će se ovaj tip prekoračenja nužne obrane povremeno susretati kod kaznenog djela ubojstva, to je tim izraženija i potreba teorije i prakse da se posveti tom značajnom problemu. Zakonodavcu se može uputiti prigovor što je u ograničenom opsegu (u svezi s primjenom ublažavanja kazne) omogućeno izricanje uvjetne osude kod ubojstva. Kako je statistički pregled pokazao, sudovi tu mogućnost ponekad doista i koriste iako smo mišljenja da je, kod ovako teškog kaznenog djela, primjenu uvjetne osude teško kriminalnopolitički opravdati. Imajući u vidu rečeno, smatramo da je kazneno djelo ubojstva podobna tema za daljnju stručnu i znanstvenu razradu.



Igor Vuletić, PhD  
Associate Professor at the Faculty of Law,  
University J. J. Strossmayer in Osijek

## MURDER IN CROATIAN CRIMINAL CODE AND JURISPRUDENCE

### *Summary*

Crime of murder is certainly one of traditional core crimes, regulated by criminal law since ancient times. As such, crime of murder is today a part of criminal laws of every civilized country in the world. However, comparative overview still shows certain differences in both, legislative approach and case-law related to this criminal offence. Generally speaking, one gets the impression that modern criminal law literature has partially neglected murder as a relevant scientific topic, since new forms of crime (such as terrorism, human trafficking, cybercrime etc.) have arose. Therefore, the purpose of this paper is to devote attention to murder as a form of traditional crime which is still present in everyday jurisprudence and to debate important theoretical and practical issues regarding this criminal offence. Author presents Croatian model of murder according to Art. 110 of Croatian Criminal Code and points to relevant Croatian case-law. He analyses *actus reus* and *mens rea* of murder, discusses certain special issues (inchoate crimes etc.) and defends his own standpoints.

Key words: *Murder. – Intent. – Self-defence. – Life. – Attempt. – Voluntary withdrawal. – Exceeding the limits of self-defence.*



# PRILOZI



*Dr Mirza Čaušević\**

PRAVNO-POLITIČKI KARAKTER NOVOG  
USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE –  
USPJEŠNO PREVLADAVANJE  
DEJTONSKOG MIROVNOG SPORAZUMA\*\*

*Sasvim je očito, prema nazivu samog članka, da autor u kontekstu društveno-političke konstelacije analizira pretpostavke na kojima bi se mogao izgraditi novi Ustav. Shodno tome, navodi se primarni karakter oktroiranog (nametnutog) Dejtonskog mirovnog sporazuma, s ciljem prevazi-  
laženja postojećeg, a zatim boljeg ustavnopravnog normiranja budućeg Ustava Bosne i Hercegovine. Ne ulazeći u pojedina pitanja i ustavnu materiju, kako treba da bude uređena u novom Ustavu, autor navodi osnovna obilježja koja taj ustav treba da ima, pa kaže da Ustav treba da bude: novi ustav koji bi trebao da donese originalna ustanovljujuća vlast; da bude kratak ustav; da bude normativan ustav, jer samo „normativan ustav“ ima šansu da bude realan ustav i da se ostvaruje u životu; da bude demokratski ustav, jer samo takav ustav je onaj koji ograničava vlast i daje odgovornu vladu ne konstitutivnim narodima, već svim građanima Bosne i Hercegovine; posebno naglašava, da bude čvrst ustav, jer je čvrst ustav, ustav u formalnom smislu i na kraju, autor članka, naglašava da to mora da bude prvenstveno moderan ustav, a njegova osnovna tema treba da bude vlast i građanin.*

*Ključne reči: Dejtonski mirovni sporazum. – Oktroirani ustav. – Ustav. – Bosna i Hercegovina. – Demokratski ustav.*

---

\* Autor je docent na Katedri za državno i međunarodno pravo Fakulteta pravnih nauka Sveučilišta/Univerziteta „Vitez“ u Vitezu, *mirza.causevic@unvi.edu.ba*.

\*\* Članak predstavlja rezultat rada na projektu pod nazivom „Promjene Ustava Bosne i Hercegovine – između prava i politike“.

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

Prošle su dvadeset i tri godine od donošenja Mirovnog sporazuma u Dejtonu, koji je uspostavio mir i regulisao osnovne društvene odnose bosanskohercegovačkom društvu. Ostala su mnoga otvorena pitanja, kao što su: cjelovitost i kompaktnost državnog teritorija, povratak izbjeglih i raseljenih lica, pitanje zapošljavanja, religije i obrazovne diskriminacije.

Završetkom nesretnog rata, sa konca XX vijeka, u Bosni i Hercegovini je, uz asistenciju međunarodnih organizacija i vodećih svjetskih sila konstituisan ustavnopravni poredak. On je imao više faza svog nastajanja. *Prva faza* je počela donošenjem *Ustava Federacije Bosne i Hercegovine* 21. marta 1994. godine, koji je izrađen na bazi *Vašingtonskog sporazuma*. Dakako, to je bio prvi korak u transformiranju ustavnopravnog sistema *Republike Bosne i Hercegovine*, da bi *Mirovnim sporazumom* od 21. novembra 1995. godine na *Mirovnoj konferenciji* u Dejtonu došlo do konačne izrade sporazuma, koji je 14. decembra 1995. godine potpisan u Parizu. U skladu s tim, veoma je bitno napomenuti da je Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini imao više aneksa. Na osnovu toga, neophodno je napomenuti da Aneks IV sporazuma sadržava tekst *Ustava Bosne i Hercegovine*.

Ustavom je Bosna i Hercegovina konstituisana i formirana kao *država sa dva entiteta*, s tim što je jedan entitet unutar svoje strukture dobio i kantone, kao niže oblike organiziranja sistema vlasti. Dejtonskim sporazumom i Ustavom, koji je najvažniji sastavni dio tog sporazuma, Bosna i Hercegovina je konstituisana kao složena država, koja se sastoji iz „jedne Federacije i jedne Republike“. Obzirom na strukturu, ovakvu složenu državu je veoma teško i zahtjevno, da ne kažemo nemoguće ustavnopravno definisati, što donekle dovodi u pitanje njen identitet državnog poretka i režima, a u krajnjem slučaju, dovodi u pitanje legitimnost samog *Ustava*.<sup>1</sup>

Simptomatično je, da aktuelnim dejtonskim ustavom za Bosnu i Hercegovinu kaže se da će „nastaviti svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država“ i da „će ostati država članica Ujedinjenih nacija“ opredjeljena „za suverenitet, teritorijalni integritet i političku nezavisnost“, ali se ona više ne naziva „Republikom“, i njeno unutrašnje

---

1 J. B. Muftić, „Razumijevanje dejtonskog Ustava 10 godina kasnije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 4, No. 42, 2005, 67–92, 74.

uređenje je promijenjeno na način da ima dva entiteta; koji, svaki pojedinačno, imaju pravo da sklapaju međunarodne ugovore i uspostavljaju posebne odnose sa susjednim državama.<sup>2</sup>

Analizom državnog uređenja možemo konstatovati da je Bosna i Hercegovina subjekt međunarodne zajednice, da je ravnopravan član zajednice i da raspolaže potpunom spoljašnom suverenosti, koja u suštini znači nezavisnost zemlje, a njena sadržina sastoji se iz prava vođenja vanjske politike, koja je podrazumijevala pravo na sklapanje i primanje diplomatskih predstavnika (*ius legitimationis*), održavanje stalnih ili povremenih odnosa sa drugim državama; da kao subjekt međunarodne zajednice izražava svoju suverenost uspostavljanja odnosa sa drugim državama; da kao elemenat spoljašnje suverenosti zaključuje ugovore i sporazume (*ius contrahendi*) sa drugim državama i da ostvaruje različite političke, ekonomske, kulturne i druge odnose sa inostranim državama, kao i da ima pravo na „oružane snage Bosne i Hercegovine“, koje će „funkcionisati u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine“. Iz aspekta unutrašnje suverenosti došlo je do „ogromnog nesrazmjera između nadležnosti Bosne i Hercegovine i entiteta“, pa iako je Bosna i Hercegovina subjekt međunarodnog prava, njene institucije nemaju nadležnosti u pitanjima koja su isključivo povjerena entitetima. Entiteti faktički raspolažu sa efektivnom vlašću, što znači da imaju pravo zapovijedanja građanima i pravo samostalnog uređivanja organizacije teritorija zemlje, a to dalje znači, organizaciju vlasti.<sup>3</sup> Ovo se još više potencira činjenicom da entiteti „imaju pravo da uspostave posebne paralelne odnose sa susjednim državama“, bez obzira što to uspostavljanje treba da bude „u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine“.<sup>4</sup> Činjenica da entiteti imaju pravo na uspostavljanje paralelnih odnosa sa susjednim državama otvara pitanje mogućnosti da se preko tih specijalnih veza uspostavljaju različiti odnosi sa tim državama „maticama“.

2 Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, Dejtonski mirovni sporazum, Aneks IV, Ustav Bosne i Hercegovine, 1995, Dejton, [http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV\\_BOSNE\\_I\\_HERCEGOVINE\\_bos.pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf), 30. juli 2018.

3 Čl. 3 st. 2 Ustava Bosne i Hercegovine.

4 Čl. 3 st. 2 tačka a) Ustava Bosne i Hercegovine.

## 2. KARAKTER OKTROIRANOG DEJTONSKOG MIROVNOG SPORAZUMA

Kada govorimo o karakteru oktroiranog Ustava Bosne i Hercegovine, važno je naglasiti da kompleksnost državnog uređenja potencirana je notornom činjenicom da su i prije donošenja Dejtonskog ustava, postojali entiteti. Dakle, sasvim je jednostavno zaključiti da su entiteti nastali prije donošenja oktroiranog Ustava Bosne i Hercegovine. To je posebno komplikovano iz aspekta strukture zemlje i činjenice da su kao tvorevine međunarodnog ugovora, reklo bi se, trajna kategorija. Samim tim, Bosna i Hercegovine kao država i subjekt međunarodnog prava „ne može ukinuti entitete iako čine konstitutivni dio Bosne i Hercegovine“, pa se „može reći da Bosna i Hercegovina i entiteti, imaju, svako svoje priznanje i garantovanje statusa u međunarodnom pravu, pa zato i svojevrsnu ravnopravnost na toj osnovi“.<sup>5</sup> Ova politička konstelacija u kojoj se, trenutno, nalazi bosanskohercegovačko društvo, koja traje više od dvije decenije otvara pitanje pravne države, da li je federacija ili konfederacija ili pak neki drugi oblik državnog uređenja. Mnogi teoretičari, koji odriču ovom Ustavu ustavne odrednice vrlo često, nazivaju ga „ustavnom iluzijom“, „segmentiranom državom“ ili „unijom samostalnih političkih entiteta sa zajedničkom središnjom vlasti“, a najčešće se saglašavaju da je ovo državno uređenje najjednostavnije i najpreciznije odrediti kao „federaciju *sui generis*“.<sup>6</sup>

Ovaj *Ustav*, koji je oktroirani – nametnuti ustav, nije rezultat izražene opšte volje naroda Bosne i Hercegovine, već je to ustav koji je proizvod nenormalnih ratnih okolnosti. Vjerovatno da se *Ustav* i ne provodi iz ovih razloga. U tom smislu je naglašena potreba njegovog mijenjanja, i ona je permanentno prisutna u bosanskohercegovačkom društvu. Nažalost, ovaj ustav je kreirao državno uređenje, koji nema validnog uzora u ustavnopravnoj historiji. Stoga, sasvim je lahko konstatirati da se radi isključivo o semantičkom ustavu (u Levenštajnovom određenju pojma ustava) i vrlo ga je teško, i zahtjevno, u cijelosti primijeniti u životu.<sup>7</sup>

---

5 I. Festić, *Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Magistrat, Sarajevo 2004, 101.

6 O. Ibrahimagić, *Dejton = Bosna u Evropi*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca, Oko, Sarajevo 2001, 37.

7 E. Šarčević, *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, Konrad Adenauer Stiftung, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2009, 86.



Društvena kriza u kojoj se nalazi bosanskohercegovačko društvo imperativno zahtijeva reforme, i to prvenstveno političke, duhovne i moralne, a time i ustavnu reformu, koja mora biti primjerena društvenoj i političkoj stvarnosti. Bez ove druge nema promjena u društvu, ali ni u ponašanju, podrazumijevajući tu i pravo i pravno ponašanje, odnosno, primarno ustavnost i zakonitost. Reforma ustavnog sistema pretpostavlja radikalnu i potpuniju promjenu postojećeg ustavnog sistema. Toj ustavnoj promjeni treba da pridemo nakon objektivne analize problema.<sup>8</sup>

Način, postupak i materijalizacija važećeg *Ustava* govori o tome da je ustav jedna cjelina sama za sebe data i da uopšte ne korespondira sa realnom stvarnošću, ako ništa drugo barem u velikom dijelu. *Ustav* nije produkt društvene stvarnosti, već artificijelna tvorevina jedne međunarodne konferencije. On ne može da se razvija zajedno sa društvom, jer nije proizvod toga društva. Predpravno stanje i temelj ustava nije postojao kao pravno relevantna činjenica, pa se u tom smislu ne može govoriti o realnom ustavu. Ovo je *Ustav*, koji je nastao kao plod međunarodnog kompromisa i rješenje koje je po mišljenju međunarodnih tvoraca bilo adekvatno društvenoj situaciji i koje je garantovalo društvene promjene, koje će nastupiti poslije mira i donošenja *Ustava* kao i drugih dokumenata, koji su sastavni dio Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.<sup>9</sup>

S obzirom na način i postupak kako je *Ustav* donešen možemo da kažemo „da su pitanja o temelju ustava pravno irelevantna“ tj. da su *Ustav* i ustavno pravo u osnovi zatvoreni sistemi; a na drugoj strani, *Ustav* bi trebao da se razvija sa društvom, koje bi ga proizvelo. Ovakvo donešeni *Ustav* trebao bi da kanalizira političke procese i da utiče na institucije, koje su njime konstituisane. Višegodišnja praksa, koja je proizašla iz ustavnih rješenja govori nam da se *Ustav* parcijalno primjenjuje i da ne ostvaruje one projektovane ciljeve, koji su njome dati. Život ne ide proklamovanim putevima, već se ostvaruju interesi političkih snaga, koje zastupaju demokratske principe i stavove. Politički sporazumi su više izraz legitimnosti partijsko-birokratskih naciokratija, nego legitimacija demokratskih snaga. U ovom trenutku, iako po-

8 M. Pejanović, *Ogledi o državnosti i političkom razvoju Bosne i Hercegovine*, Šahinpašić Sarajevo, Sarajevo 2013, 35.

9 D. Banović, S. Gavrić, *Ustavna reforma u Bosni i Hercegovini, Politička misao – časopis za politologiju*, Vol. 47, No. 2, 2010, 159–180, 172.

stoji velika potreba i izražena želja za promjenom Ustava, partijske birokratije tu želju vide trojako.<sup>10</sup>

Dok *jedni*, insistiraju na ukidanju entiteta, neće kozmetičke ustavne promjene, hoće jeftina rješenja – jednog predsjednika, jakog premijera, jedan parlament i neće na svakom pitanju da se potežu nacionalni interesi; *drugi*, se boje majorizacije, traže treći entitet ili neko drugo rješenje na tom principu, koje bi ostvarilo njihove nacionalne interese; a *treći*, prihvataju sve ono što ne dovodi u pitanje postojanje njihovog entiteta, spremni su učiniti sve institucije na nivou države efikasnijim, prilagoditi se zahtjevima evroatlantskih integracija, ali ne žele pristati na rješenja koja bi mogla dovesti do majorizacije. Ovakva pat pozicija dovodi do toga da su nova ustavna rješenja neizvodiva i nerješiva, tim više, što međunarodna zajednica kao najvažniji uslov za ta moguća rješenja, insistira na potpunom dogovoru svih strana.<sup>11</sup>

Specifična pozicija međunarodne zajednice, odnosno OHR-a (Ured visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu), u provođenju Ustava dovela je do toga da je „eksperiment“ koji je sproveden doveo, u političkoj sferi i oblasti javnog života, do razvijenog „podaničkog mentaliteta“. Na sceni se pojavljuje mnogo političkih ljudi, koji neprekidno govore o demokratiji, ljudskim pravima, tržištu i obavezno, o sjajnim rezultatima međunarodne zajednice. U takvoj situaciji mi smo ušli u fazu gdje svi govore o ustavnoj krizi iz koje treba tražiti izlaz. Kako i na koji način obezbjediti da se ljudi slože i saglase oko ustavnih promjena, to treba da bude zajednički „intelektualni“ napor. Dakle, ovaj umni napor treba da bude rezultat konsenzusa, jer samo Ustav koji nailazi na podršku svih „politički relevantnih snaga“ je sposoban za život i trajnu opstojnost.

U Bosni i Hercegovini, kao multikulturnom, multinacionalnom i multikonfesionalnom društvu, obezbjeđenje konsenzusa u svim ovim sferama je pretpostavka demokratije.<sup>12</sup> Ona garantuje „minimum političkog jedinstva, homogenosti i solidarnosti (...) to je potrebno za formiranje političke volje po većinskom principu (...) Nema demokratije bez demosa, koji je u sebi učvršćen voljom za zajedničku državnost“.<sup>13</sup>

---

10 J. Isensee, *Država, ustav, demokratija*, Politička kultura, Biblioteka Minerva, Zagreb 2004, 155.

11 *Ibid.*

12 R. Nešković, *Nedovršena država: politički sistem Bosne i Hercegovine*, Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo 2013, 86.

13 *Ibid.*

Na ovaj način došli smo do pitanja promjene ustava, i to ustava koji treba da bude izraz ustavnog konsenzusa i ustava koji treba da obezbijedi državno jedinstvo, a da pri tome obezbijedi i legitimacijski subjektivitet: narodu – društvu i građanima.

U pravnotehničkom smislu, dva su osnovna oblika promjene ustava: *reforma ustava* i *amandmani*. *Reforma ustava* bi značila prekid sa kontinuitetom postojećeg ustava, te bi pretpostavljala utvrđivanje novih principa i institucija političkog sistema; *reforma*, kao *prvi oblik*, odgovara stabilnim društvima, dok *drugi oblik (amandmanski)* je racionalniji u društvima u kojima su društvene promjene kontinuirane.<sup>14</sup>

S obzirom na ograničenu optiku, koja se u dosadašnjim raspravama i inicijativama daje u okviru promjene Ustava, to dovodi u pitanje i samu koncepciju ustavnih promjena. Promjene koje se sugerišu, daju i predlažu, u osnovi su lišene naučnog karaktera i teorijske principijelnosti. Ovo ograničenje predmeta ustavnih promjena uslovljeno je metodom kojom se promjene pripremaju. Ove promjene su izvan objektivne analize problema i više su izraz pogađanja i „prividnog“ sporazumijevanja interesa političkih snaga. Tu nema istinskog i suštinskog sporazuma, što dovodi do odugovlačenja u pripremi promjena i sporosti u radu, što sve dovodi do toga da, na žalost, imamo „kozmetičke“ promjene.

Iskustvo nam govori da „ustav i njegovo donošenje i menjanje traži idejno-političku atmosferu u kojoj prevladuje zainteresovanost za promene, aktivni odnos prema predloženim idejama i svest da oni koji predlažu ustavne promene to čine u saglasnosti sa većinom naroda i uz podrškomisaonih grupa u društvu“.<sup>15</sup>

### 3. KARAKTERISTIKE NOVOG USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE – IZRAZ MODERNOG KONSTITUCIONALIZMA I VLADAVINE PRAVA

Ne ulazeći u to kako bi pojedina pitanja ustavne materije trebala da budu uređena u novom ustavu, taj ustav bi trebao da ima sljedeće

- 
- 14 D. Vanjek, „Federalizam i konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini: od unitarne republike do federalne države“, *Političke analize*, Vol. 5, No. 19, 2014, 14–19, 16.
- 15 N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2012, 353.

*karakteristike: nov ustav, kratak ustav, normativan ustav, demokratski ustav, čvrst ustav i moderan ustav.* Kao što navodi Tomas Pejč „vlada bez ustava je moć bez prava (...) vlada je proistekla iz ustava, formirana od strane naroda (...) ustav služi ne samo kao vlast, već i kao zakonska kontrola vlasti“.<sup>16</sup> Prema tome, „ustav je pisani akt najveće pravne snage koji reguliše osnove državnog i društvenog uređenja date zemlje“.<sup>17</sup> Iz ove sintetičke definicije ustava, koju daje Miodrag Jovičić, proizilazi da ustav utvrđuje pravila po kojima se konstituiše državna vlast. Prema tome, osnovna funkcija ustava jeste da bude kohezioni element države. Svakako, po mišljenju Perloa (*Prelot*) „kad ustanovljavajuća vlast daje zemlji, koja ga dotle nije imala, ustav, ili koja poslije njegovog donošenja, više nema isti ustav, s kojim se ustanovljavaju pravila koja nisu inicijalna, ali su dovoljno nova, pošto iz njih vode poreklo država i režim“<sup>18</sup>, i suštinski to je oridinerna ustanovljavajuća vlast. Za razliku od ovog oblika ustanovljavajuće vlasti, postoji i derivativna ustanovljavajuća vlast. Naime, to je ona vlast koja mijenja ustav prema pravilima, koja su sadržana u ustavu koji se mijenja.

*Ustav Bosne i Hercegovine* trebao bi da bude donešen na ordinerni način, tj. da ga donese Ustavotvorna skupština Bosne i Hercegovine. Postojeći *Ustav Bosne i Hercegovine* je ustav koji je donijela ustanovljavajuća vlast, koja u osnovi nema demokratsku legitimaciju, oktroisan je i donešen kao sastavni dio jednog mirovnog sporazuma.

Dakle, jedna od sljedećih karakteristika *Ustava Bosne i Hercegovine* trebala bi da bude kratkoća ustava ili, jednostavno rečeno, *kratak ustav*.

Ustavi se razlikuju prema tome „u kakvu širinu i dubinu“ idu pri likom regulisanja ustavne materije. Kent Wheare tvrdio je da „osnovno obeležje idealno najboljeg ustava treba da bude što je moguće kraće“, i da ustav treba da obuhvata „sam minimum, a da taj minimum budu pravne norme“.<sup>19</sup> Zavisno od toga kako je prevladano pitanje komparativnog značaja ustava i zakona, te pitanje primjene ustavnopravne tehnike, na dužinu ustava, u izvjesnoj mjeri, utiče i oblik državno-

---

16 T. Paine, *Prava čoveka*, Filip Višnjić – Libertas, Beograd 1987, 225–227.

17 M. Jovičić, *Ustav i ustavnost*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 28.

18 R. Marković, „Kakav treba da bude Ustav Srbije“, *Zbornik Radova „Ustavno pitanje u Srbiji“*, Vol. 4, No. 14, 2004, 9–18, 9.

19 K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University, London 1967, 33–34.

pravnog uređenja. Ustav svuda reguliše sličan krug pitanja i zavisno od toga koliko ide u dubinu i širinu, zavisi i njegova obimnost. Ako kažemo da je ustav prvenstveno pravni akt, onda mislimo da ustav prvenstveno treba da sadrži pravne norme, a nikako neke druge. Ustav prevashodno treba da se zadrži na formulisanju pravnih normi, a ne na nekim formulacijama deklarativnog karaktera. U tom slučaju, ustav treba da bude prevashodno osnovni zakon, a ne „omnibus“ zakona. Dakle, ustav treba da u sebi sadrži najvažnije, a ne sve pravne norme. Ustav kao pisani akt treba da se ograniči na pravne norme koje konstituišu najvažnije zakone. Ako bismo željeli da zaključimo kakav treba da bude novi Ustav Bosne i Hercegovine, onda bismo mogli zaključiti riječima K. C. Whearea da „osnovna karakteristika idealne forme ustava je da on treba da bude što je moguće kraći“;<sup>20</sup> što olakšava zadatak zakonodavcu da nalazi najbolje oblike i pravce akcije, a s druge strane omogućava sudovima da djeluju u opštim okvirima postavljenim ustavom, uobličujući „živo“ pravo.

Jedna od osnovnih karakteristika kratkih ustava jeste i njegova jasnoća. Pošto ustav sadrži vrlo bitne definicije i pojmove, bitno je da ti pojmovi budu izloženi na „jasan, pristupačan i lako shatljiv način“.<sup>21</sup>

„Da ustav bude živ, nije dovoljno da bude valjan u pravnom smislu; da bi bio stvaran i efektivan, njega stvarno moraju poštovati svi kojih se tiče; on mora biti integrisan u društvo (...) da upotrebimo jednostavno poređenje: ustav je odelo, koje je taman i koje se stvarno nosi“<sup>22</sup> kaže Karl Levenštajn. Dakle, to je *normativan ustav* koji ima šansu da bude realan i da se ostvaruje u životu. Ustav treba da bude oslobođen ideološki odredbi, proklamacija i deklaracija i da bude izraz „duha“ institucija i prakse. Istovremeno, značenje ovakvog ustava u formalnom smislu, počev od njegovog donosioca i načina donošenja upućuje nas i na značenje političkog poretka i političkog režima. S druge strane moglo bi se naznačiti i značenje ustava u materijalnom smislu. Ova relacija koja se događa na ravni normativnog-stvarnog i njihove podudarnosti i razmimoilaženja kod savremenih teoretičara ustavnog prava, i to kroz poimanje sintagme ustav u formalnom i sintagme ustav u ma-

20 *Ibid.*, 48.

21 M. Jovičić, *O Ustavu – teorijsko-komparativna studija*, Institut za uporedno pravo, Savremena administracija Beograd, Beograd 1977, 182.

22 R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje – Glasnik, Beograd 2013, 86.

terijalnom smislu, što dovodi do činjenice da se ti pojmovi zamjenjuju pojmovima normativni ustav i faktički ili stvarni ustav. Samo na taj način, ustav bi imao kvalitet realnosti i perspektivnosti.

Sljedeća bitna karakteristika ustava trba da bude da je taj ustav *demokratski ustav*. Demokratski ustavpodrazumijeva ograničenu i odgovornu vladu i vlast, on podrazumijeva da je „politika u granicama prava“, što na svojevrsan način govori o „racionalizaciji vlasti i države“. On otvara pitanje vladavine prava i s tim u vezi postojanje pravne države. „Vladavina prava u svom izvornom smislu pretpostavlja ustavnost, odnosno načelo da vlast mora biti strogo ograničena i svedena u relativno uske okvire da bi područje osnovnih sloboda i prava, ostalo neprikosnoveno. Kako se, međutim, uvek mora postaviti pitanje sadržine važećih zakona i legitimnih ciljeva kojim državna vlast, u okviru utvrđenih granica, može da smera, vladavina prava uvek nadilazi puku ustavnost i zakonitost“.<sup>23</sup>

Strogo ograničavanje vlasti i njeno svođenje u relativno uske okvire otvara pitanje neprikosnovenosti osnovnih sloboda i prava i legitimnih ciljeva državne vlasti. „Vladavina prava, svakako, pretpostavlja potpunu zakonitost, ali to nije dovoljno; ako je zakon dao vladi neograničenu vlast da postupa kako joj je volja, svi njeni akti bili bi zakoniti, ali sigurno ne bi bili pod vladavinom prava. Stoga je vladavina prava više od konstitucionalizma; ona zahtjeva da zakoni budu u skladu sa određenim načelima (...) Vladavina prava (*Rule of Law*) nije stoga vladavina (određenog) zakona (*rule of the law*), već vladavina onoga što zakon (*the Law*) treba da bude metappravna doktrina ili politički ideal političkog establišmenta u svakoj zemlji demokratske provinijencije“.<sup>24</sup>

Pojam vladavine prava kao vladavine zakona, ovdje se, daka-ko, ispostavlja daleko širim od pojma konstitucionalizma, ali, s druge strane, proizilazeći iz njega i čineći njegov pojmovni i realni sadržaj u materijalno pravnom smislu, on se istovremeno, kao stvarni, faktički ustav i podudara i identifikuje sa njime. Sasvim je sigurno da istu ide-

---

23 *Ibid.*

24 T. Haverić, „Ustav Bosne i Hercegovine između pravne znanosti i političke moći“, *Međunarodni znanstveni skup „Bosna i Hercegovina, europska zemlja bez Ustava – znanstveni, etički i politički izazov“*, Franjevački Institut za kulturu mira, Sarajevo, 2012, <http://franjevacki-institut.hr/sadrzaj/pdf/2014-11-14-08-28-4337-.pdf>, 2. august 2018.

ju sadrži misao Tomasa Pejna „Ustav nije akt vlasti, nego naroda koji konstituiše vlast, a vlast bez ustava je sila bez prava (...) Ustav prethodi vlasti, vlast je samo kreacija ustava“.<sup>25</sup>

Dakako, interesantno je da, konstitucionalizam imamo samo onda kada je vlast ograničena, odnosno podijeljena, jednom rječju kada postoji doktrina „odgovorne vlade“. Odgovorna vlada je ustavna vlada, i kada građani slobodno misle, odnosno slobodno glasaju. Uslov demokratske vladavine je ograničenje apsolutne vlasti, što podrazumijeva i vertikalnu i horizontalnu podjelu.

Prema mišljenju Ratka Markovića, koji se saglašava sa Mišel-Anri Fabr, „ustavna vladavina ili ustavni režim obuhvata četiri stvari. (...) Prvu, ustav treba da bude najviši zakon u državi (...) drugo, državna vlast mora biti podijeljena (...) treće, državna vlast mora biti legalna, vlast *de jure* (...) četvrto, vlast mora biti legitimna“.<sup>26</sup>

*Ustav Bosne i Hercegovine bi morao biti i čvrst ustav.*

Čvrst ustav podrazumijeva da je obezbijeđen posebnim preprekama za promjenu, koje su teže od običnih zakona. Čvrstina ustava se određuje prema težini procedure za njegovu promjenu i reviziju. Čvrsti ustav ima nadzakonsku pravnu snagu. To u sebi implicira princip, odnosno, načelo da se zakon može mijenjati samo zakonom, a ustav, samo ustavnim zakonom ili novim ustavom. O čvrstini ustava, kako to kaže Miodrag Jovičić, može se raspravljati „uzimanjem u obzir dvamomenta: jedan se vezuje za pitanje organa koji pristupa promeni ustava, a drugi, za postupak promene“.<sup>27</sup>

Ustav, po pravilu, donosi poseban organ – ustavotvorni organ, samostalno ili uz saglasnost građana tj. putem referendumu. Onog momenta kada ustavotvorni organ, oličen u ustavotvornoj skupštini doneše ustav, on prestaje da postoji.

Čvrst ustav nije samo formalno svojstvo akta koji nosi taj naziv, ono je „suštinsko svojstvo vladavine koja je ustavna“. Prema već spomenutom autoru, Mišel-Anri Fabr, suprematija čvrstog ustava, nosi tri osnovne pravne posljedice, i to: „Prvu, da su prava i slobode proglašeni ustavom nedodirljivi. Drugu, da su zakoni usvojeni u parlamentu

25 E. Šarčević, *Ustav i politika: kritika etničkih ustava i postrepublikkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini*, Mladinska knjiga, Ljubljana 1997, 44.

26 M. H. Fabre, *Principes Republicains de droit constitutionnel*, 2<sup>nd</sup> ed., L.G.D.J., Paris 1977, 13–14.

27 M. Jovičić, *op. cit.*, 75.

sankcionisani, zahvaljujući kontroli ustavnosti zakona. Treću, da parlament, koji je od ustava dobio zakonodavnu vlast, ne može tu vlast prenijeti vladi, što znači da čvrst ustav osuđuje kao nelegalnu proceduru dekret – zakona“.<sup>28</sup>

Iako bi se moglo zaključiti da čvrsti ustavi insistiraju na svojoj nepromjenjivosti, to ne znači da se u praksi to i ostvaruje. Tu imamo dvije mogućnosti u odnosu na promjenu ustava, *prvo*, da se vršenje promjene ustava da isključivo istom organu tj. novoj ustavotvornoj skupštini i *drugo*, da se ovlasti neki drugi organ, ali po posebnom postupku. Prema tome, čvrsti ustav je čvrst po proceduri iz nadležnosti organa koji ga donosi, a ne nikako po tome što se ne može nikako mijenjati, iako u praksi ima i takvih rješenja. Ustav ne treba često mijenjati, a i kada se to radi, treba biti veoma oprezan i suptilan.

Na kraju, *Ustav* Bosne i Hercegovine, treba da bude *moderan ustav*.

Predmet njegovog regulisanja treba da bude vlast i čovjek, odnosno, građanin. Iako smo se ranije saglasili sa tim da ustav treba da bude „pisani akt najviše pravne snage“ i da „reguliše osnove državnog i društvenog uređenja“, to ne znači da smo mišljenja da ustav treba da uređuje samo državnu vlast, nego, on treba „da proglašava pozitivne i negativne dužnosti države prema pojedincima i pojedinim društvenim grupama“.<sup>29</sup> Novi ustavi, pa i ovaj, treba da budu različiti od tradicionalnih ustava sa početka prošlog vijeka. Ustav ne treba da bude samo akt organizovanje države i pojedinih državnih funkcija. On treba prevashodno da bude akt sloboda i prava čovjeka i građanina. Na ovim principima treba da budu regulisana pitanja ovlaštenja vlasti i prava onih „nad kojima se vlada“.

I pod pretpostavkom da se svi postavljeni zahtjevi u odnosu na novi Ustav Bosne i Hercegovine ostvare, ne znači da ćemo imati najidealniji ustav. Ustav, i po svom obliku i sadržini, zavisi „prvo, od političkih snaga koje postoje u momentu donošenja ustava, drugo, od zdravorazumskih shvatanja o praktičnoj koristi pojedinih ustavnih rješenja, treće, od tradicionalnih obrazaca dostupnih političarima i njihovim savjetnicima, koji prate ustav“.<sup>30</sup>

---

28 R. Marković, *op. cit.*, 14.

29 D. Vanjek, *op. cit.*, 14.

30 T. C. Hartley, *The Foundations of European union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European union*, Oxford University Press, Oxford 2010, 15.



#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kao što smo već ranije rekli ostavit ćemo po strani mišljenja o tome kako bi pojedina pitanja ustavne materije trebala da budu uređena u budućem ustavu i moramo da naznačimo osnovne pravce, koje ustav kao pravni i politički akt treba da ima. Imajući u vidu da ustav ima „jedan par pravnih i jedan par nepravni svojstava“ bitno je naglasiti da ustav kao najviši opšti pravni akt treba da: definiše ljudska prava, poziciju pravne države i procedure.

U novom ustavu lepeza ljudskih prava treba da bude široko postavljena, jer ljudska prava imaju svoju predhistoriju i historiju. Ljudska prava su realno prepreka samovolji vlasti, a ustav treba da je štiti, treba da bude brana apsolutnoj i neodgovornoj vlasti, treba da bude instrument ograničenja državne vlasti. Ustavne odredbe o ljudskim pravima treba da se zasnivaju na *Povelji Ujedinjenih nacija*, koja polazi od „vjere u osnovna prava čovjeka, i dostojanstvo i vrijednost ljudske ličnosti, i ravnopravnost ljudi i žena i nacija velikih i malih“ kao i na *Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima*, koja je postala izvor međunarodnog prava, ne kao ugovorno pravo već „kao običajna pravila ili kao opšta pravna načela koja priznaju civilizirani narodi“.

Vladavina prava treba da bude shvaćena i u ustavu razrađena na način da ne znači vladavinu pozitivnog poretka kao takvog, nego „kao vladavinu pozitivnopravnog poretka određenih svojstava“. Ona treba da znači ograničenu vlast, a vlast treba da bude ograničena ustavom i zakonima i nedvosmisleno formulisana pravilima koja isključuju „koncentraciju vlasti na jednom mjestu, samovolju vlasti i zadiranje vlasti u oblasti ljudskih građanskih sloboda i prava“. Vladavina prava treba da bude formulisana u pozitivnom pravu. Ova vladavina, u novom ustavu, treba da izrazi postojanje određenih osnovnih političkih i pravnih ustanova, koja treba da budu ugrađena u ustav, ali, koje bi trebalo da postoje i u političkoj i pravnoj praksi.

Načela i institucije vladavine prava koje bi trebalo da budu ugrađena u ustav, kao pozitivno pravo, treba da sadrže određene pozitivnopravne karakteristike, koje treba da ima ustavni poredak, a to su sljedeća načela i institucije: legitimnost vlasti, podjela vlasti, nezavisno sudstvo, ustavnost i zakonitost, ustavna jemstva ljudskih i građanskih prava i sloboda privrede i privredne aktivnosti.

Da bi se ostarila ljudska prava, da bi se obezbijedilo funkcionisanje pravne države i vladavine prava potrebno je obezbijediti ustavom i

zakonima propisane procedure, koje će omogućiti funkcionisanje pravne države. Bez procedura nema vladavine prava, nema vladavine zakona i u širem smislu nema konstitucionalizma. Procedure stvaraju pretpostavke da se napravi kompromis između politike i prava unutar kojeg se pravo ne odriče političke konstitucije društva, a politika dozvoljava da bude ograničena i kontrolisana pravom. Vladavina prava u političkim odnosima daje pravnu formu, ali se, što je vrlo značajno, preko takve, pravne forme pita za političko strukturiranje državno-pravnog poretka, i to posebno za: postojanje određenih prava i sloboda, institucionalizovanje i deprofesionalizovanje vladavine, za sistem organizacije vlasti, kao glavni i institucionalizovani pravni oblik ograničenja i kontrole.

Samo ovako sačinjen novi Ustav Bosne i Hercegovine ima šansu da istinski bude nov i da bude u funkciji: države i društva, a i samih građana.

*Mirza Čaušević, PhD*

*Assistant Professor at the University of Vitez Faculty of Law*

## LEGAL POLITICAL CHARACTER OF THE NEW CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – SUCCESSFUL PREVENTION OF THE DEYTON PEACE AGREEMENT

### *Summary*

It is quite obvious, according to the title of the article itself, that the author, in the context of the socio-political constellation, analyzes the assumptions on which a new constitution could be built. Consequently, the primary character of the octogenic (imposed) Dayton Peace Agreement is stated, with the aim of overcoming the existing, and then better constitutional legal norms of the future Constitution of Bosnia and Herzegovina. Without going into certain issues and constitutional matters, how it should be regulated in the new Constitution, the author cites the basic features that this constitution needs, and says that the Constitution should be: a new constitution that should bring the original constitutional authority; a short constitution; a normative constitution, because only “normative constitution” has the chance to be a realistic constitution and to be applied in life; a democratic con-

stitution, because only such a constitution is the one that limits the government and gives the responsible government not to constituent peoples, but to all citizens of Bosnia and Herzegovina; especially emphasizes that it should be a solid constitution, because a solid constitution, a constitution in the formal sense and ultimately the author of the article emphasizes that this must be primarily a modern constitution, and its basic theme should be authority and citizenry.

Key words: *Dayton Peace Agreement. – Imposing constitution. – Constitution. – Bosnia and Herzegovina. – Democratic constitution.*

*Iryna Dikovska, PhD\**

## LAWS APPLICABLE TO SUCCESSION RELATIONS UNDER UKRAINIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CURRENT STATE AND PERSPECTIVES

*The paper examines the conflict of laws regulation of succession relations in Ukrainian Private International Law. It reveals the problems of the application of dualistic approach to conflict of laws regulation of succession relations and its wrong expansion to the determination of the law, applicable to form of wills by Ukrainian courts. Besides, it analyses the approaches for characterization of the terms of connecting factors, used in the Law of Ukraine on Private International Law. It defined the problem of the use of alternative connecting factors to the capacity for making or revocation of a will. It has been concluded that the imperfection of conflict of laws regulation of succession relations may be overcome if Ukraine follows the approaches of the EU Succession Regulation.*

**Key words:** *Law applicable to succession. – Law applicable to the form of a will. – Last place of residence of the deceased. – International succession law.*

### 1. INTRODUCTION

According to the statistics international mobility of Ukraine's people is growing.<sup>1</sup> Many of them leave their relatives and their property in Ukraine. Therefore, one can observe the development of international succession relations involving Ukrainian citizens and their property. In this connection, the determination of the law applicable to international succession relations is especially significant. The analysis

---

\* The author is Professor of Civil Law Department at the Faculty of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, [irinadikovska@hotmail.com](mailto:irinadikovska@hotmail.com).

1 O. Malynovska (ed.), *Migration in Ukraine: Facts and Figures*, International Organization for Migration Mission in Ukraine, Kyiv, 2016, 10.

of case law shows that the Ukrainian courts often refuse to recognize the wills, made abroad as valid, because their form do not correspond to the requirements of Ukrainian law. Therefore, it is necessary to investigate, why Ukrainian courts apply domestic law to the form of wills made abroad in spite of the fact that the conflict of laws rules, applicable to the form of wills, provide several alternative connecting factors and do not require mandatory application of Ukrainian law to this issue.

The conflict of laws regulation of succession relations depends on the interpretation of the terms of their connecting factors. The successful application of the conflict of laws method depends on the characterization of the terms of conflict of laws rules. Thus, the paper will focus on the possible ways of interpretation of the terms of conflict of laws rules, applicable to succession relations in Ukraine. To solve the problems arising out of imperfective conflict of laws regulation of succession relations, it will compare the conflict of laws regulation of succession in Ukraine with the approaches of the EU Succession Regulation – the newest and the most comprehensive instrument in the sphere of cross-border succession.

## 2. GENERAL CHARACTERISTIC OF CONFLICT OF LAWS RULES APPLICABLE TO SUCCESSION RELATIONS IN UKRAINE

Conflict of laws rules that regulate international succession relations can be found in international treaties of Ukraine<sup>2</sup> and the Law of Ukraine on Private International Law (hereinafter referred to as the Law of Ukraine on PIL).<sup>3</sup>

---

2 These include Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1961, as well as some treaties on legal assistance e.g. the Treaty between Ukraine and Czech Republic on legal assistance in civil matters, *Official Bulletin of Ukraine*, No 31, 2006, the Treaty between Ukraine and the Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters, *Official Bulletin of Ukraine*, No 47, 2006, the Treaty between Ukraine and Romania on legal assistance and legal relations in civil matters, *Official Bulletin of Ukraine*, No 65, 2007, and others.

3 Law of Ukraine on Private International Law, June 23, 2005, *Bulletin of Verhovna Rada of Ukraine*, No 32, 2005.

These sources follow the dualistic approach in conflict of laws regulation of succession relations. Consequently, under most of the treaties on legal assistance the succession of movable property is governed by the law of the country of citizenship of the deceased at the moment of death.<sup>4</sup> The law applicable to the succession of immovable property is determined as *lex rei sitae*.<sup>5</sup>

The Law of Ukraine on PIL provides conflict of laws rules applicable to the succession of: movable property, which is not a subject of state registration in Ukraine; immovable property; movable property, subject of state registration in Ukraine. In the first case the succession is governed by the law of the country, where a deceased had his last place of residence.<sup>6</sup> The succession of immovable property is governed by *lex rei sitae*.<sup>7</sup> Movable property, subject to state registration in Ukraine, is inherited under the law of Ukraine.<sup>8</sup>

Besides, both international treaties on legal assistance and the Law of Ukraine on PIL contain special conflict of laws rules, which set a number of alternative connecting factors, applicable to the capacity of making of a will<sup>9</sup> and its form.<sup>10</sup>

---

4 See for instance Art. 37 (1) of the Treaty between Ukraine and the Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters, Art. 38 (p. 1) of the Treaty between Ukraine and Czech Republic on legal assistance in civil matters, Art. 34 (1) of the Treaty between Ukraine and Romania on legal assistance and legal relations in civil matters.

5 Art. 37 (2) of the Treaty between Ukraine and the Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters, Art. 38 (2) of the Treaty between Ukraine and Czech Republic on legal assistance in civil matters, Art. 34 (2) of the Treaty between Ukraine and Romania on legal assistance and legal relations in civil matters,

6 See Art. 70 of the Law of Ukraine on PIL. This Article does not mention directly 'movable property', but as long as the next article concerns the succession of immovable property and assets subject to state registration in Ukraine, it should be concluded that Art. 70 provides conflict of laws rules, applicable to the succession of movable property, which is not subject to state registration in Ukraine.

7 Art. 71 of the Law of Ukraine on PIL.

8 *Ibid.*

9 Under most treaties on legal assistance the capacity to make or revoke a will as well as the consequences of the defects of the expression of a will are governed by the law of the state of citizenship of the deceased at the moment of making or revocation of the will. See, for instance, Art. 39 (1) of the Treaty between Ukraine and the Republic of Poland on legal assistance and legal rela-

### 3. THE WRONG APPLICATION OF DUALISTIC APPROACH BY UKRAINIAN COURTS TO THE FORM OF WILLS

The study of case law shows, that the courts apply the dualistic approach in conflict of laws regulation of general succession issues to the form for validity of the wills.<sup>10</sup>

For instance, in one case a court refused to recognize as a valid will, the one which was made by a testator on the territory of Germany in written form, but was not notarized, which is admissible under German law.<sup>11</sup> However, as long as the will concerned immovable property, located on the territory of Ukraine, the court considered that the form of the will should comply with the requirements of Ukrainian law, as long as Art. 71 of the Law of Ukraine on PIL provides that the

---

tions in civil and criminal matters, Art. 40 (1) of the Treaty between Ukraine and Czech Republic on legal assistance in civil matters.

Art. 72 of the Law of Ukraine on PIL provides that the person's capacity to make or revoke a will are governed by the law of the state where the deceased had his permanent place of residence at the time of making an act or at the time of death.

10 Most treaties on legal assistance provide that the form of making or revocation of the will should correspond either to the law of the state of citizenship of the deceased at the moment of making or revocation a will or to the law of the state where a will was made or revoked. See, for instance, Art. 39 (2) of the Treaty between Ukraine and the Republic of Poland on legal assistance and legal relations in civil and criminal matters, Art. 40 (2) of the Treaty between Ukraine and Czech Republic on legal assistance in civil matters, Art. 36 of the Treaty between Ukraine and Romania on legal assistance and legal relations in civil matters.

Under Art. 72 of the Law of Ukraine on PIL a form and an act of revocation of a will are governed by the law of the state where the deceased had his permanent place of residence at the time of making an act or at the time of death. Nevertheless, the will or an act of its revocation cannot be invalidated because of non-observance of the form requirements, if the form complies with the requirements of the law where the will was made or the law of the state of citizenship or the law of the state of permanent or habitual residence of a deceased at the moment of making of an act or at the moment of death or the law of the state where immovable property is located.

11 See R. Zimmermann, "Testamentary Formalities in Germany", *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities* (eds. K. G. C. Reid, M. J. de Waal, R. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford 2011, 197–210.

succession of immovable property is governed under the law of the state, where it is located.<sup>12</sup>

In another case a court stated that a form of the will, made by Ukrainian citizen on the territory of Poland, which concerned objects of immovable property, a part of which was located on the territory of Poland, and another part – on the territory of Ukraine, should correspond to the rules of the Treaty on legal assistance between Ukraine and Poland and the requirements of Ukrainian legislation as to the validity of wills concerning the objects, located on the territory of Ukraine and the rules of Polish legislation concerning the objects located on the territory of Poland.

To substantiate the decision the court referred to the provisions of both instruments, which provide that succession of immovable property is governed by the law of the state, where immovable property is located. It also cited the provisions of both sources, which specify that the correspondence of the form of a will to the law of the state, where it was made, is enough for the will to be valid. However, the court did not draw proper conclusions from the latter provisions.<sup>13</sup>

Meanwhile, they mean that the form of a will may comply only with the provisions of Polish law, even if it concerned the objects, located on the territory of Ukraine. And certainly, the court should not refer to the Law of Ukraine on PIL, as long as an international treaty, which regulates the same issues, exists.<sup>14</sup>

In the other case, the court declared the will, made in Israel that concerned immovable property, located in Ukraine, as invalid as long as it did not comply with the requirements of Ukraine's legislation as to the form of the will, although its form corresponded to the law of Israel. In doing so, the court referred to Art. 71 of the Law of Ukraine on PIL, which provides *lex rei sitae* for the succession of immovable property, and Article 31 of the same Law, which contains general conflict of laws rules, applicable to the form of transactions and provides

---

12 Decision of Storozynetsky Local Court from January, 17, 2017, Case No 723/1983/16-c, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

13 Decision of Shevchenkivsky Local Court of Lviv from June, 17, 2011, Case No 2–26/11, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

14 The international treaties have primacy over the national legislation of Ukraine. See Art. 19 (2) of the Law of Ukraine On International Treaties of Ukraine, June, 29, 2004, *Bulletin of Verhovna Rada of Ukraine*, No 50, 2004.



*lex rei sitae* for the form of transaction concerning the immovable property.<sup>15</sup> Certainly, this decision cannot be supported as long as both Ukraine and Israel participate in the Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1961,<sup>16</sup> and thus by virtue of Art. 1 (a) of the Convention the will cannot be declared as invalid if its form complies with the requirements of the law of the state, where the testator made it.

Thus, the Ukrainian courts expand the dualistic approach of conflict of laws regulation of succession relations to the form of wills, which violates the international agreements in which Ukraine participates and the Law of Ukraine on PIL. Partially, this situation is caused by the fact that the Law of Ukraine on PIL does not determine the scope of the law applicable to succession relations.

#### 4. THE DIFFICULTIES OF APPLICATION OF DUALISTIC APPROACH TO SUCCESSION OF SOME OBJECTS

Besides, the general difficulties of application of dualistic approach, which are inevitable if the succession is governed by different laws, in Ukraine it may be more complicated when the estate includes some special objects the legal nature of which is disputable. Among them are unauthorized premises and premises the construction of which is not completed. On the one hand they possess all features of immovable property,<sup>17</sup> on the other hand before the completion of the construction a person is considered as an owner of the materials and equipment, used in construction,<sup>18</sup> which cannot be referred to immovable property. As long as the completion of the construction consists in

---

15 Decision of Darnytskyy Local Court of Kyiv from June, 07, 2011, Case No 2–324/11, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

16 Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions. Status table, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40>, 4.9.2018.

17 Immovable property includes plots of land as well as objects, located on the plot of land, the movement of which is impossible without their devaluation or change of their special purpose. See Art. 181 of the Civil Code of Ukraine, January, 16, 2003, *Bulletin of Verhovna Rada of Ukraine*, No 40, 2003.

18 *Ibid.*, Art. 331.

its entry into service, which is complicated and for many Ukrainians expensive, there are a lot of houses, which have not been entered into service, although actually they are used as immovable property.

Inconvenience, which creates the dualistic approach in conflict of laws regulation of succession relations may be overcome if Ukrainian legislator looks at the EU Succession Regulation,<sup>19</sup> Art. 21 which provides a monist approach as to the determination of the law applicable to succession. However, one can predict that in cases of succession of plots of agricultural land, located in Ukraine, the foreign law will be restricted by the mandatory rules of the Land Code of Ukraine, which provide that agricultural lands cannot be transferred to the ownership of foreigners, stateless persons, foreign legal entities and states. If such lands were inherited, they have to be alienated within one year from the moment of the acceptance of inheritance.<sup>20</sup>

The wrong application of the conflict of laws rules applicable to succession as whole to the form of wills may be prevented if the Law on PIL determines the scope of the law, applicable to succession as whole, as Art. 23 of the EU Succession Regulation does.

## 5. THE INTERPRETATION OF THE 'LAST PLACE OF RESIDENCE' AND 'PERMANENT PLACE OF RESIDENCE' OF THE TESTATOR

As it was already mentioned, the Law on PIL offers several connecting factors, applicable to succession relations: 1) 'law of the state, where a deceased had his last place of residence' (applicable to the succession of movable property); 2) 'law of the state, where a deceased had his permanent place of residence at the moment of making a will or an act of its revocation or at the moment of death' (applicable to the form of will or act of its revocation and capacity of its making or revocation); 3) 'law of the state, where a deceased had his habitual place of

---

19 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession, and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27 July 2012.

20 Land Code of Ukraine, October 25, 2001, *Bulletin of Verhovna Rada of Ukraine*, No 3, 2002.

residence at the moment of making a will or an act of its revocation or at the moment of death (applicable to the form of a will and an act of its revocation).

However, the Law of Ukraine on PIL does not interpret the terms, used in these connecting factors. Therefore, most probably that they will be interpreted under other legal instruments of Ukrainian law, as long as Art. 7 (1) of the Law on PIL provides that characterization should be made under Ukrainian law.

In principle, there is a possibility to characterize the terms of the conflict of laws rule taking into consideration the laws of a foreign state if the notions or rules, which are to be interpreted, are unknown to Ukrainian law (Art. 7 (2) of the Law of Ukraine on PIL. However, as long as the Civil Code of Ukraine in several rules uses the terms 'last place of residence of the deceased', 'permanent place of residence of a natural person', it is more likely that they will be interpreted under Ukrainian law.

There are no cases in Ukrainian case law, in which courts interpreted the term 'last place of residence of the deceased' for the purposes of the Law of Ukraine of PIL. However, there are many cases, where they interpreted this term, while applying Art. 1221 of the Civil Code of Ukraine, which provides that the place of opening of the inheritance is the place of the last residence of the deceased.

In some cases, the courts understood the last place of residence of a deceased, as a place of registration<sup>21</sup> of the deceased.<sup>22</sup> However, the practice when the court determined the last place of residence of the deceased as the place of actual living, which did not coincide with the place of his or her registration, can also be found in case law.<sup>23</sup>

---

21 The Administrative law of Ukraine obliges Ukrainian citizens as well as foreigners, who permanently or temporary resides in Ukraine, register their place of residence in a particular territorial administrative unit of Ukraine. See the Law of Ukraine on the Right to Freedom of Movement and Choice of Place of Residence in Ukraine, December, 11, 2003, *Bulletin of Verhovna Rada of Ukraine*, No 15, 2004.

22 Decision of Malovyskiivskyy Local Court of Kirovohradskyy Region from March, 14, 2013, Case No 392/206/13-c, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018; Decision of Malovyskiivskyy Local Court of Kirovohradskyy Region from June, 14, 2014, Case No 392/2044/13-c, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018; Decision of Sviatoshynskyy Local Court of Kyiv from July, 11, 2016, Case No 759/5892/16-c, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

23 Decision of Kirovskyy Local Court of Kirovohrad from April, 26, 2017, Case No 404/2192/17, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

Thus, the interpretation of the ‘last place of residence of the deceased’ for internal succession relations is controversial.

In a number of cases the courts interpreted the term ‘permanent place of residence of the natural person.’ In succession matters this issue is often analyzed, because the heir, who resided with the deceased permanently, accepts the inheritance automatically and do not need to submit an application regarding the acceptance of inheritance to the notary.<sup>24</sup> In most of these cases, the courts considered that a person has a permanent residence in the place, in which he or she actually lives, notwithstanding the place of registration of a person.<sup>25</sup> As long as in all these cases the courts did not analyze the period of living, it should be concluded that the permanent place of residence for the purposes of regulation of internal succession relations in Ukraine does not depend on this issue.

The place of habitual residence of the natural person, has not been investigated by Ukrainian courts for regulation of private relationships.

There were several suggestions regarding the determination of the permanent place of residence of the natural persons for the purposes of the Law of Ukraine on PIL in doctrine. For instance, prof. Kysil offered to determine the place of residence taking into consideration the provisions of the Law of Ukraine on the Right to Freedom of Movement and Choice of Place of Residence in Ukraine.<sup>26</sup> This Law distinguishes the ‘place of residence’ from the ‘place of presence’ of natural persons. The first term is determined as a dwelling or special social institution, located on the territory of a territorial administrative unit, where a person lives. The second term is not connected with a dwelling or special social institution, but only with the period of living in a particular territorial administrative unit (less than 6 months).

In our opinion it is impossible to use the definitions, given by the Law of Ukraine on the Right to Freedom of Movement and Choice of

---

24 Arts. 1268, 1269 of the Civil Code of Ukraine.

25 Decision of Kharkiskyy Local Court of Kharkiskyy Region from March, 20, 2017, Case No 635/816/17, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018; Decision of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases from November, 11, 2015, Case No 6–48327sv14, available at: <http://reyestr.court.gov.ua>, 4.9.2018.

26 V. Kysil, “Mizhnarodne spadkove pravo” (International Succession Law), *Mizhnarodne Pryvatne Pravo: pidruchnyk (International Private Law: Handbook)* (eds. A. S. Dovhert, V. I. Kysil), Alerta, Kyiv 2014, 348.

Place of Residence in Ukraine, for the purposes of the Law on PIL, as long as it determines the abovementioned terms only within the limits of a particular territorial administrative unit of Ukraine.

Another suggestion was to determine the place of the last place of residence in the conflict of laws rules, applicable to the succession relations in the Law of Ukraine on PIL according to Art. 29 of the Civil Code of Ukraine. This point of view also can not be supported, as long as the Civil Code of Ukraine defines the 'place of residence of a natural person' as the particular premises, where a person lives permanently, temporary or predominantly. However, Art. 72 of the Law of Ukraine on PIL makes the conflict of laws regulation of the capacity to make or revoke a will and its form dependent on the permanent place of residence of the deceased, thus the definition which combines permanent and temporary residence is not helpful.

In our point of view, the interpretation of the notion of the 'last place of residence of the deceased' or other connecting factors of the Law of Ukraine on PIL, applicable to succession relations, should not be based on the provisions of the Civil Code of Ukraine, or any other act of Ukrainian legislation, applicable to internal relationships, as long as they do not allow to clarify these notions for international relationships. Rather, the Law on PIL should include its own criteria for determination of these notions. Besides, the 'last place of residence of the deceased' may be occasional and thus may lead to the application of the law, which has no connection with the succession.

In this sense, the concept of habitual residence of the deceased, used in the EU Succession Regulation looks more appropriate, although it does not include the definition of this notion, however, recitals 23–24 of the Preamble to the Regulation, which specify some directions to its understanding,<sup>27</sup> allow the researchers to identify its essential features.<sup>28</sup>

27 As follows from these provisions, the determination of habitual residence of the deceased depends on the duration and regularity of the presence of the deceased in a particular state; close and stable connection with the state; in some cases, the nationality of the deceased or location of all main estates should be taken into consideration.

28 For instance, that a place of habitual residence is a place of vital interests of the deceased. See P. Lagarde, "Introduction paras. 23–26", *EU Regulation on Succession and Wills Commentary* (eds. U. Bergquist, D. Damascelli, R. Frimston, P. Lagarde, F. Odersky, B. Reinhartz), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2015, 30.

Besides, for exceptional cases the EU Succession Regulation provides a possibility to determine the law, applicable to succession relations as the law of the state, with which a deceased was manifestly more closely connected at the time of death.<sup>29</sup>

In principal, the Law of Ukraine on PIL also allows to govern the relationships by the law of the state, with which the relationships are more closely connected, if all the circumstances of the case show that the relationships have a slight connection with the state, determined under the conflict of laws rules of this Law. However, it is a general rule, applicable to all relationship, that is why it, unlike the rule of the EU Succession, does not specify the moment by which the relationships should be determined as those that are more closely connected with a particular state. Besides, in our point of view it would be easier to find the law of the state, with which a deceased was more closely connected, rather than a law to which succession relationships are more closely connected. It is obvious, that in a latter case one should consider more circumstances of the case.

## 6. POTENTIAL PROBLEMS WITH THE COFLICT OF LAWS REGULATION OF THE CAPACITY TO MAKE OR REVOKE A WILL

The Law of Ukraine of PIL combines the conflict of laws regulation of the form of wills and the capacity for their making or revocation, which offers to govern these issues alternatively: under the law of the state, where a deceased had his or her last place of residence at the moment making or revocation of a will or at the moment of death.<sup>30</sup> However, the second sentence of Art. 72, which ensures the principle *favour testamenti* concerns only the form of a will. Thus, the conflict of laws regulation of the capacity to make or revoke a will is vague, as long as it may be governed by one of the abovementioned laws and there is no rule, which specifies that the will is valid, if a deceased had a capacity to make or revoke a will at least under one of these laws.

By comparison, the EU Succession Regulation contains separate conflict of laws rules, applicable to the form of a will and the capacity of its making or revocation, and determines the law, applicable to the

---

29 Art. 21 (2), Recital 25 of the EU Succession Regulation.

30 See *op. cit.* note 9.

capacity (as one of the issues of substantive validity) for making, modification or revocation of a will as the law 'which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of the person who made the disposition if he or she had died on the day on which the disposition was made'. Taking into consideration the provisions of Art. 21 of the Regulation, it may be either the law of the state, where a deceased had his habitual place of residence at the moment of making the will or its modification or revocation as a law of the state, whose nationality a deceased possessed at the time of making a respective act, if he or she exercised the right, given by Art. 22 of the EU Succession Regulation and chose a law, applicable to the will.

In both cases, the applicable law for the capacity of making a will is determined for the time of its making (modification or revocation) which is fully justifiable, as long as one of the tasks of this Regulation is 'to ensure legal certainty for persons wishing to plan their succession in advance'.<sup>31</sup>

In our opinion, the Law of Ukraine on PIL may follow the approach of the EU Succession Regulation to clarify the ambiguities of conflict of laws rules of the capacity of making a will or an act of its revocation. Thus, the conflict of laws rule concerning the form of a will and the capacity of its making or revocation should be separated. The connecting factor, applicable to the capacity of making or revocation of a will should provide the application of the law of the state, where a deceased had his or her habitual residence at the moment of making or revocation of a will, respectively. If the deceased chose a law, applicable to the will, the capacity for its making or revocation should be determined as the law of the state of the deceased nationality at the moment of making a will or an act of its revocation respectively.

## 7. CONCLUSIONS

The conflict of laws regulation of testamentary succession with foreign element under Ukrainian law has the following features: 1) it follows dualistic approach; 2) the application of dualistic approach might be complicated if the estate includes unauthorized premises or premises, the construction of which was not completed; 3) the Law of

---

31 Recital 48 of the Preamble to the EU Succession Regulation.

Ukraine on PIL as well as international treaties of Ukraine provide special conflict of laws rules, applicable to the form of wills, and thus it should not be governed by the law, determined under the general conflict of laws rules, applicable to other issues of succession; 4) the courts of Ukraine wrongly expend the scope of conflict of laws rules, applicable to the succession of immovable property, to the form of wills that provide succession of immovable property and therefore violate the principle *favour testamenti*; 5) the law of Ukraine does not specify the scope of the law, applicable to succession relations; 6) the conflict of laws rules of the Law of Ukraine of PIL do not determine the terms of connecting factors, applicable to succession relations; 7) the use of the rules of Ukrainian law, applicable to internal relations, is inappropriate for interpretation of the terms of connecting factors applicable to succession relations under the Law of Ukraine on PIL; 8) the conflict of laws regulation of the capacity to make or revoke a will is combined with the regulation of the form of wills, which leads to uncertainty regarding the law, applicable to the capacity to make or revoke a will.

The problems of conflict of laws regulation of succession relations may be overcome if the Law of Ukraine on PIL follows the approaches of the EU Succession Regulation and provides: 1) a monist approach in conflict of laws regulation of succession relations; 2) 'place of habitual residence of the deceased' as a main connecting factor, applicable to succession if a deceased has not chosen a law of his or her nationality in the will; 3) in exceptional cases – the law of the state, with which a deceased had the closest connection at the moment of death; 4) determination of the scope of the law, applicable to succession relations.



*Dr Iryna Dikovska*

*Profesor na Pravnom fakultetu, Nacionalnog univerziteta  
Taras Ševčenko u Kijevu*

PRAVO MERODAVNO ZA NASLEDNE ODNOSI  
PREMA UKRAJINSKOM MEĐUNARODNOM  
PRIVATNOM PRAVU: TRENUTNO STANJE I  
PERSPEKTIVE

U ovom radu se istražuje regulativa sukoba zakona u pogledu naslednih odnosa u ukrajinskom međunarodnom privatnom pravu. U njemu se ukazuje na probleme primene dualističkog pristupa u regulativi sukoba zakona kod naslednih odnosa i neispravnog proširenja na utvrđivanje prava merodavnog za formu testamenta od strane ukrajinskih sudova. Osim toga, analiziraju se pristupi u vezi sa kvalifikacijom tački vezivanja, koje koristi ukrajinski Zakon o međunarodnom privatnom pravu. U tom smislu se definiše problem korišćenja alternativnih tački vezivanja za sposobnost opoziva testamenta. Zaključuje se da nesavršenost regulative sukoba zakona u domenu naslednih odnosa može da se prevaziđe ako Ukrajina bude usvojila pristupe EU Pravilnika o nasleđivanju.

Ključne reči: *Pravo merodavno za nasleđivanje. – Pravo merodavno za formu testamenta. – Poslednje prebivalište ostavioca. – Međunarodno nasledno pravo.*

Jelena Đorđević, LL.M.\*

## PRAVNE POSLEDICE ISTUPANJA IZ ICSID-A\*\*

*Pravne posledice istupanja iz ICSID-a predstavljaju jedno od ključnih i najkompleksnijih pitanja međunarodnog prava stranih ulaganja. Nedostatak jedinstvenog tumačenja ključnih članova Konvencije kojima je uređeno pravo na istupanje iz ICSID-a dodatno otežava njihovu primenu u praksi. Imajući u vidu tendenciju porasta stranih investicija u Srbiji, kao i nedostatak stručne literature koja se bavi pitanjem pravnih posledica istupanja iz ICSID-a, autor želi da ukaže na aktuelnost teme i potrebu prikupljanja iskustava nekadašnjih država članica ICSID-a, ali i odluka tribunala ICSID arbitraže, zarad stvaranja što boljeg strateškog institucionalnog pristupa prilikom zaštite interesa države domaćina i njenih državljana.*

**Ključne reči:** *Pravne posledice istupanja iz ICSID-a. – Istupanje iz ICSID-a. – Saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže. – ICSID arbitraža. – ICSID Konvencija.*

### 1. UVOD

Međunarodno pravo stranih ulaganja je tokom čitavog postojanja obojeno konstantnom borbom za prevagu različitih težnji i interesa država izvoznica kapitala i država uvoznica kapitala. Glavni problem međunarodnog prava stranih ulaganja jeste taj što i države izvoznice kapitala kao i države uvoznice kapitala, shodno svom položaju imaju različiti pogled na tretman stranih investitora kao i na međunarodne

---

\* Autorka je advokatski pripravnik u AOD Petrikić & Partneri u saradnji sa CMS Reich-Rohrwig Hainz, [jelena.djordjevic@cms-rrh.com](mailto:jelena.djordjevic@cms-rrh.com).

\*\* Ovaj rad je osvojio treće mesto na konkursu za nagradu „Gašo Knežević“ za najbolji studentski rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova 2018. godine, a zasnovan je na rezultatu istraživanja prilikom izrade master rada na temu ‘Pravne posledice istupanja iz ICSID-a’ koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 10. septembra 2018. godine pred komisijom koju su činili mentor doc. dr Marko Jovanović i doc. dr Milena Đorđević.

standarde koji se na njih trebaju primenjivati. Upravo iz tih sukobljenih težnji i neujednačene primene standarda međunarodnog prava stranih ulaganja su proizlazili, a i danas proizlaze, najrazličitiji sporovi između država domaćina i stranih investitora.

Pitanje rešavanja investicionih sporova, kao jedno od najbitnijih, dugo nije imalo svoj međunarodni procesni okvir. Sve do donošenja Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država 1965. godine (u daljem tekstu „Konvencija“ ili „ICSID Konvencija“) sporovi između država domaćina i stranih investitora uglavnom su bili rešavani pred domaćim sudovima i u okvirima međunarodne diplomatije bez gotovo ikakve mogućnosti za stranog investitora da pred neutralnim forumom neposredno ostvaruje pravnu zaštitu i na taj način zaštititi svoje interese. Konvencijom je stvoren međunarodni pravni okvir za procesnu zaštitu u investicionim sporovima, osnovan je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (u daljem tekstu „Centar“) i na taj način je po prvi put investitorima data mogućnost da direktno i neposredno ostvaruju zaštitu svojih prava pred specijalizovanim neutralnim forumom.<sup>1</sup>

Danas, nakon nešto više od 50 godina od usvajanja Konvencije, 153 država<sup>2</sup> je ratifikovalo Konvenciju. Međutim i pored široke prihvaćenosti i nesumnjivo velikog značaja za međunarodno pravo stranih ulaganja, neretko se u teoriji i praksi navodi najrazličitiji broj nedostataka ICSID sistema, zbog kojih se često ističe da je ICSID sistem i ustanovljen kako bi zaštitio interese zemalja izvoznica kapitala i njihovih investitora koji ulažu van svojih matičnih država i koji je kao takav i doveo do istupanja Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a.<sup>3</sup> Istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele otvorilo je pitanje pravnih posledica istupanja iz ICSID-a i ukazalo na niz problema do kojih dolazi u praksi, kao i na potrebu jedinstvenog tumačenja ključnih članova Konvencije kojim je regulisano pravo država članica na istupanje.

- 1 D. Marie Wick, „The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change“, *The Journal of International Business and Law*, Volume 11, Issue 2, 2012, 250.
- 2 List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (as of January 11, 2018), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>, 31.5.2018.
- 3 P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd 2007, 114.

## 2. PRAVO DRŽAVA ČLANICA NA ISTUPANJE IZ ICSID-A

Pravo država članica da istupe iz ICSID-a propisano je i uređeno samom Konvencijom. Konvencija propisuje na koji način i u kojoj formi mora biti učinjen jednostrani akt istupanja kao i vremenski trenutak u kome istupanje počinje da proizvodi dejstvo.<sup>4</sup> Specifičnost pravnih posledica istupanja iz ICSID-a u odnosu na istupanje iz drugih međunarodnih ugovora jeste ta što za razliku od ostalih Konvencija predstavlja procesni instrument kojim je ustanovljen pravni okvir za rešavanje sporova između država domaćina i investitora.<sup>5</sup>

Prema odredbama čl. 71 Konvencije<sup>6</sup> svaka država članica može istupiti iz ICSID-a, upućivanjem pisanog obaveštenja depozitaru Konvencije, s tim što status države članice prestaje tek protekom šest meseci od datuma dostavljanja obaveštenja. S druge strane, pravne posledice istupanja iz ICSID-a regulisane su čl. 72 Konvencije.<sup>7</sup> Naime čl. 72 Konvencije predviđa da dostavljanje obaveštenja o istupanju Svetskoj banci, kao depozitaru Konvencije, neće uticati na prava i obaveze koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže date od strane te države, njenih konstitutivnih jedinica ili njenih državljana.<sup>8</sup>

Iako pitanje istupanja iz ICSID-a na prvi pogled deluje jednostavno, ono je izazvalo mnogo polemika u teoriji i praksi, što je članove 71 i 72 Konvencije, a samim tim i član 25 Konvencije, stavilo u fokus međunarodnog prava stranih ulaganja.

---

4 O. M. Garibaldi, „On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy“, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich), Oxford University Press, 2009, 259.

5 J. Fouret, „Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration?“, *Journal of International Arbitration*, 2008, 72.

6 Vid. čl. 71 Konvencije.

7 Vid. čl. 72 Konvencije.

8 Čl. 72 Konvencije, na engleskom glasi: „Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its 5 or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.“

## 2.1. Tumačenje pojma saglasnosti iz člana 25 Konvencije

Za uspostavljanje nadležnosti ICSID arbitraže kumulativno moraju biti ispunjeni uslovi propisani članom 25 Konvencije<sup>9</sup> odnosno:

1. spor mora da proizlazi direktno iz same investicije;
2. učesnici spora mogu biti samo država domaćin koja je ujedno i država članica ICSID-a i investitor koji mora imati poreklo (sedište, prebivalište) u nekoj drugoj državi članici ICSID-a, i
3. oba učesnika spora moraju u pisanoj formi dati saglasnost za rešavanje predmetnog spora pred ICSID arbitražom.

Iako sva tri napred navedena uslova moraju biti ispunjena kumulativno, u cilju određivanja pravnih posledica istupanja iz ICSID-a, na prvom mestu se mora na pravilan način razumeti pojam saglasnosti iz čl. 25 Konvencije. Za razumevanje pojma saglasnosti veoma je bitno napraviti razliku između članstva u ICSID-u i davanja saglasnosti za rešavanje investicionog spora pred ICSID arbitražom. Činjenica da je država u sporu ujedno i strana ugovornica Konvencije nije dovoljna da bi se zasnovala nadležnost ICSID arbitraže. Razlikovanje ova dva instituta izričito je propisano i u stavu 7 preambule Konvencije,<sup>10</sup> koja iako ne obavezuje države članice, itekako služi što ispravnijem i lakšem tumačenju njenih odredbi.

Samo članstvo u ICSID-u implicira jasno izraženu volju države članice da se služi mehanizmima za rešavanje sporova koji su predviđeni Konvencijom.<sup>11</sup> Međutim, za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže pored članstva države u ICSID-u neophodno je da ta država članica kao učesnica u sporu, u pisanoj formi da svoju saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže u pogledu konkretnog spora. Pored saglasnosti države domaćina na nadležnost ICSID arbitraže, za uspostavljanje njene nadležnosti i ispunjenje uslova saglasnosti iz čl. 25 Konvencije, potrebno je da saglasnost bude data i od strane investitora. Naime, jezičkim tuma-

9 Vid. čl. 25 Konvencije.

10 Stav 7 Preambule ICSID Konvencije na engleskom glasi: „*Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration.*“

11 M. Durney, „Legal effects and implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: A Perspective from Latin American Cases“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 17, 2013, 241.

čenjem čl. 25, stava 1 Konvencije, naročito imajući u vidu da je pored pojma saglasnosti upotrebljen pojam učesnici spora (engl. *parties*), a ne učesnik (engl. *party*), dolazi se do zaključka da je pojam saglasnosti ovde upotrebljen u kontekstu uzajamne saglasnosti date od strane oba učesnika spora,<sup>12</sup> a što potvrđuje i stav 6 preambule Konvencije.<sup>13</sup>

Dodatno, prilikom tumačenja saglasnosti iz čl. 25, st. 1 Konvencije bitno je imati u vidu i samu prirodu arbitražnog sporazuma. Shodno tome, budući da je za nastanak bilo kog ugovora, pa tako i arbitražnog sporazuma neophodno da postoje ponuda i prihvata, tek u trenutku kada učinjena ponuda bude prihvaćena smatra se da je arbitražni sporazum nastao.<sup>14</sup> Ovakvo shvaćena priroda arbitražnog sporazuma ide u prilog tumačenju saglasnosti iz čl. 25, stav 1 Konvencije kao uzajamne saglasnosti učesnika u sporu.

## 2.2. Saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže inkorporisana u bilateralnom ugovoru

Način davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže nije eksplicitno propisan Konvencijom već je ostavljena sloboda učesnicima u sporu da samostalno odrede način davanja saglasnosti,<sup>15</sup> uz jedini uslov da ona mora biti data u pisanom obliku.<sup>16</sup>

Sa razvojem međunarodnog prava stranih ulaganja došlo je i do razvoja načina davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže. Načini davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže koji su se ustalili u praksi su:

- a. davanje saglasnosti kroz klauzulu sadržanu u ugovoru zaključenom između države domaćina i investitora;

---

12 O. M. Garibaldi, *op. cit.*, 257–258.

13 Stav 6 Preambule ICSID Konvencije na engleskom glasi: „*Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with.*“

14 A. A. Mezagravis, „The Standard of Interpretation Applicable to Consent and Its Revocation in Investment Arbitration“, *TDM* Vol. 8, issue 2, 2011, 13.

15 C. Schreuer, „Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration“, *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality* (ed. Michael Waibel), Kluwer Law International, 2010, 357.

16 Vidi čl. 25, stav 1 ICSID Konvencije.

- b. inkorporisanje saglasnosti u sopstveno investiciono zakonodavstvo države domaćina;
- c. inkorporisanje saglasnosti u multilateralnim ili bilateralnim ugovorima (u daljem tekstu „BIT“).<sup>17</sup>

Imajući u vidu činjenicu da je najveći broj investicionih sporova koji su poslednjih godina pokrenuti/rešeni pred ICSID arbitražom zasnovan na osnovu saglasnosti države domaćina sadržanoj u BIT-u,<sup>18</sup> upravo će iz tog razloga pojam saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže i biti obrađen kroz prizmu saglasnosti sadržane u BIT-u.

Polazeći od same prirode BIT-a koji predstavlja sporazum između dve države kojim strane ugovornice ugovaraju određeni standard postupanja i tretmana investicija ulagača iz jedne države ugovornice učinjene u drugu državu ugovornicu, sa ciljem uzajamne zaštite kapitala i ostvarivanja pravne sigurnosti<sup>19</sup> kao i činjenice da gotovo neizostavno svaki BIT u sebi sadrži klauzulu o rešavanju sporova, jedno od glavnih pitanja koje se postavlja jeste da li saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sadržana u BIT-u predstavlja saglasnost iz čl. 25 Konvencije.<sup>20</sup>

Stav Arona Broša (Aron Broches), predsedavajućeg tokom *travaux preparatoires* Konvencije o napred navedenom pitanju jeste da saglasnost jedne od država ugovornica BIT-a, sadržana u klauzuli o rešavanju sporova, predstavlja ponudu tj. jednostranu saglasnost koja može biti prihvaćena od strane investitora i koja tek u trenutku kada i investitor bude dao svoju saglasnost postaje perfektna i više ne može biti jednostrano povučena.<sup>21</sup> Ovakvo shvatanje saglasnosti sadržane u BIT-u potvrđeno je i u pratećem komentaru na ICSID-ov objavljeni model klauzula u vezi sa Konvencijom predviđen za upotrebu u BIT-ovima,<sup>22</sup> kao i u nekim odlukama ICSID tribunala.<sup>23</sup>

17 P. Cvetković (2007), *op. cit.*, 122–123.

18 C. Schreuer, *op. cit.*, 357.

19 P. Cvetković, „Uslovi zasnivanja nadležnosti centra za rešavanje investicionih sporova“, *Zbornik Liber amicorum Gašo Knežević*, 2016, 20–21.

20 M. Durney *op. cit.*, 243.

21 C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, „Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID“, Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2008, 26.

22 Vid. C. Schreuer, *op. cit.*, 359, engl.: „*Since the actual or potential investors benefiting from investment treaties are not parties to those instruments, it is not pos-*

Naime,<sup>23</sup>tribunal je u predmetu *AMT v. Zaire* zauzeo stav da činjenica postojanja BIT-a ne znači da je ispunjen uslov saglasnosti iz čl. 25 Konvencije, budući da države ugovornice BIT-a ne mogu samim činom zaključenja istog prisiliti nekog od njihovih državljana da moraju investicione sporove u kojima su učesnici rešavati pred ICSID arbitražom, to naročito iz razloga što Konvencija ne dodeljuje takvo ovlašćenje državama, a čak kada bi takvo ovlašćenje i postojalo bilo bi protivno načelu da niko ne može preuzeti obavezu za drugoga.<sup>24</sup>

Na osnovu svega napred navedenog dolazi se do nesumnjivog zaključka da jednostrana saglasnost države data u BIT-u sama po sebi ne predstavlja saglasnost iz poslednje rečenice čl. 25, st. 1 Konvencije, već predstavlja ponudu koja treba da bude prihvaćena od strane investitora. Shodno tome, država domaćin ne može da pokrene postupak pred ICSID arbitražom samo na osnovu postojanja klauzule o rešavanju sporova sadržanoj u BIT-u, već je za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže neophodno da investitor davanjem svoje saglasnosti učini perfektnom saglasnost države domaćina.<sup>25</sup>

Drugo pitanje koje se postavlja jeste da li država domaćin može da opozove datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sadržanu u BIT-u? Pitanje opozivosti date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže predstavlja jedno od najbitnijih pitanja međunarodnog prava stranih ulaganja. Prilikom davanja odgovora na ovo pitanje potrebno je krenuti od čl. 25 st. 1 Konvencije kojim je propisano da u situaciji kada su obe strane dale „svoju saglasnost, nijedna od njih ne može povući svoju saglasnost jednostrano“.<sup>26</sup> U skladu sa napred navedenom odredbom Konvencije onog trenutka kada ponuda data od strane države domaćina sadržana u BIT-u bude prihvaćena od strane investitora, ona nakon toga ne može biti opozvana jednostranim aktom jednog od učesnika u sporu,<sup>27</sup> odnosno sve dok ne bude učinjena perfektnom, jed-

---

*sible to provide in them, as may be done in respect of governments (...), that the treaty itself constitute the written consent required by the Convention.“*

23 Vid. *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No ARB/93/1, Award 21. februar 1997, kao i *SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB 02/06, Decision on Jurisdiction, 29. januar 2004.

24 Sve prema: *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No ARB/93/1, Award 21. februar 1997.

25 C. Schreuer, *op. cit.*, 361.

26 Vid. čl. 25 Konvencije.

27 Stav o neopozivosti saglasnosti koja je učinjena perfektnom potvrđen je i u odluci tribunala u predmetu *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2; isto i C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, 11.



nostrano data saglasnost može biti povučena i to bilo izmenom postojećeg BIT-a, bilo sporazumnom zamenom postojećeg BIT-a novim.<sup>28</sup>

Iako na prvi pogled pitanje opozivosti jednostrano date saglasnosti predstavlja opšte mesto, u teoriji i praksi ne postoji ujednačen odgovor da li se jednostrano data saglasnost uvek može opozvati. Da bi se moglo odrediti da li je saglasnost opoziva ili neopoziva neophodno je uzeti u razmatranje celokupan instrument u kojem je ta saglasnost sadržana, kao i sve njegove odredbe.

Vrlo često BIT-ovi u sebi sadrže tzv. „inicijalni period važenja“ kojim je propisan vremenski period (najčešće 5, 10 ili 15 godina) tokom kog BIT ne može biti raskinuti.<sup>29</sup> Shodno tome, tek po isteku inicijalnog perioda važenja BIT može biti raskinut ili se, ukoliko ga države ugovornice ne raskinu, njegovo važenje obnavlja i to ili na neodređeni vremenski period, sve dok neka od država ugovornica ne odluči da taj BIT raskine ili na tačno određeni vremenski period predviđen u samom BIT-u.<sup>30</sup>

Osim inicijalnog perioda važenja BIT-ovi često sadrže i klauzulu kojom se uređuje period važenja odredbi BIT-a nakon što on bude raskinut ili prestane da važi (engl. „*survival clause*“). Zahvaljujući toj klauzuli, prava i obaveze predviđena BIT-om koja su njom obuhvaćena će važiti i primenjivaće se na investicije učinjene u državu domaćina pre nego što je BIT prestao da važi i to na vremenski period određen u samoj klauzuli, dok će prestanak važenja BIT-a imati dejstvo samo na buduće investicije.<sup>31</sup>

Pored klauzule koja reguliše važenje odredbi BIT-a nakon njegovog raskida, neki BIT-ovi u sebi sadrže i stabilizacionu klauzulu.<sup>32</sup>

28 M. Durney, *op. cit.*, 246.

29 T. Voon, A. Di Mitchell, „Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law“, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, 423.

30 Vid. Model BIT-a Sjedinjenih Američkih Država dostupan na: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

31 M. Durney, *op. cit.*, 287; Za primere ovakvih klauzula vid. BIT zaključen između Argentine i Indonezije iz 1995. godine dostupan na: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/96>, kao i BIT zaključen između Češke i Danske iz 1991. godine, dostupan na: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/929>.

32 M. Jovanović, „Osvrt na stabilizacionu klauzulu u zakonu o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama“, *Pravo i privreda*, broj 4–6, 2012, 662; M. Jovanović, „Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja“, doktorska diserta-

Vrsta, pa samim tim i sadržaj stabilizacionih klauzula varira od BIT-a do BIT-a, a upravo će vrsta stabilizacione klauzule uticati na pravne posledice koje mogu da proizađu iz opoziva saglasnosti sadržane u BIT-u. Na primer, uključivanjem klauzule zamrzavanja u BIT, strane ugovornice se obavezuju da bilo koje naknadne izmene propisa neće uticati na prava i obaveze koje proizlaze iz BIT-a, kao i da će prava i obaveze investitora biti regulisana u skladu sa propisima koji su bili na snazi u trenutku kada je investicija učinjena.<sup>33</sup> Na ovaj način se sve već učinjene investicije, koje su obuhvaćene odredbama BIT-a koji sadrži stabilizacionu klauzulu, čine imunim na bilo kakve naknadne izmene propisa, uključujući tu i izmene BIT-a.<sup>34</sup> Postojanje stabilizacione klauzule neće dovesti do toga da se jednostrano data saglasnost ne može opozvati, ali će itekako uticati na posledice do kojih može doći usled opoziva jednostrano date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže, naročito imajući u vidu da nepoštovanje stabilizacione klauzule može dovesti državu domaćina u situaciju u kojoj će biti dužna da naknadi štetu koju je prouzrokovala investitoru.<sup>35</sup>

Samim tim, iako Konvencija omogućava stranama učesnicama u sporu da mogu povući jednostrano datu saglasnost sve dok ista ne bude prihvaćena od strane drugog učesnika spora, raznolikost odredbi sadržanih u BIT-ovima nam ukazuje da se ne može izvesti generalni zaključak da je svaka jednostrano data saglasnost opoziva, već je za davanje odgovora na ovo pitanje neophodno detaljno proučiti odredbe samog instrumenta u kome je konkretna saglasnost sadržana, budući da će upravo od njih i zavisiti da li je moguće datu saglasnost opozvati.<sup>36</sup>

---

cija, 2014, 69–70; K. Gehne, R. Brillo, „Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment“, Institute of Economic Law Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, Heft 143, 2017, 7–8.

33 A. Faruque, „Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value“, *Journal of International Arbitration* 23(4), 2006, 321–323.

34 G. Tarcisio, „Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues“, No. 191, 2017, 2.

35 Za više o odogovornosti države vid. M. Jovanović, „Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja“, doktorska disertacija, 2014.

36 M. Durney, *op. cit.*, 288.

### 2.3. Tumačenje članova 71 i 72 Konvencije

Pravo država članica na istupanje iz ICSID-a, kao i sama procedura istupanja iz ICSID-a predviđeni su članom 71 Konvencije.<sup>37</sup> Shodno odredbama Konvencije država članica koja želi da istupi iz ICSID-a mora da dostavi pisano obaveštenje depozitaru Konvencije, koji ima obavezu da o istupanju konkretne države članice obavesti sve ostale članice Konvencije.<sup>38</sup> Naime, država članica može istupiti iz ICSID-a bez bilo kakvog obrazlaganja razloga istupanja i u bilo koje vreme, s tim što će istupanje države članice biti punovažno tek po proteku roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije.<sup>39</sup>

Upravo se prilikom korišćenja prava na istupanje iz ICSID-a u praksi i javilo pitanje mogućnosti iznošenja spora na rešavanje ICSID arbitraži, tokom perioda od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije. O napred navedenom pitanju su odlučivali ICSID tribunali u predmetima *Venoklim v Venezuela*<sup>40</sup> i *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*.<sup>41</sup> U oba ova predmeta tribunali su zauzeli stav da je svrha roka propisanog u čl. 71 Konvencije da omogući zainteresovanim stranama dovoljan vremenski period kako bi mogle blagovremeno da reaguju i iniciraju postupak pred ICSID arbitražom, to naročito imajući u vidu da istupanje države članice proizvodi dejstvo isključivo po proteku roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije. Napred navedeno odgovara i obavezi države da datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže poštuje i da se ponaša u skladu sa njom i to kako od trenutka davanja saglasnosti, pa tako i tokom perioda od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije.

37 Član 71 ICSID Konvencije, engl.: „Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.“

38 M. Durney, *op. cit.*, 250.

39 *Ibid.*

40 *Venoklim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award, 3. april 2015, paragraf 66.

41 *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Award, 26. april 2017, paragraf 119.

Iz navedenih odluka ICSID tribunala proizlazi zaključak da je cilj čl. 71 Konvencije da investitorima pruži mogućnost da tokom roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije, učine ponudu države domaćina perfektnom i na taj način osiguraju ICSID arbitražu kao nadležni forum za rešavanje potencijalnog spora i to iniciranjem spora ili na neki drugi način na koji se može dati saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže.<sup>42</sup>

S druge strane članom 72 Konvencije je propisano da na prava i obaveze države koja istupa, njenih agencija ili državljana, koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže, neće uticati dostavljanje obaveštenja o istupanju te države iz ICSID-a.<sup>43</sup> Pitanje pravilnog tumačenja čl. 72 Konvencije datira još od *travaux preparatoires* Konvencije tokom kojih se povela diskusija između članova komisije o posledicama koje bi mogle da proizađu iz tadašnjeg čl. 73 nacarta, a sadašnjeg čl. 72 Konvencije.<sup>44</sup> Međutim, sve do danas nije zauzet jedinstveni stav oko tumačenja pojma saglasnosti iz člana 72, a samim tim ni o pravnim posledicama istupanja iz ICSID-a.

Tumačenje pojma saglasnosti iz čl. 72 Konvencije podelilo je teoriju i praksu međunarodnog prava stranih ulaganja i stvorilo različite grupe shvatanja ove saglasnosti. Jedna grupa shvatanja zauzima stanovište da se pojam saglasnosti iz člana 72 Konvencije mora razumeti kao i pojam saglasnosti iz člana 25 tj. kao uzajamna saglasnost oba učesnika spora,<sup>45</sup> drugo stanovište da se u članu 72 radi o jednostrano datoj saglasnosti, pa samim tim o očuvanju prava i obaveza koje iz nje proizlaze,<sup>46</sup> itd. O kompleksnosti tumačenja čl. 72 i njegovoj primeni u praksi, dovoljno govori i činjenica da je o istom, koliko je poznato do

---

42 W. B. McElhiney, „Responding to the Threat of Withdrawal: On the Importance of Emphasizing the Interest of States, Investors, and the Transnational Investment System in Bringing Resolution to Questions Surrounding the Future of Investments with States Denouncing the ICSID Convention”, 49 *Tex. Int’l J.* 601, 2014, 609.

43 Čl. 72 Konvencije, na engleskom glasi: „*Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its 5 or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary*“.

44 C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, *op. cit.*, 17.

45 C. Schreuer, *op. cit.*, 355; isto i J. Fouret, *op. cit.*, 84.

46 M. Durney, *op. cit.*, 252.

sada odlučivano samo u predmetima *Venkolim v. Venezuela*<sup>47</sup> i *Fabrica de Vidirios Los Andes, C.A. & Owens-Illionis De Venezuela, C.A.*,<sup>48</sup> kao i da su tribunali u svakom od predmetnih slučajeva zauzeli drugačije stanovište prilikom tumačenja i primene čl. 72 Konvencije.

Shodno tome, shvatanje koje po mišljenju autora uzima u obzir sve odredbe Konvencije i koje na najbolji način prikazuje koje su pravne posledice istupanja iz ICSID-a, jeste ono koje kreće od razlikovanja instituta istupanja iz ICSID-a od instituta povlačenja saglasnosti date na nadležnost ICSID arbitraže. Naime, razlikovanje ova dva instituta predstavlja preduslov za razumevanje saglasnosti iz čl. 72 Konvencije. Činjenica da je nekadašnja država članica istupila iz ICSID-a, ne utiče na saglasnost koju je dala na nadležnost ICSID arbitraže, već data saglasnost nastavlja da postoji sve dok je država članica koja je istupila ne opozove.

Svrha čl. 72 Konvencije jeste regulisanje efekta jednostrano date saglasnosti tj. regulisanja prava i obaveza koja iz nje proizlaze, a ne kao što se može pogrešno zaključiti da učini neopozivom saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže, budući da je to pitanje već regulisano članom 25 Konvencije.<sup>49</sup> Odatle posledično proizlazi da saglasnost iz člana 72 Konvencije upravo suprotno od saglasnosti iz člana 25 Konvencije predstavlja jednostranu saglasnost, a ne uzajamno datu saglasnost.<sup>50</sup> Shodno tome, nakon što istupanje iz ICSID-a nekadašnje države članice postane punovažno, na snazi ostaju ona prava i obaveze koja proizlaze iz jednostrano date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže i to: pravo na podnošenje zahteva za arbitražu, pravo na učestvovanje u sastavljanju tribunala, pravo na reviziju, poništaj i zahtevanje tumačenja, obaveza isključenja prava na diplomatsku zaštitu, itd.<sup>51</sup>

Ključno pitanje koje se postavlja prilikom prihvatanja ovog stanovišta jeste da li se i na koji način može zasnovati nadležnost ICSID arbitraže, kada jedan od glavnih uslova za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže iz čl. 25 Konvencije da se mora raditi o državi članici

47 *Venkolim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award, 3. april 2015, paragraf 64–65.

48 *Fabrica de Vidirios Los Andes, C.A. & Owens-Illionis De Venezuela, C.A.* ICSID Case No. ARB/12/21, Award, 13. novembar 2017.

49 M. Durney, *op. cit.*, 265.

50 *Ibid.*, 256.

51 *Ibid.*, 271.

ICSID-a nije ispunjen? Odgovor na ovo pitanje se upravo nalazi u razlikovanju instituta saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže od instituta istupanja iz ICSID-a. Naime, arbitražni sporazum može nastati i nakon što istupanje države članice iz ICSID-a postane punovažno, a na osnovu saglasnosti koja je već sadržana u samom BIT-u, budući da istupanje iz ICSID-a nema uticaja na datu saglasnost. Međutim, iako bi moglo doći do nastanka arbitražnog sporazuma, neophodni uslovi propisani u čl. 25 Konvencije za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže više ne bi bili ispunjeni. Nedostatak kumulativnog ispunjenja svih uslova iz čl. 25 Konvencije, mogao bi da bude prevaziđen samo ukoliko je u arbitražnom sporazumu predviđena mogućnost zasnivanja nadležnosti ICSID arbitraže na osnovu Dodatnih pravila<sup>52</sup> (engl. *Additional Facility Rules*).

Ovakvo shvatanje saglasnosti iz čl. 72 Konvencije omogućava državama članicama da ostvare „pun efekat“ članstva u ICSID-u, uključujući tu i registraciju spora pred Centrom i to sve do isteka roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja depozitaru Konvencije, a od kog trenutka prestaje članstvo u ICSID-u usled iskorišćavanja prava države članice na istupanje.

Ono što pitanje tumačenja i primene čl. 72 Konvencije čini naročito interesantnim i aktuelnim jeste činjenica da i nakon što države članice istupe iz ICSID-a, investitori nastavljaju da pokreću sporove protiv tih država pred ICSID arbitražom na osnovu saglasnosti sadržanoj u BIT-u. Sve dok ICSID tribunali ne budu zauzeli konzistentni stav o pitanju pravnih posledica istupanja iz ICSID-a odnosno dok ne dođe do sačinjavanja zvaničnog tumačenja spornih članova Konvencije, ostaje otvoreno pitanje na koji način će u takvim situacijama postupati tribunali ICSID arbitraža i da li će se uopšte smatrati nadležnim za postupanjem u predmetnom sporu.

### 3. ISTUPANJE IZ ICSID-A U PRAKSI

Nedostaci ICSID sistema kao što su pristrasnost tribunala prema stranim investitorima, povezanost sa Svetskom bankom,<sup>53</sup> nedostatak

---

52 Nadležnost ICSID arbitraže može biti zasnovana i na osnovu Dodatnih pravila, u kom slučaju nije neophodno da oba učesnika spora imaju državljanstvo/poreklo u nekoj državi članici ICSID-a.

53 S. K. Fiezzoni, „The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration“, *Beijing Law Review*, Vol. 2, 2011, 135.

transparentnosti<sup>54</sup> i apelacionog mehanizma,<sup>55</sup> zahtevi za previsokim i nerazumnim naknadama,<sup>56</sup> kao i činjenica da 39% od ukupnog broja slučajeva pred ICSID arbitražama čine slučajevi u kojima se na strani tuženog javljaju države Latinske Amerike (gde je Argentina na prvom mestu po broju sporova, zatim slede Venecuela i Ekvador)<sup>57</sup> ukazuju zbog čega su, zasada, jedine države koje su istupile iz ICSID-a, upravo države Latinske Amerike. Prva država koja je istupila iz ICSID-a je Bolivija<sup>58</sup> i to 2007. godine. Nakon Bolivije još dve države Latinske Amerike su napustile ICSID i to Ekvador 2010. godine,<sup>59</sup> a za njim i Venecuela 2012. godine<sup>60</sup> koja je u trenutku pisanja rada poslednja država članica koja je istupila iz ICSID-a.

Nezadovoljstvo država Latinske Amerike najbolje oslikava izjava predsednika Bolivije Evo Moralesa (*Evo Morales*): „...vlade država Latinske Amerike, i ja mislim svet, nikada ne dobijaju slučajeve. Multinacionalisti uvek pobeđuju.“<sup>61</sup> Sve države Latinske Amerike koje su do sada istupile iz ICSID-a su u cilju potpunog raskida sa ICSID sistemom izvršile i nacionalizaciju sektora upravljanja prirodnim resursima, izmenile svoje unutrašnje zakonodavstvo, uključujući tu i

- 
- 54 O problemima vezanim za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži vid. M. Jovanović, „Novi pravni okvir za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži“, *Pravni život* br. 11/2015.
- 55 Zarad sagledavanja problema nedostatka apelacionog mehanizma vid. *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment, 8 January 2007, paragraf 38.
- 56 K. Tienhaara, „Once BITten, twice shy?“, *Policy and Society*, 30:3, 2011, 187.
- 57 S. K. Fiezzoni, *op. cit.*, 134.
- 58 Za više informacija o reformama unutrašnjeg zakonodavstva Bolivije vid. Bolivia's Step Back in State Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/15/bolivias-step-back-state-arbitration/>, 5.1.2018.
- 59 Za više informacija o reformama unutrašnjeg zakonodavstva Ekvadora vid: K. F. Gomez, „Ecuador's Attainment of the Sumak Kawsay and the role Assigned to International Arbitration“, *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012 i A. B. Avtgis, „Rethinking Article 422: A Retrospective on Ecuador's 2008 Constitutional ISDS Recalibration“, *Indiana Journal of Constitutional Design*, Vol. 2, Article 2, 2016.
- 60 Za više informacija o istupanju Venecuele iz ICSID-a vid. I. A. Vincantelli, „The Uncertain Future of ICSID in Latin America“, *16 Law & Bus. Rev. Am.* 409, 2010, 36.
- 61 D. M. Wick, *op. cit.*, 245.

promenu ustava kao najvišeg pravnog akta jedne države. Opravdanost nacionalizacije sektora upravljanja prirodnim resursima i isključenja sporova koji iz njih mogu da proizađu iz nadležnosti ICSID arbitraže, najbolje oslikava predmet *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia*. Naime, u konkretnom slučaju, Bolivija je dala u koncesiju upravljanje čitav sektor vodosnabdevanja kompaniji *Aguas del Tunari, S.A* koja je iskoristila svoj monopolski položaj i podigla cenu vode do te mere da su domaćinstva trošila više od 20% svojih prihoda na vodu.<sup>62</sup> Poučene negativnim iskustvima sa ulaganjima investitora u vitalne sektore neophodne za normalno funkcionisanje države i njenih građana, države Latinske Amerike su upravo nacionalizacijom tih sektora i isključenjem mogućnosti da za njih bude ugovorena nadležnost međunarodne arbitraže želele da spreče da strani investitori rukovode sektorima ključnim za opstanak njihovih građana, a u cilju očuvanja javnog interesa i interesa građana te države.

Pored korišćenja prava na istupanje iz ICSID-a i reforme unutrašnjeg zakonodavstva, države Latinske Amerike su krenule i u regionalno udruživanje u Zajednicu Južnoameričkih Nacija (*UNASUR*). U okviru *UNASUR*-a se od 2009. godine, po predlogu bivšeg ministra spoljnih poslova Ekvadora Fandera Faconija (*Fander Facioni*), uveliko radi na osnivanju centra za rešavanje investicionih sporova između investitora i država domaćina,<sup>63</sup> koji će za razliku od ICSID-a imati apelacioni mehanizam i čija će arbitražna pravila omogućiti državi domaćinu da odbije priznanje ili izvršenje presude tribunala, ukoliko u skladu sa zakonima zemlje u kojoj se presuda treba priznati/izvršiti predmet spora nije arbitrabilan ili je u suprotnosti sa javnim poretkom te države,<sup>64</sup> a koji bi kao takav upravo trebao da prevaziđe sve glavne nedostatke ICSID sistema.

Promene unutrašnjeg zakonodavstva, kao i istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a, ne deluju kao podsticaj za strane investitore, ali iz ugla ovih država predstavljaju neophodne mere očuva-

---

62 C. Titi, „Investment Arbitration in Latin America The Uncertain Veracity of Perconceived Ideas“, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, Volume 30, 2014, 381.

63 K. Nowrot, *International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism*, Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2010, 8.

64 C. Titi, *op. cit.*, 380.



nja vitalnih državnih interesa kao i interesa njihovih građana i javnog poretka, s tim što još uvek ostaje da se vidi na koji način će istupanje iz ICSID-a uticati na obim novih ulaganja u ove države, kao i da li će druge nezadovoljne države članice poučene iskustvom nekadašnjih država članica istupiti iz ICSID-a.

#### 4. ZAKLJUČAK

Istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a stavilo je u fokus interesovanja stručne javnosti pitanje pravnih posledica istupanja iz ICSID-a. Na samom primeru istupanja ove tri države jasno se može sagledati koliki su problemi država uvoznica kapitala, naročito imajući u vidu multimilionske iznose naknade štete koji su dosuđivani u korist investitora pred ICSID arbitražom, kao i činjenicu da nijedna od njih nije u mogućnosti da dosuđene iznose naknade štete isplati u celosti, budući da bi ih to dovelo do bankrotstva. Sagledavanjem napred navedenih činjenica moglo bi se doći do zaključka da ICSID sistem na način na koji je danas postavljen nesumnjivo pogoduje stranim investitorima, a koji gotovo po pravilu dolaze iz država izvoznica kapitala i koji je kao takav ekonomski iscrpljujući za zemlje u razvoju koje su po pravilu uvoznice kapitala i investicija.

Upravo su zbog toga nekadašnje države članice pored istupanja iz ICSID-a, u želji da u potpunosti spreče da bilo koji potencijalni spor između njih kao država domaćina i stranih investitora bude iznet na rešavanje ICSID arbitraži i izmenile svoje unutrašnje zakonodavstvo. Međutim, ono što stoji na putu potpunom raskidu sa ICSID sistemom jeste činjenica da još uvek ne postoji jedinstveno tumačenje, pa samim tim ni primena ključnih članova Konvencije, kao i da nije moguće dati jedinstven odgovor na pitanje da li istupanjem iz ICSID-a nekadašnje države članice u potpunosti isključuju mogućnost rešavanja spora pred ICSID arbitražom. Glavni problem predstavlja tumačenje pojma saglasnosti iz člana 72 Konvencije, kojim je propisano da istupanje države članice iz Konvencije neće uticati na prava i obaveze koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže. Zbog različitih stavova zauzetih u praksi i teoriji prilikom tumačenja odredbi čl. 72 Konvencije, postoji opravdana sumnja u objektivnost ICSID arbitraže i njenih odluka, te protežiranje i zaštitu interesa država izvoznica kapitala.

Prilikom tumačenja saglasnosti iz čl. 72 Konvencije bitno je pre svega razumeti da su istupanje države članice iz ICSID-a i davanje saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže dva odvojena instituta. Naime, činjenica da je konkretna država istupila iz ICSID-a, ne utiče direktno i na datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže, odnosno istupanjem iz ICSID-a data saglasnost neće automatski biti povučena. Trajanje date saglasnosti zavisi isključivo od odredbi i uslova samog instrumenta u kome je ta saglasnost i sadržana.

Stoga je prema mišljenju autora odgovarajuće shvatanje kojim bi se moglo stati na kraj nedoumicama u vezi sa pravnim posledicama istupanja iz ICSID-a, imajući u obzir sve odredbe Konvencije, ono koje zastupa stav da saglasnosti iz člana 72 Konvencije treba biti shvaćena kao jednostrano data saglasnost od strane države (njenih konstitutivnih jedinica, državnih agencija ili bilo kog državljanina) i da upravo namera čl. 72 Konvencije jeste da se očuvaju ona prava i obaveze koja iz te jednostrano date saglasnosti i proizlaze. Prihvatanjem ovog shvatanja investitor bi mogao da da saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sve dokle god je saglasnost države domaćina na snazi, nezavisno od toga da li je država domaćin istupila iz ICSID-a. Naime, iako bi arbitražni sporazum mogao da nastane i nakon istupanja države domaćina iz ICSID-a, tada ne bi bio ispunjen uslov članstva u ICSID-u, te bi u tom slučaju nadležnost ICSID arbitraže mogla da bude zasnovana isključivo na osnovu Dodatnih pravila.

Naposletku, imajući u vidu još uvek neusaglašenu praksu po pitanju tumačenja članova relevantnih za istupanje država članica iz ICSID-a, očigledno je da će ovo pitanje predstavljati izvor novih rasprava u teoriji i praksi, a upravo je na ICSID arbitraži da odlučivanjem u konkretnim predmetima zauzme jasan i više nego neophodan stav o tumačenju i primeni članova 25, 71 i 72 u svetlu pravnih posledica istupanja iz ICSID-a i na taj način omogući valjanu pravnu podlogu i izvesnost državama prilikom korišćenja prava na istupanje.

Jelena Đorđević, LL.M.

## LEGAL CONSEQUENCES OF WITHDRAWAL FROM THE ICSID

### *Summary*

Legal consequences of withdrawal from the ICSID are among the crucial and most complex issues of international law of foreign investments. The lack of a uniform interpretation of key articles of the Convention regulating the right of withdrawal from the ICSID additionally makes their application in practice more difficult. Bearing in mind the tendency of increasing foreign investments in Serbia and the lack of professional literature dealing with the matter of legal consequences of withdrawal from the ICSID, the author wants to point out to the relevance of the topic and the need to gather experiences of former member states of the ICSID, but also the decisions of the tribunal of the ICSID arbitration, for the purpose of creating a better strategic institutional approach in protecting the interest of the host state and its citizens.

Key words: *Legal consequences of withdrawal from the ICSID. – Withdrawal from the ICSID. – Consent to competence of ICSID arbitration. – ICSID arbitration. – ICSID Convention.*

Milan Ječmenić\*

## SUKOB INTERESA IZMEĐU SPORTISTA I SPORTSKIH ORGANIZACIJA U VEZI SA PRAVOM NA KOMERCIJALNU UPOTREBU IMIDŽA SPORTISTA\*\*

*Predmet pažnje autora u ovom radu je problem sukoba interesa između sportista i sportskih organizacija u vezi prava na komercijalnu upotrebu imidža sportista. Problem će biti analiziran kroz odgovore na sledeća pitanja: 1) Pod kojim uslovima sportska organizacija i njeni sponzori mogu komercijalno iskorišćavati imidž sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju? 2) Pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž?*

*Ključne reči: Imidž. – Sponzorstvo. – Sportska organizacija. – Sportista. – Sukob interesa.*

### 1. POSTAVLJANJE PROBLEMA

Komercijalna upotreba imidža sportista po pravilu je vezana za ugovore o sponzorstvu. Ugovori o sponzorstvu u sportu po pravilu se javljaju u dva vida. Tako, mogu se razlikovati ugovori o opremanju i ugovori o svedočenju. Ugovori o opremanju zaključuju se sa proizvođačima sportske opreme, pri čemu sponzor stavlja na raspolaganje sponzorisanom svoju sportsku opremu i pride mu isplaćuje izvesnu sumu novca, a sponzorisani se obavezuje da na način podoban reklamiranju upotrebljava isključivo sportsku opremu sponzora. Ugovori o svedočenju se zaključuju sa sponzorima koji prave proizvode koji u osnovi nemaju veze sa sportom. U ovom slučaju, sportista kao svedok potvrđuje kvalitet proizvoda sponzora, pri čemu dozvoljava sponzoru

---

\* Autor je saradnik u nastavi Pravnog fakulteta, Univerziteta u Kragujevcu, [milanjecmenic@yahoo.com](mailto:milanjecmenic@yahoo.com).

\*\* Članak predstavlja rezultat rada na doktorskoj disertaciji pod nazivom „Ugovor o sponzorstvu“.

da u promotivne svrhe upotrebljava njegova lična prava, pravo na ime i pravo na lik, a sponzor mu za uzvrat isplaćuje ugovorenu sumu novca.<sup>1</sup>

Sportske organizacije i sportisti imaju legitiman ekonomski interes za sticanjem prihoda. Jedan od načina na koji sportske organizacije i sportisti ostvaruju prihode, jeste zaključivanje ugovora o sponzorstvu. Idealna situacija bi bila ukoliko bi sportska organizacija i sportista imali istog sponzora. No, kako su u životu idealne situacije vrlo retke, a takođe i usled vrtoglavih suma novca koje se ostvaruju na osnovu sponzorskih ugovora, ovde postoji velika mogućnost konfliktnih situacija u pogledu zaključenja ugovora o sponzorstvu između sportske organizacije i sportiste. Sportske organizacije ostvaruju prihode i putem prodaje proizvoda vezanih za sportsku organizaciju, kao što je primera radi sportska oprema. U cilju povećanja prodaje sportska organizacija je itekako zainteresovana za komercijalno iskorišćavanje imidža sportista koji nastupaju za nju.

Kako bi zaštitili svoje komercijalne interese, kao i komercijalne interese svojih sponzora, sportske organizacije ugovorima koje zaključuju sa sportistima i kojima regulišu međusobna prava i obaveze,<sup>2</sup> obezbeđuju za sebe i svoje sponzore pravo komercijalne upotrebe imidža sportista, obavezuju sportiste da učestvuju u marketinškim aktivnostima za sponzore sportske organizacije i uređuju pitanje samostalnih marketinških aktivnosti sportista, ili drugačije rečeno uređuju pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž. Na taj način se, ako ne u potpunosti, ipak značajno ograničava sloboda ugovaranja za sportiste.

Predmet pažnje autora u ovom radu je problem sukoba interesa između sportista i sportskih organizacija u vezi prava na komercijalnu upotrebu imidža sportista. Problem će biti analiziran kroz odgovore

---

1 J. Rosskopf, „Der (Sport-) Sponsoringvertrag insbesondere Anwendungsbereiche, Rechtsnatur, Struktur“, Seminar im Sommersemester, Sportrecht, insbesondere (Sport-) Sponsoringverträge, bei Prof. Dr. P. W. Herrmann, [http://sportrecht.org/cms/front\\_content.php?idcat=55](http://sportrecht.org/cms/front_content.php?idcat=55), 11. jun 2018.

2 Sa profesionalnim sportistima sportske organizacije po pravilu zaključuju ugovor o radu, dok sa sportistima amaterima sportske organizacije uobičajeno zaključuju neki tip ugovora o delu. Prema Zakonu o sportu, sportska organizacija je dužna da sa profesionalnim sportistima zaključi ugovor o radu, a sa sportistima amaterima ugovor o bavljenju sportom, ili ugovor o stipendiranju maloletnog sportiste za sportsko usavršavanje. Zakon o sportu – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2016, čl. 10, st. 1 i 2.

na sledeća pitanja: 1) Pod kojim uslovima sportska organizacija i njeni sponzori mogu komercijalno iskorišćavati imidž sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju? 2) Pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž?

## 2. UKRATKO O IMIDŽU

Ne postoji jedinstvena definicija imidža. Načelno se može reći da je imidž slika predstavljanja. Imidž zapravo izražava mišljenje koje neko lice, ili mnoštvo lica stiče o nekoj osobi, firmi, ili nekom predmetu i koje dolazi do izražaja u subjektivno vrednovanim gledištima. Nosilac imidža je lice, firma, proizvod, ili usluga o kojoj treće lice kao ocenjivač stvara određenu predstavu. Imidž neke osobe, neke firme, nekog proizvoda, ili usluge se oblikuje putem pojedinačnih utisaka, takozvanih komponenti imidža. Oni su izraz karakterističnih osobina, kao na primer istrajan, sportski, mlad, dinamičan, elegantan, narodski, ekskluzivan, odomaćen, koristan...<sup>3</sup>

U srpskom jeziku imidž označava sliku, izgled, pa i ugled, stvoreno ime u umetnosti, sportu, stečeno ime u šou biznisu, postignuto spoljnim izgledom i ponašanjem koje je originalno, pri čemu se pojam imidža proširuje i na druga zanimanja.<sup>4</sup> Ime, izgled, glas, potpis i drugi karakteristični atributi koji odlikuju jednu osobu su deo koncepta imidža. Što je osoba poznatija, njen imidž je snažniji, pozitivan, negativen, ili oboje. Imidž u širem smislu nisu samo fizičke karakteristike osobe već i znanje javnosti i reakcije na tu osobu.<sup>5</sup> Imidž je rezultat međusobnog uticaja svih iskustava, utisaka, uverenja, osećanja i znanja ljudi o nekom fizičkom, ili pravnom licu, ili događaju, ili, jednostavnije rečeno, imidž predstavlja celokupni utisak koji u javnosti postoji o nekom fizičkom, ili pravnom licu, ili događaju.<sup>6</sup> Primera radi, imidž sportiste čini njegovo ime, lik, sportski rezultati kojima se on identifikuje u javnosti. Imidž sportske organizacije jeste ubeđenje, impresija,

---

3 K. Gwinner, J. Eaton, „Building brand image trough event sponsorship: The role of image transfer“, *Journal of advertising* 4/1999, 48.

4 I. Klajn, M. Šipka, *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad 2007, 527.

5 L. Ferrari, „Sport Image Rights under Italian Law“, *The International Sports Law Journal* 1–2/2004, 14.

6 R. Botika Santos, A. Miguel Mestre, Francisko Raposo De Magalhaes, *Sports Law in Portugal*, New York 2011, 356.

ili predstava koja u javnosti postoji o sportskoj organizaciji i njenim sportskim rezultatima. Imidž sportskog događaja jeste celokupna slika koja u javnosti postoji o tom događaju i koja obuhvata celokupni vizuelni utisak preko loga, učesnika, dresova, izgleda terena...

### 3. KOMERCIJALNA UPOTREBA IMIDŽA

Komercijalna upotreba imidža fizičkog lica suštinski se ostvaruje kroz komercijalno iskorišćavanje imena i lika fizičkog lica kao sastavnih delova njegovog imidža, dok se komercijalna upotreba imidža pravnog lica suštinski ostvaruje kroz komercijalno iskorišćavanje znakovna razlikovanja pravnog lica (primera radi logo, grb...) kao sastavnih delova njegovog imidža. Pravo na ime i pravo na lik jesu takozvana lična prava, ili prava ličnosti, neprenosiva subjektivna prava koja nisu podobna za promet, za razliku od imovinskih prava.<sup>7</sup> Ipak, ime i lik poznatih ličnosti, mogu se koristiti u promotivne svrhe upravo usled njihove prepoznatljivosti u javnosti i ugleda koji uživaju. Primera radi, sportisti predstavljaju u očima javnosti obrazac zdravog života, borbenosti, uspeha, pa tako sponzori stavljanjem lika, ili imena sportiste na svoje proizvode u javnosti stvaraju utisak o njihovoj uzajamnoj povezanosti, a time posredno ukazuju na kvalitet svojih proizvoda koristeći se imidžom koji sportisti imaju.

Prava ličnosti zaštićena su od povrede i neovlašćene upotrebe Zakonom o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) i Zakonom o oglašavanju. ZOO predviđa da svako ima pravo da zahteva od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuju prava njegove ličnosti, kao i da sud, odnosno drugi nadležni organ može narediti prestanak radnje pod pretnjom plaćanja izvesne novčane svote.<sup>8</sup> Takođe, ZOO predviđa da za pretrpljene duševne bolesti zbog povrede prava ličnosti, sud može dosuditi i nadoknadu nematerijalne štete.<sup>9</sup>

7 D. Simonović, *Naknada štete prema Zakonu o obligacionim odnosima, Komentar sa sudskom praksom*, Beograd 2009, 50.

8 Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 157.

9 ZOO, čl. 200.

Zakon o oglašavanju predviđa da, ako oglasna poruka sadrži lično dobro, na osnovu kojih se može prepoznati, ili utvrditi identitet lica, oglasna poruka se ne može objaviti, bez prethodnog pristanka lica na koje se lično dobro odnosi. Pod ličnim dobrom se podrazumeva lični podatak, lični zapis, zapis lika (fotografski, crtani, grafički, filmski, video i digitalni zapis), zvučni zapis glasa i izgovorene reči određenog fizičkog lica. Za fizičko lice koje nema poslovnu sposobnost pristanak daje njegov zakonski zastupnik, a za dete bez roditeljskog staranja i punoletno lice koje je lišeno poslovne sposobnosti staratelj uz prethodnu saglasnost organa starateljstva. Pristanak lica na koje se lično dobro odnosi dat za korišćenje ličnog dobra po drugom osnovu, sa naknadom, ili bez naknade, a ne po osnovu oglašavanja, ne smatra se istovremeno i pristankom za njegovo korišćenje u oglasnoj poruci. Pristanak dat za korišćenje ličnog dobra u jednoj oglasnoj poruci, ili za određeni period oglašavanja, određeni način, odnosno za oglašavanje radi određenog cilja, ne smatra se pristankom i za ponovljeno, ili produženo oglašavanje, za oglašavanje na drugi način, odnosno za oglašavanje za druge ciljeve.<sup>10</sup>

Shodno tome, za komercijalnu upotrebu imena i lika fizičkog lica se mora dobiti dozvola.<sup>11</sup> U cilju komercijalne upotrebe imena i lika fizičkog lica vrši se samo prenos ovlašćenja za njihovo komercijalno korišćenje, a izvan toga pravom na ime i pravom na lik ne može se raspolagati, jer su ova prava neprenosiva.<sup>12</sup> Osim toga, da kasnije ne bi dolazilo do sporova, pravo upotrebe imena i lika fizičkog lica treba detaljno precizirati u pogledu teritorije na kojoj se može koristiti, vremenskog trajanja prava upotrebe, kao i načina i cilja upotrebe imena i lika.

---

10 Zakon o oglašavanju, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016, čl. 15.

11 Neovlašćena upotreba lika i imena u komercijalne svrhe po pravilu je vezana za poznate ličnosti. Neovlašćena upotreba lika i imena poznatih ličnosti može narušiti njihovo dostojanstvo i ugled, naročito ako se takvom upotrebom stvara utisak da oni komercijalizuju svoj lik, ili podržavaju vrednosti kojima se zapravo protive. Takođe, usled neovlašćene upotrebe lika i imena poznatih ličnosti, njihova komercijalna upotrebna vrednost se umanjuje.

12 S. Varga, „Korišćenje ljudskog obličja u komercijalne svrhe“, *Uslužno pravo: Zbornik referata sa međunarodnog naučnog skupa održanog 10.05.2013., na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac 2013, 78.



Kao što smo već rekli, komercijalna upotreba imidža pravnog lica suštinski se ostvaruje kroz komercijalno iskorišćavanje znakova razlikovanja pravnog lica kao sastavnih delova njegovog imidža. Znakovi razlikovanja pravnog lica mogu biti registrovani kao žig, pa je u tom slučaju za njihovu komercijalnu upotrebu potrebno zaključiti ugovor o licenci. Ukoliko pak, znakovi razlikovanja pravnog lica nisu registrovani kao žig, ipak su od neovlašćene upotrebe zaštićeni pravilima o nelegalnoj konkurenciji.

#### 4. UGOVORNO REGULISANJE PRAVA NA KOMERCIJALNU UPOTREBU IMIDŽA SPORTISTA

Sukob interesa između sportske organizacije i sportista u vezi prava na komercijalnu upotrebu imidža sportista analiziraćemo na primeru fudbalskog sporta.<sup>13</sup> Već smo ukazali na to da sportske organizacije u cilju zaštite svojih komercijalnih interesa, kao i komercijalnih interesa svojih sponzora, ugovorima koje zaključuju sa sportistima i kojima regulišu međusobna prava i obaveze obezbeđuju za sebe i svoje sponzore pravo komercijalne upotrebe imidža sportista, obavezuju sportiste da učestvuju u marketinškim aktivnostima za sponzore sportske organizacije i uređuju pitanje samostalnih marketinških aktivnosti sportista, ili drugačije rečeno uređuju pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž, pri čemu se, ako ne u potpunosti, ipak značajno ograničava sloboda ugovaranja za sportiste.

---

13 Opređelili smo se za fudbal iz razloga što su odredbe ugovora koje fudbalski klubovi zaključuju sa fudbalerima u pogledu prava na komercijalnu upotrebu imena i lika igrača i zaključenja individualnih ugovora o sponzorstvu najdetaljnije. Primera radi, ugovori koje košarkaški klubovi zaključuju sa košarkašima, u tom pogledu sadrže samo odredbu kojom se igrač obavezuje da poštuje obaveze prema sponzorima kluba (vid. Ugovor o profesionalnom angažovanju igrača, čl. 11, [https://www.google.rs/?gws\\_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=ugovor+o+profesionalnom+angazovanju+obrazac+kss](https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=ugovor+o+profesionalnom+angazovanju+obrazac+kss), 12. jun 2018.), dok ugovori koje odbojkaški klubovi zaključuju sa odbojkašima, u tom pogledu sadrže samo odredbu kojom se igrač obavezuje da učestvuje u marketinškim aktivnostima kluba (vid. Ugovor između igrača i kluba, čl. 3, <http://www.ossrb.org/>, 12. jun 2018.).

Da bismo ukazali kako ove odredbe izgledaju u praksi, mi ćemo za primer uzeti ugovor o profesionalnom igranju koji se prema Pravilniku o registraciji, statusu i transferima igrača Fudbalskog Saveza Srbije (u daljem tekstu FSS) zaključuje između fudbalskog kluba i profesionalnih fudbalera koji nastupaju za fudbalski klub.<sup>14</sup> Ugovorom o profesionalnom igranju igrač se obavezuje da reklamira sponzore koji imaju zaključen ugovor o sponzorstvu sa klubom, a prema uslovima i nalogu kluba. Reklamiranje drugih pravnih ili fizičkih lica igraču nije dozvoljeno bez pisane saglasnosti kluba.<sup>15</sup> Potpisom ovog ugovora igrač prenosi na klub pravo upotrebe njegovog lika i imena u svim medijima i institucijama, uključujući i multimedije, a posebno upotrebu fotografije igrača koju je dopustio klub. Igrač može individualno koristiti svoj lik i ime u marketinške svrhe, ali pritom ne sme koristiti obeležja kluba ni njegovu sportsku opremu.<sup>16</sup> Klub se obavezuje da igraču obezbedi svu potrebnu sportsku opremu bez naknade.<sup>17</sup>

- 14 Vid. čl. 55 Pravilnika o registraciji, statusu i transferima igrača FSS, <http://www.fss.rs/index.php?id=2213>, 13. jun 2018. Odredba Pravilnika o registraciji, statusu i transferima igrača FSS kojom se određuje da se između fudbalskog kluba i profesionalnih fudbalera koji nastupaju za fudbalski klub zaključuje ugovor o profesionalnom igranju nisu u skladu sa ZS. Prema ZS, sportska organizacija je dužna da sa profesionalnim sportistima zaključi ugovor o radu. Vid. ZS, čl. 10, st. 2.
- 15 Vid. čl. 3, st. 14 Ugovora o profesionalnom igranju, <http://www.fss.rs/index.php?id=2277>, 14. jun 2018.
- 16 Vid. čl. 4, st. 1 i 2 Ugovora o profesionalnom igranju.
- 17 Vid. čl. 5, st. 7 Ugovora o profesionalnom igranju. Prema ZS, čl. 6, st. 3, nadležni nacionalni sportski savezi usaglašavaju svoja sportska pravila sa sportskim pravilima nadležnog međunarodnog sportskog saveza, a u slučaju da nisu usaglašena, ili da nadležni nacionalni sportski savez nije doneo odgovarajuća sportska pravila, neposredno se primenjuju sportska pravila nadležnog međunarodnog sportskog saveza, osim ako nisu u skladu sa ZS. Odredbe ugovora o profesionalnom igranju u pogledu prava na upotrebu imena i lika igrača nisu u skladu sa FIFA minimalnim uslovima za ugovor između igrača i kluba i UEFA minimalnim uslovima za ugovor između igrača i kluba (Sporazum o minimalnim uslovima za tipske ugovore sa profesionalnim fudbalerima u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA). Tako, FIFA minimalni uslovi za ugovor između igrača i kluba, u odeljku pod nazivom „Prava u vezi imidža“ predviđa: Klub i igrač moraju se saglasiti o tome na koji način će biti iskorišćena (unovčena) prava u vezi imidža igrača. Načelno se preporučuje da svaki igrač sme sam iskoristiti svoja prava, ukoliko kroz to ne dolazi do konflikta sa sponzorima, ili partnerima kluba, dok klub sme iskorišćavati prava u vezi imidža igrača kao deo grupe i, ili tima (vid.

## 5. POLAZNE PREMISE ZA REŠAVANJE SUKOBA INTERESA IZMEĐU SPORTSKIH ORGANIZACIJA I SPORTISTA U VEZI SA PRAVOM NA KOMERCIJALNU UPOTREBU IMIDŽA SPORTISTA

Kako bismo odgovorili na pitanja pod kojim uslovima sportska organizacija i njeni sponzori mogu komercijalno iskorišćavati imidž sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju, kao i pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž, moramo poći od sledećih premisa. Prvo, u odnosu između sportiste i sportske organizacije, mogu se prepoznati tri tipa imidža, individualni, povezani i kolektivni imidž.<sup>18</sup> Individualni imidž zapravo je imidž sportiste. Kao što smo već rekli, komercijalna upotreba individualnog imidža, zapravo se suštinski ispoljava u komercijalnoj upotrebi imena i lika, kao sastavnih delova individualnog imidža, i koji su kao lična prava zaštićeni od povrede i neovlašćene upotrebe ZOO-om i Zakonom o oglašavanju. Dakle, titular prava na individualni imidž jeste sportista. Sportista može svoj individualni imidž komercijalno da iskorišćava sam, ili pak to pravo može prepustiti drugima. Sportista pravo komercijalne upotrebe svog imidža može prepustiti uz naknadu, ili bez naknade, ekskluzivno, ili neekskluzivno.

---

Professional Football Player Contract Minimum Requirements, [https://www.google.rs/?gws\\_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=fifa+minimum+standard+for+players+contract+in+professional+football](https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=fifa+minimum+standard+for+players+contract+in+professional+football), 15. jun 2018.). UEFA minimalni uslovi za ugovor između igrača i kluba predviđaju da se od kluba i igrača očekuje da se dogovore o tome kako će se koristiti prava na upotrebu lika igrača. Kao preporuka i princip, svaki igrač može individualno koristiti svoja prava ako to nije u suprotnosti sa pravima sponzora, ili partnera kluba, a klub može koristiti prava na upotrebu lika igrača kao člana reprezentacije (vid. Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and the rest of the UEFA territory, [https://www.google.rs/?gws\\_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=autonomus+agreement+regarding+the+minimum+requirements+for+standard+player+contracts+in+the+professional+football+sector](https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=autonomus+agreement+regarding+the+minimum+requirements+for+standard+player+contracts+in+the+professional+football+sector), 15. jun 2018.).

18 Vid. čl. 12 francuskog Nacionalnog kolektivnog ugovora u sportu koji nosi naslov „Korišćenje slike i imena sportista i trenera u okviru izvršenja ugovora o radu“. Convention collective nationale du sport (CCNS), <http://avironfrance.fr/EspaceClub/Emploi/ConventionCollective/ConventionCollective.htm>, 16. jun 2018.

Povezani imidž predstavlja vezu individualnog imidža sportiste i imidža sportske organizacije. Komercijalna upotreba povezanog imidža suštinski se ispoljava u komercijalnoj upotrebi imena i lika sportiste u vezi sa znakovima razlikovanja sportske organizacije. Ni sportista, ni sportska organizacija ne mogu bez dozvole drugog komercijalno koristiti povezani imidž, niti ga prepustiti drugima na komercijalno korišćenje.

Kolektivni imidž predstavlja imidž sportske organizacije. Komercijalna upotreba kolektivnog imidža suštinski se ispoljava u komercijalnoj upotrebi znakova razlikovanja sportske organizacije, kao i komercijalnoj upotrebi grupne slike sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju. Titular kolektivnog imidža jeste sportska organizacija i ona odlučuje o njegovoj komercijalnoj upotrebi. No, to ne znači da sportska organizacija može bez dozvole sportiste da koristi njegov lik u okviru grupne slike sportista koji nastupaju za nju.

Drugo, ugovor o profesionalnom igranju jeste tipski ugovor koji je sastavljen od FSS. Nadležni nacionalni granski sportski savez je prema ZS ovlašćen da propiše opšte (minimalne) uslove za zaključenje ugovora između sportiste i sportske organizacije.<sup>19</sup> Uzevši u obzir da ugovorne strane ne mogu menjati utvrđene odredbe ugovora, već da moraju koristiti propisani obrazac ugovora, a da mogu uneti samo određena preciziranja i dodatke, da se zaključiti da se radi o obliku opštih uslova.<sup>20</sup> Dakle, ugovor o profesionalnom igranju se zaključuje kao ugovor po pristupu. Shodno tome, na njega se primenjuje odredba ZOO kojom je predviđeno da su ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora, ili dobrim poslovnim običajima, a sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava, ili rokove iz ugovora, ili koje su inače nepravične, ili preterano stroge prema njoj.<sup>21</sup> Osim toga, ukoliko je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane.<sup>22</sup>

---

19 ZS, čl. 100, st. 2, tač. 5.

20 N. Đurđević, M. Mićović, Z. Vuković, *Ugovori u sportu*, Kragujevac 2014, 187.

21 ZOO, čl. 143.

22 ZOO, čl. 100.

## 6. PRAVO SPORTSKE ORGANIZACIJE NA KOMERCIJALNU UPOTREBU IMIDŽA SPORTISTA

Što se tiče pitanja pod kojim uslovima sportska organizacija i njeni sponzori mogu komercijalno upotrebljavati individualni imidž sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju, može se reći da bi ovo pitanje trebalo urediti ugovorom zaključenim između sportiste i sportske organizacije. Sportska organizacija koja želi da komercijalno upotrebljava individualni imidž sportiste koji nastupa za nju, mora dobiti dozvolu sportiste, što proizilazi iz ZOO i Zakona o oglašavanju. To se postiže unošenjem odgovarajuće klauzule u ugovor koji sportska organizacija zaključuje sa sportistom. Pritom, nije na odmet ponoviti, da pravo komercijalne upotrebe individualnog imidža sportiste od strane sportske organizacije treba detaljno precizirati u pogledu načina, cilja i perioda korišćenja, jer prema Zakonu o oglašavanju, pristanak lica na koje se lično dobro odnosi dat za korišćenje ličnog dobra po drugom osnovu, sa naknadom, ili bez naknade, a ne po osnovu oglašavanja, ne smatra se istovremeno i pristankom za njegovo korišćenje u oglasnoj poruci.<sup>23</sup> Pristanak dat za korišćenje ličnog dobra u jednoj oglasnoj poruci, ili za određeni period oglašavanja, određeni način, odnosno za oglašavanje radi određenog cilja, ne smatra se pristankom i za ponovljeno ili produženo oglašavanje, za oglašavanje na drugi način, odnosno za oglašavanje za druge ciljeve.<sup>24</sup> Time što je sportska organizacija stekla pravo komercijalne upotrebe individualnog imidža sportiste, ne znači da je sportska organizacija ovlašćena da to pravo prepusti drugima, recimo sponzorima sportske organizacije. Uslovi pod kojima sponzori sportske organizacije mogu komercijalno koristiti individualni imidž sportista članova sportske organizacije, moraju biti predviđeni ugovorom zaključenim između sportiste i sportske organizacije, ili dodatnim aktom. Dakle, sportska organizacija može svojim sponzorima prepustiti pravo komercijalne upotrebe kolektivnog imidža, dok se za komercijalnu upotrebu individualnog imidža sportista članova sportske organizacije od strane sponzora sportske organizacije mora pribaviti posebno odobrenje sportiste čiji se individualni imidž želi komercijalno koristiti.

23 Zakon o oglašavanju, čl. 15, st. 6.

24 Zakon o oglašavanju, čl. 15, st. 7.

Ukoliko pogledamo ugovor o profesionalnom igranju, vidimo da on sadrži odredbu po kojoj igrač prenosi na klub pravo upotrebe njegovog lika i imena u svim medijima i institucijama, uključujući i multimedije, a posebno upotrebu fotografije igrača koju je dopustio klub. Nama se čini da ova ugovorna odredba deluje dosta nedorečeno i nejasno. Niti je preciziran način, niti cilj upotrebe imena i lika sportiste. Prema ZOO, ukoliko je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane.<sup>25</sup> Kako ovom ugovornom odredbom klub stiče izvesna prava, u slučaju spora se ova odredba ima tumačiti restriktivno. Treba uzeti da je sportista dozvolio klubu pravo upotrebe imena i lika za zvanične fotografije kluba i u cilju promocije kluba, ali ne i u cilju komercijalne upotrebe imena i lika sportiste radi prodaje proizvoda vezanih za klub, a još manje ovlastio klub da prepusti svojim sponzorima pravo komercijalne upotrebe imena i lika sportiste.

## 7. PRAVO SPORTISTA NA SAMOSTALNU KOMERCIJALNU UPOTREBU SVOG IMIDŽA

Kako bismo odgovorili na pitanje pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž, moramo poći od dve vrste ugovora o sponzorstvu koji se po pravilu zaključuju sa sportistima i sportskim organizacijama, a to su ugovori o opremanju i ugovori o svedočenju. Što se tiče ugovora o opremanju, po pravilu je ugovorima zaključenim između sportiste i sportske organizacije predviđeno da se sportista obavezuje da nosi opremu koju mu na raspolaganje stavi sportska organizacija, a koju sportska organizacija dobija od svojih sponzora. To se može tretirati kao radna uniforma sportiste i on je u obavezi da je nosi na svim zvaničnim nastupima za sportsku organizaciju, kao što su utakmice, treninzi, putovanje na utakmice, konferencije koje organizuje sportska organizacija...<sup>26</sup> Pritom, primera radi u fudbalskom sportu, sportisti i na zvaničnim nastupima za sport-

---

25 ZOO, čl. 100.

26 F. Rybak, *Das Rechtsverhältnis zwischen dem Lizenzfußballspieler und seinem Verein*, Frankfurt am Main 1999, 110.

sku organizaciju mogu imati individualne ugovore o opremanju i to za fudbalere u pogledu kopački, a za golmane još i u pogledu rukavica.<sup>27</sup> Poznati su slučajevi Franka Riberija (*Ribery*) i Maria Gomeza (*Gomez*) kojima je fudbalski klub Bajern dozvolio da na utakmicama nastupaju u patikama svojih sponzora.<sup>28</sup> Van radnog vremena, odnosno van zvaničnih događaja sportisti imaju pravo da zaključuju individualne ugovore o opremanju sa svojim opremljivačima.

Samostalno korišćenje individualnog imidža u komercijalne svrhe od strane sportiste vezano je za zaključenje ugovora o svedočenju. Ukoliko sportista nije ekskluzivno prepustio sportskoj organizaciji pravo komercijalne upotrebe njegovog individualnog imidža, onda nema nikakvih ograničenja za sportistu da zaključuje individualne ugovore o svedočenju.

Ukoliko pogledamo ugovor o profesionalnom igranju, ovo pitanje uređeno je tako da se klub obavezuje da igraču obezbedi svu potrebnu sportsku opremu bez naknade, kao i da igrač može individualno koristiti svoj lik i ime u marketinške svrhe, ali pritom ne sme koristiti obeležja kluba ni njegovu sportsku opremu. Dakle, igrač može komercijalno iskorišćavati svoj individualni imidž, ali ne i povezani imidž u komercijalne svrhe.

Iz ovih odredbi se na prvi pogled može zaključiti, da na osnovu ugovora o profesionalnom igranju, igraču je dozvoljeno da zaključuje individualne ugovore o opremanju, ali van zvaničnih nastupa za klub, kao i da može zaključivati individualne ugovore o svedočenju. Naravno, iz načela savesnosti i poštenja proizilazi za igrača obaveza da o nameri zaključenja individualnih ugovora o opremanju i svedočenju obavesti klub. Ipak, ugovor o profesionalnom igranju sadrži i odredbu po kojoj reklamiranje drugih pravnih ili fizičkih lica igraču nije dozvoljeno bez pisane saglasnosti kluba. Šta drugo može predstavljati ugovor o opremanju, ili ugovor o svedočenju, nego li promovisanje, ili doduše neadekvatno rečeno, reklamiranje sponzora, njegovih proizvoda, ili usluga.

27 Vid. Tipski ugovor između igrača i fudbalskog kluba engleske Premijer lige, The football league contract, [https://www.google.rs/?gws\\_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=premier+league+the+football+league+contract](https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=premier+league+the+football+league+contract), 17. jun 2018.

28 F. Benjamin Wehner, „Zum Konflikt zwischen Individual- und Teamsponsoringverträgen am Beispiel des Musterarbeitsvertrages der DFL“, Seminar zum Sportrecht, bei Prof. Dr. Peter W. Herrmann, LL.M., Wintersemester, 2010/2011, <https://www.yumpu.com/de/document/view/2741120/zum-konflikt-zwischen-individual-sportrechtorg>, 18. jun 2018.

Shodno tome, zaključivanje individualnih ugovora o opremanju i svedočenju od strane igrača, ograničava se dobijanjem pisane saglasnosti kluba, čime se zapravo ograničava sloboda ugovaranja sportista.

Ovako formulisana odredba ugovora o profesionalnom igranju, za praktičnu posledicu može imati potpunu zabranu za sportiste da zaključuju individualne ugovore o opremanju i svedočenju, budući da nisu predviđeni razlozi iz kojih sportska organizacija može odbiti da da saglasnost, te se kao takva ova ugovorna odredba može tretirati kao nepravična prema sportisti. Prema ZOO, sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje su inače nepravične, ili preterano stroge prema drugoj strani.<sup>29</sup> „Ovim kriterijumom se ostavlja sudu sloboda da pravično odmeri obostrane interese ugovornika i da utvrdi da li neka odredba opštih uslova narušava ravnotežu prava i obaveza u toj meri da se može smatrati nepravičnom.“<sup>30</sup> Kao opravdani razlozi iz kojih sportska organizacija može odbiti da da saglasnost za zaključenje individualnih ugovora o opremanju i svedočenju, smatramo da bi to mogli biti razlozi da sportista zaključuje ove ugovore sa sponzorima koji su konkurenti značajnim sponzorima kluba, ili pak ukoliko bi obaveze preuzete ovim ugovorima mogle ometati igrača u ispunjavanju obaveza koje ima prema klubu.<sup>31</sup>

Inače, ukazaćemo na to da ZS predviđa da sportista i sportska organizacija mogu zaključiti samo jedan ugovor za bavljenje sportiste sportskim aktivnostima u sportskoj organizaciji.<sup>32</sup> Prema ZS, sportske aktivnosti jesu svi oblici fizičke i umne aktivnosti, koji kroz neorgani-

---

29 ZOO, čl. 143.

30 Z. Vuković, *Nepravične ugovorne odredbe, posebno u potrošačkim ugovorima*, Magistrarski rad, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac 2012, 29.

31 U sudskoj praksi sudova u Sjedinjenim Američkim Drazavama ovo pitanje bilo je predmet spora *Portland Trail Blazers v. Darnell Valentine and Jim Paxson*. Kako Jednoobrazni ugovor o angažovanju igrača koji zaključuju NBA klubovi sa košarkašima nije predviđao razloge iz kojih NBA klub može uskratiti saglasnost na zaključenje individualnih ugovora o sponzorstvu igrača, sud je presudio da klub ne može uskratiti pristanak, osim u slučaju opravdanih i razumnih interesa kluba, ili NBA lige. Vid. *Portland Trail Blazers v. Darnell Valentine and Jim Paxson*, Decision 86–2, 13 August 1986, [https://www.google.rs/?gws\\_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=Portland+Trail+Blazers+v.+Darnell+Valentine+and+Jim+Paxson%2C+Decision+86-2+\(August+13%2C+1986\)](https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=C3CHVOjzIsb7ywO3koCwBA#q=Portland+Trail+Blazers+v.+Darnell+Valentine+and+Jim+Paxson%2C+Decision+86-2+(August+13%2C+1986)), 19. jun 2018.

32 ZS, čl. 10, st. 9.



zovano, ili organizovano učešće, imaju za cilj izražavanje, ili poboljšanje fizičke spremnosti i duhovnog blagostanja, stvaranje društvenih odnosa, ili postizanje rezultata na takmičenjima svih nivoa.<sup>33</sup> Praktično, to bi značilo da pitanja pod kojim uslovima sportska organizacija i njeni sponzori mogu komercijalno iskorišćavati imidž sportista koji nastupaju za sportsku organizaciju, kao i pod kojim uslovima sportisti mogu samostalno komercijalno iskorišćavati svoj imidž mogu biti regulisana i dodatnim ugovorom između sportiste i sportske organizacije, budući da se radi o marketinškim, a ne sportskim aktivnostima.

## 8. ZAKLJUČAK

Sukob interesa između sportskih organizacija i sportista u vezi prava na komercijalnu upotrebu imidža sportista suštinski je ekonomskog karaktera. Sportske organizacije, kao i sportisti, imaju legitiman interes da ostvaruju prihode. Jedan od načina na koji sportske organizacije i sportisti ostvaruju prihode sastoji se u komercijalnom iskorišćavanju imidža sportista prevashodno putem zaključivanja ugovora o sponzorstvu. Uzevši u obzir novčane iznose koji se mogu dobiti od sponzora, razlog za sukob interesa je očigledan.

Ekonomski interesi kako sportskih organizacija, tako i sportista su nesumnjivo opravdani. Rešenje ovog sukoba interesa nikako ne bi smelo biti na štetu bilo koje strane. Načelna je preporuka saradnje i dogovora sportskih organizacija i sportista u vezi komercijalnog iskorišćavanja imidža sportista. Sva pitanja koja se tiču prava sportske organizacije u vezi komercijalnog iskorišćavanja imidža sportista trebalo bi da budu regulisana ugovorom između sportske organizacije i sportiste. Pritom, videli smo da iz ZS proizilazi da to ne mora biti uređeno osnovnim ugovorom, koji je po pravilu ugovor o radu, već ovo pitanje može biti uređeno i posebnim ugovorom zaključenim između sportske organizacije i sportiste. Taj bi se ugovor mogao odrediti kao ugovor o komercijalnoj upotrebi imidža sportiste.

Sportska organizacija mora poštovati lična prava i slobodu ugovaranja sportista. Dakle, ukoliko želi da komercijalno iskorišćava imidž sportiste, sportska organizacija mora dobiti dozvolu sportiste što proizilazi iz ZOO i Zakona o oglašavanju, što se postiže unošenjem od-

33 ZS, čl. 3, st. 1, tač. 1.

govarajuće klauzule u ugovor koji sportska organizacija zaključuje sa sportistom. Pravo komercijalnog iskorišćavanja imidža sportista od sportske organizacije mora biti precizno određeno u pogledu načina i cilja upotrebe, kao i vremenskog trajanja prava, kako ne bi naknadno dolazilo do sporova. Pravo komercijalnog iskorišćavanja imidža sportista od sponzora sportske organizacije takođe mora biti ugovorom regulisano, pri čemu sponzori takođe moraju dobiti dozvolu sportiste za komercijalno korišćenje njegovog imidža.

Sportska organizacija ne može kršiti slobodu ugovaranja sportista na taj način da uslovljava pravo samostalnog komercijalnog iskorišćavanja imidža sportista dobijanjem pisane saglasnosti kluba, pri čemu nisu navedeni razlozi zbog kojih sportska organizacija može uskratiti saglasnost. Prema našem mišljenju, saglasnost može biti uskraćena samo iz opravdanih interesa sportske organizacije, pri čemu se oni sastoje u tome da sportista ne može zaključivati individualne ugovore o sponzorstvu sa sponzorima koji su konkurenti značajnim sponzorima sportske organizacije, ili ukoliko bi pak obaveze preuzete na osnovu individualnih ugovora o sponzorstvu mogle ometati sportistu u ispunjavanju svojih obaveza prema sportskoj organizaciji. Pritom, u cilju jasnoće, smatramo da bi unapred trebalo utvrditi listu proizvoda, ili usluga rezervisanih za zabranu, što može biti utvrđeno ugovorom o radu, ili pak posebnim ugovorom o komercijalnoj upotrebi imidža sportiste, kao i uslovi pod kojima ona može biti izmenjena tokom izvršenja ugovora o radu.

Milan Ječmenić  
Graduate Teaching Assistant at the Faculty of Law,  
University of Kragujevac

CONFLICT OF INTEREST BETWEEN ATHLETES  
AND SPORTS ORGANIZATIONS REGARDING  
THE RIGHT TO COMMERCIAL USE OF THE  
IMAGE OF ATHLETES

*Summary*

The object of the author's attention in this paper is the problem of conflict of interests between athletes and sports organizations regarding the right to commercial use of the image of athletes. The problem will be analyzed through answers to the following questions: 1) under what conditions the sports organization and its sponsors can commercially exploit the image of athletes who are playing for a sports organization? 2) under what conditions athletes can independently commercialize their image?

Key words: *Image. – Sponsorship. – Sports organization. – Athletes. – Conflict of interest.*

*Irina Mindova, PhD\**

## UKRAINE V RUSSIA: AT THE STAGE OF INTERNATIONAL JUSTICE

*This article addresses the different perspectives and possible impact of Ukraine allegations towards Russia at the International Criminal Court, European Court of Human Rights and International Court of Justice.*

Key words: *International law and order. – Non-liquet prohibition. – Interests of justice. – State responsibility. – Violation of human rights.*

### 1. INTRODUCTION

Is it possible to settle a political dispute by means of international justice. According to the doctrine of International law and order, comprised by the completeness of law and rule of law doctrines, all the disputes should be brought to court.<sup>1</sup>

In 2004 The UN Secretary General emphasized that justice, peace and democracy are not mutually exclusive objectives but rather mutually reinforcing imperatives.<sup>2</sup>

In legal theory and practice different manners to decline a case by the court exist. The most important ones are the non-liquet prohibition and the interests of justice. They represent the idea that certain political disputes cannot be settled by the court because they are non-justifiable. These options exist in international and national justice systems.

---

\* The author is a Senior Assistant Professor at the Bulgarian “G. S. Rakovski” National Defense College, *irina\_mindova@abv.bg*.

1 Completeness of Law doctrine of H. Lauterpacht and Rule of Law doctrine of A. V. Daissy. When the two doctrines work together it is not possible for the International court as an enforcement of law body to divide disputes brought to it as justiciable and non-justiciable (political).

2 Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice, 23 August 2004/S/2004/616.

## 2. UNDERSTANDING NON-LIQUET PROBLEM

In its traditional meaning non-liquet as a general principle of international law comprises a prohibition – it is prohibited for the court to reject to decide a case due to a gap of law. According to H. Lauterpacht<sup>3</sup> the non-liquet prohibition has a positive and a negative sense.

The second new meaning of non-liquet is placed under the widely extended notion of non-justiciability. Non-justiciability is concerned with the overriding assertion of certain state interests even when they may be contra or at least even extra legem. Non-liquet comes into argument rather when applicable rules of appropriate content and precision are simply not available for adjusting the particular clash of interests.<sup>4</sup> But anyway the court is not a place and time to settle tensions between the states. International court is judging only when there is a consent between arguing parties to settle their dispute in court and when the dispute is not political. Thought it comprises a prohibition, ICJ makes non-liquet findings.

## 3. UNDERSTANDING THE “INTEREST OF JUSTICE” EXCEPTION

The interests of justice exception gives the prosecutor of the ICC the authority to initiate or to decline to initiate investigation or prosecution in a situation where the positive statutory facts of jurisdiction and admissibility are present. The decline related to interests of justice is possible when a balancing test is passed. It concerns the necessity for the prosecutor to take in account all the circumstances, including the gravity of crime, the interests of victims and the age or the infirmity of the alleged perpetrator and his role in the alleged crime.<sup>5</sup> According to the policy paper of the ICC on the interests of justice<sup>6</sup> they are

---

3 H. Lauterpacht, *International Law*, Vol 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, 215–216.

4 J. Stone, *Non liquet and the function of law in the international community*, 35 *Brit YBInt'l.* 124 (1959), <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint35&div=10&id=&page=>, 6.5.2018.

5 Art. 53(2)(c) Statute.

6 Policy Paper on the Interests of Justice ICC-OTP-2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>, 12.5.2018.

defined as an exceptional circumstance or a last resort course. The ambiguity of this provision has led to strong criticism against the international criminal court for focusing only on situations in Africa, for bringing one-sided prosecution and for not bringing charges in certain situations.

#### 4. THE CRISIS BETWEEN UKRAINE AND RUSSIAN FEDERATION

The crisis between Ukraine and Russian Federation concerning the situation in the country during and after the Maidan protests, the incorporation of Crimea and the city of Sevastopol to the territory of Russian Federation and the situation in Eastern Ukraine are at the stage of international justice. Ukraine has brought allegations against Russia in three international jurisdictions: European Court of Human Rights (ECHR), International Criminal Court (ICC) and International Court of Justice (ICJ) and all of them are conducting examinations. These jurisdictions are enabled to conduct a legal and contextual analysis of the crisis and rule their decisions under different perspectives: violation of human rights committed by states, commission of grave international crimes and evocation of individual criminal liability, and disputes on interpretation and application of international conventions related to the crisis and the alleged crimes.

The cases are still pending but they come in a special moment: when the idea that justice is an essential component of the stable peace is undermined. The findings of these cases will be very important both for the settlement of the crisis between the arguing states but also for the proof of effectiveness or ineffectiveness of international justice in geopolitical clashes. These findings are expected to give another type of information on the happening – based on a contextual and legal analysis conducted on the ground of reliable information. In recent decades a lot of non-traditional legal instruments for legitimate use of force by state actors have been introduced and put in practice. But there is a huge gap in the post-coming judicial control and evaluation of the events.

## 5. UKRAINE V RUSSIA UNDER THE PERSPECTIVE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Russia ratified the European convention on human rights in 1998. In 2016 the Court dealt with 7.010 applications concerning Russia, of which 6.365 were declared inadmissible or struck out. The Court delivered 228 judgments, concerning 648 applications, 222 of which found at least one violation of the ECHR.<sup>7</sup> From January to July 2017 – 3.451 applications were allocated and decided by judgment 495.

Ukraine crisis is also pending at the ECHR. Currently there are five inter-state applications lodged by Ukraine against Russia. They come after the allegations of Georgia against Russia in 2007, 2008 and 2009.

The first case – Ukraine v. Russia (no. 20958/14) was lodged on 13 March 2014 and it concerns the situation in Crimea from March 2014 and subsequent developments in Eastern Ukraine up to the beginning of September 2014. The ECHR uses a specific term to qualify the situation in Crimea as “the assumption of control by the Russian Federation over the Crimean peninsula”, that differ to some extent from the one used by the ICC “the incorporation of Crimea to the territory of Russian Federation”. The allegations of the Ukraine government towards Russia comprise that by means of exercising effective control over the Autonomous Republic of Crimea and over separatists and armed groups in Eastern Ukraine, Russia exercised jurisdiction over the situation that resulted in numerous violations of the European Convention on Human Rights for civilian population, military servicemen and law enforcement bodies.

In this situation the ECHR decided to apply rule 39 of the Rules of Court “interim measures” calling both states to refrain from taking any measures, in particular military action, that might lead to a violation of the Convention rights for civilian population, especially the right to life and prohibition of torture and inhuman or degrading treatment.<sup>8</sup>

---

7 ECHR, Russia. Press country profile, last update October 2017, [http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Russia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf), 20.5.2018.

8 European Court of Human Rights deals with cases concerning Crimea and Eastern Ukraine, ECHR 345 (2014).

The second case *Ukraine v. Russia (II)* (no. 43800/14) was lodged a few months later – on 13 June 2014. It concerns the abduction of three groups of orphan children and children without parental care by armed separatist groups in Eastern Ukraine and their transfer to Russia. After the first incident the Court decided to apply again rule 39 of the Rules of Court “interim measures” indicating to Russian authorities immediately to return the children in Ukraine.

*Ukraine v. Russia (IV)* (application no. 42410/15) concern the situation in Eastern Ukraine and Crimea after September 2014. In 2016 the court decided to divide the case in two parts on geographic principle – a sole case on Crimea and a sole case on the situation on Eastern Ukraine.

In addition to the inter-State applications, almost 3.700 individual applications apparently related to the events in Crimea or the hostilities in Eastern Ukraine are pending before the Court.

In these inter-state cases the problems of state jurisdiction and state responsibility are posed. The situation in Crimea and Eastern Ukraine with non-state actors does not cover the existing test in international law for state responsibility based on the concept of “effective control” defined by the International Court of Justice.

The ECHR uses the term “overall effective control” and suggests an alternative standard that comprises of certain state support to non-state actors with the knowledge of wrong doing, that has been used in Court’s practice in other cases: *Al Nashiri v. Poland* (2014) and *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland* (2014).

Noteworthy cases in which violations of human rights were found vary in scope. Some of them concern violation of political rights and freedoms of opposition political leaders and parties and their participation in the political life:

- a violation of right to liberty and security was found in the case of *Kasparov v. Russia* (No. 1) 11.10.2016 – concerning the detention of Mr Casparov, the former world chess champion and political activist, by Russian authorities which had prevented him from participation in an opposition political demonstration in 2007;
- a violation of the freedom of association – *Kasparov and Others v. Russia* (No. 2) 13.12.2016 – another case for Mr



Kasparov concerning his and Mr Averin arrest at a protest rally in Moscow and ensuing detention;

- a violation of the freedom of association was found in the case of another opposition leader – Boris Nemtsov. In the case *Nemtsov v. Russia* 31.7.2014 concerning his arrest and detention after his participation in a political demonstration, the court found an arbitrary interference with his right of assembly and that the proceedings against him have the serious potential to deter others from participating in demonstrations and open political debate. In the case of *Frumkin v. Russia* 5.1.2016 a violation of the freedom of association was concerned in the context of a political rally at Bolotnaya Square in Moscow on 6 May 2012, held to protest against “abuses and falsifications” in the elections to the State Duma and the presidential elections;
- a violation of right of a fair trial is alleged in pending cases of another opposition leader *Aleksey Navalny*. The pending cases of *Navalny v. Russia* 17.10.2017, *Navalny and Yasin v. Russia*, *Navalny and Offitserov v. Russia* – in all of these cases the opposition leader is claiming that the criminal proceedings leading to his conviction had been unfair and based on an unforeseeable application of criminal law. But these convictions eliminate his right to participate in the next presidential elections;
- a violation of the right to elect and to be elected – *Yabloko Russian United Democratic Party and Others v. Russia* 8.11.2016. The case concerned the cancelation of the registration of *Yablako* candidates for the Legislative Assembly of Karelia by the Supreme Court of Karelia in October 2006. In this case a violation of article 3, protocol 1 was found;
- a violation of the freedom of expression was found in the case of *Novaya Gazeta and Milashina v. Russia* 3.10.2017 concerning proceedings for defamation against an editorial house and a journalist following the publication of two articles concerning the sinking of the Russian Navy’s nuclear cruise missile submarine “*Kursk*” and the accident investigation.

Other decisions against Russia concern the complex situation with the liquidation of Russian oil company OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS and conviction of the heads of the company.

In 2014 the Court ruled a decision which poses serious financial obligations for Russia related to YUKOS and the violation of rights of former share holders of the company – 1.866.104.634 euros (EUR) in respect of pecuniary damage and EUR 300.000 in respect of costs and expenses to the Yukos International Foundation.

In 2015 Russia has adopted amendments to the Constitutional Court of the Russian Federation Act.<sup>9</sup> With these amendments the Constitutional Court was given a new role – to be the definite authority to rule whether it is possible to comply with a decision of the ECHR or not. This final decision is pronounced under the action of a federal body of the executive power. If the Constitutional court rules impossibility to comply no further actions can be taken in Russia. Based on this law Russian Constitutional court has made a decision in 2017 not to fulfill the decision of ECHR on payments of Yukos.<sup>10</sup>

## 6. UKRAINE CRISIS UNDER THE ICC

International Criminal Court is the newest permanent international jurisdiction found in 1998 and active as of 1 July 2002. Under its jurisdiction fall the heaviest crimes that bring concern to international community – aggression, crimes against humanity, genocide and war crimes.

US, Israel, Russia and 36 other countries signed but did not ratify the Rome Statute of the ICC. According to the Vienna Convention on the Law of Treaties a state that has signed but not ratified a treaty is obliged to refrain from “acts which would defeat the object and purpose” of the treaty.

The ICC preliminary examination process is conducted in the context of the following principles: independence, impartiality and objectivity.<sup>11</sup>

---

9      Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ „О Конституционном Суде Российской Федерации“ (последние изменения, 28 декабря 2016 г.).

10     Постановление Конституционного Суда российской Федерации, 19 января 2017, <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>, 5.6.2018.

11     Policy Paper on Preliminary Examinations, November 2013, ICC.

Independence concerns the action of the Office as a separate organ of the Court and the prohibition for its members to seek or act on instructions from any external sources.<sup>12</sup>

The scope of the examination is not bound to the information contained. Any other information will be a subject of critical analysis.

Impartiality concerns the application of methods and criteria irrespective of the States or parties, persons or groups involved. No adverse distinction is drawn on grounds of gender, age, political or other opinion, national, ethnic or social origin.

Objectivity means that in order to establish the truth there will be an equal investigation of incriminating and exonerating circumstances.<sup>13</sup>

Together with the general principles there are also statutory factors applied at the preliminary stage of the investigation that help to determine whether there is a reasonable basis to proceed with the investigation. According to the court 'reasonable basis' means a sensible or reasonable justification for a belief that a crime falling within the jurisdiction of the court has been or is being committed.

The situation in Ukraine has been under preliminary examination since 25 April 2014. Ukraine is not a state party to the Statute but its government lodged a declaration under article 12(3) of the Statute for temporary acceptance of the ICC jurisdiction for the period of alleged crimes committed – 21 November 2013 – 22 February 2014. Later the Ukrainian government lodged a second declaration for accepting the ICC jurisdiction on its territory from 20 February 2014 onwards. These steps give an opportunity for the preliminary examination of the alleged crimes to be extended.

Subject of preliminary examinations are alleged crimes committed during the Maidan protests in the period 21 November 2013 – 22 February 2014, the incorporation of Crimea and the city of Sevastopol into the Russian Federation and the situation at the Eastern Ukraine provinces of Kharkov, Donetsk and Luhansk.

The results from the preliminary examination of the Maidan protests with allegations for crimes against humanity committed had been reported by the prosecutor in 2015 at the Report of the preliminary examination activities 12 November 2015.

---

12 Art. 42 (1), Statute.

13 Art. 54 (1)(a), Statute.

As a result of the legal analysis the prosecutor comes to the conclusion that during the three month period of demonstrations in Ukraine the alleged crimes occurred sporadically, in limited instances so that the imperative necessity of widespread or systematic nature of the attack that distinguishes the crimes against humanity is not present.

The conclusion of the prosecutor is that the alleged crimes do not amount the crimes against humanity but anyway they comprise serious human rights abuses and must be punished. The prosecutor keeps the chance to rethink if any new information occurs.

### *6.1. The situation in Crimea*

The Report of the preliminary examination published in 2016 contains no legal analysis yet but only the contextual background of the situation in Crimea and Eastern Ukraine and the alleged crimes. The prosecutor findings on the basis of available information define the situation as evolving from a non-international armed conflict to an international armed conflict between Ukraine and Russian Federation. The essence – for the ICC an armed conflict is international by nature if one or more states partially or totally occupy the territory of another state no matter of the presence or lack of armed resistance. The Prosecutor uses the term “incorporation” of Crimea and the city of Sevastopol into the Russian Federation and specifies that the results of the referendum held at the presence of armed and mostly uniformed individuals wearing no identifying insignia was declared invalid by the Ukrainian government and most of the States of the UN General Assembly.<sup>14</sup>

The preliminary examination is focused on the alleged crimes – harassment of Crimea Tatar population, killing and abduction, ill-treatment, detention and fair trial, compelled military service.

Contextual background reveals another problem – with the citizenship of the Crimean population. The report says that automatic Russian citizenship was given to everybody unless those who insisted to keep Ukrainian one.

The contextual background of the situation in Eastern Ukraine is far more stressing. The alleged crimes for Eastern Ukraine contain

---

14 ICC-CPI-20161114-PR1252 Report on Preliminary Examination Activities (2016) Press Release: 14 November 2016.

killings, destruction of civilian objects, detention, disappearance, torture – ill treatment, sexual and gender-based crimes. The office has a database for over 800 incidents that happened since 24 February 2014.

Russia withdraws from ICC in November 2016.<sup>15</sup> Thus a second permanent member of the UN Security Council withdraws from the Statute and the jurisdiction of the Court. The official document of the Russian president does not contain motives. But it was announced two days after the issuance of the Annual Report of Preliminary Examination Activities of the Prosecutor of International Criminal Court.<sup>16</sup>

It is also important to emphasize that Russian withdrawal comes at time when a process of ratification of amendments to the Statute concerning the legal definition of the crime of aggression is ongoing<sup>17</sup> and fifteen states have already ratified the Kampala amendments.

## 7. UKRAINE V. RUSSIA AT THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

On 16 of January 2017 Ukraine applied against Russia in ICJ. Ukraine brought two claims against Russia concerning Crimea – for violation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination due to deliberate campaign of cultural erasure in the Autonomous Republic of Crimea and City of Sevastopol, and the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism due to Russian Federation's sponsorship of terrorism campaign in Ukraine.

The court concludes *prima facie* that it has the jurisdiction to deal with the case to the extent that the dispute relates to the interpretation or application of the two conventions between the parties.

---

15 Распоряжение Президента Российской Федерации от 16 ноября 2016 г. N 361-рп „О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда“.

16 ICC-CPI-20161114-PR1252 Report on Preliminary Examination Activities (2016) Press Release: 14 November 2016.

17 Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Kampala, 11 June 2010 Adoption of Amendments on the Crime of Aggression, Reference: C.N.651.2010.Treaties-8 (Depositary Notification) [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf), 30.5.2018.

On 19 April 2017 the ICJ issued an order for indicating provisional measures pending the final decision of the case. The provisional measures concern both sides:

- Russian Federation in accordance with its obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination shall refrain from imposing or maintaining limitations on the ability of the Crimean Tatar community to conserve its representative institutions including Mejlis and shall ensure the availability of education in the Ukrainian language.
- Ukraine and Russian Federation – non-aggravation of the dispute between the Parties.
- The court expresses its expectations that the Parties will work individually and together in order to implement “The Package of Measures for the Implementation of the Minsk Agreement”, endorsed by the SC Resolution 2202 (2015), adopted and signed in Minsk by representatives of the OSCE, Ukraine, Russian Federation and representatives of “certain areas of the Donetsk and Luhansk regions”.

As far as the allegations on International convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT) the court found that there is no need for imposing provisional measures. Ukraine submits that, under Article 18 of the ICSFT, it has a right to the Russian Federation’s co-operation in preventing the financing of terrorism. As acts of financing of terrorism Ukraine points out (a) the bombing of peaceful marchers in Kharkiv; (b) the bombardment of Mariupol; (c) the attacks on Volnovakha and Kramatorsk; and (d) the shooting-down of Malaysia Airlines Flight MH17.

## 8. CONCLUSION

There are at least two possible impacts from the current situation.

A legal impact: International jurisdictions are enabled to give the base for legitimate actions. The legal analysis of the situation concerning the incorporation of Crimea and the city of Sevastopol and the

situation in Eastern Ukraine will give the legal assessment and possible legitimate perspectives for the crisis resolution. The courts decisions would also serve as a legal base for resolution of future political interstate crisis. The court decisions are also expected to give their added value to the legal dimension of the state and non-state actors relations in an armed conflict and peace time security.

A political impact: No matter of the fact that courts did not qualify the dispute between Russia and Ukraine as a non-justifiable their final rulings won't have the needed effect because consent for complying is missing due to certain post steps for withdrawal. The mutual consent of the arguing states to comply with the international jurisdictions decisions becomes the central point and it has its impact not only for the peaceful resolution of the crisis. The mutual consent becomes a political tool to undermine or strengthen the role of international jurisdictions as impartial arbitrary actors.

*Dr Irina Mindova*

*Docent Nacionalnog univerziteta odbrane "G. S. Rakovski",  
Bugarska*

## UKRAJINA VS RUSIJA: NA NIVOU MEĐUNARODNOG PRAVOSUĐA

### *Rezime*

Ovaj članak govori o različitim perspektivama i mogućem uticaju optužbi Ukrajine protiv Rusije pred Međunarodnim krivičnim sudom, Evropskim sudom za ljudska prava i Međunarodnim sudom pravde.

Ključne reči: *Međunarodno pravo i poredak. – Non-liquet zabrana. – Interesi pravde. – Odgovornost države. – Povreda ljudskih prava.*

Miloš Radovanović, master\*

## MERE ZA IZVRŠENJE PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

*Država članica Saveta Evrope dužna je da izvrši presudu Evropskog suda za ljudska prava u svakom predmetu u kome je stranka. Ta obaveza biće ispunjena ako država isplati dosuđeno pravično zadovoljenje i ako preduzme pojedinačne i opšte mere kojima se strazburška presuda implementira u nacionalni pravni sistem. Sama država je nadležna da izabere te mere, ali konačnu ocenu o tome da li su odabrane mere adekvatne i da li je presuda suda u Strazburu zaista izvršena, daje Komitet ministara Saveta Evrope.*

*Autor će opisati mere koje su u praksi preduzimane radi izvršenja presuda strazburškog suda, obrazložiti njihovu podelu i objasniti specifične ciljeve koje te mere treba da postignu. Autor će prethodno ukratko izložiti sam postupak nadzora nad izvršenjem presuda Evropskog suda za ljudska prava. U radu su navedeni primeri iz svih država nastalih na području bivše Jugoslavije, s tim što je najviše pažnje posvećeno Republici Srbiji.*

**Ključne reči:** *Evropski sud za ljudska prava. – Komitet ministara Save-  
ta Evrope. – Izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska  
prava. – Nadzor nad izvršenjem presuda Evropskog suda  
za ljudska prava.*

### 1. UVOD

Pravilo da se sudske odluke moraju izvršavati, koje po praksi Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ECtHR) važi za presude nacionalnih sudova, trebalo bi da važi i za presude samog strazburškog suda. Izvršenje presuda ECtHR jeste jedan od ključnih načina za unapređenje ljudskih prava u državama članicama Saveta Evrope.<sup>1</sup> Strazburška

\* Autor je doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, milos@radovanovic.biz.

1 E. Lambert Abdelgawed, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2008<sup>2</sup>, 5.



presuda kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, nije kraj sama za sebe, nego obećanje budućih promena, početak procesa koji bi trebalo da omogući da se ljudska prava i slobode efektivno ostvaruju.<sup>2</sup>

Sistem nadgledanja izvršenja, odnosno postupanja po presudama čini da sistem zaštite ljudskih prava pred ECtHR zaista bude delotvoran. Na taj način u potpunosti je zaokružena pravna zaštita koju pojedinac može ostvariti pred strazburškim sudom.<sup>3</sup> Ugled tog sistema u velikoj meri zavisi od izvršavanja presuda ECtHR, kao i od poštovanja odluka organa Saveta Evrope.<sup>4</sup> Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Konvencija) postala je ugaoni kamen evropskog političkog okruženja baš zbog toga što se izvršenje svake pojedine presude, kojom se usvaja predstavka, pažljivo i sistematski prati.<sup>5</sup>

Države članice obavezne su da se povinuju svakoj presudi ECtHR u svakom predmetu u kome su stranke.<sup>6</sup> Strazburškom presudom utvrđuje se postojanje povrede ljudskog prava u jednom konkretnom slučaju. Presude ECtHR zbog toga su po svojoj prirodi deklaratorne.<sup>7</sup> Sud u Strazburu, osim što može konstatovati povredu prava zajemčenog Konvencijom, u principu može samo dosuditi naknadu štete zbog te povrede (*just satisfaction*).<sup>8</sup>

- 2 F. Tulkens, „Execution and effects of judgments of the European Court of Human Rights: the role of the judiciary“, Dialogue between judges, Strazbur, 2006, 23, [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2006\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2006_ENG.pdf), 14.8.2018.
- 3 N. Plavšić, *Zaštita pojedinca pred Komitetom za ljudska prava i pred Evropskim sudom za ljudska prava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 344, <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/7535/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 14.8.2018.
- 4 Committee of Ministers, „Resolution DH (97) 184 Concerning the Judgment of the European Court of Human Rights in Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis against Greece“, 20. mart 1997, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Stran%20Greek%22%2C%22display%22:%5B%22EXECIdentifier%22:%5B%22001-55737%22%2C%22EXECDocumentTypeCollecti%22:%5B%22CEC%22%5D%5D%7D>, 28.8.2018.
- 5 J. Omejac, „Izvršenje presuda i odluka Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5–6/2012, 1915.
- 6 Čl. 46, st. 1 Konvencije.
- 7 D. Popović, *Evropski sud za ljudska prava*, JP Službeni glasnik, Beograd 2008, 89.
- 8 M. Paunović, S. Carić, *Evropski sud za ljudska prava – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2007<sup>2</sup>, 94.

Celokupna „mašinerija“ Saveta Evrope ustanovljena na osnovu Konvencije služi za supsidijarnu zaštitu ljudskih prava. Prava zajemčena Konvencijom trebalo bi da se efikasno primenjuju u državama članicama. Način na koji bi to trebalo učiniti sama Konvencija ne određuje. Izbor je ostavljen nacionalnim vlastima. Organi država članica u boljoj su poziciji nego međunarodne institucije da odaberu najceļishodniji put za implementaciju ljudskih prava u nacionalni sistem. Domaći organi poznaju život u svojoj zemlji i znaju koja sve sredstva i mogućnosti mogu da upotrebe da bi se konvencijske odredbe o ljudskim pravima oživotvorile.<sup>9</sup>

Ipak, Konvencija nameće državama članicama obavezu da pod nadzorom Komiteta ministara Saveta Evrope usvoje mere da ostvare prava aplikanta, koja su po oceni strazburškog suda bila povređena. Takve mere moraju se preduzeti i radi ostvarenja prava drugih lica koja se nalaze u istom položaju kao aplikant.<sup>10</sup> Efikasna implementacija presuda ECtHR posledično smanjuje broj novih predstavlki u Strazburu.

Autor će se u ovom radu baviti merama koje se preduzimaju radi implementacije presude ECtHR u domaći pravni sistem. Akcenat će biti stavljen na zemlje nastale na teritoriji bivše Jugoslavije, posebno na Srbiju.

## 2. NADZOR NAD IZVRŠENJEM PRESUDA ECtHR

### 2.1. Organi za nadzor nad izvršenjem presuda ECtHR

Savet Evrope podelio je nadležnost između ECtHR, kome pripada sudska uloga, i Komiteta ministara, koji obavlja izvršna ovlašćenja.<sup>11</sup> Konvencijom je propisano da Komitet ministara Saveta Evrope nadgleda izvršenje presuda ECtHR.<sup>12</sup>

---

9 ECtHR, presuda *Sisojeva and others v. Latvia*, 15. januar 2007, broj predstavlke 60654/00, § 90.

10 ECtHR, presuda *Kurić and others v. Slovenia*, 12. mart 2014, broj predstavlke 26828/06, § 132.

11 M. Bussararin Ericson, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Master's Thesis, Uppsala Universitet – Department of Law, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:914392/FULLTEXT01.pdf>, 13, 25.8.2018.

12 Vid. čl. 46 st. 2 Konvencije.

Svaka država članica Saveta Evrope ima po jednog predstavnika u Komitetu Ministara. Predstavnicu u Komitetu ministara su ministri spoljnih poslova.<sup>13</sup> Iako je Komitet ministara po svom sastavu jedno političko telo, on je na planu izvršenja presuda pokazao visok stepen efikasnosti i u materiji izvršenja presuda postupa upravo kao pravosudni organ.<sup>14</sup> Redovne aktivnosti Komiteta ministara u sedištu Saveta Evrope obavljaju se na nivou zamenika ministara (*Minister's Deputies*). Ministri spoljnih poslova stalno su predstavljeni zamenicima akreditovanim pri Savetu Evrope, zbog čega se može reći da je Komitet ministara u stalnom zasedanju.<sup>15</sup>

Komitet ministara, prilikom nadgledanja da li su adekvatne mere za izvršenje presuda preduzete, dobija pomoć i savete od Odeljenja za izvršenje presuda ECtHR (*Department for the Execution of Judgments of the ECtHR*). Takođe, ovo odeljenje pruža podršku državama članicama, kako bi se postigla puna, efektivna i brza implementacija presuda ECtHR u nacionalne pravne sisteme.<sup>16</sup> Odeljenje za izvršenje presuda ECtHR jeste unutrašnja organizaciona jedinica Sekretarijata Saveta Evrope.<sup>17</sup>

Komitet ministara prilikom nadzora nad izvršenjem presude ispituje da li je novčani iznos dosuđen kao pravično zadovoljenje (*just satisfaction*) isplaćen, da li je država preduzela pojedinačne mere kako bi se utvrđena povreda sanirala i podnosilac doveo, koliko god je to moguće, u stanje koje je prethodilo kršenju subjektivnog prava, i da li

13 Čl. 14 Statuta Saveta Evrope.

14 D. Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP Službeni glasnik, Beograd 2012, 428.

15 D. Popović (2008), *op. cit.* fn. 8.

16 Council of Europe, Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, <https://www.coe.int/en/web/execution/presentation-of-the-department>, 26.8.2018.

17 Odeljenje za izvršenje presuda ECtHR u organizacionoj šemi Sekretarijata Saveta Evrope zauzima mesto unutar Direktorata za ljudska prava (*Human Rights Directorate*), a taj Direktorat deo je Opšteg direktorata za ljudska prava i vladavinu prava (*Directorate General Human Rights and Rule of Law*). Opšti direktorat za ljudska prava i vladavinu prava jeste prvi od tri opšta direktorata (*Directorates-General*) na koje je podeljen Sekretarijat Saveta Evrope. Vid. Council of Europe, Directorate General Human Rights and Rule of Law (DGI), organizational chart, <https://rm.coe.int/16806bee46>, 26.8.2018. i Council of Europe, Secretariat, <https://www.europewatchdog.info/en/structure/secretariat/>, 26.8.2018.

je država respondent usvojila opšte mere koje bi mogle da spreče slične povrede Konvencije u budućnosti.<sup>18</sup>

## 2.2. Postupak nadzora nad isplatom pravičnog zadovoljenja

Konvencija ovlašćuje ECtHR da licu kome su povređena prava zajemčena Konvencijom ili protokolima uz nju dosudi pravično zadovoljenje.<sup>19</sup> Ovo pravično zadovoljenje sastoji se u naknadi štete koju je pretrpeo podnosilac i u naknadi troškova koje je on imao u postupku pred sudom u Strazburu. ECtHR odlučuje o pravičnom zadovoljenju, odnosno o naknadi štete i troškova postupka.<sup>20</sup>

Nadzor nad izvršenjem isplate dosuđenog novčanog iznosa veoma je jednostavan. Zastupnik države na propisanom obrascu (*just satisfaction form*) obaveštava Odeljenje za izvršenje presuda ECtHR da je isplata izvršena. Odeljenje evidentira prijem tog obrasca, a obrazac se smatra i dokazom o isplati. Odeljenje za izvršenje presuda ECtHR na svom internet sajtu bez odlaganja objavljuje informacije o isplati. Ako aplikant ospori činjenicu da mu je isplaćeno pravično zadovoljenje, Odeljenje za izvršenje presuda će pitanje isplate raspraviti sa predstavnikom države, a o činjenici da isplata nije izvršena može obavestiti Komitet ministara. Ako aplikant ne ospori isplatu u roku od dva meseca od dana kada je država dostavila obrazac *just satisfaction form*, smatraće se da je iznos dosuđen presudom ECtHR uredno plaćen.<sup>21</sup>

## 2.3. Postupak nadzora nad izvršenjem nenovčanih mera

Postupak nadzora nad preduzimanjem nenovčanih mera potrebnih za izvršenje presude ECtHR znatno je komplikovaniji od postupka

18 Pravilo 6 st. 2 Pravila Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i uslova prijateljskih poravnanja (*Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*). Navedena pravila Komitet ministara je usvojio 10. maja 2006. godine i dopunio 18. januara 2017. godine. Vid. <https://rm.coe.int/16806eebf0>, 26.8.2018.

19 Vid. čl. 41 Konvencije.

20 A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 464.

21 Council of Europe, Ministers' Deputies, „Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECtHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system“, 13–14, <https://rm.coe.int/16804a327f>, 26.8.2018.

nadzora nad isplatom pravičnog zadovoljenja. Organi Saveta Evrope treba da procene da li se strazburška presuda može implementirati u nacionalni pravni sistem merama koje država namerava da preduzme, ali i da utvrde da li su odgovarajuće mere za izvršenje presude zaista sprovedene. Komitetu ministara i Odeljenju za izvršenje presuda ECtHR to je mnogo teže da učine, nego da ispitaju da li je pravično zadovoljenje isplaćeno.

Postupak po kome Komitet ministara nadzire sprovođenje neovčanih mera za izvršenje presuda ECtHR jeste standardizovan. Radni metodi Komiteta ministara<sup>22</sup> podrazumevaju da država putem standardizovanih obrazaca – akcionog plana i akcionog izveštaja, obaveštava Komitet ministara o tome šta namerava da učini radi implementacije presude u nacionalni pravni sistem, odnosno o tome šta je već obavila.<sup>23</sup>

Akcionni plan jeste dokument u kome se navode mere koje država planira da preduzme kako bi izvršila presudu strazburškog suda. Akcioni izveštaj jeste dokument kojim država obaveštava Komitet ministara o merama koje je već preduzela u cilju izvršenja presude ECtHR.<sup>24</sup>

Zastupnik Srbije pred ECtHR komunicira sa Svetom Evrope, odnosno sa Komitetom ministara i Odeljenjem za nadzor nad izvršenjem presuda ECtHR, u postupku nadgledanja implementacije presuda strazburškog suda. Svaki akcionni plan i akcionni izveštaj podnet u

---

22 Radni metodi Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda ECtHR dostupni su na sjatu Odeljenja za izvršenje presuda ECtHR (*Department for Execution of Judgments of European Court of Human Rights*). Vid. <http://www.coe.int/en/web/execution/rules-and-working-methods>, 15.9.2018.

23 U zaključcima zauzetim na Visokoj konferenciji Saveta Evrope održanoj 25–26. marta 2015. godine u Briselu, akcionni planovi i akcionni izveštaju pominju se kao „ključno sredstvo dijaloga između Komiteta ministara i država članica“. Vid. Council of Europe, „High-Level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility“, 141, <https://edoc.coe.int/en/conferences-on-the-future-of-the-european-court-of-human-rights/7176-high-level-conference-on-the-implementation-of-the-european-convention-on-human-rights-our-shared-responsibility.html>, 15. septembar 2018.

24 Council of Europe, Ministers' Deputies, „Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and Objectives“, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805adb](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805adb), 14. 15.9.2018.

postupku izvršenja presude ECtHR donete protiv Srbije, podneo je zaštopnik Republike Srbije pred ECtHR.<sup>25</sup>

Nakon što se Komitet ministara u jednom predmetu uveri da je odgovorna država preduzela sve neophodne aktivnosti kako bi se po-  
vinovala konkretnoj presudi ECtHR, odnosno kako bi u svoj pravni  
sistem implementirala tu presudu, doneće završnu rezoluciju (*final  
resolution*).<sup>26</sup> Komitet ministara završnom rezolucijom konstatuje da  
je država respondent preduzela sve mere kako bi izvršila presudu straz-  
burškog suda. Postupak nadgledanja okončava se – zatvara, donoše-  
njem završne rezolucije.<sup>27</sup> Država akcionim izveštajem Komitetu mi-  
nistara predlaže da donese završnu rezoluciju.<sup>28</sup>

Komitet ministara u nekim predmetima postupanje države po  
presudi ECtHR, može pratiti sa pojačanom pažnjom, „po pojačanoj  
proceduri“ (*enhanced procedure*). Komitet ministara u takvim predme-  
tima može donositi odluke (*decisions*). Cilj tih odluka jeste da ukažu  
na ostvareni napredak u implementaciji presude u nacionalni pravni  
sistem (npr. da popiše aktivnosti koje je odgovorna država već predu-  
zela). Takođe, Komitet ministara tim odlukama ukazuje na probleme i  
pitanja od značaja za izvršenje strazburške presude, koje država još nije  
rešila (*outstanding issues*).<sup>29</sup>

---

25 Npr. akcioni plan za izvršenje presude *Mitrović v. Serbia* od 21. marta 2017, broj predstave 52142/12, podnet 6. marta 2018, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:\[%22DH-DD\(2018\)230E%22\]](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2018)230E%22]), 15.9.2018, i akcioni izveštaj o izvršenju presude *Joksimović v. Serbia* od 12. juna 2012, broj predstave 37929/10, podnet 19. marta 2015, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:\[%22DH-DD\(2015\)330E%22\]](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2015)330E%22]), 23.9.2018.

26 Pravilo 17 Pravila Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i uslova prijateljskih poravnanja.

27 Npr. Committee of Ministers, Resolution CM/ResDH(2018)94 od 15. marta 2018, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:\[%22001-181946%22\]](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:[%22001-181946%22]), 15.9.2018.

28 Council of Europe, Directorate General Human Rights and Rule of Law, Directorate of Human Rights, Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, „Guide for drafting action plans and reports“, 12, <https://rm.coe.int/guide-drafting-action-plans-reports-en/1680592206>, (dalje: *Guide for drafting action plans and reports*), 10.9.2018.

29 Council of Europe, Ministers' Deputies, „Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECtHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system“, 5.

Među-rezolucija (*interim resolution*) jeste akt koji Komitet ministara može doneti, ako prilikom nadzora oceni da odgovorna država ne izvršava uredno presudu strazburškog suda. Komitet ministara među-rezolucijom pokazuje zabrinutost u pogledu implementacije presude ECtHR u nacionalni pravni sistem.<sup>30</sup> Savet Evrope, u dosadašnjoj praksi, najveći stepen nezadovoljstva zbog nepoštovanja presuda strazburškog suda, iskazivao je u formi među-rezolucije Komiteta ministara. Prema državama koje su nastale na teritoriji bivše Jugoslavije među-rezolucije donošene su u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine<sup>31</sup> i u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije.<sup>32</sup> Konvencija omogućavaja da se protiv države, koja uporno odbija da se povinuje presudi ECtHR, pokrene postupak čiji je značaj veći od među-rezolucije.<sup>33</sup> Takav postupak pokrenut je samo jednom i to protiv Azerbejdžana.<sup>34</sup>

- 
- 30 Pravilo 16 Pravila Komiteta ministara za nadzor nad izvršenjem presuda i uslova prijateljskih poravnanja.
- 31 Committee of Ministers, Interim Resolution CM/ResDH(2011)291 od 2. decembra 2011, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#\\_ftn1](https://hudoc.exec.coe.int/eng#_ftn1), 8.9.2018, Committee of Ministers, Interim Resolution CM/ResDH(2012)233 od 6. decembra 2012, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%22001-116586%22>}, 8.9.2018, i Committee of Ministers, Interim Resolution CM/ResDH(2013)259 od 5. decembra 2013, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%22001-140759%22>}, 8.9.2018.
- 32 Council of Europe, Committee of Ministers, Interim Resolution CM/ResDH(2017)292 od 21. septembra 2017, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%22001-177639%22>}, 8.9.2018.
- 33 Odredbom čl. 46 st. 4 Konvencije propisuje da ako Komitet ministara smatra da neka visoka strana ugovornica odbija da se povinuje pravnosnažnoj presudi u predmetu u kome je stranka, on može, nakon što zvanično obavesti tu visoku stranu ugovornicu, a na osnovu odluke usvojene dvotrećinskom većinom glasova predstavnika u Komitetu ministara, da se obrati ECtHR sa pitanjem da li je ta visoka strana ugovornica propustila da ispuni svoju obaveznu povinovannja presudi. St. 5 istog člana predviđa da ako ECtHR utvrdi da postoji povreda obaveze izvršenja presude, upućuje predmet Komitetu ministara radi razmatranja mera koje bi trebalo preduzeti.
- 34 ECtHR, Registrar of the Court, „New infringement procedure used for first time over 2014 judgment against Azerbaijan on opposition politician Mammadov“, 14. decembar 2017, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22sort%22:%22kpdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22,%22locations%22:%22AZE%22,%22itemid%22:%22003-5951567-7605836%22>}, 8.9.2018.

### 3. POJEDINAČNE MERE ZA IZVRŠENJE PRESUDE ECTHR

#### 3.1. Ponavljanje postupka u kome je došlo do povrede prava

Pojedinačna mera koja se preduzima radi izvršenja presude ECtHR, a koja izaziva najveću pažnju, jeste ponovno otvaranje postupka (*reopening of proceedings*), tj. ponavljanje postupka u kome je stranci prekršeno pravo zajemčeno Konvencijom. Komitet ministara u svojoj praksi uočio je da ponovno otvaranje postupka često jeste najefikasnija, a u nekim situacijama i jedina mera koju treba preduzeti kako bi se podnosilac doveo u stanje koje je prethodilo povredi Konvencije. Zbog toga je pozvao države članice Saveta Evrope da u nacionalne pravne sisteme uvedu mogućnost ponavljanja postupka u slučaju kada ECtHR utvrdi povredu prava.<sup>35</sup>

Po pravu Republike Srbije presuda ECtHR jeste osnov zbog koga stranka može da traži ponavljanje parničnog, upravnog, prekršajnog postupka ili upravnog spora.<sup>36</sup> U krivičnom postupku presuda strazburškog suda jeste razlog zbog koga Republički javni tužilac, okrivljeni, odnosno njegov branilac može da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti.<sup>37</sup> Ponavljanje postupka, odnosno ponovno razmatranje predmeta pred nacionalnim sudovima, jeste mera koja se često preduzima prilikom izvršavanja presude u kojoj je ECtHR utvrdio povredu prava na pravično suđenje.<sup>38</sup>

---

35 Vid. Preporuku Komiteta ministara broj R (2000) 2 od 19. januara 2000. godine, [http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation\\_No\\_R\\_2000\\_2\\_eng.htm](http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/Recommendation_No_R_2000_2_eng.htm), 6.8.2018.

36 Vid. čl. 426 tač. 11 Zakona o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 5/13, 74/13 i 55/14), čl. 176 st. 1 tač. 12 Zakona o opštem upravnom postupku (*Službeni glasnik RS*, broj 18/16), čl. 280 st. 1 tač. 5 Zakona o prekršajima (*Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16 i 98/2016) i čl. 56 st. 1 tač. 7 Zakona o upravnim sporovima (*Službeni glasnik RS*, br. 111/09).

37 Vid. čl. 483 i 485 st. 1 tač. 3 Zakonika o krivičnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

38 Npr. jedina pojedinačna mera koju je trebalo preduzeti radi izvršenja presude ECtHR *Motion Pictures Guarantors v. Serbia*, 8. jun 2010, broj predstavke 28353/06, bila je ponavljanje parničnog postupka. Vid. Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, akcioni izveštaj od 17. januara 2013. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2013\)120E%22%7D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2013)120E%22%7D%7D),



### 3.2. Ostale pojedinačne mere

Pojedinačne mere koje bi trebalo preduzeti radi otkanjanja posledica povrede Konvencije po samog podnosioca mogu biti veoma raznolike. U različitim slučajevima potrebno je preduzeti drugačije mere kako bi se sanirale posledice povrede prava po aplikanta. Ne postoji zatvoren spisak tih mera.

Bezuslovno puštanje podnosioca na slobodu može biti mera koju je neophodno hitno preduzeti u cilju izvršenja presude ECtHR.<sup>39</sup> Država u nekim slučajevima može svršiti obavezu da se povinuje presudi strazburškog suda tako što će iz kaznene evidencije izbrisati podatke o krivičnoj osudi.<sup>40</sup> Poništaj pojedinačnog akta državnog organa donetog protiv podnosioca, katkad jeste ključna individualna mera kojom se strazburška presuda realizuje u praksi. Bosna i Hercegovina u cilju izvršenja presude *Al Husini*,<sup>41</sup> poništala je odluku o deportaciji aplikanta u Siriju.<sup>42</sup>

- 
- 7.9.2018. Ponavljanje krivičnog postupka bila je mera potrebna radi otklanjanja povrede prava na pravično suđenje utvrđene presudom ECtHR *Šebalj v. Croatia*, 28. jun 2011, broj predstavlke 4429/09. Vid. Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, akcioni plan od 24. aprila 2017. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECLIdentifier%22:%22DH-DD\(2017\)484E%22](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECLIdentifier%22:%22DH-DD(2017)484E%22)}, 8.9.2018.
- 39 Komitet ministara Saveta Evrope odlukom CM/Del/Dec(2017)1288/H46-2, koja je doneta na sednici 6-7. juna 2017. godine, pozvao je vlasti Republike Azerbejdžan da, u cilju izvršenja presude ECtHR *Ilgar Mammadov v. Azerbajdžan*, 13. oktobar 2014. godine, broj predstavlke 15172/13, bezuslovno puste podnosioca na slobodu bez daljeg odlaganja, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=090000168071b99a](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168071b99a), 23.9.2018.
- 40 Turske vlasti su u cilju izvršenja presuda ECtHR u 32 predmeta, koje su donošene u periodu od 8. jula 1999. do 27. septembra 2005. godine i koje su se ticale slobode izražavanja, *ex officio* izvršile brisanje podataka iz kaznene evidencije. Ograničenja političkih i građanskih prava podnosilaca, koji su bili neosnovano osuđeni i kojima je Republika Turska povredila slobodu izražavanja, na taj način su prestala. Vid. Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution ResDH (2006) 79 of 20 December 2006, Appendix to Resolution, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-79191%22>}, 8.9.2018.
- 41 ECtHR, *Al Husini v. Bosna and Hercegovina*, 7. februar 2012, broj predstavlke 3727/08.
- 42 Ministarstvo za ljudska prava i izbeglice Bosne i Hercegovine, Ured zastupnika/agenta pred Europskim sudom za ljudska prava, akcioni izveštaj od 23. oktobra 2016. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECLIdentifier%22:%22DH-DD\(2016\)1227E%22](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECLIdentifier%22:%22DH-DD(2016)1227E%22)}, 9.9.2018.

Radi izvršenja presude strazburškog suda nekada je potrebno preduzeti i aktivne, pozitivne pojedinačne mere. Npr. Bosna i Hercegovina, preko svog ministarstva spoljnih poslova, aktivno je tražila pristanak od nekoliko različitih država da podnosilac *Al Husini* bude deportovan u jednu od njih.<sup>43</sup> Primer pozitivne pojedinačne mere preduzete u cilju sanacije povrede prava na suđenje u razumnom roku i prava na imovinu, do kojih je došlo usled neefikasnosti izvršnog suda, jeste nastavak izvršnog postupka pred javnim izvršteljem, umesto pred sudom, i obaveštavanje izvršitelja o presudi ECtHR.<sup>44</sup>

### 3.3. *Pojedinačne mere u slučaju kada je nemoguće otkloniti posledice povrede*

Povreda ljudskog prava zajemčenog Konvencijom može proizvesti posledice koje nije moguće otkloniti. Međutim, država bi ipak trebalo da preduzima nenovčane mere kako bi se te posledice po aplikanta koliko-toliko sanirale.

U slučaju podnosioca Živote Milanovića, sledbenika Hare Krišna religije iz Jagodine, nije bilo moguće uspostaviti stanje koje je prethodilo povredi ljudskih prava. Nepoznati napadači, u periodu od septembra 2001. do juna 2007. godine, izveli su niz napada na ovog podnosioca. U nekim napadima dolazilo je i do telesnih povreda (ubodi u stomak i nanošenje nožem ogrebotina u obliku krsta na temenu). Presudom ECtHR utvrđena je povreda zabrane mučenja, prava na pravično suđenje i zabrane diskriminacije. Strazburški sud ocenio je da nadležni organi Republike Srbije u ovom slučaju nisu sproveli odgovarajuću istragu, te da je zato Srbija odgovorna za povredu Konvencije.<sup>45</sup>

Nakon donošenja presude u ovom predmetu, policijski organi Republike Srbije sproveli su provere neformalnih desničarskih grupa u cilju otklanjanja utvrđenih povreda prava. Policija je takođe proverila i

---

43 *Ibid.*

44 Ove mere su preduzete radi izvršenja presude ECtHR, *EVT company v. Serbia*, 21. septembar 2007. godine, broj predstavke. Vid. Zastupnik Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava, izmenjeni akcioni plan od 16. marta 2017. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECLIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2017\)337E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECLIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2017)337E%22%5D%7D), 9.9.2018.

45 ECtHR, presuda *Milanović v. Serbia*, 14. decembar 2010, broj predstavke 44614/07.

osobe koje su počinile slična krivična dela, a stanuju u blizini aplikanta. Bez obzira na sve napore, nije se došlo do saznanja o napadačima. Ipak se može smatrati da je Republika Srbija izvršila potrebnu pojedinačnu meru za saniranje utvrđene povrede, zato što obaveza države da sprovede efikasnu istragu nije obaveza rezultata nego obaveza sredstava.<sup>46</sup>

Neke nenovčane mere uopšte ne otklanjaju posledice povrede, nego imaju simboličan značaj. Primer za to bilo bi javno izvinjenje ministra spoljnih poslova Makedonije upućeno Kalidu El-Masriju, aplikantu koji je bio žrtva teških povreda ljudskih prava.<sup>47</sup>

46 Vid. Zastupnik Republike Srbija pred Evropskim sudom za ljudska prava, ažurirani akcioni plan od 15. decembra 2016. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:\[%22DH-DD\(2016\)1433E%22\]](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2016)1433E%22]), 9.9.2018.

47 U presudi *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13. decembar 2012, broj predstave 39630/09, ECtHR utvrdio je drastične povrede ljudskih prava. Makedonske snage bezbednosti uhapsile su podnosioca 31. decembra 2003. godine i tajno ga predali službenicima CIA. Službenici CIA podnosioca su držali lišenog slobode u jednom hotelu u Skoplju, gde su ga ispitivali o navodnim vezama sa islamskim terorističkim organizacijama. Nakon 23 dana lišenja slobode u hotelu, podnosilac je tajnim avionskim letom, preko Bagdada prebačen u Avganistan. Na skopskom aerodromu, neposredno pre poletanja, podnosilac je bio izložen torturi. Podnosilac je u Avganistanu bio zatvoren i ispitivan o povezanosti s terorističkim organizacijama. Sa podnosiocem je za vreme lišenja slobode postupano na neljudski i ponižavajući način. Pet meseci nakon lišenja slobode podnosilac je avionom prebačen na aerodrom Majka Tereza u Tirani. Odatle su nepoznati muškarci podnosioca s povezom preko očiju, automobilom dovezli u blizinu albansko makedonske granice. Podnosilac je tamo pušten na slobodu. ECtHR je utvrdio da je Makedonija odgovorna za nezakonito lišenje slobode podnosioca, za neljudske i ponižavajuće postupke kojima je on bio izložen, kao i za predaju aplikanta vlastima Sjedinjenih Američkih Država iako je postojao stvarni rizik da će on dalje biti podvrgnut mučenju, odnosno nečovečnom ili ponižavajućem postupanju. ECtHR podnosiocu predstave je dosudio pravično zadovoljenje visine 60.000,00 evra. Komitet ministara Saveta Evrope ocenio je da bi najviši državni zvaničnici Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, kao pojedinačnu meru u cilju otklanjanja izuzetno ozbiljnih povreda ljudskih prava, u ovom slučaju podnosiocu trebalo i da upute javno izvinjenje. Vid. Council of Europe, Committee of Ministers, *Decision CM/Del/Dec(2017)1302/H46-29* od 7. decembra 2017, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:\[%22CM/Del/Dec\(2017\)1302/H46-29E%22\]](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:[%22CM/Del/Dec(2017)1302/H46-29E%22]), 9.9.2018. Nikola Dimitrov, aktuelni ministar inostranih poslova Republike Makedonije, 26. marta 2018. godine uputio je izvinjenje aplikantu u ime makedonske vlade. Vest o tom izvinjenju preneli su renomirani svetski mediji, kao što su *Euronews*, *The New York Times* i *Washington Post*. Vid. Bureau for Representation of the Republic of Macedonia before the European Court of Human Rights, Revised action plan od 11.

#### 4. IZOLOVANI SLUČAJEVI

Država je dužna da opštom merom popravi sistemski ili strukturalni nedostatak u nacionalnom pravnom sistemu, koji je doveo do povrede subjektivnog prava utvrđene presudom ECtHR.<sup>48</sup> Međutim, kršenje subjektivnog prava zajemčenog Konvencijom ne mora biti posledica strukturalnog i sistemskog nedostatka u pravnom sistemu države članice.

Slučaj u kome dođe do povrede ljudskog prava može se smatrati izolovanim slučajem ako je povreda suštinski povezana samo sa specifičnim okolnostima konkretne situacije.<sup>49</sup> Skup prilika i okolnosti u izolovanom slučaju toliko je atipičan, da slična povreda nije verovatna u budućnosti. Prevencija kršenja subjektivnih prava ne zahteva od države da preduzima neke opšte mere.

Država u izvesnom smislu ima ineteres da povredu ljudskog prava za koju je odgovorna prikaže kao izolovan događaj. Nije dovoljno da država iznese prostu tvrdnju da povreda nije posledica strukturalnog i sistemskog nedostatka u nacionalnom pravu. Neophodno je da država u akcionom planu ili izveštaju istakne neuobičajene, odnosno jedinstvene okolnosti slučaja koje ukazuju da se slična povreda neće ponoviti.<sup>50</sup>

ECtHR je u predmetu Radunović utvrdio da je Crna Gora podnosiocima povredila pravo na pravično suđenje. Crnogorski sudovi uskratili su pravično suđenje tako što su odbacili tužbe, kojima su podnosioci kao bivši zaposleni u Ambasadi Sjedinjenih Američkih Država u Podgorici, pokrenuli radi spor protiv svog poslodavca. Tužbe, kojim je traženo vraćanje na rad i naknada štete zbog nezakonitog otkaza, odbačene su zbog imuniteta strane države.<sup>51</sup> U postupku izvršenja presude Radunović, zastupnik Crne Gore pred ECtHR, tražio je od Vrhovnog suda Crne Gore obaveštenje da li pred crnogorskim sudovi-

---

aprila 2018, 3–4, <https://rm.coe.int/1318th-meeting-june-2018-dh-action-plan-11-04-2018-communication-from-/16807b8906>, 23.9.2018.

48 D. Forst, „The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights – Limits and Ways Ahead“, *ICL Journal*, No. 3/2013, 8, [https://www.icl-journal.com/media/ICL\\_Thesis\\_Vol\\_7\\_3\\_13.pdf](https://www.icl-journal.com/media/ICL_Thesis_Vol_7_3_13.pdf), 19.11.2017.

49 *Guide for drafting action plans and report*, 12.

50 *Ibid.*

51 ECtHR, *Radunović and others v. Montenegro*, 25. oktobar 2016, broj predstavke 45197/13, 53000/13 i 73404/13.

ma teče još neka parnica koja se tiče imuniteta strane države kao poslodavca. Nakon što mu je Vrhovni sud saopštio da nema više takvih parničnih postupaka, crnogorski državni agent izvestio je Komitet ministara da je slučaj Radunović izolovani slučaj i da je povreda prava ograničena samo na podnosiocima predstavke. Zbog toga nije bilo potrebno da se radi prevencije sličnih povreda prava preduzimaju opšte mere, kao što su izmene zakona i promena sudske prakse.<sup>52</sup>

## 5. OPŠTE MERE ZA IZVRŠENJE PRESUDA ECTHR

### 5.1. Zakonske izmene

Polovina opštih mera, koje su u praksi preduzimale države, sastoji se u zakonodavnim promenama. Nedostaci u zakonu mogu biti uzrok kršenja ljudskih prava zbog toga što su same zakonske odredbe u direktnoj suprotnosti s Konvencijom ili dodatnim protokolima, ali i zbog praznina u nacionalnom pravnom poretku.<sup>53</sup>

Dekriminalizacija određenog ponašanja može predstavljati opštu meru kojom se strazburška presuda implementira u nacionalni pravni sistem.<sup>54</sup> Amnestija takođe može biti opšta mera potrebna za izvršenje presude ECtHR.<sup>55</sup>

52 Zastupnik Crne Gore pred Evropskim sudom za ljudska prava, akcioni izveštaj Radunović i drugi protiv Crne Gore od 19. juna 2017, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXEC\\_Identifier%22:\[%22DH-DD\(2017\)719E%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXEC_Identifier%22:[%22DH-DD(2017)719E%22]}), 10.9.2018.

53 D. Forst, *op. cit.*, 9.

54 ECtHR je u slučaju *Dudgeon v. The United Kingdom* utvrdio da odredba krivičnog propisa Severne Irske, po kojoj je kažnjiv homoseksualni odnos između odraslih muškaraca, predstavlja neopravdano mešanje u pravo na privatni život podnosioca predstavke. Odgovorna država uskladila je nacionalno pravo sa presudom iz ovog predmeta, tako što je izmenila krivični propis Severne Irske. Po tim izmenama dobrovoljni homoseksualni čin između dva odrasla muškarca prestao je da bude kažnjiv. Komitet ministara okončao je nadzor nad izvršenjem presude *Dudgeon* nakon što ga je vlada Ujedinjenog Kraljevstva obavestila o predmetnoj izmeni zakona. Vid. ECtHR, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22. oktobar 1981, broj predstavke 7525/76, § 14, 41 i 60 i Committee of Ministers, Resolution CM/ResDH(83)13 od 27. oktobar 1983, u: Council of Europe, *Year book of the European Convention of Human Rights*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, 1983, 553.

55 U postupku po predstavi koju je podneo bugarski državljanin Ivalio Stefanov, član sekte Jehovini svedoci, utvrđeno je da je Bugarska povredila Konvenciju. Bugarski sudovi su u krivičnom postupku koji je prethodio izjavljivanju

ECtHR je u većem broju presuda donetih protiv Srbije utvrdio povredu prava na pravično suđenje, odnosno suđenje u razumnom roku i prava na imovinu, zbog nedelotvornog izvršnog postupka protiv društvenih preduzeća, subjekata privatizacije u restrukturiranju. Izvršni postupci vodili su se radi naplate potraživanja iz radnog odnosa.<sup>56</sup> Komitet ministara ukazao je da je neizvršavanje srpskih presuda donetih protiv društvenih preduzeća problem od velikog značaja.<sup>57</sup>

Postojao je sistemski nedostatak u pravu Republike Srbije, koji je doprineo nastupanju povrede prava na pravično suđenje, suđenje u razumnom roku i prava na imovinu u ovakvim slučajevima. Taj nedostatak bio je u propisu kojim se uređuje promena vlasništva društvenog kapitala. Zakonom je bilo zabranjeno da se od donošenja odluke o restrukturiranju društvenog preduzeća, subjekta privatizacije, do dana donošenja odluke o okončanju restrukturiranja, protiv tog subjekta odredi ili sprovede prinudno izvršenje. Takođe je bio predviđen obavezan prekid izvršnog postupka u kome je takvo preduzeće dužnik.<sup>58</sup>

Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine bilo je propisano da se „odredbe drugih zakona koje propisuju prekid ili odlaganje izvršnog postupka neće primenjivati u izvršnom postupku koji se

---

predstavke, osudili aplikanta zbog toga što je odbio da ispuni vojnu obavezu. Krivična osuda je izrečena, iako se podnosilac pozivao na prigovor savesti i isticao da iz verskih razloga ne može da služi vojsku. Nakon što je ECtHR rešio predmet *Stefanov v. Bulgaria*, bugarski parlament (*Народно събрание на Република България*) doneo je Zakon o amnestiji, koji predviđa obustavljanje krivičnog gonjenja i izvršenja kazne, kao i prestanak pravnih posledica osude za okrivljene, odnosno osuđene, koji su odbili vojnu obavezu zbog slobode misli, savesti i veroispovesti. Komitet ministara, između ostalog i zbog ove amnestije, zaključio je da se Bugarska uredno povinivala strazburškoj odluci u predmetu *Stefanov*. Vid. ECtHR, *Stefanov v. Bulgaria*, 3. maj 2001, broj predstavke 32438/96, § 7–10 i Committee of Ministers, Resolution Res/DH(2004)32 od 15. juna 2004, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%222001-56371%22>}, 14.9.2018.

56 Npr. presuda ECtHR *Kačapor and others v. Serbia*, 15. januar 2008, broj predstavke 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 i 3046/06 i presuda ECtHR *Crnišaniin and others v. Serbia*, 13. januar 2009, broj predstavke 35835/05, 43548/05, 43569/05 i 36986/06.

57 Committee of Ministers, „Decision case No. 20 – 16 cases against Serbia“, 10. mart 2011, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%22CM/Del/Dec\(2011\)1108/20E%22](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECIdentifier%22:%22CM/Del/Dec(2011)1108/20E%22)}, 10.9.2018.

58 Vid. čl. 20ž st. 1 i 7 Zakona o privatizaciji (*Službeni glasnik RS*, br. 38/01, 45/05, 123/07, 30/10, 93/12 i 119/12).

sprovodi po predlogu za izvršenje radi naplate novčanog potraživanja iz radnog odnosa.<sup>59</sup> Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR informisao je Komitet ministara o citiranoj odredbi. Zastupnik Srbije prikazao je tu odredbu kao opštu meru – zakonodavnu izmenu koja bi trebalo da spreči buduće povrede prava izvršnog poverioca, u postupku koji se vodi protiv društvenog preduzeća radi naplate potraživanja iz radnog odnosa.<sup>60</sup>

ECtHR utvrdio je u predmetu Vaskrsić protiv Slovenije povredu prava na imovinu, zato što je aplikantova kuća prodana u izvršnom postupku vođenom zbog minornog duga prema komunalnom preduzeću.<sup>61</sup> Ova povreda prava nije bila izolovan slučaj. U periodu od 1. januara 2008. do 1. marta 2012. godine radi namirenja potraživanja visine niže od 1.000 evra, u Sloveniji su sprovedena 32 izvršna postupka na nepokretnosti. Dužnici u tim postupcima gubili su vlasništvo nad nepokretnostima. ECtHR je našao da je uzrok povrede prava u predmetu Vaskrsić nedostatak u slovenačkom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, *Zakon o izvršbi in zavarovanju (uradno prečišćeno besedilo, Uradni list RS, številka 3/07)*.<sup>62</sup>

Ocena strazburškog suda u predmetu Vaskrsić zahtevala je promene u pravu Republike Slovenije.<sup>63</sup> Slovenački Zakon o izvršenju i obezbeđenju noveliran je *Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (Uradni list Republike Slovenije, broj 11/2018)*.

Izvršni sud je, nakon izmena, obavezan da *ex officio* ispita da li je prodaja stambene nepokretnosti izvršnog dužnika u skladu sa načelom proporcionalnosti, kao i da obavesti centar za socijalni rad u slučaju da je potraživanje izvršnog poverioca nesrazmerno malo naspram vrednosti nepokretnosti u kojoj izvršni dužnik živi. Sud u postupku izvršenja na nepokretnosti, pre donošenja zaključka o prodaji kuće (doma),

59 Čl. 9 st. 5 Zakona o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 31/11 i 99/11) (dalje: ZIO 2011).

60 Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, ažurirani akcioni plan u predmetu EVT company i 15 drugih predmeta protiv Srbije od 20. oktobra 2012, 6, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2012\)970E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2012)970E%22%5D%7D), 10.9.2018.

61 Vid. K. Rihtar, „Enforcement Against Real Estate Over a Minor Debt: the Vaskrsić Case“, *Harmonius*, 1/2017, 343–359.

62 ECtHR, *Vaskrsić v. Slovenija*, 25. april 2017, broj predstavke 31371/12, § 56 i 82.

63 K. Rihtar, *op. cit.*, 357.

mora po službenoj dužnosti da utvrdi da li izvršni dužnik ima druge imovine kojom se može namiriti potraživanje. Zakonskim izmenama data je široka mogućnost sudu da na predlog izvršnog dužnika, centra za socijalni radi, ili po sopstvenoj inicijativi, odloži izvršenje na nepokretnosti u kojoj izvršni dužnik stanuje. Navedene izmene u slovenačkom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju dovoljne su da spreče ponavljanje povrede prava sličnu povredi utvrđenoj presudom ECtHR u predmetu Vaskrsić.<sup>64</sup>

## 5.2. Promena sudske prakse

Nacionalni sudovi, tumačenjem domaćih zakona na način protiv Konvenciji, mogu prouzrokovati povrede subjektivnih prava.<sup>65</sup> Promena sudske prakse zbog toga je opšta mera koja se nekada preduzima u cilju izvršenja presude ECtHR.

Čl. 4 Protokola 7 uz Konvenciju jemči pravo da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari (*ne bis in idem*). ECtHR je presudom Milenković protiv Srbije utvrdio povredu ovog prava, zato što je aplikant Momčilo Milenković u krivičnom postupku osuđen zbog toga što je „udario R. C. u levi obraz i nakon što je oborio R. C, nastavio da ga udara u glavu čime mu je naneo teške telesne povrede opasne po život“, iako je prethodno prekršajno kažnjen za to što je „nekoliko puta oštećenog R. C. udario u glavu i poverdio ga“.<sup>66</sup>

Objektivnim pravom Republike Srbije zabranjeno je dvostruko kažnjavanje u istoj stvari.<sup>67</sup> Povreda prava podnosiocu Milenković Momčilu nije prouzrokovana nedostacima u srpskom zakonu.

---

64 Vid. Ministry of Justice of Republic of Slovenia, „Action report *Vaskrsić v. Slovenia* od 26. marta 2018“, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2018\)345E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2018)345E%22%5D%7D)}, 10.9.2018, i Committee of Ministers, Resolution CM/ResDH(2018)261 od 4. jula 2018, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22001-185097%22%5D%7D>}, 20.9.2018.

65 D. Forst, *op. cit.*, 9.

66 ECtHR, *Milenković v. Serbia*, 1. mart 2016, predstavka broj 50124/13, § 7, 10, 48 i 49.

67 Odredbom čl. 34 st. 4 Ustava Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/06) utvrđeno je da niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravosnažno odbijena ili postupak pravosnažno obustavljen, kao i da istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo. Odredba čl. 6



Apelacioni sud u Nišu, kao drugostepeni krivični sud, ocenio je da okrivljenog Momčila Milenkovića treba osuditi za osobito tešku telesnu povredu nanetu oštećenom R. C, iako je okrivljeni zbog istih udaraca nanetih oštećenom ranije prekršajno kažnjen. Apelacioni sud u Nišu obrazložio je da su opisi dela zbog kojih je aplikant kažnjavan bitno drugačiji. U postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud je zaključio da je obrazloženje presude Apelacionog suda u Nišu „potpuno ustavnopravno prihvatljivo“.<sup>68</sup>

Povređa ljudskih prava u slučaju Momčila Milenkovića izvire iz sudske prakse. Sudovi Republike Srbije, uključujući tu i Ustavni sud, merodavno pravo nisu tumačili u skladu sa strazburškim standardima. Opšta mera koju je bilo potrebno preduzeti u cilju prevencije sličnih povreda načela *ne bis in idem* u budućnosti jeste promena sudske prakse, pre svega prakse Ustavnog suda.

Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR obavestio je Komitet ministara da je Ustavni sud svoju praksu doveo u sklad sa stavovima strazburškog suda.<sup>69</sup> Ova promena sudske prakse može sprečiti da u Srbiji ponovo dođe do povrede prava zajemčenog odredbom čl. 4

---

Zakonika o krivičnom postupku (*Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07 i 122/08), koji je bio u primeni kada se vodio postupak protiv podnosioca Milankovića, takođe predviđa da niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen. Čl. 4 st. 1 Zakonika o krivičnom postupku koji je trenutno na snazi, propisuje da niko ne može biti gonjen za krivično delo za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen. Čl. 8 Zakona o prekršajima (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 116/08 i 111/09), koji je važio u vreme događaja propisuje da niko ne može biti kažnjen u prekršajnom postupku dva ili više puta za istu prekršajnu radnju i da se neće kazniti za prekršaj lice koje je u krivičnom postupku ili u postupku za privredni prestup pravnosnažno osuđeno. Odredba čl. 8 st. 1 važećeg Zakona o prekršajima (*Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016) propisuje da se nikome ne može ponovo suditi niti mu može ponovo biti izrečena prekršajna sankcija za prekršaj o kome je već pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom.

68 ECtHR, *Milenković v. Serbia*, 1. mart 2016, predstavka broj 50124/13, § 12 i 16.

69 Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, odgovor Republike Srbije na podnesak Udruženja za zaštitu ustavnosti zakonitost od 28. septembra 2017. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2017\)1105E%22%5D,%20%229.2018.%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2017)1105E%22%5D,%20%229.2018.%7D).

Protokola 7 uz Konvenciju, koja je slična povredi utvrđenoj u presudi *Milenković v. Serbia*.<sup>70</sup>

Donošenje opšte mere koja može trajno sprečiti povredu subjektivnog prava sličnu povredi utvrđenoj presudom ECtHR, nekada zah-teva duži period. Nova kršenja Konvencije ne bi trebalo da se dogode ni u vremenu koje protekne između donošenja presude ECtHR i preduzimanja hronološki poslednje mere za njenu implementaciju u nacionalni pravni sistem. Radi prevencije povreda prava u tom među-periodu, mogu se doneti tzv. među-mere. Međumere treba da onemoguće povredu prava samo privremeno, do usvajanja kompleksnijih mera koje će trajno sprečiti da se slična povreda ponovi.<sup>71</sup>

Za donošenje odluke kojom nadležni domaći sud menja sudsku praksu, po prirodi stvari potrebno je manje vremena nego da Narodna skupština usvoji novi zakon. Sudska praksa brže se može dovesti u sklad sa strazburškim standardima, nego nacionalno zakonodavstvo. Promena sudske prakse zbog toga može biti adekvatna među-mera za sprečavanje povreda subjektivnih prava, do usvajanja i stupanja na snagu novog zakona.

Srpski ZIO 2011. predstavlja opštu meru za implementaciju presuda ECtHR u nacionalni pravni sistem. Republika Srbija tim zakonom, između ostalog, htela je da spreči da gubi sporove u strazburu po predstavkama zaposlenih iz društvenih preduzeća. Vlada Republike Srbije na sednici održanoj 30. decembra 2010. godine odlučila je da Narodnoj skupštini predloži usvajanje tog zakona.<sup>72</sup> ZIO 2011. usvojen je 5. maja, a objavljen u službenom glasilu 9. maja 2011. godine. Predlog zakona predviđao je *vacatio legis* od 90 dana,<sup>73</sup> a usvojeni tekst zakona od 4 meseca.<sup>74</sup> Stoga je postojala potreba da se nekom drugom, bržom merom, spreči da u izvršnim postupcima pre početka primene tog zakona, dođe do novih povreda prava zaposlenih u društvenim preduzećima.

---

70 Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, akcioni izveštaj u predmetu *Milenković protiv Srbije* od 28. septembra 2017. godine, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECidentifier%22:%5B%22DH-DD\(2017\)1098E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECidentifier%22:%5B%22DH-DD(2017)1098E%22%5D%7D)], 20.9.2018.

71 *Guide for drafting action plans and reports*, 8.

72 Vid. Vlada Republike Srbije, [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_pregled.php?id=145981](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=145981), 20.9.2018.

73 Čl. 363 predloga Zakona o izvršenju i obezbeđenju, [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_pregled.php?id=124837](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=124837), 20.9.2018.

74 Čl. 363 ZIO 2011.

Zastupnik Republike Srbije 22. oktobra 2010. godine informisao je Vrhovni kasacioni sud da organi Saveta Evrope sa pojačanom pažnjom nadziru implementaciju presuda ECtHR protiv Srbije, koje su donete zbog nedelotvornog izvršnog postupka. Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda, promenilo je sudsku praksu tako što je 24. februara 2011. godine utvrdilo novi pravni stav o izvršnim postupcima protiv društvenih preduzeća u restrukturiranju. Po tom stavu „izvršni postupci koji se odnose na naplatu novčanih potraživanja iz radnog odnosa utvrđenih izvršnim ispravama protiv dužnika, subjekata privatizacije u restrukturiranju, neće se prekidati, a prekinuti postupci će se nastaviti i okončati“.<sup>75</sup>

Promena sudske prakse o ovom pitanju predstavlja jednu opštu meru privremenog karaktera. Ona je trebalo da spreči da se pre početka primene adekvatnih zakonskih rešenja, u postupcima prinudne naplate potraživanja iz radnog odnosa od društvenog preduzeća u restrukturiranju, ponove povrede prava iz Konvencije.<sup>76</sup>

### 5.3. Ostale opšte mere

Zakonske izmene i promene u sudskoj praksi nisu jedine mere koje mogu da spreče povrede ljudskih prava. Radi izvršenja strazburške presude ponekad je potrebno preduzeti praktične mere, tj. mere koje imaju faktičku prirodu.

Čl. 3 Konvencije utvrđuje zabranu mučenja. Saglasno ovoj odredbi države su obavezne da svakog unutar svoje jurisdikcije zaštite od mučenja, ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Države su dužne da preduzmu aktivnosti kojima se pojedinac štiti od ovakvog tretmana, čak i ako ga takvom tretmanu podvrgava drugo privatno lice.<sup>77</sup>

Republika Hrvatska ove obaveze nije ispunila u slučaju Dalibora Đorđevića, mentalno i fizički zaostalog mladića srpske nacionalnosti.

75 Vrhovni kasacioni sud, Građansko odeljenje, konačni tekst pravnog shvatanja o sprovođenju izvršenja sa izdvojenim mišljenjem, <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PRavno%20shvatanje%20-%20sprovo%C4%91enje%20izvr%C5%A1enja.pdf>, 21.9.2018.

76 Vid. Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, ažurirani akcioni plan u predmetu EVT company i 15 drugih predmeta protiv Srbije od 20. oktobra 2012, 5.

77 ECtHR, *E. and others v. the United Kingdom*, 26. novembar 2002, broj predstave 33218/96, § 88.

Podnosilac Dalibor Đorđević živeo je u prizemlju stambene zgrade u neposrednom susedstvu jedne osnovne škole u Zagrebu. Učenici te škole godinama su zlostavljali aplikanta, najčešće pri povratku kući sa nastave. Zlostavljanje se sastojalo u vređanju, oduzimanju lopte, pljuvanju, uriniranju ispred vrata aplikantovog stana, udaranju, a jednom prilikom dva dečaka gasili su cigarete o desnu i levu ruku aplikanta. U postupku protiv države Hrvatske, strazburški sud utvrdio je povredu zabrane mučenja, odnosno nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja.<sup>78</sup>

Sam zakon i sudska praksa teško da mogu zaštititi ugrožene osobe od dece koja ne podležu kaznenoj odgovornosti.<sup>79</sup> Kako bi se predupredilo da druga ugrožena lica pretrpe zlostavljanje, koje je slično zlostavljanju kome je Dalibor Đorđević bio izložen, neophodno je preduzeti praktične mere.

Zastupnik Republike Hrvatske pred ECtHR obavestio je Komitet ministara kako će policija u Hrvatskoj, u saradnji sa obrazovnim institucijama vršiti aktivnosti radi prevencije nasilja u školama i zonama u blizini škole. To je bila jedna od mera za izvršenje presude *Đorđević v. Croatia*.<sup>80</sup>

Republika Srbija preduzela je niz opštih mera faktičke prirode u cilju prevencije povrede prava na suđenje u razumnom roku i izvršenja presuda ECtHR. U te mere ubrajaju se izgradnja, odnosno renoviranje sudskih zgrada, zapošljavanje dodatnog osoblja u pravosudne organe, unapređenje tehničkih uslova i kancelarijske opreme, uvođenje elektronskog sistema za administriranje sudskih predmeta.<sup>81</sup>

Faktička mera koja se najčešće preduzima radi izvršenja presuda ECtHR, jeste objavljivanje presude i njena diseminacija na jeziku države respondentata. Strazburška presuda se publikuje i čini dostupnim širokom krugu lica u odgovornoj državi, čak i ako je reč o izolova-

---

78 ECtHR, *Đorđević v. Croatia*, 24. jul 2012, broj predstave 41526/10.

79 Hrvatsko pravo, isto kao i pravo Republike Srbije, propisuje da deca mlađa od 14 godina ne podležu kaznenoj, odnosno krivičnoj odgovornosti. Vid. čl. 7 st. 1 Kaznenog zakona Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17) i čl. 4 st. 3 srpskog Krivičnog zakonika (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16).

80 Ured zastupnik Republike Hrvatske pred ECtHR, Ažurirani akcioni plan u predmetu *Đorđević protiv Hrvatske* od 3. aprila 2014, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2014\)441E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2014)441E%22%5D%7D)}, 9.9.2018.

81 Zastupnik Republike Srbije pred ECtHR, Ažurirani akcioni plan u predmetu *EVT company i 15 drugih predmeta protiv Srbije* od 20. oktobra 2012, 38–39.

nom slučaju povrede prava.<sup>82</sup> Ponekad je to jedina mera koju vlasti odgovorne države preduzimaju radi implementacije presude suda u Strazburu.<sup>83</sup>

Savet Evrope poseban značaj dao je ovoj meri. Komitet ministara preporučio je državama članicama da strazburški *case-law* učine dostupnim domaćim pravosudnim organima, kako bi presude donete na nacionalnom nivou bile u skladu sa stavovima ECtHR. Vlasti država članica trebalo bi i druge organe da upoznaju sa strazburškim presudama (npr. policiju, zatvorsku upravu, organe starateljstva...) koje su od značaja za obavljanje njihove nadležnosti.<sup>84</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Članice Saveta Evrope dužne su da postupaju po presudama suda u Strazburu. To postupanje se sastoji u isplati dosuđenog pravičnog zadovoljenja, ali i u preduzimanju opštih i pojedinačnih mera kojima se presuda implementira u nacionalni pravni sistem. Država je nadležna da sama izabere mere kojima će izvršiti strazburšku presudu. Konačnu ocenu o tome da li je država izabrala adekvatne mere i da li su te mere preduzete, daje Komitet ministara.

Mere za izvršenje presuda ECtHR mogu biti pojedinačne i opšte. Cilj pojedinačnih mera je da ukloni posledicu povrede prava po aplikanta. Najznačajnija pojedinačna mera za implementaciju strazburške presude jeste ponavljanje postupka povodom koga je izjavljena predstava. Pojedinačne mere trebalo bi preduzimati čak i kada potpuno otklanjanje povrede prava nije moguće. Tim merama posledica povrede prava mogla bi se koliko-toliko sanirati.

---

82 Npr. povreda subjektivnog prava u predmetu *Valant v. Slovenia* bila je izolovani slučaj, ali ipak je presuda ECtHR objavljena i distribuirana širem krugu subjekata. Vid. Ministry of Justice of Republic of Slovenia, „Action report *Valant v. Slovenia*“, 26. mart 2018, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEIdentifier%22:%7B%22DHD\(2017\)1376E%22%7D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEIdentifier%22:%7B%22DHD(2017)1376E%22%7D%7D), 10.9.2018.

83 *Guide for drafting action plans and reports*, 9.

84 Council of Europe, Committee of Ministers, „Recommendation Rec(2002)13 of the Committee of Ministers to member states on the publication and dissemination in the member states of the text of the European Convention on Human Rights and of the case-law of the European Court of Human Rights“, [http://wwwold.justice.sk/a/dwn/l8/VMCS\\_odp\\_2002\\_13.pdf](http://wwwold.justice.sk/a/dwn/l8/VMCS_odp_2002_13.pdf), 21.9.2018.

Postoje izolovani slučajevi u kojima je narušavanje subjektivnog prava suštinski povezano samo sa specifičnim okolnostima konkretne situacije. U takvim slučajevima ne postoje sistemski, odnosno strukturalni nedostaci u nacionalnom pravnom sistemu koje bi trebalo otklanjati opštim merama.

Opšte mere za implementaciju presude ECtHR deluju preventivno. One bi trebalo da preduprede kršenje subjektivnog prava koje je slično već utvrđenoj povredi u postupku pred strazburškim sudom. Opštim merama otklanja se sistemski ili strukturalni nedostatak u domaćem pravnom sistemu, koji je uzrok narušavanja prava zajemčenog Konvencijom. Zakonske izmene jesu najvažnija opšta mera koja se preduzima u cilju izvršenja presude ECtHR. Promena sudske prakse i njeno usklađivanje sa strazburškim standardima takođe je značajna opšta mera. Organi odgovorne države nekada radi prevencije novih povreda prava moraju preduzeti faktičke mere. Objavljivanje i diseminacija presude suda u Strazburu na jeziku države respondentata, može biti korisno za sprečavanje novih povreda prava.

Miloš Radovanović

PhD Candidate at the University of Belgrade, Faculty of Law

## MEASURES FOR EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### *Summary*

Member States of the Council of Europe have a duty to execute the judgment of the European Court of Human Rights. This obligation will be fulfilled if the respondent state pays just satisfaction and if takes individual and general measures to implement the judgment in national legal order. The state is authorized to choose measures, but the Committee of Ministers of the Council of Europe shall examine the chosen measures and estimate if the measures are appropriate and if the judgment is executed.

Author will describe some measures taken in practice to execute a judgments of the Strasbourg Court, clarify division of the measures and explicate specific goals of the measures. Author will first briefly expose the procedure of the supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. Examples from all states of the Former Yugoslavia are given in the paper, but the most attention is dedicated to the Republic of Serbia.

Key words: *European Court of Human Rights. – Committee of Ministers of the Council of Europe. – Execution of judgments of ECtHR. – Supervision of the execution of judgments of ECtHR.*

Sara Stojković, *master prava\**

## OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI\*\*

*Svrha rada je da se prikaže tretman mere obezbeđenja troškova spora u međunarodnoj arbitraži. Da bi se bolje razumeo položaj obezbeđenja troškova, autor ukazuje na činjenicu da je obezbeđenje privremena mera. Potom se nabrajaju troškovi za koje se obezbeđenje pruža. Drugi deo rada se bavi nadležnošću za određivanje ove mere. Utvrđuje se da je danas priznata konkurentna nadležnost arbitražnim tribunalima i nacionalnim sudovima. Osnov nadležnosti arbitraža crpi iz mreže pravila koju su ispleli volja stranaka, merodavno nacionalno pravo i izabrana arbitražna pravila. Osnov se danas nalazi i u veoma opštim odredbama. Svakako, tendencija da se arbitraži prizna nadležnost za određenje obezbeđenja ne podrazumeva i spremnost da se ona izrekne. Spremnost tribunala da odrede ovu meru još uvek nije na zavidnom nivou. Prag za određivanje ove mere je i dalje visok i nejasan, naročito kada su u pitanju investicione arbitraže. Tako, smatra se da insolventnost tužioca nije dovoljan razlog da tribunal odredi ovu meru te se traže dodatni faktori. Predstavljeni su i drugi često razmatrani uslovi kao što su verovatnoća uspeha u sporu, pravičnost i postojanje trećeg lica u ulozi finansijera spora. Ipak, svest o oklevanju prilikom određivanja ove mere je podigla na noge pravnu javnost, te se sve više pažnje u pravnoj literaturi posvećuje razlozima za njeno dodeljivanje. Autor potom prikazuje postupak određivanja mere i okvire u kojima se on odvija. Na samom kraju rada se pokazuje da je autoritet arbitraže prilikom sprovođenja ove mere prilično velik.*

**Ključne reči:** *Obezbeđenje troškova spora. – Međunarodna arbitraža. – Privremene mere. – Trgovinski sporovi. – Investicioni sporovi.*

---

\* Autor je demonstrator i student prve godine doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, [sara.stojkovic001@gmail.com](mailto:sara.stojkovic001@gmail.com).

\*\* Ovaj rad je osvojio drugo mesto na konkursu „Gašo Knežević“ za najbolje urađeni studentski rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova (arbitraža i medijacija) za akademsku 2018/2019. godinu.



## 1. UVODNE NAPOMENE

U toku arbitražnog spora može da se javi niz problema koji mogu biti uzrokovani objektivnim okolnostima ili radnjama stranaka u postupku. Ovakve okolnosti i radnje stranaka mogu osujetiti konačno izvršenje arbitražne odluke i na taj način obesmisлити sam arbitražni postupak. Jedna od takvih situacija se može opisati na sledeći način. Moguće je da tužilac pokrene arbitražni postupak protiv tuženog i da arbitražni tribunal presudi u korist tuženom. Ukoliko je gubitnička strana dužna da naknadi troškove spora, u prethodnoj situaciji taj teret će pasti na tužioca. Ipak, iz niza različitih okolnosti, subjektivnih i objektivnih, može da se desi da tužilac svoju obavezu ne izvrši i da tuženi bude onemogućen da troškove naplati. U takvoj situaciji je izvršenje arbitražne odluke onemogućeno. U arbitražnom postupku, mogućnost tuženog da naplati troškove spora je od naročite važnosti. Troškovi spora u međunarodnoj arbitraži ponekad dosežu astronomske visine i tuženi može da pretrpi izuzetno veliku štetu ukoliko se oni ne nadoknade kada je to opravdano.

Primećuje se da se na prethodno opisani način tuženi u arbitražnom postupku postavlja u znatno drugačiju situaciju nego tuženi u parnici.<sup>1</sup>

Prvi je manje motivisan da se upusti u raspravu i da odbrani svoj stav iz razloga što postoji realna mogućnost da neće moći posle da nadoknadi često velike troškove koje mu je upuštanje u tu raspravu napravilo. Sa druge strane, preostaje mu mogućnost da ostane pasivan u raspravljanju kako bi izbegao Pirovu pobjedu. Ni ova situacija nije povoljna po tuženog jer su velike šanse da će arbitražni tribunal tada presuditi tužiocu u korist. Dakle, iz oba opisana scenarija tuženi u arbitraži izlazi kao *de facto* gubitnik.

Postavlja se pitanje kako se ovaj problem rešava. U parničnom postupku je predstavljeni problem moguće rešiti tako što će sud na zahtev tuženog odrediti polaganje obezbeđenja troškova spora.<sup>2</sup>

- 1 P. Karrer, M. Desax, „Security for Costs in International Arbitration: Why, When, and What if...“, *Law of International Business and Dispute Settlement in 21st Century* (eds. R. Briner *et al.*), Carl Heymanns Verlag, Cologne 2001, 340.
- 2 Konkretno, u domaćem parničnom postupku sud će odrediti polaganje aktorske kaucije, između ostalog, ukoliko je tužilac stranac. Iako se drugi deo rada bavi uslovima za određenje obezbeđenja troškova spora, ovom prilikom

Činjenica da je postupak arbitražni, zajedno sa njegovim međunarodnim karakterom, nas upozorava da je moguće da postoje specifičnosti u određivanju ove mere u međunarodnoj arbitraži. Takvo upozorenje nas navodi da postavimo niz pitanja u vezi sa obezbeđenjem troškova u međunarodnoj arbitraži. U daljem tekstu ćemo se potruditi da predstavimo najzastupljenije odgovore na neka od osnovnih pitanja koja se naziru, a sve sa ciljem i nadom da će to koristiti i razvoju domaćeg arbitražnog prava.

## 2. OSNOVNE ODREDNICE

Obezbeđenje troškova spora predstavlja privremenu meru.<sup>3</sup> Drugačije se naziva i aktorska kaucija ili *cautio iudicatum solvi*.<sup>4</sup> Svrha određivanja privremenih mera u arbitraži je između ostalog da se održi *status quo* u postupku između dve strane.<sup>5</sup> Konkretno, u slučaju obezbeđenja troškova spora, cilj je da se spreče tužioci u isticanju neosnovanih zahteva, ali i da se zaštite tuženi od nepotrebnog gubitka arbitražnih troškova u slučaju da su se uspešno odbranili.<sup>6</sup> To se postiže tako što se određuje polaganje obezbeđenja kojim se pokriva mogući iznos koji će biti dodeljen suprotnoj strani u slučaju da ona uspe da se odbrani, i uz uslov da je previđeno da joj se naknade troškovi spora.<sup>7</sup>

Prema Smernicama o zahtevima za obezbeđenje troškova spora (*CIArb Arbitration Guidelines, Applications for Security for Costs*) koje je pripremio jedan arbitražni institut (*Chartered Institute of Arbitrators*),<sup>8</sup>

---

napominjemo da je ovakva logika neprimerena u međunarodnoj arbitraži. Činjenica da je jedna strana „stranac“ ne bi trebalo da rezultira određivanjem obezbeđenja troškova spora. Više o tome vid. W. Gu, „Security for Costs in International Commercial Arbitration“, *Journal of International Arbitration*, 3/2005, 193–194.

3 G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, 2004.

4 Vid. V. Pavić, „Polaganje obezbeđenja arbitražnih troškova – „aktorska kaucija“ u arbitražnom okruženju“, *Usklađivanje poslovnog prava sa pravom Evropske unije – 2018* (ur. V. Radović), Beograd 2018, 356–368.

5 M. Petrović, „Arbitraža i privremene mere“, *Pravo i privreda*, 9–10/1999, 32.

6 W. Gu, *op. cit.*, 169.

7 G. Born, *op. cit.*, 2004.

8 Smernice o zahtevima za obezbeđenje troškova spora (u daljem tekstu: Smernice), predstavljaju pomoćna pravila o koja je pripremila udruženje

smatra se da troškovi spora podrazumevaju troškove zastupanja, naknade i troškove arbitara i arbitražnih institucija (ako takvih ima) i sve druge troškove strana u postupku.<sup>9</sup> Ne proteže se na naknadu štete ili na bilo koja druga plaćanja koja proizlaze iz odluke o meritumu spora.<sup>10</sup> Smatra se i da stranka treba da priloži specifikaciju predviđenih troškova, samoinicijativno ili na zahtev tribunala.<sup>11</sup>

Obezbeđenje troškova spora se najčešće pruža polaganjem novčanog depozita kod arbitražnog tribunala ili putem bankarske garancije,<sup>12</sup> iako je moguće to učiniti i na druge slične načine.<sup>13</sup> Pritom, više se pozdravlja pružanje obezbeđenja troškova u obliku bankarske garancije iz razloga što tribunali često oklevaju da administriraju tuđim novcem. Ipak, ni bankarska garancija nije praćena kao izbor bez ikakvih kontroverzi. Pitanje je da li su banke sklone da pružaju vremenski neograničenu bankarsku garanciju, a takva je primerenija za obezbeđenje troškova jer se ne zna kada će se postupak okončati.<sup>14</sup>

---

arbitara kako bi se napravio kao korak dalje ka unifikaciji. Njegovi delovi pod okriljem termina „članovi“ nisu obavezujući (osim kada su stranke ugovorile da jesu). Dostupno na: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>, 2. oktobar 2018. godine.

9 Smernice, 1.

10 E. Z. Jaramillo, „Chapter 40: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding“, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (eds. M. Kinnear et al.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, 568–569.

11 M. Stanivuković, „Obezbeđenje troškova spora u arbitraži po pravilima MTK i IKSID-a“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2015, 501.

12 P. Karrer, M. Desax, *op. cit.* fn. 1, 349.

13 J.-B. Pessey, „When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test“, dostupno na: <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>, 2. oktobar 2018. godine; E. Z. Jaramillo, *op. cit.*, 569.

14 P. Karrer, M. Desax, *op. cit.*, 350.

### 3. NADLEŽNOST ZA IZRICANJE

Pošto je obezbeđenje troškova spora privremena mera, prilikom određenja nadležnosti za određivanje obezbeđenja troškova spora u međunarodnoj arbitraži poći ćemo od njene nadležnosti za određivanje privremenih mera uopšte.

#### 3.1. Ko ima nadležnost?

Postoje dve mogućnosti u pogledu nadležnosti za određivanje privremenih mera. Tu nadležnost mogu da imaju sudovi i arbitražni tribunali.<sup>15</sup> Klackalica je na početku naginjala ka isključivoj nadležnosti sudova, da bi došla na sredinu. Drugim rečima, za određivanje privremenih mera sud je nesumnjivo nadležan, a uporedo se priznaje nadležnost i arbitrima.

Jedan od razloga za uskraćivanje nadležnosti arbitražnim tribunalima može se razumeti pravljjenjem razlike između nadležnosti za određivanje privremenih mera i nadležnosti za odlučivanje o predmetu spora.<sup>16</sup> Arbitraža derogira parničnu nadležnost suda što dalje znači da kada se ona ugovori poverava joj se ova kasnije pomenuta nadležnost, nadležnost za odlučivanje o predmetu spora. Sa druge strane, privremene mere pripadaju izvršnom postupku (ovde postoji vanparnična nadležnost sudova) u kojem arbitraža ne derogira nadležnost suda.<sup>17</sup> Iz tog razloga je, između ostalog, smatrano da je samo sud nadležan da donosi privremene mere. Dalje, veliki problem je i to što sama arbitraža nema aparat prisile koji bi obezbedio da se njene odluke zaista i poštuju.<sup>18</sup>

U novije vreme je ipak došlo do predviđanja konkurentske nadležnosti suda i arbitraže.<sup>19</sup> To pozdravlja i srpski Zakon o arbitraži (u daljem tekstu ZoA) koji u članu 31 predviđa da arbitražni sud može na

---

15 M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd 2013, 190. Vid. L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, Paris-Boston 2000<sup>3</sup>, 460–462.

16 J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Translated by S. Berti, A. Ponti), Sweet & Maxwell, London 2007, 521.

17 G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009<sup>2</sup>, 129.

18 *Ibid.*, 130.

19 *Ibid.*, 129.

predlog stranke da odredi privremenu meru koju smatra potrebnom.<sup>20</sup> Razlog za ovo se nalazi u potrebi za povećanjem efikasnosti arbitražnog postupka jer deluje logično tražiti zaštitu od tela pred kojim se postupak vodi.<sup>21</sup> Dalje, ističe se da se volja strana da ugovore arbitražu ne sme zanemariti, te da stoga stepen moguće intervencije suda prilikom određenja privremenih mera zavisi od arbitražnog sporazuma.<sup>22</sup> To znači da ne treba olako hrliti ka sudovima već samo kada je to opravdano.

Iako pitanje da li se nadležnost za određivanje nekih pojedinačnih privremenih mera može odrediti na osnovu opšte odredbe o nadležnosti tribunala za dodeljivanje privremenih mera nije prošlo bez kontroverzi,<sup>23</sup> danas se smatra da je ovakva opšta odredba dovoljna i u pogledu zasnivanja nadležnosti za obezbeđenje troškova spora.<sup>24</sup> Štaviše, argument da tribunali nemaju način da osiguraju poštovanje svojih odluka, u pogledu mere obezbeđenja troškova spora pada. Naime, tribunal može da odluči o prekidu, odnosno okončanju postupka,<sup>25</sup> što svakako tera stranke da razmisle dva puta pre nego što odbiju da se ovoj procesnoj naredbi povinuju.

### 3.2. Osnov nadležnosti arbitraže

Kako smo razumeli da se dodeljivanje privremenih mera može poveriti i arbitražnom tribunalu, preostaje pitanje šta je osnov za ovakvo stanovište. Drugim rečima, neophodno je razjasniti odakle arbitri crpe svoju nadležnost. Naime, arbitražni postupak je postupak u kojem vodeću ulogu ima autonomija volje strana, ali se on ne odvija u vakuumu, već na teritoriji neke države. Samim tim se vidi da se plete jedna kompleksna mreža pravila u pogledu osnova nadležnosti arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova spora i to između volje strana, merodavnog nacionalnog prava i arbitražnih pravila ukoliko su ih strane ugovorile.<sup>26</sup>

20 Čl. 31 ZoA.

21 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 129.

22 W. Gu, *op. cit.*, 172–173.

23 E. Z. Jaramillo, *op. cit.*, 568.

24 A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2005, 261.

25 W. Gu, *op. cit.*, 167.

26 *Ibid.*, 184.

Polazna tačka bi trebalo da bude sporazum strana budući da arbitraža upravo odatle crpi svoju nadležnost.<sup>27</sup> Strane mogu eksplicitno da ugovore nadležnost arbitraže za dodeljivanje određenih mera, uključujući i meru obezbeđenja troškova spora.<sup>28</sup> One ovu nadležnost mogu i da isključe.<sup>29</sup> Dalje, strane mogu da predvide nadležnost arbitraže u tom pogledu određivanjem nekog prava kao merodavnog, a koje ostavlja mogućnost da arbitri dodeljuju obezbeđenje.<sup>30</sup> Najzad, za ustanovljavanje nadležnosti je od značaja da li je predviđaju izabrana arbitražna pravila.<sup>31</sup>

Drugo pitanje koje se sada javlja je kako znati da li nacionalno pravo ili odgovarajuća arbitražna pravila predviđaju nadležnost arbitraže u pogledu pitanja koje analiziramo. Odredbe iz kojih se danas smatra da arbitri crpe svoju nadležnost su različite. Stoga, razlikujemo tri vrste odredbi koje daju odgovarajuću nadležnost arbitraži. Pre svega, moguće je unosenje eksplicitne odredbe o nadležnosti arbitraže za određivanje obezbeđenja,<sup>32</sup> ali to je još uvek retko.<sup>33</sup> Potom, postoje odredbe o nadležnosti arbitraže za određivanje privremenih mera uopšte,<sup>34</sup> za koje se smatra da obuhvataju i nadležnost za dodeljivanje obezbeđenja troškova.<sup>35</sup> Najzad, postoji mišljenje da je, čak i u situaciji

---

27 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 130.

28 W. Gu, *op. cit.*, 171.

29 V. Pavić, M. Đorđević, „Resolution of international commercial disputes before Serbian arbitral institutions – certain salient features of the new institutional rules“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd 2016, 329–330.

30 W. Gu, *op. cit.*, 171.

31 Vid. L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, 467–468.

32 Takva odredba se nalazi u engleskom pravu u čl. 38, st. 3 Zakona o arbitraži (*The Arbitration Act 1996*) koji predviđa da: „Arbitražni sud može da naloži tužiocu da pruži obezbeđenje za troškove arbitraže“. Primer arbitražnih pravila koja imaju eksplicitnu odredbu jesu Pravila Singapurskog centra za međunarodnu arbitražu (*SIAC Rules 2010*) koja u članu 24, st. 1, tač. k predviđaju da je tribunal nadležan da naloži: „bilo kojoj od strana da pruži obezbeđenje za troškove zastupanja ili za druge troškove, na bilo koji način za koji tribunal smatra prikladnim“.

33 V. Pavić, *op. cit.*, 361.

34 Tu spada naš ZoA zbog čl. 31, iako se smatralo da je diskutabilno da li se pruža mogućnost arbitrima da dodele obezbeđenje budući da član govori o merama potrebnim s obzirom na predmet spora, a obezbeđenje nije za njega vezano. Više o tome, vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 502.

35 L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, 467.

kada ni takvih odredbi nema, opravdano izvesti zaključak o postojanju nadležnosti arbitraže zahvaljujući njenim ovlašćenjima da sačuva integritet arbitražnog postupka.<sup>36</sup> Prepoznajemo da se u domaćoj literaturi smatra da nadležnost arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova proizlazi i iz čl. 32, st. 3 ZoA gde se predviđa da arbitražni sud može da vodi arbitražni postupak na način koji smatra celishodnim.<sup>37</sup> U svakom slučaju, danas postoji trend priznavanja nadležnosti arbitražama u pogledu određivanja obezbeđenja troškova, te se eksplicitna odredba ne zahteva za njeno uspostavljanje. Najzad, ukazujemo na neophodnost odsustva zabrane zasnivanja nadležnosti arbitraže u prinudnim pravilima nacionalnog prava merodavnog za arbitražu.<sup>38</sup>

Dakle, zasnivanje nadležnosti arbitraže u vezi sa određenjem mere obezbeđenja troškova spora može da se opiše na sledeći način. Naime, polazna tačka je sporazum strana u kojem se traži osnov za zasnivanje nadležnosti. Osnov nesporno postoji kada su stranke takvu nadležnost eksplicitno predvidele, ali to nije neophodno. Dovoljno je da stranke ovu mogućnost nisu želele da isključe i da može nadležnost da „se smesti“ u postojeći sporazum. U svakom slučaju, sporazum ne može da se posmatra odvojeno od imperativnih pravila prava merodavnog za arbitražu. Trebalo bi ispitati da li to pravo sadrži odredbe koje bi takvu nadležnost isključile. Ukoliko nema zabrane u prinudnim pravilima i arbitražni sporazum čuti po ovom pitanju, treba ispitati da li merodavno nacionalno pravo podržava poveravanje nadležnosti arbitražama u pogledu analiziranog problema. U svakom slučaju, odgovor treba potražiti i u izabranim arbitražnim pravilima.

#### 4. USLOVI ZA OBEZBEĐENJE TROŠKOVA SPORA

I kada se pređe prepreka u vezi sa zasnivanjem nadležnosti tribunala za dodeljivanje ove mere, dolazi se do druge, koja danas stvara veće glavobolje. Kada tribunal ustanovi da je nadležan, njegovo pravo da meru dodeli je diskreciono.<sup>39</sup> To znači da je tribunal slobodan kada

36 J. von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, 335–336; L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, 467.

37 M. Stanivuković (2015) *op. cit.*, 503.

38 *Ibid.*

39 W. Gu, *op. cit.*, 184–185.

ocenuje da li treba da odredi ovu privremenu meru. Diskreciono ovlašćenje je dovelo do posledice da ne postoji jasan prag koji predstavlja nedvosmisleni indikaciju tribunalima da treba da nalože tužiocu da položi obezbeđenje.<sup>40</sup> Posledica toga je veliki oprez prilikom određivanja ove mere u arbitražnoj praksi. Takav oprez je doveo do realnosti u kojoj se zahtevaju izuzetne okolnosti da bi tribunal naložio polaganje obezbeđenja troškova.<sup>41</sup> Ovde će se predstaviti neki od često razmatranih faktora prilikom određenja obezbeđenja. Napominjemo pritom da se spisak ovde ne iscrpljuje, i da se mogu uzeti u obzir i drugi faktori u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja u kojem se obezbeđenje zahteva.<sup>42</sup>

#### 4.1. Verovatnoća da se u sporu uspe

Često se smatra da tribunal treba da uzme u obzir zahteve strana u sporu prilikom odlučivanja da li da odredi obezbeđenje troškova spora.<sup>43</sup> U tom smislu, tribunal ne sme da prejudicira ishod spora i da na taj način stavi jednu od strana u povoljniji položaj u odnosu na drugu stranu. Arbitraža samo treba da zaključi da li uopšte ima smisla da odredi obezbeđenje. Zato se traži da je *prima facie* zamislivo da strana u sporu uspe.<sup>44</sup> Dakle, sud neće ulaziti u detalje merituma spora. Ukoliko postoji razumna mogućnost da tuženi u sporu pobedi, onda će sud smatrati da ta činjenica ide u prilog određivanju ove privremene mere i obrnuto.

U svakom slučaju, smatra se da ovaj faktor sam po sebi nije dovoljan da se odluči u korist zahteva za određenje mere obezbeđenja troškova.<sup>45</sup> Ovo je samo faktor koji može da predstavlja „otežavajuću okolnost“ ili obrnuto. Prilikom odlučivanja o zahtevu, sud mora da uzme u obzir i druge faktore. Ukoliko tribunal nađe da *prima facie* uspeh obe strane postoji, naročito u toj situaciji verovatnoća u uspehu neće biti značajan faktor.<sup>46</sup>

---

40 *Ibid.*, 185.

41 P. Karrer, M. Desax, *op. cit.* fn. 1, 343; J.-B. Pessey, *op. cit.*, 13.

42 Smernice, član 1, stav 3.

43 V. Pavić, *op. cit.*, 366.

44 G. Born, *op. cit.*, 2480.

45 Smernice, 5–6.

46 Smernice, 6.



#### 4.2. Tužiočeva sposobnost da nadoknadi troškove

Dakle, još jedan od faktora koji može da idu u korist određivanja mere obezbeđenja troškova je postojanje očiglednog rizika da podnosilac zahteva neće moći da izvrši odluku o troškovima.<sup>47</sup> Sledeći su pokazatelji postojanja takvog očiglednog rizika. Prvo, do njega može da dođe kada tužilac nema dovoljno sredstava pomoću kojih bi nadoknadio troškove koji su mu dosuđeni. Drugi pokazatelj je da tužiočeva imovina nije dostupna za izvršenje na njoj. Prethodno navedene situacije idu u prilog podnosiocu zahteva samo onda kada ih on nije prihvatio prilikom zasnivanja poslovnog odnosa sa saugovaračem kao deo poslovnog rizika.

Pomenuto pravilo podleže brojnim raspravama. Pre svega, pitanje je da li je dovoljno da tužilac nema odgovarajući iznos sredstava. Drugim rečima, da li insolventnost tužioca po sebi stvara jak argument za određivanje obezbeđenja? Mišljenja su različita.

Gu, na primer, je mišljenja da je insolventnost neophodan,<sup>48</sup> ali nedovoljan uslov za dodeljivanje obezbeđenja troškova. Smatra da bi se narušila jednakost strana kada bi se nemogućnost tužioca da plati smatrala kao dovoljan faktor.<sup>49</sup> Naime, arbitražni postupci bi bili vođeni krilaticom da tužilac treba da trpi ili da ćuti (*put up or shut up*) pa bi tako arbitraža bila dostupna samo finansijski jačim i razvijenim subjektima.<sup>50</sup> U svakom slučaju, nemogućnost tužioca da plati troškove poznaje i korektiv. Međunarodni tribunalni često zahtevaju i da postoji određeno zlonamerno držanje tužioca.<sup>51</sup> Na primer, ukoliko tužilac namerno učini sebe nesposobnim da plaća, to bi bio dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja.

Sa druge strane, Stanivuković ustanovljava da se u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži napušta zahtev zle namere. U tom smislu citira proceduralnu naredbu arbitražnog suda u predmetu MTK br. 15218 u kojoj stoji: „...Međutim, ovaj subjektivni aspekt nije jedini relevantni faktor koji treba uzeti u obzir. Nije celishodno naročito da se odredi-

47 Smernice, član 3.

48 Vid. Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 14661 od oktobra 2008. godine, *ICC Case 14661*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 25/Supplement, 2014, 22.

49 W. Gu, *op. cit.*, 191.

50 *Ibid.*

51 J.-B. Pessey, *op. cit.*, 25.

vanje obezbeđenja učini zavisnim od uslova da je insolventna stranka namerno preduzela korake imajući u vidu arbitražni spor, kako bi lišila drugu stranku mogućnosti da povрати troškove spora. Takav bi pristup bio jednostran, jer bi svu težinu pri donošenju odluke stavio na stranu interesa insolventnog tužioca da ostvari pristup arbitražnoj pravdi...<sup>52</sup>

Dovoljnost insolventnosti naročito nije prepoznata niti pozdravljena u investicionoj arbitraži. U investor-država sporovima je naročito osetljivo pitanje ostvarivanja pristupa arbitražnoj pravdi pa se zahteva zloupotreba i nesavesnost na strani investitora.<sup>53</sup> Stoga, u investicionoj arbitraži inače postoji tendencija da se održi visok prag u pogledu određivanja obezbeđenja troškova,<sup>54</sup> iako je takav stav u poslednje vreme veoma kritikovan.<sup>55</sup>

Dalje, lokacija na kojoj se nalazi imovina tužioca može biti od značaja prilikom određivanja obezbeđenja. U slučaju da tribunal smatra da je u nekim jurisdikcijama neizvesnije da li će se izvršiti odluka o troškovima, on može da nađe da postoji veća potreba za dodeljivanjem obezbeđenja.<sup>56</sup>

Najzad, kao što smo u uvodnom delu ovog odeljka napomenuli, prethodno će važiti u slučaju da iznete potencijalne situacije nisu prihvaćene kao komercijalni rizici.<sup>57</sup> To znači da arbitraža ima oprav-

---

52 Navedeno prema M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 512.

53 S. Brekoulakis, J. von Goeler, „Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, It’s all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (eds. C. Klausegger *et al.*), Wien 2017, 10–12.

54 D. Wilhite Ramirez, „Under what conditions might a Tribunal Award security for costs to a respondent in ICSID Arbitration“, *Spain Arbitration Review*, 19/2014, 82–83.

55 „Chapter 6: Costs and Security for Costs“, *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* (u daljem tekstu: ICCA-QMTF TPF Report), ICCA Reports Series 4/2018, 174. Dostupno na: <http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-icca-report4-009-n>, 2. oktobar 2018. godine.

56 Smernice, 9.

57 Tribunal je jednom prilikom našao da bez dodatnih okolnosti koje opravdavaju određenje obezbeđenja troškova, nepostojanje dovoljno sredstava predstavlja ovakav poslovni rizik. Vid. Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 14355 od januara 2007. godine, *ICC Case 14355*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/Supplement, 2014, 20*.

danje da odredi obezbeđenje troškova onda kada je došlo do suštinske promene okolnosti od trenutka zaključenja arbitražnog sporazuma do isticanja zahteva.<sup>58</sup> U tom smislu Karer i Desaks navode predmet MTK br. 10032 gde je arbitražni tribunal našao da je neophodno da je „...činjenična situacija u današnje vreme supstantivno drugačija od one koja je postojala u vreme kada su strane...“.<sup>59</sup> Na ovaj način, zapravo kombinovanjem insolventnosti i promenjenih okolnosti se stvaraju uslovi za nalažanje polaganja obezbeđenja troškova u arbitražnim sporovima.

### 4.3. Treća lica kao finansijeri spora

Finansiranje spora od strane trećih lica potpiruje sumnje da postoji mogućnost da tužilac neće moći da nadoknadi troškove. Naime, na prvi pogled nam se može učiniti da neko ko ima dovoljno sredstava ne bi tražio od trećeg lica da mu finansira spor te da će to biti slučaj zaista onda kada lice nema dovoljno sredstava. Ipak, pokazano je da i finansijski stabilne stranke često bivaju finansirane od strane trećih lica u svojim sporovima.<sup>60</sup> Stoga se opravdano smatra da postojanje finansijera samo po sebi nije dovoljno da bi se zaključilo da tužilac nema dovoljno sredstava.<sup>61</sup>

U trgovinskoj arbitraži, pored finansiranja spora se zahteva da finansiranje i navodne promenjene okolnosti koje ono donosi tuženi nije mogao da predvidi, ili da tribunal nađe da ne bi bilo pravično da tuženi ostane neobezbeđen imajući u vidu da drugu stranu finansira treće lice.<sup>62</sup> S obzirom na to da se u investicionoj arbitraži zahteva postojanje zloupotrebe ili nesavesnost na strani tužioca uopšte, u ovakvim sporovima se još ređe nalazi da je finansiranje spora dovoljan razlog za određivanje obezbeđenja.<sup>63</sup>

Ipak, ovo mišljenje nije jedino. U prvom slučaju u kojem je dodeljeno obezbeđenje troškova spora u investicionoj arbitraži, RSM protiv Svete Lucije, tribunal je našao da postoji neizvesnost u vezi sa tim

58 J.-B. Pessey, *op. cit.*, 23–24. Više o promeni okolnosti kao faktoru za određenje obezbeđenja vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 510–511.

59 Navedeno prema P. A. Karrer, M. Desax, *op. cit.*, 348.

60 ICCA-QMTF TPF Report, 171.

61 *Ibid.*

62 J. von Goeler, *op. cit.*, 366.

63 ICCA-QMTF TPF Report, 176.

da li je treće lice spremno da nadoknadi tuženom troškove u slučaju da potonji uspe da se odbrani i da je neopravdano nametati mu takav rizik.<sup>64</sup> Stoga, smatrano je da je dovoljno da je prisutno treće lice koje finansira tužbu. Slično, arbitar Grifit je u istom slučaju u svom izdvojenom mišljenju našao da u svakom slučaju treba da se prebaci teret dokazivanja na tužioca, tj. kada spor finansira treće lice, tužilac treba da dokaže da nema razloga da se odredi obezbeđenje troškova.<sup>65</sup>

#### 4.4. Pravičnost

Tribunal treba da uzme u obzir i da li je pravično da odredi u svetlu postojećih okolnosti obezbeđenje troškova spora.<sup>66</sup> Takođe, mora da obrati pažnju da li se ovim zahtevom odugovlači postupak.<sup>67</sup>

U tom smislu je od posebnog značaja ponašanje strane koja je podnela zahtev za obezbeđenje troškova. Zahteva se njena savesnost, tj. bitno je da ona nije skrivila postojanje faktora koji idu u prilog određenju obezbeđenja (npr. tužiočevu nemogućnost plaćanja). Ovo se zove i „doktrina čistih ruku“ (*clean hands doctrine*).<sup>68</sup> Takvo držanje tuženog se zahteva i pre postojanja spora i u samom postupku.<sup>69</sup>

U okviru pravičnosti određivanja obezbeđenja se govori i o blagovremenosti zahteva za obezbeđenje.<sup>70</sup> Da bi se određivanje ove mere smatralo pravičnim, zahtev mora da se podnese tribunalu odmah (čim se saznalo ili čim je trebalo da se zna za postojanje činjenica ili rizika koji opravdavaju zahtev).<sup>71</sup> Ovaj stav je potvrđen u predmetu MTK br.

---

64 Vid. odluku tribunala o određenju obezbeđenja troškova spora u predmetu ICSID br. ARB/12/10 od 13. avgusta 2014. godine, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, pasus 83. Dostupna na: <https://www.italaw.com/cases/2706>, 2. oktobar 2018. godine.

65 Više o tome vid. J. Hepburn, „In ICSID opinion, Gavan Griffith says third-party funded claimants should show ability to pay future costs awards – or be forced to post funds upfront“, dostupno na: <https://www.iareporter.com/articles/in-icsid-opinion-gavan-griffith-says-third-party-funded-claimants-should-show-ability-to-pay-future-costs-awards-or-be-forced-to-post-funds-upfront/>, 2. oktobar 2018. godine.

66 Smernice, član 4, stav 1.

67 Smernice, član 4, stav 2.

68 W. Gu, *op. cit.*, 195.

69 V. Pavić, *op. cit.*, 365–366.

70 Smernice, 10–11.

71 *Ibid.*, 10.

12732 gde je tribunal odbio da odredi obezbeđenje troškova pri čemu je na odluku tribunala uticalo i to što je tuženi podneo zahtev neblagovremeno.<sup>72</sup> Stanivuković ipak ističe da zahtev za obezbeđenje troškova spora može da se postavi u arbitraži u svako doba jer po pravilu nisu određeni rokovi u kojem treba istaći zahtev.<sup>73</sup>

Nije pravično ni odrediti obezbeđenje onda kada tuženi sam nije platio iznos na ime predujma za troškove arbitražnog spora tamo gde se to zahteva.<sup>74</sup> Takva situacija pokazuje nespornost tuženog da uradi ono što traži od tužioca, da plati. Sa druge strane, ukoliko tužilac ne položi predujam, to može da utiče na odluku tribunala da odredi obezbeđenje.<sup>75</sup>

## 5. POSTUPAK

Pravo da traži troškove obezbeđenja u arbitražnom postupku nedvosmisleno ima tuženi budući da je ova mera i nastala radi njegove zaštite.<sup>76</sup> Uostalom, tamo gde postoji posebna odredba o zahtevu za obezbeđenje troškova spora u arbitražnim postupcima, nije retko da se izričito i predvidi da je tuženi taj koji može da podnese zahtev.<sup>77</sup> Pri tome, napominjemo da se termin tuženi u smislu zahteva za obezbeđenje troškova smatra i tužilac u postupku kada je tuženi podigao protiv-tužbu.<sup>78</sup> Stoga, i jedna i druga strana u postupku mogu da zatraže obezbeđenje troškova spora ukoliko se nađu u odgovarajućoj ulozi. Pri tome, Stanivuković analizirajući predmet MTK br. 14020 zaključuje da načelno i tužilac ima pravo da traži obezbeđenje budući da u tom slučaju sud nije odbacio zahtev tužioca za obezbeđenje troškova kao nedopušten.<sup>79</sup> Dodajemo da je u ovom slučaju tribunal primenio Arbitražna pravila MTK od 1998. godine (*ICC Arbitration Rules*

72 Zaključak tribunala u predmetu MTK br. 12732 od januara 2006. godine, *ICC Case 12732*, citiran u *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 25/ Supplement, 2014, 10.

73 M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 517–518.

74 Smernice, 10.

75 Vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 510.

76 Vid. P. Karrer, M. Desax, *op. cit.*, 340.

77 Npr. čl. 25 Arbitražnih pravila Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (*LCIA Arbitration Rules 2014*) sadrži takvu odredbu.

78 Smernice, 1.

79 Vid. M. Stanivuković (2015), *op. cit.*, 501.

1998),<sup>80</sup> a u kojima nema eksplicitne odredbe o obezbeđenju troškova. Ta mogućnost se izvlači iz opšte odredbe o određivanju privremenih mera koje može da zatraži bilo koja strana. Naravno, zato je i moguće izvesti prethodno navedeni zaključak.

Određenje privremenih mera, samim tim i obezbeđenja troškova spora, moguće je tražiti samo podnošenjem zahteva ili predloga.<sup>81</sup> To se neretko eksplicitno predviđa.<sup>82</sup> Takve eksplicitne odredbe dodatno naglašavaju da postoji zabrana arbitražnim tribunalima da određuju privremene mere *sua sponte*.<sup>83</sup>

Zahtev može da se podnese tek posle konstituisanja tribunala,<sup>84</sup> što podleže kritikama.<sup>85</sup> Dakle, primećujemo da je za podnošenje ovog zahteva neophodno da je tribunal već ustanovio da ima nadležnost za odlučivanje o sporu prema arbitražnom sporazumu. Nakon toga, tribunal treba da utvrdi da li ima nadležnost i da dodeli obezbeđenje.<sup>86</sup> Napominjemo da je za to vreme moguće zatražiti od suda da odredi obezbeđenje troškova.

Dalje, treba imati u vidu da posle podnošenja zahteva treba da se ostavi mogućnost drugoj strani da se izjasni u vezi sa zahtevom, jer ovo nije *ex parte* privremena.<sup>87</sup> Preporučuje se da se privremene mere donose *ex parte* samo kada postoji izričiti zakonski mandati koji to predviđaju.<sup>88</sup>

Napominjemo i da naš ZoA ne reguliše detaljnije postupak određivanja privremenih mera i uopšte njihovo određivanje, te se u domaćoj literaturi na kraju preporučuje da se mere ipak zatraže od suda koji se oslanja na odredbe Zakona o izvršnom postupku.<sup>89</sup>

---

80 Konačna odluka u predmetu MTK br. 14020 od 2011. godine, *ICC Case 14020*, dostupna na: <http://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-1152132-n>, 2. oktobar 2018. godine.

81 M. Stanivuković (2013), *op. cit.*, 190.

82 Tako je i u našem pravu, budući da čl. 31 ZoA predviđa da se privremena mera određuje na predlog jedne stranke.

83 G. Born, *op. cit.*, 2015–2016.

84 Smernice, 4.

85 Do tada može da se traži samo od suda. Više o tome vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 130.

86 Smernice, 4.

87 *Ibid.*

88 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 132.

89 Miroslav Paunović, „Uloga sudova u arbitražnom rešavanju privrednih sporova“, *Pravo i privreda*, 4–6/2017, 438.

Najzad, postavlja se pitanje u kom obliku sud ovu meru određuje. To može da se učini u obliku međuodluke (*interim award*), ili zaključka (*procedural order*).<sup>90</sup> Pri tome napominjemo da međuodluku ne treba shvatiti u smislu građanskog sudskog postupka, kao odluku o osnovanosti zahteva.<sup>91</sup> Ovde koristimo termin međuodluka u nedostatku boljeg termina kako bismo napravili razliku između odluke tribunala o određanju privremene mere i konačne odluke tribunala.<sup>92</sup> Konačno, tribunal treba da oslobodi stranku od obezbeđenja troškova konačnom odlukom.<sup>93</sup>

## 6. IZVRŠENJE

Izvršenje privremenih mera u arbitraži može da bude problematično, pošto autoritet arbitraže ne jača aparat prinude ka kao što je slučaj sa državnim sudovima.<sup>94</sup> Postoje pokušaji da se ove slabosti otklone,<sup>95</sup> ali prvenstveno naglašavamo specifičnost mere obezbeđenja troškova. Priroda mere obezbeđenja troškova spora je takva da ne zahteva jačanje autoriteta arbitraže budući da se može adekvatno osigurati. Tribunal osigurava izvršenje ove mere tako što može da prekine ili da okonča postupak ukoliko se ona ne izvrši.<sup>96</sup> Traženje pomoći prilikom izvršenja obezbeđenja troškova na drugom mestu stoga nije naročito privlačno podnosiocima zahteva.<sup>97</sup> Naravno, to ne znači da sprovođenje ove mere nije moguće osigurati posezanjem za mehanizmima koje odgovarajuća prava predviđaju za sprovođenje privremenih mera uopšte pa su stranke slobodne da se i tom mogućnošću koriste.<sup>98</sup>

90 Smernice, član 5, stav 1.

91 Više o vrstama arbitražnih odluka vid. M. Stanivuković (2013), *op. cit.*, 255. Takođe, o terminu međuodluka vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 135.

92 Svakako, bez obzira na to kako tribunal kvalifikuje svoju odluku, to ne vezuje državne sudove. Sudovi će kvalifikovati odluke tribunala u skladu sa pravilima svog nacionalnog prava. Više o izvršenju privremenih mera vid. V. Pavić, M. Đorđević, *op. cit.*, 329–333.

93 Smernice, član 5.

94 G. Born, *op. cit.*, 2019.

95 Vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 130.

96 W. Gu, *op. cit.*, 172.

97 *Ibid.*

98 Kao što je napomenuto, nije redak slučaj da nacionalni arbitražni zakoni predvide posebna pravila o sudskom izvršenju privremenih mera koje je odredio arbitražni tribunal. Primer takvog mehanizma je u UNCITRAL-

U pogledu određivanja iznosa obezbeđenja tribunal takođe uživa diskreciju.<sup>99</sup> Ipak, treba da uzima u obzir zahtev stranke, koliki je razuman iznos, te da li je prikladnije odrediti obezbeđenje samo za određenu fazu postupka (kada se može podneti još ovakvih zahteva).<sup>100</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

Iz svega predstavljenog možemo da izvučemo sledeće zaključke. Prvenstveno, nadležnost arbitraže za određivanje obezbeđenja troškova u arbitraži nalazi svoj osnov čak i u veoma opštim pravilima u slučajevima kada onda nije izričito predviđena. To nam pokazuje da se sve više favorizuje nadležnost arbitraže u pogledu određivanja ove mere u odnosu na tradicionalnu sudsku nadležnost. Ipak, ta činjenica ne znači automatski spremnost arbitraža da ovu meru i dodele. Arbitražna praksa pokazuje da su tribunali još uvek skeptični prilikom određivanja obezbeđenja troškova spora. Da bi se ona odredila, neophodno je da se pređe veoma visok prag. Ovakva rešenja su sve češće kritikovana i postoji inicijativa da se prag spusti. U narednom periodu je svakako očekivano da se ovaj institut dalje razvija u smeru njegove sve češće primene.

---

ovom Modelu zakona (*UNCITRAL Model Law*) u članu 17N koji mogućnost izvršenja daje nacionalnim sudovima u mestu sedišta arbitraže. Više o sudskom izvršenju privremenih mera koje je odredio arbitražni tribunal, vid. G. Born, *op. cit.*, 2019–2028.

99 Smernice, 13.

100 Vid. Smernice, 13–14.



Sara Stojković, M.A.

Graduate Teaching Assistant and Doctoral Candidate at the  
Faculty of Law, University of Belgrade

## SECURITY FOR COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

### *Summary*

The purpose of this article is to show how security for costs is treated in international arbitration. In order to understand the position of security for costs, author points to the fact that security for costs is a provisional measure. After that, costs which are covered by security are listed. The second part of the article deals with jurisdiction for granting security for costs. It may be noticed that parallel jurisdiction of both arbitral tribunals and national courts is recognized nowadays. Basis for the jurisdiction of the arbitration is the web of rules created by party autonomy, applicable national law and chosen arbitration rules. The basis may even be found in very general clauses. In any way, tendency to recognize tribunal's jurisdiction to grant security does not necessarily encompass readiness of the tribunals to grant such measure. The tribunals are not yet willing to order security more often. Threshold for providing this measure is still high and unclear, especially in case of investment arbitrations. Therefore, claimant's insolvency is found to be insufficient for granting security which results in consideration of additional factors. Other conditions presented here include prospects of success, fairness and existence of third party funding. The awareness of level of unwillingness to grant this measure made legal world jump on its feet and start discussing reasons why security should be ordered. After that, author describes the procedure in which security is provided and its framework. At the very end, it is shown that arbitral tribunals may ensure that decisions on security for costs are being complied with on their own.

Key words: *Security for costs. – International arbitration. – Provisional measures. – Commercial disputes. – Investment disputes.*

*Dr Ivan Todorović\**

## PRISTUP MREŽI OD STRANE TREĆIH LICA

*U ovom članku autor se bavi pravom novih proizvođača električne energije, pre svega iz obnovljivih izvora energije da pristupe tuđoj mreži, pod kojom u okvirima domaćeg prava podrazumevamo mrežu koju su finansirali raniji ulagači i koja je predata EPS-u u vlasništvo i na upravljanje. U okvirima evropskog prava, ovaj pojam je širi i obuhvata pristup mreži kojom upravlja više mogućih operatera, gde se razdvaja ugovorni odnos između operatera mreže i dobavljača električne energije (imajući u vidu obavezu razdvajanja vertikalno povezanih preduzeća u oblasti energetike). Autor razmatra pitanje naknade koju novi proizvođači energije treba da plate inicijalnim ulagačima za pristup izgrađenim infrastrukturnim sistemima.*

**Ključne reči:** *Pristup trećih lica mreži. – Priključak na elektromrežu. – Pristup elektromreži. – Pristup gasovodima.*

### 1. UVOD

Prilikom izgradnje priključaka na elektromrežu Zakon o energetici predviđa u članovima 118 i 141 da lice koje gradi elektroenergetski objekat za proizvodnju električne energije finansira izgradnju priključka, dok se potrebna dokumentacija i dozvola pribavljaju na ime operatera mreže, koji se formalno pojavljuje kao investitor. Po okončanju gradnje, elektroenergetski objekti se predaju na upravljanje i u svojину operateru mreže (u zavisnosti od vrste mreže i napona – operater prenosnog ili distributivnog sistema). Dakle, lice koje finansira izgradnju sopstvenog objekta za proizvodnju električne energije (recimo vetropark ili hidroelektranu) finansira i potrebne vodove, trafostanice, priključno-razvodna postrojenja i slično, koji su potrebni za priključenje njegovog objekta na elektromrežu, a po izgradnji takve izgrađene objekte – prenosne sisteme koji služe priključenju objekta na mrežu –

---

\* Autor je advokat u Beogradu, [itodorovic@akt.rs](mailto:itodorovic@akt.rs).

predaje u vlasništvo operateru mreže. Prenos vlasništva se pritom od-  
vija bez posebne naknade, tj. poklanja se operateru.

Postavlja se pitanje na koji način će se treća lica, koja nisu učes-  
tvovala u izgradnji takvih nedostajućih objekata priključiti na mrežu i  
da li su u obavezi da učestvuju u troškovima izgradnje takvih objekata  
koji njima takođe služe za priključenje. Sa jedne strane, vlasnik ovakvih  
infrastrukturnih objekata nije više finansijer, već je to operater preno-  
sne ili distributivne mreže. Ovo lice će ujedno i odlučivati o priključku  
trećih lica na mrežu i naplaćivaće troškove priključenja. Međutim, sa  
druge strane, ova lica se koriste objektima koji su izgrađeni sredstvima  
drugih lica. Pravno gledano, treća lica bi se neosnovano obogatila, ako  
se priključe na te objekte bez naknade troškova inicijalnim ulagačima.  
Stoga, deluje pravično da treća lica koja traže priključak na mrežu na-  
doknade troškove izgradnje nedostajućih elektroenergetskih objekata  
licima koja su ulagala u njihovu gradnju. Vezano za ovo pitanje, postoji  
nekoliko sudskih odluka u domaćoj praksi, koje potvrđuju da treća  
lica treba da nadoknade srazmerne troškove za izgradnju elektroener-  
getskih objekata, jer bi se u suprotnom neosnovano obogatila.<sup>1</sup>

Ovakav stav je opravdan, imajući u vidu da elektroenergetski  
objekti nisu prethodno bili izgrađeni od strane javnog preduzeća  
Elektroprivreda Srbija, odnosno Elektromreža Srbije. Stoga, treće  
lice koje pristupa mreži bi moralo najpre samo izgraditi nedostajuće  
objekte svojim sredstvima. Naknada troškova u tom smislu, za nedo-  
stajuće objekte ne treba da bude upućena operateru mreže, već licu  
koje je imalo troškove povodom gradnje (prethodni ulagači). Na  
ovom mestu treba takođe napomenuti da raniji investitori ne mogu  
iskorišćavati takvu svoju poziciju da bi mogli zahtevati naplate većih  
iznosa u odnosu na realne troškove koje su imali prilikom gradnje, jer  
bi veće naknade imale za cilj profit, a ne naknadu troškova. Ovakvo  
rešenje može dovesti do razvoja elektroenergetske infrastrukture, jer  
će motivisati nove ulagače da izgrade potrebne sisteme, umesto da  
oni čekaju da se pojavi neko drugo lice koje će svoja sredstva ulagati  
u izgradnju elektroenergetskih objekata da bi se potom priključili bez  
većih troškova. Ovo je naročito važno u okviru razvoja kapaciteta za

1 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1183/2007 od 20.12.2017. godine, navede-  
no prema pravnoj bazi *ParagrafLex*; Rešenje Okružnog suda u Kraljevu, Gž.  
931/87 od 28.1.1988. godine, navedeno prema: D. Lazarević, *Službenosti i su-  
sedsko pravo*, Poslovni biro, Beograd 2011, 195.

proizvodnju obnovljivih razvoja energije, za koje država garantuje povoljniji tretman – tzv. povlašćeni proizvođač električne energije koji ima pravo na podsticaje. Povećanje proizvodnje energije iz obnovljivih izvora je strateški cilj Republike Srbije prema usvojenoj Strategiji razvoja energetike Republike Srbije do 2025. godine sa projekcijama do 2030. godine.<sup>2</sup>

## 2. PRAVO EVROPSKE UNIJE

U pravu EU se obrađuje pitanje prava trećih lica na pristup mreži. Međutim, u evropskim zemljama ovo pravo ima dodatnu dimenziju, a to je činjenica da u tim zemljama operater mreže nije jedan privredni subjekt, koji ima monopol na pristup mreži, već to može biti veći broj privrednih subjekata. Stoga, ovde je reč o obavezi operatera da dozvoli pristup elektromreži, ne samo svojim kupcima, već i licima koja su njegovi konkurenti. Ova obaveza se odnosi na omogućavanje pristupa krajnjim kupcima, operaterima sličnih elektromreža ili gasovoda koji imaju potrebu da u određenom delu svojih aktivnosti koriste druge postojeće mreže, proizvođačima električne energije, operaterima skladišnih sistema.<sup>3</sup>

Dakle, operater prenosnog ili distributivnog sistema nema samo obavezu da omogući da krajnji potrošači posredstvom njegove mreže mogu da kupuju električnu energiju, već i da pod nediskriminatornim uslovima, na osnovu objavljenih tarifa primenljivih na sve klijente, dozvoli drugim operaterima mreža da se priključe na njegovu mrežu, a takođe i da dozvoli pristup mreži proizvođačima električne energije. U suprotnom bi lice koje je ujedno proizvođač električne energije i vlasnik elektromreže moglo da konkurentnim privrednim društvima onemogućiti da se priključe na mrežu i da prodaju energiju, čime bi se uspostavio monopol.<sup>4</sup> Obaveza omogućavanja pristupa mreži predstavlja opravdano ograničenje privatne svojine, jer se omogućava konkurencija na tržištu električne energije.

---

2 Strategija razvoja energetike Republike Srbije do 2025. godine sa projekcijama do 2030. godine, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2015.

3 Videti: nemački *Energiewirtschaftsgesetz* 2017, §17 I; više o pristupu trećih lica skladišnim kapacitetima videti na linku: <https://www.e-control.at/documents/20903/-/-/846915d7-af01-4338-a833-0aace35ecf39>, 1.9.2018.

4 H. Jarass, *Europäische Energierecht*, Berlin 1996, 110.

Kod pojma mreže se podrazumevaju različite vrste infrastrukturnih sistema – za gasovode, elektrovode, naftovode. Primera radi, u Norveškoj je predviđeno da je za dobrobit društva potrebno uspostaviti dobro upravljanje izvorišta nafte i gasa, što podrazumeva konkurentan, efisakan i nedskimatorski pristup mreži (naftovodima i gasovodima).<sup>5</sup>

Pravo energetike u evropskim zemljama je bilo okosnica stvaranja Unije, imajući u vidu da je najpre između Francuske, Nemačke, Italije i zemalja Beneluksa zaključen Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik 1951. godine. Nešto kasnije, 1957. godine je zaključen ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici i nastala je Evropska atomska zajednica (EURATOM). Na nivou Evropske unije doneto je nekoliko paketa mera u cilju unapređenja tržišta energenata. Prvi paket mera je donet 1996. godine u oblasti električne energije, a u oblasti gasa 1998. Direktiva 96/92/EZ je uspostavila osnovu za razvoj unutrašnjeg tržišta EU i doneta je nakon petogodišnjih pregovora država članica.<sup>6</sup> Ova direktiva je uspostavila slobodnu trgovinu električnom energijom, pravo trećih lica na pristup mreži, razdvajanje vertikalno povezanih preduzeća.<sup>7</sup> Pod vertikalno povezanim preduzećima se podrazumevaju društva koja posluju u lancu sanbdevanja – jedno društvo obezbeđuje sirovine, drugo proizvodnju, treće transport, četvrto obzebeđuje prodaju, za razliku od horizontalnog povezivanja gde je reč o povezivanju društava koja se bave istom ili sličnom delatnošću (primera radi kod spajanja dva operatera distributivne mreže). Ideja o razvdajanju je nastala usled iskorišćavanja monopolskog položaja vertikalnog integrisanih preduzeća i stoga je usvojena ideja o funkcionalnoj (operativnoj) podeli.<sup>8</sup>

Drugi paket mera je usvojen 2003. godine. Ove mere su se odnosile na transevropske energetske mreže, previđeno je pored funkcionalnog i pravno razdvajanje operatera mreže, zatim regulisanje pristupa mreži. Tokom 2007. godine predložen je paket mera liberalizacije

5 Videti link: [https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5411/v12/undervisningsmateriale/Slides%20petroleum%20law%20TPA%20spring2012\\_Banet.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5411/v12/undervisningsmateriale/Slides%20petroleum%20law%20TPA%20spring2012_Banet.pdf), 1.9.2018.

6 P. Jakovac, *Electricity Directives and evolution of the EU internal electricity market*, Rijeka 2011, 317.

7 *Ibid.*

8 J. Peter Schneider, C. Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, C.H. Beck, München 2013, 70.

tržišta električne energije – tzv. *Third Liberalisation Package*, a usvojen je 2009. godine. Ovim paketom mera je pre svega propisano odvajanje vlasništva nad proizvodnim kapacitetima električne energije od transportnih sistema. Osim toga, cilj je bio jačanje nezavisnosti regulatornih tela, osnivanje Agencije za saradnju energetskih regulatora – ACER, prekogranična saradnja operatora mreže i stvaranje evropske mreže operatora prenosnih sistema i povećana transparentnost na tržištu radi koristi potrošača.<sup>9</sup>

Evropska unija je strateški opredeljena ka razvoju proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora, imajući u vidu potrebu za zaštitom životne sredine. Stoga je bitno omogućiti prioritetan pristup mreži proizvođačima energije iz takvih izvora, a na državama članicama je da obezbede objektivan i nediskriminatorski sistem za raspodelu troškova izgradnje nedostajućih infrastrukturnih objekata i vodova (ili unapređenje postojećih kapaciteta) radi priključenja elektrana na mrežu.<sup>10</sup> U poređenju sa takvom idejom o raspodeli troškova (gde država članica može propisati da operater mreže u celosti snosi troškove priključenja elektrane koja proizvodi energiju iz obnovljivih izvora), u našoj zemlji takvih propisa, odnosno inicijativa još nema.

Kada se posmatra pravo pristupa trećih lica mreži, treba napomenuti da je Prvi paket mera predviđao tri metode za pristup trećih lica mreži. Drugi paket je predviđao pristup mreži kroz regulisanu proceduru, dok Treći paket nije ovo promenio.<sup>11</sup>

### 3. PRIKLJUČAK NA MREŽU I PRAVO NA PRISTUP MREŽI

U literaturi i zakonodavstvu se razlikuje pravo na priključak na mrežu i pravo na pristup mreži. Naime, pod priključkom se podrazumeva skup elektroenergetske opreme, uključujući merne instrumente, kojim se objekat potrošača ili proizvođača povezuje sa prenosnim, transportnim ili distributivnim sistemom.<sup>12</sup> Pod pristupom

---

9 Videti: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/markets-and-consumers/market-legislation>, 1.9.2018.

10 T. Schulz (Ed.), *Handbuch Windenergie*, Berlin 2015, 23.

11 CMS Guide to Electricity, dostupno na adresi: [https://eguides.cmslegal.com/electricity#european\\_union\\_5\\_ref](https://eguides.cmslegal.com/electricity#european_union_5_ref), 1.9.2018.

12 Čl. 2 st. 1 t. 63 Zakon o energetici – ZE (*Sl. glasnik RS*, br. 145/2014).

sistemu se smatra pravo korišćenja sistema radi prenosa, transporta, distribucije, preuzimanja i predaje ugovorene količine energenata.<sup>13</sup>

Pravo na priključak dakle podrazumeva fizičko povezivanje sa određenom elektromrežom, dok je kod pristupa sistemu reč o korišćenju tuđe mreže radi transporta energije.<sup>14</sup> Suštinski se pod pravom na priključak podrazumeva zaključenje ugovora o snabdevanju, uz prethodno ispunjenje tehničkih uslova. U slučaju da operater ne zaključi ugovor o snabdevanju, zainteresovanom licu ostaje mogućnost da u okvirima upravnog postupka ostvaruje svoja prava, imajući u vidu da se odobrenje za priključenje objekta daje u formi rešenja u upravnom postupku.<sup>15</sup> Odbijanje zaključenja ugovora može biti osnovano u izuzetnim slučajevima – nedostatak kapaciteta za predaju ili preuzimanje energije. Međutim, moguće je da postoji neopravdanost izgradnje priključka kada je neophodno postaviti vodove preko planina ili kroz vodene površine.<sup>16</sup>

Kod pristupa mreži se radi o pravu korišćenja tuđe mreže. Dakle, preduslov za pristup mreži je da je urađen priključak na mrežu, a zatim sam priključak na mrežu omogućava da se koristi tuđa mreža radi transporta energije. Pozadina razdvajanja pojma priključenja na mrežu i pravo na pristup mreži je obavezno razdvajanje, funkcionalno i sa stanovišta kompanijskog prava EU, između operatera mreže i distributera električne energije, jer operater mreže ne može obezbediti kupcu jedinstveni ugovor o snabdevanju energijom.<sup>17</sup>

U evropskim zemljama, s obzirom na činjenicu da je dozvoljeno da vlasnik mreže bude i drugo lice, a ne samo jedan monopolista, dolazi do pitanja na koji način će se pristupiti mreži tih lica. Ovi operateri ne mogu iskorišćavati monopolsku poziciju, već su dužni da omogućće pristup, pod regulisanom uslovima i transparentnim cenama, jednanim za treća lica.

13 Čl. 2 st. 1 t. 64 ZE.

14 J. P. Schneider, C. Theobald, *op. cit.*, 881.

15 Čl. 3 Uredbe o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom, *Sl. glasnik RS*, br. 63/2013.

16 J. P. Schneider, C. Theobald, *op. cit.*, 885.

17 P. Mussaeus *et al.*, *Veträge der Energiewirtschaft*, De Gruyter, Berlin 2015, 163.

#### 4. NAKNADA ZA PRISTUP MREŽI

Lice koje je izgradilo mrežu ima pravo da uslovljava priključenje trećih lica plaćanjem naknade. Pritom je potrebno postupati na jednak, nediskriminatorski način prema trećim licima. Međutim, nije dovoljno samo da se ne postavljaju teži uslovi i veći troškovi prema nekom trećem licu, već je neophodno da se izbegne davanje određenim licima povoljnijih uslova ili omogućavanje priključenja bez naknade, jer je reč o infrastrukturnom objektu koji treba da bude dostupan, pod uslovima postojanja dovoljnih kapaciteta, na jednak način svim zainteresovanim licima.

Visina naknade treba da zavisi od dva faktora. Prvi se odnosi na troškove izgradnje nedostajućih elektroenergetskih objekata, a drugi na srazmerno učešće u troškovima. Kod prvog faktora, obuhvataju se troškovi koji su nastali pri izgradnji mreže i drugih elektroenergetskih objekata preko kojih se treće lice priključuje na mrežu (recimo, trafostanica). Pod troškovima izgradnje infrastrukture treba obuhvatiti i trošak pribavljanja zemljišta preko kog prolazi mreža (kupoprodajna cena za zemljište ili cena zakupa, naknada za službenost prolaza voda – u zavisnosti od toga kako su rešavani imovinsko-pravni odnosi na trasi voda). Kod inicijalnih troškova (prvog ulagača) se postavlja pitanje da li treba priznati pravo i na inflatorne troškove, imajući u vidu da od izgradnje mreže može proći više godina do samog priključenja trećeg lica i da li ovi troškovi u nekom trenutku mogu da zastare (npr. treće lice traži priključenje nakon 20 godina od izgradnje mreže). Čini se da inflatorne troškove ne bi trebalo priznavati, ali sa druge strane ne treba ni umanjivati naknadu troškova usled amortizacije izgrađenih elektroenergetskih objekata, jer takvih objekata ne bi bilo da nisu finansirani od strane prvih ulagača.

Kod eventualne zastarelosti, treba najpre odrediti pravnu prirodu troškova, tj. da li je reč o potraživanju u smislu Zakona o obligacionim odnosima ili je reč o nekoj drugoj vrsti prava. Smatramo da je reč o obligaciono-pravnom odnosu, kao što je već opredeljeno u domaćoj sudskoj praksi, jer se radi o naknadi troškova radi izbegavanja neosnovanog obogaćenja (sticanje bez osnova) trećih lica. Stoga, da li bi za pitanje zastarelosti trebalo primeniti opšti rok zastarelosti koji iznosi deset godina, kako bi inače bio slučaj kod pravno neosnovanog obogaćenja? Ovde je više pitanje od kog trenutka treba računati početak toka



zastare, od momenta izgradnje nedostajućih elektroenergetskih objekata (momentat dobijanja upotrebne dozvole)? Prema pravilima obligacionog prava, zastarelost kod pravno nesnovanog obogaćenja nastupa od momenta kada je do takvog obogaćenja došlo. Međutim, ovde se javlja drugačija situacija, gde u okviru određenog perioda može doći do neosnovanog obogaćenja (tj. postoji potencijalni zahtev ulagača), pa se nameće dilema, da li postoji neki rok u okviru kog inicijalni ulagač može potraživati naknadu troškova ako se pojave treća lica sa zahtevom za pristup mreži ili rok zastarelosti počinje teći za eventualnu tužbu za naknadu troškova od momenta priključenja na mrežu bez plaćanja troškova takvom prvom ulagaču (što je moguće zamisliti kao situaciju, jer od momenta predaje elektroenergetskog objekta EPS-u na upravljanje, EPS odlučuje o priključenju na mrežu, a ne lice koje je finansiralo građenje nedostajućih infrastrukturnih objekata)? Mišljenja smo da bi ovde trebalo primeniti opšti rok zastarelosti od deset godina, kao period u okviru kod se mogu javiti potencijalni slučajevi da treća lica pristupe mreži koju je gradio finansijer o svom trošku, u suprotnom, postojao bi neograničeni period u okviru kog se mogu javiti novi proizvođači električne energije koji bi morali nadoknaditi troškove izgradnje mreže.

U odnosu na srazmernost u učešću troškova, treba odrediti da li se naknada plaća prema srazmernom delu mreže koji se koristi (ako se ne koristi cela mreža već njen deo), prema broju lica koji koriste mrežu ili prema količini energije koja se prenosi preko mreže. Srazmernost bi trebalo posmatrati najpre u odnosu na delove mreže i druge objekte koji se koriste. Ako se koriste svi ranije izgrađeni objekti, tada treba posmatrati koji broj lica koristi infrastrukturu, pa na taj način podeliti troškove (ako recimo pet hidroelektrana koristi isti dalekovod, troškove izgradnje treba podeliti na po 1/5). U kasnijem trenutku je moguće da se pojave novi investitori. U tom slučaju bi lica koja su ranije nadoknadila troškove građenja elektroenergetskih objekata imala pravo da potražuju u jednakom iznosu (svako po 1/5 u našem primeru) troškove od trećeg lica koje traži pristup mreži. Osim toga, plaćanje može biti jednokratno ili podeljeno na određene rate, odnosno u tom smislu ugovarači mogu slobodno ugovarati plaćanje i komercijalne uslove i treba se voditi autonomijom volje.

Sa jedne strane, postoji obaveza plaćanja trećeg lica operateru mreže (u evropskim zemljama), odnosno licu koje je finansiralo iz-

gradnju mreže, u domaćem pravu. Međutim, da li pored toga treće lice može imati i određene dodatne obaveze, primera radi, na kome je obaveza da održava tehničke sisteme na mestu priključenja (koji služe priključenju i merenju predate energije)? Na kome je obaveza da izgradi sam priključak (ćeliju) za treće lice, da li troškove treba da snosi lice koje se priključuje, operater mreže ili lice koje je finansiralo izgradnju mreže? Za potrebe domaćeg prava, izgradnju samog priključka treba da finansira treće lice kome novi priključak i služi. Nakon izgradnje nedostajućih elemenata, oni se predaju u vlasništvo EPS-u koji se stara o održavanju.

Naknada za pristup mreži ne sme biti određena protivno propisima o zabrani konkurencije. Kako je reč o infrastrukturnim sistemima, ona treba da budu pod jednakim uslovima dostupna trećim licima, uz pravičnu (ekonomski opravdanu) naknadu. Zakon o energetici na više mesta navodi kao cilj nediskriminatorski i konkurentan pristup regulisanju tržišta električne energije i prirodnog gasa (član 7, član 38). Efikasna konkurencija podrazumeva da nema zloupotrebe monopola, a kako je mreža infrastrukturni objekat, to se priključenje na mrežu ima odvijati po transparentnim troškovima i naknadama i pod jednakim uslovima za tržišne učesnike.

Pristup mreži od strane trećih lica je koncept prema kom treća lica čak i protivno volji vlasnika (operatera mreže) imaju pravo da koriste infrastrukturne kapacitete. Ovo pravo se na nivou EU razvijalo kroz komunitarno pravo konkurencije (*Competition Law*).<sup>18</sup> Odbijanje prava pristupa mreži se može smatrati povredom prava konkurencije, ako je reč o zloupotrebi dominantnog položaja na tržištu. Dakle, samo po sebi, odbijanje pristupa mreži ne mora da podrazumeva da je reč o povredi prava konkurencije. Dominantan položaj na relevantnom tržištu ne mora podrazumevati samo jedno preduzeće, naprotiv, takav položaj može nastati udruživanjem više aktera na tržištu koji utiču na tržišna zbivanja. Pod zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu se može smatrati ne samo odbijanje prava na pristup mreži, već i postavljanje nepovoljnijih uslova za određene tržišne učesnike, odugovlačenje sa pregovaranjem, uslovljavanjem trećih lica da koriste propratne usluge operatera mreže.<sup>19</sup> Diskriminatorski pristup podra-

---

18 A. Kotlowski, „Third-party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective“, str. 101, dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1073962](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1073962), 1.9.2018.

19 *Ibid.*, 104.

zumeva da se određenim licima daju drugačiji uslovi u odnosu na druge učesnike (lica koja su se priključila ranije na mrežu ili traže pristup mreži). Različito postupanje prema raznim licima mora biti opravdano na objektivni način, što znači da se ne moraju dati identični uslovima svima, već recimo stalnim kupcima može da se da određeni benefit.<sup>20</sup>

Prema Metodologiji za određivanje cene pristupa sistemu za distribuciju električne energije<sup>21</sup> koja je propisana od strane naše Agencije za energetiku, ograničena je maksimalna moguća cena za pristup sistemu. Pravilima iz metodologije je propisan i maksimalni mogući prihod za operatera sistema, a definisani su i drugi zavisni troškovi, poput troškovi amortizacije. Ovu Metodologiju, međutim, ne treba primeniti kao osnovu za obračun srazmere naknade troškova za lica koja su finansirala građenje nedostajućih elektroenergetskih objekata, jer je u njoj reč o naknadi koja se plaća operateru mreže, koji ujedno mrežu i održava nakon primopredaje i preuzimanja u vlasništvo nakon izgradnje. Kod naknade troškova izgradnje, reč je o pravičnoj naknadi za ulagača od strane trećih lica koja će koristiti mrežu. U tom smislu, prvim ulagačima ne treba priznati pravo na profit, već srazmernu naknadu za izgradnju nedostajućih objekata.

## 5. ZATVOREN DISTRIBUTIVNI SISTEM

Pod zatvorenim sistemom se podrazumeva mreža preko koje se distribuira električna energija ili drugi energent na geografski ograničenom prostoru poput industrijske zone, trgovačke zone ili zone zajedničkih usluga i ako je poslovanje ili proizvodni sistem korisnika mreže povezan i ako se energija prvenstveno distribuira vlasniku ili operateru sistema, povezanim preduzećima i drugim korisnicima sistema.<sup>22</sup> Dakle, reč je o distribuciji energije putem mreže na geografski ograničenom području u okviru kog postoje povezani infrastrukturni sistemi. Na zatvoren distributivni sistem ne mogu biti povezana domaćinstva, osim u slučajevima predviđenim članom 148 stav 2 Zakona o energetici. Zatvoren distributivni sistem je u privat-

20 *Ibid.*

21 Metodologija za određivanje cene pristupa sistemu za distribuciju električne energije, *Sl. glasnik RS*, br. 150/2012, 84/2013, 87/2013, 143/2014, 65/2015, 109/15, 98/2016.

22 Čl. 148 ZE.

nom vlasništvu i ne predaje se po izgradnji EPS-u, a ovaj sistem je i u slobodnom prometu, tj. operater ovog sistema može prodati ili izdati u zakup izgrađenu infrastrukturu.<sup>23</sup>

Pored činjenice da zatvoreni distributivni sistem može biti u privatnom vlasništvu, to ne znači da operater može slobodno određivati cene za pristup tom sistemu. Agencija za energetiku donosi metodologiju po kojoj se određuje cena pristupa, a operater tog sistema donosi odluku o ceni pristupa i objavljuje tu odluku na svojoj internet stranici. Kod pitanja naknade za izgradnju zatvorenog distributivnog sistema, treba primeniti princip srazmernosti troškova izgradnje i broja lica koja koriste takav sistem, bez prava na priznavanje prihoda lica koje je gradilo mrežu. Međutim, u ovom slučaju smatramo da vlasnik distributivnog sistema može sam da izabere da li će naplatiti naknadu za srazmeran trošak izgradnje mreže, nakon čega su vlasnici mreže sva lica koja učestvuju u snošenju tih troškova ili će zadržati vlasništvo na mreži i naplaćivati cenu pristupa mreži u skladu sa metodologijom koju donosi Agencija za energetiku.

## 6. ZAKLJUČAK

U poslednje vreme u Srbiji se razvijaju projekti elektrana koje proizvode energiju iz obnovljivih izvora (biogas, vetroparkovi, solarne elektrane, hidroelektrane) i pitanja regulisanja pristupa mreži, kada je određena infrastruktura već izgrađena i finansirana od strane prvobitnih ulagača, postaje značajna tema. U domaćoj skromnoj praksi postoji par odluka na ovu temu, međutim, autor nije pronašao detaljniju razradu ovog pravnog pitanja u teoriji.

Imajući u vidu da je u evropskim zemljama praksa takva, da postoji veći broj operatera mreže, pitanje prava pristupa trećih lica mreži se može proširiti na dodatne aspekte – koje lice je dužno da izgradi nedostajuće kapacitete (o čijem trošku), da li je to obaveza operatera mreže ili lica koje se priključuje na mrežu i čija je to obaveza kada postoji više konkurentnih mreža na koje se novi proizvođač može priključiti? Pritom se kao ključni kriterijumi ne navodi najkraće rastojanje između proizvođača električne energije do mreže, već se posmatraju najoptimalnija rešenja sa najmanje troškova.

---

23 Čl. 150 ZE.

Na nivou domaćeg prava, opredeljujemo se za sledeće zaključke. Troškove izgradnje mreže treća lica treba da snose na srazmerne delove, u zavisnosti od broja lica koja koriste mrežu. U slučaju da se pojave novi zainteresovani proizvođači energije koji bi pristupili izgrađenim mrežnim kapacitetima, ta lica bi trebalo da prethodnim ulagačima nadoknade deo troškova izgradnje elektroenergetskih objekata. Naknada ne treba da obuhvati profit, već isključivo realno utrošena sredstva. Kod zatvorenih distributivnih sistema, vlasnik infrastrukturalnih objekata može da se opredeli za potraživanje naknade troškova izgradnje mreže, pri čemu se vlasništvo sistema prenosi i na lica koja nadoknađuju troškove, ili za zadržavanje vlasništva na mreži i drugim objektima i uz naplatu pristupa mreži prema metodologiji koju propisuje Agencija za energetiku.

*Ivan Todorović, PhD*  
*Attorney at Law in Belgrade*

## THIRD PARTY GRID ACCESS

### *Summary*

In this Article the author examines the right of new producers of electric energy (with the accent on the producers from the renewable resources) of access to the grid, which is owned by other parties. Within domestic law, the question relates to the grid which was financed by earlier investors and which is transferred for operation on the public utility company. At the EU-level, the term “third party access” (“TPA”) is broader and covers also the issue of access to the grid which may be operated by several entities and where the contractual relationship for connection to the grid and access to the grid is separated (having in mind the obligation to separate vertically integrated companies in the energy sector). The author examines the nature and scope of the compensation which new investors have to reimburse to the earlier ones for the finance of the infrastructural energy objects.

Key words: *Third party access to the grid.* – *Connection to electric network.* – *Access to the electric network.* – *Access to gas network.*



# MEĐUNARODNA SARADNJA





Stefan Pürner, PhD\*

REPORT ON THE INTERDISCIPLINARY  
SYMPOSIUM ON  
“LEGAL TRANSFORMATION IN SOUTHEAST  
EUROPE: THE EXAMPLE OF FORMER  
YUGOSLAVIA: PRECONDITIONS, PARTIES  
INVOLVED, SUCCESSES/FAILURES –  
A PRELIMINARY REVIEW”  
HELD ON 16 NOVEMBER 2017 IN BERLIN

On 16 November 2017, the international symposium on “Legal Transformation in Southeast Europe: The Example of Former Yugoslavia: Preconditions, Parties Involved, Successes/Failures – A Preliminary Review” took place in Berlin; this was also the first event organized jointly by the *Südosteuropa-Gesellschaft* (SOG) [Southeast Europe Association] and the *Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.* (IRZ) [German Foundation for International Legal Cooperation e.V.].

The IRZ was founded in 1992 at the initiative of the German Federal Ministry of Justice and on the mandate of the Federal Government to assist transformation states in reforming their legal systems. Activities in Southeast Europe began in 2000 with funds from the Foreign Office allocated to Germany’s contribution to the Stability Pact. Since then, there have been thematic interfaces with the work of the Southeast Europe Association (SOG). Numerous personal contacts have been made through on-location activities. The vice-president of the SOG, Ambassador Gudrun Steinacker, had contact with the IRZ during her work as ambassador and as deputy ambassador in Bulgaria, Macedonia, and Montenegro. So it was quite natural that the idea of co-sponsoring an interdisciplinary event arose during the regular dis-

---

\* The author is the head of the “Southeast Europe I” section of the IRZ (Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro, and Serbia). The contribution represents the author’s personal view.

cussions of IRZ activities. At its centre, intersecting the activities of the two organizations, should be the transformation of the legal systems as a process which still characterizes social life in the states of the former Yugoslavia today, 25 years after the end of socialism.

## 1. QUESTIONS POSED

The result was the idea of an interdisciplinary (preliminary) review of transformation in the legal field, in which the following questions were particularly to be addressed:

- What was the general and what the specifically Yugoslav starting point for legal transformation?
- How is the situation in the countries of the former Yugoslavia comparable to that today?
- And how is it different?
- Where have there been improvements? Where have there been failures?
- Are there areas that have hitherto been neglected?
- What lessons have been learned from the previous history?
- What further lessons should be learned?

## 2. THE CONCEPT OF THE SYMPOSIUM

In order to permit direct discussion in German, German-speaking solicitors with relevant expertise from the countries concerned were invited as speakers. However, such people are extremely hard to find among judicial practitioners in the states of former Yugoslavia that are not yet members of the EU; therefore, the speakers who came to Berlin, although some had considerable practical experience, were all from academia (which brought with it an equally objective and critical view of the law and justice situation in their home countries). Speakers from Germany were chosen, who, from diverse positions (ambassador, consultant), have insight into the local legal transformations. Because of these different starting positions, one might have expected contrary opinions on many points, but that was not the case.

### 3. CONTENT OF THE PRESENTATIONS

In their introductory remarks, IRZ Managing Director *Veronika Keller-Engels* and Prof. Dr. Dr. h.c. *Herbert Küpper*, SOG vice-president and Managing Director of the *Institut für Ostrecht* [Institute for Eastern Law], who also moderated the event, stressed the above-mentioned intersection of the two sponsoring organizations' activities. Ms Keller-Engels pointed out that there are also interfaces with the Institute for Eastern Law, which was represented by Professor Küpper.

Former Ambassador *Gudrun Steinacker* pointed out in her presentation that she was able to observe the work of the IRZ in Southeast Europe from her post as ambassador in three countries – Bulgaria, Macedonia, and Montenegro. She found that some responsible persons at the IRZ were distinguished by their considerable linguistic and country knowledge, acquired while the socialist Yugoslav state still existed. She described the willingness to implement reform in some of the partner states as at least questionable; the involvement of the non-governmental sector in work on the rule of law therefore plays an important role. In this context, she emphasized that the IRZ always followed up suggestions from the Embassy on possible cooperation with appropriate NGOs. The lack of involvement of civil society in legal reforms in the framework of EU projects, however, was one of the criticisms made in a report by the European Court of Auditors on the use of the IPA (Instrument for Pre-Accession Assistance) funds in the legal field.

The second introductory presentation, entitled “Framework conditions for transformation from the point of view of a consultant: Starting situation, parties involved, and external influencing factors”, was also by a speaker from Germany, Dr. *Stefan Pürner* of the IRZ, who likewise gave a transnational overview. He explained that the law of the states in the territory of the former Yugoslavia is today more heterogeneous and unsystematic than it was right at the end of socialism. He described the reasons for this in the lack of a master plan for transformation, and also in the competition among advisers and legal systems involved with the transformation. This led, in particular, to the states giving up their traditional continental European legal orientation. Pürner's topic also figured significantly in the contributions of the subsequent speakers. Because of such circumstances, the process

of transformation is taking longer than expected. There have also been failures in the legal transformation.

Anyone who wants to assess the successes and failures of legal consultation must, however, question their own expectations, Pürner said. After all, in the Federal Republic of Germany, despite much more favourable overall conditions, in some instances it took decades to eliminate the legal as well as personal remnants of the (il)legal system of the Nazi period. One must also be aware that legal transformation is only *one* aspect of change that encompasses all of society. In particular, the parties involved should not be asked to influence political conditions in their partner countries. That is a task for (foreign) policy.

The presentations with a predominantly regional focus were followed by exemplary presentations of the situation in three selected countries – Bosnia and Herzegovina, Macedonia, and Serbia – which were given by German-speaking scholars from those three states.

Lecturer *Aleksander Spasov*, legal theorist and legal philosopher at the Faculty of Law in Skopje, spoke first. He spoke on the topic “Dealing with the past as a precondition for transformation”. He welcomed the idea of lustration in principle, but pointed out that it would only have made sense if it had been done immediately after the end of the socialist era. Waiting until later meant that the resulting stresses would outweigh the hoped-for benefits. He further explained that in Macedonia there were also disruptions of the continental European legal tradition. Here he mentioned the Penal Procedure Code as well as the earlier Company Law Act, which was drafted with the participation of US organizations. However, the Company Law Act was repealed after a short time, as it turned out not to be compatible with the situation, tradition, and mentality in Macedonia. Finally, Spasov addressed the current situation in Macedonia. He introduced the report on the situation of the judiciary in Macedonia prepared by the German solicitor and former director of the European Commission, Reinhard Priebe, on behalf of the EU, which reached very critical conclusions. The aim of the new government in Macedonia is now, the speaker said, to eliminate the abuses identified there.

The next presentation, by Professor Dr. *Zlatan Meškić* of the Zenica Faculty of Law, on legal transformation in Bosnia and Herzegovina, showed differences and similarities to what the previous speaker from Macedonia had depicted. Among the differences, he

said, is that Bosnia and Herzegovina has a specific internal order under the Dayton Constitution, which is not comparable to that of the other states. This means that the transformation has to be carried out at three levels of government (the umbrella state, the entities or the District of Brčko, and – in the Federation of Bosnia-Herzegovina – at the cantonal level). There is strong US influence in Bosnia and Herzegovina, as there is in Macedonia. This begins with the Constitution itself. American organizations are very active in legislative consulting, and they advise in areas of law such as consumer protection, which are rather strongly influenced by European law.

Another striking feature of the laws for which American organizations are advisers is that they are generally adopted at the level of the state as a whole, even if the relevant constitutional questions actually pertain to the level of the entities. By contrast, German consultants have adhered strictly to the Constitution's jurisdictional rules. Since several laws already drafted with the help of German organizations have not yet been passed, the German organizations are increasingly withdrawing from legislative consulting in Bosnia and Herzegovina. This is regrettable, he said, because it increases the danger that law in Bosnia and Herzegovina will develop in the opposite direction from the previous continental European orientation.

The last of the country-specific reports was from Prof. Dr. *Miloš Živković* of the Belgrade Faculty of Law, who spoke about the legal transformation in Serbia. Živković stressed that Serbia, because of well-known political circumstances, only began its legal transformation ten years after most of the other states of former Yugoslavia. This offered the opportunity to learn from and to avoid the mistakes of the others, but this was unfortunately not done, so Serbia was also influenced by US Common Law, and hybrid laws were adopted. In the field of criminal procedure law, a new law that had already been adopted and was strongly oriented toward German law, was replaced during the *vacatio legis* by a new penal procedure code with strong American elements.

Živković focussed on the extra judicially enforceable mortgage, which was incorporated into Serbian law ten years ago and is based on Common Law models. In Živković's opinion, this does not correspond to the Serbian legal tradition. The example poses a general problem for the combination of legal institutions from two different legal systems: Such an approach does not lead to better laws – as would result from

combining “the best of both worlds” – but to regulations whose application causes additional problems. Such laws notably required legal practitioner to have twice as much knowledge. In order to be able to apply such hybrid regulations, these practitioners would have to be exceptionally knowledgeable about both “mixed” laws. However, he said, this is not the case in practice. Therefore Živković advocated the use of consultants from countries with a similar legal tradition. He also called for greater inclusion of experts from the home country in the drafting of reform laws.

The lecture portion concluded with the contribution of Higher Regional Court Judge *Norbert Koster*, from Hamm, who spoke about “Practical problems of interpretation in the context of the new criminal law norms emerging in the transformation states.” Koster stated at the outset that the structural problems he has encountered in the Balkans correspond to those in Afghanistan, notably the fact that the success of legal transformation depends on many factors. In Afghanistan, for example, a key factor is security; in all states it is the general social climate, social well-being, and the like. Koster divided his talk into two parts, asking: What (what new law) is needed in the transformation? And what (what new law) is actually being “delivered”?

Addressing the first question, he pointed out that in the context of the transformation, society is changing on all levels. Therefore, a new law should introduce as few changes as possible. Since legal practitioners also have to be “brought along”, that is, won over to the reforms, the starting point for each new regulation should correspond to the previous horizon of their experience. It follows that what is needed is not “the best, the most perfect, or the newest”, but simply the most practical. Unfortunately, this is often blatantly disregarded in what is “delivered”, that is, in the drafting of new regulations. This becomes particularly clear in criminal procedure law, where slight changes, he said, can render the little bit of existing secondary literature useless. The introduction of hybrid criminal procedure codes has further negative effects, since they introduce a completely new system, with completely new roles for all participants, which might glaringly contradict previous traditions. It is also a misconception to think the two systems can be combined. This is particularly clear for the role of the judge, which is so different in American and continental European law that it is impossible to combine “the best of both”.

In continental law, the criminal judge ultimately bears the entire responsibility for a case. His task is to ascertain the material truth, as far as possible. The continental European judge is, therefore, an active judge. In Common Law, however, he is only an arbiter, who has to make sure that the parties (the prosecution and defence) abide by the rules. For the citizen, who is accustomed to having a criminal judge concern himself with the truth, such a new role for the judge is incomprehensible. In a little jab, Koster pointed out that the word “hybrid” derives from “hubris”, i.e., from haughtiness and arrogance. In conclusion, he stressed a further paradox: German organizations, in their recommendations to those they are advising, attach significantly greater importance to existing legal traditions than do those from the United States. Since the latter are more aggressive, however, they are usually more successful.

#### 4. THE MODERATOR’S QUESTIONS TO THE SPEAKERS

After the presentations, there was a question and answer session with the speakers and moderator Prof. Dr. Dr. h. c. *Heribert Küpper*. First came two fundamental questions that proceeded from the fact that all legal systems are subject to constant change and therefore are in motion, or we might say, “in transformation”. Therefore, the question arises whether using the term “(legal) transformation” for what is currently taking place in the formerly socialist states is really a correct one or whether another term could be found. Küpper linked this to the question of what actually distinguishes changes in the law of states that do not have a socialist past from changes in the former socialist states.

Most of the speakers concentrated on the second question: Their most common response was that states without a socialist past might have a “frequency” of legal change similar to that in transformation states, but the changes in the former move temporarily in a different direction. In these states, legal changes serve primarily to further develop the law with a view to the future. Legal transformation, on the other hand, is in a sense backward-looking. It is an attempt to eliminate a certain “layer” that had been incorporated into the law of these states, namely (pseudo-)socialist law.

After this came the only answer offered for the first, terminological question: Another possible word for transformation, sticking to the English jargon of international legal consulting, would be “*resetting*” or “*rewinding*” the legal system. Translated into German legal terminology, one could say that legal transformation is primarily “restoration to the previous state”. This thesis followed from that of the presentation by Judge Koster, who had postulated that it was not the purpose of the transformation to provide the “most modern, etc.” law, which was intended simply to eliminate the “socialist legacy”, but at the same time to require the least effort from legal practitioners.

This discussion addressed another important point: The impact of legislative changes on legal practitioners is obviously given scarcely any consideration by those who initiate, draft, and adopt the legislative changes (the term “experts” is intentionally avoided in this context). The legal practitioners are mainly generalists and must therefore keep track equally of all changes in all areas of law – without there being any explanatory literature. There was also discussion of which projects are the most sustainable. Here the perhaps surprising conclusion was reached that this is not actually legislative consulting. As several examples show, laws in the transformation states unfortunately often do not last long. On closer inspection, therefore, the most sustainable activities are training programmes. If young prospective solicitors are trained, these measures may have positive effects even 25 or 30 years from now.

Measures were particularly welcomed and recommended that promote the creation of networks both of Southeast European solicitors with foreigners, as well as of Southeast European solicitors among themselves. Examples were mentioned in which German and Southeast European participants in IRZ programmes have established independent professional contact, which they maintain to the present day. Professor Meškić pointed out that it sometimes makes more sense to change a few paragraphs of a law than to enact a completely new one. But he was not sure whether such an approach, focused on just a few points, and which requires a great deal of expertise and prior detailed analysis of existing laws, would actually be appreciated in the public image or, for example, in evaluations.



---

## 5. DISCUSSION

Afterwards the participants, including representatives of various German ministries (BMJV, AA, BMWi) [Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, Foreign Office, Ministry for Economic Affairs and Energy] and the GIZ [German Corporation for International Cooperation GmbH], scientists, members of the judiciary, and experts of the IRZ, had the opportunity to ask the experts questions and talk with them. The speakers were glad to oblige and the discussion went beyond the planned cut-off time. During the discussion as well as in the presentations it became clear that more active and comprehensive support from Germany would be more than welcome in the partner states.

However, this would have to be tied in with the situations in the partner states. In this context, one speaker from Southeast Europe noted that by no means all German experts and speakers satisfied or would have satisfied this requirement. Here too, there are cases in which advice was given without knowledge of the initial situation or of the needs and possibilities on the ground, and was presented in training programmes. It was added that these cases no longer occur in IRZ practice.

The Southeast European and German participants were united in their view that American influences must be confronted more assertively. As a positive example of how this could happen, participants highlighted the journal “*Kontinentalno pravo – časopis za održiv i skladan razvoj prava*” (“Continental law – a journal for sustainable and appropriate legal development”), co-published by IRZ and appearing in Serbia. A clear and self-confident orientation on behalf of the continental European tradition was demanded repeatedly. The German experience was described as of particular importance in this connection. Many desire a more active German role in advising states. Of course, this could only be provided if additional funds were available for relevant bilateral programmes.

It was explicitly stated in the discussion that the role of the legal consulting organizations is naturally limited. On the one hand, they have no influence on whether their advice actually finds its way into the final legislative product. One of the reasons for this is the simple fact that in democracies, the Parliament ultimately decides on the con-

tent of the laws. On the other hand, appropriate new legislation does not guarantee the success of a reform. New laws are, as one of the discussants put it, “like a baby who is starting to walk”. As for international legal consulting, it follows that this should not be limited to legislative consulting, but after the enactment of a law, its practical application must also be supported.

Another topic of discussion was the difficult relationship between different organizations that are advising on legal and judicial reforms in a country, and the dominant political forces there. Ambassador Steinacker pointed out in this context that due to the internal political situation in many former Yugoslavian partner states, there were poorly qualified solicitors sitting in various posts, although there were enough suitable persons available for these offices. Judge Koster went one step further and pointed out that it would be difficult to support the development and upgrading of the judiciary without cooperation with the partner state and thus with local politics. If power is in questionable hands, as is the case in many transformation states, then one always has to make a “pact with the devil”.

Professor *Herwig Roggemann* congratulated the co-organizers on the successful joint event. He also highlighted the role of encouraging young solicitors, in order to achieve success in legal transformation. His decades-long professional experience shows, he said, that “long-term effects come about through minds”. Dr. *Lothar Jahn*, who travelled from Eschborn and is a representative of the GIZ, which also supports legal reform projects in Southeast Europe, also took part in the symposium. He confirmed that many of the experiences reported corresponded to those of the GIZ. He emphasized the importance of events like this one, also because they would help detect mistakes and avoid their repetition.

## 6. WRITE-UP AND CONTINUATION PLANNED

The presentations from the event are expected to be published soon in a supplement to the “*Südosteuropa-Mitteilungen*” (SOM), the journal of the SOG. Due to the great success of the pilot event, the IRZ and SOG have decided to continue their cooperation by organizing similar public events.

## 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<sup>5</sup>).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćena „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 skraćena pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Povelakić, „Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPF SR)*, 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

skraćeniice 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. Powlakić, *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. Powlakić, *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 skraćeniica 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 skraćeniica *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 skraćeniica 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 glasilu u kome je propis objavljen, a posle zarezu broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćena 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 dopunjavao, 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 skraćena „vid.“, a za „uporediti“ se koristi skraćena „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](mailto: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](http://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<sup>2</sup>).

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<sup>3</sup>.

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. Powlakić, *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. Powlakić, *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.

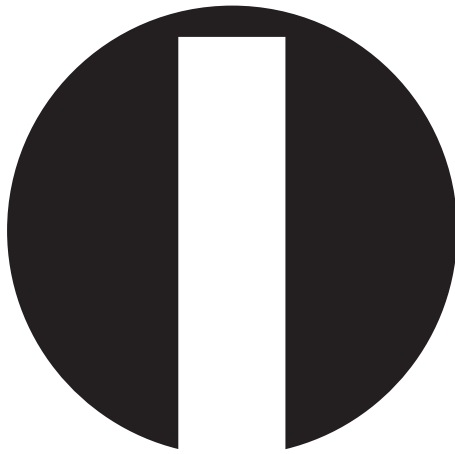


CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
340.137

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

