

2014

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: Nataša Hadžimanović

Urednici: Mirjana Radović, Milena Đorđević, Nenad Tešić

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

Međunarodni naučni savet: Christa Jessel-Holst, Tatjana Josipović, Rainer Kulms, Eugenia Kurzynsky-Singer, Damjan Možina, Yūko Nishitani, Meliha Povlakić, Oliver Remien, Hannes Rösler

Sekretari: Filip Bojić, Marko Jovanović, Miloš Stanković, Maša Mišković

Izdavač: Harmonius, Omladinskih brigada 7đ, 11000 Beograd, www.harmonius.org

Dizajn: Peđa Hadžimanović

Štampa: Dosije studio, Beograd

Tiraž: 200

Godina: III, br. 2014, izlazi jednom godišnje



HARMONIUS | Akademija za pravne studije

in cooperation with:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



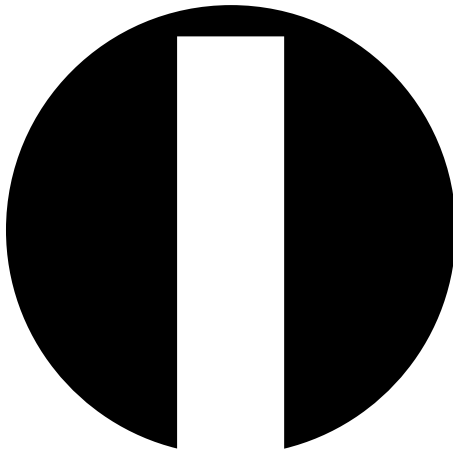
Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany



www.harmonius.org

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe



2014

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

2014 • HARMONIUS • Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: Nataša Hadžimanović

Urednici: Mirjana Radović, Milena Đorđević, Nenad Tešić

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

Međunarodni naučni savet: Christa Jessel-Holst, Tatjana Josipović, Rainer Kulms, Eugenia Kurzynsky-Singer, Damjan Možina, Yuko Nishitani, Meliha Powlakić, Oliver Remien, Hannes Rösler

Sekretari: Filip Bojić, Marko Jovanović, Miloš Stanković, Maša Mišković

Izdavač: Harmonius, Omladinskih brigada 7đ,
11000 Beograd, www.harmonius.org

Dizajn: Peđa Hadžimanović

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

Tiraž: 200 primeraka

ISSN 2334-6566

Godina: III, br. 2014, izlazi jednom godišnje

SADRŽAJ

EDITORIAL NOTE	9
FOREWORD BY THE IRZ.....	11

NAUČNI ČLANCI I RASPRAVE

<i>Irma Baberović</i> MEĐUSOBNI ODNOS <i>BONA FIDES</i> I <i>DOLUS</i> PRI IZGRADNJI PRINCIPA ODGOVORNOSTI U RIMSKOM PRAVU	15
<i>Snežana Dabić</i> O DEJSTVIMA MODIFIKACIJE UGOVORA POTESTATIVNIM USLOVOM	26
<i>Katarina Dolović</i> SAVESNOST DUŽNIKA KAO ŽRTVE NEOSNOVANOG RASKIDA	42
<i>Dalibor Đukić</i> NEGATIVNI ASPEKT SLOBODE VEROISPOVESTI U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	56
<i>Sanja Gongeta</i> <i>SOCIETAS UNIUS PERSONAE</i> – UJEDNAČAVANJE NAKON REGULATORNOG NATJECANJA.....	78
<i>Lazar Jovevski, Dušan Bosiljanov</i> ULOGA PRETPRISTUPNIH IPA FONDOVA EUROPSKE UNIJE U SMANJIVANJU NEZAPOSLENOSTI U REPUBLICI MAKEDONIJI.....	92
<i>Velibor Korać</i> KONCEPCIJA ZAKONA O NOTARIMA CRNE GORE	119

<i>Savo Manojlović</i> KAKO PRIMORATI POLITIČKE STRANKE NA OTUĐENJE UDELA ILI AKCIJA U PRAVNIM LICIMA? – JEDAN PRIMER KREIRANJA PRAVNE NORME: KAKO IMPERFEKTNU PRAVNU NORMU UČINITI PERFEKTNOM?	149
<i>Milorad Marković</i> PROCESNA PRAVA OKRIVLJENOG – MINIMUM STANDARDA KAO OSNOV ZA UZAJAMNO PRIZNANJE ODLUKA U EU	164
<i>Dejan Micković</i> OSNOVNE ETIČKE I PRAVNE DILEME PRILIKOM REGULISANJA MEDICINSKI POTPOMOGNUTE OPLODNJE U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA	188
<i>Bojan Milisavljević</i> RENASANSA OBIČAJA U MEĐUNARODNOM PRAVU.....	214
<i>Ivana Miljuš</i> ULOGA SUDA U TUŽILAČKOM MODELU ISTRAGE PREMA NOVOM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU IZ 2011. GODINE.....	226
<i>Vladimir Pavić, Milena Đorđević</i> NOVINE U PRAVNOM OKVIRU ZA ADR U SRBIJI	244
<i>Vuk Radović</i> STEČAJ POVEZANIH DRUŠTAVA – OSNOVNI PROBLEMI I NEDOUMICE.....	271
<i>Angel Ristov</i> THE NEW CHALLENGES IN REGULATION OF MARRIAGE AND NON-MARITAL UNION.....	300
<i>Nenad Tešić</i> PRENOS PRAVA I OBAVEZA U OKVIRU NAČELA FORMALNOG LEGALITETA	319

Igor Vujović
MOGUĆNOST KONVALIDACIJE UGOVORA O PROMETU
NEPOKRETNOSTI ZAKLJUČENOG U FORMI NOTARSKE
ISPRAVE. 350

Ilija Vukčević
REZIDENTSTVO KAO OSNOV DISKRIMINACIJE U PRAKSI
USTAVNOG SUDA CRNE GORE: UPOREDNA ANALIZA
SA PRAKSOM EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA
I SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE 360

Igor Vuković
PRILAGOĐAVANJE SRPSKOG KRIVIČNOG
ZAKONODAVSTVA MEĐUNARODNIM STANDARDIMA
U POGLEDU PLAĆENIKA U ORUŽANIM SUKOBIMA..... 376

MEĐUNARODNA SARADNJA

Stefan Pürner
THE IRZ AND ITS CONTRIBUTION TO LEGAL
HARMONISATION IN SOUTHEAST EUROPE
PART 3: RECENT IMPORTANT TRAINING
AND EDUCATION ACTIVITIES..... 401

UPUTSTVO ZA AUTORE..... 416

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 420

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 2014. 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 nineteen articles on important topics submitted by young scholars from Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia, most of which present contributions to the Conference “Legal optimism – New wave in interpreting the relation between law and justice”. This Conference was organized by the Harmonius Association and was held on Zlatibor (Serbia) from 20.11.2014 till 22.11.2014. 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.

The 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 scholars who, despite of their busy schedules, accepted to be the reviewers of the articles submitted for this issue. Finally, the Editorial Board wishes to thank all the contributors without whom the publication of this issue would not have been possible. We strongly believe that the contributions contained in this issue will be of ample interest to the wide-ranging public in South East Europe. We also hope that this issue will enhance the interest for 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 – in – Chief

FOREWORD BY THE IRZ

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

The publication is already the 3rd volume of the journal. According to popular Germany saying things which happen three times may be called “traditional”. Therefore, starting with this volume the journal is no longer an initiative only, but it has become a tradition. Hopefully the 3rd birthday of the journal gives reason to many readers to have a look not only in the current volume but also in the preceding ones. This namely will prove that “HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South-East Europe” covers a wide range of topics related to European Law, legal harmonisation and international best practices in law. By this, it contributes to the information and scientific discussion in the whole region. Congratulation to that!

The IRZ would also like to thank the Network as a whole and especially its liaison, the Vice President of HARMONIUS and Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, Dr. Natasha Hadzimanovic, and Mr. Filip Bojic in Belgrade for the excellent cooperation in every respect. Furthermore, the IRZ would especially like to thank the German Federal Ministry of Justice for the general support of the work of the IRZ and the German Foreign Ministry, which sponsors the activities of the IRZ in South-East Europe with funds from the Stability

Pact for South-East Europe. Without this funding a cooperation like this would not be possible. The ongoing support of initiatives such as HARMONIUS from the federal government budget (and thus from the German taxpayers' contributions) shows that Germany is strongly involved in the region of South-East Europe, with which it has traditionally maintained manifold relations. (Other examples of IRZ's activities in the field of legal publications in the region may be found on the Internet under www.antidskriminacija.info and www.evropsko.pravo.info. In addition to that, the two legal journals coedited by IRZ "Nova Pravna Revija – Casopis za domace, njemacko i evropsko pravo" (shortly NPR) and "Evropsko Pravo" (shortly EP) may be downloaded from HARMONIUS' own webpage www.harmonius.org.)

The signatory also wishes to express his sincere thanks to Assessor Dragana Radisavljevic who has organised the cooperation with HARMONIUS in her function as IRZ Project Manager in a very competent and dedicated way.

For those who are interested in finding out more about the activities of the IRZ, please read the article "The IRZ and its Contribution to Legal Harmonisation in Present and Future EU Member States – Part 3" in this journal. Further information about the IRZ in English but also in German, Russian and Arabic, is available at www.irz.de. This website also posts regular announcements of current events and other activities of the IRZ in South-East Europe as well as other states.

Dr. Stefan Pürner, attorney at law
Head of Section for South-East Europe Central
(Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia)
at the IRZ

NAUČNI ČLANCI
I RASPRAVE

*Irma Baberović, dipl. pravnik**

MEĐUSOBNI ODNOS BONA FIDES I DOLUS PRI IZGRADNJI PRINCIPA ODGOVORNOSTI U RIMSKOM PRAVU

Sadržaj pojma dolus vremenom je evaluirao obuhvaćajući sve širi krug postupaka. Stari Rimljani ovaj pojam su diferencirali na dolus bonus, koji je označavao dopuštenu pa čak i hvale vrijednu lukavost i snalažljivost koja se mogla koristiti protiv razbojnika i neprijatelja i na dolus malus, koji je imao značenje nedopuštenog, nečasnog i prijevarnog postupka, kome nije bilo mjesta u poslovnim odnosima. U pravu treba praviti razliku između pojma dolus, koji se upotrebljava u teoriji pravnih poslova i posebnog delikta koji nosi isto ime. Riječ dolus, u teoriji pravnih poslova, dobila je smisao namjerno učinjenog djela, dok pojam dolus u značenju delikta sadrži takvo ponašanje koje nije u skladu sa načelima bona fidei. S druge strane, termin bonae fidei predstavlja načelo dobre vjere, savjesnosti i poštenja. Nastanak pojma fides, vezan je za uređivanje odnosa Rima sa drugim gradovima i rimskih građana sa strancima. U ovom radu bit će predstavljen nastanak ovih dvaju pojmova, postepeni razvoj u Rimu i njihov međusobni odnos kroz princip odgovornosti.

Ključne reči: *Bonae fidei. – Dolus. – Princip odgovornosti.*

„Fides bona contarrere est fraudi et dolo.“¹

„Dolo malo pactum se non servaturum.“²

1. POJAM I RAZVOJ DOLUS-A

Dolus ili dolus malus je, prema shvaćanju rimskih pravnika, prijevarno djelovanje koje je poduzeto sa namjerom da se neko bilo kri-

* Autor je student II ciklusa studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, Historijsko-pravna katedra i demonstrator na predmetu Rimsko pravo i Osnove evropskog privatnog prava, i.baberovic@hotmail.com.

1 Paulus, D. 17, 2, 3, 3.

2 Ulpianus, D. 1, 14, 7, 9.

vim navodima bilo zatajivanjem pravog stanja stvari zavede u bludnju ili održi u bludnji, kako bi se odatle izvukla neka protupravna korist na štetu drugoga.³ To je iz zle namjere nastala volja oštećivanja, koja ide za tim da pobudi neku zabludu.⁴ U pandektnoj pravnoj nauci podrazumijeva se prijevara koja je dala povoda sklapanju pravnog posla, tj. bez koje uopće ne bi došlo do sklapanaja pravnog posla, dok pod *dolus incidens*, podrazumijeva se prijevara koja nije dala povoda sklapanju pravnog posla, ali bi se pravni posao da nije bilo prijeverare sklopio pod drugim uslovima.⁵ Kod pravnih poslova *dolus* predstavlja prijeveraru poduzetu prema nekoj osobi, a sve u svrhu da se ista dovede u bludnju ili da se održi u bludnji kako bi se odatle izvukla neka protupravna korist na štetu njene imovine.⁶

Po civilnom pravu, prijevara nije uticala na valjanost pravnog posla, samim time poslovi sklopljeni prijeverarno su bili valjani. Ako je neko prijevernim postupkom od druge strane bio onemogućen da preuzme npr. stipulacionu obvezu, takva obveza po civilnom pravu bila je valjana i utuživa.⁷ Tek pred kraj Republike je za zaštitu protiv *dolus*-a, inicijativom Ciceronova suvremenika Gaja Akvilija, uvedena pretorska *actio de dolo*.⁸ Pretorsko pravo je, pored *actio doli* (*actio de dolo*), kao sredstva za zaštitu prevarenog uvelo i *exceptio doli*. Međutim, sporno je da li je pretor zbog *dolus*-a davao i *restitutio in integrum*. Mnogi autori, kada je u pitanju *restitutio in integrum* imaju oprečna mišljenja, kao što je *Otto Lenel* koji u svojim tekstovima poriče postojanje povrata u pređašnje stanje, dok drugi kao što je *Biondi* tvrdi da je postojalo i ovo sredstvo, a *Michel Villey*, smatra da *restitutio in integrum* predstavlja jedan od velikih procesa represije *dolus*-a.⁹

3 Labeo-Ulp., D. 4, 3, 1, 2.

4 I. Baron, *Institucije rimskoga prava*, Tisarski zavod Narodnih novina, Zagreb 1893, 106.

5 B. Eisner, M. Horvat, *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1948, 119.

6 Cicero, De offic. 3, 14, 60, *Cum esset aliud simulatum, aliud actum*.

7 B. Eisner, M. Horvat, *op. cit.* fn. 6, 174.

8 Cicero, De offic. 3, 60.

9 M. Villey, *Le droit Romain*, Presses Universitaires de France 108, Paris 1957, 113.

1.1. Sredstva za zaštitu prevarenog kroz *actio doli i exceptio doli*

Actio doli, je bila penalna/kaznena tužba vezana za rok od jedne godine (*annus utilis*). Prijevara se, dakle, kažnjava kao delikt. Tužba je išla protiv onoga ko je prijevarom drugoga zaveo da sklopi pravni posao ili izvrši koji drugi štetni pravni čin. Tužba je glasila na plaćanje novčane kazne u visini štete, prouzrokovane od strane tuženog, dakle za nadoknadu pretrpljene štete. Iako je posao po civilnom pravu bio valjan, stranka je ovom penalnom tužbom mogla tražiti vrijednost onoga što je na temelju takvog posla dala, odnosno naknadu štete. Obzirom da je formula *actio de dolo*, sadržavala arbitrarnu klauzulu,¹⁰ sudac bi tuženog prije osude pozvao na naturalnu restituciju, a tek ako tuženi tome ne bi dobrovoljno udovoljio bio bi osuđen na novčanu kaznu u visini naknade štete. Osuđenog je stizala *infamia* (D. 3, 2, 1). Protiv nasljednika, ova se tužba davala kao *actio in factum* na naknadu štete, ali više ne kao penalna, već kao reipersekutorna akcija.¹¹ Zahtjev tužbe glasio je na naknadu štete, ali budući da je tužba bila *actio arbitraria* sudac bi tuženog prvo poslao na *restituciju*, tj. povrat onoga što je prevareni dao, odnosno na uklanjanje učinaka pravnoga posla, a ukoliko tuženi tome ne bi udovoljio bio bi osuđen isključivo na naknadu štete. Tako se indirektnim putem, na deliktnoj bazi, postizao učinak poboynosti pravnog posla koji je po civilnom pravu ostao valjan. *Actio de dolo* je strogo supsidijarna tužba, koja se davala samo u slučaju ako nije bilo drugog pravnog sredstva da se prevarenome pomogne.¹²

Po Justinijanovom pravu *actio doli* mogla se upotrijebiti u svim slučajevima kada je jedna stranka u obveznom odnosu bila namjerno imovinski oštećena, tako da je ova tužba u neku ruku dobila karakter generalne tužbe za naknadu štete.¹³

Uz *actio doli*, u rimskom pravu, mogla su se u određenim slučajevima koristiti još dva druga pravna sredstva sa istom svrhom to jest za zaštitu od doloznog postupanja. To su: *exceptio doli* i *restitutio in integrum ob dolum*.

10 Paul, D. 4, 3, 18.

11 B. Eisner, M. Horvat, *op. cit.* fn. 6, 174.

12 Edikt o *actio de dolo* je glasio: „*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*“, Ulp. D. 4, 3, 1, 1.

13 A. Romac, *Rimsko pravo*, Narodne novine, II izdanje, Zagreb 1987, 353.

Exceptio doli (prigovor prijave) je služila prevarenom kao odbrana protiv tužbe iz pravnog posla, koji je sklopljen pod uticajem prijave.¹⁴ Ako bi prevareni bio tužen na izvršenje primljene obveze, mogao je odbiti tužbeni zahtjev prigovorom prijave *exceptio doli*.¹⁵ Ovom tužbom će se poslužiti tuženi da odbije tužitelja koji je postupao prijeverno. *Dolus* se shvaća široko, te ne obuhvaća samo prijeveru koja se dogodila kod sklapanja i izvršenja posla, nego i svako kasnije prijeverno odnosno nepošteno postupanje.¹⁶ Na prijedlog oštećenog, pretor bi u formulu tužbe stavio prigovor, čiji je smisao bio da se zahtjev može uvažiti ako prilikom sklapanja pravnog posla druga stranka nije postupila doložno, niti je tako postupila nakon sklapanja posla. Prema tome, uzimalo se u obzir ne samo doložno postupanje pri sklapanju pravnog posla, nego i kasnije držanje kao što je puštanje druge stranke u zabludi ili u krivom uvjerenju do kojeg je ona možda i sama došla.¹⁷ Riječ *factum sit*, koja se nalazila unutar formule ove tužbe, odnosi se na to da je tužitelj prijeverno postupao u prošlosti, tj. pri sklapanju pravnog posla i njegova izvršenja, a riječ *neque fiat* odnosi se na to da prigodom sklapanja pravnog posla nije bilo prijevernog postupanja, ali tužitelj tužbom postupi doložno u času kada tuži, jer su naknadno nastupile okolnosti zbog kojih se tužba ukazuje kao nepravedna ili protivna poštenju i dobroj vjeri u prometu, odnosno protivna *bona fides*. Tužitelj je, na primjer, naknadno sklopio neki drugi posao sa tuženim po kome bi tu istu stvar, koju sada traži, morao opet tuženom dati ako bi ovaj njega tužio; ili tužitelj tuži pozivajući se na formalizam civilnog prava iako pravednost takvu tužbu ne odobrava. To je tzv. *exceptio doli praesentis* ili *generalis*, kojom su rimski pravници uvodili u strogo civilno pravo načela pravednosti i poštenja, te pobijali formalizam civilnog prava. Uz *iudicia bona fidei* je *exceptio doli* bila nepotrebna.¹⁸

14 B. Eisner, M. Horvat, *op. cit.* fn. 6, 120.

15 M. Šarac, Z. Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006, 275.

16 Imajući u vidu tu razliku, njena formula je glasila: „*Si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat*“, Gai. 4, 119.

17 A. Romac, *op. cit.* fn. 14, 352.

18 M. Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1973, 309.

2. RAZVOJ *BONA FIDES* OD MORALNO-ETIČKE KATEGORIJE DO OPŠTEG PRAVNOG NAČELA SAVJESNOSTI I POŠTENJA

Termin *bonae fidei* potiče od dvije riječi *bonus* – dobar i *fides* – vjera, poštenje. Njime je rimska pravna nauka označavala ono što je smatrala časnim, poštenim i učinjenim u dobroj vjeri. Sam nastanak pojma *bona fides* vezan je za uređivanje međusobnih odnosa Rima sa drugim gradovima i rimskih građana sa strancima.¹⁹ Međutim, postepeno dolazi do izgradnje pravnog standarda *bona fides* pomoću kojih pravna nauka mijenja postojeća pravna pravila i uvodi nova. Na samome početku, odnosi među ugovornim stranama u Rimu su bili određeni formom, tako da *fides* podrazumijeva da treba učiniti ono što je rečeno. Uvođenjem sudskog postupka utemeljenog na *bona fides*, počinje se široko tumačiti standard ovog načela, tako da sudija dobija mogućnost uzeti u obzir kako ono što je prethodilo konsenzusu tako i okolnosti nastale nakon njegovog zaključenja.

Bona fides je prvobitno predstavljala moralno-etičku kategoriju koja je primoravala pojedinca da se drži zadate riječi, odnosno da u „dobroj vjeri“ ispuni preuzete obaveze. Njeno nepoštovanje je bilo sankcionisano osudom javnog mnjenja i izbjegavanjem članova zajednice da ubuduće sklapaju sporazume sa prekršiocem. Po svom sakralnom karakteru, prvobitna *fides* bliska je zakletvi, pošto je i njeno kršenje izazivalo gnjev bogova. Za Rimljane je *fides* bila „najsvetija stvar u životu“.²⁰

Postepenim razvojem poslovnih odnosa dolazi do povezivanja trgovaca iz najrazličitijih sredina, osoba koje se međusobno ne poznaju, kao i osoba sa različiti moralnim shvatanjima koje datu riječ mogu da ne održe, a da za to ne pretrpe nikakve posljedice. Zbog toga je bilo neophodno takvim neformalnim sporazumima obezbijediti pravnu sankciju. To se daleko lakše moglo ostvariti u sporovima koji su pokretani pred peregrinskim pretorom (*praetor peregrinus*), jer njega ništa nije sprječavalo da na osnovu svog diskrecionog prava naloži sudiji da prilikom donošenja presude vodi računa o „dobroj vjeri“ stranaka.²¹

19 T. Sebastiano, „Osnovne napomene o ban fides i kontraktima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, 3/2006, 73.

20 Cic. Verr. 2, 3, 6, 6, *Fidem sanctissimam in vita qui putat*.

21 Ž. Bujuklić, *Forum Romanum Rimski država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2005, 162.

Vrijednost *fides*, padom Rimskog carstva, gubi svoj prvobitni smisao. Čak infamija na koju su bile osuđene osobe koje su se ponašale u suprotnosti sa načelom savjesnosti i poštenja, postala je „negativna“ moralna kategorija kroz koju se pravno sankcionišu moralne vrijednosti.²² Sve složenije potrebe svakodnevnog života postavljale su se pred sudije-laike sasvim nove pravne probleme za koje postojeće *ius civile* nije pružalo odgovarajuća rješenja. Upravo podsredstvom rimske jurisprudenције *bona fides* će se postepeno uključivati u pravni poredak, postajući osnov za davanje zaštite određenim pravnim poslovima. Time je *bona fides* od moralne kategorije postajala pravna obaveza, koja je na početku primoravala stranke jedino na to da one moraju izvršiti ugovor „prema izgovorenim riječima“. Što znači da je klauzula *ex fide bona* imala funkciju da obezbijedi pravnu zaštitu pojedinim neformalnim sporazumima zaključenim između punopravnih rimskih građana.

U periodu principata, tumačenjima klasičnih jurisprudenata, ova klauzula dobiva šire značenje i podrazumijeva ovlaštenje sudije da pozivanjem na *bonae fidei* poštuje istinsku volju stranaka. Time *bona fides* ne služi više samo sankcionisanju novih pravnih obaveza već i određivanju njihovog obima, što omogućava sudiji da slobodnije tumači sam sporazum i način njegovog izvršenja.

S druge strane, krajem republike pravnici se počinju baviti definisanjem pojma *dolus*, a pretor Gaj Akvilije za njegovo sankcionisanje uvodi *actio doli* i *exceptio doli*. Od doložnih radnji postali su zaštićeni kako strogo formalni pravni poslovi *iuris civilis*, tako i oni društveni odnosi koje nije štitalo ni *ius civile* niti *ius gentium*. Obzirom na način zaštite nastaje razlika između *iudicia bonae fidei* i *iudicia stricti iuris*, s jedne strane i drugih pravnih odnosa koji nisu bili *bonae fidei*, s druge strane. Kod prvih je zaštita od doložnih postupanja uvedena ranije i sprovodio je *iudex* pozivanjem na klauzulu *ex fidae bona*, kod drugih je nastala nešto kasnije i sprovodio je pretor putem *actio doli* i *exceptio doli*. Klasični pravnici jasno uočavaju čvrstu korelaciju između kategorija *bona fides* i *dolus malus*. Činjenica je da je doložno postupanje, sankcionisano sa *actio doli*, počivalo na deliktnoj osnovi, jer je to penalna tužba koja je vezana za rok i praćena je *infamijom*, a koja ide

22 B. Tičar, R. Bohinc, M. Nahtigal, „Recepcija Rimske antične vrednote fides-poštenosti in zvestobe dani besedi-v sodobnem slovenskem upravnem pravu“, *Izvirni znanstveni članek Univerza na Primorskem fakulteta za management*, 12–22/2009, 850.

za tim da raskine i obesnaži obligacioni odnos nastao pod uticajem *dolus*-a prijevare, a koji bi inače po propisima civilnog prava bio valjan. S druge strane, sankcionisanje *dolus*-a uz pomoć *bona fides* počivalo je na ugovornoj osnovi.²³

U postklasično doba postepeno nestaje dvodiobni sudski postupak, čime se *bona fides* od formalnopravne kategorije transformiše u materijalnopravnu i postaje neka vrsta generalne klauzule, tj. opšteg pravnog načela u ugovornim odnosima. Tako se značenje *bona fides* iz pravnog ambijenta sada preliva u krug moralno-etičkih kategorija. Srednjovjekovnom recepcijom pandektisti prihvaćaju ovako široko shvaćeni pojam *bona fides*, a tek će se novovijekovna teorija prava kreirati ka preciznijem normiranju načela *bona fides*, određujući mu pravo mjesto i mjeru u pravnom sistemu.²⁴

3. MEĐUSOBNI ODNOS *DOLUS* I *BONA FIDES*

Kako bismo mogli vršiti usporedbu predmetnih pojmova, kao i dalje pratiti i odrediti stav rimskog prava prema represiji *dolus*-a uopće, neophodno je ponovno navesti nekoliko napomena izvornog značenja *dolus*-a u rimskoj pravnoj terminologiji. Iako neki pisci prave pojmovnu razliku između tzv. *deliktne dolus*-a, koji se sastoji u zloj namjeri upravljenoj na dobivanje nekog protupravnog uspjeha i *dolus*-a u prometnom pravu u smislu prevarnog ponašanja u svrhu dobivanja koristi na štetu drugoga, u ovom radu polazim od jedinstvenog pojma *dolus*-a.

Počevši od *dolus*-a, kao obilježja stanovitih civilnopravnih i pretorskih delikata, kao uporište i izvorno značenje pojma uzima se prijevara koja je poduzeta prema nekoj osobi u svrhu dovođenja iste u bludnju kako bi se izvukla korist. Staro civilno pravo, uz princip formalizma i prevlasti forme nad voljom nije uzimalo u obzir *dolus* kod sklapanja pravnih poslova. Pravnih poslova bilo je razmjerno malo, a formalizam imao je tu posljedicu da su stranke prethodno dobro promislile i bile svjesne onoga što čine, tako da se naročita represija prevarnog postupanja nije ukazivala potrebnom.²⁵

23 Ž. Bujuklić, *op. cit.* fn. 22, 164.

24 *Ibid.*, 165.

25 M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, 95.

Međutim, kako se razvijala država, trgovina kao i privreda sa pojavom novih neformalnih pravnih poslova koji su utemeljeni na *dobroj vjeri i poštenju*, te težnjom da se veća važnost polaže na bit pravnih poslova i međusobnih odnosa nego na formu, osjetila se potreba da se pravo pozabavi tim problemom i nađe sredstvo za represiju prijevare.

Postepeno, rimska jurisprudencija počinje iskorištavati pojam *bona fides*, tako što iz osnova njegove formule postepeno interpretira pravila po kojima će sudac, ne samo nalagati dužnost ispunjenja, nego i ići dalje u pravcu represije nepoštenog i prijevarnog postupanja. Ali, potreba represije *dolus*-a osjetila se i na drugim područjima, kako kod strogo formalnih pravnih poslova tako i kod nekih socijalnih odnosa, koji nisu bili zaštićeni ni po *ius civile* niti po *ius gentium*. Rimska jurisprudencija, kako bi potisnula *dolus* iz pravnih poslova i općenito međusobnih odnosa, poslušila se rimskim pretorom koji je u svrhu zaštite od istoga uveo veliki broj pretorskih akcija vođen idejom odgovornosti za protupravno djelovanje. Kao pretorska sredstva te represije *dolus*-a služile su *actio doli* i *exceptio doli*.²⁶

Kod klasičnih pravnika posve jasno dolazi do izražaja ideja međusobnog odnosa između *bona fides* i *doli mali*, kako u primjeni *dolus*-a koji se događa prilikom sklapanja pravnih poslova, tako i kod *dolus*-a kao mjerila odgovornosti za neizvršenje i za nemogućnost izvršenja obveznih dužnosti iz ugovornih odnosa. Evidentno je vidljiv međusobni odnos između *bona fides* i *dolus*:

D. 19, 2, 35, pr. (Afric.): *Bona fide negotium contraxerit, non... per fraudem locaverit...*

D. 14, 5, 6 (Ulp.): *...quia dolo fecit. Hoc et in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum erit.*

D. 27, 7, 8 (Paul.): *...nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur...*

Treba se istaknuti činjenica da se potiskivanje *dolus*-a, pomoću *actio doli* vrši na deliktnoj bazi, jer je *actio doli* deliktna, penalna, na rok vezana i sa infamijom spojena tužba,²⁷ a ide za tim da raskine obvezni odnos nastao pod uticajem prijevare i koji bi inače, po propisima civilnog prava, bio valjan. Shodno navedenom, *actio de dolo* je tužba

26 *Ibid.*, 97.

27 V. Korošec, *Rimsko pravo*, Ljubljana 1997, 320.

koja je isključena kod svih *iudicia bona fidei*, jer se kod njih sudac više pozivom na *fidem bonam* mora bazirati i na eventualnu prijevaru stranaka.²⁸

Pored istaknutog odnosa između *bona fides* i *dolus* postavlja se pitanje koji je od ova dva principa izvorni i „pozitivni“, a koji je izvedeni i „negativni“ prvog principa. Čini se da je, zaista, *bona fides* i u pravcu represije *dolus*-a bila upravo taj „pozitivni“ princip koji je postepeno počeo reprimirati *dolus*. Također rimski suci, pomoću *bona fides*, postepeno su počeli reprimirati stanovite slučajeve takvog postupanja koje se očito protivi ugovornoj vijernosti. Kod poslova *stricti iuris*, pretor je donio generalni edikt za potiskivanje *dolus*-a i tako je došlo do toga da su *bona fides* i *dolus* postali kontradiktorni pojmovi.²⁹ Međutim, *bona fides*, kao „pozitivni“ princip se nastavio razvijati dalje, te se postepeno počelo vršiti potiskivanje ne samo doloznog nego i svakog nepoštenog ponašanja, koje ne odgovara držanju i postupanju poštenih i čestitih ljudi, a kako je razlika između *bona fides* i *dolus* bila očita, to je dovelo do velikog proširenja pojma *doli mali* i onih pravnih sredstava koja su bila na njemu osnovana (*actio doli*, *exceptio doli*). Stoga je opravdano često mišljenje da se svaki posao *stricti iuris* pretvara u posao *bonae fidei*, time što tuženi stavlja *exceptio doli* ili da se možda stipulacija pretvara u posao *bonae fidei* dodavanjem klauzule *doli*. Svako od ovih sredstava ima posebnu funkciju i sadržaj, kojim obuhvaća potiskivanje *dolus*-a, koji se postiže putem *bonae fidei*.

Klauzula *doli*, odnosi se na represiju *dolus*-a samo na strani dužnika i to samo na onaj *dolus* koji se dogodio u času zaključenja i izvršenja određenog posla. *Exceptio doli*, odnosi se na represiju *dolus*-a na strani tužitelja i to kako *dolus*-a koji se dogodio pri sklapanju i izvršenju određenog posla tako i *dolus*-a koji se dogodio nakon toga – u času samoga utuživanja. Dakle, klauzula *doli* i *exceptio doli* zajedno pridaju stipulaciji stanovite učinke *bonae fidei*.

Da bismo najbolje uočili međusobni odnos *bona fides* i *dolus*, pogledamo li letimično slučajeve *doli* koji se pominju u Digestama,³⁰ kada se *dolus* ne javlja prije sklapanja niti prigodom sklapanja ugovora, nego pada u izvršenje ugovora naići ćemo na stanovita mišljenja da se kod *iudicia bonae fidei* uticaj na isto nije mogao vršiti pozivom na *bona*

28 B. Eisner, M. Horvat, *op. cit.* fn. 6, 119.

29 M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, 102.

30 Ulpianus, D. 4, 3, 7, 3.

fides, nego da su i ovdje bila potrebna ista sredstva kao i kod poslova *stricti iuris*, tj. pozivom na *actio doli*.

Također, ne možemo a da se ne osvrnemo na Cicerona koji u svome djelu *De officiis* navodi primjer jednog trgovca koji je putovao sa tovarom od Aleksandrije do ostrva Rodos. U to vrijeme, na ostrvu Rodos je vladala glad, a trgovac iskoristivši svoj brzi brod pretekao je ostale brodove koji su također plovili prema Rodosu i prodao je čitav tovar žita po dosta većoj cijeni.³¹ Iz ovog primjera postavlja se pitanje kako da se okarakterise ponašanje trgovca? Ciceron navodi da takvo ponašanje prodavca je potpuno u suprotnosti sa načelom *bona fides* i oličenje je lukave, zlonamjerne i nemoralne osobe.³² Dalje, Ciceron zaključuje da čovjek mora dobro da postupi, kao među dobrim ljudima, i bez obmanjivanja.³³

Bilo da se u rješavanju spornih situacija polazilo od *bona fides* bilo od *dolus*-a, u oba slučaja su vladajuća etička načela pretočena u pravnu argumentaciju.

4. ZAKLJUČAK

Iz svega navedenog i ukratko prikazanog historijskog razvoja dolazimo do zaključka da se prva i najstarija funkcija *bonae fidei* sastojala u dužnosti ispunjenja i utuživosti utemeljenih u civilnom pravu i zakonima neutemeljenih obveznih dužnosti. Početkom prvoga stoljeća prije Krista, počela se maksima *ex fide bona* tumačiti ne samo u pravcu strogog držanja ugovorene i zadane riječi, nego i u pravcu represije *doli mali*, čime je učinjen važan korak u pitanju provedbe ugovora i uvažavanja volje, što je bitno uticalo i na izvršenje ugovora. Ovaj razvoj je ispočetka išao dosta lagano, ali je u pogledu kupnje kao najstarijeg kontrakta *bona fides* potpuno razvijen, te su *actio doli*, *exceptio doli* i *stipulatio (clausula) doli* kod iste nepotrebni, jer njihovu višenamjensku funkciju nadopunjuje „*ex fide bona*“. *Bona fides* nije ostala ograničena isključivo na potiskivanje *dolus*-a u njegovom najužem smislu prijevara, nego je pošla u pravcu značenja ponašanja čestitih i poštenih ljudi i dobre vjere u postupanju pri sklapanju pravnoga posla.

31 Cicero, *De officiis*, Cambridge University Press 1991, 3.12.50.

32 V. Vuletić, „Od bona fides do načela savesnosti i poštenja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010, 262.

33 Cicero, *De officiis*, 3, 70, *Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*.

Nakon što je, dakle, *bona fides* u najstarije doba ispunila svoju prvu stvaralačku ulogu u razvoju rimskoga prava omogućivši pravno priznanje i stvaranje stanovitih ugovornih odnosa, koji su do danas ostali temelj pravnog sistema, počela je vršiti jednako važnu drugu zadaću pri daljoj izgradnji tog pravnog sistema.

Kako su Rimljani smatrali da je prevara jedan od najtežih oblika povrede moralnih normi, a obzirom da savjesnost i poštenje proizlazi iz prava i pravednosti, to govori o opravdanosti maksime *Fraus et ius numquam cohabitant*.

Irma Baberović, Dipl. iur.

Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Sarajevo

MUTUAL RELATIONSHIP BETWEEN *BONA FIDES* AND *DOLUS* IN CONSTRUCTION OF THE PRINCIPLE OF ACCOUNTABILITY IN ROMAN LAW

Summary

The content of the term *dolus* was evolving during period of time covering a wide circle of proceedings. The ancient Romans differentiated between *dolus bonus*, which meant permissible or even praiseworthy cunning and resourcefulness that could be used against criminals and enemies and *dolus malus*, that had a significance unauthorized, dishonest and fraudulent proceedings, for which there was no place in business relationships. The law should make a distinction between the term of *dolus*, which is used in the theory of legal affairs and distinct delict of the same name. The word *dolus*, in theory of legal affairs, received the meaning of intentionally committed offense, while the term *dolus* in the meaning of delict contains behavior that is inconsistent with the principles of *bona fidei*. On the other hand, the term *bona fidei* is a principle of good faith, integrity and honesty. The origin of the term *fides*, is related to the regulation of relations of Rome with other cities and Roman citizens with foreigners. The occurrence of these two terms, the gradual development in Rome and their relationship through the principle of accountability is presented in this paper.

Key words: *Bona fidei*. – *Dolus*. – *The principle of responsibility*.

Snežana Dabić, master*

O DEJSTVIMA MODIFIKACIJE UGOVORA POTESTATIVNIM USLOVOM

Vezivanje dejstva pravnog posla za ostvarenje neke buduće neizvesne okolnosti, samo je još jedan od načina na koji se ispoljava autonomija volje strana. Iz različitih razloga strane, ponekad, ne žele da dejstvo pravnog posla koji preduzimaju nastupi odmah ili da prestane onda kada redovan tok stvari to nalaže. Međutim, kada se obaveze (budućih) ugovornika učine zavisnim od isključive volje jedne ili druge ugovorne strane, koji, stoga, može uticati na njegovu sudbinu, ne samo što neizvesnosti, kao elementa sine qua non, gotovo i da nema, već se dovodi u pitanje i postojanje samog posla koji je takvim uslovom modifikovan. To je i razlog zašto se o dopuštenosti potestativnih uslova uvek vodila rasprava. Glavna pitanja koje autor postavlja u radu jeste da li i koji potestativni uslovi utiču na punovažnost njime modifikovanog ugovor. Imajući u vidu nedostatak zakonske regulative, autor se kritički osvrće na ukorenjena teorijska shvatanja.

Ključne reči: *Modifikacija ugovora. – Saglasnost volja. – Potestativni uslovi. – Nastanak ugovora.*

1. O POJMU POTESTATIVNIH USLOVA

Uslov kao modifikacija pravnog posla se, najčešće, definiše kao buduća i neizvesna okolnost „koja pogađa efikasnost jednog ugovora“,¹ okolnost od čijeg ostvarenja „zavise dejstva pravnog posla“,² „nasta-

* Autor je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, *snezana.dabic@ius.bg.ac.rs*. Članak predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta pod nazivom „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske Unije /pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt/“.

1 Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Paris 2011, 147.

2 Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007, 184; Bogdan Loza, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1983, 265.

nak ili prestanak nekog prava“.³ Potestativni uslovi jesu oni uslovi čije ostvarenje zavisi od volje učesnika pravnog posla koji je njime modifikovan.⁴ Naziv potiče od latinske reči *potestas*, što znači imati „moć“, mogućnost da se utiče na ostvarenje uslova. Time se ukazuje na prirodu činjenice od koje zavisi nastupanje buduće neizvesne okolnosti,⁵ odnosno, uzroke koji utiču na ostvarenje uslova.⁶ Međutim, stepen slobode u odlučivanju ne mora uvek biti isti, niti je formiranje volje uvek motivisano istim razlozima. Razlika je očigledna kada se neko obaveže da će kupiti određenu stvar ako tako bude želeo i kada se obaveže da će je kupiti ako se bude preselio u drugi grad. Dalje, ni subjekti od čije volje zavisi ostvarenje uslova, nisu uvek u istoj pravnoj poziciji: uslov može biti predviđen tako da njegovo ostvarenje zavisi od lica koje se tim poslom obavezuje, ali i od lica koje tim poslom stiče određeno pravo. Stoga, glavno pitanje koje se postavlja jeste da li i koji potestativni uslovi utiču na punovažnost obaveze koja je njime modifikovana?

Mada ih je poznavalo je i rimsko pravo,⁷ ovu kategoriju uslova ne poznaju sva zakonodavstva. U nekima su potestativni uslovi izričito defisani,⁸ neka zakonodavstva samo predviđaju posledicu modifikovanja posla potestativnim uslovom,⁹ dok je neka uopšte ne poznaju.¹⁰

- 3 Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990, 184; Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris 1965, 273.
- 4 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186; B. Loza, *op. cit.* fn. 2, 265; Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2013, 688; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2013, 285; Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, Paris 1948, 442.
- 5 B. Loza, *op. cit.* fn. 2, 265.
- 6 Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traite theorique et pratique de droit civil: des obligations*, Librairie de la societe du recueil G^{al} des lois et des arrets, Paris 1902, 16.
- 7 P. Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, Paris, 1884, 178; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown/Wetton/Johannesburg 1990, 722.
- 8 V. npr. čl. 1170 Francuskog građanskog zakonika.
- 9 Čl. 1355 Italijanskog građanskog zakonika, http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm, 2. jun 2014; Građanski zakonik Luizijane ne koristi izraz „potestativni“, ali smatra ništavim odložni uslov koji zavisi od isključive volje onog koji se obavezuje – čl. 1770, <http://lcco.law.lsu.edu/?uid=65&ver=en#65>, 9. maj 2014.
- 10 Npr. Nemački građanski zakonik.

Odredbe o uslovu se, u našem pravu, nalaze u Zakonu o obligacionim odnosima, kao i Zakonu o nasleđivanju.¹¹ Međutim, ni ZOO ni ZN ne definišu potestativne uslove, niti se bave posledicama modifikacije pravnih poslova ovakvim uslovom. Iz toga ne bi trebalo *a priori* izvući zaključak da su potestativni uslovi, u svim svojim oblicima ispoljavanja, dozvoljeni u našem pravu. Nažalost, čini se da je nedostatak zakonskog uređenja jedan od razloga što se ni naša teorija nije posvetila ovom problemu u značajnoj meri. I onda kada su se javljali pokušaji da se dâ odgovor na pitanje da li se i koji potestativni uslovi imaju smatrati dopuštenim, naša doktrina je, u velikoj meri, bila pod uticajem francuske teorije, i to pisaca čija shvatanja, prema savremenim autorima,¹² čine deo tzv. klasične analize ove vrste uslova. To ne čudi, jer se, naročito o potestativnom uslovu, u francuskoj teoriji dosta pisalo. Pretpostavlja se da je to jedan od razloga zbog koga je Komisija za izradu Građanskog zakonika predložila da se, u odredbe kojima se uređuju uslovi, uvrsti novi član pod nazivom „Potestativni uslov“, gotovo istovetan odredbi 1174 francuskog Građanskog zakonika, a koji glasi: „Ako nastupanje uslova zavisi isključivo od volje ugovorne strane koja se obavezuje, takva obaveza je ništava.“¹³

2. ČISTI I OBIČNI POTESTATIVNI USLOVI

U pokušaju da se dâ odgovor na postavljeno pitanje, nametnula se, kao sasvim umesna i gotovo neophodna, podela uslova na tzv. čiste i obične potestativne uslove.¹⁴ Isticali su autori da je takvu potpodelu

11 Iako je uslov institut opšteg karaktera, te mu je mesto u Opštem delu građanskog zakonika, usled nepostojanja jedinstvene kodifikacije, materija uslova uređena je, prvenstveno, čl. 74–76 Zakona 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. Prema čl. 25 st. 3, odredbe zakona koje se odnose na ugovore, shodno se primenjuju i na ostale pravne poslove. Pored ZOO, odredbe o uslovu se mogu naći i u čl. 119–130 Zakona o nasleđivanju – ZN, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 i 101/2003 – odluka USRS.

12 François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil: Les obligations*, Dalloz, Paris 2013, 1266; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 688; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 285–286.

13 Čl. 76 Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligationi odnosi, Beograd 2009.

14 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Uvod u građansko pravo*, Punta, Niš, 2008, 254; Dragoljub Sto-

neophodno činiti i da se njen praktični značaj ogleda u tome da „neke vrste čistih potestativnih uslova ne važe i povlače ništavost obaveze“.¹⁵

Podela na čiste i obične potestativne uslove ukazuje na dva stepena zavisnosti ostvarenja uslova od volje jedne strane. Čisti potestativni uslov nije ništa drugo nego uslov „ako želim“, „ako smatram za shodno“, koji u potpunosti zavisi od arbitrarne, diskrecione volje jedne strane.¹⁶ Tradicionalno se ovaj uslov naziva „*si voluero*“.¹⁷ Obični potestativni uslov, sa druge strane, zavisi od činjenja ili nečinjenja učesnika pravnog posla, te utoliko i od njegove volje. Ipak, na donošenje odluke o preduzimanju tih akata činjenja ili nečinjenja, kojima se uslov ostvaruje, utiču i neki spoljni elementi. Oni predstavljaju branu apsolutnoj slobodi odlučivanja, pa je u tom smislu odluka o njihovom preduzimanju voljna, ali ne i potpuno arbitrarna.¹⁸

Ideja o neophodnosti razlikovanja potekla je od francuskih klasičara,¹⁹ a motivisana je željom da se što nedvosmislenije utvrdi domašaj dve, naizgled, kontradiktorne odredbe francuskog Građanskog zakonika. Naime, čl. 1170 govori o pojmu potestativnog uslova, definišući ga kao uslov „kog koga se dejstva posla čine zavisnim od okolnosti koju jedna ili druga strana imaju moć da ostvare ili spreče“. Čini se da se iz ove odredbe može zaključiti da oni, načelno, nisu sami po sebi nedopušteni, bez obzira na to da li ostvarenje uslova zavisi od poverioca

janović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. S. Perović, D. Stojanović), Kragujevac 1980, 299.

15 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186.

16 Npr. „Pozajmiću vam novac od sledeće plate ako budem hteo“ ili „daću ti stan u zakup ako želiš“; Jacques Ghestin, La notion de condition potestative au sens l'article 1174 du code civil, <https://archive.org/details/LaNotionDeConditionPotestativeAuSensLarticle1174DuCodeCivil>, 1. jun 2014, 245.

17 P. Van Wetter, *op. cit.* fn. 7, 179; R. Zimmermann, *op. cit.* fn. 7, 722.

18 Npr. „Prodaću ti stan ako se odselim“, „Vratiću ti dug ako prodam kuću“.

19 Mada francuski autori 19. i početka 20. veka govore samo o tzv. čistim potestativnim uslovima i potestativnim uslovima, često se u kasnijoj literaturi navodila, kao tradicionalna, podela na čiste i obične potestativne uslove. – Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 16; Francois Laurent (par Leon Siville), *Supplement aux principes de droit civil*, tom 5, Bruylant-Christophe & C^{ie}. Bruxelles, Librairie A. Marescq, Ainé, Paris 1902, 5; Jean Carbonnier, *Droit civil – Les Obligations*, Paris 1998, 253; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1266; B. Fages, *op. cit.* fn. 1, 148–149; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 689–690; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 285–286; A. Colin, H. Capitant, *op. cit.* fn. 4, 442.

ili dužnika. Sa druge strane, čl. 1174 predviđa „ništavost svake obligacije koja je ugovorena pod potestativnim uslovom koji zavisi od onog koji se obavezuje“. Veoma rano se formiralo shvatanje da se čl. 1174 treba tumačiti tako da se odnosi samo na *čiste*, a ne na sve potestativne uslove čije ostvarenje zavisi od onog koji se obavezuje.²⁰ U suprotnom, smatralo se da bi pomenuti član bio bi u odnosu kontradiktornosti sa čl. 1170. Dodatni argumenti nalazili su se i u činjenici da je sam Nacrt FGZ-a, u čl. 70, koji je preteča čl. 1174, koristio formulaciju „čisti potestativni uslov“. Razlog zašto ona nije opstala do konačne verzije FGZ pravda se time da se smatralo da je preuska, te da bi se neopravdano svela samo na uslove „ako želim“. Drugim rečima, da je postojala bojazan da ne bi obuhvatila sve one uslove koji izražavaju istu suštinu, npr. ako podignem ruku.²¹

Imajući u vidu različite stepene slobode u odlučivanju, i u našoj teoriji je opšte prihvaćeno shvatanje da ne treba svaku obligaciju pod potestativnim uslovom smatrati ništavom. Navodi se da bi trebalo smatrati ništavom samo onu kod koje postoji *čisti* potestativni uslov i to onaj koji zavisi od dužnika.²² Sudbina pravnog posla, modifikovanog ovakvim uslovom, u potpunosti zavisi od arbitrarne volje jedne strane, i to one koja se tim poslom obavezuje. Volja dužnika,²³ njegova odluka, pokreće ceo mehanizam.²⁴ On uvek može, kad ne želi više pravni posao, izjaviti da uslov nije ispunjen i da posao ne može proizvesti svoja dejstva.²⁵ Konačno, ispunjenost ovakvog uslova se ne može proveriti, ona izmiče svakoj objektivnoj kontroli.

Pogrešno je, međutim, smatrati da je obaveza *ništava* zato što je pravni posao modifikovan čistim potestativnim uslovom. Obavezati se

20 Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 17–18.

21 *Ibidem*; Observation du Tribunal de Cassation sur le Projet de Code Civil, Paris, 247, <https://archive.org/details/observationsdutr00fran>, 1. jun 2014; Vernon Palmer, Andrew Plauché, „A review of the Louisiana law on the potestative conditions“, 47 *Tul. L. Rev.* 1972–1973, <http://heinonline.org>, 2. maj 2014, 295.

22 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.* fn. 14, 254; D. Stojanović, *op. cit.* fn. 14, 299.

23 Radi pojednostavljenja, u radu će se upotrebljavati termini „dužnik“ i „poverilac“ i u onim slučajevima kada subjekti još uvek nemaju to svojstvo jer se ne može smatrati da je ugovor zaključen.

24 Hugues Kenfack, Pacte de préférence et condition potestative „virtuelle“, 2009, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2003-1190.pdf>, 9. jun 2014, 1192.

25 R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.* fn. 14, 254.

„ako želim“, „ako nađem za shodno“, znači ne obavezati se uopšte, ne obavezati se stvarno! Modifikacija posla ovakvim uslovom koji zavisi od dužnika, protivi se samoj prirodi obligacije: ili se neko obavezao ili se nije obavezao. Ne može se obavezivati pod uslovom „ako se bude želeo obavezati“. Iza ovakvog uslova se, u stvari, krije odsustvo volje, elementa *sine qua non*, da se posao preduzme.²⁶ Stoga, ovde ne bi trebalo govoriti niti o ništavosti, niti o modifikovanom pravnom poslu. Štaviše, ne bi trebalo govoriti ni o uslovu. Da bi se uopšte utvrđivala ništavost, pravni posao, najpre, mora da nastane. Usled nedostatka ozbiljne i stvarne volje da se posao preduzme, preciznije je reći da obaveze nema, a ni pravnog posla, jer nema konstitutivnog elementa da bi on uopšte nastao.²⁷ U vezi sa tim, ukoliko pravni posao nije ni nastao, ne može biti reči ni o njegovoj modifikaciji. Sledi zaključak da čist potestativni uslov nije uslov, u smislu modifikacije pravnog posla, jer posla nema sve dok se on ne ostvari. Ostvarenje ovakvog ‘uslova’ ne odlaže *dejstva*, već *nastanak* posla.

Poslednjih decenija, francuski pisci su otišli korak dalje i promenili ukorenjena shvatanja o ovoj potpodeli, za šta se navodi da je u velikoj meri zaslužna sudska praksa.²⁸ Smatrajući je previše formalnom, teorijskom, veštačkom, savremeni autori više ne prave podelu na čiste i obične potestativne uslove. Suptilnost razlike između njih, koja se ponekad ogleda u nemogućnosti utvrđivanja značaja tih spoljašnjih elemenata koji uslov mogu učiniti običnim, te obavezu punovažnom, dovela je do toga da se sa terena tehničkih, objektivnih kriterijuma, pređe na teren moralnih i subjektivnih.²⁹ Drugim rečima, „ako potestativni uslov treba smatrati zabranjenim, to ne bi trebalo da bude samo iz tehničkih razloga – odsustva stvarne volje – već i iz moralnih razloga: jedna strana ima kontrolu nad svojim obavezivanjem i drži drugu stranu u svojoj milosti“.³⁰ Razlog nevažnosti obaveze dužnika ne mora se, dakle, nužno, naći samo u činjenici da se on nije zaista obavezao jer ostvarenje uslova zavisi isključivo od njegove dobre volje. Obaveze nema ni onda kada dužnik, uprkos postojanja spoljašnjih elemenata, ima u pogledu ostvarenja uslova veliku diskrecionu moć. Gesten,

26 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 285.

27 O nepostojećim pravnim poslovima vidi Katarina Dolović, „Nepostojeći ugovor“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2011.

28 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 286.

29 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1266.

30 J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 286.

u vezi sa tim, predlaže ispitivanje posledica radnje koju dužnik mora da izvrši da bi uslov bio ostvaren. Ukoliko njeno neizvršenje, koje ga oslobađa obaveze, rađa za njega neke druge značajne posledice, te zbog toga ne može jednostavno odlučiti da je ne izvrši, obaveza će nastati i biti punovažna. Pored toga, neophodno je da te objektivne okolnosti, o kojima dužnik vodi računa kada donosi odluku o preduzimanju akata kojima se uslov ostvaruje, budu takve da ih sud može proceniti³¹ i da na njih dužnik nema uticaja, ili barem ne na arbitraran način.³²

3. ZAVISNOST OSTVARENJA USLOVA OD VOLJE POVERIOCA

Za razliku od slučaja kada ostvarenje uslova zavisi od diskrecione volje dužnika, smatralo se punovažnim modifikovanje posla uslovom čije ostvarenje zavisi od diskrecione volje poverioca.³³ Tako, ako dužnik izjavi da će stvar prodati ukoliko poverilac to želi, obavezivanje se smatra punovažnim. Francuski klasičari, čija su shvatanja prihvatili i naši autori, argumente su našli, prvenstveno, u formulaciji čl. 1174, koji govori o ništavosti obaveze samo ukoliko ostvarenje uslova zavisi od onog koji se obavezuje.³⁴ Nesumnjivo je, osim toga, da se dužnik zaista obavezao, jer dejstva takvog obavezivanja ne zavise od njega, već samo od volje poverioca.³⁵

Ovakvo shvatanje nije potpuno pogrešno. Nema sumnje da je jedna strana iskazala volju da se želi obavezati. Ipak, treba pomenuti da ovde nije reč ni o kakvoj modifikaciji nijednog pravnog posla uslo-

31 H. Kenfack, *op. cit.* fn. 24, 1190–1191.

32 J. Ghestin, *op. cit.* fn. 16, 255–258.

33 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 187, fn. 440; D. Stojanović, *op. cit.* fn. 14, 299; Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 16; B. Fages, *op. cit.* fn. 1, 148–149.

34 Čini se da je, po uzoru na ovaj član, uneta identična odredba i u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, čiji čl. 76 predviđa ništavost samo u slučaju da „nastupanje uslova zavisi isključivo od volje ugovorne strane koja se obavezuje“. Slična odredba se može naći i u čl. 1355. Italijanskog Građanskog zakonika.

35 Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 17; J. Carbonnier, *op. cit.* fn. 19, 253–254; A. Colin, H. Capitant, *op. cit.* fn. 4, 442–443; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1267; B. Fages, *op. cit.* fn. 1, 148; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 690; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 287.

vom. Najpre, ono što se navodi kao ‘ugovor’ zaključen pod uslovom čije ostvarenje zavisi od diskrecione volje poverioca nije, zaista, modifikovani, uslovljeni ugovor. Ovakva izjava volje dužnika predstavlja tek ponudu, jednostrano obećanje da se ugovor zaključi,³⁶ a pravo poverioca je pre *eventualno*, nego *uslovno*.³⁷ Ni u ovom slučaju, kao ni kod potestativnog uslova koji zavisi od diskrecione volje dužnika, ugovora nema sve dok budući poverilac ne prihvati ponudu budućeg dužnika. Ako ugovora nema, ne može biti ni reči o njegovoj modifikaciji. Međutim, ni sama ponuda, kao jednostrani pravni posao, nije modifikovana uslovom. Ona obavezuje ponudioca da je održi, dok se ponuđenom daje moć da takvu ponudu prihvati.³⁸ Svakako, mogućnost da se zahteva izvršenje datog obećanja rađa se tek onda kada se ponuda prihvati. U tom smislu, svako jednostrano obećanje, svaka ponuda, da bi se postigao njen krajnji cilj, uslovljena je prihvatom ponuđenog. Tek ukoliko on tu mogućnost iskoristi, nastaje ugovor. Ali takav ugovor, i njime nastala prava i obaveze, jeste jednostavan, a ne modifikovan, proizvodi pravna dejstva od trenutka zaključenja i ne može imati nikakvo retroaktivno dejstvo.³⁹

4. RASKIDNI POTESTATIVNI USLOVI

Van domašaja pravila da čisti potestativni uslov, čije ostvarenje zavisi od onog koji se obavezuje, čini obavezu ništavom, oduvek su se smatrali raskidni uslovi.⁴⁰ Ideja je, takođe, potekla iz klasične francuske teorije, gde se, bez obzira na opšti karakter čl. 1174, činio izuzetak u odnosu na njih. Italijanski Građanski zakonik, čak, izričito predviđa da je ništavo obavezivanje jedino u slučaju kada je reč o *odložnom* uslovu čije ostvarenje zavisi od volje onog koji se obavezuje.⁴¹

Naime, kod odložnih uslova, *ratio* predviđanja ništavosti obaveze pod čistim potestativnim uslovom, koji zavisi od onog koji se njom tre-

36 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1265 fn. 1.

37 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 692; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 287 i fn. 4.

38 O dejstvu ponude i prihvatanja, umesto mnogih: Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd 1993.

39 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1265, fn. 1.

40 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186 fn. 440; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.* fn. 14, 255 fn. 311; D. Stojanović, *op. cit.* fn. 14, 299.

41 Čl. 1355 IGZ.

balo da obaveže, leži upravo u logičkoj protivrečnosti obavezivanja pod takvim uslovom. Nema obavezivanja ako se neko obaveže pod uslovom „ako to bude želeo“ – takav uslov ‘ruši’ obavezujuću prirodu datog obećanja.⁴² Drugačije je, međutim, sa raskidnim uslovima. Imajući u vidu da ugovor sa raskidnim uslovom nastaje i proizvodi pravna dejstva, nije se smatralo problematičnim da raskidni uslov može zavisiti u potpunosti od dužnikove volje. On, drugim rečima, ne može sprečiti dejstva pravne veze koja je nastala.⁴³ Dužniku se jedino daje mogućnost da takvu vezu raskine, kada bude to želeo.⁴⁴

Ima, međutim, autora koji ukazuju na neosnovanost činjenja ovakvog izuzetka. Razlika raskidnih u odnosu na odložne čiste potestativne uslove je pre metafizička, nego stvarna.⁴⁵ Naime, šta sprečava dužnika da se svoje obaveze oslobodi u bilo kom trenutku nakon (navodno) zaključenog ugovora ili kada mu poverilac zahteva izvršenje? Čini se da je pravna pozicija dužnika ista, bez obzira da li se njegova obaveza smatra nepostojećom od početka ili mu se daje mogućnost da se obaveze oslobodi kada to kasnije bude želeo.⁴⁶ I u slučaju čistih potestativnih raskidnih uslova, izvršenje obaveze zavisi isključivo od volje dužnika. Poverilac je opet prepušten njegovoj „milosti“. Stoga, navodi se da treba smatrati da obavezivanja nema uvek onda kada postoji diskreciona moć dužnika da se obaveze jednostrano oslobodi, bilo da je u pitanju odložni ili raskidni uslov, jer se takvo obavezivanje ne može smatrati ozbiljnim.⁴⁷

Čini se da mogućnost ugovaranja klauzule da jedna strana može prostom izjavom volje da napusti ugovorni odnos ne treba olako odbaciti. Činjenica je da naš pravni poredak poznaje mogućnost jednostranog odustanka od zaključenog ugovora, bez neophodnosti obrazlaganja raskidne izjave. Tako, Zakon o zaštiti potrošača daje potrošaču mogućnost da odustane od ugovora zaključenog na daljinu, odnosno

42 Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 19.

43 *Ibid.*, 20; F. Laurent, *op. cit.* fn. 19, 6; J. Carbonnier, *op. cit.* fn. 19, 254.

44 A. Colin, H. Capitant, *op. cit.* fn. 4, 443.

45 Wood Brown, „Potestative condition and illusory promises“, 5 *Tul. L. Rev.* 1930–1931, HeinOnline (<http://heinonline.org>), 16. mart 2014, 406.

46 W. Brown, *op. cit.* fn. 45, 407.

47 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 691; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 287; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1267.

izvan poslovnih prostorija u roku od 14 dana,⁴⁸ a kod ugovora o osiguranju života, u roku od 30 dana, bez navođenja razloga;⁴⁹ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga predviđa mogućnost korisnika da odustane od zaključenog ugovora o kreditu, ugovora o dozvoljenom prekoračenju računa, ugovora o izdavanju i korišćenju kreditne kartice, ugovora o lizingu i finansijske pogodbe u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora, bez navođenja razloga za odustanak.⁵⁰ Pored toga, teorijski je nesporna mogućnost zaključivanja kupoprodaje sa pravom otkupa, kod koje prodavac, posebnom odredbom, ugovora za sebe pravo da raskine ugovor.⁵¹

Mada se ostvarenje ovakvog raskidnog uslova realizuje prostom izjavom volje jedne strane, samo je, naizgled, reč o *jednostranom* raskidu. Ovakva izjava svoj osnov ima u sporazumu strana, zajedničkoj volji oba ugovornika.⁵² U teoriji je iznet i stav da ugovaranje ovakve klauzule ima smisla samo kod tzv. trajnih ugovora sa određenim trajanjem,⁵³ jer kod trajnih ugovora sa neodređenim trajanjem svaka strana, u svakom slučaju, ima pravo da ugovor otkaže.⁵⁴

Konačno, čini se da deo odgovora na pitanje punovažnosti čistih potestativnih raskidnih uslova leži i u podeli ugovora na jednostranoobavezujuće i dvostranoobavezujuće. Ako je reč o jednostranoobavezujućem ugovoru, zaključenim pod raskidnim uslovom čije ostvarenje zavisi isključivo od volje strane koja se tim ugovorom obavezuje,

48 Rok se računa od trenutka zaključenja ugovora, ako je reč o ugovoru o pružanju usluga, odnosno, od dana kada je roba dospela u državinu potrošača, odnosno, trećeg lica kojeg je odredio potrošač, a nije prevoznik, ako je reč o ugovoru o prodaji robe. Posebna pravila o računanju roka se primenjuju ukoliko se roba isporučuje u više pošiljki, odnosno, ukoliko se više vrsta roba isporučuje posebno, odnosno, kada je zaključen ugovor na neodređeno vreme sa periodičnim isporukama robe. Čl. 29 Zakona o zaštiti potrošača – ZZZP, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014.

49 Čl. 28–37 ZZZP.

50 Čl. 12 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011.

51 Čl. 590–598 Prednacrtu Građanskog zakonika regulisan je i ovaj modalitet ugovora o kupoprodaji.

52 K. Dolović, *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, doktorska disertacija, Beograd 2014, 106.

53 *Ibid*, 106–107. Ovakvi ugovori, inače, prestaju protekom vremena.

54 Više o pojmu otkaza u: Dragor Hiber, „O pojmu otkaza ugovora sa trajnim izvršenjem“, *Pravni život*, 3–4/1995, 51–73.

sasvim opravdano bi se moglo postaviti pitanje ispunjenosti uslova za nastanak i punovažnost takvog ugovora. Tako, francuski Građanski zakonik izričito predviđa ništavost ugovora o poklonu među živima, zaključenog pod uslovom čije ostvarenje zavisi od isključive volje poklonodavca.⁵⁵ U teoriji se precizira da uslov, u ovom slučaju, može biti bilo raskidni, bilo odložni, pa čak i obični potestativni, a u skladu sa pravilom „*donner et retenir ne veut*“.⁵⁶

5. MODIFIKACIJA ILI POKUŠAJ MODIFIKACIJE DVOSTRANO OBAVEZNIH UGOVORA?

Bez obzira na jasnu ideju da nema obavezivanja pod uslovom koji zavisi od arbitrarne volje onog koji se obavezuje, dugo se smatralo da se od toga odstupa kod dvostranoobaveznih ugovora. Drugim rečima, punovažan je odložni potestativni uslov koji zavisi od diskrecione volje dužnika, a samim tim i uslovljena obaveza, kada je reč o sinagmatičnim ugovorima, pošto se kod njih svaka strana nalazi istovremeno i u ulozi dužnika i u ulozi poverioca.⁵⁷ Stoga, strana, od čije volje zavisi ostvarenje uslova, ne drži drugu stranu ‘u šaci’, jer da bi oslobodila svoje obaveze, ona mora da žrtvuje i prestaciju na koju sama pretenduje.

Ima autora koji stvari postavljaju nešto drugačije. Naime, oni ne smatraju da su dvostranoobavezni ugovori izuzetak u odnosu na pomenuto pravilo, u smislu da potestativnost uslova ne izaziva nikakve posledice po njih, kao da uslov nije ni postavljen. Precizira se, međutim, da činjenica da je jedna od obaveza pod čistim potestativnim uslovom, koji zavisi od onog koji se obavezuje, ne sprečava, sama po sebi, nastanak ugovora, ali se priroda takvog ugovora, kao dvostranoobaveznog, menja u jednostranoobavezni ugovor.⁵⁸ Drugim rečima, ugovor nastaje, ali se ona obaveza, koja je pod takvim uslovom, smatra se ni-

55 Čl. 944 FGZ.

56 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 689; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1266, fn. 1.

57 J. Carbonnier, *op. cit.* fn. 19, 254; O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 2, 186 fn. 440; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.* fn. 14, 255, fn. 311; D. Stojanović, *op. cit.* fn. 14, 299; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 689; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 286.

58 Navodi se da takav ugovor predstavlja, u stvari, tzv. kupovinu opcije. W. Brown, *op. cit.* fn. 45, 402; V. Palmer, A. Plauché, *op. cit.* fn. 21, 286–288.

štavom.⁵⁹ Čini se da je ovakvo shvatanje kompromis između, s jedne strane, opravdanog stava da sinalagmatičnost ugovora ne može učiniti uslovnu obavezu punovažnom i, sa druge strane, zastarelog i prevaziđenog stava da obligacije ne mogu da izviru iz jednostranih izjava volje, već samo iz ugovora.⁶⁰

Ostaje pitanje: kakav je realni značaj uzajamnosti obaveza, koje je ugovor trebalo da rodi, ukoliko se njegova dejstva ipak mogu sprečiti prostom izjavom volje jedne strane?⁶¹ Čini se da ni kod njih ne može nastati obaveza, a samim tim ni ugovor, ako se jedna strana obaveže pod odložnim uslovom „ako želi“.⁶² Međutim, to ne znači da izjava volje druge strane ne proizvodi nikakva dejstva. Ona nju obavezuje, ali nije reč o ugovornoj obavezi. „Ugovor je kreacija dve strane“.⁶³ Dok se te volje ne susretnu, može biti samo reči o nastajanju ugovora. Izjava volje druge strane predstavlja tek ponudu da se ugovor zaključi. Drugim rečima, ugovorne obaveze ne nastaju sve dok se ponuda ne prihvati, ali se od nje ne može odustati, ona se ne može opozvati,⁶⁴ te je ponuđenom data mogućnost izbora da li će ugovor zaključiti. Koji je to vremenski period u kome ponuda obavezuje, zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Ukoliko su strane predvidele da se „uslov“ ima ispuniti u određenom vremenskom periodu, treba smatrati ponuda važi sve do isteka tog vremena. U suprotnom, ponuda važi onoliko koliko je potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je ovaj razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu.⁶⁵

59 Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *op. cit.* fn. 6, 18; F. Laurent, 6; W. Brown, *op. cit.* fn. 45, 402; V. Palmer, A. Plauché, *op. cit.* fn. 21, 286–288.

60 Prema tzv. teoriji o prethodnom ugovoru, obavezujuće dejstvo i neopoziv karakter ponude pravdao se prethodno zaključenim ugovorom između ponudioca i ponuđenog, prema kome se ponudilac obavezuje da održi ponudu u određenom vremenskom periodu. Umesto ostalih: M. Orlić, *op. cit.* fn. 38, 192–196.

61 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 692.

62 Osim što se smatra zakonski neutemeljenim, ovo je jedan od glavnih argumenata zašto se u savremenoj francuskoj teoriji dvostranoobavezni ugovori više ne smatraju izuzetkom od pravila čl. 1174; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.* fn. 4, 692; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.* fn. 4, 287.

63 D. Hiber, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Beograd 1991, 206.

64 Osim ako je ponuda opoziva. Čl. 36 st. 1 ZOO; M. Orlić, *op. cit.* fn. 38, 232–233.

65 Čl. 37 st. 4. ZOO.

5.1. Kupovina na probu

U našoj teoriji se obično navodi kupovina na probu kao jedan od „najčistijih oblika tzv. uslovnih prodaja“,⁶⁶ gde „egzistencija ugovora isključivo zavisi od volje kupca“.⁶⁷ Regulisana je Zakonom o obligacionim odnosima, koji pravi razliku između tzv. subjektivne probe,⁶⁸ tzv. objektivne probe⁶⁹ i kupovine po pregledu, odnosno, sa rezervom probanja.⁷⁰ U prvom slučaju, kupcu se daje jedno posebno ovlašćenje da stvar isproba, te utvrdi da li odgovara njegovim željama, ali od te činjenice, kako se i iz same formulacije zakona nedvosmisleno zaključuje,⁷¹ ne zavisi nastanak, već „pravni opstanak ugovora“!⁷² Ugovor o prodaji se, dakle, smatra zaključenim pod odložnim uslovom, iako zavisi od nahođenja kupca i njegove diskrecione odluke da li stvar odgovara njegovim željama, a koju nije dužan da obrazlaže.⁷³ Sa druge strane, ZOO u posebnom članu izdvaja kupovinu po pregledu, odnosno sa rezervom probanja, gde se samo predviđa shodna primena pravila o kupovini na probu, a za koju se u teoriji navodi da sprečava nastanak ugovora sve dok se stvar ne pregleda, odnosno, isproba.⁷⁴ Čini se da je zakonodavac time hteo da napravi razliku između njih, ali je propuštanjem da definiše kupovinu po pregledu, odnosno sa rezervom probanja, samo nepotrebno uneo zabunu. Nužno se postavlja pitanje: kada je reč o tzv. subjektivnoj probi, u kom slučaju se smatra da je ugovor

66 Marija Toroman, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1983, 1364.

67 Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II*, 181.

68 Čl. 534 ZOO.

69 Čl. 535 ZOO.

70 Čl. 537 ZOO.

71 „Kada je ugovoreno da kupac uzima stvar pod uslovom da je isproba da bi utvrdio da li odgovara njegovim željama, dužan je o tome da li ostaje pri ugovoru obavestiti prodavca u roku utvrđenom ugovorom ili običajem, a ako takvog nema, onda u primerenom roku koji mu bude odredio prodavac, inače se smatra da je odustao od ugovora.“

72 S. Perović, *op. cit.* fn. 67, 180.

73 Kupac njime nije vezan pre nego što izjavi da stvar prima. U zavisnosti od toga da li je stvar predata kupcu, ZOO uvodi različite pretpostavke u slučaju da se kupac ne izjasni do isteka roka. Ako mu stvar nije predata, smatra se da je odustao od ugovora. Suprotno, ukoliko mu stvar jeste predata, a on je ne vrati do isteka roka, niti izjavi da odustaje od ugovora, smatraće se da je ostao pri ugovoru. Čl. 534.

74 S. Perović, *op. cit.* fn. 67, 182.

zaključen, ali pod odložnim uslovom, a kada o kupovini po pregledu, odnosno sa rezervom probanja, u kom slučaju se smatra da „ugovor ne nastaje sve dok se stvar ne pregleda odnosno isproba“?⁷⁵ Ovo naročito imajući u vidu da, i u jednom i u drugom slučaju, kupac ima apsolutnu slobodu odlučivanja. Utvrđivanje da li stvar odgovara njegovim željama nije ništa drugo nego uslov „ako želim“, jer se ispunjenost ovakvog uslova ne može proveriti, ona izmiče svakoj objektivnoj kontroli. Čini se, stoga, ispravnijim da se u oba slučaja ugovor ne smatra zaključenim sve dok se kupac ne izjasni da stvar odgovara njegovim željama.⁷⁶ U prilog ovome govore i rešenja uporednih pravnih sistema. Retko se, ako uopšte, ovakav vid kupovine na probu različito uređuje u odnosu na kupovinu po pregledu, odnosno sa rezervom probanja.⁷⁷ Razlika se, najčešće, pravi između, sa jedne strane, kupovine *ad gustum*, gde se kupcu daje potpuna diskreciona vlast da odluči da li stvar odgovara njegovom ukusu i željama i, sa druge strane, kupovine na probu, gde dejstva ugovora zavise od toga da li stvar ima odgovarajuća svojstva i da li je podobna za određenu upotrebu,⁷⁸ što odgovara onome što se u našem pravu uređuje kao tzv. objektivna proba.⁷⁹ U prvom slučaju, ugovora nema sve dok se kupac ne izjasni da želi stvar, dok je u drugom slučaju ugovor zaključen, ali pod odložnim uslovom koji, međutim, ne zavisi od isključive volje kupca, već od toga da li stvar poseduje određena svojstva kako bi se koristila za određenu namenu.

6. ZAKLJUČAK

O posledicama modifikacije ugovora (čistim) potestativnim uslovima, naše pravo ne sadrži posebne odredbe. Čini se da je nedo-

75 *Ibidem.*

76 Ukoliko mu je stvar predana na probu, pa je on ne vrati u roku, niti se izjašnjava o ugovoru, može se smatrati konkludentnom izjavom volje o prihvatanju ponude da se kupoprodajni ugovor zaključi.

77 Italijanski Građanski zakonik, u čl. 1520, reguliše kupovinu sa rezervom probanja, koja daje mogućnost kupcu da utvrdi da li stvar odgovara njegovim željama, dok se čl. 1521 reguliše kupovina na probu, kod koje se kupcu daje jedino mogućnost da utvrdi da li stvar ima odgovarajuća svojstva u skladu sa njenom namenom. U čl. 1587 FGZ-a, uređuje se kupovina sa rezervom probanja, a u čl. 1588 tzv. kupovina na probu, koja ne zavisi od diskrecione volje kupca.

78 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* fn. 12, 1265, fn. 1.

79 Čl. 535 ZOO.

statak zakonskog uređenja jedan od razloga što se ni naša teorija nije posvetila ovom problemu u značajnoj meri, već je nekritički prihvatila stavove starije francuske teorije, koja je smatrala ništavom samo obavezom modifikovanu čistim potestativnim uslovom, čije ostvarenje zavisi od dužnika. Suprotno, ugovor, kao i obaveze njime stvorene, smatraju se punovažnim ukoliko uslov zavisi od isključive volje poverioca, ukoliko je reč o raskidnim čistim potestativnim uslovima, kao i onda kada je u pitanju modifikacija dvostranoobaveznog ugovora. Pogrešno je, međutim, smatrati da je obaveza *ništava*, kada ostvarenje uslova zavisi od onog koji se obavezuje. Da bi se uopšte utvrđivala ništavost, ugovor, najpre, mora da nastane. Usled nedostatka ozbiljne i stvarne volje, preciznije je reći da obaveze nema, a ni ugovora, jer nema konstitutivnog elementa da bi on uopšte nastao. S tim u vezi, ne može biti reči ni o njegovoj modifikaciji, a čist potestativni uslov ne bi trebalo smatrati uslovom, u smislu modifikacije pravnog posla, jer posla nema sve dok se on ne ostvari. Posledice su iste i ukoliko ostvarenje odložnog uslova zavisi isključivo od volje poverioca. Ni tada nije zaista reč o modifikovanom ugovoru, već tek o ponudi jedne strane da se ugovor zaključi. Ostvarenje tzv. uslova ogleđa se u prihvatanju ponude da se ugovor zaključi. Ali takav ugovor, i njime nastala prava i obaveze, jeste jednostavan, a ne modifikovan, proizvodi pravna dejstva od trenutka zaključenja i ne može imati nikakvo retroaktivno dejstvo. Kada je reč o raskidnim čistim potestativnim uslovima, mogućnosti njihovog ugovaranja ne bi trebalo odbaciti, ali ni neograničeno prihvatiti, jer mogu ukazati na nedostatak volje da se ugovor zaključi. Konačno, uzajamnost obaveza koje je ugovor trebalo da rodi, od malog je značaja, ukoliko se ta uzajamnost može jednostrano urušiti prostom izjavom volje jedne strane. Ni u tom slučaju ne može postojati obaveza, a samim tim ni ugovor, ako se jedna strana obaveže pod odložnim uslovom „ako želi“. Međutim, to ne znači da izjava volje druge strane ne proizvodi nikakva dejstva. Ona nju obavezuje, ali nije reč o ugovornoj obavezi. Izjava volje druge strane predstavlja tek ponudu da se ugovor zaključi.

Snežana Dabić, M.A.
Junior Faculty Member at the Faculty of Law
University of Belgrade

LEGAL EFFECTS OF MODIFICATION OF CONTRACTS BY POTESTATIVE CONDITION

Summary

The legal effects of contract could be conditioned upon the realization of an uncertain future event, which is one of the manifestations of the autonomy of will. However, when the realization of the condition depends on the act of will of one of the parties, a question arises whether the modified contract, and its obligations, could be considered as legally binding. Therefore, the admissibility of the potestative conditions has always been debated. Taking into account different types of potestative conditions, what are the legal consequences of such modifications?

Key words: *Modification of contracts. – Meeting of minds. – Potestative condition. – Conclusion of contract.*

Dr Katarina Dolović*

SAVESNOST DUŽNIKA KAO ŽRTVE NEOSNOVANOG RASKIDA**

Problem neosnovanih raskida postaje sve aktuelniji u praksi. Brojna pitanja i dalje ostaju bez odgovora. Kao ključno se ipak nameće pitanje posledica koje neosnovani raskidi stvaraju. Više je činilaca koji uslovljavaju ili, pak, osujećuju nastanak pojedinih posledica. Autor smatra da je od izuzetne važnosti subjektivna strana ponašanja, kako poverioca, tako i dužnika. Ovaj rad posvećen je upravo određivanju pojma savesnosti dužnika to jest uticaja savesnosti/nesavesnosti dužnika na posledice neosnovanih raskida.

Ključne reči: *Neosnovani raskid. – Savesnost dužnika. – Povreda ugovora. – Posledice neosnovanog raskida.*

1. UVOD

U našem pravu (kao i nemačkom, engleskom, nekada čak i francuskom) ugovor se raskida izjavom volje. Ugovornik koji smatra da je druga strana povredila ugovor, izjavom volje može učiniti kraj postojećem ugovornom odnosu. Ipak, raskid ugovora iniciran od strane poverioca nekada će ostati „u pokušaju“.

Poveriočeva izjava o raskidu neće uvek imati raskidno dejstvo. Eventualna neosnovanost izjave o raskidu to jest nezasnovanost na razlozima za raskid propisanim od strane zakonodavca osujećuje poveriočevu nameru. Iako će poveriočev pokušaj da ugovor raskine ostati samo „parče papira“¹, njegovo ponašanje predstavljaće svojevrsni vid

* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

** Članak predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske Unije /pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt/“.

1 P. Stoffel-Munck, „Le controle a posteriori de la résiliation unilatéral“, *Droit & Patrimoine*, 126/2004, 74.

povrede ugovora. Koje sankcije će nastati za poverioca, odnosno koja pravna sredstva će dužnik imati na raspolaganju zavisice od okolnosti konkretnog slučaja. Pre svega, uticaj na utvrđivanje kruga posledica imaće kako trenutak u kojem je poverilac izjavio da raskida ugovor,² tako i savesnost samog poverioca.³

Međutim, nastanak pojedinih posledica poveriočevog tzv. neosnovanog raskida zavisice i od ponašanja dužnika. Naime, neophodno je posmatrati ponašanje dužnika u fazi same realizacije raskida, tačnije od trenutka kada ga je poverilac opomenuo da izvrši ugovorom preuzete obaveze.

Dva su, po nama, ključna pitanja na koja je neophodno odgovoriti. Prvo, kada se može smatrati da je dužnikovo ponašanje nesavesno? Eventualno utvrđena nesavesnost osujetila bi mogućnost nastupanja pojedinih posledica učinjenog neosnovanog raskida to jest dužnik kao žrtva neosnovanog raskida ne bi stekao pravo na raskid i naknadu štete uprkos učinjenoj povredi ugovora od strane poverioca. Drugo pitanje tiče se mogućnosti da dužnikovo ponašanje nekada bude kvalifikovano kao pristanak na sporazumni raskid, a u situacijama kada dužnik ne bi osporio poveriočevu neosnovanu izjavu o raskidu. U slučaju zaključenja sporazuma o raskidu, pitanje dužnikove savesnosti/nesavesnosti postalo bi irelevantno.

2. POSTUPAK RASKIDA UGOVORA (PROCEDURALNI ZAHTEVI)

Da bi ugovor prestao da postoji raskidom, neophodno je ispuniti sve uslove koje zakonodavac propisuje. Pored postojanja raskidnog razloga, postoje i „dodatni“⁴ zahtevi koji se tiču same realizacije raskida

- 2 Tačnije, bitan je odgovor na pitanje da li je poverilac do tog trenutka (i ukoliko jeste, onda u kojoj je meri) izvršavao svoje obaveze.
- 3 Pod savesnošću/nesavesnošću poverioca podrazumevamo odgovor na pitanje da li je on bio svestan toga da nema pravo na raskid, pa uprkos tome, ipak pokušao da ugovor raskine, ili je pak, zaista verovao da dužnikovo ponašanje predstavlja raskidni razlog.
- 4 Vid. Presudu Privrednog apelacionog suda, Pž. 1542/2012 od 18. aprila 2012. godine, Paragraflex. Iz obrazloženja presude proizlazi da je u nadležnosti suda u kontrolnom postupku, a sa ciljem utvrđivanja da li je došlo do raskida ili je ugovor i dalje na snazi, da ustanovi da li postoji skrivljeno neizvršenje (kao raskidni razlog), s jedne strane, a zatim i „ispunjenost uslova za raskid“, s dru-

(tačnije, ostvarivanja stečenog prava na raskid), a koje bismo nazvali proceduralnim.⁵

Članom 126 stavom 2 ZOO propisano je da poverilac, ukoliko želi da raskine ugovor, mora ostaviti dužniku primeren rok za ispunjenje. Članom 130 ZOO predviđeno je da je poverilac koji zbog neispunjenja dužnikove obaveze raskida ugovor dužan da to saopšti dužniku bez odlaganja.⁶

Dakle, kada su u pitanju nefiksni ugovori, zakonodavac daje pravo dužniku da ispuni obavezu i posle isteka roka, a istovremeno onemogućava poverioca da raskine ugovor bez ostavljanja naknadnog roka.⁷

Neophodno je uočiti dva vremenska trenutka.⁸ Prvo, trenutak davanja opomene dužniku (uz ostavljanje naknadnog roka), a drugo, trenutak davanja dužniku izjave kojom se ugovor raskida.

ge strane (smatramo da je sud pod time mislio upravo na ispunjenost zahteva koje mi nazivamo proceduralnim).

5 Zanimljiva je Presuda Vrhovnog kasacionog suda od 15. septembra 2010. godine, Rev. 1885/10 (preuzeto sa sajta Vrhovnog kasacionog suda: www.vk.sud.rs), kojom se utvrđuje da do raskida nije došlo, a u obrazloženju se navodi kako neosnovanost raskidne izjave, iz razloga nepostojanja dužnikove krivice, tako i nedostatak proceduralnih zahteva, koji se odnosi na to da poverilac nije ostavio naknadni rok dužniku. Naime, Veće u obrazloženju presude razlikuje ispunjenost uslova za nastanak prava na raskid, s jedne strane, i zahteve procedure za realizaciju samog raskida ugovora, s druge strane. Bez ispunjenosti obe grupe uslova (zahteva) ne može doći do prestanka ugovora raskidom.

Moglo bi se reći da prva grupa uslova, to jest postojanje raskidnog razloga čini materijalni osnov za otpočinjanje procedure raskida ugovora zbog neizvršenja. Pod trenutkom otpočinjanja procedure podrazuma se trenutak davanja dužniku obrazložene opomene uz ostavljanje naknadnog primerenog roka za izvršenje dospelih neizvršenih obaveza.

6 Vid. J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2004, 167. Autor smatra da ovo obaveštenje ima „značaj deklarativnog čina“, kako bi se otklonila neizvesnost o sudbini ugovora.

7 B. Blagojević i dr., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Novi Sad 1983, 390.

8 S. Whittaker, „Termination for Contractual Non-performance and its Consequences: French Law Reviewed in the Light of the Avant-projet de réforme“, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* („the Avant-projet Catala“), edited by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oxford and Portland 2009, 193. Autor piše o dva proceduralna zahteva koja postoje radi

3. PONAŠANJE DUŽNIKA TOKOM POSTUPKA OSTVARIVANJA PRAVA NA RASKID

Nakon izlaganja o proceduralnim zahtevima koje poverilac mora da ispuni da bi ugovor bio raskinut, ostalo je otvoreno pitanje kako bi dužnik trebalo da se ponaša u toku samog postupka realizacije raskida. Do kog trenutka se dužnik mora usprotiviti raskidu?⁹ Da li je dovoljno da to učini vansudski (protivljenje raskidu bi tada moglo uslediti i nakon prijema opomene) ili bi, pak, bilo neophodno da pokrene sudski kontrolni postupak (do čega bi moglo doći tek nakon prijema raskidne izjave od poverioca)?¹⁰

Pitanje je bitno iz dva razloga. Prvo, smatramo da je u oblast tzv. neosnovanih raskida neophodno uvesti pojam dužnikove savesnosti. Naime, dužnik bi postao nesavestan ukoliko se raskidu ne bi usprotivio u trenutku kada je postao svestan nedozvoljenosti poveriočevog ponašanja (odnosno neosnovanosti poveriočevog nastojanja da ugovor raskine), već se na to pozivao tek kasnije, smatrajući poveriočevo ponašanje osnovom iz kojeg bi crpeo pravo na raskid ugovora i naknadu eventualno nastale štete.¹¹ Međutim, upravo bi dužnikova nesavesnost osujetila mogućnost njegovog sticanja prava na raskid i naknadu štete. Stoga je, za utvrđivanje dužnikove savesnosti bitno utvrdimo u kojem trenutku je dužnik bio dužan da se usprotivi raskidu. Da li je to trenutak dobijanja opomene upućene od strane poverioca ili, pak, prijem poveriočeve izjave o raskidu?

zaštite dužnika, sadržana u članu 1158 (2) i (3) Projekta, a predložena od D. Mazeaud-a, u odluci Cass civ (1) 28 October 2003, RDC 2004, 273.

- 9 Dužnik će se usprotiviti raskidu onda kada bude smatrao da poverilac nije stekao pravo na raskid jer njegovo (dužnikovo) ponašanje ne predstavlja raskidni razlog.
- 10 Uloga suda je u ispitivanju osnovanosti raskida (tačnije, raskidne izjave). Stoga će i pokretanje postupka uslediti tek nakon što dužnik primi poveriočevu izjavu o raskidu.
- 11 Više o posledicama neosnovanog raskida vid. kod: K. Dolović, *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, doktorska disertacija, Beograd, 2014. Autor kvalifikuje neosnovani raskid kao svojevrsni vid povrede ugovora. Poverilac nastoji da opravda svoju raskidnu izjavu pozivanjem na navodno neizvršenje od strane dužnika. U najvećem broju slučajeva, poverilac će, nakon što saopšti dužniku svoju raskidnu izjavu, „napustiti ugovor“. Na taj način, poverilac će svojim ponašanjem učiniti povredu ugovora, a time i otvoriti prostor za nastupanje posledica koje će proizaći iz njegovog (poveriočevog) neizvršenja ugovora.

Drugo, zanima nas i kako bi dužnik trebalo da se ponaša da bi se smatralo da njegovo ponašanje jeste osporavanje poveriočevog nastojanja da ugovor raskine, a ne pristanak na raskid? Suprotno, kada se može smatrati da je dužnik pristao na raskid?¹² Odgovor bi se krio u sledećem: ukoliko se dužnik ne bi usprotivio raskidu onda kada je to trebalo, smatralo bi se da na njega pristaje, te da je došlo do sporazuma o raskidu.¹³ Eventualno kasnije protivljenje, kao i osporavanje poveriočevog ponašanja ne bi imalo značaja na raskid koji je već nastupio.

Očigledno je da odgovor na oba pitanja (kada dužnik postaje nesavestan, kao i kada se može smatrati da na raskid pristaje) zavisi od toga kada dužnik mora osporiti poveriočevo nastojanje da raskine ugovor: da li u trenutku dobijanja opomene ili tek trenutkom prijema raskidne izjave? Od odgovora na postavljeno pitanje zavisi i od kojeg trenutka će se dužnik smatrati nesavesnim, kao i za koji trenutak će se vezivati ocena njegovog ponašanja, a u smislu eventualnog pristanka na raskid.

3.1. Ponašanje dužnika nakon prijema poveriočeve opomene

Opomena predstavlja još jednu šansu koja se daje dužniku. Dužnika koji ne ispuni svoju obavezu, poverilac će opomenuti, i to

-
- 12 Dužnikovo neprotivljenje neosnovanom raskidu moglo bi se, u pojedinim situacijama, kvalifikovati kao njegov pristanak na raskid. Nekada će se dužniku činiti da mu možda ništa drugo i ne preostaje. Naime, kakvu poruku svom saugovaraču šalje ugovornik koji mu saopštava da raskida ugovor? Bez obzira na to da li je data raskidna izjava osnovana ili ne, iza nje se krije namera da se napusti postojeći ugovorni odnos. Ugovornik (dužnik) koji prima takvu poruku mora biti svestan toga da čak i da se u naknadnom sudskom postupku utvrdi da je izjava bila neosnovana, te da je ugovor i dalje na snazi, može desiti da ugovornik, koji je već jednom pokušao da raskine ugovor, nastavi da ignoriše isti. Ukoliko bi dužnik shvatio neosnovanu raskidnu izjavu kao ponudu za sporazumni raskid, ugovor bi svakako prestao da postoji. Na taj način bi dužnik poveriočevoj izjavi oduzeo epitet povrede ugovora, a samim tim bi nestao i osnov za sankcionisanje poveriočevog ponašanja. Vid. i: C. B. Morison, *Rescission of Contracts*, London 1916, 17.
- 13 Svakako, samo pod pretpostavkom da na strani dužnika postoji *animus contrahendi* to jest volja da sa poveriocem zaključi sporazum o raskidu, pa da uprkos poveriočevoj neosnovanoj raskidnoj izjavi „dopusti“ da do raskida ipak dođe, a na način što će datu izjavu smatrati ponudom za sporazumni raskid koju će, kao takvu, prihvatiti.

ostavljanjem naknadnog roka¹⁴ u kojem (dužnik) može ispuniti dugovano (tačnije, dovršiti ono što je započeo). Time se daje i posljednja šansa izvršenju ugovora.

Stoga je slanje opomene uz ostavljanje naknadnog roka pre svega u interesu dužnika, koji tako dobija još jednu šansu da izbegne raskid ugovora i njegove posledice.¹⁵ Nesporno je dužnikovo pravo na pokretanje naknadnog kontrolnog postupka, ali pre toga on je jedino zaštićen obavezom poverioca da mu ostavi naknadni rok za izvršenje.¹⁶

Dužnik nikako ne sme biti „iznenađen“ raskidom, već na poveriočevu nameru da ugovor raskine mora biti unapred upozoren da bi imao vremena da izvrši dugovano i otkloni mogućnost nastupanja posledica neispunjenja.¹⁷ To upozorenje se čini upravo slanjem opomene dužniku.

Iz sadržine opomene mora biti jasno šta je to što dužnik navodno mora da izvrši, jer, u suprotnom, niti bi izjava o raskidu imala svoj materijalni osnov,¹⁸ niti bi bili data uz poštovanje normi zakona koje regulišu postupak raskida. Opomena, dakle, mora sadržati i navođenje izvršenja koje se očekuje od dužnika (jer od toga zavisi i dužina naknadnog roka koji se ostavlja),¹⁹ a analogno tome, i izjava o raskidu mora sadržati razlog za raskid to jest neispunjenje zbog kojeg poverilac i raskida ugovor.²⁰ Sadržina opomene mora odgovarati sadržini izjave o

14 Vid. čl. 126 Zakona 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.

15 S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford 2011, 92.

16 Y. M. Laithier, *Etude Comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris 2004, 375.

17 C. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Marseille 2006, 375.

18 Iz obrazloženja presude *Ad hoc* arbitraže sa sedištem u Beogradu od 16. januara 2014. godine.

19 Vid. čl. 126 st. 2. Zakonodavac propisuje da naknadni rok mora biti primeren. Naknadni rok je „primereni ili razumni rok čija dužina zavisi od konkretnih okolnosti i uobičajenog načina postupanja... ima karakter dopunskog roka, jer se pretpostavlja da je dužnik otpočeo sa izvršenjem svoje obaveze u prvobitno postavljenom roku“. Vid. S. Perović, *Obigaciono pravo*, Beograd 1980, 509.

20 U tom smislu arbitražno veće u presudi od 13. marta 2013. godine, u slučaju T-14/11, navodi da „ni ranija obaveštenja o neispunjenju obaveza, ni upozorenje pred raskid, pa ni sam raskid ne sadrže egzaktno objašnjenje obaveza koje kupac nije izvršio... obaveštenja ne sadrže poziv na izvršenje konkretne obave-

raskidu to jest raskid se mora zasnivati na razlogu koji se sastoji upravo u neispunjenju onoga što je poverilac opomenom i ostavljanjem naknadnog roka i zahtevao od dužnika.

Na pitanje kako bi dužnik trebalo da se ponaša nakon prijema opomene moguće je dati potpuno različite odgovore. Prvo, možemo poći od toga da je poverilac dužniku, već u trenutku slanja (tačnije prijema) opomene to jest ostavljanja naknadnog roka, stavio do znanja da namerava da raskine ugovor. Da li ćemo ipak samo zbog toga, a u slučaju da dužnik ne ospori sadržinu pomene, već se raskidu usprotivi tek nakon proteka naknadnog roka i prijeme raskidne izjave, dovesti u pitanje njegovu savesnost?

Opravdanje može biti u činjenici da time što dužnika opomene poverilac istovremeno zahteva izvršenje ugovora, a time mu i „šalje poruku“ da će upravo izostanak zahtevanog izvršenja smatrati raskidnim razlogom.²¹ Stoga, nesporno je da je dužniku još u trenutku prijema opomene bilo poznato na čemu će biti zasnovana poveriočeva raskidna izjava. Upravo činjenica da je dužnik to znao mogla bi dovesti u pitanje njegovu savesnost.

Dalje, dužnikova nesavesnost mogla bi osujetiti mogućnost nastupanja određenih posledica poveriočevog nedozvoljenog ponašanja to jest neosnovanog raskida. Naime, poveriočevo nastojanje da raskine ugovor zbog njegove navodne povrede, kao što smo već pisali, jeste osnov njegove odgovornosti, odnosno dužnik stiže (ukoliko su ispunjeni svi neophodni uslovi) pravo da zahteva raskid ugovora i naknadu štete.²² Međutim, upravo dužnikova nesavesnost može osujetiti njegovo pravo na raskid ugovora i naknadu štete.

Dužnikova pasivnost u trenutku dobijanja opomene mogla bi se smatrati i njegovim pristankom na raskid. Eventualno naknadno osporavanje poveriočeve raskidne izjave ostalo bi bez značaja jer takvo „predomišljanje“ dužnika ne bi moglo dovesti do „oživljavanja“ jednom raskinutog ugovora pošto takvu mogućnost ugovorno pravo ne poznaje. Dužnikovo naknadno ponašanje moglo bi se eventualno smatrati ponudom upućenom poveriocu za zaključenje novog ugovora.

ze već samo uopšteno pozivanje na izvršenje. Pozivanje na takva obaveštenja o izjavi o raskidu čini da takav raskid ne može biti punovažan“.

- 21 Opomena predstavlja materijalni osnov izjave o raskidu, jer do raskida i dolazi upravo iz razloga što uprkos opomeni dužnik nije ispunio svoje obaveze.
- 22 Pravo da zahteva od poverioca ispunjenje je nesporno, budući da tzv. neosnovani raskid nije uticao na postojanje ugovora, a samim tim ni na obaveze koje su tim ugovorom nastale.

Međutim, ukoliko problem posmatramo iz sasvim drugog ugla, uslediće i drugačiji zaključak. Naime, u trenutku davanja opomene poverilac još uvek nema pravo da raskine ugovor. Pravo na raskid ne nastaje ni trenutkom nastupanja docnje, već trenutkom isteka naknadnog roka.²³ Samim tim, poveriočeva izjava o raskidu uslediće (po pravilu)²⁴ uvek nakon protoka naknadnog roka.²⁵ Šta bi onda dužnik osporavao pre isteka naknadnog roka i prijema izjave o raskidu? Izjavu o raskidu to jest njenu osnovanost svakako ne, jer je u tom trenutku još uvek ne bi ni primio. Moglo bi se eventualno govoriti o osporavanju sadržine opomene²⁶ od strane dužnika.

23 M. Fabre-Magnan, „Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform“, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription* („the Avant-projet Catala“), Oxford and Portland, Oregon 2009, 173.

24 Vid. čl. 127 i 128. Zakonodavac predviđa situacije u kojima je moguće raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka.

25 Vid. čl. 126 ZOO i čl. 137 Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, knjiga II, Obligationi odnosi, Beograd 2009, <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, u daljem tekstu: Prednacrt. Kako je član 126 ZOO oduvek bio povod različitih, i to potpuno suprotnih tumačenja, u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije pitanje raskida nefiksni ugovora uređeno je članom 137, a stavom 3 se konačno otklanjaju sve sumnje u način raskida kod ovih ugovora, jer se zahteva da poveriočeva izjava volje bude saopštena dužniku na nesumnjiv način. Ostaje jedino otvoreno pitanje da li su redaktori Prednacrta smatrali ovaj član kao preciziranje člana 126 ZOO ili kao njegovu izmenu, što svakako više neće biti od značaja ukoliko Građanski zakonik u nekom trenutku stupi na snagu i počne da se primenjuje. Stoga, pođemo li od rešenja sadržanog u Prednacrtu, protekom naknadnog roka, ugovor bi ostao na snazi samom činjenicom izostanka poveriočeve raskidne izjave. Rešenje koje je prihvaćeno u Nacrtu potpuno odgovara sadržini čl. 130 ZOO, po kojem je za raskid ugovora neophodno da dužnik primi poveriočevu raskidnu izjavu.

Međutim, čl. 126 ZOO ipak predviđa da se, u slučaju bezuspešnog protoka naknadnog roka, ugovor raskida po samom zakonu. Suprotno, čl. 130 propisuje da je poverilac dužan saopštiti dužniku da raskida ugovor. Da li to znači da je davanjem naknadnog roka ugovor učinjen fiksnim ili je izjava o raskidu ipak neophodna? Čak i ukoliko prihvatimo prvo rešenje to jest doslovnu primenu čl. 126, ne možemo govoriti o raskidu ugovora mimo poveriočeve volje. Nesporno je da raskidna volja postoji, samo je izjavljena ranije to jest u trenutku ostavljanja naknadnog roka, kada je dužniku saopšteno, izričito ili prećutno, da će ugovor, u slučaju bezuspešnog protoka naknadnog roka, biti raskinut.

26 Dakle, ne samog čina davanja opomene od strane poverioca, već sadržine opomene. Dužnik može smatrati da opomena nema za osnov valjane razloge

U slučaju ponovnog otvaranja pitanja mogućnosti kvalifikacije dužnikove pasivnosti, u trenutku prijema opomene, kao njegovog pristanka na raskid ugovora, ostalo bi nejasno na šta to dužnik pristaje budući da još uvek nije primio raskidnu izjavu? Da li se može pristati na opomenu koja predstavlja samo davanje poslednje šanse izvršenju ugovora? Čini se da odgovor ne bi mogao biti potvrđan.

Drugi razlog koji bi išao u prilog takvom stanovištu vidimo u tome što je nepravedno nametati obavezu dužniku da svojim ponašanjem manifestuje protivljenje raskidu, i to već u trenutku dobijanja opomene, posebno u svetlu činjenice da uprkos opominjanju dužnika poverilac može i odustati od raskida. Naime, iako je opomenuo dužnika i ostavio mu naknadni rok, poverilac ne mora istekom naknadnog roka (u slučaju neispunjenja) saopštiti da ugovor raskida. Možda poverilac i nema raskidnu nameru već njegova opomena predstavlja „vršenje pritiska“ na dužnika da izvrši svoje obaveze to jest samo stavljanje u izgled mogućnosti raskida ugovora.

Davanjem opomene poverilac postupa u skladu sa zakonskom odredbom, ali ga ni taj ulazak u „proceduru raskida“ ne obavezuje da ugovor zaista i raskine. Stoga bi bilo krajnje nelogično dužnikovu pasivnost kvalifikovati kao pristanak na raskid, budući da nekada ni sam poverilac, u krajnjem, neće želeti raskid.

Takođe, zakonodavac ni na jednom mestu ne propisuje obavezu dužnika da odgovori na opomenu.²⁷ Da li bismo onda njegovu pasivnost smeli sankcionisati tako što bismo je kvalifikovali kao njegovu nesavesnost (koja bi kasnije onemogućila dužnika da ostvari pravo na naknadu štete i raskid ugovora) i još dalje, kao pristanak na raskid ugovora? Sankcionisali bismo neispunjenje nečega, što zakonodavac i ne propisuje kao dužnikovu obavezu.

3.2. Ponašanje dužnika nakon prijema poveriočeve izjave o raskidu

Izjava o raskidu mora biti obrazložena. Poverilac mora saopštiti razlog zbog kojeg napušta konkretni ugovorni odnos, odnosno, zbog čega smatra da ima pravo da ugovor raskine.

to jest da je on (dužnik) ispunio sve ili bar nešto od onoga što poverilac zahteva opomenom.

27 U tom slučaju, od dužnika bismo zahtevali da ospori sadržinu opomene, a ne samu opomenu, jer je pravo poverioca da opomene dužnika koji u roku nije ispunio svoju obavezu nesporno.

Naš zakonodavac ne predviđa izričito da izjava o raskidu mora sadržati i raskidne razloge, iako do takvog zaključka možemo doći posredno. Naime, pisali smo o opomeni koju poverilac ostavlja dužniku, pozivajući ga da izvrši svoje dospеле obaveze, kako u suprotnom ne bi došlo do raskida ugovora. Kako do raskida dolazi u slučaju da dužnik ni u naknadnom roku svoju obavezu nije ispunio, podrazumeva se da uz saopštavanje dužniku da ugovor raskida, poverilac mora obrazložiti i zbog čega to čini.

Zakonodavac ne navodi rok u kojem mora biti pokrenut sudski kontrolni postupak, ali pođemo li od obaveze poverioca da saopšti dužniku izjavu o raskidu „bez odlaganja“,²⁸ logično bi bilo zahtevati i od dužnika da primljenu raskidnu izjavu ospori „bez odlaganja“. Ukoliko dužnik to ne učini, moglo bi se smatrati da je propuštanjem pokretanja kontrolnog postupka pristao na raskid ugovora, te da njegovo kasnije „predomišljanje“ može samo imati značaj nove ponude. S druge strane, neosporavanje osnovanosti raskidne izjave u trenutku njenog prijema („bez odlaganja“)²⁹, te saznanja da je ona neosnovana, svako kasnije pozivanje na neosnovanost te izjave čini dužnika nesavesnim.

Očigledno je da tokom čitavog rada dužnikovo ponašanje posmatramo iz ugla njegove savesnosti, s jedne strane, kao i ocene da li se ono može smatrati pristankom na raskid (iniciran od poverioca) ili ne. Kriterijum nalazimo u trenutku u kojem dužnik osporava osnovanost poveriočevog raskida. Činjenica da je dužnik u konkretnom slučaju „zakasnio“ sa osporavanjem raskida, vodi zaključku da je postupao nesavesno, a nekada čak i tome da se sa raskidom saglasio.

Međutim, ako utvrdimo u konkretnom slučaju da je dužnik pristao na raskid, te da je došlo do sporazuma o raskidu, postaje potpuno irelevantno pitanje dužnikove savesnosti. Naime, ukoliko je nastao sporazum o raskidu, poveriočeva neosnovana raskidna izjava pretvorena je u ponudu za raskid, a oduzet joj je epitet povrede ugovora. Kako nema povrede ugovora, ne nastaje pravo dužnika niti na raskid (ugovor je već i raskinut) niti na naknadu štete (jer ona nije posledica raskida ugovora, već neizvršenja obaveza to jest povrede ugovora). Zbog

28 Čl. 130 ZOO.

29 Vid.: S. Perović, D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1995, 257. U komentaru člana 130 ZOO, naglašava se da izraz ukazuje na obavezu poštovanja određenog standarda, kao i da će se ceniti prema konkretnim okolnostima i uobičajenim pravilima ponašanja.

toga pitanje dužnikove savesnosti postaje irelevantno u slučaju nastanka sporazuma o raskidu.

4. KAKO BI DUŽNIK TREBALO DA SE PONAŠA NAKON PRIJEMA OPOMENE, A KAKO NAKON PRIJEMA IZJAVE O RASKIDU? – ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Čini se da je istina uvek „negde na sredini“. Smatramo da bi se o eventualnom pristanku dužnika na raskid ugovora moglo govoriti jedino ukoliko bi propustio da nakon prijema neosnovane raskidne izjave „bez odlaganja“ pokrene kontrolni sudski postupak, a nikako iz razloga što nije osporio sadržinu primljene opomene. To svakako samo pod pretpostavkom da se utvrdi da kod dužnika postoji *animus contrahendi* to jest volja da sa poverioцем zaključi sporazum o raskidu, te da uprkos poveriočevoj neosnovanoj raskidnoj izjavi „dopusti“ da do raskida ipak dođe, a na način što će datu izjavu smatrati ponudom za sporazumni raskid koju će, kao takvu, prihvatiti. Trenutkom nastanka sporazuma o raskidu, pitanje dužnikove savesnosti/nesavesnosti postalo bi irelevantno.³⁰

Međutim, stvar je komplikovanija ako na strani dužnika ne postoji *animus contrahendi*, a on se ipak ne protivi poveriočevoj raskidnoj izjavi.³¹ U tom slučaju, poverilac će, nakon što dužnik primi raskidnu izjavu, smatrati da je ugovor raskinut. Poveriočevom stavu u prilog će ići i to što dužnik nije osporio primljenu izjavu. Kako do kontrolnog sudskog postupka neće ni doći, ni eventualna neosnovanost poveriočeve raskidne izjave neće biti utvrđena. I dalje, neće nastupiti ni posledice poveriočevog nedozvoljenog ponašanja, jer je pretpostavka za to da sud utvrdi neosnovanost date izjave. Tek ukoliko bi poverilac po-

30 Ovo zbog toga što se o dužnikovoj savesnosti raspravlja samo kao o neophodnom uslovu za nastanak pojedinih posledica poveriočevog nedozvoljenog ponašanja, a o čemu se u slučaju sporazumnog raskida ne može govoriti. Naime, voljom dužnika poveriočevoj neosnovanoj izjavi oduzet je epitet povrede ugovora i ona je pretvorena u ponudu za sporazumni raskid.

31 Pitanje je više teorijskog značaja. Čini se da će se u praksi retko desiti da se ugovornik, koji ne želi raskid ugovora, a istovremeno smatra da je raskidna izjava drugog ugovornika neosnovana, ne usprotivi raskidu to jest ne ospori primljenu izjavu o raskidu.

krenuo sudski postupak, ali iz razloga utvrđivanja posledica dužnikove navodne povrede ugovora, sud bi prethodno morao utvrditi da li je dužnik uopšte učinio povredu ugovora, a zatim i da li je poverilac imao pravo da ugovor raskine, te bi se na kraju sud u odluci morao izjasniti i na okolnost osnovanosti raskidne izjave. Iako bi u pretpostavljenoj situaciji sud utvrdio da je ugovor i dalje na snazi, dužnikova nesavesnost, čini nam se, bila bi nesporna. Stoga dužnik ne bi stekao pravo na raskid, kao ni pravo na naknadu eventualno nastale štete, pozivajući se na poveriočevu neosnovanu raskidnu izjavu. Podrazumeva se da je dužnik nesavestan samo onda kada je znao (ili mogao znati) da izjava o raskidu koju je primio nije zasnovana na valjanim raskidnim razlozima, te da se poverilac poziva na neizvršenje koje ili ne postoji, ili je nedovoljnog značaja i obima da bi opravdalo raskid ugovora. Stoga se u opisanoj situaciji ne bi moglo govoriti o sporazumnom raskidu, ali o dužnikovoj nesavesnosti svakako bi.

S druge strane, trenutkom prijema opomene, dužniku je poznato šta poverilac zahteva, a samim tim i da će upravo na neispunjenju zahtevanog poverilac zasnivati svoju raskidnu izjavu. Iz tog razloga, moglo bi se zaključiti da bi se u slučaju naknadnog osporavanja poveriočevog raskida od strane dužnika, dužnik mogao smatrati nesavesnim još od trenutka saznanja (za raskidne razloge), a to bi u ovom slučaju bio trenutak prijema opomene.

Retke bi bile situacije kada dužnik u trenutku prijema opomene ne bi bio svestan njene neopravdanosti (na primer, sadržina opomene je nedovoljno jasna), a da kasnije ipak shvati nepostojanje razloga za raskid, te pokrene kontrolni postupak. Ukoliko bi to ipak bio slučaj, dužnik bi morao osporiti „bez odlaganja“ izjavu o raskidu koju bi mu poverilac saopštio.

Opravdanje za to što se dužniku nameće dužnost da ospori osnovanost poveriočeve raskidne izjave, a pre toga i sadržinu opomene³² (uvek kada smatra da razloga za raskid nema, to jest u slučaju opomene da ne duguje poveriocu izvršenje zahtevano opomenom), zasniva se na osnovnim načelima obligacionog prava, pre svega na načelu sa-

32 Pretpostavka za osporavanje sadržine opomene jeste da dužnik bude opomenut na ispravan način. U tom smislu, u sporu pred arbitražom, u slučaju T-14/11, presuđeno 13. marta 2013, tuženi je istakao da „opominjanje“ smatra itekako značajnim, imajući u vidu da je „pogrešnim označavanjem odredbe koja je navodno prekršena tuženom onemogućeno da se izjasni o povredi, te da u dodatnom roku ispravi eventualni propust“.

vesnosti i poštenja.³³ Ponašanjem u skladu sa načelom savesnosti i poštenja³⁴ ugovornici smanjuju i rizik eventualnog nastupanja štete koja može pogoditi njihovog saugovornika.³⁵ Stoga, iako zakonodavac to ne nameće kao obavezu dužniku, ipak je na njemu, u duhu pomenutih načela, da ospori i valjanost sadržine primljene opomene.

Dakle, na osnovu dosadašnjih izlaganja, zauzimamo sledeći stav: dužnik mora osporiti sadržinu opomenu, kako se njegovo ponašanje ne bi smatralo nesavesnim, a njegova nesavesnost smetnjom za nastupanje pojedinih posledica tzv. neosnovanog raskida. S druge strane, neosporavanje opomene ne može biti kvalifikovano kao dužnikov pristanak na raskid. O pristanku na raskid može se govoriti samo u slučaju da dužnik ne ospori osnovanost poveriočeve raskidne izjave, ali samo u slučaju da se utvrdi da je na strani dužnika postojala namera zaključivanja sporazuma o raskidu.

Katarina Dolović, PhD
Junior Faculty Member at the Faculty of Law,
University of Belgrade

GOOD FAITH OF DEBTOR AS A VICTIM OF UNFOUNDED TERMINATION

Summary

The problem of unfounded termination becomes all the more current in practice. Many questions still remain unanswered. However, the key question is the consequence caused by unfounded termination.

The consequences of unfounded terminations are twofold. On the one hand, creditor's unfounded statement will not have a termination effect i.e. unfounded termination shall not affect the existence of the contract. On the other hand, unfounded termination represents a specific breach of contract. Several factors shape that kind of breach

33 Vid.: član 1.7 Principles of International Commercial Contracts; član 1:201 Principles of European Contract Law.

34 Čl. 12 ZOO.

35 Čl. 16 ZOO.

(making it so specific), and therefore set a condition for or prevent certain consequences as a result of this breach.

The author believes that the subjective side of conduct is of utmost importance, both of the creditor and debtor. This paper is precisely devoted to defining the concept of debtor's good faith i.e. the influence of good/bad faith of debtor to the consequences of unfounded termination as a breach of contract. The questions to ask are: When will the debtor's behavior be considered as if he was acting in bad faith and how will the possibly determined bad faith affect certain rights of debtor as a victim of unfounded termination?

Key words: *Unfounded termination. – Debtor's good faith. – Breach of contract. – Consequences of unfounded termination.*

*Dalibor Đukić, master, LL.M.**

NEGATIVNI ASPEKT SLOBODE VEROISPOVESTI U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA**

Sloboda veroispovesti, poput nekih drugih osnovnih ljudskih prava i sloboda koje su zaštićene regionalnim i univerzalnim međunarodnim ugovorima, ima i svoj negativni aspekt. Sama Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne predviđa zaštitu negativnog aspekta verske slobode. Evropski sud za ljudska prava, međutim, priznaje njegovo postojanje. To je jedan od primera gde se vidi pravno-kreativna uloga Evropskog suda, čija tumačenja osnovnih principa sadržanih u Evropskoj konvenciji deluju erga omnes. Tako nastali precedenti, zahvaljujući ugledu Suda i obaveznosti implementacije presuda u nacionalna zakonodavstva evropskih država, utiču na formiranje evropskog komunitarnog prava. U ovom radu autor će nastojati da prikaže sadržaj negativnog aspekta slobode veroispovesti, onako kako je on shvaćen u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne reči: *Sloboda veroispovesti. – Negativni aspekt. – Ljudska prava. – Evropski sud. – Evropska konvencija.*

1. UVOD

Sloboda misli, savesti i veroispovesti zaštićena je čl. 9 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija) i čl. 10 Povelje o osnovnim pravima Evropske unije.¹

* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs*.

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije/pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt*, koji podržava Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

1 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, protokola uz Konvenciju

Formulacije koje se nalaze u obe povelje skoro su identične. Štiti se pravo svakog čoveka na slobodu veroispovesti, što uključuje pravo na promenu verskih uverenja, kao i na slobodno ispoljavanje svih oblika verovanja kako pojedinačno, tako i u zajednici sa drugima. Države članice ovih konvencija preuzele su obavezu da obezbede neophodne uslove za ostvarivanje pomenutih prava i sloboda. U ovim međunarodnim ugovorima se ne pominju negativne obaveze države, ali je Evropski sud za ljudska prava (Evropski sud) putem svojih tumačenja Evropske konvencije formirao određena načela koja ustanovljavaju negativne obaveze na strani države, poput npr. načela nemešanja u unutrašnja pitanja verskih zajednica.² Slično tome, Sud je putem tumačenja zaštitio i negativne aspekte slobode veroispovesti, iako se oni izričito ne pominju u Evropskoj konvenciji.³ Tako je, dakle, pored prava na slobodno izražavanje i ispoljavanje verskih uverenja, zaštićeno i pravo na neispoljavanje verskih ubeđenja, kao i pravo pojedinca na neizjašnjavanje o sopstvenim verskim uverenjima.

Iako može delovati da su ova prava nesporna i da je za državu mnogo lakše da ispoštuje negativni aspekt slobode veroispovesti u situacijai kada ulaže napore da obezbedi pozitivne aspekte te slobode, ipak postoje situacije koje su sporne i o kojima je Evropski sud više puta raspravljao. Primeri takvih situacija mogu biti: obaveza davanja zakletve na Svetom pismu, pri čemu neko ko želi biti oslobođen ove obaveze mora delimično otkriti svoja verska ubeđenja, ispisivanje verske pripadnosti na javnim ispravama, kao i kod prigovora savesti kojim pojedinac zbog svojih verskih uverenja ne želi da služi vojni rok pod oružjem. Kao što je rečeno, neke od ovih situacija dovele su do sporova o kojima je raspravljao Evropski sud, pa se na osnovu iznetih stavova

za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne u svim okolnostima, *Službeni list SCG*, br. 9/2003.

- 2 Slučaj *Agga v. Greece*, br. predavki 50776/99 i 52912/99 (17.10.2002).
- 3 T. Marinković, „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2011, 369.

u tim raspravama može odrediti sadržaj negativnog aspekta slobode veroispovesti.

O obavezi davanja zakletve sa verskim sadržajem polaganjem ruke na Sveto pismo, pri čemu ne postoji način da se ona izbegne bez otkrivanja verskih uverenja, Sud je raspravljao u slučajevima *Buscarini and others v. San Marino*,⁴ *Alexandridis v. Greece* i *Dimitras v. Greece*.⁵ Obaveza navođenja verske pripadnosti prilikom izdavanja javnih isprava i dokumenata bila je predmet sudskog razmatranja u slučajevima *Sofianopoulos and others v. Greece*,⁶ *Sinan Isik v. Turkey* i *Wasmuth v. Germany*.⁷ Analizom ovih presuda može se utvrditi sadržaj negativnog aspekta slobode veroispovesti, u onom obliku u kojem je on formiran praksom Evropskog suda. U tom smislu se mogu konkretizovati obaveze koje država treba da ispuni kako ne bi povredila negativni aspekt slobode veroispovesti. Pošto presude Evropskog suda deluju *inter partes*, ali tumačenja Evropske konvencije sadržana u presudama *de facto* deluju *erga omnes*,⁸ onda je utvrđivanje sadržaja obaveza koje se tim presudama ustanovljavaju od značaja za sve države članice Saveta Evrope.

2. POLAGANJE ZAKLETVE I SLOBODA VEROISPOVESTI

U većini savremenih pravnih sistema zakletva ima značajnu ulogu: prilikom preuzimanja značajnih državnih i javnih funkcija (poslanička, ministarska, advokatska zakletva), kao i u procesnom pravu (zakletva svedoka). U jednom broju evropskih država, čija se kultura i tradicija zasnivaju na hrišćanskim korenima, uobičajeno je da se zakletva polaže na Svetom pismu ili Jevanđelju. Takođe, u tim državama predviđena je mogućnost supstitucije zakletve na Jevanđelju, svečanom

4 Slučaj *Buscarini and others v. San Marino*, br. predstavke 24645/94.

5 Slučaj *Alexandridis v. Greece*, br. predstavke 19516/06 i slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, 34207/08 i 6365/09.

6 Slučaj *Sofianopoulos and others v. Greece*, br. predstavke 1988/02 1997/02 1977/02.

7 Slučaj *Sinan Isik v. Turkey*, br. predstavke 21924/05 i slučaj *Wasmuth v. Germany*, br. predstavke 12884/03.

8 R. Etinski, S. Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad 2012, 446.

izjavom ili zakletvom u čast ili neku drugu vrednost koja ima poseban značaj za osobu koja daje zakletvu. Činjenica koju posebno ceni Evropski sud jeste da li lice, koje zbog svojih verskih ili drugih ubeđenja ne želi da položi zakletvu sa elementima konfesionalne pripadnosti, mora pred nekim državnim organom da delimično ili u potpunosti otkrije svoja uverenja, kako bi stekao pravo da polaže zakletvu drugačijeg karaktera. Ako je odgovor potvrđan, onda se radi o povredi negativnog aspekta verske slobode.

Prvi slučaj koji se bavi ovom problematikom jeste *Buscarini and others v. San Marino*.⁹ U ovom slučaju sud je razmatrao da li je obaveza izabranih poslanika Republike San Marino da polažu zakletvu na Jevandelju saglasna sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U samom tekstu zakletve se ne spominje bilo koja crkva ili religija, ali se spominje Jevandelje. U slučaju da neko lice odbije da položi pomenutu zakletvu gubi poslaničku funkciju. Predstavku su podnela dvojica izabranih poslanika 1994. godine.

Zanimljivi su pojedini argumenti kojima je Vlada San Marina pokušala da opravda postojanje ovakve zakletve. Naime, prema mišljenju zastupnika Vlade, tekst zakletve nema religijsko, već istorijsko i društveno značenje, zasnovano na tradiciji. Reči zakletve su izgubile svoj prvobitni verski karakter, isto kao što se to dogodilo sa pojedinim verskim praznicima koji su proglašeni državnim praznicima. Takođe, Vlada se pozivala na neophodnost postojanja zakletve u demokratskom društvu, posebno imajući u vidu karakteristike države San Marino, koje potiču iz njene istorije i tradicije, a „*reafirmacija tradicionalnih vrednosti koju predstavlja davanje zakletve bilo je neophodno radi očuvanja javnog reda*“.¹⁰ Tako je verski smisao zakletve zamenjen njenom novom funkcijom: očuvanja javnog reda i poverenja u tradicionalne vrednosti i institucije.

Sa druge strane Evropski sud je posebno obratio pažnju na poslaničku funkciju lica koja su podnela predstavku. Sud je prihvatio mišljenje Komisije za ljudska prava da bi bilo kontradiktorno očekivati od poslanika, čija je funkcija da predstavljaju različite socijalne grupe, da se unapred obavežu zakletvom samo jednoj određenoj religiji.¹¹ Sud

9 Slučaj *Buscarini and others v. San Marino*, br. predstavke 24645/94.

10 Slučaj *Buscarini and others v. San Marino*, br. predstavke 24645/94, par. 36.

11 Pošto je predstavka podneta pre stupanja na snagu Protokola br. 11, slučaj je prvo razmatrala Evropska komisija za ljudska prava.

smatra da je sloboda misli, savesti i veroispovesti jedna od osnova demokratskog društva. Ona *inter alia* uključuje „pravo da se neko drži ili ne drži svojih verskih uverenja ili da praktikuje ili ne praktikuje svoju religiju“.¹² Ovo bi, zapravo, mogla biti delimična definicija negativnog aspekta slobode veroispovesti.

U ovoj presudi Evropski sud je po prvi put izričito naveo da zaštita slobode veroispovesti, kako je definisana Evropskom konvencijom, podrazumeva i zaštitu njenog negativnog aspekta. Pored toga, Sud stoji na stanovištu da je bilo kakvo ograničenje uživanja ovog aspekta verske slobode dozvoljeno samo ako ispunjava sledeće kriterijume: predviđenost zakonom, postizanje legitimnog cilja (neki od legitimnih ciljeva navedeni su u st. 2, čl. 9 Evropske konvencije) i neophodnost u demokratskom društvu. Ovaj stav je značajan jer pokazuje da su za Sud razlozi dopuštenosti ograničenja kako negativnog, tako i pozitivnog aspekta verske slobode identični, što znači da je za Sud značaj oba vida verske slobode takođe identičan. Dakle, iako se negativni aspekt slobode veroispovesti izričito ne spominje u Evropskoj konvenciji, on je jednako zaštićen kao i pozitivno formulisana prava i slobode koji se izričito pominju u Konvenciji.

Indikativno je i da Sud nije prihvatio argumente Vlade San Marina da je tekst zakletve ispražnjen od svog verskog sadržaja. Zaista, teško bi se moglo u bilo kom društvu odvojiti sve ono što je na verskim osnovama stvoreno od svog religijskog supstrata. Međutim, Sud ovde nije zauzeo stav prema kojem bi zakletva sa verskim sadržajem bila neprihvatljiva i nesaglasna sa čl. 9 Evropske konvencije. Ono što je za Sud neprihvatljivo jeste nepostojanje alternative, koja bi bila prihvatljiva svakome ko ima drugačija verska uverenja od onih kojima je prilagođena zakletva. I to ne bilo kakve alternative, već one kojom bi se zainteresovano lice moglo koristiti, a da pri tome ne bude ugrožen negativni aspekt njegove slobode veroispovesti.¹³

Tri predstavke koje se odnose na negativni aspekt slobode veroispovesti, a vezane su za pitanje polaganja zakletve podnete su protiv Grčke. Najpoznatija među njima svakako je *Alexandridis v. Greece* u kojoj je Evropski sud razmatrao pitanje polaganja advokatske zakletve.¹⁴ I

12 Slučaj *Buscarini and others v. San Marino*, br. predstavke 24645/94, par. 34.

13 Slučaj *Buscarini and others v. San Marino*, br. predstavke 24645/94, par. 39–40.

14 Slučaj *Alexandridis v. Greece*, br. predstavke 19516/06.

u ovom slučaju radi se o jednoj od država koja, poput San Marina, ima jaku hrišćansku tradiciju koja prožima sve aspekte društvenog života. Zajedničko za oba slučaja jeste postojanje opšte pretpostavke, u San Marinu da su svi poslanici u skupštini rimokatolici, odnosno u Grčkoj da su svi advokati pravoslavni hrišćani. Postojanje takvih opštih pretpostavki stvara probleme pri ostvarivanju negativnog aspekta slobode veroispovesti.

Naime, u slučaju *Alexandridis v. Greece* postoji neslaganje između podnosioca predstavke i grčke Vlade u vezi sa činjenicama koje su prethodile podnošenju predstavke. Ne ulazeći u tu problematiku, mogu se donekle rekonstruisati događaji od značaja za razumevanje ovog slučaja. Odlukom ministra pravde podnosilac predstavke postavljen je za advokata pri prvostepenom sudu u Atini. Da bi stupio na dužnost imao je obavezu da se pojavi pred predsednikom suda i da položi advokatsku zakletvu. U skladu sa ustaljenom praksom, podnosilac predstavke se obratio sekretarijatu suda, od kojeg je dobio formular, koji je on popunio i predao predsednici suda. Ona ga je potom pozvala da stavi ruku na Jevanđelje i da pročita tekst zakletve. On je tada obavestio predsednicu suda da nije pravoslavni hrišćanin i da bi želeo da umesto zakletve izgovori svečanu izjavu nereligijskog karaktera. Predsednica suda je prihvatila njegov zahtev. Nakon okončanja celog postupka, sačinjen je i potpisan odgovarajući zapisnik. Međutim, u zapisniku je stajalo da je on položio versku zakletvu držeću ruku na Jevanđelju. Zapisnik je sačinjen u standardizovanoj formi, kod koje su samo izmenjene generalije zakletvopolagača. U samom tekstu zakletve se ne spominje nijedna religija ili crkva.

Raspravljajući o osnovanosti predstavke, Evropski sud za ljudska prava najpre je ponovio stav da, iako sloboda veroispovesti predstavlja najpre unutrašnju stvar svakog pojedinca (*forum internum*), ona podrazumeva i slobodu ispoljavanja verskih uverenja u zajednici sa drugima (*forum externum*), a u vezi sa njom je potvrdio i negativna prava koja proističu iz čl. 9 Evropske konvencije: pravo da se ne prihvati i da se ne praktikuje određena religija.¹⁵ Za ovaj slučaj od posebnog je značaja pravo pojedinca da ne bude obavezan da u potpunosti ili delimično otkrije svoja verska uverenja.

Sud je konstatovao da prilikom polaganja advokatske zakletve u Grčkoj postoji pretpostavka da su svi advokati pravoslavne veroispo-

15 Slučaj *Alexandridis v. Greece*, br. predstavke 19516/06, par. 32.

vesti i da imaju nameru da polažu versku zakletvu. Iz tog razloga je podnosilac predstave bio primoran da delimično otkrije svoja verska uverenja. U prilog te činjenice govori i zapisnik koji je unapred standardizovan tako da odgovara stvarnim događajima samo ako je došlo do polaganja zakletve na Jevanđelju. Pošto je podnosilac zahteva bio primoran da delimično otkrije svoja verska uverenja, Sud je doneo odluku da je u ovom slučaju došlo do kršenja čl. 9 Evropske konvencije.

Evropski sud je stao na stanovište da sloboda ispoljavanja verskih uverenja sadrži pravo pojedinca da ne bude primoran da učini bilo kakav akt, na osnovu kojeg se može zaključiti da pripada ili ne pripada određenoj verskoj zajednici. Takođe, državni organi nemaju pravo da intervenišu u oblasti slobode savesti i da na bilo koji način pokušavaju da saznaju verska uverenja pojedinaca niti da ih primoravaju da ta svoja uverenja ispoljavaju. Sud smatra da je posebno važno ispoštovati negativnu versku slobodu u aktima koji prethode preuzimanju određenih dužnosti ili funkcija.¹⁶

Sudu se može zameriti da negativno ocenjuje postojanje određenih društvenih predubedenja i pretpostavki, od kojih nijedno društvo nije u potpunosti slobodno. To što se u Grčkoj pretpostavlja da advokati i sudski svedoci žele da polože versku zakletvu i da su po veroispovesti pravoslavni hrišćani posledica je činjenice da velika većina stanovništva pripada toj veroispovesti, pa je i za očekivati da predstavnici državnih organa imaju takve pretpostavke. Nijedna legislativna akcija ne može izbrisati postojanje određenih predubedenja i pretpostavki u društvu. Naravno, takve pretpostavke i predubedenja ne smeju imati osnova u pravnom poretku. Iz tog razloga je Grčka uvela dve vrste formulara koji se popunjavaju pre polaganja advokatske zakletve, tako da zainteresovano lice može preuzeti formular koji je u skladu sa njegovim verskim uverenjima, a da sama verska uverenja pri tome ne mora otkriti. Između ostalog, treba napomenuti da i pojedini pravoslavni hrišćani ne žele da polažu versku zakletvu.¹⁷ To znači da korišćenje formulara kojim se izbegava verska zakletva, ne znači da lice o kojem je reč nije pravoslavni hrišćanin, odnosno njegovom upotrebom se ne otkrivaju nečija verska uverenja.

Iz presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Alexandridis v. Greece* mogu se izvesti određeni zaključci u vezi sa negativnim as-

16 Slučaj *Alexandridis v. Greece*, br. predstave 19516/06, par. 38.

17 Ο Χριστός απαγορεύει τους όρκους, <http://www.imglyfadas.gr/portal/gr/details.asp?cdPro={77CD32FD-C29B-4CDE-8BE1-3BAB7317FF88}>, 9. oktobar 2014.

pektom slobode veroispovesti: 1. državni organi ne smeju dovoditi bilo koga u situaciju da mora otkriti svoja verska uverenja, 2. to se odnosi i na delimično otkrivanje verskih uverenja, odnosno primoravanje nekog lica da otkrije da ne pripada određenoj veroispovesti, 3. posebno su osetljivi postupci koji se vezuju za stupanje na profesionalne ili političke dužnosti, položaje i funkcije i 4. država ima obavezu da obezbedi odgovarajuću alternativu svim zainteresovanim licima da mogu ostvariti svoja prava ili ispuniti svoje građanske obaveze, a da pri tome ne otkriju svoja verska uverenja.

U još dva slučaja protiv Grčke Evropski sud se bavio pitanjem saglasnosti obaveze davanja zakletve sa čl. 9 Evropske konvencije. Radi se zapravo o sedam predstavki od kojih su pet rešene u jednom postupku, a druge dve u zasebnom postupku pred Sudom. Pošto se u oba postupka nalazila i predstavka grčkog državljanina P. Dimitrasa, oba slučaja nose naziv *Dimitras v. Greece*, stim što je drugi slučaj obeležen i brojem dva.¹⁸ Radi se o zahtevima koji su u meritumu identični, pa je Sud zaključio da su podnosioci predstavki imali za cilj da ponovnim raspravljanjem o istim pitanjima izvrše pritisak na grčku vladu, koji bi rezultirao izmenama spornih zakonskih rešenja. Može se reći da su u tome i uspeli pošto su sporne odredbe Krivičnog zakonika izmenjene ubrzo nakon okončanja postupka pred Evropskim sudom.¹⁹

Predstavke su u oba slučaja podneli članovi Međunarodne helsinške federacije, koji su, baveći se zaštitom ljudskih prava u periodu između 2006. i 2008. godine, više puta učestvovali u saslušanjima pred nacionalnim sudovima u Grčkoj. Oni su se u brojnim krivičnim postupcima pojavljivali kao svedoci pred različitim sudovima. Uslov da bi mogli dati iskaz pred sudskim organima, bio je da prethodno polože zakletvu. Svaki put ih je nadležni sudija pozivao da u skladu čl. 218 Zakonika o krivičnom postupku stave ruku na Jevanđelje i da izgovore reči zakletve, što ih je primoralo da otkriju svoja verska uverenja, kako bi im bilo omogućeno da daju građansku zakletvu. Pored toga, u tipiziranim zapisnicima sa saslušanja, podnosioci predstavki su bili oka-

18 Slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08 i *Dimitras v. Greece* (no. 2), br. predstavki 34207/08, 6365/09.

19 Sud nije uzeo u obzir da bi jedan od motiva za ponovno pokretanje identičnog postupka moglo biti pravično zadovoljenje iz prve presude u vidu naknade nematerijalne štete u iznosu od 15.000 evra. Ipak, u drugom slučaju Sud je zauzeo stav da je podnosiocima predstavke dovoljno pravično zadovoljenje sama činjenica da su dobili spor.

rakterisani kao pravoslavni hrišćani, te su opet morali da otkriju svoja verska uverenja prilikom podnošenjem zahteva za ispravku zapisnika.

Evropski sud je prilikom razmatranja celog slučaja obratio posebnu pažnju na pravni okvir kojim je regulisan postupak davanja zakletve u krivičnom procesnom i građanskom procesnom pravu u Grčkoj. Radi boljeg razumevanja celog slučaja ovde će biti u kratkim crtama izložene najvažnije odredbe koje se tiču polaganja zakletve. Najpre, član 217 Zakonika o krivičnom postupku u vezi sa utvrđivanjem identiteta svedoka predviđa da se svedok pre davanja izjave poziva da navede svoje ime, prezime, mesto rođenja i stanovanja, starost, religiju kojoj pripada, itd. Zatim je čl. 218 regulisano davanje zakletve tako što svaki svedok ima obavezu da pre svedočenja, javno, držeći desnu ruku na Jevanđelju položi zakletvu, čiji tekst je deo ovog člana. Članom 220 istog Zakonika regulisano je polaganje zakletve u slučajevima kada svedok nije pravoslavne vere. Ukoliko svedok prihvata veroispovest koja je priznata ili makar tolerisana od strane države i takva veroispovest priznaje neki oblik zakletve, taj oblik zakletve se smatra punovažnim u krivičnom postupku. Ukoliko je svedok pripadnik veroispovesti koja ne prihvata nijedan oblik zakletve ili ukoliko svedok ubedi sud da nije religiozan, onda je zakonom propisan drugačiji oblik zakletve, tzv. građanska zakletva. Mogućnost ispravke zapisnika predviđena je čl. 145, tako da se greške koje se tiču ličnih podataka, poput veroispovesti mogu ispraviti na zahtev zainteresovanih strana.²⁰ Dosta drugačije rešenje se nalazi u Zakoniku o građanskom postupku, koji u čl. 408 predviđa da svedok pre davanja izjave ima obavezu da položi zakletvu, pa mu se u vezi sa tim postavlja pitanje da li želi da položi versku ili građansku zakletvu.²¹

Sud je uzeo u obzir najpre zapisnike sa pomenutih saslušanja na kojima se vidi da je pored imena svedoka stajalo „pravoslavni hrišćanin“, što je kasnijom intervencijom sudskih organa ispravljeno i dodato „ateista“ ili „jevrejske veroispovesti“, kako bi se ispravio standardizovani tekst zapisnika. Na osnovu toga, Sud je izveo zaključak da je došlo do povrede slobode veroispovesti u smislu čl. 9 Evropske konvencije, jer su podnosioci predstavki dovedeni u situaciju da moraju otkriti svoja verska uverenja kako bi ispravili nepravilnosti u zapisniku.²² Sud

20 Κώδικας Ποινικής Δικονομίας, N.1493/1950, ΠΔ 258/1986 (ΦΕΚ Α 228/8.10.1986).

21 Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας (ΦΕΚ Α 182/24.10.1985).

22 Slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, par. 80.

nije prihvatio argument grčke vlade da su podnosioci predstavljeni mogli ispraviti nepravilnosti koje su sadržane u zapisniku na osnovu čl. 145 Zakonika o krivičnom postupku, jer iako bi zapisnik bio ispravljen, šteta koja je pojedincu naneta pošto je bio primoran da se izjasni o svojim verskim uverenjima se ne može na taj način nadoknaditi niti anulirati.

Pošto je utvrdio da je došlo do ograničenja slobode veroispovesti, Sud je pristupio proveriti da li su ta ograničenja predviđena zakonom, neophodna u demokratskom društvu i učinjena radi nekog od legitimnih ciljeva navedenih u st. 2, čl. 9 Evropske konvencije. Pošto je očigledno da su ograničenja propisana zakonom i da su ustanovljena radi zaštite javnog reda i obezbeđivanja tačnosti sudskih postupaka, Sud se posebno bavio pitanjem da li je ograničenje neophodno u demokratskom društvu, odnosno da li se vodilo računa o načelu proporcionalnosti, dakle o odnosu između koristi koja se postiže za društvo i štete koja se nanosi pojedincu.²³

Za Evropski sud nije dovoljno to što postoji mogućnost izbora između građanske i verske zakletve, već da li se ta mogućnost može iskoristiti bez povrede negativnog aspekta verske slobode. Pravni okvir kojim je uređeno pitanje polaganja zakletve u Grčkoj, po mišljenju Suda nije saglasan sa zahtevima iz čl. 9 Evropske konvencije. Sam Krivični zakonik u čl. 217, 218 i 220 predviđa davanje informacija o verskim uverenjima zakletvopolagača. To se jasno vidi iz formulacije čl. 217 kojim je predviđeno da prilikom identifikacije svedoka, on ima obavezu da sudu dostavi informaciju o veroispovesti kojoj pripada. Kao pozitivan primer uređenja ovog pitanja, Sud navodi čl. 408 Zakonika o građanskom postupku, kojim je predviđena mogućnost izbora zakletve pre njenog polaganja. Sud je pravilno primetio da Zakonik o krivičnom postupku ne predviđa mogućnost da pravoslavni hrišćanin ne želi da položi versku zakletvu.²⁴

Dakle, i u ovom slučaju država je povredila negativni aspekt slobode veroispovesti, ne zato što njen pravni poredak ne predviđa alternativu verskom obliku zakletve, već zato što pojedinac ne može da se koristi tom alternativom, a da prethodno ne otkrije delimično ili u celosti svoja verska uverenja. Takođe, Sud je ustanovio pravilo da kada dođe do povrede negativnog aspekta verske slobode, povredu nije

23 Slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, par. 81.

24 Slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, par. 85.

moguće ispraviti prostom izmenom dokumenata na kojima se vidi da je povreda učinjena. Država je dužna da preduzme legislativnu akciju sa ciljem da iz svog zakonodavstva eliminiše sve propise čija primena može dovesti do povrede odredaba Evropske konvencije, jer je za povredu negativnog aspekta verske slobode karakteristično da ne postoji adkvatan pravni lek, kojim se ona može ispraviti: kada lice otkrije svoja verska uverenja, njemu je trajno naneta šteta jer ne postoji način da se ta činjenica naknadno promeni.

Ponekad se može učiniti da presude Evropskog suda nemaju zadovoljavajući uticaj na nacionalna zakonodavstva država članica Saveta Evrope. Postoje brojni primeri da mnoge presude ne ostvaruju cilj zbog kojeg su donete, osim što obezbeđuju pravično zadovoljenje za oštećene strane. Evropski sud i Komitet ministara Saveta Evrope ne uspevaju da izvrše dovoljno jak pritisak na države članice, kako bi te presude implementirale u nacionalna zakonodavstva i izmenile spornu regulativu koja je dovela do povrede nečijeg prava. Može se reći da je i presuda u slučaju *Dimitras v. Greece* imala sličnu funkciju: podnosioci predstavke su dobili naknadu nematerijalne štete u iznosu od 15.000 evra, dok država nije izmenila pravni okvir koji uređuje način polaganja zakletve u krivičnom postupku. Zbog toga su podnete Evropskom sudu još dve predstavke sa istom problematikom i Sud je doneo identičnu presudu, samo bez naknade nematerijalne štete.²⁵ To je primoralo državu da promeni spornu regulativu. S tim ciljem donet je Zakon o pravičnom suđenju i razumnim rokovima njegovog trajanja, kojim je izmenjen čl. 218 Krivičnog zakonika.²⁶ Formulacija koja je usvojena identična je formulaciji koja postoji u Zakoniku o građanskom postupku i predviđa pravo svedoka da pre svedočenja izabere koji tip zakletve želi da polaže: versku ili građansku. Da ne bi došlo do povrede negativnog aspekta slobode veroispovesti, sudija pre svedočenja postavlja pitanje svedoku koju zakletvu želi da polaže, dok svedok nije u obavezi da na bilo koji način obrazlaže svoj izbor. Time je Grčka u oblasti krivičnog procesnog prava postigla jednaku zaštitu negativnog aspekta slobode veroispovesti kao i u oblasti građanskog procesnog prava.

25 Slučaj *Dimitras v. Greece*, br. predstavki 34207/08 i 6365/09.

26 Νόμος 4055 περί δίκαιης δίκης και εύλογης διάρκειας αυτής, ΦΕΚ 51/12.3. 2012.

3. JAVNE ISPRAVE I SLOBODA VEROISPOVESTI

Zaštita negativnog aspekta slobode veroispovesti dovodi se u vezu sa još jednom aktivnošću države, a to je izdavanje javnih isprava. Da li je obavezno ili opciono unošenje verske pripadnosti u identifikaciona dokumenta građana saglasno zahtevima čl. 9 Evropske konvencije jeste pitanje o kojem je Evropski sud raspravljao u slučaju *Sofianopoulos v. Greece*.²⁷

Tri predstavke podnete su Evropskom sudu protiv Grčke, jer je izmenama zakonodavstva o ličnim kartama predviđeno da se u novi obrazac lične karte ne unosi verska pripadnost imaoca lične karte. Naime, podnosioci predstavke smatraju da imaju pravo da traže da njihova verska pripadnost bude istaknuta na obrascu lične karte, a pošto bi to bio opcioni, a ne obavezni podatak unet u lični dokument, ne bi došlo do ograničavanja negativnog aspekta slobode veroispovesti. Takođe, oni smatraju da pozitivni aspekt slobode veroispovesti ima nadmoć nad negativnim aspektom, odnosno da pravo da se neko izjasi o svojim verskim uverenjima ima premoć nad pravom da se neko ne izjašnjava o svojim verskim uverenjima.²⁸

Evropski sud za ljudska prava je u ovom slučaju zauzeo stav da lična karta ne predstavlja sredstvo za izražavanje verskih uverenja građana. Lična karta služi za identifikaciju imaoca u pravnim odnosima sa državom, pri čemu njegova veroispovest ne predstavlja podatak koji je neophodan za tu vrstu identifikacije. Takođe, Sud primećuje da postoji opasnost od diskriminacije na verskoj osnovi u odnosima sa državnim nosiocima vlasti. Što se tiče tvrdnje da bi unošenje verske pripadnosti u lična dokumenta bilo opciono, Sud smatra da obrazac ličnih dokumenata ne može biti upodobljavan svakom zainteresovanom licu, odnosno da treba poštovati načelo identičnosti, koliko iz tehničkih toliko i iz pravnih razloga. Iz gore navedenih razloga Sud je odlučio da proglasi zahtev podnosilaca predstavki nedopuštenim.

Od značaja za negativni aspekt slobode veroispovesti jeste činjenica da sud nije prihvatio tvrdnju podnosilaca predstavki da je pozitiv-

27 Slučaj *Sofianopoulos v. Greece*, br. predstavki 1988/02, 1997/02 i 1977/02. Sud je odlučivao samo o dopuštenosti zahteva, pa pošto je doneo odluku da zahtevi nisu dopušteni, nikada nije raspravljao o osnovanosti predstavki.

28 Slučaj *Sofianopoulos v. Greece*, br. predstavki 1988/02, 1997/02 i 1977/02, str. 9 (grčki prevod).

ni aspekt pretežniji od negativnog aspekta slobode veroispovesti. Iako su naravno obaveze države u pogledu ostvarivanja pozitivnog aspekta slobode veroispovesti daleko mnogobrojnije i sadržajnije, ne treba zaboraviti da ostvarivanje negativnog aspekta slobode veroispovesti iziskuje daleko istančaniju i delikatnu legislativnu akciju. To između ostalog znači da se ne mogu stepenovati po važnosti negativni i pozitivni aspekti slobode veroispovesti.

Sud je svoju argumentaciju u vezi sa ličnim kartama dodatno razradio u slučaju *Sinan Isik v. Turkey*.²⁹ Podnosilac predstavke je član islamske alevitske verske zajednice u Turskoj.³⁰ S obzirom da se u obrazac lične karte, koji izdaju turski državni organi, između ostalih podataka unosi i religija, podnosilac predstavke je zatražio od nadležnih organa da izbrišu reč „islam“ koja se nalazi u njegovoj ličnoj karti i da umesto nje upišu reč „alevi“. Ovaj zahtev sa različitim obrazloženjima odbili su kako prvostepeni, tako i viši sudovi u zemlji. Na kraju on se obratio Evropskom sudu tvrdeći da mu je ograničena sloboda savesti i veroispovesti, kao i da je bio primoran da otkrije svoja verska uverenja u postupcima pred sudovima.

Zastupnici turske vlade izneli su mišljenje da unošenje podataka o veroispovesti u obrazac lične karte nema direktne veze sa slobodom savesti i veroispovesti. Oni smatraju da se time ne narušava pravo pojedinca da se ne izjašnjava o svojim verskim uverenjima, kao i da ne predstavlja ograničenje ostvarivanja prava koja se vezuju za slobodu veroispovesti, poput prava na slobodno ispoljavanje verskih uverenja, vršenje verskih obreda itd. Unošenje takvih podataka se vrši iz opšteg interesa, a ne sa ciljem da se pojedinac obaveže da otkrije svoja verska uverenja. Imajući u vidu sekularni karakter turske države, zastupnici vlade smatraju da nije povređena sloboda veroispovesti podnosioca predstavke.

Sud je i ovaj slučaj ispitao sa stanovišta zaštite negativnog aspekta slobode veroispovesti.³¹ Sud smatra neutemeljenim stav turske vlade da unošenje podataka o veroispovesti u obrazac lične karte ne predstavlja kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. Tumačenje čl. 9 Evropske konvencije na način da on dozvoljava svaku vrstu obave-

29 Slučaj *Sinan Isik v. Turkey*, br. predstavke 21924/05.

30 Aleviti predstavljaju islamski ogranak u Turskoj karakterističan po svojim slobodoumnim idejama.

31 Slučaj *Sinan Isik v. Turkey*, br. predstavke 21924/05, par. 41.

zivanja pojedinaca da otkrije svoja verska uverenja značilo bi obesmišljavanje same suštine slobode koju taj član garantuje.³² Ukoliko lice mora otkriti svoja verska uverenja makar i delimično prilikom dobijanja identifikacionih ili drugih javnih isprava, onda je to očigledno kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. Imajući u vidu čestu upotrebu lične karte u različitim pravnim poslovima, njen imalac rizikuje da bude žrtva diskriminacije na verskoj osnovi. U svakom slučaju Sud ne vidi razlog zašto bi se podatak o verskoj pripadnosti pojedinaca morao nalaziti u matičnim knjigama ili ličnim kartama. Sud, takođe, smatra da to što pojedinac može zatražiti od nadležnog državnog organa da podatak o njegovoj verskoj pripadnosti ne bude naveden u ličnoj karti, pri čemu rubrika religija ostaje prazna predstavlja kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. Bez obzira na proceduru koju neko mora ispuniti da bi ta rubrika ostala nepopunjena,³³ Sud smatra da samo postojanje te rubrike nije saglasno čl. 9 Evropske konvencije. Čak i ako rubrika ostane nepopunjena, sama ta praznina *de facto* ima određenu konotaciju, tako da se i nepostojanje informacije može dovesti u vezu sa unutrašnjim uverenjima pojedinca (*forum internum*).³⁴ Zbog svega navedenog Sud je stao na stanovište da je u ovom slučaju došlo do povrede čl. 9 Evropske konvencije.

Na osnovu tumačenja Evropske konvencije u sudskim odlukama koje su prikazane mogu se izvesti određeni zaključci o uticaju negativnog aspekta slobode veroispovesti na sadržinu obrazaca javnih isprava. Najpre, unošenje podataka o verskoj pripadnosti pojedinaca u javne isprave predstavlja kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. Nezavisno od toga da li se radi o ličnim kartama, diplomama, svedočanstvima, uverenjima ili matičnim knjigama, vođenje evidencije o verskoj pripadnosti građana smatra se suprotnim čl. 9 Evropske konvencije.³⁵ Nije dozvoljeno, kako obavezno ili opciono unošenje podataka o verskoj pripadnosti (slučaj *Sofianopoulos v. Greece*), tako ni samo postojanje takve rubrike u obrascu javnih isprava (slučaj *Sinan Isik v. Turkey*). Verska pripadnost ne sme biti element odnosa pojedinca i države, a javne isprave služe upravo tim odnosima. Sud i u ovim

32 Slučaj *Sinan Isik v. Turkey*, br. predstavke 21924/05, par. 41.

33 Pri čemu je moguće da ta procedura sama po sebi predstavlja kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti, npr. ako je podnosilac zahteva primoran da delimično ili u potpunosti otkrije svoja verska uverenja.

34 Slučaj *Sinan Isik v. Turkey*, br. predstavke 21924/05, par. 37–53.

35 Pogledati i slučaj *Grzelak v. Poland*, br. predstavke 7710/02.

slučajevima ostaje dosledan principu da niko ne može biti primoran da otkrije svoja verska uverenja u potpunosti ili delimično u okviru svojih odnosa sa državom.

Negativna sloboda veroispovesti, međutim, nije apsolutna. Pozitivni aspekti slobode misli, savesti i veroispovesti mogu biti ograničeni pod sledećim uslovima: 1. predviđenost u zakonu, 2. ostvarivanje jednog od legitimnih ciljeva pravnog sistema i 3. neophodnost u demokratskom društvu pri čemu posebno treba obratiti pažnju na načelo proporcionalnosti (odnos između koristi koja se postiže za društvo i štete koja se nanosi pojedincu). Negativni aspekt, takođe može biti predmet određenih ograničenja pod istim ovim uslovima. To je Evropski sud utvrdio u slučaju *Wasmuth v. Germany*.³⁶

Podnosilac predstavke je zaposleno lice u Nemačkoj. Kao i svi poreski obveznici i on je posedovao poresku karticu,³⁷ na kojoj se nalazi rubrika u kojoj treba da stoji naziv crkve kojoj imalac kartice pripada i u čiju korist poslodavac treba da odbije određeni procenat njegove plate.³⁸ Na njegovoj poreskoj kartici u ovoj rubrici bile su upisane samo dve crte kao znak da on ne pripada nijednoj verskoj zajednici koja se finansira na osnovu crkvenog poreza. Ta informacija je neophodna poslodavcu kako ne bi odbijao porez od njegove plate. Tvrdeći da se postojanjem takve rubrike u poreskoj kartici narušava njegovo pravo da se ne izjašnjava o svojim verskim uverenjima, on je bezuspešno pokušavao pred nemačkim sudovima da zatraži izdavanje poreske kartice bez sporne rubrike. Na kraju se obratio predstavkom Evropskom sudu za ljudska prava.

Sud je zauzeo stav da se unošenje podataka o verskoj pripadnosti u poresku karticu svakako može dovoditi u vezu sa negativnim aspektom slobode veroispovesti. Obaveza koja je nametnuta podnosiocu predstavke da pruži određenu informaciju o svojim verskim uverenjima svakako predstavlja narušavanje njegovog prava da se ne izjašnjava o svojoj verskoj pripadnosti. Međutim, ta obaveza je predviđena nemačkim zakonima i služi postizanju legitimnog cilja – zaštite prava crkava i verskih zajednica da se finansiraju iz crkvenog poreza. Što se tiče

36 Slučaj *Wasmuth v. Germany*, br. predstavke 12884/03.

37 Na poreskoj kartici se nalaze svi poreski odbici od plate koju njen imalac prima.

38 Crkveni porez u Nemačkoj plaćaju samo oni koji se izjašnjavaju kao članovi rimokatoličke crkve, protestantskih crkava, jevrejske verske zajednice i još nekih verskih zajednica.

načela proporcionalnosti, Sud je ispravno primetio da podatak koji se upisuje u poresku karticu ima samo ograničenu informativnu vrednost, jer ukazuje da njen imalac ne pripada jednoj od šest crkava i verskih zajednica koje se finansiraju iz crkvenog poreza. Pored toga, osnovna razlika u odnosu na prethodna dva slučaja sa ličnim kartama, jeste opseg upotrebe poreske kartice. Za razliku od lične karte koja se koristi u brojnim pravnim poslovima i ima opštu upotrebu, poreska kartica se koristi samo u pravnim odnosima između poslodavca, zaposlenog i poreskih organa. Zbog toga Sud smatra da nije došlo do neproporcionalne intervencije države i povrede negativnog aspekta slobode veroispovesti. Sud, međutim, nije isključio mogućnost da bi moglo doći do sličnih situacija kod kojih bi balansiranje interesa dovelo do drugačijeg ishoda sudskog postupka.

U vezi sa negativnim aspektom slobode veroispovesti iz gore analiziranog slučaja može se zaključiti da ni ova sloboda nije apsolutna i da svako njeno ograničenje mora ispunjavati iste uslove kao i ograničenje pozitivnog aspekta slobode veroispovesti. Time je Sud pokazao doslednost svojih odluka, potvrđujući ista pravila koja je utvrdio u slučaju *Buscarini and others v. San Marino*.

4. NEGATIVNI ASPEKT SLOBODE VEROISPOVESTI U SRPSKOM PRAVU

Pitanja koja su razmatrana u ovom radu deluju dosta udaljena od Srbije i njenog pravnog poretka. Mogućnost polaganja verske zakletve u građanskom i krivičnom postupku ne postoji, dok se u javnim ispravama decenijama ne pojavljuje verska pripadnost kao obavezni podatak. Takođe, u Srbiji ne postoje ni crkveni porezi, tako da pojedinac nije u obavezi da otkrije svoja verska uverenja u odnosima sa državom. Međutim i kod nas se govorilo o negativnom aspektu slobode veroispovesti i to u raspravi pred Ustavnim sudom povodom inicijative za ocenu ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama (ZCVZ).³⁹

Zakon o crkvama i verskim zajednicama predviđa u čl. 18 da je za upis u registar crkava i verskih zajednica zainteresovana verska organizacija dužna da nadležnom državnim organu podnese između ostalog i „odluku o osnivanju verske organizacije sa imenima, prezimenima, bro-

39 Odluka o odbijanju predloga za ocenu ustavnosti/zakovitosti, IUz-455/2011, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2013.

jevima identifikacionih dokumenata i potpisima osnivača od najmanje 0,001% punoletnih državljana Republike Srbije koji imaju prebivalište u Republici Srbiji prema poslednjem zvaničnom popisu stanovništva“ (čl. 18, st. 2, tač. 1 ZCVZ).⁴⁰ U raspravi pred Ustavnim sudom postavljeno je pitanje da li je ova zakonska obaveza dostavljanja ličnih podataka osnivača u saglasnosti sa ustavnim odredbama o zaštiti slobode ličnosti, slobode veroispovesti i pravom na poštovanje privatnog života iz čl. 8 Evropske konvencije.⁴¹ Od značaja za ovaj rad jeste pitanje da li ova obaveza osnivača verske organizacije predstavlja ograničavanje ili povredu njihovog prava na neizjašnjavanje o verskim uverenjima.

Iako zastupnici stava da se ovom obavezom narušava negativni aspekt slobode veroispovesti nisu dali jake argumente u prilog te tvrdnje, ipak bi trebalo prihvatiti ovo mišljenje. Više je razloga za to: najpre Evropski sud je zauzeo mišljenje da obaveza i najmanjeg delimičnog otkrivanja verskih uverenja pojedinca predstavlja povredu prava na neizjašnjavanje o verskim uverenjima. Iako se na osnovu odgovora Narodne skupštine može zaključiti da lica koje se pojavljuju kao osnivači verskih organizacija ne moraju biti njihovi članovi, jasno je da se to u praksi retko dešava,⁴² ali čak i da jeste tako sama činjenica da osnivači pokazuju privrženost verskoj organizaciji koju osnivaju može se smatrati povredom negativnog aspekta slobode veroispovesti. Ako se u slučaju *Wasmuth v. Germany* činjenica da pojedinac na osnovu poreske kartice otkriva da nije član jedne od šest verskih zajednica u Nemačkoj smatra povredom slobode veroispovesti, u tom slučaju *a fortiori* se može smatrati povredom iste slobode otkrivanje nečije makar i privrženosti određenoj verskoj organizaciji. Argument kojim bi se moglo pobijati ovako mišljenje jeste činjenica da niko nije zakonom primoran da učestvuje u osnivanju određene verske organizacije, pa samim tim i ne postoji prinuda na otkrivanje verskih uverenja. Međutim, ako se stvari sagledaju onako kako se u praksi najčešće i dešava, može se tvrditi da prilikom osnivanja novih verskih zajednica, one imaju mali broj pristalica koji, ako žele da registruju svoju organizaciju u skladu sa Zakonom o crkvama i verskim zajednicama radi potpunog uživanja slobode veroispovesti, zapravo jesu prinuđeni da otkriju svoju versku privrženost.

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

41 A. Raković, V. Đurić, *Pravo, vera, kultura*, Beograd 2012, 131.

42 T. Marinković, *op. cit.* fn. 3, 371.

Iako se može reći da sporna obaveza predstavlja narušavanje negativnog aspekta slobode veroispovesti, da bi se moglo govoriti o povredi ove slobode treba proveriti da li je takva obaveza predviđena zakonom, služi postizanju legitimnog cilja i neophodna u demokratskom društvu uz poseban osvrt na načelo proporcionalnosti. Ukoliko se pokaže da pomenuto ograničenje ispunjava ove uslove, onda se ne može govoriti o povredi negativnog aspekta verske slobode u smislu Evropske konvencije.

Na prvi pogled je jasno da je ova obaveza propisna zakonom i da je doneta sa ciljem da se pravno reguliše pitanje registracije verskih zajednica, pri čemu je neophodno omogućiti državnim organima da na neki način utvrde da verska zajednica zaista postoji i da se spreče eventualne zloupotrebe do kojih bi moglo doći ako takvu proveru državni organi ne mogu izvršiti. Dakle, postoji i legitimni cilj čijem postizanju teži ovakvo pravno postupanje. Na kraju ostaje najteže, ali i suštinsko pitanje: da li je ovakva praksa neophodna u demokratskom društvu i da li je ispoštovano načelo proporcionalnosti. Neophodnost postojanja ovakve obaveze može se argumentovati kako uporednopravnom analizom, tako i ciljevima kojima služi.

Odgovor na pitanje da li je šteta koja se nanosi pojedincu proporcionalna društvenoj koristi koja se ostvaruje, daleko je teže. U ovom slučaju pojedinac, samo ako to želi, dostavlja svoje podatke neregistrovanoj verskoj organizaciji, koja te podatke prosleđuje državnom organu nadležnom za poslove vera. Pri tome sama verska zajednica u čijem osnivanju učestvuje i nadležni državni organ ne traže od njega da se izjasni o svojim verskim uverenjima. Kako god, samom činjenicom da je pristao da učestvuje u osnivanju jedne verske organizacije, on je pružio informaciju koja se delimično odnosi na njegova najdublja unutrašnja mišljenja i uverenja. Ovim njegovim aktom treća lica mogu steći neku ideju o njegovim verskim uverenjima, što zaista ne deluje disproportionalno u odnosu na veliku društvenu korist koja se ostvaruje, a to je ostvarivanje slobode veroispovesti i obezbeđivanje reda i sigurnosti u oblasti vera. Ova situacija najviše podseća na slučaj *Wasmuth v. Germany*, iz kojeg se može izvesti još jedan argument u korist gore navedene tvrdnje. Evropski sud je smatrao značajnom činjenicu da se opseg upotrebe poreske kartice u Nemačkoj može smatrati ključnom razlikom ovog slučaja u odnosu na slične slučajeve kod kojih je ustanovio povredu čl. 9 Evropske konvencije. Pošto su podaci sa te

kartice poznati samo njenom imaocu, poslodavcu i poreskim organima Sud je zaključio da nema povrede čl. 9 Evropske konvencije, za razliku od drugih slučajeva kada je identičnu situaciju sa ličnim kartama ipak ocenio kao kršenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. I u našem slučaju radi se o sličnoj situaciji, jer podatak o verskoj privrženosti pojedinca imaju samo verska zajednica u čijem je osnivanju učestvovao i nadležni državni organ. Na osnovu svega rečenog proizilazi zaključak da obaveza verskih organizacija da dostave spisak sa imenima osnivača ne predstavlja narušavanje negativnog aspekta slobode veroispovesti koji je neprihvatljiv u demokratskom društvu i suprotan Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sloboda misli, savesti i veroispovesti predstavlja jedan od temelja demokratskog društva. Ona je značajna ne samo za vernike, već i za ateiste, agnostike, skeptike i nezainteresovane. Ona obuhvata pravo prihvatanja, promene i upražnjavanja verskih učenja. Takođe, ona poseduje i svoju negativnu stranu – pravo neprihvatanja, neupražnjavanja i neizjašnjavanja o verskim uverenjima. Država je dužna da poštuje podjednako i pozitivne i negativne aspekte slobode veroispovesti. Pozitivni aspekt verske slobode delimično je definisan Evropskom konvencijom, a delimično praksom Evropskog suda. Sa druge strane, ideja o negativnom aspektu slobode veroispovesti razrađena je u tumačenjima Evropske konvencije koja su sastavni deo prakse Evropskog suda. Pošto tumačenja Evropske konvencije koja daje Sud deluju *erga omnes* iz njih se mogu derivirati pravila koja čine sadržinu negativnog aspekta slobode veroispovesti.

Dakle, pravila o zaštiti negativnog aspekta slobode veroispovesti su jurisprudencijalnog porekla. Evropski sud je postepeno i kazuistički razvijao svoju doktrinu o negativnom aspektu slobode veroispovesti. Najpre je stao na stanovište da je neprihvatljivo da postoji pretpostavka da sva lica, koja radi preuzimanja određenih položaja ili funkcija moraju polagati zakletvu, pripadaju većinskoj veroispovesti, pri čemu ona moraju otkriti makar i delimično svoja verska uverenja ako žele izbeći polaganje verske zakletve (slučaj *Buscarini and others v. San Marino*). Potom je utvrđena obaveza državnih organa da ne smeju dovoditi bilo koga u situaciju da mora otkriti svoja verska uverenja. Kod pravnih

procedura koje se dovode u blisku vezu sa verskim uverenjima pojedinaca, država ima obavezu da obezbedi uslove svim zainteresovanim licima da mogu ostvariti svoja prava ili ispuniti svoje građanske obaveze, a da pri tome ne budu primorani da makar i delimično otkriju svoja verska uverenja (slučaj *Alexandridis v. Greece*).

Zaštita negativnog aspekta slobode veroispovesti podrazumeva postojanje određenih alternativa u odnosu na pravne procedure koje imaju verski element. Zainteresovani pojedinac treba da bude u mogućnosti da se koristi alternativom, a da prethodno ne otkrije delimično ili u celosti svoja verska uverenja. Takođe, Sud je ustanovio pravilo da kada dođe do povrede negativnog aspekta verske slobode, nije moguć povratak u pređašnje stanje, jer nepopravljiva šteta nastaje u trenutku povrede nečijeg prava. Zato je država dužna da preduzme legislativnu akciju sa ciljem da iz svog zakonodavstva eliminiše sve ono što može dovesti do povrede negativnog aspekta slobode veroispovesti (slučaj *Dimitras v. Greece*).

Verska pripadnost ne sme biti element odnosa pojedinca i države. Pošto javne isprave služe uglavnom identifikaciji pojedinca u odnosima sa državom, one ne smeju sadržati ni kao obavezan ni kao opcioni podatak versku pripadnost imaoća isprave. Nije dozvoljeno postojanje rubrike veroispovest u javnim ispravama, i u onim slučajevima kada zakon predviđa da ta rubrika može ostati nepopunjena, jer Sud smatra da se i sama činjenica da je ta rubrika prazna može smatrati delimičnim otkrivanjem imaočevih verskih uverenja (*Sinan Isik v. Turkey*).

Sud nikada nije prihvatio tvrdnju da je pozitivni aspekt pretežniji od negativnog aspekta slobode veroispovesti. U prilog tome govori i činjenica da svako ograničenje negativnog aspekta slobode veroispovesti mora ispunjavati tri uslova da bi bilo dopušteno, (predviđenost u zakonu, legitimni ciljevi, neophodnost u demokratskom društvu). Isto to važi i za ograničenja pozitivnog aspekta slobode veroispovesti, pa se može reći da su ova dva aspekta u potpunosti izjednačena po značaju. To znači takođe i da negativna sloboda veroispovesti nije apsolutna, jer kada određeno ograničenje ispunjava gore pomenute kriterijume, ono se može smatrati dopuštenim (slučaj *Wasmuth v. Germany*).

Kada se sagledaju gore navedeni slučajevi stiče se utisak da u našem pravu ne postoji nijedna sporna odredba koja bi predstavljala ograničenje negativnog aspekta slobode veroispovesti. Religija je posle drugog svetskog sistematski proterana iz javnog života, tako da ne

postoje pravne procedure koje se mogu dovesti u direktnu vezu sa verskim uverenjima pojedinca. Međutim i kod nas se govorilo o negativnom aspektu slobode veroispovesti prilikom rasprave pred Ustavnim sudom o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama. Sporna je bila odredba da novoosnovana verska organizacija u postupku registracije mora dostaviti podatke o određenom broju osnivača. Iako se njihovo pojavljivanje u ovom postupku može tretirati kao delimično otkrivanje verskih naklonosti tih lica, treba reći da ovo ograničenje negativnog aspekta slobode veroispovesti ispunjava sve uslove da bi bilo dopušteno. Ono je po intenzitetu skoro nezatno, a postiže se veoma bitan legitimni cilj: ostvarivanje slobode veroispovesti i očuvanje reda i sigurnosti u oblasti vera.

Zaštita negativnog aspekta slobode veroispovesti zapravo se pojavljuje kao preduslov uživanja prava koja su definisana pozitivnim aspektom ove slobode. Iako su ti pozitivni aspekti mnogobrojniji i o njima se više govori i piše, zaštita negativnih aspekata je daleko precizniji i delikatniji posao. Po značaju za demokratsko društvo i zaštiti koju im pruža Evropski sud oba aspekta svakako su ravnopravna – to su dva lica iste medalje.

Dalibor Đukić, M.A., LL.M.
Junior Faculty Member at the Faculty of Law,
University of Belgrade

NEGATIVE ASPECT OF FREEDOM OF RELIGION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom protects the freedom of thought, conscience and religion as one of the foundations of a democratic society. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies freedom to manifest one's religion alone and in private or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Also Article 9 enshrines negative rights, for example freedom not to hold religious beliefs and not to practice

a religion. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not provide for the protection of the negative aspects of religious freedom. The European Court of Human Rights, however, recognizes its existence.

Key words: *Religious freedom. – Freedom of thought conscience and religion. – Negative liberty. – ECHR.*

Mr Sanja Gongeta*

SOCIETAS UNIUS PERSONAE – UJEDNAČAVANJE NAKON REGULATORNOG NATJECANJA

U radu se analizira prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom kao pokušaja ujednačavanja i olakšavanja uvjeta potrebnih za osnivanje trgovačkih društava u inozemstvu. Prijedlogom Direktive zahtijeva se od država članica da u svojim pravnim sustavima predvide oblik trgovačkog društva nazvanog Societas Unius Personae – SUP, koji bi slijedio ista pravila u svim državama članicama Europske unije. Jednočlano društvo s ograničenom odgovornošću ne predstavlja novi nadnacionalni pravni oblik trgovačkog društva već doprinosi ostvarivanju slobode poslovnog nastana te otklanja mogućnost daljnjeg regulatornog natjecanja među državama članicama. Olakšana prekogranična djelatnost trgovačkih društava trebala bi povećati gospodarski rast, inovacije i radna mjesta u Europskoj uniji.

Ključne riječi: Sloboda poslovnog nastana. – Regulatorno natjecanje. – Društvo s ograničenom odgovornošću s jednim članom. – Ujednačavanje.

1. UVODNO

Mala i srednja poduzeća od posebnog su značaja za razvoj gospodarstva Europske unije. Prema posljednjim istraživanjima u Europskoj uniji registrirano je gotovo dvadeset jedan milijun malih i srednjih poduzeća koja proizvode više od polovine bruto društvenog proizvoda Europske unije te čine gotovo sedamdeset posto zaposlenih u privatnom sektoru.¹

* Predavač na Veleučilištu Lavoslav Ružička u Vukovaru, Republika Hrvatska, sgongeta@vevu.hr.

1 Dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/hr/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.2.html (2.2.2015).

Aktivno prekogranično poslovanje što većeg broja malih i srednjih poduzeća u unutarnjem tržištu² Europske unije stoga je i više no dobrodošlo. Ipak poduzetnici su i dalje suočeni s preprekama upravo u dijelu koji se odnosi na prekogranično poslovanje što u konačnici negativno utječe na razvoj i potpuno ostvarivanje potencijala malih i srednjih poduzeća kao i njihovom doprinosu gospodarstvu Europske unije.

U tom kontekstu, kao prepreka ističu se skupo i otežano prekogranično poslovanje uzrokovano raznolikim nacionalnim zakonodavstvima, s posebnim naglaskom na razlike u nacionalnim pravima trgovačkih društava kao i nedostatak povjerenja u strana trgovačka društva među potrošačima i poslovnim partnerima.³ Trgovačka društva su za poslovanje u drugoj državi članici Europske unije najčešće osnivala društva kćeri što uvijek uključuje i troškove pravnih i administrativnih zahtjeva, a čija se visina razlikuje od države do države.

Neki od pokušaja poboljšanja poslovnog okruženja i rješavanja pitanja troškova osnivanja trgovačkog društva u unutarnjem tržištu Europske unije bili su sadržani u prijedlogu o statutu europskog privatnog trgovačkog društva (*Societas Privata Europaea – SPE*) u 2008. godini.⁴

Prijedlogom se pokušalo pojednostaviti i fleksibilizirati prekogranična djelatnost kroz jedinstven europski oblik društva s ograničenom odgovornošću u svim državama članicama.

S obzirom na to da prijedlog nije naišao na podršku među svim državama članicama, Europska komisija povukla je prijedlog o statutu europskog privatnog trgovačkog društva i usmjerila se na donošenje novih mjera kojima bi se poboljšala mogućnost većeg prekograničnog djelovanja malih i srednjih poduzeća Europske unije.

Nastavno na takvu odluku, Komisija je donijela prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom (*Societas Unius Personae – SUP*). Kako je

-
- 2 Unutarnjim tržištem Europske unije smatra se jedinstveno tržište koje osigurava slobodno kretanje robe, usluga, kapitala i ljudi i gdje građani slobodno mogu živjeti, raditi, studirati ili poslovati. Regulirano je čl. 26 Ugovora o funkcioniranju Europske unije.
 - 3 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom, COM(2014) 212 final, 2.
 - 4 COM(2012) 573, 3.10.2012.

navedeno u samom prijedlogu, cilj direktive je svakom potencijalnom osnivaču trgovačkog društva olakšati osnivanje trgovačkih društava u inozemstvu.

To bi, prema mišljenju Komisije, trebalo dodatno potaknuti poduzetništvo te dovesti do povećanja rasta, inovacija i radnih mjesta u Europskoj uniji.

Nakon osvrta na značaj ostvarivanja slobode poslovnog nastana i regulatorno natjecanje među državama članicama koje je njome uzrokovano, ukazat ćemo na sustavni rad Europske komisije i Vijeća na rješavanju problema skupog prekograničnog djelovanja malih i srednjih poduzetnika.

Analizom samog prijedloga Direktive Europske komisije i Vijeća za društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom odgovorit će se na pitanja značaja ovakvog oblika trgovačkog društva u svim državama članicama, njegovom utjecaju na razvoj prekograničnog djelovanja malih i srednjih poduzeća, te prednosti u odnosu na dosadašnje oblike u nacionalnim zakonodavstvima.

2. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA

Za uspješno prekogranično poslovanje trgovačkih društava u unutarnjem tržištu Europske unije ključno je ostvarivanje slobode poslovnog nastana zajamčeno čl. 49 Ugovora o funkcioniranju Europske unije.⁵ Sloboda poslovnog nastana predstavlja jednu od četiri temeljne gospodarske slobode Europske unije, te podrazumijeva pravo pokretanja i obavljanja samostalne, trajne i neprekidne gospodarske djelatnosti, osnivanje i upravljanje poduzećima prema uvjetima kakvi su zakonom propisani za vlastite državljane u državi članici u kojoj se takav poslovni nastan ostvaruje.⁶

Sloboda poslovnog nastana omogućuje trgovačkim društvima pri pokretanju poslovnog pothvata izbor mjerodavnog prava neke od država članica te obavljanje djelatnosti i smještanje stvarnog sjedišta trgovačkog društva bilo gdje na području Europske unije.⁷

5 Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012), OJ C 326.

6 Upor.: H. Horak, K. Dumančić, Z. Šafranko, *Sloboda poslovnog nastana*, Zagreb 2013, 1.

7 *Ibid.*, 7.

U praksi se očituje ili u obliku a) primarnog poslovnog nastana osnivanjem novog trgovačkog društva ili prenošenjem mjesta s kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu ili b) sekundarnog poslovnog nastana, koje podrazumijeva osnivanje društva kćeri, podružnice ili zastupstva u drugoj državi članici.⁸ Ostvarivanje slobode poslovnog nastana ne treba poistovjećivati sa slobodom pružanja usluga.⁹ Prema Ugovoru o funkcioniranju Europske unije uslugama se smatraju različite radnje, industrijske djelatnosti, trgovačke djelatnosti, zanatske djelatnosti kao i djelatnosti samostalnih zanimanja i slobodnih profesija koja se obavljaju uz naknadu.

Potpuno ujednačavanje ostvarivanja slobode poslovnog nastana u nadnacionalnom smislu otežava primjena različitih teorija sjedišta trgovačkog društva u nacionalnim zakonodavstvima država članica. U pravnoj teoriji razlikuju se teorija osnivanja¹⁰ (*incorporation theory*) i teorija stvarnog sjedišta¹¹ (*real seat theory*) trgovačkog društva. Prema teoriji osnivanja, za priznavanje pravne osobnosti, trgovačko društvo mora biti uređeno u skladu s propisima države osnivanja, koja se odnose na odredbe o registraciji pravne osobe. U pravilu se u temeljnom osnivačkom aktu trgovačkog društva za sjedište određuje mjesto na području države osnivanja što ima za posljedicu da se statutarno sjedište pravne osobe nalazi u državi osnivanja. Prema teoriji stvarnog sjedišta, osobni statut pravne osobe ocjenjuje se po pravu države u kojoj se nalazi njezino stvarno sjedište i kao osobni statut trgovačkog društva određuje se pravo države u kojoj se nalazi njezino stvarno sjedište odnosno sjedište njezine glavne uprave.¹²

Slijedom slobode poslovnog nastana, društvu osnovanom prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju priznati pravnu osobnost i omogućiti poslovanje bez diskriminiranja u odnosu na

8 H. Horak, K. Dumančić, J. Pecotić Kaufman, *Uvod u europsko pravo društava*, Zagreb 2010, 104.

9 O slobodi poslovnog nastana i razlici u odnosu na slobodu pružanja usluga vid. u: S. Petrović, P. Ceronja, *Osnove prava društava*, Zagreb 2013, 27.

10 Teorija osnivanja prihvaćena je u Nizozemskoj, Danskoj, Irskoj, Velikoj Britaniji, Malti, Švedskoj, Češkoj, Slovačkoj, Finskoj, Mađarskoj i Cipru.

11 Teorija stvarnog sjedišta primjenjuje se u Hrvatskoj, Belgiji, Njemačkoj, Španjolskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Portugalu, Litvi, Poljskoj, Estoniji, Norveškoj, Austriji, Sloveniji i Latviji.

12 V. Bouček, „Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih europskih trgovačkih društava u europskom međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ)*, 56/2006, 132–134.

vlastite poduzetnike. Naglasimo kako su pri pokretanju poslovnog pothvata, poduzetnicima ključni niski financijski troškovi, brza administracija te sve češće registracija putem interneta.¹³

Već spomenuta raznolikost nacionalnih zakonodavstava, posebno u području prava društava poduzetnicima je pružila mogućnost izbora najbržeg i jeftinijeg sustava osnivanja trgovačkog društva. Međutim, ovisno o teoriji sjedišta primjenjivoj u određenoj državi članici Europske unije poduzetnicima se ograničavalo ostvarivanje slobode poslovnog nastana.

Naime, različite teorije sjedišta onemogućavaju društvima prijenos središnjeg mjesta upravljanja ili registriranog sjedišta u drugu državu članicu.¹⁴

2.1. Utjecaj prakse Europskog suda na regulatorno natjecanje

Praksa Europskog suda bila je ključna za ostvarivanje prava poslovnog nastana kao temelja za međusobno priznavanje društava na području Europske unije. U predmetima¹⁵ koji su se našli pred Europskim sudom, a koji se ističu u recentnoj pravnoj literaturi,¹⁶ izražen je stav

13 M. Becht, C. Mayer, H. Wagner, „Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry“, *Journal of Corporate Finance* 14/2008, 241–256, 242; U. Noack, M. Beurskens, „Of Tradition and Change – The Modernization of the German GmbH in The Face of European Competition“, *CBC 0037*, 07/2008, 5; R. Braun et al., „Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reforms“, *ECGI Working Paper No 308*, 2011, 2; M. Eckardt, „The European Private Company: Do we need another 28th private company law form in the EU? On regulatory competition of corporate law“, *Discussions on Estonian economic policy: Theory and practice of economic policy*, 20/2012, 52.

14 H. Horak, K. Dumančić, Z. Šafranko, *op. cit.* fn. 7, 12.

15 Judgment of the Court of 9 March 1999 – *Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* – Case C-212/97, European Court Reports 1999, Part I, page 1459; Judgment of the Court of 5 November 2002 – *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Case C-208/00, European Court Reports 2002, Part I, page 9919; Judgment of the Court of 30 September 2003 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, Case C-167/01, European Court Reports 2003, Part I, page 10155; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005 – *SEVIC Systems AG.*, Case C-411/03, European Court Reports 2005, Part I, page 10805.

16 J. J. Fawcett, *Freedom of establishment and Private International Law for corporations*, Oxford, 2012; M. Dukić-Mijatović, S. Gongeta, „Societas Priva-

da se trgovačkom društvu osnovanom prema pravu jedne od država članica, ne može primjenom pravnih propisa druge države članice, u kojoj to trgovačko društvo obavlja svoju gospodarsku djelatnost ili ima svoje stvarno sjedište, utjecati na pravnu osobnost.

Presude u navedenim predmetima *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *SEVIC Systems* dovele su do regulatornog natjecanja¹⁷ među državama članicama i do reformi u nacionalnim zakonodavstvima u području prava društava. U navedenim predmetima Europski sud odlučivao je o nekoliko pitanja: a) smije li država članica odredišta društvu uskratiti pravo poslovnog nastana, ako iskorištava pravo Unije kako bi zaobišlo nepovoljnije domaće propise, b) smije li se radi primjene teorije stvarnog sjedišta onemogućiti društvu izvršavanje slobode poslovnog nastana odnosno smije li država članica odredišta propisivati dodatne zahtjeve društvu za koje smatra da se koristi slobodom poslovnog nastana kako bi izbjeglo restriktivnije domaće propise, te c) smije li država članica odbiti upis prekograničnog pripajanja samo zato što propisi države u kojoj treba izvršiti registraciju predviđaju samo registraciju tzv. unutarnjih pripajanja.¹⁸

Slijedom presuda Europskog suda engleski zakonodavac modernizirao *Companies Act* 2006. godine usmjerivši se k još boljoj regulaciji engleskog oblika društva s ograničenom odgovornošću (engl. *limited liability company*). Nizak temeljni kapital od jedne funte, odustajanje od *company's secretary* te elektronička registracija u kratkom roku učinili su engleski *Limited* prvim izborom među poduzetnicima.

Mađarska se priključila regulatornom natjecanju 2007. godine te je pribjegli snižavanju temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću.¹⁹ Sličnim modelom regulatornom natjecanju odgovorila je i Poljska.²⁰

ta Europaea – supranacionalni oblik društva s ograničenom odgovornošću u Europskoj uniji“, *X majske savjetovanje Uslužni poslovi* (ur. Miodrag Mićević), Kragujevac 2014, 948; H. Horak, K. Dumančić, Z. Šafranko, *op. cit.* fn. 6, 12.

17 Više o regulatornom natjecanju vid. u: A. Sachdeva, „Regulatory competition in European company law“, *EUR J. Law Econ.* 30, 2010, 137, 138.

18 H. Horak, K. Dumančić, Z. Šafranko, *op. cit.* fn. 7, 12 fn. 12.

19 L. Hornuf, „Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law: An Empirical Analysis“ (Inaugural-Dissertation), 2010, 20, http://edoc.ub.uni-muenchen.de/13102/1/Hornuf_Lars.pdf (1.12.2014).

20 S. Gongeta, „Promjene regulatornog okvira njemačkog društva s ograničenom odgovornošću kao posljedica regulatorne konkurencije u području prava dru-

Slijedom toga, od 2008. godine u Njemačkoj je moguće osnovati inačicu već postojećeg društva s ograničenom odgovornošću, tzv. mini društvo s ograničenom odgovornošću (njem. *Unternehmergeellschaft* ili *UG – haftungsbeschränkt*).²¹ Dok je za klasično društvo s ograničenom odgovornošću potrebno 25.000 eura temeljnog kapitala, za inačicu je dovoljno svega jedan euro. Njemački zakonodavac propisuje obvezu zadržavanja zakonskih rezervi u iznosu jedne trećine godišnje financijske dobiti mini društva s ograničenom odgovornošću koje su usmjerene za prikupljanje punog iznosa temeljnog kapitala potrebnog za osnivanje klasičnog društva s ograničenom odgovornošću. Ovaj zahtjev opravdan je potrebom zaštite vjerovnika s obzirom na nisku razinu temeljnog kapitala potrebnog pri osnivanju inačice društva s ograničenom odgovornošću.

Kao posljednja država koja je postala članica Europske unije Republika Hrvatska također je Izmenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima²² 2012. godine predvidjela mogućnost osnivanja inačice društva s ograničenom odgovornošću. Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću je društvo kapitala, ima najviše tri člana i jednog člana uprave. Osniva se uz temeljni kapital od 10 kuna, poslovni udjeli moraju glasiti na pune iznose kuna, uloži za preuzete poslovne udjele uplaćuju se samo u novcu te je propisana obveza zadržavanja zakonskih rezervi u iznosu četvrtine godišnje dobiti. U zakonu je taksonativno nabrojano za što se rezerve smiju koristiti.²³ Ovdje bismo naglasili kako je cilj hrvatskog zakonodavca prilikom usvajanja Izmjena i dopuna Zakona o trgovačkim društvima 2012. godine bilo povećanje konkurentnosti zakonskih odredbi u odnosu na ostale članice Europske unije te poticanje poduzetničke klime i povećanje mogućnosti samoza-

štava među državama članicama Europske unije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2014, 819–849, 826.

- 21 § 5a Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, *RGBl.* I S. 477, *BGBl.* I S. 2586.
- 22 *Narodne novine* br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013.
- 23 Prema čl. 390a st. 5 Zakona o trgovačkim društvima zakonske rezerve smiju se upotrijebiti za: 1. povećanje temeljnog kapitala, 2. pokriće gubitka iskazanog za godinu za koju se podnose godišnja financijska izvješća ako nije pokriven iz dobiti prethodne godine, 3. za pokriće gubitka iskazanog za prethodnu godinu ako nije pokriven iz dobiti iskazane u godišnjim financijskim izvješćima za godinu za koju se podnose.

pošljavanja.²⁴ Uzmu li se u obzir podatci hrvatskog Ministarstva pravosuđa kako je od mogućnosti osnivanja jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću do danas osnovano njih preko jedanaest tisuća, a većina ih se odnosi na kupoprodaju, obavljanje trgovačkog posredovanja, prijevoza za vlastite potrebe i ugostiteljstvo, može se zaključiti kako su ti ciljevi zakonodavca djelomično i ispunjeni.²⁵

Ipak, u praksi bi se moglo dogoditi ono na što se najčešće upozoravalo i isticalo kao eventualan nedostatak trgovačkih društava s niskim temeljnim kapitalom, to jest postojanje velikog broja registriranih, a neaktivnih jednostavnih društava s ograničenom odgovornošću. Vrijeme će pokazati koliko će takva društva uspjeti ostati konkurentna i aktivna na tržištu.

3. PRIJEDLOG DIREKTIVE O DRUŠTVIMA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU S JEDNIM ČLANOM

Kako smo uvodno istaknuli mala i srednja poduzeća su zbog svoje brojnosti od iznimnog značaja za razvoj gospodarstva Europske unije. Jedan od glavnih ciljeva desetogodišnje strategije Europske unije²⁶ je poboljšanje poslovnog okruženja s posebnim naglaskom na mala i srednja poduzeća.²⁷ Istraživanja su pokazala kako se zanemariv broj poduzetnika odlučuje za prekogranično poslovanje. Razlog tome su neujednačena pravila za osnivanje trgovačkih društava i njihovih podružnica u nacionalnim zakonodavstvima država članica Europske unije. Poduzetnici smatraju osnivanje društava kćeri u drugim državama članicama iznimno skupima i nepraktičnima, a u prilog ne ide ni nepovjerenje u strane pravne sustave.

Jedan od pokušaja rješavanja visokih troškova bio je prijedlog statuta europskog privatnog trgovačkog društva *Societas Privata Europaea*

24 J. Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak II.*, Zagreb 2013, 11 fn. 13.

25 Dostupno na: <http://admin.mprh.hr/lgs.axd?t=16&id=4186> (2.2.2015); isto i: S. Gongeta, *op. cit.* fn. 21. 845.

26 Europa 2020 – učiniti poslovanje jednostavnijim i boljim, COM(2010) 2020, 3.3.2010.

27 J. Schmidt, „Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?“, *GmbH im Blickpunkt*, 9/2014, 129.

– SPE iz 2008.²⁸ Prijedlogom se željelo malim i srednjim poduzećima osigurati jednostavan, fleksibilan i jedinstven instrument na nadnacionalnoj razini kojim bi se olakšalo njihovo prekogranično djelovanje. Kako nije došlo do mogućnosti jednoglasnog donošenja statuta između država članica, Komisija je u Prilogu Komunikaciji o „Primjerenosti i učinkovitosti propisa (REFIT): zaključci i sljedeći koraci“²⁹ povukla prijedlog o *Societas Privata Europaea* i donijela prijedlog alternativnih mjera za rješavanje navedenih problema.³⁰

Ključni elementi prijedloga Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom mogu se sažeti u nekoliko točaka:

- a) predlaže se trgovačkopravni oblik za privatna društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom uz iste zahtjeve u nacionalnim zakonodavstvima svih država članica,
- b) države članice bile bi obvezne omogućiti registraciju *Societas Unius Personae* izravno putem interneta bez potrebe da osnivač u tu svrhu dolazi u zemlju registraciju,
- c) propisuje se obrazac društvenog ugovora koji bi u čitavoj Europskoj uniji bio jednak, dostupan na svim službenim jezicima Europske unije te bi sadržavao elemente potrebne za vođenje privatnog društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom,
- d) temeljni kapital bi iznosio jedan euro,
- e) provjera bilance i potvrda o solventnosti osigurala bi vjerovnike u poslovanju s društvom.

3.1. Inicijativa i pravni okvir prijedloga direktive

Inicijativa za donošenje prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća temelji se na istraživanju provedenom među javnim tijelima, sindikatima, gospodarskim udrugama, pripadnicima akademske zajednice i pojedincima unutar granica Europske unije, a s ciljem razvoja strategije budućeg razvoja europskog prava trgovačkih dru-

28 Prijedlog Uredbe Vijeća o statutu europskog privatnog društva, COM(2008) 396.

29 COM(2013) 685, 2.10.2013.

30 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom, COM(2014) 212 final, 2.

štava.³¹ Prilikom pokretanja inicijative, javni bilježnici su ukazali na upitnu sigurnost elektroničke registracije trgovačkih društava kao i na potrebu odgovarajućeg nadzora nad takvim postupkom. Također, istaknuta je potreba dodatne provjere solventnosti poduzetnika koji poslovanje pokreću s niskom razinom temeljnog kapitala.³²

Nakon provedene procjene utjecaja koje je provela Europska komisija odustalo se od neprovedivih prijedloga, odnosno izostala je potpora zainteresiranih strana pa *Societas Unius Personae* ne predstavlja nadnacionalni pravni oblik trgovačkog društva, a odgođeno je i usklađivanje prava trgovačkih društava povezanog s osnivanjem društava kćeri samo s malim i srednjim poduzećima kao osnivačima.

Konačno, odabrana je mogućnost elektroničke registracije uz standardiziran obrazac društvenog ugovora te zahtjev za temeljnim kapitalom od minimalnih 1 euro, kojega prate provjera bilance stanja poduzetnika i potvrda o njegovoj solventnosti.

3.2. *Societas Unius Personae* – SUP

Mogućnost osnivanja društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom prema ujednačenim pravilima u svakoj od država članica značajno doprinosi razvoju prava trgovačkih društava Europske unije.³³ Kako je predviđeno Direktivom, *Societas Unius Personae* može se osnovati *ex nihilo* ili pretvaranjem trgovačkog društva koje već postoji u neki drugi pravni oblik trgovačkog društva.³⁴

Osniva li se *Societas Unius Personae ex nihilo*, može ga osnovati fizička i pravna osoba pa i ona pravna osoba koja je društvo s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

31 Kako je navedeno u preambuli prijedloga Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom, u javnom elektroničkom savjetovanju sudjelovala su 242 sudionica pri čemu je njih 62% izrazilo stajalište kako bi usklađivanje pravila za društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom olakšalo prekogranično djelovanje. 64% je smatralo da takva inicijativa mora sadržavati elektroničku registraciju trgovačkog društva standardiziranim obrascem diljem Europske unije.

32 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom, COM(2014) 212 final, 4.

33 T. Jevremović Petrović, „Evropsko jednočlano društvo – forma za lakše funkcionisanje grupe društava“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU – 2014* (ur. Vuk Radović), Beograd 2014, 50.

34 Član 8 i 9 Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

Registrirano sjedište i središnja uprava odnosno glavno mjesto poslovanja *Societas Unius Personae* mora biti u državi članici Europske unije.

Temeljni ustrojbeni akt *Societas Unius Personae* je društveni ugovor predviđen standardnim obrascem čija je uporaba obvezna prilikom elektroničke registracije. Jedinstveni obrazac obuhvaća pitanja povezana s uspostavom, udjelom, temeljnim kapitalom, organizacijom, računima i raspuštanjem *Societas Unius Personae*.³⁵ Društveni ugovor se kasnije može izmijeniti elektronički ili drukčije u skladu s nacionalnim pravom i taj se podatak upisuje u registar trgovačkih društava u državama članicama registracije.

Člankom 13 predviđeni su podatci koje države članice mogu zahtijevati prilikom registracije *Societas Unius Personae*: naziv *Societas Unius Personae*, adresu registriranog sjedišta, središnje uprave ili glavnog mjesta poslovanja *Societas Unius Personae*, djelatnost, imena, adresu i podatke potrebne za identifikaciju osnivača, vlasnika i osoba ovlaštenih na zastupanje društva, temeljni kapital, nominalne vrijednosti svakog udjela, društveni ugovor te, ako je primjenjivo, odluku kojom se ovlašćuje pretvaranje društva s ograničenom odgovornošću u *Societas Unius Personae*.

Registracija se vrši u državi članici gdje *Societas Unius Personae* mora imati svoje registrirano sjedište. Steže pravnu osobnost upisom u registar trgovačkih društava države članice registracije koje su dužne osigurati mogućnost potpunog završetka postupka elektroničke registracije za novoosnovane *Societas Unius Personae*. Potvrdu o registraciji izdaje nadležno tijelo države članice najkasnije u roku tri dana od primitka potpune dokumentacije.

Societas Unius Personae ne izdaje više od jednog udjela koji se ne dijeli. Ako jedini udjel posjeduje više osoba, one se smatraju jednim članom.

Kako smo već spomenuli, temeljni kapital iznosi najmanje jedan euro, a u državama članicama u kojima euro nije nacionalna valuta temeljni kapital jednak je jednoj jedinici valute te države članice. Za razliku od nacionalnih zakonodavstava država članica³⁶ Direktiva ne zahtijeva obvezno zadržavanje zakonskih rezervi, no dopušta moguć-

35 Član 11 Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

36 Njemačka i Republika Hrvatska.

nost dobrovoljnih rezervi društva. Države članice ne mogu određivati najveću vrijednost jednog udjela.³⁷

Naknada za udjel isplaćuje se u cijelosti u trenutku registracije *Societas Unius Personae*. U slučaju elektroničke registracije naknada se uplaćuje na bankovni račun društva.

Upravu *Societas Unius Personae* čine jedan ili više direktora, koje mogu biti poslovno sposobne fizičke osobe i pravne osobe ako je to u skladu s nacionalnim pravom države članice. Njihov broj se uređuje društvenim ugovorom i imenuju se na neograničeno vrijeme. Jedini član može sam postati direktor, ali i u bilo kojem trenutku smijeniti direktora donošenjem odluke. Također, ovlašten je davati upute upravljačkom tijelu.³⁸

Zastupnici *Societas Unius Personae* mogu biti upravljačko tijelo sastavljeno od jednog ili više direktora koji, ako društvenim ugovorom nije što drugo određeno, društvo mogu pojedinačno zastupati. Pravo zastupanja moguće je delegirati, no isključena je mogućnost delegiranja dužnosti pokretanja stečajnog postupka ili likvidacije društva.

Societas Unius Personae može u bilo kojem trenutku odlučiti pretvorbu u drugi oblik trgovačkog društva, a u slučaju da prestane djelovati u skladu s Direktivom, države članice dužne su osigurati zahtjev za njegovim raspuštanjem ili pretvaranjem u drugi oblik trgovačkog društva. Takvo društvo prestaje upotrebljavati kraticu *SUP*.

4. UMJESTO ZAKLJUČKA

Raznolikost nacionalnih zakonodavstava država članica Europske unije, posebno nacionalnih odredbi iz područja prava društava, uvelike utječu na smanjen broj aktivnog prekograničnog poslovanja trgovačkih društava u Europskoj uniji. Mala i srednja poduzeća pokretač su gospodarstva Europske unije međutim, i dalje su suočena s nizom prepreka koja ometaju njihov potpun razvoj u okviru unutarnjeg tržišta i time ih sprječavaju da daju svoj puni potencijalni doprinos gospodarstvu Europske unije. Ujednačena pravila za njihovo djelovanje na unutarnjem tržištu Europske unije pomogla bi njihovom daljnjem razvoju.

37 Član 16 Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

38 Član 22 i 23 Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

Od ukupnog broja malih i srednjih poduzetnika registriranih u Europskoj uniji njih otprilike 12 milijuna čine društva s ograničenom odgovornošću, a gotovo polovina njih su društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. To je osnovni razlog zašto se prijedlog za ujednačena pravila u svim nacionalnim zakonodavstvima država članica odnosi upravo na društvo s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

Prijedlogom direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom nazvanog *Societas Unius Personae* standardiziraju se zahtjevi za osnivanje takvog društva, ukida se zahtjevni postupak registriranja podružnica te malim i srednjim poduzećima olakšava prekogranično poslovanje.

Inicijativu za donošenje prijedloga podržali su poduzetnici, no postavlja se pitanje koliko je takav jedinstven oblik trgovačkog društva potreban državama članicama koje su u svojim nacionalnim zakonodavstvima već fleksibilizirale uvjete za osnivanje društva s ograničenom odgovornošću.

Sanja Gongeta, Mag. Iur.

*Teacher at the College of Applied Sciences Lavoslav Ružička
in Vukovar*

SOCIETAS UNIUS PERSONAE – CONVERGENCE AFTER REGULATORY COMPETITION

Summary

The paper analyzes the proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on limited liability companies with one member as an attempt to equalize and facilitate the conditions necessary for the establishment of companies abroad. Proposed Directive requires the Member States to provide for a form of a company called *Societas Unius Personae* – SUP in their legal systems, which would follow the same rules in all Member States of the European Union. A single-member limited liability company does not constitute a new supra-national legal form of the company but contributes to the attainment of freedom of establishment and eliminates the possibility of further

regulatory competition between Member States. Facilitated cross-border activities of companies should increase economic growth, innovation and jobs in the European Union.

Key words: *Freedom of establishment. – Regulatory competition. – Limited liability company with one member. – Convergence.*

*Dr Lazar Jovevski**

*Mr Dušan Bosiljanov***

ULOGA PRETPRISTUPNIH IPA FONDOVA EUROPSKE UNIJE U SMANJIVANJU NEZAPOSLENOSTI U REPUBLICI MAKEDONIJI

U ovom radu autori analiziraju uvek aktuelno pitanje nezaposlenosti u Republici Makedoniji i načine njegovog rešenja. Analiza se pre svega odnosi na aktivne mere za zapošljavanje, koje se finansiraju preko finansijske pomoći iz pretpristupnih IPA fondova Evropske unije, koje Makedonija koristi iz Komponente 4 (razvoj ljudskih resursa) i njihove rezultate. Osnovno pitanje u radu je da li pretpristupne fondove Evropske unije mogu i koliko pomoći u smanjenju stope nezaposlenosti u Makedoniji?

Pitanje nezaposlenosti ima dublji koren u Makedoniji i već više od 20 godina je u fokusu pažnje stručne i naučne javnosti, kao i šireg društva, a istovremeno i izazov za svaku vladu u smislu njenog suzbijanja. U tom smislu i korišćenje pretpristupnih IPA fondova unije je deo mera koje se preduzimaju u smeru smanjenja nezaposlenosti. Međutim, sama priroda nezaposlenosti u R. Makedoniji, koja je višeslojna, traži zahtevnije mere, koje prelaze samo finansijske komponente, već ulaze u strukturne reforme tržišta rada. Tako, smanjenje dugoročne nezaposlenosti ne može se zamisliti bez implementacije koncepta dugoročnog učenja, kao deo neformalnog obrazovanja i sistem prekvalifikacije i dokvalifikacije, kao i reforma samog obrazovnog sistema. Autori razmatraju da li i kako IPA komponenta utiče na realno smanjenje nezaposlenosti i za koje mere se koriste sredstva, da li su oni adekvatne i nužne, kao i da li je moguć drugačiji pristup. Ističe se i uloga Agencije za zapošljavanje kao krajnjeg korisnika i distributera sredstava.

Na kraju, autori daju širi zaključak, pri čemu ističu dobre i loše strane mera i aktivnosti koje se preduzimaju, sam značaj korišćenja IPA komponente i daju svoje predloge za prevazilaženje problema nezaposlenosti.

* Pravni fakultet „Justinijan I Skoplje“, docent, l.jovevski@gmail.com.

** Pravni fakultet „Justinijan I Skoplje“, suradnik, dbosiljanov@gmail.com.

Ključne reči: *Nezaposlenost. – Zapošljavanje. – Pretpristupni fond EU. – Tržište rada. – Aktivne mere za zapošljavanje.*

1. UVOD

Nezaposlenost predstavlja ozbiljan makroekonomski problem s kojim se suočavaju nacionalne ekonomije. Kao ekonomski fenomen, nezaposlenost je pridružna pojava cikličnih fluktuacija u funkcionisanju makroekonomskog sistema i tržišta rada. Ova ekonomska, ali i pravna i društvena pojava, koja se manifestuje kroz nemogućnost zapošljavanja lica koja imaju nameru da se zaposle, moglo bi se reći da je problem savremenog društva. Visoka imperfektnost tržišta radne snage, ili nemogućnost naročito u kratkom periodu da obezbedi uravnoteženje ponude i potražnje radne snage, odnosno „čišćenje“ tržišta rada od viška radne snage, kao i delovanje mnoštva drugih faktora, uslovljavaju da nezaposlenost bude prisutna u svim nacionalnim ekonomijama, podrazumeva se, u različitom obimu i u različitoj veličini. Otuda, neravnoteža tržišta radne snage koja se izražava, pored ostalog, i preko nezaposlenosti ljudskih resursa, prisutna je i u razvijenim zemljama, ali njeni razmeri su daleko veći u zemljama u tranziciji.¹ S druge strane, nezaposlenost u različitim zemljama javlja se u različitim oblicima, odnosno postoji tzv. različita determinanta koja uslovljava nezaposlenost, pa adekvatno tome i mere njenog prevazilaženja razlikuju se od zemlje do zemlje.

Pitanje nezaposlenosti u Republici Makedoniji ima dublje ko-
rene i predstavlja problem koji opterećuje makedonsko društvo više od 20 godina. U osnovi, negativne implikacije nezaposlenosti vidljive su pre svega u okviru ekonomskih performansi privrede, u odnosu na siromašnije, kao i performanse, ako bi se moglo tako reći, tržišta rada. Stopa nezaposlenosti u Makedoniji je iznad evropskog proseka i duži period iznosila je više od 35%. Danas ova stopa iznosi oko 28%. Smanjenje nezaposlenosti je zbog nekoliko faktora. Pre svega zbog reforme sistema vođenja evidencije koja je podrazumevala odvajanje lica koja aktivno traže posao od onih lica koja se samo prijavljuju kao nezaposleni pre svega radi prava ostvarenja zdravstvene zaštite. Pored ovog u poslednjih nekoliko godina preduzimaju se niz mere u dva pravca. Pre svega povećan je broj aktivnih mera za zapošljavanje koje

1 С. Тодорова, „Невработеноста во Република Македонија“, *Зборник на истражувачки факултет „Јустинијан I“*, Скопје 2007, 496–513.

se odnose na mlade ljude,² a s druge strane broj investicija (pre svega inostranih) u poslednje tri godine je znatno povećan. Na taj način zapošljavanje, kao jedan od najznačajnijih makroekonomskih pokazatelja pokazuje znake oporavka i pomicanje po nagornjoj liniji. Ovo je veoma važno jer se zapošljavanje javlja kao preduslov razvoja i napretka u svim segmentima društvenog života, koje kao akcelerator nadograđuje i unapređuje sve ostale makroekonomske indikatore.

S druge strane, komparativna iskustva o aktivnim merama zapošljavanja govore da postoji povećanje nezaposlenosti u regionu jugoistočne Evrope, ali i u okvirima Unije. Reč je o globalnom trendu, koji je reakcija finansijske i ekonomske krize koja se je pojavila na kraju prošle decenije.³ Pa tako po Eurostat⁴ – u Grčkoj, kao zemlji koja je silno pogođena ekonomskom krizom, nezaposlenost se povećala na 27%,⁵ u Hrvatskoj 16.5%,⁶ u Srbiji iznosi 20.8%,⁷ u Španiji 24.4%, u Francuskoj 10.5%, dok u Sjedinjenim Američkim državama 6.1%. Ovo znači da je nezaposlenost globalan izazov koji zahteva polivalentnost u njenom rešavanju. Najpre nacionalan odgovor, ali i međunarodnu, globalnu reakciju koja uključuje međunarodnu saradnju, pomoć i solidarnost.

2. MAKRO-EKONOMSKI RAZVOJNI PROCESI

Nakon osamostaljenja, Republika Makedonija se je suočavala s velikim problemima ne samo iz aspekta političkog osamostaljenja, nego takođe iz aspekta ekonomskog funkcionisanja i uspostavljanja mikro i

2 O aktivnim merama zapošljavanja, kao i o zapošljavanju mladih ljudi preko državne politike kanalisane pre svega preko Zavoda za zapošljavanje Republike Makedonije govoriće se opširnije dole u istraživanju.

3 O merama i ciljevima politike zapošljavanja u Evropskoj Uniji aktuelna je evropska razvojna strategija Evropa 2020; više: European Commission (2010), Europe 2020: European Strategy for Smart Sustainable and Inclusive Growth, http://eunec.volr.be/detail_bestanden/doc014%20Europe%202020.pdf.

4 Eurostat je statistički biro Evropske Unije sa sedištem u Luksemburgu, objavljuje harmonizirane statističke podatke o Evropskoj Uniji i o evro zoni, nudi komparativne i objektivne podatke o evropskom društvu i ekonomiji.

5 Uporedi: epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/unemployment_statistics.

6 *Ibid.*

7 Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije; vidi: www.stat.gov.rs.

makro ekonomske stabilnosti. Posle prve recesije, prouzrokovane tranzicijom koja je započela 1991. godine, rast makedonske ekonomije opet je započeo u 1996. godini s prosečnom godišnjom stopom od oko 2%. Delimično, kao rezultat različitih spoljnih poslova, ekonomski je rast u zemlji bio niži od ekonomskog rasta većeg dela zemalja u tranziciji. S druge strane, od druge polovine 90-ih godina prošlog veka ova zemlja je imala stalno stabilno makroekonomsko stanje, koje se je odlikovalo s niskom inflacijom, stabilnim kursom denara, s umerenom politikom vlasti, rastom finansijskih rezervi i koja je praćena s poslednjim intenzivnim strukturnim i institucionalnim reformama. To sve omogućilo je zemlji da uđe u periodu većeg i održljivog ekonomskog rasta.

Privatizacija ekonomije trajala je više od 10 godina, s tim što je 95% preduzeća u društvenom vlasništvu bilo privatizirano. Do kraja 2005. godine skoro 1.700 od 1.750 preduzeća je bilo privatizovano. Najveći deo od ovih 50 preduzeća su u stečajnoj proceduri ili u likvidaciji, a neki od njih su već likvidirani.

Struktura ekonomske aktivnosti zemlje značajno se promenila tokom perioda tranzicije. Učešće industrije u privredi znatno je opalo od oko 45% u 1990. godini na oko 25% u 2005. S učešćem od oko 50%, usluge sada dominiraju u strukturi BDP-a, s glavnim doprinosom trgovine, transporta i telekomunikacije. Poljoprivreda i dalje još iznosi 11% od BDP-a. Međutim, već u 2005. godini industrijska proizvodnja je bila glavna pokretačka snaga ekonomskog razvoja i dostigla je stopu rasta od 7%, i predstavljala je pokazatelj da se stvari menjaju, što i godine koje su usledile do danas, su potvrdile taj uzlazni industrijski rast.

Opšti ekonomski i socijalni uslovi zajedno s ostatkom sveobuhvatne uravnotežene razvojne politike tokom celog tranzicijskog perioda, su suština postojećih ekonomskih struktura i socijalnih uslova na regionalnom (lokalnom) nivou. S drugim rečima, postoje značajne regionalne razlike u zemlji.

Kao što je već gore navedeno, Republika Makedonija se suočava s velikom stopom nezaposlenosti već duži period. Spoljašni utecaji prouzrokovani od strane južnog suseda (Grčke) i implementacija rezolucije Ujedinjenih Nacija broj 946 o sankcijama protiv severnog suseda (Srbije) do 1996. godine, prouzrokovalo je negativne stope BDP-a, prestanak rada većeg dela proizvodnih kapaciteta i sve to je rezultiralo s dramatičnim smanjenjem broja zaposlenih. U 1990. godini ukupni broj zaposlenih je bio 507.324, a u 1996. godini 339.824 šta znači da

se u ovom periodu broj zaposlenih smanjio za 167.500 lica. Ovo je dovelo do povećanja broja nezaposlenih i to od 156.323 u 1990. godini na 237.572 u 1996. godini, ustvari broj nezaposlenih u ovom periodu povećao se za 81.249 lica ili za 34% u odnosu na prethodni period.⁸ U istom periodu broj korisnika novčanog nadomeštaja u slučaju nezaposlenosti se povećao i to od 5.359 u 1990. godini na 45.790 korisnika u 1996. godini.⁹ Ovo stanje je prouzrokovalo znatno povećanje budžetskih rashoda o isplati ovakvih nadomeštaja. Na svemu ovome negativno se nadovezuje i struktura nezaposlenih u pogledu kvalifikacije, starosti i neophodno vreme za zapošljavanje jer sve se usmerilo ka stvaranju strukturne nezaposlenosti.

Na trend povećanja nezaposlenosti, takođe, utecao je i proces privatizacije, strukturne reforme kao i prethodni priliv lica koja završavaju svoje obrazovanje (visoko i srednje). Dalje, na povećanje nezaposlenosti utecalo je i smanjenje ekonomske aktivnosti tokom izbegličke krize (ratni konflikt na Kosovu) i ratni konflikt u Makedoniji. Kao rezultat svemu tome, stopa zaposlenosti u Makedoniji imala je silazan trend od početka tranzicije do 2004. godine. Ovakav negativan trend bio je zaustavljen, i od 2005. godine stopa zaposlenosti počela je rasti. Upoređeno, broj nezaposlenih u 2005. godini bio je za 4.3% veći od prošle godine. Stopa nezaposlenosti u zemlji u 2006. godini iznosila je 35.2%.¹⁰

S druge strane, izgled trenutnog stanja na tržištu rada bio je potresan. Po podacima ankete radne snage povećala se stopa nezaposlenosti od 32.2% u 2000. godini na 37.3% u 2005. godini. Nezaposlenost je najviše pogodila mlade ljude, ljude sa nižim stupnjem obrazovanja, etničke manjine, naročito Rome, a u odnosu s naseljenim mestima nezaposlenost je bila osobito prisutna u urbanim mestima. U 2005. godini stopa nezaposlenosti kod žena bila je malo veća od one kod muškaraca (38.4% prema 36.5%). Međutim, po podacima zadnjeg popisa iz 2002. godine, stopa nezaposlenosti žena je izrazito veća kod manjina, naročito kod Roma, Albanaca i Turaka. Naročito alarmantan je podatak o većem broju dugoročno nezaposlenih lica.¹¹

8 Prema državnom zavodu statistike Republike Makedonije; vidi: <http://www.stat.gov.mk/>.

9 Statistički godišnjak Republike Makedonije od 1997. godine.

10 *Ibid.*

11 Višegodišnji operativni program za razvoj ljudskih resursa 2007–2013. godine.

Ozbiljnost ovog problema može se videti u stopi dugoročno nezaposlenih, tj. preko učešća lica koja nemaju posao u periodu od jedne godine i duže u ukupnom broju nezaposlenih. Stopa dugoročne nezaposlenosti u periodu od 2000. do 2005. godine iznosio je više od 80% u 2000. godini a u 2005. godini dostigao je 86.6%. Dugoročna nezaposlenost među mladim ljudima je alarmantna. Oko 66% su nezaposleni duže od jedne godine. Jedan od razloga za njihov nepovoljan položaj na tržištu rada jeste manjak radnog iskustva.

Po konsultiranim podacima, čak 67.197 mladih ljudi u dobi između 15–24 godina je bilo nezaposleno i predstavljaju 62.6% aktivnog stanovništva tog starosnog doba. Zato nezaposlenost mladih lica predstavlja jedan od najznačajnijih problema s kojim se Republika Makedonija suočava. U 2005. godini stopa nezaposlenosti mladih u dobi između 15–19 godina iznosila je 63.5% od aktivnog stanovništva u toj dobi i je veća od one grupe mladih u dobi od 20–24 godina što je 62.4%. Međutim ove dve stope starosnih grupa su dva puta veće od ukupne stope nezaposlenosti od 37.3%. Kao glavni razlozi za ovu stopu nezaposlenosti kod mladih ljudi na tržištu rada smatramo da su:

- Razlika između male potražnje i velike ponude radne snage na tržištu rada.
- Sistemi obrazovanja i nauke.
- Sklonost poslodavca licima s radnim iskustvom.

Podaci iz Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije (AZRM)¹² pokazuju da su većina registriranih nezaposlenih nekvalifikovani ili polukvalifikovani. Struktura lica sa završenim srednjim obrazovanjem je, takođe, mnogo nepovoljna radi velikog broja lica sa završenim srednjim obrazovanjem koje teško nalaze posao. Evidencija Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije pokazuje višak radne snage sa završenim srednjim obrazovanjem, naročito manifestovano kod nezaposlenih koji su završili gimnaziju. U skladu s očekivanjima poslodavaca (Analiza neophodnih veština na tržištu rada u Republici Makedoniji, 2006. godine) najveći deo novih zaposlenja u sledećem periodu će uključiti kvalifikovane i polukvalifikovane radnike.

Prema podacima Ankete radne snage, stopa aktivnosti ženske populacije u Makedoniji je niža od stope aktivnosti muške populacije,

12 Agencija za zapošljavanje Republike Makedonije je javna ustanova koja ima svoju organizacionu i finansijsku autonomiju.

tj. stopa aktivnosti kod muškaraca je iznosila 64.9% dok je stopa aktivnosti žena iznosila 43.2%.¹³

U pogledu obrazovne strukture ekonomski aktivnog stanovništva najveći deo je s četrogodišnjim obrazovanjem, tj. 41.3% zatim 24.6% su s osnovnim obrazovanjem, 12.4% aktivne radne snage završilo je trogodišnje srednje obrazovanje i 11.1% su s visokim obrazovanjem. Stopa aktivnosti je veća kod žena sa završenim srednjem i visokim obrazovanjem u odnosu na muškarce s identičnim obrazovanjem.¹⁴

Ali, kako je vreme polako prolazilo, tako je Republika Makedonija sve više isticala svoje afinitete, i kao apsolutni prioritet postavila je ispunjavanje standarda i orientisanje k evropskom kursu. Tako, nakon niza ispunjenih uslova, Republika Makedonija je dobila status zemlje kandidata za ulazak u Evropsku uniju.

Sledeći preporuku Komisije od novembra 2005. godine, Savet Evrope (ES) 16. decembra 2005. godine odličio je Republici Makedoniji dodeliti status zemlje kandidata za članstvo u Evropsku uniju. Ključni dokumenti o politici EU od paketa proširenja (revidirano evropsko partnerstvo (EP), strategija proširavanja, godišnji izveštaji o napretku za ulazak u EU) definiraju kratkoročne i srednjoročne obaveze Republike Makedonije za članstvo u EU i nadgledanje napretka u procesu implementacije i primene EU standarda. Za taj cilj u zemlji se pripremio nacionalni program o usvajanju prava Evropske unije (*acquis*) (NPAA), koji takođe definira glavne ciljeve u pripremi za članstvo. Program je zasnovan na prioritetima datim u evropskom partnerstvu i u izveštaju o napretku pripremljenom od strane Komisije, ali se smatra da ima veći domet od evropskog partnerstva.¹⁵

Glavni prioritet programa je usaglašavanje sa zakonodavstvom, reforme javne administracije i sudstva. U ovom procesu zemlja je podržana s finansijskom pomoći saglasno Regulativi broj 1085/2006 Saveta.¹⁶

13 Višegodišnji operativni program za razvoj ljudskih resursa 2007–2013. godine.

14 *Ibid.*

15 Ovo je posebni program koji pre svega obuhvata set aktivnih mera za zapošljavanje i implementira ključne ciljeve evropske politike zapošljavanja. O ciljevima i politici EU na tržištu rada više kod: R. Ballester, „European Employment Strategy and Spanish Labor Market Policies“, Working Paper 14, Department of Economics, University of Girona, Girona 2005.

16 Council Regulation (EC) No 1085/2006 of 17 July 2006 establishing an Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA).

Regulativa je pravna osnova IPA programa. Glavni cilj IPA je pomoć zemlji oko suočavanja s izazovima evropskog integrisanja, postizanje napretka u procesu stabilizacije i asocijacije i implementisanje svih neophodnih reformi o ispunjavanju kopenhaških kriterijuma za člastvo u EU.

U tom smislu IPA komponenta o razvoju ljudskih resursa treba podržati Makedoniju u razvoju aktivnih politika i mera na trzistu rada,¹⁷ kao i u spremnosti implementacije i upravljanje sa kohezionom politikom Saveta, a naročito Evropskog socijalnog fonda. Komponenta o razvoju ljudskih resursa iz višegodišnjeg indikativnog planskog dokumenta 2007–2009. daje tri prioriteta. To su pre svega:

- a. Zaposlenje-privlačenje i zadržavanje što više ljudi na tržištu rada.
- b. Obrzovanje i obuka-investiranje u ljudski kapital preko boljeg obrazovanja i obuke.
- c. Socijalno uključenje-promovisanje uključujućeg tržišta rada.

Cilj komponente o razvoju ljudskih resursa je da pomogne zemlji u razvoju i jačanju administrativnog kapaciteta o upravljanju, implementaciji, praćenju i kontroli sredstava iz Evropskog socijalnog fonda (ESF). Ovo se treba postići preko procesa pripremanja i izvršenja sistemskih aktivnosti i pilot-projekata u poljima zapošljavanja, obrazovanja i socijalnog uključanja. Određena pomoć bila bi obezbeđena u formi tehničkog iskustva korišćenjem IPA fondova, i to će doprineti u razvoju i izvršavanju, praćenju i evaluaciji zaposlenja, obrazovanju i socijalnoj politici.

Operativan program o razvoju ljudskih resursa podržava povećanje učešća visoko kvalifikovane i prilagodljive radne snage na tržištu rada, poboljšanje kvaliteta obrazovnog sistema i adaptibilnosti prema potrebama tržišta rada, promovisanje doživotnog učenja, poboljšanje adaptibilnosti zaposlenih i preduzeća, sticanje neophodnih kvalifikacija i znanja o integrisanju i mobilnosti u okvirima tržišta rada, integrisanje putem zaposlenja lica iz ugroženih grupa, itd.

17 O aktivnim merama više: K. Ognjenovic, „Teorijski pristup aktivnim merama tržišta rada i praksa Evropske Unije“, *Aktivne mere na tržištu rada i pitanje zaposlenosti*, Institut ekonomskih nauka, Beograd 2011, 498–500; F. Larsen, „Active labor Market Policy in Denmark as an Example of transitional Labor market Flexicurity Arrangements“, *Employment Policy from different angles*, Copenhagen 2005, 115–133.

Međutim, opseg obrazovnih grupa ne prati dovoljno brzo novu potražnju savremenih metoda obuka i prekvalifikacija aktivne radne snage, kao i stručne i profesionalne kvalifikacije. Obrazovni programi se odobravaju na nacionalnom nivou, i nisu povezani niti u blizini niti u sadržajnosti s ciljevima i nisu orientisani ka problemima i s time i neadekvatni da odgovore potrebama ekonomskog, socijalnog i ličnog razvoja (također sa stanovišta kulture, kreativne sredine i zdravstvene zaštite).

Kao što smo i malo pre rekli, strateški cilj IPA komponente o razvoju ljudskih resursa je da ohrabri taj razvoj ljudskih resursa, naročito preko poboljšanja kvantiteta i kvaliteta ljudskog kapitala, što dovodi do više i boljih radnih mesta, do većeg rasta i razvoja i do veće nacionalne konkurentnosti na međunardnom nivou. Zato što je u prvoj polovini 2014. stopa nezaposlenosti znatno opala od ključnog je značaja uloga IPA fondova u ovom procesu prema nacionalnim merama i programima i koji koraci trebaju biti poduzeti u budućim godinama za da ovaj trend tako nastavi. Inspirisani ovim empirijskim pokazateljima u produžetku ćemo pokušati dati odgovor na sva ova pitanja i pomoći u predstavljanju modela i njegovog dubljeg aksiološkog razotkrivanja.

3. ANALIZA PODRŠKE AZRM ZA ZAPOŠLJAVANJE

Glavna preokupacija i izazov svake vlade dosada, kao i aktuelne vlade, je bilo smanjenje nezposlenosti, a s tim i povećanje životnog standarda građana Republike Makedonije. Zato i EU obeležava ovo polje kao najveći problem i traži načine za njegovo rešavanje s tim što će makedonska ekonomija biti spremna za pridruživanje zajedničkom tržištu.

S druge strane, kao najveća kritika makedonskog tržišta rada koja je bila upućena jeste nekompetentnost, slaba konkurentnost i nedovoljna kvalifikacija nezaposlenih sa stalnim kretanjem na tržištu rada, šta je uslov za otvaranje novih radnih mesta preko privlačenja stranih investicija kao i otvaranje vlastith makedonskih kapaciteta. Baš zato, imajući u obziru načine izvršenja IPA predpristupne pomoći, kao deo četvrte komponente, Agencija za zapošljavanje Republike Makedonije ima centralno mesto, preko kog će se investirati velika sredstva s ciljem poboljšanja ljudskog kapaciteta tj. povećanje konkurentnosti nezaposlenosti na tržištu rada.

Agencija za zapošljavanje Republike Makedonije kao najveći posrednik između nezaposlenih i tržišta rada, sprovodi aktivne mere i politike koristeći svoja vlastita sredstva kao i sredstva koja su obezbeđena iz državnog budžeta. S dobijanjem prava korišćenja IPA fondova, baš Agencija za zapošljavanje Republike Makedonije biće ključan element i institucija u sprovođenju ovih politika, kao i najveći potrošač evropskog novca.

Odavde smatramo da je korisna analiza i komparacija mera koje su podržane od strane Vlade Republike Makedonije i podrška koju daje IPA komponenta 4 i to direktno iz Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije. Ovde svoje mesto zauzimaju direktni rezultati sprovođenja, beneficije i slabosti sprovođenja ovih mera. Također, obuhvaćena su i komparativna iskustva aktivnih mera za zapošljavanje, financirana sa strane nacionalnog budžeta i pretpristupne pomoći EU, njihovi rezultati, ciljne grupe, i svakako rezultati od ovih mera čija je glavna cilj smanjenje broja nezaposlenih lica u Republici Makedoniji. Također, preko analize dobija se i jasna slika o rezultatima doživotnog učenja tj. neformalnog obrazovanja, s obzirom na to da su poražavajući podaci o dugoročno nezaposlenim licima, kao na primer s kakvim veštinama raspoložu a bez kojih se ne može zamisliti nijedno novo zaposlenje.

Konačno, ovo istraživanje i analiza imaju dugoročan značaj jer aktivne mere koje su njihov predmet u Makedoniji se sprovode nekoliko godina, ali s druge strane radi se o aktivnostima koje se tek moraju razvijati i koje trebaju biti deo procesa smanjenja nezaposlenosti i u godinama koje dolaze.

Kao reprezentativan primerak analizirane su tri aktivne mere za zaposlenje preko kojih se može analizirati veliki broj nezaposlenih lica koja su posetila različite aktivne mere, i biće dovoljne da se utvrde njihove pozitivne i negativne strane kao i da se primeti sličnost i razlika među ovim tipova aktivnih mera, njihovi rezultati kao i kvalitet njihovog sprovođenja.

Prezentiraće se analizirani i komparirani podaci iz 2010., 2011. i 2012. godine, sprovođenje aktivnih mera za zaposlenje od strane Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije, kao i i podaci prvog grant dogovora o projektu „Podrška za zapošljavanje mladih, dugoročno nezaposlenih i žena“ kojeg je potpisala AZRM sa EU u periodu od maja 2011. do decembra 2012. godine.

3.1. Analiza podataka AZRM-a o sprovedenim aktivnim merama za zaposlenje za 2010. godinu¹⁸

3.1.1. Obuke u radnim klubovima za sticanje znanja i veština (strani jezici i kompjuteri)

Obuke nezaposlenih lica za sticanje znanja i veština o poznavanju stranih jezika i kompjutera sprovedila se kao aktivna mera operativnog plana o aktivnim merama i programima za zaposlenje u 2008. godine.

U odnosu na sprovođenje ove mere, kada je reč o načinu i metodu sprovođenja iste, u 2010. godini sa ovom merom je obuhvaćeno 1.500 lica za celu godinu, za što su bila potrebna i predviđena sredstva u iznosu od 1.500.000 denara. U okvirima ove mere organizovane su 84 obuke s uključenjem 1.546 lica (1.078 žena) a od njih 29 obuka su bile za kompjutere i 55 obuke za strane jezike.

3.1.2. Obuke o pojedinim zanimanjima i veštinama koje su deficitarne na tržištu rada

Ova mera imala je cilj obučavanje nezaposlenih lica za sticanje veština deficitarnih znanja radi povećanja njihove zaposlenosti. Ciljna grupa ove mere su nezaposlena lica iz AZRM-a sa sličnim ili srodnim zanimanjima koja su bliža do veštine koje će se obuhvatiti ovom merom i to:

- nezaposlene osobe evidentirane u AZRM iznad 6 meseci,
- mlade osobe do 27 godina evidentirani u AZRM najmanje 3 meseca.

U 2010. godini s ovom merom je bilo obuhvaćeno, tj. predviđeno, 111 lica za koje, sa zajedničkim sredstvima iz AZRM-a i MTSP-a, je bilo odvojeno 5.656.000 denara. Za razliku od prošlih godina, obuke koje su bile sprovedene, a s obzirom analize o potrebama veština na tržištu rada Republike Makedonije, obuke su se sprovodile u sledećim zanimanjima:

- elektroinstalateri i elektromonteri za stambene projekte,
- elektroinstalateri i elektromonteri za industrijske objekte,

18 Izveštaj o radu Zavoda za zapošljavanje Republike Makedonije za 2010. godinu.

- argon varioci,
- kelner gastronomi,
- sastavljači gornjih delova obuća.

Također, kao novitet bilo je to što je licima, koja su bila uključena u obuku, obezbeđen nadomeštaj za pokriće troškova hrane i prevoza u iznosu od 4.550 denara. Ova je obuka realizirana u razdoblju od tri meseca.

Međutim, ono što je važno naglasiti je slabi interes za obuku, za koju su ozbiljno razgledane sve mogućnosti o zapoznavanju nezaposlenih s ovakvim tipom obuke. Može se reći da i pored povećanog angažmana medijumskog prezentiranja mera, kao i neosporni trud centara za zapošljavanje i privlačenje nezaposlenih lica u toj obuci, nezaposlena lica se nisu javila u očekivanom broju i očigledno je da im još nije dovoljno jasno da će samo sa aktivnim traženjem posla stići do faktičkog zaposlenja.

3.1.3. Program za praktikantstvo

Cilj programa praktikanstva je da obezbedi preventivno delovanje za mlade nezaposlene osobe kojima će omogućiti da se uključe na tržište rada. Slično kao i ranije, ciljna grupa obuhvatila je nezaposlene osobe do 27 godina. Ovaj program u 2010. godini obuhvatio je 150 lica za koje su bile predviđena sredstva iz budžeta AZRM-a u iznosu od 2.250.000 denara. Mera je predstavljala finansijsku podršku nezaposlenih lica do 27 godina s najmanje srednjim obrazovanjem preko uključanja u program za praktikanstvo u razdoblju od 3 meseca s ciljem njihovog lakšeg zaposlenja. Za razliku od prošlih godina evidentan je bio povećani interes i kod praktikanata i kod poslodavaca. Na ovaj se oglas javilo 321 praktikant i 139 poslodavaca koji su iskazali potrebu za 638 praktikanata. S obzirom na predviđena sredstva za ovu obuku selekcija je ipak bila napravljena za 150 praktikanata. Ovaj program, u odnosu njegove realizacije prema iskazanim podacima, može se konstatovati da je uspešno implementiran pri tome što su poslodavci i nezaposlene osobe izrazile obostrano zadovoljstvo i interes za implementiranje istog i u budućnosti.

3.2. Analiza podataka AZRM-a o sprovedenim aktivnim merama za zapošljavanje za 2011. godinu¹⁹

3.2.1. Obuke radnih klubova za sticanje znanja i veština (strani jezici i kompjuteri)

Ova je mera predstavljala produžetak iste od prošle godine. I u 2011. godini imala je za cilj osposobljavanje evidentiranih nezaposlenih lica s veštinama iz polja stranih jezika i kompjutera, za povećanje njihove konkurentnosti na tržištu rada. U obuci su bila uključena evidentirana nezaposlena lica kojima je trebalo obezbediti dodatna znanja o stranim jezicima i kompjuterima.

U centrima za zapošljavanje u 2011. godini su se sprovodili sledeći tipovi obuka za nezaposlene:

- obuka u poznavanju stranih jezika (u trajanju od 42 sata); i
- obuka u sticanju znanja i veština za rad s kompjuterom (36 sati).

Najveći deo obuke za strane jezike su bile obuke na engleskom jeziku, ali centri za zapošljavanje su organizirali i obuku za izučavanje i drugih stranih jezika u zavisnosti o potrebama i interesima nezaposlenih lica. U periodu od 1.1. do 31.12.2011. godine organizirane su ukupno 62 obuke sa uključenjem ukupno 991 lica (662 žene). Od njih 23 obuke su bile za kompjutere (22 početne i 1 napredna) i 39 obuke za strane jezike (27 početne i 12 napredne). U obukama za kompjutere je bilo uključeno 316 lica (192 žene) a u obukama za strane jezike je bilo uključeno 675 lica (470 žena).

3.2.2. Obuke o pojedinim zanimanjima i veštinama koja su deficitarna na tržištu rada

S ovom merom cilj je opet bio obučavanje evidentiranih nezaposlenih lica za sticanje veština iz deficitarnih zanimanja, prema iskazanim potrebama radne snage, radi povećanja njihove zaposlenosti. Obuka je relizirana po programu za obuku, odobrenom od strane Ministarstva obrazovanja i nauke (MON) ali po prethodno dobivenom pozitivnom stručnom mišljenju od Centra za stručno obrazovanje (CSO) za ustanove ili od Centra za obrazovanje odraslih (COV) za

19 Izveštaj o radu Zavoda za zapošljavanje Republike Makedonije za 2011. godinu.

institucije obrazovanja odraslih. Lica koja su uspešno završila obuku, stekla su pravo adekvatnog uverenja, izdato od strane izvođača obuke. Kao ciljna grupa ovih programa bila su evidentirana nezaposlena lica u AZRM sa sličnim ili srodnim zanimanjem i veštinama koja su bila obuhvaćena ovom merom i to:

- evidentirana nezaposlena lica,
- evidentirane nezaposlene mlade osobe do 27 godina,
- evidentirana nezaposlena lica – profesionalni vojnici kojima je prestala služba u ARM.

Za sprovođenje ovih mere bilo je predviđeno 9.996.000 denara s ciljem da obuhvati 170 lica.

3.2.3. Praktikantstvo kao podrška za prvo zaposlenje mladih lica do 27 godina

Cilj ove mere u 2011. godini je bio da obuhvati mlada nezaposlena lica do 27 godina radi sticanja određenih praktičnih znanja i veština s kojima će im se omogućiti da pripremljeni uđu na tržište rada.

S ovom merom obuhvaćene su mlade osobe do 27 godina preko uključenja u program o praktikantstvu u razdoblju od tri meseca, radi hitnog zaposlenja. Za sprovođenje ovih mera bilo je potrebno po 4.000 denara mesečno.

Kao što smo spomenuli malo pre gore, s ovom merom su bile obuhvaćene nezaposlene osobe do 27 godina i planirano je bilo da se s ovim obuhvati 300 lica. Za ovu meru je bilo predviđeno 4.500.000 denara. Može se zaključiti da je reč o aktivnoj meri za zapošljavanje koja je ustvari ista kao i prošle godine, ali s većim opsegom kao u finansijskom delu tako i u odnosu obuhvatnosti lica.

3.3. *Analiza podataka iz AZRM o sprovedenim aktivnim merama za zapošljavanje za 2012. godinu*²⁰

3.3.1. Obuke u radnim klubovima za sticanje znanja i veština (strani jezici i kompjuteri)

U 2012. godini produžila je implementacija ove mere koja je prema priređivaču i realizatoru mera koja je dala rezultat i smatralo se

20 Godišnji izveštaj o radu Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije.

da se treba opet produžiti s njenom realizacijom. U okvirima radnih klubova u centrima za zapošljavanje opet su se organizirale i realizirale kratkoročne obuke za nezaposlene. Cilj ovih obuka je bio da se ojačaju znanja i veštine nezaposlenih lica, prema zahtevima tržišta rada, i s tim da se uveća njihova konkurentnost i mogućnost bržeg zapošljavanja. Sasvim isto kao i prošle godine, ova obuka je obuhvatila 2.000 lica za celu godinu i ova lica su bila odabrana iz evidentiranih nezaposlenih lica. S obzirom na prve rezultate od prve godine i ove su godine sprovedene obuke za nezaposlene i to:

- obuka za poznavanje stranog jezika,
- obuka za sticanje znanja i veština za rad s kompjuterom.

Ove besplatne obuke bile su sprovedene od strane nezaposlenih lica koja su imala stručna znanja i veštine po tipu obuke. S ovim načinom selektiranja izvođača pridonosi se povećanju profesionalnog iskustva nezaposlenih lica koja su prijavljena kao izvođači, a s druge strane, nezaposlena lica stižu se s veštinama koje će im pomoći da se lakše i brže zaposle. Također i izvođači koji su nezaposleni stekli su određena finansijska sredstva koja su pomogla u smanjenju siromaštva i dvojnog efekta kod nezaposlenih.

3.3.2. Obuka pojedinih zanimanja i veština koje su deficitarne na tržištu rada

Ove obuke za zanimanja koja su deficitarna na tržištu rada obuhvataju poboljšanje uslova i popunjavanje slobodnih radnih mesta koja su utvrđena u analizi potrebnih veština na tržištu rada u Republici Makedoniji urađenoj u 2011. godini. Slično kao i prošle godine i ove su obuke sprovedene u periodu od 6 meseci.

Mera je imala za cilj radno osposobljavanje nezaposlenih lica s veštinama koje proizlaze kao prioritetne, kao i sprečavanje dugoročne nezaposlenosti i izbegavanje mogućnosti od gubljenja veština, preko ponovnog uključenja na tržište rada.

Po postavljenim standardima iz prošle godine i u ovoj godini za sprovedenje mere je bilo potrebno uključenje nekoliko državnih institucija s ciljem kvalitetnijeg rezultata iz te mere. Ovo znači da po prethodno utvrđenoj meri od strane Centra za stručno obrazovanje i obuke a u saradnji sa AZRM, lica, koja su uspešno završila obuku, su

se stekla sa sertifikatom za radnu sposobnost kojeg izdaje Ministarstvo obrazovanja i nauke. Ciljne grupe ovih obuka su bili:

- dugoročno nezaposlena lica koja su u evidenciji više od jedne godine sa sličnim ili srodnim zanimanjima bliži do veština koje će se obuhvatiti s ovom merom;
- nezaposlena lica kojima je prestao radni odnos i bila su najviše 6 meseci evidentirana kao nezaposlena, sa sličnim ili srodnim zanimanjima bliži do veština koje su bile obuhvaćene s ovom merom.

Za razliku od prošle godine, ove godine su bili obuhvaćena 216 lica. S obzirom na ovaj fakt bilo je potrebno 10.972.800 denara. Obuke su bile usmjerene ka zanimanjima i aktivnostima u kojima je postojao manjak veština i to:

- elektroinstalateri i elektromonteri,
- instalatori i održavatelji gasovodnih i vodovodnih instalacija,
- argon varioci,
- gipser-monteri,
- sastavljači gornjih delova obuća,
- patronažne negovateljice,
- frizeri za žene.

Može se konstatovati da intencija ove mere, kao i kod ostalih mera, je buđenje svesnosti kod nezaposlenih da i pored prava koja poseduju i koriste od tog što se prijavljuju kao nezaposlena lica, imaju i obavezu pohađati obuku i dokvalifikacije koje im nudi zavod, jer osnovan cilj je da aktivno traže posao što sa druge strane pretstavlja uslov za brže nalaženje posla.

3.3.3. Praktikantstvo kao podrška za prvo zaposlenje mladih lica do 27 godina i mladih lica u završnoj fazi studiranja

Cilj ovog programa, kao i u prošlim godinama, je bilo povećanje zaposlenosti kod mladih nezaposlenih, s čime se preventivno deluje i omogućuje se da spremljeni uđu na tržište rada. Planirani obuhvat korisnika ove mere bila su 233 lica za koja je planirano 3.495.000 denara. S ovim programom opet su bile obuhvaćene osobe do 27 godina koje su završile najmanje srednje obrazovanje.

4. PODRŠKA IPA FONDOVA U SISTEMU SMANJENJA NEZAPOSLENOSTI

Jedan od načina financiranja evropskih projekata je preko odobrenja granta koji direktno bi bio sproveden od strane nekih institucija iz zemlje korisnika. Tako u okvirima komponente 4 od IPA-e razvojnog programa, kao institucija koja bi bila jedna od ključnih karika u okvirima razvojnog programa, je ona koja se odnosi na menadžiranje ljudskih resursa i to na tržištu rada. Prema regulativi Evropske komisije,²¹ agencija za zapošljavanje zemlje korisnika, u ovom slučaju Agencija za zapošljavanje Republike Makedonije je institucija koja je ključna u politici zapošljavanja i ima primat, s obzirom na to da je jedina institucija koja se bavi, između ostalog, i s direktnim angažmanom za aktivno traženje posla nezaposlenima.

Prema ovome AZRM je institucija koja je dobitnik direktnog granta iz IPA fondova koji je namenjen za podršku tržišta rada i to kao direktna pomoć četvrte komponente IPA programa za razvoj ljudskih resursa od 2007. do 2013. godine. Operativni program za razvoj ljudskih resursa²² u fokusu ima zaposlenje tj. privlačenje i zadržavanje što više lica u zaposlenju.

Nakon zaposlenja, sledeći prioritet ovog razvojnog programa je obrazovanje i obuka tj. investiranje u ljudski kapital preko obrazovanja i dodatnih veština.

Sledeći ali ne i manje važan prioritet ovog razvojnog programa je socijalna inkluzija ili uključanje preko aktivnog uključivanja nezaposlenih na tržištu rada, a naročito marginaliziranih grupa nezaposlenih.

U odnosu na prvi prioritet, tj. zaposlenje, navešćemo kao primer situaciju na tržištu rada za mlađe osobe, dugoročno nezaposlene i žene. Kao specifične ciljeve u okviru ovog dela možemo izdvojiti:

- integrisanje mladih lica na tržištu rada,
- smanjenje broja i pomaganje dugoročno nezaposlenim licima (više od jedne godine),
- povećanje procenta zaposlenih žena.

21 Council Regulation (EC) No 1085/2006 of 17 July 2006, establishing an Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA).

22 Višegodišnji operativni program za razvoj ljudskih resursa.

4.1. Analiza projekta za podršku zaposlenja mladih ljudi, dugoročno nezaposlenih i žena

Uzevši u obzir prethodnu analizu o sprovedenim merama od strane Agencije za zapošljavanje Republike Makedonije, pokušaćemo dati komparativan osvrt aktivnih mera do kada se koriste IPA fondovi, uzevši u obzir saznanja bez i sa sredstvima Granta dodeljenih AZRM.

Na osnovu prethodno navedenih ciljeva, projekat podržava sledeće ciljeve:

- A. Praktikantstvo kao podrška za prvo zaposlenje licima do 27 godina – da se unaprede perspektive za mlade diplomirane osobe po potrebama tržištu rada. Tačnije, nezaposlena lica do 27 godina su uključena u program praktikanstva s ciljem dobijanja iskustva koje će im pomoći kod prvog zaposlenja.
- B. Obuke za opšte veštine traženi na tržištu rada – cilj je da se pomogne nezaposlenim licima da dobiju veštine koje će im pomoći kod traženja novog posla.
- C. Obuke za veštine koje su tražene na tržištu rada – da se obuču dugoročno nezaposlena lica s profesionalnim veštinama tražena na tržištu rada.

4.1.1. Praktikantstvo kao podrška za prvo zaposlenje licima do 27 godina

Ciljna grupa ove komponente su 512 lica koje prema podacima AZRM su raspoređena u sledećim kategorijama:

- lice do 27 godina,
- diplomirani,
- registrirani kao nezaposleni u AZRM,
- bez prethodnog radnog iskustva.

Predviđeno je da nezaposleni diplomci do 27 godina budu uključeni u program za praktikanstvo s ciljem da dobiju svoje prvo radno iskustvo. Aktivnosti koje se preduzimaju u ovom delu cilja prema povećanju nivoa osposobljenih mladih ljudi. Uključena lica iz ove ciljane grupe biće uključena u program za praktikanstvo u određenim kompanijama u periodu od 3 meseca. S praktikanstvom se omogućuje mladim ljudima da dobiju radno iskustvo za njihovo obrazovanje i napredak s novim veštinama. U tom smislu, ovaj program olakšava

njihov ulazak na tržište rada. Mogućnosti lica koja su uključena u ovaj program ići će u smeru ograničenog vremenskog perioda da se upoznaju s poslodavcem koji će rešiti da li će i dalje zadržati praktikanta u radnom odnosu ili ne. Kao dopuna prethodnog, poslodavci će kreirati potencijalne kandidate za bilo koje zaposlenje u budućnosti. Ova mera već u praksi daje rezultate i određeni broj mladih lica su već zaposleni preko ove mere. Za ove obuke su predviđeni oko 4.660.000 denara što predstavlja svojevrednu injekciju ako se dodaju na sredstva koja su bila uložena iz operativnog programa Vlade Republike Makedonije.

4.1.2. Obuke za opšte veštine na tržištu rada

Ciljna grupa u ovom delu su 6.600 lica koja su registrirana kao nezaposleni u AZRM. Ciljne grupe u ovom delu zavise od vida obuke i to:

- nezaposlene žene i dugoročno nezaposlena lica koja su registrirana u lokalnim centrima za zapošljavanje (preduzetništvo),
- nezaposlena lica registrirana u lokalnim centrima za zapošljavanje (komunikacijske veštine, strani jezici i obuke za osnovne kompjuterske veštine).

S ovom merom kao očekivani rezultat koji se treba postignuti su 6.600 nezaposlenih lica koja će dobiti osnovne veštine, od kojih 3.000 lica će posetiti kurs stranog jezika; 3.000 lica će se obučiti za osnovne IT veštine, 250 lica će dobiti obuku za preduzetništvo i 350 lica koja će dobiti obuku za komunikacijske veštine. Isto kao i kod prethodne mere, vredi napomenuti i finansijsku konstrukciju ove mere koja iznosi oko 16.000 denara i taj podatak takođe možemo da izdvojimo kao jednu prilično veliku (finansijsku) investiciju na tržištu rada.

Opštom obukom planiralo se pomoći nezaposlenima da unaprede svoje potencijalne veštine kako bi bili konkurentniji na tržištu rada. U ovom se delu generiraju opšte veštine i zanimanja s ciljem da se unaprede kandidati za zaposlenje i to: jezici (osnovni i napredni kursevi), IT osnovni kurs, preduzetništvo, komunikacijske veštine (pisanje CV-a, motivacionog pisma).

4.1.3. Obuke za veštine koje su tražene na tržištu rada

U ovom delu podržana su 820 dugoročno nezaposlena lica koja su registrirana u AZRM kao nezaposlena više od jedne godine. Konkretnije bile su sprovedene obuke za sledeća zanimanja:

- elektroinstalateri i elektromonteri – 50 lica,
- obuka za mehatronične sisteme – 50 lica,
- obuka za mehatronične sisteme za laka vozila – 40 lica,
- IT programeri – 115 lica,
- građevinski radnici – 100 lica,
- ugostiteljske usluge – 250 lica,
- agronsko zavarivanje – 50 lica,
- računovodstvo – 160 lica.

U ovom delu očekivani rezultati su bili usmereni prema 820 dugoročno nezaposlena lica da dobiju specifične profesionalne veštine koje su tražene na tržištu rada. Financijska konstrukcija i u ovom delu, također, je prilično velika i obuhvata 16.174 denara, koje će dobiti izvođači nastave (pravna lica) koji će izvoditi te obuke za gore navedene veštine. Nezaposlena lica, za to će dobiti besplatnu obuku za određeno zanimanje i za tu obuku, kada je uspešno završe, dobiti će sertifikat, s kojim će kasnije mnogo lakše naći posao.

5. KOMPARATIVNA ANALIZA MERA AZRM I MERA IPA PROJEKTA

Kao indikatori koji će biti upoređeni i analizirani u okvirima istih ili sličnih ciljnih grupa u ovom delu su trajanje, financijska konstrukcija, način izvršenja i obuhvat lica. Preko sledeće tabele će se ilustrirati sličnosti i razlike aktivnih mera za zaposlenje, koje sprovodi Vlada Republike Makedonije preko AZRM-a, s projektom za podršku zaposlenja omogućen od strane IPA sredstava koja se takođe sprovede u okvirima AZRM kao jedina institucija koja je odgovorna za izvršenje obuke i mera od ovakvog vida i opsega.

Tabela br. 1– Praktikantstvo

Godina	2010 OP	2011 OP	2012 OP	IPA 2011
Trajanje	3 meseca	3 meseca	3 meseca	3 meseca
Financijska konstrukcija	2.250.000 denara	4.400.000 denara	3.495.000 denara	4.460.000 denara
Način izvršenja	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje
Obuhvat lica	150 lica	300 lica	233 lica	512 lica

Iz Tabele br. 1 gde su na slikovit način izdvojeni indikatori koji svedoče o sličnostima i razlikama između aktivnih mera za zaposlenje Vlade Republike Makedonije sa IPA projektom, može se konstatirati da sredstva koja su uložena od strane EU preko IPA pretprijetne pomoći, su i te kako dobrodošli i pozitivno utiču na kretanja tržišta rada u Makedoniji.

Kao primer trebaju se analizirati oni indikatori u kojima se mere razlikuju, a to su financijska konstrukcija i obuhvat lica. U Makedoniju su ušla dodatna 4.460.000 denara što predstavlja odličnu investiciju ako se zna da su preko nje obučena i poći će na praktičan posao 512 diplomiranih lica što je samo po sebi uspeh i korak napred koji će uticati pozitivno na jednu prilično marginaliziranu ciljnu grupu, a to su mladi diplomci.

S ovakvom investicijom u mlade kadre omogućuje se da ova lica dobiju određeno relevantno radno iskustvo, s radnim veštinama i navikama koje se stiču na radnom mestu, a s druge strane poslodavci dobijaju mladi i obrazovani kadar koji nakon isteka tog vremena od 3 meseca mogu i zaposliti.

Tabela br. 2 – Obuke za opšte tražene veštine na tržištu rada

Godina	2010 OP	2011 OP	2012 OP	IPA 2011
Trajanje	3 meseca	3 meseca	3 meseca	3 meseca
Financijska konstrukcija	1.500.000 denara	1.900.000 denara	1.500.000 denara	16.000.000 denara
Način sprovođenja	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje	Javni oglas za angažovanje
Obuhvat lica	1.500 lica	991 lice	1.500 lica	6.600 lica

Za razliku od prethodne mere, gde su mere i ciljevi između operativnog plana i IPA projekta slični, ovde u obukama za opšte veštine, koje su tražene na tržištu rada, se može reći da imaju ozbiljan „input“ od strane IPA sredstava i njihov značaj je polivalentan.

Obuhvat časova i način angažovanja nezaposlenih lica su identični pa s tim možemo da konstantiramo da se cilj ispunjava na ovaj ili onaj način. Međutim, glavna razlika se obeležava i potencira u delu finansijske konstrukcije i u obuhvatu lica. Sredstva koja dobija tržište rada, u delu ovih obuka, su apsolutan rekord koja su ikada investirana u opštim veštinama kod nezaposlenim lica. S ovim se omogućuju obuke nezaposlenih lica za veštine bez kojih definitivno ne mogu da se zaposle, a s druge strane izvođači dobijaju zasluženu naknadu za svoj posao. S druge strane evidentna je razlika na bolje, tj. na više obuhvaćenih lica, i to za 3–4 puta više lica od onih godina u kojima program financira samo država. U tom delu obuke su podržane od strane IPA sredstava i obuhvataju širi krug veština, što i daje dodatnu vrednost kandidatima koji apliciraju.

Tabela br. 3 – Obuke za veštine koje su tražene na tržištu rada

Godina	2010 OP	2011 OP	2012 OP	IPA 2011
Trajanje	3 mes.+1m praksa	3 mes.+1m praksa	3 mes.+1m praksa	3 meseca
Financijska konstrukcija	5.656.000 denara	9.996.000 denara	10.972.800 denara	16.174.000 denara
Način sprovođenja	Javni oglas za angažovanje nezaposle- nih. Javni poziv za angažovanje izvođača (pravna lica)	Javni oglas za angažovanje nezaposlenih. Javni poziv za angažova- nje izvođača (pravna lica)	Javni oglas za angažovanje nezaposlenih. Javni poziv za angažova- nje izvođača (pravna lica)	Javni oglas za angažovanje nezaposlenih. Tenderski postupak za angažova- nje izvođača (pravna lica)
Obuhvat lica	108 lica	170 lica	216 lica	820 lica

U okviru ove obuke imamo i najveće razlike između izvršenja mera preko operativnog programa Vlade RM i IPA projekta za podršku zaposlenja.

Za trajanje obuke, primećuje se da obuke koje se sprovode od strane OP Vlade, obuhvataju i praktičan rad kod poslodavca što daje jednu dodatnu vrednost samoj obuci. Može se uvideti da osim u odnosu trajanja, u svim drugim indikatorima, prednost, ako bi se moglo tako reći, je na strani IPA projekta za podršku zaposlenja. Takođe evidentno je da financijska konstrukcija s kojom su podržane ove obuke je dosta veća, i s tim se omogućuje nezaposlenima da odaberu obuku koja im najviše odgovara i koju smatraju da će im omogućiti da lakše nađu zaposlenje.

U odnosu na način izvršenja, može se analizirati procedura za angažovanje izvođača (pravna lica) koji će sprovesti tu obuku. U okvirima operativnog programa, oni se angažuju po regionima i preko objave javnog poziva koji ne uključuje dostavu financijske ponude: na neki način dele se financijske isplate na više izvođača u zavisnosti od prijavljenih kandidata po centrima za zaposlenje.

S druge strane, u IPA projektu, s obzirom na vrednost tih obuka, sprovodi se tenderski postupak, koji je po procedurama EU, preko

kjih se angažuju izvođači za konkretne obuke. S ovim se omogućuje javno, transparentno i regularno natecanje među ponuđačima s kojim se omogućuje veća profesionalnost i odgovoran pristup prema poslu jer samo popunjavanje tenderske dokumentacije je dosta kompleksno i ukoliko ponuđači obuka jednom uspeju da prođu procedure, steći će se sa „*know-how*“ preko kojih i dalje mogu lako da povuku nova sredstva iz IPA fondova.

Takođe ovaj program ima i dodatan efekt, jer s obzirom na velika sredstva koja će dodatno ući u RM, s ciljem kvalitetnijeg održavanja obuka na račun izvođača, s kojim će oni angažovati nove zaposlene osobe kao i dodatne investicije u vlastitoj strukturi, s kojom će se dati dodatni „input“ u razvoju i profesionalnosti izvođača.

6. ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da oko 3 milijarde evra EU daje na raspolaganje Republici Makedoniji u okviru svih komponenata u periodu od 4 godine. Deo tih sredstava su analizirani i gore u tekstu. Ukoliko se ova sredstva iskoriste, Republika Makedonija bi imala siguran ekonomski rast od iznad 5%. Također, mnogo prašine se diže oko sredstava koja bi eventualno dobila Republika Makedonija iz direktnih stranih investicija (10, 15, 50 ili više od 100 miliona evra). Ali, vrlo malo pažnje se posvećuje sredstvima koja EU omogućuje preko IPA pretpristupne pomoći, u Republici Makedoniji su jako značajni i zbog obima i zbog strukture korišćenja.

IPA pretpristupni fondovi predstavljaju jedini mehanizam koji se koristi u ovom momentu, s kojim se omogućuje razvoj u mnogim oblastima ili bolje rečeno pomaže nam u održavanju jednog ravnomernog razvoja. Oni su „direktna strana investicija“ koju nemamo potrebe vraćati i koji direktno utiču na kretanja celokupnog tržišta ili bolje rečeno IPA investira u onim oblastima u kojima je to najpotrebnije. Najjači indikator koji nam pokazuje kvalitet i rezultat predviđenih sredstava su datumi realizacije projekata podržanih od strane IPA kao i procenat iskoristenosti tih sredstava. Vrlo je važno potencirati da sredstava koja imamo na raspolaganju, možemo iskoristiti, pod uslovom da znamo kako da ih izvučemo. Pored jačanja kapaciteta za apliciranje potrebno je već postojeći kapaciteti, koji su nam na raspolaganju, da povećaju svoju profesionalnost i nepristrasnost. S ovim će se u većem delu

poboljšati iskorištavanje tih sredstava. Treba također napomenuti da evropski novac nije lak za korišćenje, on je svojevidan test zrelosti, ne samo države i institucija već i pravnih lica. Oni trebaju da investiraju više za da iznađu način kako da iskoriste ova sredstva.

Ali i pored toga, značaj IPA u razvoju ljudskih resursa je polivalentan i nedvosmišljen. On u svom fokusu ima socijalno uključenje, tj. promociju za uključenje na tržište rada lica koja su duže odsutna na njemu, kao i jačanje socijalnog uključenja ljudi iz ugrožene grupe i borba protiv sve forme diskriminacije na tržištu rada. Također, preko ovih fondova se omogućuje i poticanje partnerstva i stvaranje mreže na polju zaposlenja i socijalnog uključenja. Također proširenje i poboljšanje investiranja u ljudski kapital, naročito s poticanjem reformi u sistemu obrazovanja i u sistemu obuka. Dalje, jačanje institucionalnog kapaciteta i efikasnosti javne administracije i javnih službi, socijalnih partnera i relevantnih nevladinih organizacija u zaposlenju i u socijalnim oblastima. Pored ovog, sa svim sredstvima koja se ulažu u obrazovanje odraslih i u obuci za dodatne veštine koje su tražene na tržištu rada, pravi se ogroman „input“ u istinskom investiranju u ljudske resurse preko dodatnog obrazovanja i obuke, preko kojih će puno lakše naći svoje zaposlenje. tako polako se dolazi do ključne prioritete ose IPA razvojne komponente za ljudske resurse. To je pre svega povećanje prisposobljivosti radnika i preduzeća, naročito doživotno učenje, poticanje preduzetništva i usluga za podršku u kontekstu prestrukturisanja, kao i povećanje pristupa do zaposlenja, sprečavanje nezaposlenosti, naročito s poticanjem modernizacije institucija i tržišta rada, sprovođenje aktivnih i preventivnih politika i aktivnosti za povećanje učešća žena. Ključni element pri korišćenju ovih sredstava je poticanje zapošljavanja, kao prioritet s kojim će se uticati na razvitak države i to na više nivoa. To je pre svega u:

- privlačenju i zadržavanju više ljudi na tržištu rada,
- razvoj preduzeća s kojima će se omogućiti zapošljavanje više ljudi.

Sredstva IPA projekta moraju da se razumeju kao dodatna vrednost Republike Makedonije. Preko njihovog korišćenja štede se sredstva iz Budžeta RM i usmeriti će se ka investiranju onih aktivnosti koje IPA ne financira.

Zato, na kraju, opet potenciramo da je potrebno da izgradimo kapacitete, da izgradimo strukturu i da omogućimo da ova sredstva

uđu i svakako da se aktivno i uspešno potroše u svim delovima za koja su predviđena. Međutim, kao što je napisano u uvodu, zaposlenje je veliki problem Republike Makedonije. Baš zato s velikim angažmanom na svim nivoima, s povećanom profesionalnošću svih subjekata koji su uključeni u procese, IPA pretpriputna pomoć utiče pozitivno i smatramo da već doprinosi povećanju zaposlenosti u Republici Makedoniji, a tako će biti i u budućnosti.

Lazar Jovevski, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law "Justinian I Skoplje"

Dušan Bosiljanov, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law "Justinian I Skoplje"

THE ROLE OF EUROPEAN UNION PRE- ACCESSION FUNDS IN THE PROCESS OF REDUCING UNEMPLOYMENT IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

In this paper the authors analyze the question of the unemployment in the Republic of Macedonia and ways of its solution. The analysis primarily refers to the active labor market measures for employment that are funded through financial assistance from preaccession IPA funds of the European Union, which benefits from Macedonia Component 4 (human resources) and their results. The main question in this paper is given to European Union pre-accession funds and how can help in decreasing the rate of unemployment in Macedonia?

The issue of the unemployment has deeper roots in Macedonia and more than 20 years is in the focus of the professional and scientific public, as well as the wider society, and also the challenge for any government in terms of its control. In this sense, the use of the EU pre-accession IPA funds are part of the measures to be taken in the direction of reducing unemployment. However, the very nature of the unemployment in the Republic of Macedonia, which is multilayered asking demanding measures that exceed just financial components, more inputs in the direction of the structural reforms of the labor market.

Thus, reducing long-term unemployment can not be imagined without the implementation of the concept of long-term learning, as part of the formal education system and retraining, as well as the reform of the educational system. The authors discuss whether and how the IPA component affects the decreasing process of the unemployment and to what extent the use of resources, whether they are appropriate and necessary, and whether it is possible a different approach. It is pointed out the role of the Employment Agency as an end-user and distributor of the funds.

In the end, the authors provide a broader conclusion noting the strengths and the weaknesses of the measures and actions taken, the significance of using the IPA funds and give their suggestions for overcoming the problem of the unemployment.

Key words: *Unemployment. – Employment. – Labor market. – Active labor market measures. – EU pre-accession funds.*

Mr Velibor Korać*

KONCEPCIJA ZAKONA O NOTARIMA CRNE GORE

U ovom članku prikazana su osnovna konceptijska opredjeljenja Zakona o notarima Crne Gore iz 2005. godine. Napravljen je osvrt na širi pokret notarske reforme u Evropi početkom 90-ih godina prošlog vijeka u tzv. tranzicijskim zemljama, u procesu afirmacije vladavine prava i reforme pravosuđa. Iznijeti su razlozi za ponovno uvođenje notarijata i opredjeljenje za slobodni latinski model notarske službe. Raspravlja se o razlozima za propisanu nadležnost notara, posebno o pravnim poslovima koji se zaključuju u obaveznoj formi notarskog zapisa. Posebno su razmotreni osnovni principi na kojima počiva Zakon o notarima, i to: numerus clausus i princip teritorijaliteta, princip nezavisnosti i nepristrasnosti, princip savjetovanja i upozorenja, princip savjesnosti i poštenja, princip pravne kompetentnosti, princip stranačne privilegije – intuitu personae.

Ključne reči: *Notarijat. – Konceptija. – Principi.*

1. ZAKONSKO REGULISANJE

Notarijat je uveden u pravni sistem Crne Gore Zakonom o notarima 2005. godine.¹ Time se Crna Gora pridružila većini evropskih i vanevropskih država koje imaju tradiciju u primjeni ovog instituta. Ovdje, za razliku od nekih država koje imaju stogodišnje iskustvo u primjeni notarske službe, nije do sada bilo značajnijeg uticaja notara. U srednjovjekovnim primorskim gradovima (Kotor, Budva, Bar, Ulcinj) bio je vrlo razvijen notarijat,² ali je u Staroj Crnoj Gori uti-

* Autor je saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, *velibork@ac.me*.

1 Zakon o notarima – ZNot, *Službeni list RCG*, br. 68/05, *Službeni list Crne Gore*, br. 49/08.

2 Vidi V. Korać, „Notarijat u srednjovjekovnim komunama jugoistočnog Jadrana – uticaj na moderna evropska rješenja“, *Harmonuis – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, Beograd 2013, 109 i dalje.

caj notara bio neznatan, u mjeri uticaja mletačkog i austrougarskog prava. Notarijat se nije praktično afirmisao ni dok je Crna Gora bila u Kraljevini Jugoslaviji, odnosno u vrijeme važenja Zakona o javnim beležnicima iz 1930. godine. Ni u kasnijim državnim arazmanima u kojima je bila Crna Gora nijesu postojali notari (javni bilježnici). U pravnom sistemu FNRJ, SFRJ i SRJ nije bilo notara. Nakon donošenja Odluke o ukidanju notara 1944. godine i prekida kontinuiteta sa pravom Jugoslavije prije Drugog svjetskog rata izgrađen je novi pravni i društveni poredak u kojem je dominirala državna, odnosno društvena svojina i planska privreda, a privatna svojina bila je svedena na minimum. Notari nijesu bili primjereni tadašnjem socijalističkom sistemu, ni kao državni službenici, jer se smatralo da je njihov primarni zadatak da štite privatnu svojinu kao dominantan pravni i ekonomski institut buržoaskog prava. Poslovi koji su prije Drugog svjetskog rata bili stavljani u nadležnost notarima (javnim bilježnicima) preneseni su na sudove (opštinske) i organe uprave. U nadležnost organa opštine prenijeti su poslovi ovjera potpisa i raznih izjava, a u nadležnost vanparničnih sudova sklapanje određenih ugovora i ovjeravanje potpisa ugovornih strana kad se radilo o prometu nepokretnosti. Značajniji poslovi bili su povjereni sudovima, kao na primjer, ovjera ugovora o nepokretnostima, mada ovi poslovi nijesu bili česti i velike imovinske vrijednosti, s obzirom na ideološki koncept društvene svojine i znatno ograničenje privatne svojine.³

Ideja o ponovnom uvođenju notara u pravni sistem Crne Gore došla je na talasu šireg pokreta javnobilježničke reforme u srednjoj i istočnoj Evropi početkom 90-ih godina prošlog vijeka nakon pada komunizma u socijalističkim zemljama. U tim tzv. tranzicijskim zemljama u procesu afirmacije vladavine prava i reforme pravosuđa insistiralo se na uvođenju ili privatizaciji notarijata. Taj zahtjev bio je široko podržan od vlada zapadno-evropskih zemalja, pravosudnih organa, pravnih fakulteta, brojnih stručnih udruženja, pojedinaca i međunarodnih strukovnih organizacija, posebno Međunarodne unije latinskog notarijata (UINL) i Vijeća notarijata Evropske unije.⁴ Stručna, tehnička i materijalna podrška uz povoljnu političku situaciju

3 N. Šarkić, „Nacionalni Izveštaj za Srbiju“, *Nacionalni izveštaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope*, Sarajevo 2009, 303.

4 K. Woschnak, „Javnobilježnička reforma u Srednjoj Evropi od 1989. do 1995. iz austrijske perspektive“, *Javni bilježnik*, 39/2013, 9.

doprinijela je ostvarivanju cilja. Posebno značenje imali su Evropski dani javnih bilježnika u Salzburgu i Kolukvijum javnih bilježnika u *Keszthely*-u koji su započeli 1989. godine.⁵

Sve te aktivnosti doprinijele su utemeljenju ideje o vraćanju nezavisnog slobodnog notarijata i u ovim zemljama koje pripadaju evropsko-kontinentalnom pravnom krugu. Bio je to, u stvari, doprinos njegovanju zajedničkih kulturnih i pravnih vrijednosti u procesu proširenja Evropske unije. Nakon niza održanih konferencija, okruglih stolova, međusobnih posjeta i razmjene iskustava predstavnika pravosudnih organa i notarijata zapadne, srednje i istočne Evrope prihvaćen je latinski notarijat (*civil law notaries*) u svim evropskim državama u tranziciji (Poljska, Njemačka DR, Mađarska, Češka, Slovačka, Rumunija, Albanija, Bugarska) uključujući i države nastale disolucijom Jugoslavije, kao i neke države bivšeg Sovjetskog Saveza (Estonija, Latvija, Litva).⁶ Cio taj pokret i aktivnosti s početka 90-ih u bivšim komunističkim zemljama, srodnim pravnim kulturama, imao je uticaja na uvođenje notarijata u pravni sistem Crne Gore.

Prvi pokušaj uvođenja notarijata na prostoru Crne Gore učinjen je sredinom 90-ih godina prošlog vijeka u vrijeme trajanja SR Jugoslavije, nakon raskida sa socijalističkim samoupravnim sistemom i započete reforme pravosudnog sistema. Tadašnje Ministarstvo pravde pripremiло je 1996. godine predlog Zakona o javnim bilježnicima – notarima, po ugledu na uporedno evropsko zakonodavstvo, ali taj predlog nikad nije usvojen u Parlamentu. Drugi predlog Zakona o javnim bilježnicima – notarima pripremiло je Ministarstvo pravde SRJ 2002. godine, nakon dogovora federalnih jedinica (Srbije i Crne Gore), ali ni on nije usvojen, iako je bio poboljšан u odnosu na raniji tekst predloga i recenziran od Njemačke notarske komore u saradnji sa GTZ-om.⁷ Bilo je u to vrijeme i nezvaničnih predloga Zakona o notarima koje su pripremali pravni stručnjaci, Institut za uporedno pravo u Beogradu i neke nevladine organizacije.⁸

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*, 11.

7 N. Šarkić, *op. cit.* fn. 3, 304.

8 Tako je Centar za unapređivanje pravnih studija u Beogradu (CUPS) objavio 2002. godine Model Zakona o javnom beležništvu, koji su pripremili pravni eksperti: Dragana Knežić-Popović, Vesna Rakić-Vodinić, Dušica Palačković i Ljubiša Dabić.

Dalju aktivnost na uvođenju notarijata Crna Gora je nastavila samostalno i to prije sticanja nezavisnosti. Polazeći od zakonskih rješenja država koje imaju dugu notarsku tradiciju i uporednog iskustva zemalja u tranziciji koje su Zakon donijele prije, Ministarstvo pravde Crne Gore pripremlilo je Nacrt zakona o notarima 2004. godine. Tekst Nacrta poboljšan je nakon pribavljenog mišljenja eksperata Savjeta Evrope i rezultata stručne rasprave na okruglom stolu održanom 14.6.2004. godine u Podgorici, u organizaciji Ministarstva pravde, FOSI ROM i Savjeta Evrope.⁹ Bilo je i određenih protivljenja, osporavanja ustavnosti pojedinih rješenja i suprostavljanja nekim predloženim odredbama, naročito od predstavnika Advokatske komore koji su u notarima vidjeli konkurenciju, posebno u sačinjavanju pravnih poslova čiji je predmet prenos i sicanje stvarnih prava na nepokretnostima. Prevladala je, ipak, argumentacija za predložena rješenja, pa je Zakon o notarima usvojen u Skupštini Crne Gore 8. novembra 2005. godine, ali je njegova primjena odložena za godinu dana (u prelaznim i završnim odredbama Nacrta zakona bilo je predviđeno odlaganje za 18 mjeseci).

Nakon usvajanja Zakona o notarima obavljene su određene pripreme za njegovu implementaciju i dodatno vrednovanje pojedinih rješenja. Korišćena su iskustva država jugoistočne Evrope koje su već započele primjenu novousvojenih zakona. Preko GTZ-a ostvarena je saradnja sa zemljama u regionu i održana dva okrugla stola o notarima u toku 2007. godine, na kojima su predstavnici notarijata Njemačke, Hrvatske, BiH i Makedonije, kao i predstavnici Vrhovnog suda BiH, Vrhovnog suda Crne Gore i Ministarstva pravde Crne Gore, vodili stručnu raspravu, razmjenjivali iskustva i iznosili sopstvena zapažanja i probleme u vezi sa primjenom zakonodavstva o notarima.¹⁰ Uočeno je da određena rješenja Zakona o notarima nijesu cjelishodna i da se mogu negativno odraziti na brzinu pravnog prometa. Stoga je Ministarstvo pravde odlučilo da pripremi reviziju nekih rješenja Zakona iz 2005. godine, prije početka njegove primjene. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o notarima usvojen je u Parlamentu 29. jula 2008. godine.¹¹

9 Preporuke su dali eksperti Savjeta Evrope Emanuele Ferari notar iz Italije i Adam Tot notar iz Mađarske, a određene predloge i sugestije za unapređenje teksta Nacrta učinili su na okruglom stolu predstavnici sudstva, tužilaštva, advokatske komore, Ministarstva pravde i drugih organizacija. Dnevni list „Pobjeda“, 15.6.2004. godine.

10 B. Lakočević, „Nacionalni Izveštaj za Crnu Goru“, *Nacionalni izveštaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope*, Sarajevo 2009, 123.

11 Zakon je objavljen u *Službenom listu* CG, br. 48/08, od 15.8.2008. godine.

Najvažnije izmjene osnovnog Zakona odnosile su se na obaveznost forme notarskog zapisa, solemnizaciju privatnih isprava, odgovornost i osiguranje od odgovornosti notara. Ranije je bilo propisano da se u obaveznoj formi notarskog zapisa zaključuju svi pravni poslovi za koje je zakonom određeno da moraju biti sklopljeni u pisanoj formi.¹² Pošto je u našem pravu dosta takvih pravnih poslova ocijenjeno je da je to rješenje rigidno i da bi usporilo pravni promet, pa je izmjenama navedenog člana obavezna notarska forma zadržana samo za pravne poslove koji za predmet imaju nepokretnosti na kojima se stiču ili prenose stvarna prava. Predviđeni su, takođe, i uslovi za solemnizaciju koja ranije nije bila propisana, precizirana pravila o odgovornosti i osiguranju od odgovornosti notara i niz drugih manje značajnih rješenja.

2. IZBOR MODELA NOTARIJATA

Crnogorski zakonodavac usvajanjem Zakona o notarima opredijelio se za latinsku koncepciju notarijata. Takozvani latinski model notarijata podrazumijeva pravno uređenu i organizovanu službu koju obavljaju notari kao samostalni i nezavisni profesionalci, fizička lica na koja je država prenijela ovlašćenja da sastavljaju javne isprave koje, pod određenim uslovima, mogu biti izvršni naslovi. Tako su građani i drugi pravni subjekti dobili pravo na slobodan i nezavisan notarijat sa mogućnošću izbora notara od sopstvenog povjerenja.¹³ Pored toga što sastavljaju, potvrđuju i čuvaju isprave o pravnim poslovima i drugim činjenicama, ovi javni poslenici daju pravne savjete i pomažu građanima, preduzetnicima i privrednim društvima, vodeći računa o interesima svake od stranaka. Javna ovlašćenja su brana prema svim drugim pravničkim poslovima da ulaze u nadležnost notara.¹⁴ Njihov rad podrazumijeva samostalno djelovanje, odvojeno od advokature i drugih slobodnih profesija, nepristrasno postupanje, sa obavezom poučavanja stranaka i čuvanja tajne. Notarima latinskog modela nije dozvoljeno da kao nosioci javnog ovlašćenja obavljaju drugu djelatnost, već im to mora biti isključivo zanimanje. On je nezavisan od dru-

12 Čl. 50, st. 1, tač. 7 Zakona o notarima, *Službeni list RCG*, br. 68/05.

13 S. Zimmerman, A. Schmitz-Vornmoor, „Javnobilježnička služba u Evropskoj uniji, Filozofija struke i trendovi razvoja, harmonizacija i ujedinjavanje“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2009, 1224.

14 D. Hiber, „Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog prava)“, *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2006, 18.

gih državnih službi i institucija, ali i prema svojim klijentima jer će uvijek odbiti nedopuštene poslove koje stranka zahtijeva.¹⁵

Izbor ovog modela notarijata bio je razumljiv. Tradicija, uporedno iskustvo drugih zemalja i praktični razlozi bili su opredjeljujući da se uvede slobodni latinski notarijat, a ne državna notarska služba. Iako Crna Gora nije imala značajnije iskustvo u funkcionisanju notarske službe začetke ovog modela notarijata nalazimo u statutima srednjovjekovnih primorskih gradova, a njegov dosljedan pojavni oblik imao je Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine. Može se reći da se crnogorski zakonodavac u osnovi opredijelio za rješenja koja su bila prisutna u Jugoslaviji prije 1944. godine. U prilog opredjeljenju crnogorskog zakonodavca ide i činjenica da je latinski model notarijata prihvaćen u svim državama evropsko-kontinentalnog pravnog kruga, kao i u brojnim državama Azije (Kina, Japan, Indonezija, Mongolija, Koreja i dr.), Afrike (Maroko, Bukrina Faso, Benin, Mali, Senegal i dr.) i Južne Amerike (Brazil, Argentina, Čile, Bolivija, Urugvaj, Paragvaj i dr.). Danas latinski model notarijata egzistira u 86 država¹⁶ u kojima živi 4 milijarde ljudi, potencijalnih korisnika ovog oblika notarskih usluga.¹⁷ Latinski model notarijata prihvatile su i sve države nastale nakon raspada SFRJ, a preuzele su ga i bivše socijalističke zemlje istočne Evrope koje su ranije imale državni notarijat (Slovačka, Češka, Mađarska). Većina država koje imaju dugogodišnje iskustvo u funkcionisanju javne službe latinskog notarijata pokazuju prednosti ovog modela pružanja notarskih usluga.¹⁸ Latinski notarijat, za razliku od državnog notarijata, ne djeluje po administrativnim instrukcijama, već slobodno i u skladu sa propisima. Međutim, u mnogim državama nije latinski notarijat jedinstveno uređen niti su mu nadležnosti jednako određene.

Smatra se da je uvođenje notarijata ostvarivanje strateške reforme u pravosudnom sistemu, institucionalna pretpostavka za realizaciju evropskih standarda u oblasti pružanja pravnih usluga.¹⁹ Kvalitetom

15 Ch. Seger, „Lex est quod notamus – o uvođenju latinskog Notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope“, *Nova pravna revija*, 1–2/2000, 25.

16 Dostupno na: <http://www.uinl.org/6/notariats-membres-pays>, 17.5.2013.

17 Ch. Seger, *op.cit.* fn. 15, 21.

18 I. Crnić, „Početak djelovanja javnih bilježnika u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2009, 1356.

19 M. Povlakić, „Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 247.

svojih isprava koje su rezultat njihove stručne osposobljenosti i svojom ulogom od javnog povjerenja notari garantuju viši nivo pravne sigurnosti, preveniraju pravne sporove, odnosno olakšavaju njihovo rješavanje u slučaju da sporovi dobiju sudski epilog.²⁰

Međutim, uvođenje notarijata u naš pravni sistem nije opredjelila samo potreba praćenja savremenih pravnih tokova, već je motivisano i povećanjem pravne sigurnosti u poslovima koji su povjereni notarima, potrebom rasterećenja sudova i organa uprave, kao i ubrzanjem pravnog prometa, posebno u poslovanju sa inostranstvom. Jačanje pravne sigurnosti jedan je od značajnih razloga koji navode svi predlagači zakona o uvođenju notarijata. Pravna sigurnost kao jedan od vodećih principa u pravu podrazumijeva izvjesnot o sadržaju i primjeni pravnih normi koje čine pravni poredak u državi.²¹ Notari kao pravni profesionalci sa javnim ovlaštenjima čiji je rad pod nadzorom državnih organa povećavaju pravnu sigurnost građana i pravnih lica u ostvarivanju i zaštiti prava. Pružanjem stručnih usluga i savjeta oni brinu da opšte pravne norme budu pravilno tumačene i konkretizovane u praksi.

Doprinos povećanju pravne sigurnosti notarska služba ostvaruje na dva načina: davanjem savjeta strankama prilikom sačinjavanja pravnog posla i jačanjem pravne svijesti građana.²² Podučavanjem, savjetovanjem i pojašnjavanjem posljedica pravnog posla koji stranke sklapaju i nastojanjem da se utvrdi prava volja učesnika, notar prevenira sporove. Kao nepristrasan sastavljač pravnog posla notar brine da stranke ne sklope pravni posao koji bi bio suprotan imperativnim propisima i moralu društva. U slučaju da do spora povodom zaključenog pravnog posla ipak dođe ponudiće se javna isprava sa punom dokaznom snagom. Zbog toga što notari kao nosioci javnih ovlaštenja određene pravne poslove prethodno provjeravaju i odobravaju, notarijat se označava kao preventivno pravosuđe, odnosno „drugi stub pravosuđa“.²³

Notar je kao pravni stručnjak dužan i odgovoran da utvrdi pravu volju stranaka, cilj koji žele postići zaključenjem pravnog po-

20 M. Dika, „Izvanparnična i concilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2009, 1154.

21 *Pravni leksikon*, Zagreb 2007, 1198.

22 E. Bikić, S. Suljević, M. Pvlakić, M. Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, 17 i dalje.

23 Ch. Seger, *op.cit.* fn. 15, 20.

sla i da uz pomoć dokumenata, isprava i uvida u javne registre sačini punovažan pravni posao u propisanoj notarskoj formi. Otklanjanjem svih eventualnih zabluda, razjašnjenjem spornih pitanja, upoznavanjem sa pravima i obavezama, slobodom raspolaganja i upozoravanjem na posljedice pravnog posla širi se pravna svijest građana. Građanin će lakše i brže uskladiti svoje ponašanje sa pravima i obavezama, upoznati primjenu zakona na sopstveni zahtjev jer je notar u svakodnevnoj praksi „neposredni izvršilac i sudionik susretanja zakona i građana“.²⁴

Kao jedan od razloga za uvođenje notarijata predlagач Zakona o notarima navodi i rasterećenje sudova. Tako se u obrazloženju Predloga, pored ostalog, ističe: „Potreba za uvođenje ove institucije kod nas je naročito izražena zbog opštepoznate preopterećenosti sudova, koja neminovno dovodi do neažurnosti u radu, a time do sporog ostvarivanja ili neostvarivanja zaštite prava i interesa pravnih subjekata.“²⁵ Notarijat može doprinijeti rasterećenju sudova na posredan i neposredan način. Posredno će notari rasteretiti sudove time što će kao pravni profesionalci prethodnim upozoravanjem spriječavati sklapanje zabranjenih poslova, sačinjavati zakonite isprave i punovažne pravne poslove, zbog čega će se smanjiti broj sudskih postupaka u kojima bi se sporovi rješavali. Pored toga, zakonom se mogu notarima direktno povjeriti određeni poslovi koje su ranije obavljali sudovi, uglavnom u vanparničnoj materiji. Zakonom se može ovlastiti sud da određene poslove iz svoje nadležnosti povjeri notarima. Crnogorski zakonodavac iskoristio je u određenoj mjeri, kroz rješenja Zakona o notarima, sve ove načine rasterećenja rada sudova.

Pored navedenih mogu se navesti i drugi razlozi koji govore u prilog uvođenju notarijata u pravni sistem Crne Gore. Tu svakako spada sigurnost pravnog prometa sa inostranstvom, posebno povećanje stranih ulaganja, kao i zaštita potrošača. Djelatnost notara doprinosi tačnosti i ažurnosti javnih registara posebno katastra nepokretnosti. Kao stručna lica notari garantuju kvalitet isprava na osnovu kojih se vrši upis prava u katastar nepokretnosti i druge javne registre. Uz to, oni na zahtjev stranaka vrše neposredni uvid u javne registre, prate u određenoj mjeri zakonitost evidencije prava, podnose zahtjev za uknjižbu, zabilježbu i predbilježbu i doprinose sprječavanju višestruke prodaje nepokretnosti, koja će biti potpuno onemogućena

24 E. Bikić, S. Suljević, M. Pvlakić, M. Plavšić, *op. cit.* fn. 22, 22.

25 Obrazloženje Predloga zakona o notarima iz 2004. godine.

kad se ostvari digitalizacija i umrežavanje sa katastrom nepokretnosti.²⁶ Funkcijom notara ostvaruje se, takođe, bolja evidencija i izmirenje fiskalnih obaveza, a u značajnoj mjeri rasterećuje se i budžet s obzirom na to da država ne finansira rad notara. Konačno, notari u znatnoj mjeri doprinose spriječavanju pranja novca i finansiranju terorizma jer su u obavezi da preduzimaju određene zakonom propisane mjere kad pomažu u planiranju i izvršavanju transakcija za klijenta.²⁷

3. NADLEŽNOST NOTARA

Drugo važno pitanje pri koncipiranju Zakona o notarima odnosilo se na nadležnosti, odnosno na ovlašćenja i obaveze koje notari treba da obavljaju. Koji će poslovi biti povjereni notarskoj službi u svim državama je pitanje pravno-političke prirode²⁸ i zavisi od društveno-ekonomskih, političkih i istorijskih uslova i odnosa u jednoj državi, pravne kulture, razvijenosti pravne države i vladavine prava. Otuda i razlike u pogledu nadležnosti notara i pojedinim državama koje prihvataju latinski model notarijata. Uporedna zakonodavna praksa pokazuje da postoje sličnosti, ali i značajna odstupanja u različitim državama koje su prihvatile ovaj model notarijata. Razlike su posebno izražene u pogledu pravnih poslova koji se odnose na nepokretnosti, obim i vrstu poslova koji se izuzimaju iz nadležnosti sudova i povjeravaju notarima, kao i na određene nadležnosti u oblasti izvršnog postupka i materiji privrednih društava.

Tradicionalno notari sačinjavaju, potvrđuju i čuvaju isprave o određenim pravnim poslovima iz oblasti porodičnog, stvarnog, nasljednog i privrednog prava. Ali nadležnost može biti proširena i na neke druge poslove. Crnogorski zakonodavac prihvatio je stav predlagача Zakona da se pitanje nadležnosti uredi cjelovito i ako bi po prirodi stvari neke od tih odredaba trebalo da se nađu u drugim materijalnim zakonima (Zakonu o obligacionim odnosima, Porodičnom zakonu, Zakonu o nasljeđivanju, Zakonu o privrednim društvima i dr.). Pri tome je trebalo precizirati isključivu, konkurentsku i delegiranu

26 Detaljnije H. Ernst, T. Josipović, „Javni bilježnici i javni registri“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2009, 1119.

27 Čl. 41 i 42 Zakona o spriječavanju pranja novca i finansiranja terorizma, *Službeni list Crne Gore*, br. 14/07, 04/08 i 14/12.

28 M. Povlakić, *op. cit.* fn. 19, 248.

nadležnost, što nije bilo jednostavno ako se zna da su dugi niz godina te poslove obavljali sudovi, organi uprave i advokati. U državama na prostoru *ex* Jugoslavije uočljive su određene razlike u nadležnostima notara. Najznačajnije su razlike u pogledu obaveznosti notarske isprave u raspolaganju pravima na nepokretnostima, ovlašćenjima notara u materiji izvršenja, vanparničnim stvarima, kao i obaveznosti notarske forme za akt o osnivanju i promjeni statusa privrednih društava.

Polazeći od postojeće pravne i faktičke situacije, uporednih rješenja i Zakona koji se primjenjivao u Kraljevini Jugoslaviji, crnogorski zakonodavac nadležnost notara percizirao je u članu 4 Zakona o notarima. Sastavljanje notarskih akata (zapisa, zapisnka, potvrda, ovjera), primanje u depozit novca, hartija od vrijednosti i drugih predmeta, obavljanje određenih poslova po nalogu suda i drugih poslova koji su mu povjereni posebnim zakonima, osnovna su ovlašćenja notara u našem pravu. Najznačajniji i najčešći poslovi notara odnose se na sastavljanje notarskih akata. Najvažniji su notarski zapisi o pravnim poslovima i izjavama volje, a onda notarski zapisnici o pravnim radnjama i činjenicama kojima prisustvuje notar, notarske potvrde o činjenicama koje notar potvrđuje i notarske ovjere prepisa, potpisa i drugih podataka.²⁹

Notari imaju zakonsko ovlašćenje da na zahtjev stranke sastavljaju i druge akte kad je to zakonom izričito propisano.³⁰ Pored toga, notari mogu da vrše solemnizaciju privatnih isprava o pravnom poslu pod uslovom da privatna isprava ispunjava uslove u poledu forme i sadržine notarskog zapisa, propisane odredbama Zakona o notarima.³¹ Svi notarski akti pri čijem sastavljanju je poštovana zakonska forma imaju svojstvo javne isprave. Uz ispunjenje određenih uslova notarski akt o pravnim poslovima i izjavama volje može biti i izvršna isprava.

Zakonodavac se opredijelio da se određeni broj pravnih poslova zaključuje u obaveznoj formi notarskog zapisa. Pri tome se koristio uporednom zakonodavnom praksom, bez neke posebne i detaljne analize. Može se reći da je odabrao optimalno rješenje, nešto uži krug poslova nego što je, na primjer, u zakonodavstvu BiH, a širi u odnosu

29 Čl. 5 ZNot.

30 Čl. 7, st. 1 ZNot.

31 Čl. 51a, st. 1 ZNot.

na zakonodavstvo Hrvatske.³² Uobičajeno je da se notarska forma kao uslov važnosti predviđa za bračne ugovore i ugovore o imovinskim odnosima između vanbračnih drugova, ugovore o raspolaganju nepokretnostima i vrijednijim pokretnim stvarima maloljetnih lica i lica koja nemaju poslovnu sposobnost, ugovore sa nasljednopravnim dejstvom i ugovore o poklonima za slučaj smrti. Takvo rješenje prihvaćeno je i u Zakonu o notarima Crne Gore, s tim što su u krug pravnih poslova sa notarskom formom *ad solemnitatem* dodati i ugovori o kupovini sa zadržavanjem prava vlasništva i pravni poslovi čiji je predmet prenos ili sticanje stvarnih prava na nepokretnostima.³³

Što se tiče poslova notara povjerenih od strane suda zakonodavac se za sada opredijelio samo za neke poslove iz odnosa nasljeđivanja (popis i procjena zaostavštine, čuvanje ostavinskih isprava, novca i dragocjenosti), ostavljajući mogućnost da se posebnim zakonom notaru mogu povjeriti i neki drugi poslovi.³⁴ Pri tome treba imati u vidu i rješenje iz člana 147 Zakona o vanparničnom postupku³⁵ koji predviđa mogućnost da se notarima povjeri vođenje ostavinskog postupka. O tome odlučuje predsjednik osnovnog suda imajući u vidu broj sudija, broj ostavinskih predmeta i dužinu trajanja neriješenih predmeta. U ostavinskom postupku notar postupa kao povjerenik suda, primjenjuje pravila vanparnične procedure, donosi odluke i izvršava radnje prema zakonu koji primjenjuje sud, sa obavezom da odluke donosi u roku od 30 dana od prijema predmeta. Pošto je riječ o povjerenim poslovima sud je ovlašćen da iz važnih razloga notar uvijek može oduzeti dalje sprovedene ostavinske rasprave.³⁶ Kad je riječ o poslovima notara u nasljednom pravu treba naglasiti da notar može sastavljati i zapise o testamentu po pravilima koja važe za sudski testament, a tako sačinjeni akt ima svojstvo sudskog testamenta.³⁷

32 Čl. 73 Zakona o notarima Federacije BiH – ZNot FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 45/02; čl. 68 Zakona o notarima Republike Srpske – ZNot RS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 86/04, 78/11; čl. 53 Zakona o javnom bilježništvu Hrvatske – ZJB RH, *Narodne novine RH*, br. 78/93, 29/94, 16/07 i 75/09.

33 Čl. 52 ZNot.

34 Čl. 6 ZNot.

35 Zakon o vanparničnom postupku – ZVP, *Službeni list RCG*, br. 27/06.

36 Čl. 148–150 ZVP.

37 Čl. 53 ZNot.

Crnogorski zakonodavac se nije opredijelio da nadležnost notara u izvršnom postupku, kao što je to slučaj, na primjer, u hrvatskom i makedonskom zakonodavstvu, gdje su notari ovlašćeni da donose odluke o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave. U Crnoj Gori za izvršenje su nadležni javni izvršitelji, a samo u nekim stvarima sud je nadležan da odlučuje i sprovodi izvršenje.³⁸ Isto tako, crnogorski zakonodavac nije prihvatio da notari obavezno sačinjavaju akt o osnivanju i promjeni pravnog statusa privrednih društava, odnosno da potvrđuju statute privrednih društava kao što je to, na primjer, u Zakonu o notarima Federacije BiH³⁹ i Zakonu o notarima Republike Srpske.⁴⁰ Čini se da bi bilo racionalnije da se slično rješenje za akte privrednih društava i potvrđivanje izvornika statuta našlo i u crnogorskom Zakonu o notarima.

Međutim, crnogorski zakonodavac previdio je da se u obaveznoj formi notarskog zapisa sačinjavaju pravni poslovi čiji je predmet prenos stvarnih prava na nepokretnostima,⁴¹ što nije često rješenje u uporednom zakonodavstvu. Notarsku formu *ad solemnitatem* za pravne poslove za promet nepokretnosti predviđa njemačko,⁴² grčko, u određenoj mjeri francusko,⁴³ i bosansko-hercegovačko pravo.⁴⁴ Zakon o javnom beležništvu Srbije takođe je previdio da se ugovori o raspolaganju nepokretnostima sačinjavaju u formi javnobilježničkog (notarskog) zapisa, ali je primjena ove odredbe odložena za dvije godine od stupanja Zakona na snagu.⁴⁵

Rješenje o ulozi notara u prometu nepokretnosti predstavlja praktično najznačajniju novinu u radu notarske službe. Propisivanje notarskog zapisa kao bitne forme za pravne poslove kojima se prenosi pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima ima, po našem mišljenju, puno opravdanje. Ovakav stav zastupa se u pravnoj teoriji

38 Čl. 4, st. 1 Zakon o izvršenju i obezbjeđenju, *Službeni list Crne Gore*, br. 36/11 i 28/14.

39 Čl. 73 ZNot FBiH.

40 Čl. 68 i 69 ZNot RS.

41 Čl. 52, st. 1, tač. 6 ZNot.

42 Vid. §§ 311b i 925 Njemačkog građanskog zakonika.

43 Vid. čl. 1601–2 Francuskog građanskog zakonika za ugovore *à construire*.

44 Čl. 73 ZNot FBiH.

45 Čl. 82, st. 1, tač. 5 i čl. 182 Zakona o javnom beležništvu – ZJB RS, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 85/12 i 19/13.

nekih drugih država bivše SFRJ koje su prihvatile slično rješenje.⁴⁶ Ovo rješenje Zakona o notarima doprinijeće pravnoj sigurnosti u ovoj oblasti, posebno kod ugovora o kupoprodaji nepokretnosti i ugovora o hipoteci, kao najčešćih pravnih poslova koji za predmet imaju nepokretnost. Time će se u znatnoj mjeri otkloniti očigledne slabosti evidencije nepokretnih stvari u javnom registru. Pored razloga pravne sigurnosti, ažurnosti evidencije nepokretnosti i fiskalne urednosti, važan razlog za opredjeljenje crnogorskog zakonodavca da propiše obaveznu notarsku formu za pravne poslove koji za predmet imaju nepokretnost, bio je i materijalna sigurnost notara. Glavne prihode notari ostvaruju od naknada za sačinjavanje notarskih zapisa koji sadrže pravne poslove o sticanju i prenosu stvarnih prava na nepokretnim stvarima. Notari kao pravni stručnjaci, vjerovatno, ne bi imali motivaciju da se opredijele za ovu profesiju ako bi ovi poslovi bili izuzeti iz njihove nadležnosti. Međutim, u teoriji ima i drukčijih shvatanja.⁴⁷

4. PRINCIPI NOTARIJATA

4.1. *Numerus clausus i princip teritorijaliteta*

U skoro svim zemljama koje su prihvatile latinski model notarijata ograničen je broj notara, a državna teritorija podijeljena je na područja

- 46 M. Živković, V. Živković, „O uvođenju javnog beležništva u Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 440 i 441; M. Škaljić, „Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini“, *Referat na stručnoj konferenciji – Uloga i perspektiva notarske službe u BiH*, Sarajevo 2013, 9 i dalje.
- 47 N. Mojović, „Od rimskog tabeliona do modernog notara“, *Pravna riječ*, 1/2004, 154. Tako N. Mojović povodom rješenja Zakona o notarima Republike Srpske prema kojem se pravni poslovi čiji je predmet sticanje ili prenos svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima obavezno sačinjavaju u formi notarski obrađene isprave (čl. 68, st. 1, tač. 4 ZNot RS), konstatuje da je notaru dodjeljena „ekskluzivna monopolska vlast na tržištu pravnih usluga“. Po njegovom mišljenju obavezna notarska forma za perfektnost ugovora o nepokretnostima nije u skladu sa principom autonomije volje, konsenzualizma, slobode tržišta i pravnom tradicijom na našim prostorima. Mojović zaključuje da je navedenim zakonskim rješenjem na grub način građanima oduzeto pravo da sami traže stručnjaka na tržištu pravnih usluga, da se bez opravdanja mijenja pravna priroda najznačajnijih ugovora robno-novčane privrede, da se vodi računa o notarima a ne o širim interesima pravnih subjekata i da se propisivanjem obavezne notarske forme odstupa od dominantnih rješenja u susjednim državama i uporednom pravu slične pravne tradicije.

na kojima pojedini notari mogu djelovati. Drugim riječima, efikasan, nezavisan i djelotvoran rad notarske službe zahtijeva određivanje broja notarskih mjesta (*numerus clausus*) i određivanje mjesne nadležnosti kao prava i dužnosti jednog notara da na određenom prostoru vrši svoju djelatnost.

Načelo *numerus clausus* i načelo teritorijaliteta prate instituciju notarijata od samog začetka ove javne službe do današnjih dana. Mijenjali su se samo načini određivanja broja notarskih mjesta i pravila o uređivanju mjesne nadležnosti. Poštovanjem ovih načela obezbjeđuje se jednaka dostupnost notarskih usluga svim građanima i pravnim licima i garantuje brzo i kvalitetno obavljanje djelatnosti. Određivanje sjedišta odgovara interesima klijenata koji traže notarsku ulugu, a ima opravdanje i u javnom interesu jer se na taj način ograničava nelojalna konkurencija.⁴⁸

Crnogorski zakonodavac broj notarskih mjesta i mjenu nadležnost notara riješio je saglasno iskustvima u uporednom zakonodavstvu, vodeći računa o nekim specifičnostima naše društvene stvarnosti. Kao osnovno mjerilo za određivanje broja notara u jednoj državi uzima se broj stanovnika. Međutim, u državama sa približno jednakim brojem stanovnika broj pruženih notarskih usluga može biti znatno različit. To zavisi od stvarne nadležnosti notara, privredne razvijenosti, pravnog prometa, korišćenja notarskih usluga mimo obavezne forme notarskog akta i sl. Stoga se za određivanje broja notara, odnosno za smanjenje ili povećanje notarskih mjesta koriste u uporednom pravu i dodatni kriterijumi kao što su: broj sačinjenih notarskih isprava, razvoj privredne djelatnosti, proširenje notarske nadležnosti itd.

Zakonom o notarima propisan je jedan osnovni i jedan dopunski kriterijum za određivanje broja notarskih mjesta i sjedišta notara. Osnovni kriterijum je broj stanovnika, a dopunski – povećanje privredne djelatnosti. Broj notarskih mjesta određuje ministarstvo pravde tako da za teritoriju jedne opštine na svaki započelih 15.000 stanovnika odredi po jedno notarsko mjesto.⁴⁹ U Federaciji BiH,⁵⁰ Hrvatskoj,⁵¹ i Republici Srpskoj⁵² notarsko mjesto otvara se po pravilu

48 J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *Droit professionnel notarial*, Paris 2012, 22.

49 Čl. 10, st. 2 ZNot.

50 Čl. 27, st. 4 ZNot FBiH.

51 Čl. 16, st. 2 ZJB RH.

52 Čl. 21, st. 4 ZNot RS.

na 20.000 stanovnika, dok se u Srbiji jedno notarsko mjesto otvara na 25.000 stanovnika.⁵³ I u Crnoj Gori je u postupku donošenja Zakona bilo različitih predloga o broju stanovnika za jedno notarsko mjesto (od 10.000 do 25.000) ali je konačno, kao optimalan broj za početak, određeno jedno notarsko mjesto za 15.000 stanovnika.

Pored ovog osnovnog kriterijuma za određivanje broja notarskih mjesta propisan je korektivni kriterijum. Ostavljena je mogućnost da se u pojedinim opštinama „sa povećanim oblikom privredne djelatnosti“ odredi veći broj notarskih mjesta. O tome odlučuje ministarstvo pravde nakon pribavljenog mišljenja Notarske komore Crne Gore.⁵⁴

Svakom imenovanom notararu određuje se službeno sjedište.⁵⁵ To je opština ili grad u kojem notar ima kancelariju u kojoj, po pravilu, obavlja sve poslove notarske službe. Notar je vezan za svoje službeno sjedište i ne može biti premješten. Nepremjestivost je garancija njegove samostalnosti i nezavisnosti. Izuzetno, službeno sjedište notara može se promijeniti samo ako je to potrebno za uredno funkcionisanje notarske službe, i to samo u okviru službenog područja, po odluci ministarstva pravde uz prethodno pribavljeno mišljenje Notarske komore i u uz pristanak notara.⁵⁶ Notar službeno sjedište izvan službenog područja može promijeniti samo ponovnim izborom na konkursu za notarsko mjesto u drugom sjedištu, odnosno službenom području. Ako notar premjesti svoje sjedište na područje drugog suda ne može arhivu prenijeti u novo službeno sjedište. On je dužan da sve notarske akte, knjige i primljene dokumente preda sudu na čijem području je imao sjedište.⁵⁷

Granicu mjesne nadležnosti notara određuje njegovo službeno područje. Teritorija Crne Gore podijeljena je na notarska područja na kojima pojedini notari imaju svoja službena sjedišta, odnosno kancelarije. Teritorijalno razgraničenje nadležnosti notara ima dvostruku svrhu: 1) da se eliminiše nelojalna konkurencija i sukob nadležnosti između notara i 2) da se otkloni sukob nadležnosti između sudova koji obavljaju nadzor nad zakonitošću rada notara.⁵⁸ Službeno područje no-

53 Čl. 15, st. 2 ZJB RS.

54 Čl. 10, st. 2 ZNot.

55 Čl. 10, st. 1 ZNot.

56 Čl. 10, st. 3 ZNot.

57 Čl. 93 ZNot.

58 M. Dika, „Javnobilježnički poslovi“, *Zakon o javnom bilježništvu* (ur. I. Crnić, M. Dika), Zagreb 1994, 93.

tara obuhvata područje osnovnog suda u kome se nalazi sjedište notara.⁵⁹ U slučaju da se neki od osnovnih sudova na čijem području notar ima sjedište ukine, njegovo službeno područje biće područje suda na koji je prešla nadležnost suda koji je ukinut.⁶⁰ Pravilo je da notar svoju djelatnost može obavljati samo na svom notarskom području i od toga pravila nije predviđen izuzetak, kao što je to, na primjer, u Zakonu o notarima Federacije BiH (čl. 49), gdje je propisano da notar može djelovati izvan službenog područja ako to nalažu „opravdani interesi tražioca prava“.

Iako je notar teritorijalno nadležan da vrši poslove na području osnovnog suda gdje se nalazi njegova kancelarija on može u svojoj kancelariji pružati usluge i klijentima koji imaju prebivalište izvan njegovog službenog područja. On ne može odbiti da, na primjer, sačini punomoćje ili ovjeri ispravu bilo kojem licu koje od njega traži takvu uslugu. U teoriji se iznosi princip da je notar mjesno nadležan za svaku onu ispravu za koju je stvarno nadležan.⁶¹ Pravilo je da stranaka bez obzira gdje živi bira notara, a ne notar stranku.⁶² Prebivalište i državljanstvo stranaka nijesu činjenice od značaja za postupanje notara. Saglasno principu slobodnog pristupa notar u svako fizičko i pravno lice, domaće i strano može se obratiti bilo kome notar u Crnoj Gori.⁶³ Notar će primiti svakog domaćeg državljanina koji je njega odabrao kao lice od povjerenja, kao i stranca⁶⁴ ili lice bez državljanstva i neće mu uskratiti traženu uslugu samo zbog toga što nije stalno nastanjen

59 Čl. 9, st. ZNot.

60 Čl. 9, st. 4 ZNot.

61 „Jeder Notar ist für jede Beurkundung örtlich zuständig, für die er auch sachlich zuständig ist.“ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar*, Berlin 2009, 58.

62 K. Senjak, „Notarijat i izvršnost notarskih akata“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 451.

63 Ako je notar mjesno nadležan on je i međunarodno nadležan. Vid. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.* fn. 61, 49. O načelu slobodnog pristupa notar u (*freien Zugangs zum Notar*) u njemačkom pravu vid. Armbrüster, C., Preuß, N., Renner, T., *op.cit.* fn. 61, 49 i dalje; A. Jakšić, „Notarijat kao javna služba“, *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2006, 98; o pravu na izbor notara u francuskom pravu vid. J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op. cit.* fn. 48, 127.

64 Tako je u njemačkom pravu pravni posao sa stranim elementom generalno nedovoljan razlog za odbijanje službene radnje. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op.cit.* fn. 61, 49.

na teritoriji njegovog notarskog područja.⁶⁵ U praksi to neće biti česti slučajevi jer je svakom građaninu i privrednom subjektu najdostupniji notar u opštini gdje ima prebivalište, odnosno sjedište. Izuzetak su notarski zapisi o pravima na nepokretnostima i poslovi povjereni od strane suda, koje, kao što smo vidjeli, može da obavlja samo notar na čijem službenom području se nepokretnost nalazi, odnosno notar koji ima sjedište na teritoriji za koju je osnovan sud.⁶⁶

4.2. Princip nezavisnosti i nepristrasnosti

Nezavisnost i nepristrasnost temeljni su i funkcionalno povezani principi notarske službe. Oni se često poistovjećuju iako nijesu sinonimi, s obzirom na to da je nezavisnost objektivna, a nepristrasnost subjektivna kategorija.⁶⁷ Nezavisnost označava slobodu od uticaja državnih organa, posebno izvršnih. Organi državne uprave i organi pravosuđa ne mogu uticati na rad i djelovanje notarijata i notara. Dužnost je svih vladinih i nevladinih organa i organizacija da poštuju nezavisnost notarijata kao dijela pravosudnog sistema. Notarijatu se, slično sudstvu, jamči nezavisnost kako bi notari mogli slobodno, bez ograničenja, uticaja, pritiska i uplitanja drugih organa obavljati svoju djelatnost. On ne djeluje po nalogu i uputstvima upravnih ili sudskih organa. On nije u odnosu subordinacije. Za notara važi građanskopravni princip koordinacije volja, a ne pravilo o subordinaciji koje se primjenjuje u upravnom pravu.⁶⁸ Notar objektivno može obavljati službu samo ako je pošteđen od spoljnog uticaja, ako postupa u skladu sa pozitivnim propisima, ako je potčinjen jedino Ustavu i zakonu. Notari iako dio pravosudnog sistema, postupaju nezavisno od ostalih pravosudnih institucija. Oni su nezavisni i od države i od stranaka. Nezavisnost od države ispoljava se u slobodi od naloga državnih ograna. Nezavisnost se manifestuje kao faktička, lična i organizaciona. Faktički je nezavistan bez obzira na to što njegov rad podliježe nadzoru jer je svrha nadzora samo u tome da se obezbijedi zakonitost obavljanja notarske djelatnosti, a ne da se utiče na kreiranje notarskog akta. Njegova lična nezavis-

65 M. Powlakić, Ch. Schalast, V. Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, 91.

66 Čl. 9 ZNot.

67 N. Tepeš, „Članstvo javnih bilježnika u organima pravnih osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 313.

68 J. Salma, „Konvergencija evropskog notarijalnog prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2012, 46.

nost ispoljava se u nemiješanju u radnopravni status kao nosioca javne službe, iako on nije u radnom odnosu kod države. Organizaciona nezavisnost označava samoupravu notara, slobodu profesionalnog povezivanja i organizovanja, uređivanje međusobnih odnosa i pitanja od zajedničkog interesa.⁶⁹ Pravilo je da su oni i politički nezavisni,⁷⁰ iako u crnogorskom Zakonu o notarima o tome nema izričite odredbe.⁷¹

Iako dva različita principa, nezavisnost i nepristrasnost su povezani jer se kroz nezavisnost dokazuje nepristrasnost.⁷² Ovi principi se u stvari ispoljavaju kroz primjenu zakona i podzakonskih akata, kroz samostalno postupanje i tumačenje propisa.⁷³ Navedeni principi izraženi su kroz tekst zakletve koju notar polaže pred ministrom pravde: „Zaklinjem se da ću notarsku službu vršiti u skladu sa Ustavom i zakonom i poslove notara obavljati savjesno i nepristrasno.“⁷⁴ Isto tako kao osnovno načelo notarske etike propisano je: „da notar kao individualni nosilac javne službe obavlja svoju službu savjesno, pošteno i nepristrasno u skladu sa Ustavom i Zakonom“.⁷⁵

Ipak, nezavisnost notara nije apsolutna. Štaviše nezavisnost ove slobodne profesije treba shvatiti krajnje relativno s obzirom na nadležnost države pri imenovanju, razrješenju i nagrađivanju notara.⁷⁶ Notar je u značajnoj mjeri vezan za državne organe, posebno za ministarstvo pravde, a Zakonom o notarima nijesu, kao ni u susjednim državama, predviđeni instrumenti „koji bi u dovoljnoj meri jemčili nezavisnost notara od države“.⁷⁷ Tako Zakon o notarima propisuje da je ministarstvo nadležno da: određuje broj mjesta i sjedišta notara (čl.

69 N. Preuss, *Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger*, Tübingen 2005, 179–186.

70 A. Puhalović, „Načela javnobežničkog prava“, *Pravni život*, 12/2004, 293.

71 Zakon o javnom bilježništvu Hrvatske propisuje da će se u pogledu političkog djelovanja javnog bilježnika na odgovarajući način primjenjivati pravila o zabrani političkog djelovanja sudija (čl. 38, st. 3).

72 D. Babić, „Nezavisnost i nepristrasnost arbitra“, *Pravo u gospodarstvu*, 3/2008, 674.

73 V. Prančić, „O dužnosti poduzimanja i uskrati službene radnje javnog bilježnika“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4/2008, 997.

74 Čl. 16, st. 2 ZNot.

75 Čl. 3, st. 1 Kodeksa notarske etike.

76 D. Knežić-Popović, „O pojmu notarskog (javnobežničkog) prava“, *Pravna riječ*, 5/2005, 373.

77 D. Đurđević, „Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i srpskom pravu“, *Perspektive implementacija evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Zbornik radova – knjiga I* (ur. S. Lilić), Beograd 2011, 171.

10); donosi pravilnik o radu notara (čl. 10a); propisuje radno vrijeme notara (čl. 11); raspisuje i sprovodi konkurs za imenovanje notara (čl. 11); propisuje uslove u pogledu prostora i opreme za kancelariju notara (čl. 20); vrši nadzor nad zakonitošću rada notara (čl. 124). Pored toga ministar pravde imenuje notara (čl. 15), donosi odluku o prestanku vršenja službe notara (čl. 21), donosi odluku o razrješenju notara (čl. 23), donosi odluku o privremenom udaljenju notara (čl. 25), određuje zamjenika notara (čl. 102).

Međutim, ova podređenost notara ministarstvu, odnosno ministru pravde ublažena je kroz objektiviziranje navedenih postupaka,⁷⁸ kao i zakonskim garancijama nepremjestivosti i stalnosti funkcije notara, imuniteta i pretresa službenih prostorija. Zakonom su propisani objektivni uslovi za izbor, nadzor i razrješenje notara.⁷⁹ Notar se imenuje na neodređeno vrijeme i ne može, kao što smo rekli, biti bez svoje saglasnosti premješten u drugo službeno područje.⁸⁰ Uz to, ministarstvo pravde nema pravo da poništava akte notara niti da naredi obustavu njegovih aktivnosti.⁸¹ Notaru je priznat imunitet u slučaju određivanja pritvora u postupku koji je protiv njega pokrenut zbog sumnje da je učinio krivično djelo u vezi sa vršenjem službenih poslova.⁸² Bez dozvole vijeća suda pred kojim se vodi postupak njemu se ne može odrediti pritvor iako postoji osnovana sumnja da je učinio neko krivično djelo prilikom obavljanja notarskih poslova. Isto tako pretresanje kancelarije notara i oduzimanje notarskih akata nije dozvoljeno bez sudske odluke, a i tada je nadležni organ dužan da obezbijedi predstavnika Notarske komore da prisustvuje pretresu.⁸³

Zakon o notarima izričito navodi samo nepristrasnost notara (čl. 16 st. 2), s ciljem da ukaže da je on lice od javnog povjerenja koje u svakoj situaciji treba da postupa objektivno, neutralno, bez opredjeljenja za neku od strana, ili kako se ponegdje navodi tercijarno (kao treći neutralni).⁸⁴ Nepristrasnost notara najčešće se vezuje za njegovu

78 M. Dika, *op. cit.* fn. 58, 93 fn. 2.

79 Čl. 12, 23 i 124 ZNot.

80 Čl. 10, st. 3 ZNot.

81 Vid. I. Ceića, „L'impartialité du notaire: garantie de l'ordre contractuel“, *RAPPORT – XXIVème Congrès International du Notariat Latin*, 2004, 9, www.noti-ss.ru/usrimg/Nr_5.pdf, 14.12.2012.

82 Čl. 34 ZNot.

83 Čl. 33 ZNot.

84 D. Knežić-Popović, „Nepristrasnost javnog beležnika“, *Pravni život*, 3/2008, 536 i 537. Ovaj termin se koristi u italijanskoj literaturi vid. A. Zingaropoli, *La*

obavezu savjetovanja stranaka kad on treba da brine jednako o interesima svih učesnika u pravnom poslu. Tako se kaže da bez nepristrasnosti nema javne službe, bez javnog službenika nema javne isprave, bez javne isprave nema notarijata.⁸⁵ U literaturi se obično smisao i suština nepristrasnosti notara upoređuje sa nepristrasnošću sudija.⁸⁶ Analogija je opravdana, ali nije potpuna jer pored sličnosti postoje i određene razlike u značenju nepristrasnosti s obzirom na različit položaj notara i sudije.⁸⁷ Nešto je širi domašaj notarske nepristrasnosti jer notar za razliku od sudije ne može pri obavljanju svoje djelatnosti ostati strogo neutralan. Njegova dužnost da strankama objasni smisao i posljedice pravnog posla zahtijeva aktivan odnos, savjetovanje svih učesnika, objektivno angažovanje na podučavanju, nepristrasno objašnjavanje koje ne može imati značenje udaljenije sudijske neutralnosti.⁸⁸ Ali bez obzira na različito značenje sudijske i notarske neutralnosti i kod jednih i kod drugih mora se obezbijediti osjećaj nepristrasnosti. Notar, kao i sudija ne smije se naći u situacijama i okolnostima koje kod stranaka mogu izazvati razuman strah od pristrasnosti.⁸⁹ Njegovo profesionalno djelovanje ne može se preplitati sa njegovim ličnim poslovima, sa situacijama u kojima notar ima ekonomski ili drugi interes.

Obezbeđenje nepristrasnosti notara, njegovo objektivno, zakonito i pravično postupanje garantuje institut izuzeća. Pravila o izuzeću notara omogućavaju da notar u svakom konkretnom slučaju bude stvarno nepristrasni treći u položaju *super partes*⁹⁰ koji će sačiniti notarski zapis o određenom pravnom poslu. Zakonom su propisani razlozi koji isključuju notara da postupa u slučaju koji izaziva njegovu zainteresovanost. Opravdano se sumnja da će notar u određenim slučajevima zbog materijalne ili moralne zainteresovanosti biti pristrasan. Njegov

Responsabilità del notaio, Halley Editrice, 2006, 19 i 24; M. di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano 2007, 2.

85 „...sans impartialité, point d'officier public, sans officier public, point d'acte authentique, sans acte authentique, point de notariat.“ A. Roy, „Notariat et multidisciplinarité: Reflet d'une crise d'identité professionnelle?“, *Revue du Notariat* 106/2004, 12 fn. 38, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/767>, 13.12.2012.

86 *Ibid.*, 13.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, 13 i 14.

89 „...juge peut être récusé s'il existe une crainte raisonnable de partialité.“ *Ibid.*, 15 fn. 44.

90 Vid. G. Casu, G. Sicchiero, *La legge notarile commentata*, Roma 2010, 44.

lični odnos sa određenom strankom ili očigledan materijalni interes u konkretnom predmetu rađa sumnju u objektivno i nepristrasno postupanje. Zbog toga će on biti izuzet od vršenja notarske funkcije u svim takvim slučajevima kako bi se sačuvao autoritet notarijata i notara, odnosno povjerenje građana i poslovnih subjekata u nepristrasan rad notara.

I pored navedenih mehanizama zaštite nepristrasnosti kao osnovnog principa notarske profesije, nije u praksi isključena mogućnost kompromitacije objektivnog postupanja notara. Najčešći rizici koji prijete da ugroze nepristrasnost notara odnose se na situacije kada jedan notar u kontinuitetu sačinjava veći broj ugovora za jednu istu stranku ili kada notar prethodno savjetuje jednu stranku o raznim pravnim pitanjima, pa se nakon toga ta ista stranka pojavi kod notara da joj sačini ugovor ili drugi pravni posao.⁹¹ U praksi se dešava da notar u kraćem ili dužem vremenskom razdoblju sačini za jednu stranku čitavu seriju ugovora (na primjer, investitor stambene zgrade sa većim brojem stanova sačinjava ugovore o prodaji kod istog notara), što s obzirom na slobodan izbor notara nije nedopušteno, ali je nesumljivo da takve poslovne relacije nose rizik pristrasnosti konkretnog notara. Ljudski je teško sačuvati nepristrasnost ako se ista stranka često pojavljuje kao klijent i značajno uvećava zaradu notara. Trajni odnos sa klijentom je nesumljivo „sam po sebi ohrabrujući znak povjerenja u notara“, ali ne smije derogirati slobodu notara.⁹² Stoga se pitanje ugrožavanja nepristrasnosti našlo i na dnevnom redu XVI Međunarodnog kongresa latinskog notarijata održanog u Limi 1982. godine, gdje je Komisija za organiziranje Kongresa uputila određene sugestije komorama da usvoje preventivne mjere koje bi ublažile rizike ugrožavanja nepristrasnosti notara.⁹³ S tim u vezi nacionalnim komorama se predlaže da same izaberu mjere kojima će spriječiti klijente da stvore čvrste ekonomske veze sa određenim notarom u čijoj kancelariji sklapaju veliki broj poslova.

91 A. Roy, *op. cit.* fn. 85, 21 fn. 67.

92 „Ein dauerndes Klientenverhältnis ist fraglos „an sich ein erfreuliches Zeichen für das Vertrauen zum Notar“, darf jedoch die Freiheit des Notars nicht beeinträchtigen“, R. Gaupp, „Die Unparteilichkeit des Notars: Eine garantie des vertragsrechts (Thema I)“, XXIV. Kongress des lateinischen Notariats Bericht der deutschen Delegation, 2003, 19, www.bnotk.de/...Kongress/.../THEMA_I_GAUPP, 15.2.2013.

93 A. Roy, *op. cit.* fn. 85, 22 fn. 72.

Insistira se i na disciplinskoj odgovornosti notara koji zbog pretjerane koncentracije iste klijentele kompromituje nepristrasnost.⁹⁴

4.3. Princip savjetovanja i upozorenja

Sačinjavanje notarskih akata i savjetovanje stranaka osnovni su zadaci notara. Savjetovanje je, kao što je rečeno, vezano za nepristrasnost notarske profesije. Nepristrasno poučavanje i podučavanje stranaka esencijalna je dužnost notara, utemeljena još poznatim francuskim Zakonom 25 *Ventôse* iz 1803. godine koji je postavio osnove savremenom modelu latinskog notarijata.⁹⁵ Iako danas u francuskom pravu, za razliku od njemačkog,⁹⁶ nema o tome izričite odredbe ona je u praksi vrlo rano i odlučno afirmisana i smatra se esencijalnom karakteristikom francuskog notara.⁹⁷ Karakterističnim odlukama sudova, prvo iz 1841. godine, a onda više od jednog vijeka kasnije Kasacioni sud je potvrdio taj stav naglašavajući da je zakon notarima povjerio dostojanstveniju i veću ulogu od davanja svojstva javne isprave aktima koje sačinjavaju, smatra ih nezainteresovanim (nepristrasnim) savjetnikom stranaka.⁹⁸ I na međunarodnom Kongresu latinskih notara, održanom u Meksiku 2004. godine, je zaključeno da je nepristrasnost notara, kao javnog službenika, u svim njegovim aktivnostima, pa i u savjetovanju

94 XVIe Congrès international du notariat latin, (1982) 32 *Revue Internationale du Notariat* (Henri Maigret), citirano prema A. Roy, *op. cit.* fn. 85, 22 fn. 72; tako i D. Knežić-Popović, *op. cit.* fn. 84, 545.

95 Detaljnije D. Knežić-Popović, „Zakon *Ventôse*, kodeks modernog notarijata“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1–2/2009, 49; Upor. „Charte constitutive du notariat moderne, la loi française du 25 *Ventôse* An XI (1803) 22 circonscrit la profession autour du statut d’officier public traditionnellement reconnu au notaire“, A. Roy, *op. cit.* fn. 85, 8 i literaturu tamo navedenu.

96 Vid. §§ 24(1) *Bundesnotarordnung* – BNotO.

97 J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op. cit.* fn. 48, 129.

98 „Les notaires n’ont pas seulement pour mission de donner l’authenticité aux actes qu’ils rédigent, dans son esprit et dans ses motifs memes, la loi qui les institue a etendu leur conférer un role plus digne et plus élève, elle les considere comme des conseils désintéressés des parties“, Cass., 3 aout 1958: S. 1959, 1, 350, citirano prema J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op. cit.* fn. 48, 8; još u *l’exposé des motifs* za Zakon 25 *ventôse* savjetnik Real određuje notare kao savjetnike bez interesa za bilo koju stranku i kao nepristrasne redaktore njihove volje ...*conseiles désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté...* J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op. cit.* fn. 48, 7.

stranaka, temelj latinskog notarijata, i štiti ne samo učesnike pravog posla, nego i treća lica.⁹⁹

Notari kao nepristrasni zapisivači volja stranaka dužni su da ih upoznaju o prirodi i obimu njihovih prava i obaveza i da to jasno i nedvosmisleno unesu u notarski akt. To podrazumijeva da notar kroz razgovor sazna, utvrdi i analizira interese stranka, razmotri dopuštene opcije i alternative, otkloni eventualne konflikte interesa i ponudi najpovoljnije rješenje.¹⁰⁰

Zakon o notarima po ugledu na uporedno zakonodavstvo sadrži odredbu o podučavanju stranaka koja se odnosi na dva pravila: ispitivanje volje stranaka i njeno unošenje u notarski akt. Prije nego pristupi sačinjavanju notarskog akta notar ima obavezu da ispita pravu volju stranaka i da ih poduči o pravnim posljedicama koje proizvodi pravni posao koji namjeravaju da zaključe.¹⁰¹ Ispitivanje prave volje stranaka obično započinje pripremnim razgovorom koji notar vodi u svojoj kancelariji gdje nakon izjava učesnika pravnog posla postavlja pitanja i razmatra podatke koji su mu ponuđeni. Notar treba prvo da sazna relevantne podatke o pravnom poslu koji stranke žele da bi mogao da pruži pouku i poduku. To ne znači da treba nekritički da slijedi izjave stranaka, već da kroz razgovor sa njima provjeri njihovo razumijevanje konkretnog pravnog posla.¹⁰² On prilikom izvršavanja ove obaveze treba da pronade najpovoljnije rješenje za stranke da ostvare namjeravanu svrhu sa što manje troškova; na primjer, da ne zaključuju predugovor prije zaključenja glavnog ugovora ako za to nema opravdanog razloga.¹⁰³ Pri tome treba da razjasni njihove izjave i da ih upozori kad smatra da su one nejasne, nerazumljive i dvosmislene, sa izričitom obavezom da stranke upozori na moguće pravne smetnje i sudske sporeve do kojih može doći zbog takvih izjava.

Notar se ne može osloboditi obaveze savjetovanja, bez obzira na kompetentnost stranaka ili činjenicu da one imaju advokata ili drugog stručnog konsultanta koji im pomaže u pregovaranju i sačinjavanju

99 Conclusions (1), Theme I, Impartiality of the Notary: ensuring certainty in contractual relationship, XXIV International Congress of the Latin Notariat, Mexico City, October 2004 <http://www.docstoc.com/docs/46413499/XXIV-INTERNATIONAL-CONGRESS-OF-T>, 14.3.2013.

100 M. Povolakić, Ch. Schalast, V. Softić, *op. cit.* fn. 65, 14.

101 Čl. 48, st. 1 ZNot.

102 V. Rijavec, „Civilnopravna odgovornost notarijev“, *Pravna praksa*, 11/98, III.

103 M. Povolakić, Ch. Schalast, V. Softić, *op. cit.* fn. 65, 185.

pravnog posla. Ali obim savjetovanja će svakako zavisiti od kompetentnosti stranka, vrste i prirode pravnog posla i valjanosti priložene dokumentacije. U tom pogledu on strankama treba da pruži „istu snagu oružja“. Ako je jedna ugovorna strana profesionalac (na primjer, banka ili prodavac stanova za tržište) a druga neiskusni potrošač (kupac stana, korisnik kredita) onda će notar posebnu pažnju obratiti na zaštitu slabije strane.¹⁰⁴

U pravnoj teoriji i sudskoj praksi obaveza savjetovanja notara razdvaja se „na obavezu objašnjavanja strankama i obavezu ličnog istraživanja“.¹⁰⁵ Obaveza objašnjavanja podrazumijeva pružanje kompletnih informacija strankama o pozitivnim i negativnim posljedicama pravnog posla, tumačenje pojedinih stručnih izraza, davanje odgovora na postavljena pitanja, kao i pojašnjavanje i drugih posljedica, pogodnosti i nepogodnosti pravnog posla koje nisu pravnog karaktera (ekonomski efekti, fiskalne dažbine, administrativne obaveze i sl.).¹⁰⁶ Ima mišljenja da notar nije dužan da podučava stranke o ekonomskim efektima pravnog posla i ekvivalentnosti davanja.¹⁰⁷ Smatramo da notar prvenstveno treba da ukaže na manjkavosti koje dovode do ništavosti ili rušljivosti pravnog posla, ali može, naročito kad se radi o neukoj ili neiskusnoj stranci ukazati i na druge posljedice preduzetog pravnog posla. U svakom slučaju notar „ne sme biti pasivni i ćutljivi sastavljač isprave“, već aktivni sudionik koji ima zadatak da nadomjesti neznanje stranka, da ih stručno poduči i onda kad one misle da to nije potrebno ili da se radi o opštepoznatim činjenicama.¹⁰⁸ Na isti način postupiće notar i u slučaju kad stranke podnesu gotov nacrt pravnog posla.¹⁰⁹ To što je nacrt pravnog posla sačinio advokat ili drugi pravni stručnjak ne oslobađa notara obaveze da ispita stvarnu volju stranka i ukaže na pravne posljedice koje taj pravni posao proizvodi. Cjelovito i kompetentno razjašnjenje svih relevantnih elementa i činjenica pravnog posla

104 M. Powlakić, „Odgovornost notara za prouzrokovanu štetu u obavljanju notarske službe“, *Referat na stručnoj Konferenciji – Uloga i perspektiva notarske službe u BiH*, Sarajevo 2013, 10.

105 D. Knežić-Popović, *op. cit.* fn. 84, 540.

106 M. Đurđević, „Notarijat i ugovori“, *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2006, str. 222.

107 V. Rijavec, *op. cit.* fn. 102, III; Ovaj stav je zaspupljen u njemačkoj literaturi, R. Gaupp, *op. cit.* fn. 92, 31 fn. 28 i literaturu tamo navedenu.

108 D. Knežić-Popović, *op. cit.* fn. 84, 540.

109 M. Powlakić, Ch. Schalast, V. Softić, *op. cit.* fn. 65, 178.

spriječava rizike njegove nepunovažnosti i djelotvornosti i obezbjeđuje pravne pretpostavke da notarski akt bude izvršen kako glasi.

Obaveza savjetovanja povezana je sa obavezom upozorenja koju notar ima u slučaju kad smatra da stranka nema pravo da sklopi određeni pravni posao.¹¹⁰ Ona djeluje preventivno i treba da ukloni svaku neizvjesnost u pogledu punovažnosti pravnog posla i isključi mogućnost kasnijeg nastanka spora i vođenja parnice.¹¹¹ Tako, na primjer, u slučaju kad jedan od zajedničara insistira da zaključi ugovor o prodaji notar treba da ga upozori i poduči da je za prenos prava zajedničke svojine potrebna saglasnost svih zajedničara; ili da roditelji ne mogu otuđiti nepokretnost djeteta bez saglasnosti organa starateljstva.¹¹² Time je sada gotovo isključena mogućnost da jedan od supružnika bez saglasnosti drugog otuđi pravo iz zajedničke imovine ili optereti stvar koja je predmet zajedničke svojine, što je ranije u praksi bio čest slučaj. Ako stranka i pored upozorenja notara insistira da on sačini notarski akt o pravnom poslu koji zahtijeva, notar će ga sastaviti, ali će u aktu naznačiti da je stranku upozorio na posljedice manjkavosti pravnog posla. U slučaju da se stranka tome protivi notar će odbiti sastavljanje notarskog akta, kao što će ga odbiti i u slučaju kad je sačinjavanje takvog akta zakonom izričito zabranjeno.¹¹³

U slučaju propuštanja notara da izvrši obavezu savjetovanja i upozorenja stranaka u toku postupka sačinjavanja notarskog akta mogu nastupiti negativne posljedice. To prije svega može dovesti do toga da stranke zakluče nepunovažan pravni posao. Zbog toga može nastati šteta za koju će biti odgovoran notar. Pored imovinskopravne odgovornosti notar može, zbog neobavljanja poslova u skladu sa zakonom odgovarati disciplinski, a nije isključena i krivičnopravna odgovornost.

4.4. Princip savjesnosti i poštenja

Savjesnost i poštenje kao generalna klauzula vodi porijeklo od rimskog pojma *bona fides*¹¹⁴ i do danas je najčešće primjenjivan prin-

110 Čl. 29, st. 1 ZNot.

111 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 63, 101.

112 Upor. V. Prančić, *op. cit.* fn. 73, 1012.

113 Čl. 28, st. 2 i 3 ZNot.

114 M. J. Schermaier, „*Bona fides* in Roman contract law“, *Good Faith in European Contract Law* (ed.) R. Zimmermann, S. Whittaker, Cambridge University Press 2000, 63 i dalje.

cip u čitavom građanskom pravu, posebno u oblasti ugovora.¹¹⁵ Sa određenim razlikama pisutan je u svim uporednim zakonodavstvima, kao i u evropskom ugovornom pravu.¹¹⁶ Može se reći da ovaj pravni standard predstavlja jedan od osnovnih principa notarskog prava i pravila ponašanja notara u obavljanju njihove djelatnosti. Neki autori ovaj pricip vezuju uz načelo zakonitosti sa ciljem da naglase obavezu notara da postupa u skladu sa zakonom i drugim pozitivnim propisima i saglasno načelu savjesnosti i poštenja.¹¹⁷ I crnogorski zakonodavac povezo je princip zakonitosti i princip savjesnosti i poštenja formulacijom: „Notar je dužan da vrši poslove iz svoje nadležnosti savjesno i pošteno, u skladu sa propisima“.¹¹⁸

Ovaj princip proklamovan Zakonom o notarima uz imperativnu generalnu klauzulu Zakona o obligacionim odnosima koja obavezuje da se u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa moraju pridržavati načela savjesnosti i poštenja,¹¹⁹ nalaže svim učesnicima notarskog postupka lojalno ponašanje i iskreno povjerenje. Savjesnost i poštenje kao imperativno i utuživo načelo obligacionih odnosa ostaje, razumije se, u punom kapacitetu i obavezuje učesnike u notarskom postupku da pri sačinjavanju pravnog posla postupaju sa povjerenjem prema drugoj strani, da vode računa o uvažavanju obosranih interesa, nastupaju iskreno i otvoreno sa spremnošću da uredno i potpuno izvrše preuzete obaveze uz očekivanje takvog ponašanja od druge strane.¹²⁰ Uz to notar treba da postupa iskreno i pouzdano, da na nesumljiv i nepristrasan način utvrdi volju i namjeru stranaka, spriječi njihova eventualna dvolična i protivrivična ponašanja i obezbijedi da bude zaključen punovažan pravni posao čijim izvršenjem će stranke ostvariti željeni cilj. S druge strane, stranke treba da opravdaju povjerenje koje im je ukazao notar i da sa svoje strane postupaju *bona fides*, kako

115 Detaljnije u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima (ur. S. Perović, D. Stojanović), knjiga prva, Gornji Milanovac-Kragujevac 1980, 107 i dalje.

116 Više R. Zimmermann, S. Whittaker, „Good faith in European contract law: surveying the legal landscape“, *Good Faith in European Contract Law* (ed. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge University Press, 2000.

117 J. Salma, „Notarijalano obligaciono pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 92.

118 Čl. 3, st. 1 ZNot.

119 Čl. 4 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list Crne Gore*, br. 47/08 i 04/11.

120 Više o značaju ovog načela V. Gorenc, *Zakon o obligacionim odnosima*, Zagreb 1998, 11.

međusobno tako i prema notaru. Notarska praksa treba da individualizira, konkretizuje ovaj pravni standard vodeći računa o specifičnosti svake pojedinačne situacije. U svakom slučaju, notari kao individualni nosioci javne službe dužni su da postupaju ujednačeno i istovjetno u istim ili sličnim situacijama, da primjenom zakonskih i podzakonskih akata usklade proceduru u notarskom postupku na cijeloj teritoriji države, čime će štititi ugled profesije, jačati povjerenje u sopstveni rad i sprječavati međusobnu nelojalnu konkurenciju.¹²¹

4.5. Princip pravne kompetentnosti

Notar kao poslenik javne službe, lice od javnog povjerenja dobio je nadležnost da obavlja značajne pravne poslove, da sačinjava, potvrđuje i čuva različite notarske akte. Sačinjavanjem javnih i izvršnih isprava o najvažnijim ugovorima za koje ima ekskluzivitet, notar garantuje zakonitost forme, punovažnost pravnog akta i značajnu pravnu sigurnost. Zato je njemu kao nosiocu dijela pravosudnog sistema i „preventivnom sudiji“ potrebno široko pravno znanje, visoko stručno obrazovanje, profesionalno iskustvo i specijalna edukacija. Za uspješno obavljanje notarskih poslova, a posebno za sastavljanje zapisa i pružanje savjeta strankama, potrebno je dobro poznavanje materijalnog i procesnog građanskog prava, porodičnog, nasljednog i privrednog prava. Uz to stručna kompetencija pruža notaru slobodu odlučivanja, sposobnost u obavljanju poziva i odlučnost u sačinjavanju akata.¹²² Notar treba da je osposobljen da nadomjesti neznanje stranka, zaštititi ih od rizika sačinjavanja nepunovažnog posla i pruži validan odgovor na sva pitanja, a samo da bude čutljivi sastavljač isprava.¹²³ Stoga je zakonodavac po ugledu na uporedno zakonodavstvo¹²⁴ odredio stroge uslove za imenovanje notara. Dovoljno je reći da ni dugogodišnji sudija ili advokat ne može bez dodatne edukacije biti imenovan za notara.

Diplomirani pravnik sa najmanje pet godina radnog iskustva pored položenog pravosudnog ispita i najmanje tri godine iskustva nakon tog ispita treba da položi i notarski ispit da bi mogao konkurisati za notara.¹²⁵ Notarski ispit ima za cilj da se provjeri da li su kandidati za

121 Čl. 3, st. 2 Kodeksa notarske etike.

122 V. Prančić, *op. cit.* fn. 73, 998 i 999.

123 D. Knežić-Popović, *op. cit.* fn. 84, 540.

124 Više A. Sehwahtgen, „Stručno obrazovanje javnih bilježnika u Evropskoj uniji“, *Javni bilježnik*, 6/1999, 10.

125 Čl. 12 ZNot.

notara stekli određena teorijska i praktična znanja neophodna za obavljanje notarske službe. Ne može se od notara očekivati da pruže pravnu sigurnost građanima i pravnim licima bez dodatnih specijalističnih znanja. U teoriji se naglašava da nivo pravne sigurnosti koju ostvaruje notarijat zavisi od nivoa kvalifikacije notara.¹²⁶ Otuda je i kod nas notarski ispit postavljen kao visoko zahtjevan postupak provjere pravnog znanja. Program, organizacija, način polaganja i sadržaj notarskog ispita uređen je podzakonskim aktom Ministarstva pravde.¹²⁷

Princip pravne kompetencije ne važi samo prilikom izbora notara već prati notara sve vrijeme dok vrši poslove iz svoje nadležnosti. On permanentno treba da proširuje pravna znanja, prati promjene u zakonodavstvu, izučava sudsku i notarsku praksu. Brigu o podizanju stručnog kvaliteta notara zakonodavac je povjerio Notarskoj komori. Upravni odbor ove profesionalne organizacije zadužen je za ograničavanje stručnog osposobljavanja notara, pripremanjem seminara i predavanja.¹²⁸ Obaveza stalnog stručnog usavršavanja važi ne samo za notare, već i za zamjenike notara, notarske saradnike i pripravnike, kao i za sva druga lica zaposlena u kancelariji notara.¹²⁹

4.6. Princip stranačke privilegije – *intuitu personae*

Povjerenje je jedna od glavnih odrednica notarijata. Bez povjerenja notari ne bi mogli kvalitetno i uspješno obavljati svoju profesiju. Pored javnog povjerenja notar uživa i povjerenje stranaka. Stranki koja traži notarsku uslugu vrlo je važno da zna da će izjave koje je dala notaru ostati tajna. To je od značaja i za puno ostvarivanje interesa stranka, ali i za pravilno obavljanje notarske službe. Za djelotvorno postupanje notara, posebno za valjano savjetovanje stranaka nije najčešće dovoljno da sazna samo bitne elemente pravnog posla, već i da se upozna sa okolnostima u kojima se pravni posao zaključuje, motivima stranaka, porodičnim i imovinskim prilikama i ciljevima koje žele postići.¹³⁰ Pri tome notar ne smije pokazivati znatiželju za činjenice koje nijesu od

126 M. Powlakić, Ch. Schalast, V. Softić, *op. cit.* fn. 65, 21.

127 Pravilnik o programu i načinu polaganja notarskog ispita, *Službeni list CG*, br. 49/08.

128 Čl. 108, st. 1, tač. 7 ZNot.

129 Čl. 7, st. 2, tač. 7 Statuta notarske komore Crne Gore.

130 M. Powlakić, Ch. Schalast, V. Softić, *op. cit.* fn. 65, 100.

značaja za radnju koju preduzima, niti da komentariše ponašanje bilo kojeg lica.¹³¹

Stoga je Zakonom o notarima izričito propisana obaveza notara da čuva podatke do kojih je došao u vršenju svojih poslova.¹³² Obavezu čuvanja službene tajne imaju i ostala lica zaposlena kod notara. U teoriji se zbog zaštitne uloge ovaj princip označava kao stranačka privilegija – *intuitu personae*.¹³³ Povjerenje između stranaka i notara garantuje čuvanje tajnosti podataka prema svim trećim licima, organima i organizacijama koje nijesu učesnici postupka pred notarem. Naročito se insistira na čuvanju privatnosti stranaka kad su u pitanju porodičnopravni i nasljednopravni odnosi.¹³⁴ Etička pravila ga obavezuju da organizacijom rada i zaposlenih u kancelariji, posebno u pogledu prepiske i arhive, obezbijedi čuvanje privatnih podataka stranaka.

Međutim, ovaj klasični princip latinskog notarijata široko zastupljen u uporednom zakonodavstvu nije postavljen bez izuzetka. Zakonom ili voljom stranaka notar može u određenim slučajevima biti oslobođen od dužnosti čuvanja tajnosti podataka. Štaviše notar ima dužnost da podatke koje je saznao u toku obavljanja notarske djelatnosti pruži, u skladu sa zakonom, sudu ili drugom državnim organu pred kojim se vodi postupak.¹³⁵ Ti podaci mogu se davati u skladu sa posebnim zakonima kao što su Zakon o zaštiti podataka o ličnosti¹³⁶ i Zakon o zaštiti neobjavljenih podataka.¹³⁷ Kodeks notarske etike s tim u vezi precizira da je notar ovlašćen da dostavlja nadležnom organu, bez saglasnosti stranke, najnužnije podatke o određenoj notarskoj radnji, ako je to neophodno da se od njega ili nekog lica zaposlenog u njegovoj kancelariji otkloni opasnost od krivičnopravne, građanskopravne, upravne ili disciplinske odgovornosti.¹³⁸ Ova odredba predstavlja razradu člana 30 Zakona o notarima, inače ne bi bila održiva sa stanovišta zakonitosti, s obzirom na to da se podaci mogu prosljeđivati samo u skladu sa zakonom, a ne i podzakonskim aktom.

131 Čl. 14, st. 3 Kodeks notarske etike.

132 Čl. 30, st. 1 ZNot.

133 A. Puhalović, op.cit. fn. 70, 293; M. Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd 2007, 132.

134 Član 14 st. 4 Kodeksa notarske etike.

135 Član 30 st. 2 Zakona o notarima.

136 *Službeni list CG*, br. 70/2009, 44/2012.

137 *Službeni list CG*, br. 73/2008.

138 Član 14 st. 5 Kodeksa notarske etike.

Velibor Korać, M.A.

*Junior Faculty Member at the Faculty of Law
University of Montenegro*

CONCEPT OF THE LAW ON PUBLIC NOTARIES OF MONTENEGRO

Summary

This paper presents the basic conceptual orientation of the Law on Public Notaries of Montenegro in 2005. Reference is made to the wider movement of notary reforme in Europe in the early 90s of the last century in the so-called transition countries, in the affirmation of the rule of law and judicial reform. Author presents the reasons for the re-introduction of public notaries and commitment decision to free Latin model notary services and reasons for the competence of notaries, particularly on legal transactions concluded in the mandatory form of notary instrument. This paper particularly discusses the basic principles of the Law on Public Notaries, as follows: *numerus clausus* and territorial principle, the principle of independence and impartiality, the principle of counselling and warning, the principle of good faith, the principle of legal competence, the principle of party's privilege – *intuitu personae*.

Key words: *Notary Public. – Conception. – Principles.*

*Savo Manojlović, master**

KAKO PRIMORATI POLITIČKE STRANKE NA OTUĐENJE UDELA ILI AKCIJA U PRAVNIM LICIMA?

– Jedan primer kreiranja pravne norme: kako imperfektnu pravnu normu učiniti perfektnom? –

U praksi se nakon primene Zakona o finansiranju političkih aktivnosti od 2011. godine postavilo pitanje primene odredbe kojom je zabranjeno vlasništvo političkih subjekata nad lukrativnim pravnim licima. Političke stranke koje su pre stupanja na snagu bile vlasnici (udela) u pravnim licima u praksi su odbili su da se odreknu vlasništva. Stoga se kao zadatak pred Radnu grupu za izradu izmena i dopuna navedenog zakona postavilo pitanje na koji način primorati političke stranke da se odreknu postojećih udela. U radu se analiziraju moguće opcije postojećih rešenja koje pored svoje efikasnosti moraju da budu kompatibilna sa ustavnim pravom na imovinu. Autor članka, kao sekretar Radne grupe, tvorac je odredbe koja se nalazi u nacrtu amandmana te u navedenom članku iznosi dileme, izazove i obrazlaže postojeće rešenje. Takođe u zaključnim razmatranjima iznosi stav o poštovanju imperfektnih normi u Srbiji.

Ključne reči: *Kreiranje prava. – Finansiranje političkih aktivnosti. – Političke stranke. – Finansiranje političkih stranaka. – Stečena prava.*

* Autor je mlađi savetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije i sekretar Radne grupe Ministarstva finansija za izradu Nacrta izmena i dopuna Zakona o finansiranju političkih aktivnosti, savomanjlovic@yahoo.com.

„Sve su drine ovog sveta krive;
nikad se one neće moći sve ni potpuno ispraviti;
nikad ne smemo prestati da ih ispravljamo.“
(Ivo Andrić)

1. UVOD

Predmet ovog rada je analiza kreiranja jedne pravne norme iz zakonotvoračke prakse. Odredbom člana 12 stav 4 Zakona o finansiranju političkih aktivnosti od 2011. godine (dalje: Zakon), propisano je:

Zabranjeno je da političke stranke stiču udeo ili akcije u pravnom licu.

U skladu sa Akcionim planom Vlade Republike Srbije za sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije u periodu od 2013. do 2018. godine,¹ 2013. godine je formirana Radna grupa Ministarstva finansija koja je trebala da izradi Nacrt izmena i dopuna navedenog zakona koje su se ticale uloge Državne revizorske institucije. Radna grupa se odlučila da pored ovog osnovnog zadatka u svoj nacrt ugradi i rešenja kojima bi se normativno odgovorilo na probleme nastale u dosadašnjoj primeni Zakona. Predstavnici Agencije za borbu protiv korupcije (dalje: Agencija) u Radnoj grupi, kao centralnog kontrolora finansiranja političkih aktivnosti, pored ostalog, izneli su i probleme u primeni navedenog člana 12 stav 4 Zakona.

Političke stranke odbile su da se odreknu udela ili akcija koje su stekle pre stupanja na snagu Zakona. Javio se problem prelaska na novi zakonski režim koji je podrazumevao povlačenje političkih stranaka iz vlasničkih struktura lukrativnih pravnih lica. Zakon nije poznao mehanizme koji bi se koristili u primeni ovog problema. Ovaj problem je stoga primer, uslovno rečeno, *imperfektne pravne norme*, norme koja ne sadrži sankciju, niti mehanizam za sprovođenje. Sama norma zabranjuje sticanje udela i akcija u pravnom licu i ona je u tom svom osnovnom segentu pravno perfektna, savršena, u smislu sopstvene primenljivosti. Naime, bilo kakav pravni posao kojim bi političke stranke stekle udeo ili akcije u navedenom pravnom preduzeću bio bi pravno ništav, jer je

1 Dostupno na: http://www.acas.rs/images/stories/Akcion_i_plan_za_sprovođenje_Strategije.pdf, 1.12.2014.

suprotan prinudnim propisima.² Međutim, problem se javio u prelasku na novi pravni režim, jer političke stranke koje su udeo ili akcije stekle pre Zakona odbile su da otuđe navedenu imovinu, pa o imperfektnosti navedene odredbe možemo da govorimo, dakle, samo u tom delu. Time se, pored ostalog, novije političke stranke, odnosno one koje nisu stekle vlasništvo nad udelima i akcijama pre novog Zakona, dovode u neravnopravan položaj u odnosu na one koje već poseduju vlasništva nad pravnim licima.

Cilj navedenog rada je analiza slučaja koji se javio pred autorima nacрта izmena koja bi trebali da u ovom delu imperfektu pravnu normu učine „pravno savršenom“, odnosno omoguće njeno efektivno sprovođenje u navedenoj situaciji.

2. RAZLOZI NASTANKA ZABRANE STICANJA POLITIČKIM STRANKAMA UDELA I AKCIJA U PRAVNIM LICIMA

Osnovna intencija zabrane političkim strankama da stiču udeo i akcije u pravnim licima ogleda se u antikoruptivnoj meri sprečavanja da stranke kroz vlasništvo u lukrativnim pravnim licima zapravo fiktivnim poslovima isisavaju novac iz javnog sektora, odnosno da poslujući sa privatnim licima preko kompanija u svom vlasništvu zapravo trguju svojim javnim uticajem. Naime stranke mogu koristeći javni položaj svojih članova ili lica na koje imaju uticaj sklapati poslove između lukrativnih pravnih lica koja se nalaze u njihovom vlasništvu i javnih institucija ili preduzeća čime zapravo isisavaju novac građana za finansiranje stranačkih aktivnosti. Takođe, zamisliva je situacija da određena privatna lica sklapaju poslove mimo realne ekonomske osnove, već zapravo dogovarajući određenu protivuslugu sa političkim strankama.

Imajući u vidu da je intencija zakonopisaca bila povlačenje stranaka iz lukrativnih pravnih lica, pravilnije je bilo koristiti termin privredna društva, imajući u vidu da je čl. 2 Zakona o privrednim

2 „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav je ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.“ Čl. 103 st. 1 Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99.

društvima³ predviđeno da je privredno društvo „pravno lice koje obavlja delatnost u cilju sticanja dobiti“.

Naravno, ovim zakonom se ne mogu predupređiti suptilniji vidovi izigravanja ove odredbe. Tako je zamisliva situacija prema kojoj članovi ili visoki funkcioneri političkih stranaka, kao i treća lica (fiktivni vlasnici), zapravo predstavljaju masku iza koje se skriva nelegalno finansiranje stranačke mašinerije. Tako se iz Izveštaja Saveta za borbu protiv korupcije o pritiscima i kontroli medija u Srbiji broj 07-00-6614/2011-01 od 19. septembar 2011. godine⁴ može zaključiti da sve političke stranke imaju „svoje“ marketinške firme u vlasništvima privatnih lica koje dobijaju poslove sa ministarstvima, lokalnim samoupravama, javnim preduzećima... i na taj način zapravo isisavaju pare iz javnog sektora.⁵ Takođe, iz istraživanja koje smo koautorski izvršili

3 Službeni glasnik RS, br. 36/11, 99/11 i 83/14.

4 Dostupno na: www.antikorupcijasavet.gov.rs/storage/global/documents/mediji/izvestaj%20o%20medijima,%20preciscena%20verzija.pdf, 1.12.2014.

5 Iz analiziranih ugovora jasno se može videti stranačka raspoređenost agencija, pa tako, na primer, institucijama koje vode stranački aktivisti G17 plus, kao što su JVP Srbijavode ili Nacionalna agencija za regionalni razvoj, Republički zavod za sport, Republički zavod za zdravstveno osiguranje ili Kragujevačka gimnazija, usluge pruža agencija A medija. To ne treba da čudi, jer tu agenciju predvodi direktor Tomislav Damnjanović, svojevremeno predsednik Izvršnog odbora G17 plus i kreator njenih kampanja. Damnjanović je inače i brat supruge Mladana Dinkića, Tatjane. Najveći vlasnički udeo u toj firmi ima Asocijacija nezavisnih elektronskih medija ANEM (40 odsto), pa Mitko Jakovleski (10 odsto), a zatim po pet odsto imaju Veran Matić (glavni urednik RTV B92), Sibina Golubović, Tomislav Damnjanović, Tatjana Boškić i dr.

Aktivnu saradnju Ministarstvo zdravlja je, dok je na njenom čelu bio Tomica Milosavljević, imalo i sa agencijom Cross Communications, Svetlane Blagojević, koja je radila kampanje „Srbija protiv raka“. Kako bi promovisalo borbu protiv raka, Ministarstvo je 2009. godine platilo produkciju serije „Selo gori baba se češlja“ (8,35 miliona dinara) preko konzorcijuma Contrast studios i Media House. Agencija Blagojevićeve je, takođe, radila kampanju „Klikni bezbedno“, vrednosti od 2,5 miliona dinara, za Ministarstvo telekomunikacija, na čijem je čelu takođe bio kadar G17 plus.

Agencije Meken Erikson grupe i Stoa pružaju usluge institucijama na čijem čelu su kadrovi DS, kao što su Telekom Srbija, Ministarstvo poljoprivrede, Ministarstvo trgovine i usluga ili Ministarstvo spoljnih poslova. Agencija Stoa već više godina radi za Skupštinu grada Beograda, kao i Skupštinu grada Novog Sada, koju tradicionalno vodi DS.

Agencija „Profajler tim“ Gorana Veselinovića, u kojoj je prema informacijama SRS-a zaposlen Aleksandar Vučić, zamenik predsednika SNS-a, radila je to-

može se primetiti deo tih sredstava daju u vidu donacija političkim strankama bliska lica koji kao vlasnici marketinških agencija, agencija za obezbeđenje i sl. ostvaruju profit u poslovanju sa javnim sektorom.⁶ No, reč je svakako o vidovima kršenja drugih zakona koji čekaju na sankcionisanje u praksi i krivičnu odgovornost njihovih aktera.

Zabrana sticanja udela ili akcija političkim strankama nesumnjivo spada u ograničavanje prava na imovinu, koje se, prema slovu Ustava, može vršiti samo u slučaju postojanja javnom interesu. Ne ulazeći u dublja razmatranja uloge političkih stranaka, možemo konstatovati da su političke stranke specifičan vid udruživanja. Reč je o političkom udruživanju koje kao osnovnu ulogu ima kanalisanje narodne volje i njenog posrednog vršenja. Prema slovu Ustava (član 2 stav 1) „suverenost potiče od građana koji je vrše referendumom, narodnom inicijativom i preko svojih slobodno izabranih predstavnika“ (kurzivom S.M.). Ustavom se „političkim strankama jemči i priznaje uloga u demokratskom oblikovanju političke volje građana“ (član 5 stav 1 Ustav). Takođe, u vidu treba imati da Zakon, pored finansiranja iz

kom 2009. godine PR usluge Ministarstvu rudarstva i energetike za mesečni iznos od 300 hiljada dinara, a od kako je SNS preuzela vlast u Zemunu i Voždovcu, svakog meseca ova agencija od tih opština inkasira između 300 i 400 hiljada dinara. Interesantno je da Profajler tim nema drugih klijenata među državnim institucijama, već samo tamo gde SNS ima vlast.

Pre pada sa vlasti, DSS i Nova Srbija su takođe imale svoje omiljene agencije i to se najbolje vidi na primeru agencije „Arts end Crafts“, Miljana Šćekića, koja je radila više poslova za Ministarstvo za Kosovo tokom 2008. godine, ukupne vrednosti 7,87 miliona dinara. Agencija je štampala stone kalendare, lepila plakate, postavljala bilborde i producirala TV programe, a sve u okviru kampanje „Kosovo je Srbija“. Kreirali su bilborde na kojima su dominirale slike svetskih državnika sa njihovim izjavama o očuvanju zemlje i demokratije. Agencija je te godine ostvarila prihod od preko 20 miliona dinara, ali zato sledeće godine tek 1,32 miliona, zbog čega se može zaključiti da je opstajala zahvaljujući poslovima sa političkom podrškom, pre svega stranaka DSS–NS. Šćekić je bio savetnik Maje Gojković u vreme kada je ona bila na funkciji gradonačelnice Novog Sada, a njegova agencija je radila kampanju Velimiru Iliću, predsedničkom kandidatu Nove Srbije na izborima 2008. godine. Kampanja „Kosovo je Srbija“ je za različite tipove usluga obuhvatila još niz angažovanih agencija (Grifon media, Masel grupa, Mediana adria), ali i dva povezana preduzeća za proizvodnju dokumentarnih filmova o Kosovu – Ronin pro i Sans Oil, koja je danas u likvidaciji.“ *Ibid.* str. 26–17.

6 V. Bajovic, S. Manojlovic, *Corruption and financing of Political parties – Case of Serbia*, 2013, <http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp021.pdf>, 1.12.2014, 10–11.

privatnih izvora, predviđa i značajna izdvajanja političkim strankama iz budžeta za njihov redovan rad i finansiranje izborne kampanje.⁷ Ako tome dodamo da je javni interes ovog ograničenja u njegovom obrazloženom antikoruptivnom karakteru, smatramo ispravnim tezu o ustavnosti (i opravdanosti) navedene zabrane.

3. SPROVOĐENJE ZABRANE I PRINCIP STEČENIH PRAVA

Bitno pitanje, koje se uvek poteže kada određene grupe prilikom prelaska na novi pravni režim moraju da se odreknu subjektivnih prava, jeste, pravno maglovit, princip *stečenih prava*. Ovaj argument se često ističe u inicijativama kojima se traži ocena ustavnosti pred Ustavnim sudom, no još uvek nismo videli razradu ovog pravnog principa. Zapravo, ko god mora da se odrekne nekog prava koje je uživao po pravnom režimu koji trpi promene ističe povredu ovog principa. Tako se i u *Pravnom leksikonu* primećuje da je „očigledno da se ne mogu sva prava koja proizlaze iz opštih pravnih normi smatrati stečenim za večita vremena, jer bi to praktično značilo da se pravo ne bi ni moglo menjati“ i konstatuje da je „određivanje tih prava nepouzdanost“.⁸ Definicija ovih prava kao subjektivnih prava „koja široko javno mnjenje smatra da su dovoljno stabilna i toliko značajna da ih ne treba menjati“ zapravo predstavlja puku deskripciju, razvodnjenu konstatacijom „da čak i kad se u pogledu nekog prava svi slažu da je ono subjektivno pravo, opet je teško da se država potpuno odrekne svog prava da takvo stečeno pravo ukine ili ograniči“. Bez daljih eksplikacija iznećemo da, po našem sudu, *stečena prava, koja se ne mogu menjati, predstavljaju*

7 „Sredstva iz javnih izvora koja se obezbeđuju za finansiranje redovnog rada političkih subjekata čiji su kandidati izabrani za narodne poslanike, poslanike, odnosno odbornike određuje se na nivou od 0,105% poreskih prihoda budžeta Republike Srbije, poreskih prihoda budžeta autonomne pokrajine, odnosno poreskih prihoda budžeta jedinice lokalne samouprave“ (čl. 16 Zakona). „Sredstva iz javnih izvora za pokriće troškova izborne kampanje obezbeđuju se u godini u kojoj se održavaju redovni izbori, u iznosu od 0,07% poreskih prihoda budžeta Republike Srbije, poreskih prihoda budžeta autonomne pokrajine, odnosno poreskih prihoda budžeta jedinice lokalne samouprave, za godinu za koju se budžet donosi. U slučaju održavanja vanrednih izbora, nadležni organi su dužni da obezbede sredstva predviđena u stavu 1 ovog člana (čl. 20 Zakona).

8 B. Blagojević *et al.*, *Pravni leksikon*, Beograd 1970, 1102.

ona subjektivna prava koja su u pravno vrednesnom smislu toliko ne-sporna da se njihov jednom dostignuti nivo nikako ne može smanjivati. Takođe, sam koncept stečenih prava se u Ustavu nigde ne garantuje tako apsolutno, mada je zamislivo da se u određenim situacijama ovo pravo izveze od drugih ustavnih niti (pravičnosti, imovinska prava, pravna sigurnost...). Ustavnom odredbom (čl. 58 st. 1) se jemči mirno uživanje stečenih prava, ali se narednim stavom dozvoljava oduzimanje ili ograničavanje u javnom interesu, pa je donekle jasno da se termin ne koristi u svom apsolutnom značenju kao princip. Njegove premise ima i ustavna norma da se „nivo dostignutih prava ne može smanjivati“. No, *summa summarum*, ne ulazeći dalje u ovo izuzetno izazovno pitanje, čak i ako ne znamo tačno odrediti šta jesu i šta bi spadalo u stečena prava, sigurni smo da pravo političkih stranaka na posedovanje udela i akcija u lukrativnim preduzećima se ne mogu podvesti pod princip stečenih prava. Pre svega imajući u vidu iste razloge koji su navedeni zašto je u javnom interesu zabraniti ovaj vid vlasništva.

4. O IMPERFEKTNOSTI ZABRANE STICANJA POLITIČKIM STRANKAMA UDELA I AKCIJA U PRAVNIM LICIMA

Iako pitanje imperfektnih pravnih normi traži znatno opširnija i produbljenija i opširnija razmatranja koja prevazilaze opsege ovog rada, iznećemo par zapažanja.

Nameće se pitanje treba li uopšte poštovati imperfektne pravne norme? Da li one zapravo predstavljaju samo praznu, kitnjastu želju normotvorca? Nisu li one samo legislativni nakit čije poštovanje predstavlja samo moralnu obavezu lica na koje se odnosi?

Na umu valja imati da je čitava struktura brojnih ustavnih instituta izgrađena kroz poštovanje imperfektnih pravnih normi. Štaviše, u brojnim ustavnim sistemima pojedine norme nije iznedrio nikakav pravotvorac oličen u parlamentu koji donosi određenu ustavnu ili zakonsku normu, već su oni porođeni iz običaja, dakle kontinuiranim i doslednim pridržavanjem aktera na koje su se odnosili i kojima nikakva pravna sankcija poput Damoklovog mača nije visila nad glavom. Primera radi u SAD je dovoljno bilo odbijanje prvog predsednika Džordža Vašingtona da se kandiduje treći put za predsednika, pa da ovim predsedanom zaživi ustavni običaj koji je poštovan više od 140

godina, pre nego što ga je prekršio Frenklin Ruzvelt, kandidujući se za treći mandat 1940. godine, a zatim 1944. i četvrti put. Naravno, na umu treba imati da je navedeno kršenje ovog nepisanog pravila izvršeno u turbulentnom periodu Drugog svetskog rata (1940. godine, doduše pre ulaska SAD u rat). Ustavnim amandamanom 1951. godine normativizovan je ovaj, tada već „razdevičeni“ ustavni običaj da niko ne može vršiti dužnost predsednika duže od dva izborna mandata.⁹ Takođe, ustavno tkivo Ujedinjenog Kraljevstva u velikoj meri čine ustavne konvencije koje se „sastoje od navika tradicija, običaja i prakse koji regulišu veliki deo najvažnijih aktivnosti najviših organa, utvrđujući ovlašćenja i međusobne odnose pre svega monarha, Parlamenta i kabineta.“¹⁰ Tako recimo kralj ne prisustvuje sednicama kabineta, spiker Doma komuna ne učestvuje u političkim debatama itd.¹¹ Reč je svakako o izuzetno značajnim ovlašćenjima koja su zaživela u ustavnom tkivu usled svesti o suštini određene pravne institucije, dok su se povinovanjem ovim nepisanim normama subjekti lišavali brojnih privilegija i političkog uticaja.

U svetlu navedenog, imajući u vidu značaj, antikoruptivnu suštinu zabrane sticanja vlasništva nad udelima i akcijama u lukrativnim pravnim licima, kao i samu ulogu političkih stranaka, ne samo što bi prirodan tok u opisanoj situaciji bilo povinovanje navedenoj zabrani, već političkim strankama nakon povratka u demokratski pluralizam nije trebalo da padne na pamet da stiču, odnosno zadržavaju udele u vlasničkim strukturama lukrativnih preduzeća. Nemaju li političke stranke kao glavni generatori uređivanja pravnog sistema pojačanu obavezu u uspostavljanju antikoruptivnog sistema? I kakva se poruka šalje – čak i da zanemarimo opravdanost navadne zabrane – kada ključni akteri političkog sistema, ne poštuju zakone? Iako su u određenim zapadnim društvima nakon prvog predsedana poštovani uspostavljeni običaji, a jedan od njih je i odricanje od prva na treći mandat prvog čovek tada jedne od najmoćnijih, sada prve zemlje u svetu, nije li za očekivati da i političke stranke koje se verbalno zalažu za uspostavljanje zapadnih modela,¹² prve počnu da poštuju pravila koje se izglasaju u Parlamentu koji same čine.

9 M. Jovičić, *Ustavni i politički sistemi*, Beograd 2006, 100.

10 *Ibid.*, 21–22.

11 *Ibid.*

12 Više u: S. Manojlović, „Finansiranje političkih aktivnosti (u susret novom zakonu)“, *Izbor iz sudske prakse*, 4/2011, 8–9 i šire.

5. KAKO IMPERFEKTNU ZABRANU UČINITI PRAVNO PERFEKTNOM?

Zadatak pred kojim se našla radna grupa bio je kako propisati sankciju koja bi naterala političke stranke da se liše udela, odnosno akcija u pravnim licima koje su stekle pre stupanja na snagu Zakona.

Prva opcija je *oduzimanje imovine*. Ukoliko političke stranke nakon zakonom utvrđenog roka ne otuđe vlasništvo nad udelima ili akcijama, oni bi prešli u vlasništvo Republike Srbije. Navedeno rešenje bi bilo, međutim, u suprotnosti sa pravom na imovinu iz Ustava Srbije.

Pravo na imovinu zajemčeno Ustavom Republike Srbije različito je formulisano od istovrsnog prava (na mirno uživanje imovine) garantovanog Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLjP).

Član 58 st. 1–3 Ustava Republike Srbije:

Jemči se mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona.

Pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne.

Zakonom se može ograničiti način korišćenja imovine.

Član 1 stav 1 Protokol 1 uz Konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama:

Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima utvrđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.

Za razliku od EKLjP, koja lišavanje imovine dozvoljava u javnom interesu i uslovima predviđenim zakonom (i potvrđenim međunarodnim ugovorima), Ustav Republike Srbije propisuje još jedan, kumulativni uslov – naknadu koja ne može biti niža od tržišne. Problem postoji upravo u tom dopunskom uslovu, propisanom čl. 58 st. 2 Ustava, da oduzimanje može biti učinjeno (pored ispunjenosti javnog interesa utvrđenog na osnovu zakona), samo uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne, što totalno obesmišljava institut oduzimanja imovine u ovakvim slučajevima!

Pisci Ustava Srbije su olako, u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu, dizali lestvicu zajemčenih ljudskih prava.¹³ Tako je Venecijanska komisija u svom mišljenju na Ustav Srbije „izrazila zabrinutost“, kao i u drugim sličnim slučajevima,¹⁴ da olako garantovanje, doduše, socijalnih i ekonomskih prava može „dovesti do nereálnih očekivanja“.¹⁵ Takođe i vodeći poslenici srpske ustavopravne nauke su nakon donošenja Ustava ukazali da bi prema Ustavu, „ispalo da je Srbija vodeća zemlja u Evropi po broju ljudskih prava i brizi o njihovoj zaštiti“.¹⁶

Prilikom propisivanja ustavne odredbe kojom se jemči pravo svojine, očigledno su ustavopisci imali na umu isključivo pitanje ekspropijacije i nisu shvatali kompleksnost osnovnih ljudskih prava. Nivo zaštite ljudskih prava koju pruža ESLjP, svakako, treba posmatrati kao minimalni standard i poželjno je da države potpisnice Konvencije u svojim sistemima podižu lestvicu zajemčenih ljudskih prava. To je bolje činiti zakonskim razradama i postupanjem u praksi, umesto ustavnim proširivanjem koje dovodi do paralize sistema i onemogućava uvođenje legitimnih pravnih instituta. Takođe je činjenica da iako stavovi ESLjP predstavljaju minimalne standarde, oni su za post-tranziciona društva poput Srbije i dalje, u većini slučajeva, cilj kome se teži. Olakim proširivanjem standardnih garancija nastaju sistemski problemi, koji se prevladavaju ili izvesnom pravnom „gimnastikom“ ili *contra constitutionem* tumačenju. U određenim situacijama se valja spustiti sa deklarativnih i dekorativnih visina u realnost, a ona je takva da su standardi Konvencije i tumačenja još uvek gornja (ciljna) lestvica pravnog sistema RS i da preširoko postavljanje određenih prava onemogućava ostvarivanje legitimnih i legalnih opštih ciljeva jednog društva.¹⁷

13 Isto je, primera radi, učinjeno sa pravom na (delotvorno) pravno sredstvo čija se ostvarljivost u određenim pitanjima takođe čini nemogućom kod rešavanja određenih zakonodavnih pitanja. O tome videti S. Manojlović, „Pravo na delotvorne pravno sredstvo i član 9. Zakona o bankama“, *Izbor iz sudske prakse*, 11/10, 13–17 i isti rad u: *Pravo i privreda*, 4–6/10, 197–208.

14 Videti Mišljenja o nacrtu Ustava Ukrajine, CDL-Inf(1996)006, o Ustavu Ukrajine, CDL-Inf(1997)002 i i Privremeno mišljenje o ustavnoj reformi u Republici Kirgistan, CDL-AD(2005)022.

15 CDL-AD(2007)004.

16 R. Marković, „Ustavni sud u ustavu Republike Srbije od 2006. godine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2007, 11.

17 Navedena kritika *mutatis mutandis* je izrečena u vezi oduzimanja imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti: S. Manojlović, „Oduzimanje imovine proiste-

No kada se završi sa kritikom ovog legislativnog egzibicionizma srpskog ustavotvorca, ostaje činjenica, uz gorak utisak, da razmatrano rešenje ne bi bilo ustavno, zbog čega se od njega i odustalo.

Druga opcija koja je padala na pamet, bilo je uvođenje instituta *prinudne prodaje*. Šta, međutim, ukoliko ne bi bilo zainteresovanih kupaca? U tom slučaju uvođenje ovog instituta ne bi ispunilo osnovnu svrhu.

Treća opcija je bila da država da političkoj stranci pravičnu naknadu i time ispuni ustavne uslove za oduzimanje imovine. Ovu opciju bi, takođe, mogli postaviti i kao nastavak druge. No imajući u vidu tendenciju da se država povlači iz privrednih delatnosti i da ide u pravcu, mada više najavljuje, privatizacije i javnih preduzeća, očigledno je da bi ovo rešenje zapravo predstavljalo iznudicu i korak u suprotnom smeru. Takođe, sigurno bi ovo rešenje podrazumevalo i dosta veliku komplikaciju u praksi nastalu procenom vrednosti navedene imovine.

Time bi se zapravo vršila neka vrsta „eksproprijacije“ navedenih udela. Takođe, prema čl. 1 i 3 Zakona o eksproprijaciji,¹⁸ eksproprijacija se vrši samo na nepokretnostima (zemljište, zgrade i drugi građevinski objekti). Iz svega navedenog proizlazi da bi u navedeni zakon, zbog jedne specifične situacije koja treba da predstavlja samo prelazni režim pod okrilje novog zakona, trebalo ugraditi čitav normativni korpus u tkivo Zakona. Primena navedene opcije bi imala i groteskni karakter, jer se sama država – kroz donošenje zakona, koji u parlamentu treba da izglasaju narodni poslanici, koji su istovremeno „vojnici svojih partija“ – napreže, muči i konstituiše hibridne pravne institute sa potencijalnim brojnim problemima u praksi, jer neke od tih istih političkih stranaka ne žele da ispoštuju zakonom ustanovljenu zabranu.

Četvrta opcija je bila propisivanje prekršajne sankcije u slučaju neotuđenja udela i akcija u određenom zakonom propisanom roku. Imajući u vidu da zakonom propisana prekršajna kazna može ići do 150.000 dinara za fizičko lice ili odgovorno lice, odnosno do 2.000.000 dinara za pravno lice,¹⁹ zamisliva je bila mogućnost da će određene stranke rukovođene ekonomskom logikom u određenim slučajevima

kle iz kriminalnih aktivnosti u Republici Srbiji (ustavnopravni aspekt)“, *Sveske za javno pravo*, 13/2013, 63–65.

18 *Službeni glasnik RS*, br. 53/95, *Službeni list SRJ*, br. 16/01 i *Službeni glasnik RS*, br. 23/01, 20/09, 55/13.

19 Čl. 39 st. 1 tač 1 i 2 Zakona o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/13.

zaključiti da im je isplativo da plate kazne i zadrže udele i akcije, čime se navedeni problem ne bi rešio.

Sve navedene opcije su bile predmet razmatranja u okviru rada Radne grupe Ministarstva finansija. Na raspravi na Harmoniusovom savetovanju novembra 2014. godine, na kojoj je i izlagan ovaj referat, pretresane su ponovo sve hipotetičke opcije, pa je tako kolega Vuk Radović izneo novu potencijalnu (petu) opciju – *prinudnu likvidaciju*, koju poznaje i (čl. 546) Zakon o privrednim društvima. Tako bi se moglo dodati da ukoliko političke stranke ne otuđe vlasništvo nad privrednim društvima, nakon određenog roka će se pristupiti njihovoj prodaji. No i u toj situaciji predvidljivi su određeni problemi u praksi, pa bi tako navedeno rešenje bilo primenljivo za slučajeve kada su političke stranke stoprocentni vlasnici privrednih društava, ali u slučajevima kada su suvlasnici sa trećim licima, primena prinudne likvidacije bi predstavljala povredu njihovog prava na imovinu, pa bi samim tim bila nesprovodiva. Takođe, zamislivo je da političke stranke otuđenjem samo dela akcija ili udela, tamo gde imaju apsolutno vlasništvo onemogućće primenu prinudne likvidacije.

Nakon dugotrajnog promišljanja i brojnih konsultacija sa kolegama unutar i van radne grupe, potpisniku ovih radova je predložio (šestu) opcija, koja se i zvanično nalazi kao predlog u Nacrtu Zakona o izmena i dopuna Zakona o finansiranju političkih aktivnosti.

Tako je članom 22 Nacrta Zakona o izmenama i dopuna Zakona o finansiranju političkih stranaka²⁰ predloženo:

Posle člana 42 dodaju se čl. 42a i 42b, koji glase:

„Član 42a

Političke stranke dužne su da u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, zaključe ugovor o otuđenju vlasništva nad udelima ili akcijama koje su stekli pre stupanja na snagu Zakona, podnesu zahtev nadležnom registru za upis promene vlasništvo nad udelima ili akcijama i u roku od 15 dana obaveste Agenciju o svim preduzetim radnjama.

Član 42b

Političke stranke koje u roku predviđenom u članu 42a ovog zakona ne zaključe ugovor o otuđenju, odnosno ne podnesu zahtev nad-

20 Dostupno na: <http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/predlozi/2014/Javna%20rasprava%20ZOFPa.pdf>, 1.12.2014.

ležnom registru za upis promene vlasništva nad udelima ili akcijama, gube pravo na finansiranje redovnog rada iz javnih izvora do zaključenja ugovora o otuđenju i podnošenja zahteva nadležnom registru za upis promene vlasništva nad udelima ili akcijama.

Rešenje o gubitku prava na dobijanje sredstava iz javnih izvora iz stava 1. ovog člana donosi Agencija i protiv njega se može pokrenuti upravni spor.“

Navedenim predlogom zakonodavac bi iskoristio mehanizam samog zakona – sredstva koja se izdvajaju iz javnih izvora za finansiranja redovnog rada, koja bi uskratio političkim strankama koje ne poštuju slovo zakona. Imajući u vidu visinu sredstava koja se izdvajaju za redovan rad političkih stranaka²¹ nesumnjivo je da će neumoljivost ekonomske logike naterati stranke na otuđenje vlasništva nad udelima i akcijama. Navedeno rešenje je kompatibilno sa Ustavom zajemčenim pravom na imovinu. Predmet ovog zadiranja nije imovina u vidu vlasništva nad udelima i akcijama u lukrativnim pravnim licima, već se u periodu do otuđenja gubi pravo na finansiranje iz javnih izvora. Finansiranje iz javnih izvora upravo je jedan od argumenata kojima se opravdavaju ograničenja koja se zakonom vrše prilikom finansiranja političkih stranaka,²² to je još prilog u korist predloženog koncepta.

Predložena odredba je pored svoje opravdanosti, svakako i korektna prema subjektima na koje se odnosi. Prvo zbog dužine roka (godinu dana) kojim se ostavlja, ali i zbog činjenice da se vezuje za kumulativno ispunjenje sklapanja ugovora o prodaji ili poklonu i podnošenja zahteva nadležnom registru za upis promene vlasništva nad udelima ili akcijama. Naime, ukoliko stranka na vreme podnese zahtev, a registar ne izvrši promenu, nepravično i neustavno bi bilo kažnjavati političku stranku. Takav stav povodom slične stvari Ustavni sud je zauzeo u predmetu I Uz 233/09 (Odluka od 11. aprila 2013). Takođe, ukoliko bi stranke samo potpisale ugovor mogli bi nepodnošenjem zahteva da izigraju navedenu zakonsku obavezu.

21 Vid. član 16 Zakona.

22 Upor. S. Manojlović, „Zakon o finansiranju političkih aktivnosti“, *Zbornik radova: Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 285–286 i dalje.

6. UMESTO ZAKLJUČKA

Imajući u vidu kvantitativnu svedenost samog rada, izazvanu težnjom da se jedno tematski usko pitanje što produbljenije razmotri uz sve ustavne, ali i praktične poteškoće koje su stajale pred zakonopiscima, na ovom mestu ćemo, kao nepotrebno, izbeći sažeta ponavljanja u radu već iznetih (*déjà vu*) stavova. Umesto toga istaćićemo da bi poštovanje jedne imperfektne norme verovatno bilo za očekivati da je postajalo kritički formirano, jako javno mnjenje, koje bi razumelo značaj navedene odredbe. Takvo javno mnjenje bilo bi verovatno i dovoljan pritisak da natera stranke na poštovanje jedne (pa makar i) imperfektne pravne norme. Neka, stoga, ovaj spis bude skroman doprinos razumevanju značaja jednog segmenta značaja finansiranja političkih stranaka, ali i apel nauke za usvajanje predloženog rešenja koje još uvek postoji samo kao nacrt Radne grupe Ministarstva finansija i koje kao takvo uvek podleže promenama na vijugavom putu do njegovog *de lege lata* rađanja. Naravno, uz punu svest o ograničenim dometima jednog naučnog spisa, pridružujemo se naporima koji naučni poslenici u okviru *Harmonius* časopisa i savetovanja čine na uspostavljanju harmonije pravnog sistema.

I na kraju, ne treba smetnuti da opiranje „poznaniju pravu“ unapred derogira i najbolje zakone. Naučna misao u takvim sistemima je više nego skromnog dometa. Ali, da parafraziramo Andrića, te pravne krive Drine ne smemo prestati ispravljati.

Savo Manojlović, M.A.

*Junior Associate at the Constitution Court of the
Republic of Serbia*

ONE CASE OF LAWMAKING: HOW TO MAKE PERFECT AN IMPERFECT LAW?

Summary

The Serbian 2011 Financing of political activities Act prohibited political parties from having ownership over companies. Political parties which had that ownership prior to the entry into force of this law have not renounced it and the Act did not provide for a mechanism

which would implement this ban. A working group which drafted an amendment to the Financing of political activities Act had a new goal: how to make effective a provision forcing political parties to disclaim the ownership. The key problem was to make a provision which would be compatible with the constitutional right to property. The author of this article is the secretary of the Working group Ministry of Finance and a Bill drafter. He elaborates on challenges and dilemmas in the lawmaking process and argues for a new proposal. He also provides a general conclusion in respect of imperfect law.

Key words: *Lawmaking. – Financing political activities. – Financing political parties. – Political party. – Acquired rights.*

Mr Milorad Marković*

PROCESNA PRAVA OKRIVLJENOG – MINIMUM STANDARDA KAO OSNOV ZA UZAJAMNO PRIZNANJE ODLUKA U EU

U oblasti evropskog pravosuđa građani moraju imati, ne samo pravo na pravično suđenje bilo gdje u Evropskoj uniji, već biti sigurni u to i kada ostvaruju svoje pravo na slobodno kretanje unutar Evropske unije. Pravosudni organi u državama članicama moraju imati povjerenja u krivičnopravni sistem drugih država članica kako bi ispravno funkcionisali. Narastajuće povjerenje među pravosudnim organima država članica je preduslov za uzajamno priznanje sudskih odluka unutar EU. Da bi se uspostavio visok stepen povjerenja nužno je usvojiti minimum standarda u pogledu prava na pravično suđenje i prava žrtava. U cilju konkretizovanja minimuma standarda predviđenih osnovnim aktima EU i kreiranja osnove za međusobno povjerenje pravosudnih organa u okviru EU, Evropska komisija 2009. godine usvojila je Plan o procesnim pravima (Roadmap on procedural rights), kao rezultat implementacije Stokholmskog programa. Ovaj rad je posvećen upravo analizi implementacije predviđenih mjera kao i sadržini zagarantovanih procesnih prava u krivičnom postupku propisanih već usvojenim direktivama.

Ključne reči: Procesna prava osumnjičenog i okrivljenog. – Uzajamno priznanje sudskih odluka. – Transpozicija. – Pravo EU.

1. UVOD – PRINCIP UZAJAMNOG PRIZNAVANJA SUDSKIH ODLUKA

Na Evropskom samitu u Tampereu 1999. godine zaključeno je da će uzajamno priznavanje biti kamen temeljac pravosudne saradnje u građanskim i krivičnim stvarima. Konkretno, ovaj zaključak znači da kada pravosudna vlast jedne države članice donese odluku, ta odluka

* Autor je istraživač na Institutu za pravne studije u Podgorici i doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, markovicm.milorad@gmail.com.

će biti priznata i izvršena u drugoj državi članici što je brže moguće i sa što manje kontrole, kao da je u pitanju odluka domaćih pravosudnih organa.

Na osnovu ovog načela, Evropska unija usvojila je program mjera koje su omogućile donošenje posebnih dokumenata kao što su *Okvirna odluka od 13. juna 2002. godine o Evropskom nalogu za hapšenje i postupku predaje*¹ ili *Okvirna odluka od 30. decembra 2008. godine o Evropskom nalogu za dostavljanje dokaza*.²

Uzajamno priznavanje predstavlja osnovni koncept Evropske pravosudne oblasti, jer je to jedini način prevazilaženja poteškoća koje nastaju među nacionalnim pravosudnim sistemima. Za razvoj uzajamnog priznavanja neophodno je postojanje visokog stepena uzajamnog poverenja između država članica. Uzajamno priznavanje mora se bazirati na strogom poštovanju visokih standarda zaštite individualnih prava u svakoj od država članica. Kako bi se to obezbedilo, Evropska komisija je 2003. godine donela *Zelenu knjigu o procesnim merama zaštite osumnjičenih i okrivljenih u krivičnim postupcima u EU*.³

EU je unutar svojih granica ustanovila slobodu kretanja i bora-višta, a to je dovelo do povećanog broja ljudi uključenih u krivične postupke koji se vode u državi članici van teritorije njihovog prebivališta. U takvim situacijama, proceduralna prava osumnjičenog i okrivljenog su od posebne važnosti da bi se osiguralo pravo na pravično suđenje. Pravo EU, kao i drugih međunarodnih organizacija, već istaknutih, podrazumijeva minimum standarda koji moraju biti implementirani u nacionalni sistem, što ne ograničava svaku državu članicu ili kandidata za članstvo da te standarde izdigne na veći nivo. No, sa druge strane direktno zabranjuje normiranje ljudskih prava i osnovnih sloboda u nacionalnim zakonodavstvima ispod standarda određenog od strane ovih organizacija.⁴ Usaglašenost standarda među članicama EU još uvijek nije na nivou zahtjeva Evropske komisije. Stoga je EU veliku pažnju posvetila izradi i usvajanju više akata kako bi se postigao željeni

1 European Arrest Warrant, Framework Decision 2002/584/JHA, *OJ L* 190, 18.7.2002. i Framework Decision 2009/299/JHA, *OJ L* 81, 27.3.2009.

2 Framework Decision 2008/978/JHA, *OJ L* 350 of 30.12.2008.

3 Commission Green Paper Procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union.

4 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 1 (obaveza poštovanja ljudskih prava).

nivo standardizacije garantovanih prava okrivljenog u krivičnom postupku. Član 6 stav 3 Ugovora o Evropskoj uniji (TEU), predviđa da su osnovna ljudska prava, kako su garantovana Evropskom konvencijom i kao rezultat ustavne tradicije, zajedničke za države članice, čine opšte principe prava EU. Član 6 stav 1 Ugovora o Evropskoj uniji (TEU) garantuje da EU priznaje prava, slobode i principe date u Povelji o osnovnim pravima Evropske unije⁵ (u daljem tekstu Povelja), usvojene u Strazburu u decembru 2007. godine, a koja ima istu pravnu snagu kao i Ugovor o Evropskoj Uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije. Povelja je obavezujuća za sve EU institucije i države članice prilikom primjene prava EU, kao što je to i u slučaju pravosudne saradnje u krivičnim stvarima u EU. Članom 47 Povelje predviđeno je pravo na pravično suđenje. Članom 48 garantuje se pravo na odbranu i ima isto značenje i svrhu kao prava garantovana članom 6 stav 3 Evropske konvencije.⁶ Evropska komisija je stava da ESLJP ne može na odgovarajući način uvijek obezbijediti poštovanje prava na pravično suđenje, upravo zbog svoje specifične nadležnosti i međunarodnog karaktera. Kontrolni mehanizmi koji su na raspolaganju EU i državama članica su ipak efikasniji.⁷

Kako bi konkretizovala standarde predviđene osnovnim aktima EU i kreirala osnovu za međusobno povjerenje pravosudnih organa u okviru EU, Evropska komisija 2009. godine usvojila je Plan o procesnim pravima (*Roadmap on procedural rights*),⁸ kao rezultat implementacije Stokholmskog programa.⁹ Ovim Planom se na sličan način kao i Poveljom, u okvirima Evropske unije, priznaje Evropska konvencija kao konstituent zajedničkih osnova za zaštitu prava osumnjičenog i okrivljenog u krivičnim postupcima, kako u pretkrivičnoj tako i u fazi krivičnog postupka. „Nadalje, Evropska konvencija, u interpretaciji Evropskog suda za ljudska prava, predstavlja važan temelj međusobnog

5 Charter of Fundamental Rights, *OJ C* 303, 14.12.2007.

6 Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, *OJ C* 303, 14.12.2007, 30.

7 O tome više, S. Đajić, „Sudska zaštita u pravu EU“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2005, 366.

8 Resolution of the Council on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, 30 November 2009, 2009/C 295/01.

9 Stockholm Programme, usvojen od strane Savjeta Evrope 10–11 Decembra 2009, *OJ C* 115, 4.5.2010.

povjerenja i jačanje istog u pravosudne sisteme svake države članice. U isto vrijeme, postoji dovoljno prostora na strani EU da osigura punu implementaciju i poštovanje konvencijskih standarda ukoliko bude neophodno, da obezbijedi konzistentnu primjenu odgovarajućih standarda i unapređivanje postojećih¹⁰.

Navedeni međunarodni pravni akti implementirani su kroz minimume standarda, naročito u odnosu na izvore UN. Sa druge strane, implementacija konvencijskog prava ESLJP, komunitarnog prava EU, usvojenih akata i onih koji su u proceduri donošenja, zahtijeva konstantne „skrininge“ usklađenosti zakona sa navedenim aktima. Ako znamo da se sudska praksa ESLJP u najvećoj mjeri bazira na principima anglosaksonskog prava, usklađivanje zakonodavstava država članica i država kandidata (od kojih se sve više zahtijeva da pravne standarde usvoje prije pristupanja EU) praksom ESLJP će predstavljati proces koji traje. Konačno, a u donosu na države kandidate, proces pridruživanja EU pretpostavlja ne samo usklađivanje Zakonika o krivičnom postupku, već i stvaranje uslova za funkcionisanje pravosudnog sistema u skladu sa principom *vladavine prava*. Dakle, ne samo transpozicija pravnih akata EU već i njihova implementacija u praksi.

Planom o procesnim pravima predviđeno je pet zakonodavnih mjera, sa realizacijom po principu „korak po korak“ (*mjera o pravu na prevođenje i tumačenje* (mjera A), *pravo na obaviještenost o pravima i troškovima* (mjera B), *pravo na pravni savjet i na pravnu pomoć* (mjera C), *pravo na komunikaciju s rodbinom, poslodavcima i konzularnim tijelima* (mjera D) kao i *pravo na posebna jamstva za ranjiva osumnjičena ili okrivljena lica* (mjera E)). Plan je rezultirao donošenjem direktiva od kojih je jedan broj još u fazi donošenja, sa ciljem garantovanja istih procesnih prava svim osumnjičenim okrivljenim licima na teritoriji EU. U daljem tekstu će biti prezentovane direktive kao i stepen njihove implementacije na isteku petogodišnjeg roka koji je bio predviđen kao vremenski okvir za donošenje svih direktiva i realizaciju Plana o procesnim pravima.

10 Roadmap for strengthening procedural rights, par. 3.

2. DIREKTIVA O PRAVU NA TUMAČENJE I PREVOĐENJE U KRIVIČNIM POSTUPCIMA¹¹

Za osumnjičeno ili okrivljeno lice koje ne razumije jezik krivičnog postupka koji se vodi protiv njega, pravo na tumačenje i prevođenje čini fundamentalni element njegovog prava na pravično suđenje.¹² Direktiva o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima je jedna u nizu mjera preduzeta sa ciljem uspostavljanja načela uzajamnog priznavanja odluka između država članica EU. Upravo ovom direktivom se utvrđuju zajednička minimalna pravila koja će se radi jačanja uzajamnog povjerenja među državama članicama primjenjivati u područjima tumačenja i prevođenja u krivičnom postupku.

Direktiva je usvojena i objavljena u Službenom listu EU oktobra 2010. godine. Države članice su bile dužne da do 17. oktobra 2013. transponuju Direktivu u svoja nacionalna zakonodavstva. Međutim, shodno 31. Godišnjem izvještaju Komisije o stepenu implementacije prava EU, *značajan broj država članica, njih 16, nije izvršilo transpoziciju ove direktive ili nijesu o tome obavijestili Komisiju.*¹³ Usvajanje Direktive (i njena puna implementacija) o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku je nesumnjivo jedano od ključnih mehanizama kojim treba obezbijediti doslednu primjenu minimalnih standarda na teritoriji cijele EU.

2.1. Značaj uloge tumača

Od davnina je na međunarodnom planu ustanovljeno da pravo na pravično suđenje obuhvata pravo na tumačenje i prevođenje u slučaju ako okrivljeni ne razumije ili ne govori jezik na kojem se vodi rasprava.¹⁴ Pravo na tumačenje i prevođenje za ona lica koja ne razu-

11 Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings.

12 Tačka 6 preambule Direktive: „U članu 6. *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u tekstu EKLP)* i članu 47. *Povelje o osnovnim pravima Evropske unije (dalje u tekstu Povelja)* utkano je pravo na pravično suđenje. Članom 48 stavom 2 *Povelje jamči se poštovanje prava na obranu. Ovom Direktivom se ta prava poštuju te bi se u skladu s tim trebala sprovesti.*“

13 Report from the Commission – 31st Annual Report on monitoring the application of EU law (2013) [COM(2014) 612].

14 Član 14 st. 3 tač. f. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, UN 2200 A, 1966. godine.

miju ili ne govore jezikom postupka sadržano je u članu 6 stav 3 tačka e, kojim se ističe pravo svakog ko je optužen za krivično djelo „da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu“. Dakle, svako suđenje bez učešća tumača za potrebe okrivljenog koji ne razumije ili ne govori jezikom krivičnog postupka je direktno kršenje međunarodnog i prava EU.

U kontekstu prava na tumača, kada je isti potreban u cilju garantovanja pravičnog postupka, ne smije se prenebregnuti i značaj tačnog i profesionalnog prevođenja. Nedostatak tačnog i profesionalnog tumačenja za posledicu može imati pogrešnu i nepravičnu osudu za okrivljenog koji ne poznaje jezik suda.

Primjer značaja uloge tumača i posledica koje mogu nastupiti ukoliko tumačenje i prevođenje nisu na visokom nivou, možemo naći u krivičnom postupku koji je krajem 80-ih godina vođen u Velikoj Britaniji za krivično djelo ubistva. Optužena za ubistvo u konkretnom slučaju nije znala engleski jezik (govorila je gujarati (indijski) jezik) i bio joj je obezbijeđen tumač. Postupak je ishodio osuđujućom presudom. U žalbenom postupku se ispostavilo da tumač nije govorio istim dijalektom kao i okrivljena i da je to za posledicu imalo da je okrivljena priznala izvršenje krivičnog djela. U postupku po žalbi okrivljena je oslobođena. Međutim, kao posledica prethodne osude porodica se odrekla okrivljene, što je rezultiralo njenim samoubistvom.

2.2. Predmet i područje primjene

Pravo na tumačenje i prevođenje države članice će obezbijediti osumnjičenima ili okrivljenima koji ne govore ili ne razumiju jezik predmetnog krivičnog postupka ili ukoliko su u krivični postupak uključena lica sa slušnim ili govornim smetnjama.¹⁵ Direktivom se određuju pravila o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku i u postupku izvršenja *Evropskog naloga za hapšenje*.¹⁶

Prava po osnovu Direktive primjenjuje se od trenutka kad nadležni organ neke države članice službenim putem ili na neki drugi način obavijesti osumnjičenog ili okrivljenog o sumnji da su izvršili krivično djelo, pa do zaključenja postupka, a to znači dok se konačno ne utvrdi jesu li počinili to krivično djelo, uključujući, prema potrebi, i izrica-

15 Čl. 2, st. 1 i član 2, st. 3 Direktive.

16 Čl. 1, st. 1 Direktive.

nje presude i rješenje po svimpravnim ljekovima.¹⁷ Pravo na tumača se primjenjuje na svaku komunikaciju između osumnjičenog-okrivljenog i njegovog braniocakoj se direktno tiče svih ispitivanja ili rasprava u postupku, podnošenja žalbe ili drugih zahtjeva u postupku, ako je to potrebno radi zaštite pravičnosti postupka.¹⁸

Ako je pravom države članice predviđeno da kazne za prekršaje izriče neki drugi organ, a ne sud nadležan za krivične stvari, a na izrečenu je kaznu moguće uložiti žalbu na takvom sudu, ova se Direktiva primjenjuje samo na postupke pred takvim sudom nakon podnošenja žalbe.¹⁹

2.3. Pravo na prevod važnih dokumenata

Shodno članu 3 Direktive, države članice su dužne da osumnjičenim ili okrivljenim licima koja ne razumiju jezik predmetnog krivičnog postupka u razumnom roku osigura pisani prevod svih dokumenata bitnih za ostvarivanja njihova prava na odbranu i jemstva pravičnosti postupka. U bitne dokumente ubrajaju se sve odluke o lišavanju slobode, svaki optužni prijedlog ili optužnica kao i sve presude. Nadležni organ u svakom pojedinačnom predmetu odlučuju da li je bitan još neki dokument. Osumnjičeni ili okrivljeni ili njihovi pravni zastupnici mogu u tu svrhu podnositi obrazložene zahtjeve. Ne propisuje se obaveza prevođenja djelova bitnih dokumenata koji osumnjičenima ili okrivljenima nisu značajni za razumijevanje djela koja im se stavljaju na teret. U postupku izvršenja Evropskog naloga za hapšenje, država članica izvršiteljica osigurava da njeni nadležni organi svakoj osobi koja podliježe takvom postupku, a ne razumije jezik na kojem je evropski nalog za hapšenje sastavljen ili na koji je preveden u državi članici izdavanja, ponudi pisani prevod tog dokumenta. Izuzetno od opštih pravila prednje navedenih, umjesto pisanog prevoda može se ponuditi usmeni prevod ili usmeni sažetak bitnih dokumenata pod uslovom da se takvim usmenim prevodom ili usmenim sažetkom ne dovodi u pitanje pravičnost postupka. Okrivljeni ima pravo, u skladu s postupcima predviđenima nacionalnim pravom, osporiti odluku kojom se utvrđuje da tumačenje nije potrebno, a ako je tumačenje omogućeno, ima mo-

17 Čl. 1, st. 2 Direktive.

18 Čl. 2, st. 2 Direktive.

19 Čl. 1, st. 3 Direktive.

gućnost uložiti žalbu zbog toga što njegov kvalitet nije dostatan da jamči pravičnost postupka. Prema članu 3 stav 8, svako odricanje od prava na prevod dokumenata, pretpostavlja prethodno dobijen pravni savjet ili na drugi način u cijelosti upoznavanje osumnjičenog ili okrivljenog s posljedicama takvog odricanja, te da je odricanje nedvosmisleno i dobrovoljno. Kao što to podrazumijeva tumačenje, kvalitet prevoda mora biti na nivou kojim se garantuje pravičnost postupka, uz posebnu garanciju da osumnjičena ili okrivljena lica znaju koja im se djela stavljaju na teret i da imaju mogućnost ostvarivanja prava na obranu.

2.4. Oспорavanje odluke

Članom 5 direktive se propisuje jedno od osnovnih prava iz korpusa prava člana 5 Evropske konvencije a tiče se pravnog sredstva kojim bi se preispitala odluka donesena u krivičnom postupku. Odredbama ovog člana države članice se obavezuju da obezbijede, u skladu sa nacionalnim procedurama, pravo osumnjičenog i okrivljenog na preispitivanje odluke kojom se utvrđuje nepostojanje potrebe za tumačem ili prevodiocem. Takođe, ovo pravo stoji u slučaju odobrenog tumačenja, ali isto u kvalitativnom smislu ne garantuje pravičnost postupka. Kako bi ovo pravo bilo efektivno, pretpostavlja se da osumnjičeni ili okrivljeni može podnijeti žalbu na sopstvenom jeziku, kao i da su informisani o ovom pravu i načinu na koji mogu da ga koriste. U suprotnom, osumnjičeni i okrivljeni neće biti u mogućnosti da koriste prednosti usluga tumača. Sa druge strane, u državama u kojima se ne donosi formalna odluka o imenovanju ili neimenovanju tumača, u značajnoj mjeri je otežano osporavanje odluke kojom se utvrđuje nepostojanje potrebe za tumačem.

2.5. Procedure i mehanizmi za procjenu potrebe angažovanja tumača

Prema preambuli Direktive, tački 21, Države članice bi trebalo da osiguraju uvođenje postupka ili mehanizma kojim se utvrđuje da li osumnjičeni i okrivljeni govore i razumiju jezik krivičnog postupka i treba li im pomoć tumača. Takav postupak ili mehanizam podrazumijeva da nadležni organi na „odgovarajući način“, pa i kroz razgovor s dotičnim osumnjičenim ili okrivljenim, provjeravaju govore li i razumiju li jezik krivičnog postupka i da li trebaju pomoć tumača.

2.6. Vođenje evidencije

Kad istražni ili sudski organ ispituje ili saslušava osumnjičenog ili okrivljenog uz pomoć tumača u skladu s članom 2, kad mu je uz odobrenje tih organa u skladu s članom 3 stavom 7 osiguran usmeni prevod ili usmeni sažetak bitnih dokumenata ili kad se osoba odrekne od prava na prevod u skladu s članom 3 stav 8, ti događaji trebaju biti zabilježeni u skladu s pravom dotične države članice. Predviđena evidencija mora se čuvati od strane nadležnog sudskog ili policijskog organa kako bi se obezbjedila dostupnost informacija i da sveobuhvatan niz zapisa čuva u odnosu na konkretno osumnjičeno, optuženo ili osuđeno lice.

2.7. Kvalitet tumača i prevodioca

Članom 2 ove direktive propisuje se da „Kvalitet tumačenja predviđenog ovim članom treba biti dovoljan da garantuje pravičnost postupka, posebno tako što osigurava da osumnjičeni ili okrivljeni znaju koja im se djela stavljaju na teret i da imaju mogućnost ostvariti svoje pravo na obranu“. Prema članu 5, Države članice preduzimaju konkretne mjere kako bi osigurale da pruženo tumačenje i prevođenje udovoljava kriterijumima kvaliteta predviđenim članom 2 stav 8 i članom 3 stav 9. Radi unaprjeđenja nivoa kvaliteta tumačenja i prevođenja i njihove lakše dostupnosti, države članice nastoje uspostaviti spisak ili spiskove odgovarajuće osposobljenih nezavisnih prevodilaca i tumača. Nakon uspostavljanja takvog spiska, prema potrebi, isti treba staviti na raspolaganje pravnim zastupnicima i nadležnim organima. Države članice osiguravaju da su tumači i prevodioci dužni poštovati tajnost vezanu za tumačenje i prevođenje predviđeno ovom Direktivom. Države članice osiguravaju da su tumači i prevodioci dužni poštovati tajnost vezanu za tumačenje i prevođenje predviđeno ovom Direktivom. U slučaju da kvalitet tumačenja bude ocijenjena nedostatnom za obezbjeđenje pravičnog suđenja, nadležni organ bi trebao imati mogućnost zamijene imenovanog tumača.²⁰

2.8. Troškovi tumačenja i prevođenja

Članom 4 direktive se propisuje, obaveza države članice da, bez obzira na ishod postupka, snosi troškove tumačenja i prevođenja na-

20 Čl. 5, st. 3 Direktive o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima.

stale primjenom članaka 2 i 3. Ova odredba se proširuje i na sve faze krivičnog postupka prije suđenja. U predmetu *Luedicke, Belkacem & Koç v. Germany*,²¹ Evropski sud je zauzeo stav da termin „besplatan“ može tumačiti kao „jednom i za svagda“ u odnosu na troškove. Sud je odbio sve argumente da se navedena odredba ne odnosi i na faze krivičnog postupka koje prethode suđenju. U cilju da ovo pravo bude djelotvorno, u konkretnom slučaju može biti neophodno da osumnjičeni i okrivljeni odmah (prilikom prvog kontakta sa nadležnim organom) budu obaviješteni da uživaju pravo na tumačenje i prevođenje.

2.9. Obuka

Članom 6 Direktive se posebna pažnja ukazuje stvaranju uslova za efikasno i djelotvorno tumačenje i prevođenje. U tom smislu se propisuje „ne dovodeći u pitanje nezavisnost sudstva i razlike u načinu na koji je ustrojeno pravosuđe širom Unije, države članice od odgovornih za stručno osposobljavanje sudija, tužilaca i pravosudnog osoblja uključenog u krivični postupak zahtijevaju da posebnu pažnju posvete sposobnostima komuniciranja uz pomoć tumača kako bi se obezbijedila uspješna i djelotvorna komunikacija“.

3. DIREKTIVA O PRAVU NA INFORMACIJU U KRIVIČNIM POSTUPCIMA²²

Direktiva o pravu na informaciju u krivičnom postupku usvojena je od strane Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije sa ciljem implementiranja principa uzajamnog priznanja odluka u krivičnim stvarima. Direktivom su propisana pravila koja se tiču prava na informaciju osumnjičenog i okrivljenog, u vezi prava koje imaju u krivičnom postupku i optužbe koja im se stavlja na teret. Takođe, propisuju se i pravila u odnosu na pravo na informaciju lica koja su subjekt izvršenja Evropskog naloga za hapšenje o njihovim pravima. Preambulom direktive, u tački 18, upućuje se na tumačenje odredaba Direktive na način kako se pravo na informaciju o procesnim pravima izvodi kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava, kao i da bilo koja

21 Luedicke, Belkacem & Koç v. Germany (1978) decision no. 6210/73.

22 Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings.

odredba ove Direktive neće predstavljati ograničenje ili derogaciju prava koja su šire postavljena kroz međunarodno pravo ljudskih prava ili nacionalno zakonodavstvo.²³

Direktiva je stupila na snagu 21. juna 2012. godine, sa potpisima svih država članica Evropske unije izuzev Danske.²⁴ Države članice, potpisnice, bile su dužne transponovati Direktivu u nacionalno zakonodavstvo do 2. juna 2014. godine. Autoru je nepoznat broj država članica koje su transponovale ovu Direktivu u nacionalno zakonodavstvo.

3.1. Područje primjene

U pogledu područja primjene ova Direktiva se ne razlikuje od prethodno analizirane Direktive o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku, kao i Direktive o pravu na pristup advokatu. Dakle, primjena Direktive počinje sa trenutkom saznanja osumnjičenog ili okrivljenog osumnji da su izvršili krivično djelo kroz informaciju datu od nadležnog organa. Primjena iste važi sve do pravosnažnosti odluke u konkretnom slučaju kao u postupcima po pravnim lijekovima.

Ukoliko u državi članici kazne za prekršaje izriče neki drugi organ, a ne sud nadležan za krivične stvari, a na izrečenu je kaznu moguće uložiti žalbu takvom sudu, ova se Direktiva primjenjuje samo na postupke pred takvim sudom nakon podnošenja žalbe. Shodno, tački 17 preambule, bilo bi nerazumno zahtijevati od nadležnih organa, da u prednje navedenom slučaju, izuzev odnosnog žalbenog postupka, garantuju sva prava propisana ovom Direktivom.

3.2. Vrste informacija o procesnim pravima predviđene Direktivom

Direktivom se propisuju više vrsta informacija koje se moraju obezbijediti osumnjičenom i okrivljenom u različitim procesnim situacijama u krivičnom postupku, uz određena ograničenja prava na infor-

23 Član 10 Direktive.

24 U skladu sa članovima 1 i 2 Protokola (br. 22) o položaju Danske, u prilogu Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, Danska ne učestvuje u donošenju ove Direktive i nije istom vezana ili predmet njene primjene.

maciju koja imaju legitiman cilj. Imajući u vidu prirodu zagarantovanih prava Direktivom, informacija u krivičnom postupku u smislu ove Direktive može se tumačiti u najširem smislu, naročito u slučaju lišenja slobode i zadržavanja osumnjičenog ili okrivljenog. Shodno odredbama Direktive, osumnjičenom i okrivljenom garantuju se sledeća prava: *pravo na informacije o procesnim pravima, pravo na Pismo o pravima prilikom hapšenja, pravo na informisanje o sadržaju optužbe (pravo na uvid i razgledanje spisa predmeta).*

3.2.1. Pravo na informaciju o procesnim pravima

Pravo na informaciju o procesnim pravima u smislu člana 3 Direktive, pretpostavlja obavezu država članica da osumnjičenom i okrivljenom odmah (*tumači se shodno članu 2 st. 1 – trenutkom saznanja osumnjičenog ili okrivljenog osumnji da su izvršili krivično djelo kroz informaciju datu od nadležnog organa – trenutkom prvog kontakta osumnjičenog i okrivljenog i nadležnog organa*) pruži informaciju o pravima propisanim ovim članom, o načinu na koji se data prava mogu uživati, a sve sa ciljem djelotvornosti istih. Ovim članom se propisuje minimum prava koja se nužno moraju saopštiti i obrazložiti (dakle, ne samo puko saopštavanje) osumnjičenom i okrivljenom i to: *pravo na pristup advokatu, pravo na besplatnu pravnu pomoć i uslove za sticanje istog, pravo na informaciju o optužbi koja im se stavlja na teret, a u skladu sa članom 6 Direktive, pravo na tumačenje i prevođenje i pravo da se brani ćutanjem.*

Informacija o navedenim pravima može biti saopštena usmeno ili pisanim putem ali na jednostavnom i razumljivom jeziku, vodeći računa o posebnim potrebama ranjivih kategorija osumnjičenih i okrivljenih osoba.

3.2.2. Pismo o pravima u slučaju hapšenja

Uz informaciju o pravima navedenim u članu 3 Direktive, u slučaju lišenja slobode ili zadržavanja osumnjičenog ili okrivljenog, članom 4 Direktive propisuje se obaveza uručivanja i tzv. Pisma o pravima. Uručenjem Pisma o pravima mora se omogućiti osumnjičenom i okrivljenom licu da pročita isto kao i da ga zadrži u posjedu za vrijeme trajanja lišenja slobode.

Pismo o pravima mora sadržati informacije o: *pravu na pristup spisima predmeta, pravu na kontakt sa konzularnim vlastima i trećeg*

lica, pravu na hitnu medicinsku pomoć i mogućem trajanju lišenja slobode prije nego što osumnjičeni ili okrivljeni moraju biti izvedeni pred sud.

Pismo o pravima treba da sadrži i osnovne informacije o mogućnosti, shodno nacionalnom zakonodavstvu, provjere zakonitosti lišenja slobode (hapšenja), provjere pritvorskih razloga ili podnošenja zahtjeva za uslovno puštanje na slobodu. Samo Pismo o pravima treba da bude sačinjeno kroz jednostavnu formu i jezikom koji je dostupan i razumljiv konkretnom osumnjičenom ili okrivljenom. Kao dodatak Direktiva sadrži i obrazac Pisma o pravima kao model za države članice prilikom pripremanja Pisma na nacionalnom nivou.

Osumnjičena i okrivljena lica će dobiti Pismo o pravima sačinjenom na jeziku koji oni razumiju. U slučaju kada Pismo nije dostupno na odgovarajućem jeziku, osumnjičenog i okrivljenog treba usmeno informisati o pravima propisanim ovom Direktivom na jeziku koji razumiju. Ovo ne oslobađa nadležni organ obaveze da bez nepotrebnog odlaganja Pismo o pravima dostavi osumnjičenom i okrivljenom na jeziku koji razumije.

Direktivom se posebno propisuje²⁵ obaveza izrade Pisma o pravima lica koja su lišena slobode u postupku izvršenja Evropskog naloga za hapšenje. Ovo Pismo, pak sadrži informacije o procesnim pravima propisanim zakonima o implementacije Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje. U pogledu forme i jezičkih karakteristika primjenjuju se odredbe iz člana 4 Direktive.

3.2.3. Pravo na informaciju o sadržaju optužbe

Pored propisivanja prava kao i načina na koji se o istim pruža informacija osumnjičenom i okrivljenom licu, ovom Direktivom se i određuje sadržina za dva zagarantovana prava i to: prava na informaciju o sadržaju optužbe i pravu na pristup spisima predmeta.

- a) U dijelu *prava na informisanje o sadržaju optužbe*,²⁶ Direktivom se obavezuju države članice da osumnjičenom i okrivljenom obezbijede informaciju o krivičnom djelu koje mu se stavlja na teret. Ova informacija treba da bude saopštena odmah i u onoj mjeri detaljno da bi se obezbijedila pravičnost procedure i djelotvornost prava na odbranu. U slučaju lišavanja slobode, uz prethodno navedenu informaciju, nadležni državni organ

25 Član 5 Direktive.

26 Član 6 Direktive.

je dužan osumnjičenog i okrivljenog obavijestiti o razlozima za lišenje slobode ili za određivanje pritvora. Najkasnije u fazi optuženja, okrivljeni mora detaljnije biti informisan o osnovanosti optužbi, uključujući i prirodu i pravnu klasifikaciju krivičnog dela, kao i prirodu učešća optužene osobe.

U konačnom, nadležni organ je dužan odmah obavijestiti osumnjičenog i okrivljenog o eventualnim promjenama u odnosu na informacije date shodno ovom članu, kada je to neophodno da bi se obezbijedila pravičnost postupka.

b) Direktivom se posebna pažnja posvećuje *pravu na uvid i razgledanje spisa predmeta*. Ovo pravo se razrađuje kroz pet stavova u članu 7 Direktive.

U stavu 1 propisuje se obaveza nadležnog državnog organa (u državi članici) da u slučaju *lišenja slobode ili pritvaranja*, u bilo kojoj fazi krivičnog postupka, učini dostupnim dokumenta vezana za konkretan slučaj, a koja se nalaze u njihovom posjedu. U pogledu vrste dokumenata, ovim stavom se daje opšta odrednica u smislu onih dokumenta koja su bitna za efektivno, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, preispitivanje zakonitosti lišenja slobode ili pritvora. Pravo na pristup ovim dokumentima se odnosi kako na osobu lišenu slobode tako i na branioca.

Stavom 2 se propisuje opšte pravo na uvid u spise predmeta na način što se države članice obavezuju da obezbijede pristup najmanje svim materijalnim dokazima koji se nalaze u posjedu nadležnih organa, bilo da su u pitanju dokazi koji idu na štetu ili u korist osumnjičenog i okrivljenog. Pravo na uvid i razgledanje materijalnih dokaza imaju kako osumnjičeni i okrivljeni tako i njihov branilac i to sa svrhom garantovanja pravičnosti postupka i nesmetane pripreme odbrane.

Sa izuzetkom u slučaju prava na uvid u spise predmeta kada je osumnjičeni ili okrivljeni lišen slobode i pritvoren iz stava 1, pristup materijalnim dokazima iz stava 2 odobrava se pravovremeno za djelotvorno ostvarivanje prava na odbranu, a najkasnije nakon podnošenja optužnice sudu. Za sve materijalne dokaze koji naknadno dođu u posjed nadležnih organa, pristup se odobrava u vremenu koje omogućava blagovremeno razmatranje istih od strane odbrane.

Ovako propisan vremenski okvir, u kojem su nadležni organi dužni obezbijediti neograničen pristup spisima predmeta, ostavlja pro-

stor za ograničenja pristupa pojedinim dokazima. Kao što je prethodno navedeno, a shodno stavu 3, nakon podizanja optužnice okrivljenom se mora omogućiti nesmetan i neograničen uvid u spise predmeta. Sa druge strane, u dijelu istrage moguće je ograničiti pristup pojedinim dokazima ali bez narušavanja prava na pravično suđenje. Ograničenje ovog prava moguće je samo u slučaju da pristup dokazima može ozbiljno ugroziti život ili osnovna ljudska prava druge osobe ili bi ugrozio važan javni interes kao što je interes istrage ili nacionalnu bezbjednost države članice u kojoj je pokrenut krivični postupak. Odluka o ograničenju prava na uvid i razgledanje spisa predmeta u smislu ovog člana, a u skladu sa procedurama predviđenim nacionalnim zakonodavstvom, treba da bude donijeta od strane sudskih vlasti ili barem da sud preispituje takvu odluku. Pristup dokaznom materijalu treba da bude omogućen na besplatnoj osnovi.

3.3. Verifikacija i pravna sredstva

Svi vidovi prava na informaciju u krivičnom postupku propisani ovom Direktivom, izuzev uvida u spise predmeta, u slučaju kada su obezbijedena od strane nadležnih organa države članice, moraju se registrovati u skladu sa procedurama nacionalnog prava.

Osumnjičeni i okrivljeni, kao i njihov branilac, imaju pravo sudske kontrole postupanja nadležnog državnog organa u dijelu pružanja informacija propisanih ovom Direktivom.

4. DIREKTIVA O PRAVU NA PRISTUP ADVOKATU U KRIVIČNOM POSTUPKU I U POSTUPKU NA OSNOVU EVROPSKOG NALOGA ZA HAPŠENJE, TE O PRAVU NA OBAVJEŠTAVANJE TREĆE STRANE U SLUČAJU LIŠENJA SLOBODE I NA KOMUNIKACIJU S TREĆIM OSOBAMA I KONZULARNIM VLASTIMA²⁷

Pravo na pravično suđenje i odbranu su postavljena u članovima 47 i 48 Povelje o osnovnim pravima EU i u članu 6 Evropske konvenci-

27 Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013.

je o ljudskim pravima (ECHR). Pravo na komunikaciju sa trećom stranom je jedna od važnih mera zaštite protiv zlostavljanja zabranjenih članom 3 Evropske konvencije i članu 4 Povelje o osnovnim pravima EU.

Direktiva o pravu na pristup advokatu u krivičnom postupku, usvojena od strane Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije s ciljem propisivanja minimalnih pravila u vezi prava na pristup advokatu u krivičnom postupku i u postupku za izvršenje Evropskog naloga za hapšenje, pravo na obaveštenje treće strane o lišavanju slobode, kao i pravo na komunikaciju sa trećim licima i sa konzularnim vlastima za vrijeme lišenja slobode.

Pravo na odbranu široko je priznato kao osnovna komponenta pravičnog suđenja, ali su uslovi pod kojima osumnjičeni može konsultovati advokata razlikuju između država članica. Na primjer, moguće je da osoba osumnjičena za krivično djelo nije u mogućnosti da komunicira sa advokatom tokom policijskog ispitivanja, ili nije garantovana poverljivost komunikacije sa advokatom. Takođe, lica koja se potražuju putem Evropskog naloga za hapšenje ne mogu trenutno imati koristi od advokata u zemlji u kojoj je izdat nalog dok ne budu predata joj zemlji.

Postoje slična razmimoilaženja i u pogledu prava osumnjičenih da obavijeste rođake, njihovog poslodavca i njihov konzulat o činjenici da su lišeni slobode. Praksa nije ujednačena u pogledu informisanja o ovom pravu, ili je isto dostupno samo u kasnijoj fazi krivičnog postupka, ili lice lišeno slobode u nekim slučajevima neće biti informisano da je njegova porodica obaviještena o lišenju slobode.

U oktobru 2013, usvojena je direktiva, koja upravo ima za cilj da obezbedi primjenu minimalnih standarda širom EU. U potpunosti transponovana Direktiva će garantovati da svi osumnjičeni – bez obzira na to gde su oni u Evropskoj uniji – imaju jednako pravo da se savetuje sa advokatom u krivičnom postupku i u postupcima po osnovu Evropskog naloga za hapšenje i da o lišenju slobode i tokom pritvora mogu komunicirati sa svojom porodicom i sa konzularnim vlastima, ako su izvan svoje matične zemlje.

4.1. Područje primjene

Ova se Direktiva primjenjuje na osumnjičena i okrivljena lica u krivičnom postupku od trenutka kada ih je nadležni organ neke države

članice službenim putem ili na neki drugi način obavijestio o sumnji da su izvršili krivično djelo, nezavisno od činjenice da li su lišena slobode ili ne. Primjenjuje se do zaključenja postupka, a to znači dok se konačno ne utvrdi da li su li počinili to krivično djelo, uključujući, prema potrebi, i donošenja odluke po svim pravnim ljekovima.

Ova se Direktiva primjenjuje na lica koje podliježu postupku na osnovu Evropskog naloga za hapšenje od trenutka njihovog hapšenja u državi članici izvršenja u skladu s članom 10.

Ova se Direktiva takođe primjenjuje, pod istim uslovima koji su predviđeni u članu 2 stav 1, na lica koja nisu osumnjičena ili okrivljena, a koja tokom saslušanja od strane policije ili drugog organa odgovornog za sprovođenje zakona, postanu osumnjičena ili okrivljena lica.

Ne dovodeći u pitanje pravo na pošteno suđenje, u pogledu lakših kažnjivih djela: (a) *ako je pravom države članice predviđeno izricanje sankcija od strane organa koji nije sud nadležan za krivične stvari, a na izricanje takve sankcije može se uložiti žalba ili je moguće izvršiti upućivanje na takav sud;* ili (b) *ako se oduzimanje slobode ne može izreći kao sankcija,* ova se Direktiva primjenjuje samo na postupke pred sudovima nadležnima u krivičnim stvarima.

U svakom slučaju, ova se Direktiva primjenjuje u potpunosti kada je osumnjičeni ili okrivljeni lišen slobode, nezavisno od faze krivičnog postupka.

4.2. Pravo na pristup advokatu u krivičnom postupku

4.2.1. Trenutak kada osumnjičeni ili okrivljeni moraju imati pristup advokatu

U skladu sa članom 3, države članice su dužne obezbijediti da osumnjičeni ili okrivljeni imaju pravo na pristup advokatu u takvom trenutku i na takav način da omogućava praktično i djelotvorno ostvarivanje njihovog prava odbrane.²⁸

Osumnjičena i okrivljena lica imaju pravo na pristup advokatu bez nepotrebnog odlaganja.²⁹ U svakom slučaju, osumnjičeni ili okrivljeni ima pristup advokatu od bilo kojeg od sledećih trenutaka, zavisno o toga koji je od njih najraniji: a) *prije nego što su ispitani od strane*

28 Čl. 3, st. 1 Direktive.

29 Čl. 3, st. 2 Direktive.

policije ili drugog organa zaduženog za primjenu zakona ili pravosudnog organa; b) po izvršenju istražne radnje ili radnje prikupljanja dokaza, u skladu sa stavom 3 tačkom (c), od strane istražnih ili drugih nadležnih organa; c) bez nepotrebnog odlaganja nakon lišavanja slobode; d) ako su pozvani na sud nadležan za krivične stvari, pravovremeno prije nego što se pojave pred tim sudom.

Izuzetak od prava na pristup advokatu sa odlaganjem u odnosu na prethodno navedene procesne trenutke krivičnog postupka mogući je u izuzetnim okolnostima i samo u toku faze koja prethodi sudskom postupku. Države članice mogu privremeno odstupiti od primjene stava 2 tačke (c) ako teritorijalna udaljenost onemogućuje pravo na pristup advokatu bez nepotrebnog odlaganja nakon lišenja slobode.³⁰

Države članice su dužne opšte informacije učiniti dostupnim kako bi osumnjičenim i okrivljenim licima olakšale pribavljanje advokata. Nezavisno od odredaba nacionalnog prava u pogledu obavezne odbrane, države članice treba da pronalaze potrebne načine garantovanja da osumnjičena i okrivljena lica koja su lišena slobode budu u položaju da djelotvorno ostvare svoje pravo na pristup advokatu, osim ako su se tog prava odrekle u skladu s članom 9 Direktive.³¹

4.2.2. Sadržina prava na pristup advokatu

Direktivom se određuje šta je pravom na pristup advokatu obuhvaćeno u okviru krivičnog postupka. U tom smislu se taksativno i propisuje da se pod pravom na pristup advokatu podrazumijeva sledeće:³²

(a) države članice obezbeđuju da osumnjičeni ili okrivljeni imaju pravo na povjerljiv sastanak i komunikaciju s advokatom koji ih zastupa, i prije saslušanja od strane policije ili od strane drugog organa odgovornog za primjenu zakona ili pravosudnog organa;

(b) države članice obezbeđuju da osumnjičeni ili okrivljeni imaju pravo na prisustvo svog advokata, kao i pravo da on djelotvorno učestvuje u saslušanju. Način učestvovanja advokata će se propisati nacionalnim pravom, pod uslovom da takvi postupci ne dovode u pitanje djelotvorno ostvarenje i suštinu konkretnog prava. Država članica treba propisati i postupak evidencije za slučajeve kada advokat učestvuje u saslušanju osumnjičenog ili okrivljenog lica.

30 Čl. 3, st. 5 Direktive.

31 Čl. 3, st. 4 Direktive.

32 Čl. 3, st. 3 Direktive.

(c) države članice obezbjeđuju da osumnjičeni ili okrivljeni imaju, kao minimum, pravo da njihov advokat prisustvuje sljedećim istražnim radnjama ili radnjama prikupljanja dokaza, ako su te radnje predviđene nacionalnim pravom i ako se od osumnjičenog ili okrivljenog zahtijeva ili im je dopušteno da učestvuju: *dokazne radnje prepoznavanja, suočavanja i rekonstrukcije krivičnog djela*.

U izuzetnim okolnostima i samo u toku faze koja prethodi sudskom postupku, države članice mogu privremeno odstupiti od primjene prava iz stava 3 u mjeri u kojoj je to opravdano, s obzirom na posebne okolnosti slučaja, na osnovu jednog od sledećih uvjerljivih razloga: a) ako postoji hitna potreba za sprečavanjem ozbiljnih štetnih posljedica po život, slobodu ili fizički integritet lica; b) ako je hitnost preduzimanja radnji od strane istražnih organa nužno za sprečavanje značajne opasnosti za krivični postupak.³³

Direktivom se propisuje obaveza država članica da obezbijede *povjerljivost* komunikacije između osumnjičenog ili okrivljenog i advokata u ostvarivanju prava na pristup advokatu. Ta komunikacija uključuje sastanke, korespondenciju, telefonske razgovore i druge oblike komunikacije dopuštene nacionalnim pravom.

4.2.3. Pravo na komunikaciju i obavještenje trećeg lica o lišenju slobode

Pored esencijalnog prava na odbranu, prava na pristup advokatu ovom Direktivom se propisuje i pravo na obavještenje i komunikaciju sa trećim licima u slučaju lišenja slobode. Direktivom se ovo pravo propisuje kroz tri člana, odnosno tri zasebna oblika ovog prava u zavisnosti od vrste komunikacije, vremena i trećeg lica sa kojim osumnjičeni ili okrivljeni komuniciraju.

Osumnjičenom odnosno okrivljenom licu koje je lišeno slobode država članica će obezbijediti pravo da barem jedna osoba, kao što su srodnik ili poslodavac, koju sami imenuju, bude *obaviještena o lišenju slobode*, bez nepotrebnog odlaganja i ako tako žele.³⁴

Ako je osumnjičeno ili okrivljeno lice dijete, države članice dužane su obezbijediti da zakonski staratelj djeteta što je prije moguće bude obaviješten o njegovom lišenju slobode i o pripadajućim razlozima, osim ako bi to bilo protivno najboljim interesima djeteta, u kojem

33 Čl. 3, st. 6 Direktive.

34 Čl. 5, st. 1 Direktive.

se slučaju obavještava druga odgovarajuća odrasla osoba. Za potrebe ovog stava, osoba mlađa od 18 godina smatra se djetetom, što je u skladu sa standardima UN.³⁵

Države članice mogu privremeno odstupiti od primjene prava iz stava 1 i 2 ako je to opravdano s obzirom na posebne okolnosti slučaja na osnovu jednog ili više sledećih uvjerljivih razloga: (a) *ako postoji hitna potreba za sprječavanjem ozbiljnih štetnih posljedica po život, slobodu ili fizički integritet same osobe;* (b) *ako postoji hitna potreba za sprječavanjem situacije u kojoj bi krivični postupak mogao biti ozbiljno ugrožen.*

U slučaju privremenog odstupanja od primjene prava iz stava 2, države članice su dužne da osiguraju da nadležni organ odgovoran za zaštitu dobrobiti djeteta (organ starateljstva) bude obaviješten bez nepotrebnog odlaganja o lišenju slobode djeteta.

Članom 6 Direktive, propisuje se obaveza država članica da osumnjičenom i okrivljenom licu, *tokom trajanja lišenja slobode*, obezbijede pravo na komunikaciju s trećim licima. Ovo pravo osumnjičeni i okrivljeni moraju uživati barem u odnosu na jednu treću osobu. Isto je moguće ograničiti ili odložiti u pogledu nužnih zahtjeva ili srazmjernih operativnih zahtjeva.

Konačno, u pogledu komunikacije sa trećim licima, Direktivom se u članu 7 propisuje pravo osumnjičenog i okrivljenog lica pravo na komunikaciju s konzularnim vlastima. Ovo pravo se garantuje licima koja su strani državljani, a koja su lišena slobode, i imaju pravo obavijestiti konzularne službe države čiji su državljani o lišenju slobode bez nepotrebnog odlaganja i komunicirati s tim službama ako tako žele. Međutim, ako osumnjičena ili okrivljena lica imaju dva ili više državljanstava, mogu odabrati koja će konzularna predstavništva, ako ijedno, biti obaviještena o lišavanju slobode i s kim žele komunicirati.

Osumnjičena ili okrivljena lica imaju pravo na posjete od strane konzularnih službi, pravo na razgovor i korespondenciju s njima, kao i pravo da njihovo konzularno predstavništvo organizuje pravno zastupanje, podložno dogovoru s tim tijelima i željama dotičnih osumnjičenih ili okrivljenih lica.

35 Čl. 5, st. 2 Direktive.

4.2.4. Pravo na pristup advokatu u postupku izvršenja Evropskog naloga za hapšenje

Kao što je to slučaj i sa drugim direktivama kojim se propisuju minimumi standarda procesnih prava osumnjičenog i okrivljenog i ovom Direktivom se posebna pažnja posvećuje stvaranju uslova za nesmetanu primjenu Evropskog naloga za hapšenje. Ovo prije svega zbog značaja Evropskog naloga za hapšenje kao osnovnog mehanizma pravosudne saradnje unutar EU. Pravo na advokata u slučaju izvršenja Evropskog naloga za hapšenja, usled specifičnosti ovog instituta propisuje se šire u odnosu na redovni krivični postupak. Države članice garantuju da tražena osoba ima pravo na pristup advokatu u državi članici izvršenja Evropskog naloga za hapšenje.

Dakle, Uzimajući u obzir sadržaj prava na pristup advokatu u državi članici izvršenja, tražene osobe imaju sledeća prava u toj državi članici: (a) *pravo na pristup advokatu na takav način i u takvom trenutku koji omogućava traženim osobama da ostvare svoja prava djelotvorno i u svakom slučaju, bez nepotrebnog odlaganja, od trenutka lišenja slobode*; (b) *pravo na sastanak i komunikaciju sa advokatom koji ih zastupa*; (c) *pravo na prisustvo njihovog advokata i, u skladu s postupcima utvrđenim nacionalnim pravom, na njegovo učestvovanje u saslušanju tražene osobe od strane izvršnog pravosudnog organa*.

Ako advokat učestvuje u saslušanju, to se evidentira koristeći postupak u skladu s pravom dotične države članice.

Prava predviđena članovima 4, 5, 6, 7, 9 (pravo na komunikaciju sa trećim licima i pravo na odricanje) i, ako se primjenjuje privremeno odstupanje na osnovu člana 5 stava 3, u članu 8 primjenjuju se, *mutatis mutandis*, na postupak Evropskog nalog za hapšenje u državi izvršenja.

U postupku izvršenja Evropskog naloga za hapšenje pravo na pristup advokatu proširuje se i na *dio postupka koji se realizuje u državi koja je izdala nalog*. Naime, nadležni organ u državi izvršenja, bez nepotrebnog odlaganja, nakon lišenja slobode, obavještava tražene osobe da imaju pravo imenovati advokata u državi članici koja je izdala nalog. Uloga tog advokata u državi članici koja je izdala nalog jeste pružanje pomoći advokatu u državi članici izvršenja na način što će pružiti tom advokatu informacije i savjet s ciljem djelotvornog ostvarivanja prava traženih osoba na osnovu Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje.

Ako tražene osobe žele ostvariti pravo na imenovanje advokata u državi članici koja je izdala nalog i nemaju već takvog advokata, nadležni organ u državi članici izvršenja odmah obavještava nadležni organ u državi članici koja je izdala nalog. Nadležni organ te države članice, bez nepotrebnog odlaganja, pruža informacije traženoj osobi kako bi mu olakšala da imenuje advokata u državi članici koja je izdala nalog.

Pravo tražene osobe da imenuje advokata u državi članici koja je izdala nalog ne dovodi u pitanje vremenske rokove određene za izvršenje Evropskog naloga za hapšenje, niti obavezu izvršnog pravosudnog organa da odluči, u okviru tih vremenskih rokova i uslova određenih na osnovu Okvirne odluke, hoće li biti izvršena predaja te osobe.

Rok za transpoziciju ove Direktive je dvije godine od usvajanja iste, odnosno države članice su dužne implementirati odredbe Direktive u nacionalno zakonodavstvo do 27. novembra 2015. godine.

5. ZAKLJUČAK

Na kraju ovog rada, kojim se željelo predstaviti stanje unutar EU prava u dijelu procesnih prava u krivičnom postupku, zaključak bi se mogao koncipirati sa aspekta do sada urađenog u ovoj oblasti, odnosno stepena realizacije Plana o procesnim pravima kojim je za period 2010–2014. Sa druge strane, stepen garancija procesnih prava u krivičnom postupku može se sagledati i kroz namjeru Komisije EU u pogledu budućih koraka u reformi oblasti pravde.

Na prvo pitanje odgovorje dat kroz sam rad, kojim su analizirane isključivo usvojene mjere – direktive. Od planiranih pet koraka i donošenja isto toliko mjera donijete su dakle, tri direktive, iako je akcioni plan Stokholmskog programa predviđao donošenje pet mjera – direktiva. U tome se očigledno nije uspjelo, u zacrtanom vremenskom periodu, ali se mora istaći da je u samom procesu došlo do modifikacija ciljeva samog Plana. U tom smislu, usled raznih okolnosti, koje su najčešće bile vezane za činjenicu različitosti stavova država članica, došlo je do prekompozicije samih koraka u realizaciji plana, pa i usvojene Direktive nijesu istog tematskog okvira kao što je to Planom predviđeno. Rok realizacije Plana je istekao, ali valja napomenuti da su dva nedostajuća koraka u fazi finalizacije, kroz predlog tri direktive i to: *Direktiva za jačanje pretpostavke nevinosti i prava na prisustvovanje*

suđenju u krivičnim postupcima,³⁶ Direktiva o posebnim garancijama za djecu osumnjičenu ili optuženu za krivično djelo³⁷ i Direktiva o pravu na privremenu pravnu pomoć osoba lišenih slobode.³⁸ Ove zakonodavne predloge Komisija je dopunila i sa dvije preporuke: a) o procesnim garancijama za ranjive osobe i b) o pravu na pravnu pomoć.

Jedno od značajnih indikatora ujednačenosti procesnih prava građana u krivičnom postupku na teritoriji EU jeste stepen transpozicije usvojenih Direktiva. U radu su dati podaci o stepenu implementacije isključivo Direktive o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima, i isti nijesu konačni, jer je izvor godišnji izvještaji Komisije o praćenju implementacije prava EU, koji kao referentan kontrolni okvir uzimaju godinu u kojoj propisan krajnji rok za transpoziciju u nacionalno zakonodavstvo. Takođe, rok transpozicije za Direktivu o pravu na informaciju u krivičnom postupku istekao 2. juna 2014. godine, dok je za Direktivu o pravu na pristup advokatu ovaj rok, sredina 2016. godine. Na osnovu ovih podataka možemo zaključiti da reforma u ovoj oblasti prava EU nema željenu dinamiku, kao i da stepen implementacije minimuma standarda ne prati proces usvajanja istih i da će biti neophodno uložiti značajne napore kako bi građani uživali procesna prava na istom nivou na cijeloj teritoriji EU.

Iz prednje navedenog može se izvući zaključak da je dosta toga urađeno na polju zaštite procesnih prava osumnjičenog i okrivljenog, posebno imajući u vidu predloge Komisije koji su uslijedili krajem prošle godine, ali da rezultati još uvijek nijesu vidljivi niti su dovoljno mjerljivi.

Sa druge strane, iz prirode samih direktiva, njihove nomotehničke uređenosti i činjenice da iste oslanjaju na praksu ESLJP, može se očekivati i određeni problem u njihovoj transpoziciji (što vrijeme pokazuje) kao i konstantnu pretpostavku konsultovanja prakse ESLJP u njihovoj primjeni.

36 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings, COM(2013)821 final – 2013/0407 (COD).

37 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings, COM(2013) 822 final – 2013/0408 (COD).

38 Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings, COM(2013) 824 final – 2013/0409 (COD).

Milorad Marković, M.A.

Researcher at the Institut for Legal Studies in Podgorica

Doctoral Student at the Faculty of Law, University of Belgrade

PROCEDURAL RIGHTS OF DEFENDANT –
MINIMUM COMMON STANDARDS AS A BASIS
FOR MUTUAL RECOGNITION OF DECISIONS
IN EU

Summary

In the area of justice of the European Union citizens must have not only the right to a fair trial anywhere in the European Union, but be sure in that, even when exercising their right to free movement within the European Union. The judicial authorities in the Member States must have confidence in the criminal justice system in other Member States in order to function properly. Growing trust among the judicial authorities of the Member States is a prerequisite for mutual recognition of judicial decisions within the EU. In order to establish a high level of confidence it is necessary to adopt minimum standards on the right to a fair trial and the rights of victims. In order to define the minimum standards envisaged by the basic acts of the EU and creating a foundation for mutual trust between judicial authorities within the EU, the European Commission in 2009 adopted a Plan of procedural rights (Roadmap on procedural rights) as a result of the implementation of the Stockholm Programme. This paper is dedicated to the analysis of the implementation of planned measures, as well as the content of guaranteed procedural rights in criminal proceedings prescribed through adopted Directives.

Key words: *Procedural rights of suspect and accused person. – Mutual recognition of judicial decisions. – Transposition. – EU law.*

*Dr Dejan Micković**

OSNOVNE ETIČKE I PRAVNE DILEME PRILIKOM REGULISANJA MEDICINSKI POTPOMOŽNE OPLODNJE U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA

Brzi razvoj reproduktivne medicine u zadnjih nekoliko decenija omogućio je brojnim neplodnim parovima u evropskim zemljama da dobiju decu. Istovremeno, revolucija u biomedicini je otvorila brojne etičke i pravne dileme koje su povezane sa pravnim regulisanjem novih reproduktivnih tehnologija. Ove dileme, koje su povezane sa regulisanjem procesa reprodukcije, koji ima izuzetan značaj za ljudsko društvo, između ostalog, se odnose na fragmentaciju koncepta majke i koncepta roditeljstva, na rešavanje konflikta između reproduktivne slobode i prava deteta, kao i na uvođenje tržišnih mehanizama u proces reprodukcije, što dovodi u pitanje poštovanje osnovnih ljudskih prava učesnika u procesu biomedicinski potpomognute oplodnje. U ovom radu autor daje analizu najznačajnijih i najspornih aspekata regulisanja medicinski potpomognute oplodnje u Evropi. U njemu se autor osvrće na pitanje ko može da bude korisnik medicinski potpomognute oplodnje – da li su to samo bračni parovi ili i vanbračni parovi, pa čak i same žene, koje nemaju partnera, zatim se daje analiza regulisanja surogat materinstva i osnovnih argumenata u prilog i protiv prihvatanja surogat materinstva, kao i analiza regulisanja posthumne oplodnje i pravnog statusa embriona u evropskim zakonodavstvima. Osim toga, u radu autor se osvrće i na izuzetno značajno pitanje koje se odnosi na komercijalizaciju reproduktivnog procesa, i koje doprinosi da se pojave tržišni mehanizmi u izuzetno osetljivoj sferi, kao što je ljudska reprodukcija, što neminovno dovodi do pretvaranje čoveka i proizvoda čovekovog tela u stvari, koje se prodaju i kupuju na tržištu, sa nesagledivim posledicama po ljudsko dostojanstvo i osnovna ljudska prava.

* Redovni profesor, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ Skoplje, Republika Makedonija, dejanmickovik@yahoo.com.

Ključne reči: *Medicinski potpomognuta oplodnja. – Surogat materinstvo. – Posthumna reprodukcija. – Komercijalizacija reprodukcije.*

U poslednjih nekoliko decenija, biotehnologija i reproduktivna medicina su oblasti gde su se desile dramatične promene koje su omogućile velikom broju neplodnih parova da postanu roditelji, ali koje su sa druge strane otvorile brojne etičke, pravne, filozofske i moralne dileme koje su povezane sa temeljom na kojoj počiva budućnost civilizacije, sa ljudskom reprodukcijom.¹ Pravno regulisanje kompleksnih i složenih pitanja koja proističu iz primene novih reproduktivnih tehnologija je prouzrokovalo velike rasprave u naučnim i stručnim krugovima, u parlamentima i u široj javnosti u svim evropskim zemljama.² Ova rasprava je povezana sa dramatičnom brzinom kojom se razvijaju mogućnosti reproduktivne medicine, što veoma teško prate društvene nauke, koje ne mogu da odgovore na brojne izazove u porodičnom i društvenom životu koje su povezane sa revolucijom u reproduktivnoj medicini. Kao što navodi *Schenner*, brzi razvoj reproduktivne medicine omogućio je da medicinski potpomognuta oplodnja postane „rutinska procedura za pružanje pomoći neplodnim parovima u evropskim zemljama“.³ Brojne dileme na koje treba da odgovori zakonodavac su povezane sa pitanjima kao što su zaštita prava donora, zaštita dostojanstva i privatnosti lica koja koriste nove reproduktivne tehnologije, regulisanja pravnog statusa dece koja su rođena primenom novih reproduktivnih tehnologija, zaštita roditeljskih prava, rešavanje konflikta koji postoji između prava deteta da zna svoje biološke roditelje i prava donora na anonimnost, regulisanje mogućnosti da se vrše eksperimenti sa embrionima, potreba da se spreči opasnost od komercijalizacije reproduktivnog procesa i slično. Sva ova pitanja pravno se

- 1 U svojem izveštaju „Reproduction and responsibility“, Savet za bioetiku formiran od strane predsednika SAD ističe da ne postoji dilema da se „način na koji se primenjuju nove reproduktivne tehnologije ima veliki uticaj ne samo na pojedince, već i na društvo“. Vidi više: *Reproduction and responsibility, The Regulation of new Biotechnologies*, Council of Bioethics, Washington DC 2004, 40.
- 2 *Bahadur* navodi da je „uzimanje i korišćenje reproduktivnih ćelija i embriona neizbežno emotivno i da ono otvara brojna i kompleksna moralna, etička i pravna pitanja“.
- 3 J. G. *Schenner*, „Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects“, *Human Reproduction Update*, 3/1997.

regulišu u evropskim zemljama, a tako je i u Makedoniji, nakon donošenja Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji (u daljem tekstu: Zakon za BPO), u martu 2008. godine.⁴ U daljem tekstu ćemo se zadržati na najspornija pitanja koja su povezana sa regulisanjem novih reproduktivnih tehnologija, kao što su pitanje da li samo parovi treba da mogu da koriste medicinski potpomognutu oplodnju, ili to pravo treba priznati i pojedincima, pre svega ženi koja nema partnera, zatim pitanje da li treba omogućiti deci koja su začeta korišćenjem biomedicinski potpomognute oplodnje da saznaju identitet njihovih genetskih roditelja, koji su donirali jajne ćelije ili embrione, kao i na pitanje oko regulisanja pravnog statusa embriona. U tekstu će biti reč i o surogat materinstvu, posthumnoj oplodnji i komercijalizaciji reproduktivnog procesa, teme oko kojih se vode velike rasprave i za koja postoje različita rešenja u evropskim zakonodavstvima.

1. KORISNICI MEDICINSKI POTPOMOGNUTE OPLODNJE

U evropskim zemljama postoje velike razlike u odnosu na regulisanje pitanja da li sama žena može da se javi kao korisnik medicinski potpomognute oplodnje. Makedonski zakon za medicinski potpomognutu oplodnju predviđa da se kao korisnici postupka mogu javiti punoletni i delovno sposobni muškarci i žene, koji su sposobni za obavljanje roditeljskih dužnosti i koji su u braku ili žive u vanbračnoj zajednici, kao i same žene, ukoliko prethodno lečenje nije bilo uspešno.⁵ Kao posledica ovog zakonskog rešenja, kada se kao korisnik postupka javlja sama žena, dete koje se rodi neće imati oca, zbog toga što se odredbe Porodičnog zakona za utvrđivanje očinjstva ne odnose na postupke za medicinski potpomognutu oplodnju, gde je donor anoniman. Ovo rešenje (koje dovodi do toga da dete koje je začeto na zahtev same žene i koje je rođeno putem biomedicinski potpomognute oplodnje nema oca), je u suprotnosti sa najznačajnijim međunarodnim dokumentom koji uređuje prava deteta i koji je ratifikovan od strane Makedonije, a to je Konvencija UN o pravima deteta.⁶ Mnogi autori

4 *Služben vesnik na R. Makedonija*, br. 37 /2008.

5 Član 9 Zakona za BPO.

6 U članu 5 Konvencije UN o pravima deteta se predviđa da država mora da poštuje prava, obaveze i odgovornosti roditelja, a u članu 11 se predviđa da oba

smatraju da zakonsko rešenje u Makedoniji, gde je dozvoljeno da sama žena rodi i vaspitava dete, očigledno nije u interesu deteta, koje ima potrebu od oba roditelja da bi se obezbedili povoljni porodični uslovi za njegovo pravilno vaspitavanje i odgoj.

U nekim evropskim zakonodavstvima, kao u bugarskom, belgijском, španskom, i britanskom, se dozvoljava da sama žena može da bude veštački oplodena. Ipak, u nekim evropskim zemljama samo parovi (bračni ili vanbračni) mogu da se jave kao korisnici biomedicinski potpomognute oplodnje. U Francuskoj, na primer, Zakonom iz 1994. godine se predviđa da dete koje se rađa primenom biomedicinski potpomognute oplodnje ima pravo da živi u porodici sastavljene od oba roditelja.⁷ U Sloveniji je ovo pitanje dovelo do velike rasprave u javnosti, zbog čega je bio organizovan i referendum, na kome je više od 80% građana Slovenije glasalo da samo parovi mogu da budu korisnici medicinski potpomognute oplodnje.⁸ U Velikoj Britaniji je predviđena mogućnost da same žene mogu biti korisnici medicinski potpomognute oplodnje. Ipak, u jednom istraživanju 65% od lekara koji se bave veštačkom oplodnjom su izjavili „da ni pod kojim uslovima ne bi oplodili samu ženu, koja nema partnera“.⁹ U Srbiji, Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja predviđa da u principu samo parovi imaju pravo na medicinski potpomognutu oplodnju,¹⁰ a pravo same žene na lečenje je predviđeno samo kao

roditelja imaju zajedničku odgovornost u podizanju i vaspitavanju deteta.

- 7 Videti više u *Les lois de bioéthique: cinq ans après, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, La Documentation française, Paris 1999.
- 8 K. Gordon, N. van Houten, „Fertility & Sterility“, *IFFS Surveillance* 07, 87/2007, 17–18.
- 9 R. F. Storrow, „The Bioethics of Prospective Parenthood: in Pursuit of the Proper Standard for Gatekeeping in infertility Clinics“, *Cardozo Law Review*, 28/2007.
- 10 Član 26 srpskog Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognute oplodnje predviđa da „pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO imaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac koji vode zajednički život u skladu sa zakonom kojim se uređuju porodični odnosi – supružnici, odnosno vanbračni partneri i koji su, s obzirom na godine života i opšte zdravstveno stanje, sposobni da vrše roditeljsku dužnost i koji su u takvom psiho-socijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobni da obavljaju roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta“.

isključak, u posebnim slučajevima.¹¹ Zbog ovog rešenja, sve veći broj žena iz Srbije podnosi zahtev za medicinski potpomognutu oplodnju u nekoj od ovlašćenih medicinskih ustanova u Republici Makedoniji (radi se o takozvanom „reproduktivnom turizmu“). Osim toga, žene iz Srbije odlaze u Makedoniju i zbog toga što Zakon za BMPO Republike Srbije predviđa i zabranu da starije žene koriste postupak za medicinski potpomognutu oplodnju.¹² Ova zabrana nije predviđena u Zakonu za BPO Republike Makedonije, jer je Ustavni Sud Makedonije doneo odluku da je ograničenje prava na medicinski potpomognutu oplodnju za starije žene protivustavno. U Hrvatskoj, u 2012. godini je izmenjen zakon o medicinskoj oplodnji, i dopuštena je mogućnost i sama žena da može da bude korisnik medicinske oplodnje,¹³ što je dovelo do žestoke rasprave u hrvatskoj javnosti i u Saboru, kao i do negativne reakcije Vatikana.

U raspravi da li da se dozvoli same žene da budu korisnici postupka BPO, mnogi autori smatraju da u prvom planu mora biti interes deteta.¹⁴ Stav da se dozvoli pristup samo neplodnim parovima (bračnim ili vanbračnim) polazi od nesporne činjenice da su deca koja se uzgajaju i vaspitavaju u porodicama gde su prisutni i otac i majka imaju daleko bolje uslove za pravilan razvoj od onih koji žive samo sa jednim roditeljem.¹⁵ Pravno regulisanje pristupu lečenju neplodnosti treba da uspostavi određeni balans između reproduktivne autonomije (u ovom slučaju prava žene koja nema partnera da bude oplođena putem BPO)

11 Prema članu 26 st. 3 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja Republike Srbije predviđa se da pravo na lečenje neplodnosti postupcima BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja sama živi i ispunjava uslove iz stava 1 ovog člana, uz sporazumnu saglasnost ministra nadležnog za poslove zdravlja i ministra nadležnog za porodične odnose, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.

12 U članu 26 stavu 4 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja Republike Srbije predviđa se da je zabranjeno u postupak BMPO uključiti ženu koja po godinama života i opštem zdravstvenom stanju nije sposobna da rađa, odnosno koja je u starosnoj dobi koja nije primerena za rađanje.

13 Član 10 stav 3 Zakona o medicinskoj oplodnji.

14 Prof. Kovaček-Stanić smatra da medicinski potpomognuta oplodnja treba biti rezervisana samo za bračne i vanbračne parove, čime bi se zaštitio interes deteta da ima oba roditelja. Videti više kod G. Kovaček-Stanić, *Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinski pomoć*, Novi Sad 2008, 17.

15 Vidi više J. G. Schenner, *op. cit.* fn. 3, 176.

i interesa deteta.¹⁶ Autori koji smatraju da samo parovi treba da budu korisnici medicinske oplodnje polaze od koncepcije koja je prihvaćena u osnovnom međunarodnom dokumentu koji se odnosi na prava dece, a to je Konvencija UN o pravima deteta, koja u članu 18 stav 1 predviđa da „države članice će uložiti sve napore da se uvaži princip da oba roditelja imaju zajedničku odgovornost u podizanju i razvoju deteta“.

Ipak, postoje međunarodni dokumenti koji na drugačiji način regulišu ovo pitanje, kao što je Konvencija UN o eliminaciji svih formi diskriminacija protiv žena, koja predviđa da svaka žena ima pravo da donese odluku o rađanju deteta i o broju dece koju će roditi.¹⁷ Prema tome, pravo žene da sama odluči o rađanju deteta spada u sferi reproduktivne slobode žene, što pretstavlja osnovno ljudsko pravo. Osim toga, Etički komitet Američkog udruženja za reproduktivnu medicinu smatra da „se na bazi dostupnih podataka, ne može opravdano tvrditi da lica koja nisu u braku (...) uzrokuju štetu svojoj deci reprodukcijom van heteroseksualne bračne veze“.¹⁸ U zadnjih nekoliko godina u sve većem broju zemalja Evrope se prihvaća koncepcija da sama žena može da bude korisnik medicinske oplodnje. Ova mogućnost je predviđena u Belgiji, Bugarskoj, Danskoj, Estoniji, Finskoj, Grčkoj, Mađarskoj, Islandu, Crnoj Gori, Rusiji, Španiji, Velikoj Britaniji, Belorusiji, Srbiji, Ukrajini i Makedoniji. Ova liberalizacija zakonodavstava u odnosu na mogućnost da i sama žena može da se javi kao korisnik medicinske oplodnje je rezultat i velikih promena u bračnim i porodičnim odnosima u evropskim zemljama, gde porodica zasnovana na braku više ne uživa prioritet kao ranije, već se prihvaćaju i pravno regulišu i ostale forme porodičnog života, među kojima spadaju i monoroditeljske porodice.¹⁹ Zbog toga, smatramo da treba, pod određenim uslovima, prihvatiti pravo da i sama žena može da bude korisnik medicinske

16 R. F. Storrow, *op. cit.* fn. 9, 176.

17 Član 16e Konvencije UN o eliminaciji svih formi diskriminacija protiv žena.

18 Na osnovu toga, Etički komitet Američkog udruženja za reproduktivnu medicinu smatra da, kada se radi o programima medicinske oplodnje, postoji etička obaveza da se lica koja nisu u braku ili vanbračnoj zajednici, tretiraju na isti način kao lica koja su u braku. Videti u „Acces to fertility for gays, lesbians and unmarried persons“, The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Fertility and Sterility*, 92/2009.

19 Za velike promene u porodičnim odnosima i regulisanju porodice u evropskim zemljama videti više D. Micković, *Porodica u Evropi XVI-XXI vek*, Skoplje 2008.

oplodnje. U ovom smislu, smatramo da i u Makedoniji treba da bude prihvaćena starosna granice (koja se zasniva na medicinska i naučna saznanja) do koje žene mogu da se javljaju kao korisnici medicinske oplodnje. Ova koncepcija je predviđena u velikom broju zakonodavstava, kao i u Republici Srbiji.²⁰

2. DOSTUPNOST PODATAKA O DONORIMA POLNIH ĆELIJA

Jedno od najspornijih pitanja prilikom pravnog regulisanja medicinski potpomognute oplodnje je da li treba da se dozvoli da dete sazna ko su njegovi biološki roditelji. Postoje tri osnovna interesa za dobivanje podataka o genetskom poreklu; u prvom redu to je medicinski interes, zatim psihološki interes i interes za krvnim vezama.²¹ Sa druge strane, nasuprot interesu deteta koje je začeto postupkom BPO da sazna ko su njegovi roditelji, postoji interes donora da se sačuva njihova anonimnost, kako se on ne bi izložio ličnim i imovinskim obavezama koje nije prihvatio kad je donirao reproduktivne ćelije, kao i interes socijalnih roditelja da se obezbedi zaštita stabilnosti i integriteta porodice. Postavlja se pitanje koji interes treba da dobije prioritet. Analiza evropskih zakonodavstava pokazuje da ne postoji jedinstven pristup u regulisanju prava deteta da sazna ko su donori reproduktivnih ćelija, odnosno njegovi genetski roditelji. Švedska je bila prva zemlja koja je 1985. godine predvidela u svom zakonodavstvu da dete ima pravo, kada dostigne potrebnu zrelost, da sazna podatke o svom biološkom poreklu.²² Austriski zakon o reproduktivnoj medicini iz 1992. godine

20 U članu 26 stav 4 Zakona za lečenje neplodnosti postupkom biomedicinski potpomognute oplodnje se predviđa da je zabranjeno da se u ovaj postupak uključi žena koja prema svojim godinama ili opštem zdravstvenom stanju nije u mogućnosti da rađa, odnosno koja pripada starosnoj granici koja nije primerena za rađanje.

21 Medicinski interes je motivisan potrebom da se spreči prenošenje genetski naslednih bolesti, kada se zasniva porodica. Psihološki interes se sastoji u želji da se dobiju podaci o sopstvenom poreklu, a interes za utvrđivanje krvnih veza se ispoljava kroz pravo na izdržavanje i nasleđivanje deteta u odnosu na svoje biološke roditelje i druge srodnike. Videti kod Kovaček-Stanić, *op. cit.* fn. 14, 19.

22 Videti više za mogućnost da se sazna identitet donora u Švedskoj kod F. Shenfield, „Gamette donation: ethical iplications for donors“, *Human Fertility*, 2/1999.

predviđa pravo da dete sazna identitet donora kada napuni 14 godina, a u Holandiji zakon donesen 2004. godine predviđa pravo da dete sazna identitet donora kada napuni 16 godina, ali jedino ukoliko je donor dao pismenu saglasnost da se negov identitet otkrije. Pravo deteta da dobije informacije o identitetu donora kada napuni 18 godina je predviđeno i u Velikoj Britaniji, zakonskim izmenama iz 2006. godine.

Nasuprot ovim rešenjima, u velikom broju zakonodavstava se štiti anonimnost donora i dete nema pravo da sazna ko su njegovi genetski roditelji. Osim toga, i Konvencija UN o pravima deteta ne predviđa da dete ima apsolutno pravo da sazna ko su njegovi biološki roditelji.²³ U Francuskoj, zakonom od 2004. godine se obezbeđuje anonimnost donora. Kao glavni razlozi koji se navode u prilog ovog rešenja je potreba da se začuva privatnost porodice deteta, kao i donora. Osim toga, glavni motiv za zabranu da se otkrije identitet donora se sastoji u želji da ne dođe do smanjivanja broja donora, ukoliko anonimnost nije zagarantovana, što se već javlja kao veliki problem u zemljama gde se dozvoljava otkrivanje identiteta donora.²⁴ Zabrana da se otkrije identitet donora je predviđena i u Norveškoj, Grčkoj, Češkoj, Danskoj, Sloveniji, Latviji i u Izraelu.²⁵ U Srbiji je predviđeno da donor nema nikakvih obaveza u odnosu na decu koja su začeta primenom BPO.²⁶ Srpski zakon predviđa pravo deteta da dobije informacija o donora iz zdravstvenih razloga.²⁷ Slično rešenje je predvideo i makedonski Zakon za BPO, gde je

23 U članu 7 Konvencije UN o pravima deteta se predviđa da dete ima pravo da zna ko su njegovi roditelji, ukoliko je to moguće, i pravo da se njegovi roditelji staraju o njemu.

24 Vidi više „Fertility and Sterility“, *IFFS Surveillance 2007* (ed. Howard W. Jones et al.) 87/2007, 33.

25 *Ibid.*, 34–35.

26 Član 51 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja predviđa da donor nema pravne ili druge obaveze, kao ni prava prema detetu, odnosno deci začetoj i rođenoj upotrebom doniranih reproduktivnih ćelija u postupku BMPO.

27 Član 64 srpskog zakona predviđa da dete začeto postupkom BMPO reproduktivnim ćelijama donora ima pravo da iz medicinskih razloga traži od Uprave za biomedicinu podatke od medicinskog značaja koji se odnose na donora polnih ćelija, kada napuni 18 godina života, a izuzetno i kada napuni 16 godina života ako je steklo poslovnu sposobnost. Davanje podataka iz stava 1 ovog člana ne odnosi se na podatke o ličnosti donora, već samo na podatke od medicinskog značaja za dete, njegovog budućeg supružnika, odnosno vanbračnog partnera, kao i od značaja za njihovo potomstvo.

predviđena apsolutna zaštita identiteta donora,²⁸ ali postoji mogućnost, slično kao i u Srbiji, zbog medicinski opravdanih razloga da se dobiju podaci o zdravstvenom stanju donora.²⁹ Smatramo da je ovaj pristup pitanju anonimnosti donora sasvim ispravan i da obezbeđuje pravilan balans između suprotivstavljenih interesa. Ovim zakonskim rešenjem se obezbeđuje zaštita anonimnosti donora, čime se doprinosi da se stimulira doniranje reproduktivnih ćelija i omogućuje se besplodnim parovima da dobiju potomstvo. Osim toga, ovim rešenjem se obezbeđuje privatnost i stabilnost porodice, ali istovremeno se omogućuje da se dobiju podaci o zdravstvenom stanju donora (bez da se otkrije njegov identitet) kada je to opravdano zbog medicinskih razloga i potrebe da se zaštite život i zdravlje deteta i njegovog potomstva.

3. MATERIJALNA NADOKNADA ZA REPRODUKTIVNE ĆELIJE I ZA EMBRIONE

Broj neplodnih parova u Evropi i u svetu se neprestano povećava, pre svega zbog kasnijeg stupanja u brak,³⁰ nezdravog načina života i stresa koji su karakteristični za savremeno društvo. Zbog toga se postavlja pitanje kako da se obezbedi dovoljan broj donora koji bi omogućio neplodnim parovima da dobiju potomstvo. U ovom smislu, izuzetno je aktuelno i sporno pitanje da li treba dozvoliti davanje materijalne nadoknade za donore, sa ciljem da se poveća broj donora. Savet Evrope je 1996. godine doneo Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini u kojoj se zabranjuje plaćanje materijalne nadoknade za reproduktivne ćelije i embrione, a takvo rešenje je prihvaćeno i u najvećem broju evropskih zemalja. Nasuprot tome, u SAD postoji razvijeno trži-

28 U članu 17 Zakona za BPO Republike Makedonije se predviđa da su ovlašćene zdravstvene ustanove dužne da obezbede zaštitu ličnih, medicinskih i genetskih podataka donora i primatelja, kao i obavezu da se ne otkrije identitet donora i primatelja i njegove porodice i obrnuto.

29 Član 57 Zakona za BPO Makedonije predviđa pravo deteta koje je rođeno korišćenjem doniranih reproduktivnih ćelija ili embriona, kada napuni 18 godina da dobije podatke o zdravstvenom stanju donora, i to samo zbog medicinski opravdanih razloga od Državnog registra za BPO, uz prethodno odobrenje Državne komisije za BPO.

30 U zemljama Evropske Unije, u periodu između 1980. i 2005. godine prosečan uzrast prilikom sklapanja prvog braka se povećao za muškarce sa 26 na 31,2 godinu, a kod žena sa 23,3 na 29 godina. D. Micković, *op. cit.* fn. 19.

šte za reproduktivne ćelije i embrione, gde se za njih plaća nadoknada. Postoji veliki broj autora, pretežno u SAD, koji smatra da je altruističko doniranje reproduktivnih ćelija (što se u osnovi bazira na solidarnosti između donora i neplodnih parova) neproduktivno i da ono dovodi do smanjenje broja potencijalnih donora i do nemogućnosti da svi neplodni parovi dobiju potomke.³¹ Ovaj stav prihvata i veoma uticajna *American Bar Association* (ABA) koja je pre nekoliko godina izradila svoj *Model Act* za regulisanje medicinski potpomognute oplodnje, u kojemu se predviđa plaćanje razumne kompenzacije za doniranje reproduktivnih ćelija.³² Kao što navodi *John Roberts*, zabrana da se plaća nadoknada za reproduktivne ćelije, koja je prihvaćena u najvećem delu zakonodavstva Evrope, dovodi do mnogo manjeg broja donacija u Evropi, osobito jajnih ćelija, nego što je to slučaj u SAD. Zbog toga što su altruističke donacije jajnih ćelija izuzetno retke, u Evropi postoji veliki broj žena koje ne mogu da dobiju jajnu ćeliju za medicinski potpomognutu oplodnju. U SAD se smatra da se u osnovi ne plaća za jajnu ćeliju, nego da se plaća ženi koja donira jajnu ćeliju za izgubljeno vreme i za njen napor učinjen u postupku doniranja jajne ćelije.³³

I pored toga što smatramo da je neprihvatljivo plaćanje nadoknade za reproduktivne ćelije, činjenica je da je altruističko doniranje jajnih ćelija veoma retko, što stvara izuzetne probleme za neplodne žene i sprečava veliki broj parova da dobiju dete. Prihvatljivo je da se omogući ženi koja se javlja kao donor jajne ćelije određenu nadoknadu, zbog toga što se radi o složenom postupku, koji obuhvata fizičke i psihološke preglede donora, hormonalnu stimulaciju i uzimanje jajne ćelije, a sve to rezultira neprijatnošću, rizikom za zdravlje žene, zatim žena koja je donor jajne ćelije gubi i vreme, a ceo postupak je i veoma skup. Smatramo da postoji suštinska razlika između plaćanja za jajnu ćeliju i plaćanje razumnoj nadoknadi ženi koja donira jajnu ćeliju za njen napor, izgubljeno vreme, kao i za pretrpljenu neprijatnost tokom

31 Videti više za argument u prilog plaćanja nadoknade za reproduktivne ćelije i embrione kod F. Shenfield, *op. cit.* fn. 22, 98.

32 O ovome predlogu *American Bar Association* videti više kod C. Kindregan, „Claryfying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology“, *Family Law Quarterly*, 2008.

33 O razlikama koje postoje između zemalja Evrope i SAD u odnosu na plaćanje nadoknade za korišćenje reproduktivnih ćelija i embriona videti kod J. Roberts, „Commerce & Regulation in the Assisted Reproduction Industry“, *Texas Law Review*, 85/2007.

postupka. Zakon za BPO Republike Makedonije, kao i većina drugih ovakvih zakona u Evropi, zabranjuje plaćanja nadoknade za donirane reproduktivne ćelije ili embrione.³⁴ Zabrana za plaćanje za reproduktivne ćelije je predviđena i u srpskom Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja.³⁵ Problem makedonskog zakona je što on dopušta samo plaćanje materijalnih toškova za prevoz donora do medicinske ustanove.³⁶ Žena koja donira jajnu ćeliju ne dobiva nikakav nadomest za izgubljeno vreme, pretrpljen strah i bol, koji su povezani sa postupkom doniranja. Zbog toga, praksa pokazuje da praktično ne postoje slučajevi altruističkog doniranja jajnih ćelija, osim između bliskih prijateljica ili rođaka. Neplodne žene u Makedoniji se suočavaju sa velikim problemom kako da nabave jajnu ćeliju. Osim toga, postoji realna opasnost da se razvije crno tržište za jajne ćelije i da dođe upravo do onoga što zakon pokušava da spreči, a to je plaćanje nadoknade za jajne ćelije. Zbog toga smatramo da zakon treba da predvidi plaćanje razumne nadoknade za ženu koja se javlja kao donor, i to da ne bude plaćanje za samu jajnu ćeliju, nego da predstavlja nadoknadu za vreme, napor, strah i rizik sa kojim se suočava žena koja donira jajnu ćeliju. Ovakvo rešenje je predviđeno u brojnim evropskim zemljama uključujući tu i Republiku Srbiju.³⁷

- 34 U članu 18 stav 1 Zakona za BPO se predviđa da je doniranje reproduktivnih ćelija dobrovoljno i bez bilo kakve nadoknade. U članu 18 stav 2 se predviđa da je zabranjeno da se daje ili prima materijalna ili bilo kakva druga nadoknada za donirane reproduktivne ćelije ili embrione. U članu 18 stav 3 se predviđa da je ništav dogovor kojim se opredeljuje nadoknada za donirane reproduktivne ćelije ili embrione.
- 35 U članu 32 stav 1 srpskog Zakona se predviđa da je zabranjeno nudenje, odnosno doniranje reproduktivnih ćelija, odnosno embriona radi sticanja imovinske ili bilo koje druge koristi. Osim toga, u članu 32 stav 2 srpski zakon zabranjuje trgovinu reproduktivnim ćelijama, odnosno embrionima, kao i upotrebu reproduktivnih ćelija, odnosno embriona do kojih se došlo trgovinom u postupku BMPO.
- 36 U članu Zakona 18 stav 4 Zakona za BPO Republike Makedonije se predviđa da se materijalni troškovi za prevoz donora do mesta za doniranje ne smatraju nadoknadom.
- 37 U članu 28 stav 5 srpskog Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja se predviđa da se zabrane sticanja koristi od postupaka BMPO ne odnose na naknadu živom donoru za izgubljenu zaradu ili drugu vrstu prihoda za vreme provedeno u zdravstvenoj ustanovi ili u toku oporavka, odnosno za vreme privremene sprečenosti za rad, odnosno naknadu drugih opravdanih troškova koje je donor imao zbog postupka uzimanja

Makedonski zakon za BPO predviđa zabranu objavljivanja javnog oglasa kojim se traže ili se nude reproduktivne ćelije ili embrioni.³⁸ Ovo rešenje je predviđeno i u drugim evropskim zakonodavstvima.³⁹ Smatramo da je ovo zakonsko rešenje dobro, jer bi se u protivnom i u Makedoniji, kao što je to slučaj u SAD, pojavila praksa da neplodni parovi, potencijalni donori ili posrednici objavljuju oglase i traže donore određenih karakteristika. Tako na primer *Egg Donation Inc.* objavljuje oglase u SAD, i traži donore jajnih ćelija koji imaju visok koeficijent inteligencije, atraktivan izgled, koji su stari između 21 i 30 godina i koji imaju savršeno zdravstveno stanje. Nadoknada za donore jajnih ćelija se kreće između 3.500\$ i 12.000\$. Slične oglase objavljuju i neplodni parovi, najčešće u univerzitetskim novinama. U jednom takvom oglasu objavljenom u „*Vassal College*“ se nudi 25.000\$ za jajnu ćeliju od „zdrave i inteligentne studentice ili postdiplomke, na uzrastu između 21 i 33 godina, koja ima plave oči i plavu ili smeđu kosu“.⁴⁰ Smatramo da se, ukoliko se dozvoli javno oglašavanje ponude i potražnje reproduktivnih ćelija, one će postati roba kao i svaka druga koja se prodaje i kupuje na tržištu. U takvom slučaju, cena reproduktivnih ćelija će zavisi od određenih poželjnih karakteristika donora, kao što su boja kože, zdravstveno stanje, uzrast, boja očiju i kose, izgled, inteligencija i nivo obrazovanja. Ovo će nesumnjivo dovesti do diskriminacije u reproduktivnoj sferi, koja će imati seriozne posledice za ravnopravnost ljudi, za ljudsko dostojanstvo i za osnovna ljudska prava.

reproduktivnih ćelija (prevoz, smeštaj, troškovi ishrane i dr.). Ove zabrane se ne odnose i na opravdanu naknadu u vezi sa plaćanjem zdravstvenih ili drugih usluga u vezi sa uzimanjem reproduktivnih ćelija, kao i na naknadu u slučaju prekomerne štete koja je nastala kao posledica uzimanja reproduktivnih ćelija.

38 Član 26 stav 2 makedonskog Zakona za BPO.

39 Zabrana oglašavanja reproduktivnih ćelija postoji i u Republici Srbiji. U članu 29 stav 1 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja se predviđa da je zabranjeno reklamirati, odnosno oglašavati potrebu za reproduktivnim ćelijama žene i muškarca, odnosno doniranje reproduktivnih ćelija, sa ili bez nudenja, odnosno davanja novčane naknade ili druge materijalne ili nematerijalne koristi, kao i oglašavanje, odnosno reklamiranje zdravstvenih ustanova i zdravstvenih radnika koji obavljaju postupak BMPO, kao i banaka ćelija i tkiva u sredstvima javnog informisanja, kao i na drugim nosiocima oglasnih poruka, odnosno na bilo koji drugi način.

40 Council of Bioethics, *op. cit.* fn. 1, 223.

4. POSTHUMNA REPRODUKCIJA

Pitanje posthumne reprodukcije, koja omogućuje da se žena oplodi i da se dete rodi nakon smrti njegovog biološkog oca, u zadnje vreme dovodi do velikih rasprava u naučnim krugovima, medijima, parlamentima i u sudnicama širom sveta. Ovo izuzetno sporno pitanje je posebno značajno za Makedoniju, zbog toga što je makedonski Zakon za BPO dozvolio posthumnu reprodukciju u Makedoniji.⁴¹ Pitanje da li da se dozvoli oplodnja nakon smrti muža otvara najdublje i najsloženije filozofske, moralne, etičke, religiozne i pravne dileme koje su povezane sa odnosom prema ljubavi, smrti, reproduktivnoj slobodi, pravima deteta i odgovornosti roditelja i društva prema blagostanju dece.⁴²

Kada se analizira pitanje da li zakonodavac treba da dozvoli posthumnu reprodukciju, treba imati u vidu dva koncepta koja su ugrađena u same temelje suvremenog prava: koncept reproduktivne slobode i princip najboljeg interesa deteta. U svojoj etičkoj analizi ljudske reprodukcije MacKlin polazi od tri osnovna principa Zapadne moralne filozofije: princip individualne slobode, utilitaristički princip i princip pravičnosti. Ukoliko se analizira posthumna reprodukcija polazeći od ova tri principa, proizlazi da se ona treba dopustiti, jer ona omogućuje ostvarivanje individualne slobode partnera, a istovremeno obezbeđuje i ostvarivanje utilitarističkog principa, jer se rađanjem deteta ne zadovoljavaju samo interesi partnera, nego i samog deteta i društva.⁴³ Pitanje

41 U članu 33 stav 2 makedonskog Zakona za BPO se predviđa da je u slučaju smrti muža dozvoljena posthumna BPO ukoliko je on dao pismenu saglasnost pre svoje smrti da žena bude oplodena. Posthumna oplodnja može da se sprovede u roku od godinu dana od smrti muža.

42 Analizirajući pitanje posthumne reprodukcije Simpson ističe da „posthumna oplodnja otvara celu seriju kompleksnih etičkih i društvenih pitanja (...), a želja da se dobije potomstvo nakon smrti bračnog druga ili partnera ima velike posledice za prirodu braka, roditeljstva i nasleđivanja. B. Simpson, „Making “Bad” Deaths “Good”: The Kinship Consequences of Posthumous Conception“, *Journal of Royal Anthropological Institute*, 7/2001, 1. Posthumna reprodukcija otvara i složena pitanja iz oblasti naslednog prava. Lewis ističe da, pored drugih dilema, „postojanje posthumno začete dece ima potencijal da značajno utiče na podelu zaostavštine“. Ovaj autor navodi da je velika dilema da li posthumno začeto dete može da bude smatrano za naslednika ostavioca. C. Browne, Lewis, „Dead Men Reproducing: Responding to the Existence of Afterdeath Children“, *George Mason Law Review*, 16:2/2009, 410.

43 Za ovu etičku analizu ljudske reprodukcije videti više R. MacKlin, „Ethics and Human Reproduction, International Perspectives“, *Social Problems*, 37/1990.

reproduktivne slobode, na međunarodnom planu je bilo regulirano na Mađunardnoj konferenciji o ljudskim pravima održanoj u Teheranu 1968. godine, kada je bila usvojena Deklaracija u kojoj se predviđa da „Roditelji imaju osnovno ljudsko pravo da slobodno i odgovorno odlučuju o broju (...) svoje dece“. Ovo pravo, predviđeno u Teheranskoj Deklaraciji je bila prihvaćeno od strane Generalne skupštine UN 1974. godine. Pravo na slobodno roditeljstvo je prihvaćeno u svim evropskim zakonodavstvima.⁴⁴

U SAD postoji veoma značajna sudska praksa koja ukazuje da se u ovoj zemlji reproduktivnoj slobodi obezbeđuje najviša sudska zaštita. U slučaju *Skinner v. Oklahoma* Vrhovni sud SAD je doneo odluku da je zakon za prisilnu sterilizaciju Oklahome suprotan 14 Amandmanu Ustava SAD, zbog toga što on povređuje fundamentalno pravo da se dobije potomstvo. Sud je ustanovio da je rađanje od „fundamentalnog značaja za postojanje i opstanak ljudske rase“ i da je „rađanje dece predstavlja osnovno ljudsko pravo“.⁴⁵ U slučaju *Meyer v. Nebraska* Vrhovni sud SAD je doneo odluku u kojoj se ističe: „pravo da se zaključi brak, da se osnuje domaćinstvo i da se rađaju deca predstavlja fundamentalno pravo garantovano Ustavom SAD“.⁴⁶ Vrhovni sud SAD je eksplicitno podržao pravo na posthumnu reprodukciju u poznatom slučaju *Hecht v. Superior Court of Los Angeles*.⁴⁷ U Evropi prvi značajni sudski slučaj u kome se raspravljalo o posthumnoj reprodukciji je

44 U makedonskom porodičnom zakonu (član 5 stav 2) se predviđa da su roditelji, u ostvarivanju svog prava na slobodno i odgovorno roditeljstvo dužni da obezbede optimalne uslove za zdravi razvoj svoje dece u porodici i društvu.

45 Vidi 316 U.S. 535 (1942).

46 Vidi kod M. Doucettperry, „To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction As It Relates to Today’s Military“, *The Army Lawyer, Department of Army Pamphlet*, 27-50-420, May 2008, 3. Slično kao i u slučaju *Meyer v. Nebraska*, Vrhovni sud u slučaju *Eisenstadt v. Baird* kaže „ako pravo na privatnost nešto znači, onda je to pravo svakog pojedinca (...) da bude slobodan od neosnovanog mešanja Vlade u stvarima koje duboko utiču na svakog pojedinca, kao što je pravo da se rodi dete“. *Ibid.*, 3.

47 U ovom slučaju Vilijam Kejn je ostavio svoje zamrznute semene ćelije testamentom svojoj partnerki Elen Heht, predviđajući da ona može da bude oplodena nakon njegove smrti. Dvoje dece preminulog Kejna su se protivili da Heht dobije zamrznute semene ćelije njihovog pokojnog oca. Vrhovni sud SAD je doneo odluku da se poštuje testament i da se semene ćelije dodele Elen Heht, što znači da je on dozvolio da se ispuni želja ostavioca i da se njegova partnerka oplodi nakon njegove smrti. Vidi detaljnije o slučaju *Hecht v. Superior Court of Los Angeles* kod C. A. Scharman, „Not Without My Father:

Parpalaix v. CECOS. U ovom slučaju gospodin *Parpalaix* je zamrznuo semejne ćelije, a njegova supruga je želela da bude oplodena semejnim ćelijama njenog muža nakon njegove smrti. Sud u Francuskoj je dodelio semejne ćelije gospođi *Parpalaix* istakavši da su semene ćelije „seme života (...) i da su one povezane sa fundamentalnim pravom da se rodi dete“.⁴⁸

Postavlja se pitanje da li je reproduktivna sloboda, koja je predviđena u međunarodnim dokumentima, u nacionalnim zakonodavstvima i u sudskoj praksi velikog broja zemalja apsolutno pravo, ili ono treba da bude ograničeno interesom deteta. U konvenciji UN o pravima deteta se predviđa da u svim aktivnostima koje se odnose na decu od primarnog značaja je interes deteta, bez obzira da li ove aktivnosti sprovode javne ili privatne institucije za socijalnu zaštitu, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela.⁴⁹ Postavlja se pitanje koji je interes deteta u kontekstu posthumne reprodukcije. U osnovi, to je interes predviđen u Konvenciji UN o pravima deteta da dete bude čuvano i vaspitavano od strane oba svoja roditelja. Ovaj interes je povređen kod posthumne reprodukcije, zbog toga što je otac deteta već mrtav i to pre nego što je dete bilo uopšte začeto. Zbog ovoga, neki autori navode da se ne treba dozvoliti posthumna reprodukcija, jer reproduktivna sloboda ne može biti apsolutna i da ona mora biti podređena interesu deteta da ima dva roditelja.⁵⁰ Ipak, ne može se lako doći do rešenja u odnosu na pitanje da li zakonodavac treba da dozvoli posthumnu reprodukciju. Mnogi autori smatraju da je bolje da se dete rodi, makar

The Legal Status of Posthumously Conceived Child“, *Vanderbilt Law Review*, 55/2002, 1033–1035.

48 Vidi više kod C. A. Scharman, *op. cit.* fn. 47, 1014.

49 Član 3 stav 1 Konvencije UN o pravima deteta.

50 U ovom smislu prof. Živojinović kritikuje posthumnu reprodukciju upravo zbog činjenice da će dete živeti u monoroditeljskoj porodici, samo sa majkom, bez ljubavi i brige oba roditelja. Ovaj autor navodi da dete može da doživi emotivni šok kada sazna da je začeto nakon smrti oca i da ono može biti izloženo opasnostima u odnosu na psihološki razvoj ukoliko majka na njega gleda kao na komemorativno dete ili kao zamenu za umrlog partnera. Vidi detaljnije D. Živojinović, „Nasledna prava posthumno začete dece“, *Pravni život*, 10/2005, 710. Slično kao i prof. Živojinović, i prof. Kovaček-Stanić smatra da ne treba dozvoliti posthumnu reprodukciju, jer dete treba da ima dva roditelja. Osim toga, treba voditi računa i o negativnim psihološkim posledicama koje posthumna reprodukcija može imati na dete i na majku, s obzirom da se radi „o postupku koji umnogome odstupa od uobičajenih situacija začeća i rađanja“, Kovaček-Stanić, *op. cit.* fn. 14, 21, 33.

i u monoroditeljskoj porodici, nego da se uopošte ne rodi. Ovi autori smatraju da je uvek bolje dati prednost životu, rađanju deteta, osim ako se time ne ugrožavaju osnovna ljudska prava žene, kao što je to u slučaju sa abortusom.⁵¹

Velike razlike koje postoje u teoriji oko mogućnosti da se dozvoli posthumna oplodnja dovode i do razlika u zakonodavnim rešenjima u pojedinim evropskim državama. U Evropi posthumna oplodnja je dozvoljena u sledeće države: u Austriji, Belgiji, Velikoj Britaniji, Grčkoj, Nizozemskoj, Španiji i Makedoniji, a ona je zabranjena u Bugarskoj, Danskoj, Francuskoj, Hrvatskoj, Sloveniji, Švedskoj, Švajcarskoj, Litvaniji, Portugaliji, Srbiji i Italiji. Osim toga što postoje razlike između pojedinim zemljama u odnosu na posthumnu reprodukciju, razlike postoje i kod različitih religija. Kod katolika i muslimana posthumna reprodukcija je zabranjena. Katolici su izričito protiv posthumne reprodukcije zbog toga što ona pretstavlja odvajanje reprodukcije od prirodnog seksualnog odnosa. Osim toga, za katolike je neprihvatljivo da se oplodi sama žena, koja nema bračnog druga (koji je već mrtav u momentu začeća deteta). U islamskoj religiji posthumna reprodukcija nije prihvatljiva zbog toga što se žena oplođuje nakon prestanka braka (brak je prestao u momentu smrti muža). Posthumna reprodukcija je jedino prihvaćena kod jevreja, i to pre svega zbog povećavanja nataliteta.⁵²

Republika Makedonija dozvoljava posthumnu reprodukciju, ali postojeće zakonsko rešenje (osim globalnih primedbi u odnosu na posthumnu reprodukciju koje su već bile pomenute) ima više nedostataka. U zakonu se predviđa da se posthumna oplodnja može sprovesti u roku od godinu dana nakon smrti davaoca semenih ćelija. Smatramo da je ovaj rok veoma kratak, zbog toga što nakon smrti partnera ženi treba omogućiti jedan period za tugovanje i razmišljanje da li da počne postupak posthumne oplodnje. Nakon smrti partnera žena se nalazi u teškom emotivnom stanju i ona nije u mogućnosti da odmah donese tako serioznu odluku kao što je rađanje deteta koje neće imati oca.⁵³ U

51 O ovim stavovima videti više kod D. Micković, „Pravna regulacija posthumne oplodnje“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61/2011.

52 Za stav pojedinih religija u odnosu na posthumnu reprodukciju vidi više kod G. Pennings *et al.*, „ESHRE Task Force on Ethics and Law: Posthumous assisted reproduction“, *Human Reproduction*, 21/2006, 3050.

53 Isto stanovište zastupa i Greenfield. Vidi više J. Greenfield, „Dad Was Born A Thousand Years Ago? An Examination of Post-Mortem Conception and In-

državama SAD koje dozvoljavaju posthumnu reprodukciju predviđa se duži rok za rađanje deteta nakon smrti davaoca semenih ćelija, tako da u Luizijani se predviđa rok od tri godine.⁵⁴ Osim toga, smatramo da se posthumna reprodukcija, ako je već prihvaćena, treba biti dozvoljena samo za bračne parove, što je karakteristično za većinu zakonodavstava, ali ne i za Makedoniju. Ključni problem sadašnjeg zakonskog rešenja koje se odnosi na posthumnu reprodukciju se sastoji u tome što dete, koje se rađa oplodnjom žene nakon smrti davaoca semena, neće imati pravo na nasleđivanje u odnosu na svog biološkog oca. Ovo proizlazi iz člana 122 Zakona o nasleđivanju Republike Makedonije koji predviđa da naslednik može biti samo lice koje je živo u momentu smrti ostavioca ili koje je bilo začeto dok je ostavioc bio živ. Od ovog zakonskog rešenja proizlazi da posthumno začeto dete ne može da postane naslednik, jer je bilo začeto nakon smrti svog biološkog oca. Smatramo da ovo rešenje treba promeniti, jer bi u protivnom posthumno začeta deca bila dvojno hendikepirana: sa jedne strane ona ne bi imala oca, koji je već mrtav pre njihovog začeca, a sa druge strane ona ne bi imala pravo da naslede svog biološkog oca.

5. SUROGAT MATERINSTVO

U osnovi, surogat materinstvo pretstavlja ugovor u kome prirodna ili surogat majka, nakon što je veštački oplodena spermom prirodnog oca, za određenu nadoknadu nosi i rađa dete, nakon čega odustaje od svoga roditeljskog prava u korist „socijalnih roditelja“ deteta.⁵⁵ Postoje dva vida surogat-materinstva: tradicionalno i gestacijsko surogat materinstvo. U prvom (tradicionalnom) surogat materinstvu, semene ćelije budućeg oca (ili čak i nekog trećeg lica) se koriste za veštačko oplodivanje surogat majke. U ovom slučaju, surogat majka je istovremeno i genetska i gestacijska majka, zbog toga što ona nosi i rađa dete, koje poseduje polovinu njenog genetskog materijala. Kod gestacijskog surogat materinstva, vrši se transfer oplodene jajne ćelije

heritance, with a Focus on the Rule Against Perpetuities“, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 8:1/2007.

54 Vidi više za regulisanje posthumne reprodukcije u pojedinim državama SAD kod A. Horner, „I Consented to What? Posthumous Children and the Consent to Parent After-Death“, *Southern Illinois University Law Journal*, 33/2008, 166.

55 Vidi American Law Reports, „Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement“, 77 A.L.R. 4th 70 (1989).

u uterus surogat majke, tako da surogat majka nema genetsku povezanost za detetom koje rađa.

Pristalice ugovora o surogat materinstvu smatraju da se ovi ugovori trebaju odobriti zbog toga što oni pretstavljaju izraz slobode da se zaključuju ugovori, kao i izraz slobodne autonomije ličnosti. Oni smatraju da država ne treba da zabranjuje ove ugovore, zbog toga što na taj način krši individualna prava bez opravdanog razloga.⁵⁶ Nasurpot tome, veliki broj autora smatra da su ugovori o surogat materinstvu neprihvatljivi, zbog činjenice da se deca ne smeju tretirati kao stvari koja mogu da se kupuju i prodaju, i da su roditeljska prava neotuđiva, te se stoga ne mogu prodavati ili otuđivati.⁵⁷ Najznačajniji argument protiv surogat materinstva je tzv. koncepcija „komodifikacije“, koja smatra da se putem komercijalnih ugovora o surogat materinstvu uvode tržišni elementi u proces reprodukcije, tako da su žena i dete u ovom slučaju predmet kupoprodaje, što narušava njihovo ljudsko dostojanstvo i što se ne sme prihvatiti u demokratskom društvu.⁵⁸ Protivnici ovakve komodifikacije reproduktivnog procesa smatraju da postoji duboka kontradiktornost između bliskih, intimnih socijalnih odnosa (u prvom planu to je odnos između majke i dece) i finansijskih transfera; svaki kontakt između ove dve sfere vodi ka moralnoj kontaminaciji i ugrožavanju osnovnih ljudskih prava.⁵⁹ U ovom smislu Mišel Sandal ističe da je pogrešno uvoditi tržišne principe u ugovore o surogat materinstvu; ovaj autor smatra da je pogrešno „tretirati decu kao stvari koje su predmet ugovora, zbog toga što se tada deca degradiraju i pretvaraju u instrumente za ostvarivanje profita, umesto da budu ličnosti dostojne ljubavi i brige“.⁶⁰ Putem ugovora žena koja rađa dete prodaje svoja roditeljska prava, što je suprotno svim moralnim i etičkim normama

56 Za argumente u korist komercijalnih ugovora o surogat-materinstvu vidi A. N. Hatzis, „‘Just the Owen’, A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts“, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, 2003.

57 D. R. Reilly, „Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers“, *Canadian Medical Association Journal*, 2007, 176 (4), 483.

58 Vidi više kod S. Banarjee, „Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretic Approach“, *Gokhale Institut of Politics and Economics*, Pune, India 2006, 2.

59 Vidi M. Ertman, J. C. Williams, *Freedom, Equality and the Many Futures of Commodification*, University of Utah, S. J. Quinney College of Law, <http://ssrn.com/abstracts=774944>.

60 Vidi kod D. Spar, „For love and money: the political economy of commercial surrogacy“, *Review of International Political Economy*, 12/2005.

u savremenom društvu. Osim toga, ova prodaja roditeljskog prava je suprotna i osnovnim pravnim normama za odnos između roditelja i dece prihvaćenim u svim međunarodnim dokumentima, pre svega u Konvenciji ON za prava deteta iz 1989. godine i Evropskoj konvenciji za vršenje prava deteta iz 1996. godine.

Kod komercijalnih ugovora o surogat materinstvu sporni su i elementi ugovora. Ako je ovo obligacioni odnos, postavlja se pitanje šta je predmet ugovora, šta se tačno prodaje i kupuje. Da li surogat majka iznajmljuje svoj trud i svoje vreme (obavezuje se da će biti oplodena i da će roditi dete, obavezuje se da ne puši, da ne pije, da konzumira zdravu hranu, da ide redovno na preglede, da ne radi i zarađuje), ili ona prodaje svoje telo? Da li par koji nema dece i zaključuje ugovor o surogat materinstvu kupuje uslugu, ili kupuje dete.⁶¹ Ovo je značajno pitanje, da bi se moglo odgovoriti na dilemu da li su ovi ugovori protivni moralu i javnom interesu, i da li ih zbog toga treba zabraniti.

Imajući u vidu sve etičke i moralne dileme u odnosu na ugovore o surogat materinstvu, ne iznenađuje činjenica da u su najvećem broju zemalja ovi ugovori zabranjeni i ne proizvede pravno dejstvo. Ovo se posebno odnosi na komercijalne ugovore o surogat materinstvu. Ipak, i pored velike sličnosti u odnosu na surogatstvo u najvećem broju zakonodavstava, ne postoji uniformnost u pravnom regulisanju ugovora o surogat materinstvu. U savremenim pravnim sistemima postoji širok dijapazon različitih pravnih modela koji regulišu surogat materinstvo, i koji zavise od socijalnih, ekonomskih i političkih uslova u svakoj zemlji, njene pravne istorije, kulture i stepena uticaja religije u društvenom životu. U najvećem broju zemalja Evrope surogatstvo je zabranjeno. Takva je situacija u zakonodavstvima Francuske, Nemačke, Švajcarske, Španije, Austrije, Holandije, Švedske, Norveške, Srbije i u većem broju ostalih evropskih zemalja. Surogat materinstvo je dozvoljeno u Velikoj Britaniji, Rusiji, Ukrajini, a od oktobra 2014. godine i u Republici Makedoniji. Makedonski zakonodavac je prihvatio altruističko surogat materinstvo, a kao surogat majka i nameravani roditelji mogu da se jave samo državljani Makedonije. U Zakonu za biomedicinski potpomognutu oplodnju Makedonije se predviđa i tradicionalno i gestacijsko surogat materinstvo,⁶² a surogat majka, potpisivanjem ugovora sa nameravanim roditeljima se odriče svoga roditeljskog prava.⁶³

61 Vidi opširnije D. Spar, *op. cit.* fn. 61, 295.

62 Član 6a Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

63 Član 12v Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

6. PRAVNI STATUS EMBRIONA U SAVREMENIM ZAKONODAVSTVIMA

Regulisanje pravnog statusa embriona, koji su rezultat *in vitro* fertilizacije, je jedno od najspornijih pitanja u savremenim zakonodavstvima.⁶⁴ Prilikom regulisanja pitanja pravnog statusa embriona, zakonodavci su suočeni sa rešavanjem dva osnovna pitanja; prvo je povezano sa dilemom da li da se da odobrenje za eksperimente sa zamrznutim embrionima, a drugo je povezano sa rešavanjem pitanja ko ima prava da odlučuje o sudbini zamrznutih embriona.⁶⁵ Eksperimenti sa stem ćelijama, koje se dobijaju od zamrznutih embriona je dovelo do velikog napretka u medicini i biotehnologiji, a očekuju se još veći rezultati primene ovog metoda u lečenju velikog broja bolesti.⁶⁶ U isto vreme, pored velikog potencijala da se eksperimentima sa stem ćelijama omogući lečenje velikog broja bolesti, eksperimenti sa embrionima su izuzetno sporni, zbog činjenice da se njima uništava potencijalno ljudsko biće. Katolička crkva ima krajnje negativan stav prema ovim eksperimentima, zbog toga što smatra da život nastaje u momentu začeća i da uništavanje embriona predstavlja uništavanje ljudskog bića, što se nikako ne sme dozvoliti.⁶⁷ Privrženici koncepcije da život nastaje

64 U ovom smislu *Chan* i *Quigley* ističu da je veoma teško da se rešavaju sukobi oko zamrznutih embriona jer su ona povezana sa brojnim emotivnim, kulturnim, moralnim, etičkim i psihološkim faktorima. Videti više kod S. Chan, M. Quigley, „Frozen Embryos, Genetic Information and Reproductive Rights“, *Bioethics*, 21/2007, 441. Broj zamrznutih embriona je veoma velik; kao što ističe Dolgin, samo u SAD postoji 400.000 zamrznutih embriona. J. L. Dolgin, „Surrounding Embryos: Biology, Ideology, and Politics“, *Health Matrix*, 16:27/2006, 27.

65 Jang navodi da je „neizbežna posledica procesa *in vitro* fertilizacije (IVF) stvaranje viška embriona“. Videti kod D. K. Yang, „What’s Mine is Mine, but What’s Yours Should Also be Mine: An Analysis of State Statutes That Mandate the Implantation of Frozen Preembryos“, 10 *Journal of Law and Policy*, 587/2002, 591.

66 Prema jednom izveštaju Evropske komisije „istraživanja primenom stem ćelija obećavaju velike rezultate i nude razvoj novih metoda u zamenu tkiva ili ćelija koje su oštećene od povreda ili od bolesti kao što su dijabetes, Parkinsonova bolest, hronična srčana oboljenja...“ Commission Staff Working Paper, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Brussels, 3.4.2003, 4. U ovom smislu i Dolgin navodi da „embrionske matične ćelije su unikatne zbog njihove mogućnosti da se razviju u bilo koju ćeliju u ljudskom telu“, J. L. Dolgin, *op. cit.* fn. 65, 39.

67 22. februara 1987. godine Katolička crkva je objavila „Donum Vitae“, koji sadrži pravila o poštovanju ljudskog života i u kojem se ističe da se „ne može

u momentu začeća smatraju da embrion treba da uživa ista prava i isti stepen zaštite kao i ljudsko biće.⁶⁸

I pored ovih stavova, najveći broj autora, kao i najznačajniji etički komiteti u svetu smatraju da embrion ne pretstavlja ljudsko biće i da ne može uživati prava i stepen zaštite koja poseduje ljudsko biće.⁶⁹ Ovaj stav zastupa i Evropski sud za ljudska prava, u slučaju *Evans v. United Kingdom*.⁷⁰ Najveći broj autora i etičkih komiteta smatraju da zamrznuti embrioni treba da uživaju „specijalni status“ upravo zbog njihovog potencijala da postanu ljudska bića. U ovom smislu je stav Francuskog nacionalnog konsultativnog etičkog komiteta, koji smatra da embrioni predstavljaju „potencijalna ljudska bića“.⁷¹ U istom pravcu je i stav francuskog Ustavnog saveta, koji smatra da je „zakonodavac zauzeo stav da se princip poštovanja ljudskog bića od momenta rađanja ne može primeniti na embrione“.⁷² Ista koncepcija je zastupljena i u američkoj sudskoj praksi. U slučaju *Davis v. Davis* Vrhovni sud ame-

prihvatiti kao kriterijum etičnosti određenog postupka samo tehnička efikasnost“. Videti kod J. R. Meyer, „Human embryonic stem cells and respect for life“, *Journal of Medical Ethics*, 26/2000, 167.

- 68 Autori koji smatraju da se ne sme dozvoliti eksperimentisanje sa embrionima smatraju da se „embrioni treba tretirati kao živa bića, jer su grupacija živih ćelija, koje formiraju osnovne jedinice ljudskog života“. Videti kod D. K. Yang, *op. cit.* fn. 66, 594.
- 69 Kao što navodi Robertson, dok manjina smatra da nova ličnost nastaje u momentu fertilizacije, većina ljudi se neće saglasiti sa stavom da rane faze postfertilizacionog razvoja ljudskog života, koje se sastoje od četiri ili osam neizdiferenciranih ćelija, predstavljaju ljudska bića ili da su to entiteti sa određenim pravima. Robertson navodi da postoji konsenzus, prisutan kod Varnokove Komisije, *Ethics Advisory Board*-a, kao i Američkog udruženja za reprodukciju, kao i velikog broja ostalih etičkih komiteta u svetu, prema kome specijalni status koji treba da uživaju embrioni ne podrazumeva njihovo tretiranje kao ljudska bića. Videti kod J. A. Robertson, „Resolving Disputes over Frozen Embryos“, *Hastings Center Report*, 19/1989, 10.
- 70 Evropski sud smatra da „u odsustvu evropskog konsenzusa u odnosu na naučnu i pravnu definiciju početka života, pitanje kada život počinje se razmatra u okvirima svake države, a prema engeskom pravu embrioni nemaju nezavisna prava ili interese“. Više o odluci Evropskog suda za ljudska prava o slučaju *Evans v. United Kingdom* vidi kod O. B. Naftali, I. Conor, „Evans v. United Kingdom“, *The American Journal of International Law*, 102/2008.
- 71 National Consultative Ethics Committee Opinion No. 1 May 22, 1984.
- 72 Videti više kod L. Brunet, S. Desmoulin, „Human Embryo, Animal Embryo, Chimera Embryo: What Legal Status in French Law?“, *Journal of Civil Law Studies*, 1/2008, 90.

ričke država Tenesi je istakao da embrioni ne predstavljaju decu, kao ni imovinu, već oni predstavljaju jednu intermedijarnu kategoriju „koja omogućava embrionima posebno poštovanje zbog njihovog potencijala za ljudski život“.⁷³ Veliki broj autora prihvata ovu koncepciju, prema kojoj embrion nije ljudsko biće, ali da on ne predstavlja stvar, već se nalazi između ove dve kategorije, zbog čega zaslužuje poseban respekt i zaštitu.⁷⁴

U savremenim zakonodavstvima postoje velike razlike u odnosu na pitanje da li je dozvoljeno eksperimentisanje sa ljudskim embrionima.⁷⁵ Više evropskih zemalja, kao što su Austrija, Albanija, Hrvatska, Nemačka, Poljska, Rumunija, Srbija i Turska ne dozvoljavaju eksperimente sa embrionima.⁷⁶ U Makedoniji, Zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji dozvoljava eksperimente sa embrionima, ali samo pod strogo utvrđenim uslovima.⁷⁷

Pored pitanja oko mogućnosti da se embrioni koriste za eksperimente, u savremenim zakonodavstvima se vode veliki sporovi i oko pitanja da li se mogu koristiti samo zamrznuti embrioni koji su „višak“, jer su parovi koji su donori ovih zamrznutih embriona uspeli da postanu roditelji, ili se u istraživačke svrhe mogu koristiti i embrioni koji su namerno stvoreni za eksperimentiranje. Smatramo da je etički opravdano da se za eksperimente koji imaju za cilj lečenje teških bolesti koriste samo embrioni koji su „višak“ (*spare embryos*). Ovaj stav, koji je prihvaćen i od strane Evropske grupe za etiku u naukama i no-

73 Videti više kod Dolgin, *op. cit.* fn. 65, 67, 596.

74 Kao što navode Kindregan i McBrien „Embrioni zaslužuju poseban respekt zbog njihovog potencijala da se razviju u ljudsko biće. Ali embrioni koji se čuvaju nisu subjekti prava i ne uživaju pravnu zaštitu prema postojećem zakonodavstvu“. C. P. Kindregan, M. McBrien, „Embryo Donation: Unresolved Legal Issues in the Transfer of Surplus Cryopreserved Embryos“, *Villanova Law Review*, 169/2004, 69.

75 2010. godine, od 101 države koje su odgovorile na pitanje „da li ljudski embrioni mogu biti korišćeni za eksperimente“ 42 su odgovorile pozitivno, a 59 je navelo da to nije dozvoljeno u njihovim zakonodavstvima. Videti kod H. W. Jones, *op. cit.* fn. 24, 112.

76 *Ibid.*, 114.

77 Član 37 Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji predviđa da je naučno-istraživački rad sa embrionima dozvoljen samo za poboljšanje ljudskog života, uz prethodnu pismenu saglasnost bračnih ili vanbračnih partnera od kojih potiče embrion, i uz prethodnu saglasnost Državne komisije za medicinski potpomognutu oplodnju i Etičkog komiteta makedonskog lekarskog društva.

vim tehnologijama,⁷⁸ polazi od činjenice da svaki embrion koji se stvara ima potencijal da postane ljudsko biće, i on ne sme unapred da bude „osuđen“ da postane predmet za istraživanje i uništavanje. Ova koncepcija, prema kojoj za istraživanje se mogu koristiti samo embrioni koji se ne upotrebljavaju za oplodivanje i za rađanje dece je sadržana i u Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i digniteta ljudskog bića (Konvencija iz Ovieda) koja predviđa da je zabranjeno stvaranje ljudskih embriona sa ciljem da se oni koriste za istraživanje.⁷⁹

Osim pitanja da li treba dozvoliti eksperimente sa embrionima, drugo značajno pitanje koje često dovodi do velikih sporova je povezano sa dilemom oko toga ko ima pravo da rešava o sudbini zamrznutih embriona. Ovo pitanje je posebno aktuelno ukoliko se javi spor između muškarca i žene koji su donatori reproduktivnih ćelija oko sudbine zamrznutih embriona, koji su nastali spajanjem ženskih i muških reproduktivnih ćelija. Ovi sporovi, do kojih najčešće dolazi nakon razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice, kada jedan od partnera želi da iskoristi zamrznute embrione za oplodivanje ili želi da ih donira drugom neplodnom paru, a drugi partner se protivi tome, zbog toga što ne želi da postane biološki roditelj. U ovim situacijama sudovi treba da rešavaju o tome da li pravo da se postane roditelj ili da se donira embrion drugom paru je jače od prava da neko ne postane biološki roditelj. Ovde se radi o sukobu dva prava, čiji nosioci imaju zaista jake argumente – jedan želi da ostvari svoje pravo na reprodukciju, što predstavlja osnovno ljudsko pravo, a drugi partner ima sasvim suprotan cilj, i ne želi da postane roditelj. Čije pravo treba da ima prioritet? Odgovor na ovo pitanje daje bogata sudska praksa, pre svega sudova u SAD.

Jedan od najpoznatijih sudskih slučajeva u kojima se rešavalo u sporu oko sudbine zamrznutih embriona je slučaj *Davis v. Davis*, u američkoj saveznoj državi Tenesi. Bračni par Dejvis je tri godina pokušavao da dobije dete putem *in vitro* fertilizacije. Poslednji pokušaj je rezultirao stvaranjem devet embriona, od kojih su sedam bili zamrznuti u klinici za lečenje neplodnosti i gradu Noksvil u Tenesiju, a dva su implantirana, ali nisu dovela do rađanje deteta. U međuvremenu se

78 Prema mišljenju *European Society for Human Reproduction* „embrion, pre njegove implantacije je potencijalno ljudsko biće i on zaslužuje naš respekt kao simbol budućeg ljudskog života“. Vidi više kod K. Devolder, „Creating and sacrificing embryos for stem cells“, *Journal of Medical Ethics*, 31/2005, 369.

79 Član 18 stav 2 Konvencije iz Ovieda.

bračni par Dejvis razveo, a žena je počela sudski postupak pred prvostepenim sudom, u kojem je tražila da ona dobije zamrznute embrione, sa ciljem da započne nov postupak oplodivanja. Prvostepeni sud je dodelio embrione gospođi Meri Su Dejvis, sa obrazloženjem da embrioni pertstavljaju „ljudska bića *in vitro*“ i da se „najbolji interes deteta manifestuje u dodeljivanju privremenog staralaštva nad embrionima gospođi Dejvis“.⁸⁰ Gospodin Dejvis je uložio žalbu do Vrhovnog suda države Tenesi, a kada je slučaj stigao pred Vrhovni sud bivši bračni partneri su zaključili nove brakove. Žena više nije htela da koristi embrione za sebe, već je htela da ih donira drugom neplodnom paru, a gospodin Dejvis se tome protivio i tražio da zamrznuti embrioni budu uništeni. Vrhovni sud savezne države Tenesi je promenio odluku prvostepenog suda, u kojoj se navodilo da embrioni pretstavljaju ljudska bića, ali je istovremeno u presudi utvrdio da embrioni ne pretstavljaju stvari i da za njih ne važe pravila koja regulišu vlasničke odnose. Prema mišljenju Vrhovnog suda Tenesija, embrioni su nešto između ove dve kategorije (ljudska bića i stvari) i oni imaju pravo na poštovanje, ali ne poseduju posebna prava. Najznačajnije je to što je Vrhovni sud savezne države Tenesi odlučio da muškarac ima ustavno pravo da ne postane roditelj i da je to pravo jače od prava žene koja je htela da donira embrione neplodnom paru.⁸¹ I u slučaju *Kass v. Kass* sud u državi Njujork je doneo odluku slično kao i sud u slučaju *Davis v. Davis*. Prema apelacionom sudu u Njujorku, nije dopušteno da započne postupak za implantaciju embriona i za rađanje deteta suprotno volji muškarca, koji je donirao reproduktivne ćelije za stvaranje embriona.⁸² Ova praksa, prema kojoj američki sudovi daju prednost donatoru koji ne želi da embrion bude implantiran i da postane roditelj, je prihvaćena i u velikom broju drugih slučajeva, kada sudovi rešavaju za sudbinu embriona u slučajevima kada se javlja spor između donora reproduktivnih ćelija.⁸³ Mogućnost

80 Videti više kod Dolgin, *op. cit.* fn. 65, 67, 74, 101.

81 Za izuzetno značajan sudski slušaj *Davis v. Davis* videti više kod T. S. Jost, „Rights of Embryo and Foetus in Private Law“, *The American Journal of Comparative Law*, 50/2002, 637. Videti i kod J. Daar, „Panel on Disputes Concerning Frozen Embryos“, *Texas Journal of Women and the Law*, 8:285/1999, 285–288.

82 Za slučaj *Kass v. Kass* videti više kod, Helene S. Shapo, „Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One’s Mind“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 12:75/2002, 80.

83 U ovom smislu *Dickens* i *Cook* ističu da je poznato da sudovi i zakonodavstva štite donore reproduktivnih ćelija od mogućnosti da oni postanu roditelji su-

da se donor reproduktivnih ćelija suprotstavi oplodivanju žene sa embrionom u čijem je stvaranju i on učestvovao je predviđena i u velikom broju evropskih zakonodavstava, kao što je to slučaj sa Velikom Britanijom.⁸⁴ Ova zakonodavna koncepcija je bila prihvaćena i od strane Evropskog suda za ljudska prava, koji je u poznatom slučaju *Evans v. United Kingdom* zauzeo stav da pravo žene da postane genetska majka nema veće težine od prava njenog bivšeg supruga koji ne želi da postane biološki otac. Prema tome, američki sudovi, evropska zakonodavstva, kao i Evropski sud za ljudska prava prihvaćaju istu koncepciju, prema kojoj pravo na roditeljstvo nema veće težine i značaja od prava donora da ne postane roditelj suprotno njegovoj volji.

Dejan Micković, PhD

*Full-Time Professor at the Faculty of Law “Justinian Prvi”,
University “St. Kiril and Metodij”, Skoplje*

BASIC ETHICAL AND LEGAL ISSUES IN THE REGULATION OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES IN THE EUROPEAN LEGISLATIONS

Summary

The rapid development of reproductive medicine in the last few decades has enabled many infertile couples in European countries to become parents. At the same time, a revolution in biomedicine has opened a number of ethical and legal dilemmas that are associated with the legal regulation of the new reproductive technologies. These dilemmas, which are associated with the regulation of the reproduction process, are related to the fragmentation of the concept of the

protno njihovoj volji, dozvoljavajući mogućnost da oni promene svoju saglasnost za oplodivanje sve do momenta implantacije embriona. Videti kod B. M. Dickens, R. J. Cook, „The legal status of in vitro embryos“, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 111/2010, 93.

84 U britanskom *Human Fertilization and Embryology Act* iz 1990. godine, strana čije su gamete bile korišćene za stvaranje embriona može da povuče svoju saglasnost za čuvanje i korišćenje embriona. Slično rešenje je predviđeno i u članu 12 stav 3 makedonskog Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji.

motherhood and the concept of parenthood, conflicts between reproductive freedom and the rights of the child, as well as the introduction of market mechanisms in the process of reproduction, which calls into question the basic rights of the participants in the biomedical assisted reproduction. This paper provides an analysis of the most important aspects of regulating assisted reproduction in Europe. In the paper, the author analysis the question who can be a beneficiary of the medically assisted procreation, then he provides an analysis of the regulation of surrogate motherhood and the posthumous reproduction, as well as an analysis of the legal status of embryos in European jurisdictions. In addition, the paper addresses the very important question relating to the commercialization of the reproductive process, with unforeseeable consequences for the human dignity and fundamental human rights.

Key words: *Medically assisted reproduction. – Surrogate motherhood. – Posthumous reproduction. – Commercialization of reproduction.*

*Dr Bojan Milisavljević**

RENESANSA OBIČAJA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Običaji su u međunarodnom pravu tipično obeležje klasičnog perioda koji je okončan uspostavljanjem Versajskog poretka. Pojavom Ujedinjenih nacija došlo je do procesa normativne revolucije preko stručnih tela kao što je Komisija za međunarodno pravo, gde se u okviru ove organizacije vrši kodifikacija celokupnih oblasti međunarodnog prava. Međunarodni ugovori postaju dominantno obeležje međunarodnog prava, a mnogi autori običajna pravila svrstavaju u prostor istorije ovog poretka, sa tek nekom malom ulogom koju pridaju ovom izvoru. Preživljavanje običaja u modernom međunarodnom pravu obezbedila je praksa Međunarodnog suda pravde. Ne bi bilo preterano zaključiti da je ovaj Sud za svo ovo vreme koristio običajna pravila kako bi rešavao brojne sporove i da je u dobroj meri uticao na evoluciju ovog izvora prava i za sticanje potpuno novih osobina koji su prisutni povodom običaja u današnje vreme. Ovaj rad pokušava da objasni mesto i ulogu koju imaju običaji danas i da istakne nove osobine koje su dobili običaji.

Ključne reči: *Običajna pravila. – Međunarodni sud pravde. – Komisija za međunarodno pravo.*

1. ULOGA OBIČAJNIH PRAVILA U POZITIVNOM MEĐUNARODNOM PRAVU

Običajna pravila spadaju u jedan od glavnih izvora međunarodnog prava prema Statutu Međunarodnog suda pravde.¹ U modernom međunarodnom pravu primat su stekli međunarodni ugovori, a veliki broj autora smatra da je običajima mesto u istoriji međunarodnog prava.² Da

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *bojan@ius.bg.ac.rs*.

1 Član 38 Statuta definiše običaje kao „dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo“.

2 Videti sledeće autore: J. Patrick Kelly, „The Twilight of Customary International Law“, 40 VA. J. INT’L L., 2000, 449, John O. McGinnis, „The Comparative

bi se razumela uloga koju običaji imaju u današnjem međunarodnom pravu nužno je ukazati na osnovne elemente običaja. Idealno biće običaja podrazumeva postojanje dva elementa: objektivnog i subjektivnog. Objektivni element obuhvata praksu i naziva se kvantitativni, a subjektivni *animus* ili *opinio iuris*. Običajna pravila su specifična po tome što su one socijalne norme jer zavise od prakse i stavova koji takvu praksu prate u jednom širem ambijentu, po pravilu, velikog broja država.³ Tako je konstrukcija Međunarodnog suda pravde o bilatelarnom običaju u sporu Portugalija i Indija iz 1960. godine,⁴ pre posrnuće suda pred politikom, nego logička pravna konstrukcija. U ovom slučaju postoji više kako logičkih, tako i pravnih nelogičnosti. Sud je zaključio da se radi o bilatelarnom običaju na osnovu predhodne prakse u smislu korišćenja prava prolaza preko Indijske teritorije. Ovde se radi o procesu dekolonizacije u kome je Indija pokušavala u potpunosti da se otrgne od potčinjenog položaja, a Portugal da po svaku cenu zadrži pravo vršenja vlasti nad enklavom koja je u potpunosti okružena teritorijom Indije. Sud je prihvatio da prizna praksu koja je nastajala u periodu kada Indija nije bila samostalna kao pravno relevantnu, što je suprotno pravilu da praksa mora biti zakonita ukoliko se prihvata kao element običaja. Logička greška Međunarodnog suda pravde, u ovom slučaju, je što je proizveo mogućnost formiranja lokalnog običaja. Ideja o mogućnosti postojanja lokalnog običaja nije u skladu sa konstrukcijom običaja kao pravnog izvora jer se za njegovo formiranje zahteva opšta praksa. Dakle, neophodna je praksa većeg broja država i to je

Disadvantage of Customary International Law“, 30 *HARV. J.L. & PUB. POLY*, 2006, 7.

- 3 To potvrđuje već rana praksa Međunarodnog suda pravde i Stalnog međunarodnog suda pravde: Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10, at p. 28. Видети и S. S. „Wimbledon“, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 15, at p. 30; Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21; and *ibid.*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29, Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 23, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292, Gabcikovo-Nagymaros Project, at p. 38, para. 47, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174, at p. 184, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 221.
- 4 Right Of Passage Over Indian Territory Case (Portugal v. India), ICJ Rep 6, Judgment of 12 April 1960.

nesporna konstrukcija koja prati biće običaja od samog početka i čini njegovu generičku osnovu. Dokaz za to je da pre usvajanja ove odluke Međunarodnog suda pravde nije bilo slučajeva kada je utvrđeno postojanje običaja između dve države. Još je veći dokaz za pogrešnu odluku Suda činjenica da posle ovakve odluke nije došlo do konstituisanja ovih običaja iako bi postojao nekeakav „pravni“ oslonac u presudi o Pravu prolaza preko Indijske teritorije.

Da bi mogli da tvrdimo da postoji običaj neophodna je i izvesna doza pravne apstrakcije, koja će volji konkretnih država dodati neophodni element opštosti.⁵ Zbog toga je u biću samog običaja utkana potreba da se radi o opštem međunarodnom pravilu. Kod modernih običaja to je posebno naglašeno, jer je očigledno da je došlo do pomeranja u zahtevima kod dokazivanja običaja. Nova praksa Međunarodnog suda pravde i rad Komisije za međunarodno pravo idu na ruku običajnim pravilima. Nema sumnje da je talas opštih kodifikacija u kojima su usvojene brojne konvencije prošao. Može se zaključiti da je do toga došlo već krajem osamdesetih. Već povodom Konvencije o pravu mora iz 1982. godine moglo se naslutiti koliko može biti problema u pogledu stupanja pravila na pravnu snagu. Jedan od razloga mogao bi biti to što su običajna pravila kodifikovana u prvom talasu kodifikacije pomorskog prava. To se može prepoznati i kod drugih oblasti. Tako su nastali važni višestrani ugovori legislativnog karaktera, a u stvari radi se o običajnim propisima koji su uobličeni u sistemski sređenu kodifikaciju u određenoj oblasti. Pošto su nesporna običajna pravila već kodifikovana, okončana je prva faza u radu. Sada je došlo formulisanja užih pravila iz specifičnih pravnih oblasti gde postoje običajna pravila koji još nisu dostigli opštu prihvaćenost, a ne postoji ni spremnost da se takve obaveze prihvataju preko konvencija. Danas postoji očigledno različito tumačenje kod utvrđivanja opštosti prakse. Nije ni čudo što je donekle relativizovan prvi element običaja. Jasno je da je opinio iuris ionako zamagljen, teško objašnjiva konstrukcija sama po sebi. Jedan od razloga je i taj što se taj element u dobroj meri i objašnjava preko prakse država. Danas su standardi za utvrđivanje opšte prakse ublaženi u odnosu na tradicionalne običaje. Opštost se može pretpostaviti na osnovu specifične težine pojedinih država koje učestvuju u praksi, ili ako se radi o određenoj vrsti aktivnosti (kosmos, pomorsko pravo, međunarodna zona...).

5 Michael Wood, Special Rapporteur, Second report on Identification of customary international law, International Law Commission Sixty-sixth session, 2014.

U pozitivnom međunarodnom pravu menja se i proširuje krug instrumenata koji služe za dokazivanje običaja. Tako je oko uobičajenih instrumenata kojima se dokazuju običaji postojao konsenzus koji je predstavljen kroz izveštaj specijalnog izvestioca Hadsona.⁶ U modernom međunarodnom pravu dolazi do izvesnih pomeranja, tako da se pojavljuje nova kategorija, opšta volja međunarodne zajednice kao specifičan subjekt preko koga se uvodi pretpostavka opštosti prakse. Umesto da se prvo utvrđuju elementi prakse država, sada je glavno težište pomereno na interes koji je regulisan običajem i na značaj koji on ima. Tako se danas u pretežnom obimu kao instrumenti za dokazivanje običaja pojavljuju rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, završni akti međunarodnih konferencija, odluke unutrašnjih organa, jednostrani akti država...⁷ Kod modernih običaja neophodna je izvesna mera uopštavanja jer bi bilo veoma teško očekivati da se nesporno utvrdi da postoji praksa i *opinio iuris* za preko 190 država.⁸

Na osnovu analize postojeće uloge koju imaju običaji u današnjem međunarodnom pravu može se zaključiti da je došlo do delimične revizije klasičnih elemenata običaja. Tako se samo uslovno danas govori o postojanju perfektnog spoja objektivnog i subjektivnog elementa običaja. Takvu liniju rezonovanja podržava Međunarodni sud pravde, ali i doktrina.⁹ U doktrini, pogotovo onoj anglosaksonskoj, postoje ne mali pokušaji da se pravna priroda običaja i njegova uloga u modernom međunarodnom pravu objasni preko teorije igara.¹⁰ Takvi pokušaji nemaju veću važnost po opšte običajno pravo i imaju samo ograničeni *ad hoc* domašaj.

6 Tada je izvestilac Hadson naveo da su elementi koji konstituišu dokaze međunarodnog običajnog prava tekstovi međunarodnih ugovora, odluke međunarodnih sudova, odluke nacionalnih sudova, nacionalno zakonodavstvo, diplomatska korespondencija, mišljenja nacionalnih pravnih savetnika, praksa međunarodnih organizacija. Videti: Doc. A/CN 4/16.

7 Stephen M. Schwebel, „The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law“, 1979 *Proc. Am. Soc. Int'l L.* 301.

8 Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner, *A Theory of Customary International Law*, The Law School the University of Chicago, 7.

9 Curti s A. Bradley, Mitu Gulati, „Withdrawing from International Custom“, *The Yale Law Journal*, 2010, 9.

10 Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner, *A Theory of Customary International Law*, The Law School the University of Chicago, 1999; Mark A. Chinen, „Game Theory and Customary International Law: A Response to Professors Goldsmith and Posner“, 23 *M ICH. J. INT'L L.* 2001.

Ukoliko se pristanak država prilikom formiranja opštih običaja u međunarodnom pravu donekle relativizuje, što je očigledna praksa, onda se dovodi u pitanje suverenitet države. Pravilo je da se prilikom ustanovljenja obaveze za neku državu utvrdi da postoji volja države u smislu prihvata tog pravila. Za međunarodno pravo je to formalni kriterijum mada volja može biti aktivno istaknuta ili da se ona podrazumeva na osnovu ponašanja države. Ovo drugo je dugo bio prećutni prihvata običajnih pravila. Uvođenjem opšte volje međunarodne zajednice kod modernih običaja postavlja se pitanje na koji način to pogađa nacionalne interese država, i da li je u skladu sa prihvaćenim poštovanjem autonomije države i njenog suvereniteta.¹¹ Pošto je očigledno izmenjena pravna priroda običaja i njihova uobičajena dihotomija se danas drugačije prihvata na međunarodnom planu rad Komisije za međunarodno pravo na pitanju prvo Formiranje i dokazi međunarodnog običajnog prava,¹² a zatim Identifikacija međunarodnog običajnog prava,¹³ mogu da odigraju veliku ulogu. U tom smislu neophodno je sagledati i očigledno promenjenu ulogu koju ima Komisija za međunarodno pravo danas, u smislu kodifikacije međunarodnog prava.

2. IZMENJENA ULOGA KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO

Postupanje Komisije za međunarodno pravo je u novije vreme drugačija kada se radi o sačinjavanju kodifikacija ili kreiranje pravila *de lege ferenda*. Sve negde do devedesetih godina prošlog veka Komisija je pristupala sačinjavanju nacrtu konvencija i potom preporučivala sazivanje konferencije gde bi se pristupilo usvajanju konvencije. U novije vreme Komisija pravno tehnički na sličan način kreira pravila, ali posle njihovog usvajanja ne predlaže sazivanje kodifikacione konferencije već ga jednostavno prepušta na ocenu doktrini i primeni kako državama, tako i međunarodnim telima i organima. To može da se tumači dvojako. Sa jedne strane može da bude inspirisano bojaznošću da takva pravila ne bi bila prihvaćena u smislu stupanja na snagu Konvencije, kao što je to bio slučaj sa nekoliko Konvencija, na primer sa Konvencijom o

11 Curtis A. Bradley, Mitu Gulati, *op. cit.* fn. 9, 13.

12 Michael Wood, Special Rapporteur, First report on formation and evidence of customary international law, International Law Commission, Sixty-fifth session.

13 *Ibid.*

ugovorima država i međunarodnih organizacija i međunarodnih organizacija međusobno iz 1984. godine. Na taj način se donekle i relativizuje dugotrajni rad ovog organa i devalvira njena uloga. Drugi razlog može da se potraži u činjenici da se dobar broj pitanja koje Komisija obrađuje već dugo primenjuje između država, u međunarodnih organizacijama i od strane pre svih Međunarodnog suda pravde.¹⁴ Takva pravila, kao na primer Nacrt pravila o odgovornosti država za protivpravne akte, već duže vreme nisu stekla formalnu snagu, ali se dugo primenjuju kao običajna pravila. To bi mogla da bude još jedna potvrda da su običaji u današnjem međunarodnom pravu veoma bitni i igraju nezaobilaznu ulogu. Oni mogu da posluže da nadomeste formalnu manjkavost kod procesa stupanja na snagu međunarodnih ugovora i kao takvi su veoma pogodno sredstvo u smislu primene prava. Upravo je, pre svih, Međunarodni sud pravde u većem broju slučajeva koristio običaje da reši sporove između država.

Nove aktivnosti Komisije za međunarodno pravo povodom običaja jesu pokušaj da se utvrde objektivnije smernice u pogledu procesa nastajanja običaja, njihove potencijalne promene ili prestanka važenja. U ovom polju vlada poprilična nesređenost, a dosadašnji rad Komisije koji je rezultirao sa dva izveštaja koja su prihvaćena i nekolicinom pravila, kreće se prema osnovnim smernicama prakse Međunarodnog suda pravde. Odluka Komisije da promeni pitanje koje na dnevnom redu sa formiranja i dokazivanja, na manje ambiciozno samo identifikovanje običaja takođe je uskladu sa ulogom koju Međunarodni sud pravde ima povodom običaja, a to je da ih on ne stvara već samo identifikuje njihovo postojanje ili nepostojanje.¹⁵ Zbog takve uloge koju Sud ima, i sam specijalni izvestilac nije pokušavao da ode dalje i uvodi neke nove standarde i pravila povodom osnovnih elemenata običaja. Ona se uglavnom zadržala, kao i Sud, na detaljnoj elaboraciji prvog elementa, a to je praksa država. U tom smislu je i formulisala pravila povodom utvrđivanja postojanja prakse i njenih kriterijuma, da bi se drugi element opinio iuris samo predstavio u opštim crtama. Tako se može izvući i zaključak da je ovaj drugi element običaja na neki način i veštački imputiran u običaj kao pravilo da bi se potvrdilo postojanje volje države u smislu prihvata pravila međunarodnog prava, i da bi se izbeglo tretiranje prakse kao samodovoljnog uslova za nastanak obi-

14 Videti: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.*

15 Videti: B. Stern, „Custom at the Heart of International Law“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11/2001, 101.

čaja. U praksi je, a to je potvrdio i Međunarodni sud pravde više puta, drugi element običaja samo prateći deo prakse koja zapravo konstituše običaj i obaveze država. Tako se u principu zahteva da *opinio iuris* nije u suprotnosti sa praksom država, a ne i da on mora aktivno da postoji i da je nesumnjivo izražen i potvrđen.¹⁶

Sa druge strane, ako se analizira praksa Međunarodnog suda pravde, može se приметiti da on nije uvek bio dosledan u istraživanju prakse država u sporu, već je ne retko samo konstatovao da postoji običajno pravilo koje je obavezno za države.¹⁷ Takav pristup se može okarakterisati kao liberalan pristup koji nije u duhu onoga što se od Suda očekuje, mada se u slučaju koji je naveden već jasno konstituisalo pravilo o zabrani intervencije u međunarodnom pravu i nije bilo nužno dokazivati da ono postoji kao takvo za države koje su u sporu.

Kod univerzalnih običaja neophodno je prihvatiti izvesno podrazumevanje pristanka svake države ponaosob nauštrb značaja pravila i njegove unoverzalnosti. Tako je Međunarodni sud pravde zaključio u sporu oko platoa u Severnom moru: „običajna pravila moraju da važe za sve države članice međunarodne zajednice, i zbog toga ne mogu biti predmet prava bilo kakvog jednostranog izuzimanja neke države.“¹⁸ Da bi se uspostavio međunarodni poredak neophodno je odbiti prihvatanje autoriteta poštovanja volje svake države pojedinačno.¹⁹ Kada bi se krenulo takvim principom došlo bi se do negacije međunarodnog prava uopšte. Na taj način povodom opštih pravila običajne prirode kreće se kako rad Komsije za međunarodno pravo, tako i praksa Međunarodnog suda pravde. U tom pravcu kreću se i pravila koja se nalaze u međunarodnim konvencijama.

Može se zaključiti da je uloga koju običajna pravila imaju u pozitivnom međunarodnom pravu zbog toga veoma važna. Pošto je jasno da se veoma odmaklo u izgradnji međunarodnog poretka onda je nužno povodom nekih nespornih opštih pravila zanemariti pojedinačnu volju države kao takvu. Nasuprot nje stoji zaštićeni objekt od opšteg interesa, kao i nesporna i respektabilna količina država koje pripadaju

16 Continental Shelf case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 3 June 1985, ICJ Reports 1985, 29–30, para. 27, Asylum case (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, 277.

17 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 98, para. 184.

18 N. Sea Continental Shelf (F.R.G./Den., F.R.G./Neth.) 1969 I.C.J., 3, para. 38–39.

19 Dinah Shelton, „Normative Hierarchy in International Law“, 100 *AJIL*, 2006, 291–299.

različitim regionima i civilizacijama. Zbog toga, bar povodom ovakvih običajnih pravila, protest u smislu izuzimanju neke konkretne države od obaveznosti običaja, gubi svaki smisao. Ovde se ne misli samo na kogentna pravila, već i na sva druga pravila koja imaju pravnu snagu *erga omnes*.²⁰

3. ULOGA PROTESTA NA OBIČAJ U MODERNOM MEĐUNARODNOM PRAVU

Pošto je napred izloženo da je došlo do značajnih promena u pogledu običajnih pravila u smislu da je njihova formalna dihotomna struktura sada relativizovana pojavom instant običaja i drugačijim tumačenjem pojedinačnog pristanka država, uloga i domašaj protesta takođe može biti promenjen. Tradicionalno protest kod običaja imao je efekat ukoliko je ispunjavao određene uslove: bilo je neophodno da se radi o istrajnom prigovaraču kao što je to Međunarodni sud pravde istakao u slučaju Norveška protiv Velike Britanije.²¹ Što se vremenskog uslova tiče na njega je ukazao, između ostalog, Ficomoris kada je zaključio da prigovar može da proizvodi dejstvo ukoliko je uložen pre konačne kristalizacije običaja.²² Pošto je kod svakog izvora u međunarodnom pravu relevantna volja, da bi se ona utvrdila u svakom pojedinačnom slučaju neophodno je da ne postoji prigovor. Kada on postoji, prema tradicionalnim uslovima za običaj, pravno dejstvo se ne bi moglo protegnuti na državu prigovarača. Tako protest postaje sastavni deo običajnog procesa.²³ Kasniji autori su imali ispravna zapažanja u daljoj razradi ovakvih pravnih postavki kada su zaključili da opšte običajno pravilo ne bi moglo da nastane ako bi se svaka pojedinačna volja uzimala kao relevantna.²⁴ Takav značaj svake volje države u potpunosti bi paralisao svaki pravni napredak i onemogućio izgradnju univerzalnog

20 Ernest A. Young, „Sorting Out the Debate over Customary International Law“, 42 *Va. J. Int'l L.* 2001–2002, 365.

21 Fisheries Case (U.K. v. Nor.), 1951 *I.C.J.*, 131.

22 Gerald Fitzmaurice, „The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of Law“, 30 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 1 (1953), 26.

23 Olufemi Elias, „Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law“, 6 *DENNING L.J.* 37 (1991), 37.

24 Michael Akehurst, „Custom as a Source of International Law“, 47 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 1 (1974–75), 26.

poretka. Pored toga teško je pravdati činjenicu da pojedinačna volja države prigovarača može biti stavljena nasuprot volji velike većine država u procesu formiranja običajnih pravila. Tako se kod modernih običaja volja pretežne većine država uzima kao pravni osnov u formiranju običaja, nasuprot podrazumevanom pristanku, kako je to bilo kod tradicionalnih običaja.²⁵

Na osnovu navedenog može se izvesti zaključak, da u modernoj međunarodnoj zajednici, može da se uvede uslovna podela običaja na one koji imaju viši stepen obaveznosti, kao što to postoji kod legislativnih ugovora, i običajnih običaja.²⁶ Kod ovih prvih protest pojedinačne države ne može biti pravno relevantan jer običaj deluje na osnovu volje međunarodne zajednice kao celine ili pretežne volje država. Kod običajnih običaja protest jeste pravno relevantan jer može da proizvede pravni efekat kao kod tradicionalnih običaja. Ako se prilikom legislativnih ugovora može dopustiti da se podrazumeva volja neke države koja nije članica ugovora i da se ona smatra vezanom takvim ugovorom, onda tim pre povodom opštih običaja volja pojedinačnih država mora biti relativizovana što se upravo i čini i kroz rad Komisije za međunarodno pravo, i kroz praksu Međunarodnog suda pravde.

25 Philip R. Trimble, „A Revisionist View of Customary International Law“, 33 *UCLA L. Rev.* 1985–1986, 665 i dalje.

26 A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, Kluwer Law International, 1996, 45–48; P. Reuter, *Introduction au droit des traits*, Librairie Armond Colin, 1972, 139–140; A. Kaczorowska, *Public International Law*, Routledge 2010, 28; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Oxford University Press, 1992, 7–8; R. B. Baker, „Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates“, *European Journal of International Law*, 21 /2010, 173, 177; A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, 132; A. Cassese, „For an Enhanced Role of Jus Cogens“, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012, 158, 164; T. Meron, „On a Hierarchy of International Human Rights“, *American Journal of International Law*, 80/1986, 1, 13–21; A. McNair, *Law of Treaties*, Clarendon Press, 1961, 213–215; J. Paust, „The Reality of Jus Cogens“, *Connecticut Journal of International Law*, 7/1991, 81, 82; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, 594; N. G. Onuf and R. K. Birney, „Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future“, *Denver Journal of International Law and Policy*, 4/1974, 187, 191; F. Orrego Vicuña, „Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?“, *Estudios Internacionales*, Año 38, No. 148 (2005).

4. ZNAČAJ OBIČAJA U MODERNOJ MEĐUNARODNOJ ZAJEDNICI

Ukoliko se prihvati teza da su međunarodni ugovori dosegli svoj zenit i da se otvara prostor za primenu običajnih pravila onda se mora biti svestan i potencijalnih opasnosti od mogućih zloupotreba. Međunarodno pravo je konstituisalo volju države na centralno mesto u smislu sticanja pravnih obaveza. Kod ugovora volja država je nesporno izražena, dok se kod običajnih pravila ona prepoznaje preko prakse koja čini elemente bića tog pravila. Kod modernih običaja dolazi do relativizacije izražene volje država činjenicom da se radi o opšte prihvaćenim pravilima koja funkcionišu na univerzalnom planu već izvesno vreme. Sa stanovišta pojedinačne to može da ugrozi njene vitalne interese. Upravo iz tog razloga nužno je prihvatiti opšte standarde u identifikaciji običaja koji bi garantovali neku vrstu sigurnosti od potencijalnih zloupotreba prema državama od strane međunarodnih tela koja primenjuju pravo.

Na osnovu navedenog izvesno je da običaji stupaju na jedno veoma značajno mesto u modernom međunarodnom pravu sa bitno drugačijom ulogom od one koju su imali ranije. Međunarodni sud pravde je tokom svoje prakse često koristio običajna pravila, ali je i sam veoma doprineo da usmeri upotrebu običaja u novom pravcu. Tako je on u situacijama kada nije imao mogućnosti da reši spor na osnovu ugovora pribegao običajnom pravnom osnovu. To je bilo u slučaju spora Tunisa i Libije²⁷ oko razgraničenja epikontinentalnih platoa kada je Međunarodni sud pravde pribegao elastičnom tumačenju u svrhu rešenja spora primenivši pravila iz Konvencije koja nije stupila na snagu, a koju su bile prihvatile strane u sporu. Pre ovakve odluke Međunarodnog suda pravde ovakvu praksu poznavao je i Arbitražni sud u slučaju rešavanja spora između Velike Britanije i Francuske iz 1978. godine.²⁸ Na osnovu toga se može zaključiti da su osnovni pravci u pogledu primene običajnih pravila uspostavljeni od strane sudskih tela, a da u današnje vreme Komisija za međunarodno pravo pokušava da uspostavi objektivne kriterijume koji su neophodni da bi se uklonile

27 Continental Shelf Case, Tunisia v. Libya, ICJ Reports, 1982, 38.

28 Reports Of International Arbitral Awards, Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France), 30 June 1977 – 14 March 1978, Vol. XVIII pp. 3–413, United Nations.

potencijalne mogućnosti zloupotrebe u pogledu primene običaja u današnjim uslovima.

Uloga običaja u današnjem međunarodnom pravu može se pronaći i kod pravila o tumačenju međunarodnih ugovora. Tako još Konvencija o ugovornom pravu predviđa da se prilikom tumačenja ugovora mora voditi računa i o „celokupnoj praksi do koje je kasnije došlo primenom ugovora...“²⁹ Dakle, ovde se ponašanje ugovornica u vezi primene ugovora uzima kao relevantan elemenat u tumačenju i zajedno sa ugovorom čini celinu. Ponašanje ugovornica u ovom smislu više pogoduje običaju nego ugovornom procesu. Pošto je jasno da ugovor ne može da nastane prećutnim putem, onda bi se moglo zaključiti da bi se osnov obaveznosti pre mogao pronaći u običajnoj prirodi pravila. Sa druge strane praksa država je ipak, na neki način, vezana samim ugovorom i mora da prati njegove osnovne konture. Ovde se radi o bliskoj simbiozi ugovora i običaja. Tako je odnos teksta ugovora i naknadna praksa država ugovornica bila predmet i podeljenih mišljenja sudija Međunarodnog suda pravde u slučaju Kostarika protiv Nikaragve gde su jedni na prvo mesto stavili tekst ugovora, a drugi ukazali na pravnu relevantnost prakse država.³⁰ Koliki je značaj običajnih pravila ili bolje reći ovde prakse država u vezi ugovora vidi se na osnovu činjenice da se ovo pitanje našlo na dnevnom redu Komisije za međunarodno pravo pod nazivom „Naknadni sporazumi i naknadna praksa ugovornica u vezi tumačenja ugovora“.³¹

Čini se da su članovi Komisije za međunarodno pravo su, posle argumentovane rasprave, ipak stali na stranu evolutivnog tumačenja jer su izneli predlog u vidu zaključka: „Naknadni sporazumi i naknadna praksa država ugovornica su autentični oblici tumačenja koji bi trebalo biti uzeti u obzir prilikom tumačenja ugovora. Naknadni sporazumi i naknadna praksa ugovornica mogli bi voditi evolutivnom tumačenju ugovora.“³² Na ovom mestu se može videti da jedan ugovor može tokom svoje primene da dobije drugačije obeležje i da svoj život u neku ruku nastavi da vodi kroz elemente običajnog procesa. Ovde

29 Član 31 Konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine.

30 Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 290.

31 Georg Nolte, Special Rapporteur, First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, International Law Commission Sixty-fifth session, Geneva 2013.

32 *Ibid.*, 27.

je Komisija za međunarodno pravo potvrdila značaj običaja koji kroz praksu ugovornica dovodi do evolucije ugovora.

Sa druge strane, u pogledu naknadne prakse Komisija za međunarodno pravo je istim povodom dala definiciju ovog pojma: „Naknadna praksa predstavlja objektivni dokaz o tome kako ugovorne strane razumeju značenje ugovornih odredaba.“³³ Povodom naknadne prakse mogu se postaviti neka relevantna pitanja. Tako se nameću pitanja kao: šta se uzima u obzir kao praksa ugovornica, međusobni odnos različitih elemenata prakse, značenje naknadne prakse i čije se sve ponašanje uzima u obzir kod posmatranja prakse.³⁴

Bojan Milisavljević, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

RENAISSANCE OF CUSTOMS IN INTERNATIONAL LAW

Summary

Customs as a main source in international law were a typical feature of the classical period, which ended in the establishment of the Versailles order. The establishment of the United Nations started the process of creating an objective legal order. Many authors believe that the customs are a part of the history of international law, while contracts are the dominant source of law. Survival of customs in a modern international law has been provided through the practice of the International Court of Justice. There would be no exaggeration to conclude that this Court for all this time has used customs in order to address a number of disputes and largely influenced the evolution of the sources of law, including acquisition of completely new features that are present concerning customs nowadays. This paper attempts to explain the place and role of the customs today and to highlight the new features that customs have received.

Key words: *Customary rules. – The International Court of Justice. – The International Law Commission.*

33 *Ibid.*, para. 15.

34 *Ibid.*, 36.

*Ivana Miljuš, dipl. pravnik**

ULOGA SUDA U TUŽILAČKOM MODELU ISTRAGE PREMA NOVOM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU IZ 2011. GODINE

Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine uvodi javno-tužilačku istragu i otvara brojna teorijska i praktična pitanja. U ovom članku se opisuju evropske tendencije, razvoj modela istrage u Srbiji i objašnjavaju karakteristike istrage, ovlašćenja suda kao i odnos javnog tužilaštva i sudije za prethodni postupak u novom Zakoniku. Autor je dao kritički prikaz zakonskih odredaba uz analizu osnovnih modela istrage i uloge suda tokom istrage prema krivičnom procesnom pravu država kontinentalne Evrope. Izložene su i predložene izmene zakonskih rešenja formulisane u ranijoj Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku. Kao osnovni cilj promene uloge suda u istrazi predlađač zakona označava potrebu za povećanjem efikasnosti krivičnog postupka, koja se neopravdano svodi samo na brzinu krivičnog postupka. Autor ukazuje da javno-tužilačka istraga ne podrazumeva eliminisanje svake dokazne aktivnosti suda i kontrole zakonitosti sprovođenja istrage.

Ključne reči: Zakonik. – Istraga. – Javni tužilac. – Sudija.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Postoje različiti modeli organizacije istražnog postupka, procesnog stadijuma koji prethodi optuženju i suđenju u užem smislu. Istraga je značajan deo procedure, jer se njenim sprovođenjem prikuplja činjenična građa za optuženje i od njene zakonitosti, kvaliteta i efikasnosti zavisi ishod krivičnog postupka, odnosno rešavanje krivično-pravne stvari. Pošto je nejavnog karaktera, aktuelna su pitanja kontrole njene zakonitosti, zaštite osnovnih ljudskih i procesnih prava lica kojima se stavlja na teret izvršenje krivičnog dela i lica oštećenih izvrše-

* Autor je sudijski saradnik u Prvom osnovnom sudu u Beogradu, *miljusivana85@gmail.com*.

njem krivičnog dela. Sadašnje regulisanje istrage od strane Evropskog suda za ljudska prava je nekoherentno, što je delom rezultat i odsustva njenog posebnog normativnog uređenja u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹ Zbog toga, dileme oko formulisanja zakonskih odredaba, koje će ovu procesnu fazu, regulisati na najbolji način, imaju poseban značaj u procesnoj teoriji. Današnji problemi istrage, kao uostalom i krivičnog postupka u celini, proizilaze iz dve osnovne protivrečnosti: tendencije za što većom efikasnošću istrage (krivičnog postupka) i tendencije zaštite prava građana.²

U krivičnoprocесnom zakonodavstvu država kontinentalne Evrope izražena su dva osnovna modela istrage: sudska³ i tužilačka (javno-tužilačka, državno-tužilačka) istraga. U okviru tužilačkog modela istrage formulišu se različiti modaliteti sprovođenja istrage u zavisnosti od obima ovlašćenja policije i istražnog sudije (sudije za prethodni postupak) i njihovog odnosa sa tužilaštvom.⁴

Uočljiva je tendencija uvođenja javno-tužilačke istrage u prilog kojoj se kao glavni argumenti u teorijskoj raspravi navode nepotrebno ponavljanje dokaza u sudskoj istrazi, mali broj slučajeva u kojima je istraga obavezna, neophodnost ubrzavanja krivičnog postupka i rastećivanja krivičnog suda, potreba operativnijeg i efikasnijeg tužilaštva koje od samog početka prikuplja dokaze i samim tim bolje poznaje kri-

-
- 1 Više o tome vid. T. Lukić, „Organizacija prethodnog krivičnog postupka“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* (2/2011), 135, 231–240.
 - 2 D. Radulović, „Konceptija istrage u krivičnom postupku u svetlu novog krivičnoprocесnog zakonodavstva“, *Savremene tendencije krivično procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocесna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (ur. A. Petrović, I. Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2012, 11–22.
 - 3 Funkcija istražnog sudije po prvi put je uvedena u Napoleonovom *Code d'instruction criminelle* iz 1808. godine koji jasno pravi razliku između istražnog sudije („judge d'instruction“) koji prikuplja dokazni materijal kao osnovu za optuženje i raspravnih sudija koje donose odluku. Zakon razdvaja funkciju optuženja od funkcije presuđenja i fazu prethodnog postupka od javne rasprave.
 - 4 U Zakonu o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke (*StPO*) u odeljku pripreme optužnice regulisana je tužilačko-policijska istraga sa izražajnom ulogom policije u preduzimanju istražnih radnji. U praksi, mali je broj slučajeva u kojima je tužilac od samog početka angažovan u sprovođenju istrage (najteža krivična dela i krivična dela za koja postoji izražen interes javnosti). Najčešće, policija sprovodi istragu, čije celokupne rezultate prosleđuje tužilaštvu. Međutim, tužilaštvo zadržava pravo izdavanja naredbi.

vičnu stvar, što bi sve trebalo da rezultira kvalitetnijom optužnicom. Ovo pitanje je aktuelno u državama regiona⁵ i u većem delu Evrope. Pri izradi novih zakona u bivšim socijalističkim zemljama gotovo redovno pojavljuje se pitanje, da li treba slediti tradicionalno kontinentalno-evropske modele, ili pak anglo-američke modele, kojima se katkad pridaje epitet „modernijeg“ ili bi možda, prema sloganu „najbolje iz oba sveta“, trebalo kombinovati elemente ovih sistema.⁶ Kriterijumi odabira bi pre trebali biti prethodna pravna tradicija države, šanse za uspešnu „implementaciju“ odgovarajućeg prava, kao i podobnost „orijentacionog prava“ za konkretnu državu i svojoj konkretnoj društveno-istorijskoj situaciji.⁷

Zakonom o istražnim sudijama donetim 17. aprila 1890. godine u Srbiji je uveden istražni sudija koji se sa kratkim periodom suspenzovanja održao do danas.⁸ Poslednjih deset godina u Srbiji su doneta tri zakonika o krivičnom postupku. Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, koji je i danas na snazi, prekinuo je svake veze sa ideološkim nasleđem bivših autoritativnih režima vlasti i uskladio svoje odredbe sa savremenim pravnim standardima evropskog krivičnog postupka, tako da se i danas svrstava u sam vrh savremenih evropskih zakonodavstava te vrste.⁹ Nakon njegovog donošenja u Srbiji, kao

5 Od država bivše Jugoslavije Slovenija je zadržala model sudske istrage, a pre Srbije nove zakonike o krivičnom postupku u kojima se usvaja model tužilačke istrage donele su: Bosna i Hercegovina (2003), Hrvatska (2008), Crna Gora (2009) i Makedonija (2010).

6 S. Pürner, „Predgovor“, *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke* (prevod dela: Strafprozessordnung – StPO, prevodilac: E. Avdić), University press-Magistrat izdanja, Sarajevo 2011, 9–13.

7 *Ibid.*, 11.

8 Zakonikom o sudskom krivičnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. godine prethodni postupak se delio na izvidaj, koji je mogao biti izvidaj državnog tužioca, policijski i sudski izvidaj i istragu, koju je sprovodio je istražni sudija. Zakonom o krivičnom postupku iz 1948. godine, koji je donet po ugledu na sovjetsko krivično procesno zakonodavstvo, a jedno vreme i prema Zakonu o krivičnom postupku iz 1953. godine, istragu su vodili organi javnog tužilaštva i policije, javni tužilac je imao veliki uticaj na sud i raspolagao velikim ovlašćenjima kao državni organ, a novelom iz 1967. godine istraga je postala čisto sudska i kao takva se održala do danas. Više o tome vid. M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2008, 57–63.

9 M. Grubač, „Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine“, *Pravni zapisi*, godina II, 2/2011, 467–514.

i u mnogim državama Evrope, su sve više učestale teorijske rasprave o potrebi zamene sudske istrage tužilačkom istragom, a 2003. godine Bosna i Hercegovina prelazi na model tužilačke istrage. Kao rezultat navedenih uticaja 2006. godine usvojen je Zakonik o krivičnom postupku koji uvodi blažu formu tužilačke istrage¹⁰ sa značajnim ovlašćenjima istražnog sudije (pored odlučivanja o merama procesne prinude i odlučivanje o žalbi protiv rešenja javnog tužioca o sprovođenju istrage, izvođenje tzv. incidentalnih dokaza tj. dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponovo izvesti na glavnom pretresu). Istražni sudija je ostajao i u novom konceptu, uvedenom Zakonikom iz 2006. godine, ali samo kao sudska kontrola javnog tužioca, jer je on mogao obustaviti istragu koju je započeo tužilac, kada prihvati žalbu okrivljenog ili njegovog branioca.¹¹ Primena Zakonika je dva puta odlagana, da bi tri godine nakon donošenja stavljen van snage, jer se nisu stvorili uslovi za njegovu primenu, pre svega zbog nespremnosti tužilaštva za vodeću ulogu u sprovođenju istrage s obzirom na ustavnu i zakonsku regulativu položaja kao i neispunjavanje kadrovskih i tehničkih uslova za sprovođenje reforme.

Narodna skupština Republike Srbije 26. septembra 2011. godine donela je Zakonik o krivičnom postupku, koji se od 15. januara 2012. godine primenjuje u postupcima za krivična dela organizovanog kriminala i ratnih zločina, a od 1. oktobra 2013. godine i u ostalim postupcima.¹² U Zakoniku se ističe nova uloga javnog tužioca pre svega u predistražnom postupku i sprovođenju istrage (javno-tužilačka istraga) i umesto istražnog sudije, uvodi se sudija za prethodni postupak koji u predistražnom postupku i istrazi predstavlja vid sudske zaštite osnovnih sloboda i prava. Izmenjena uloga suda u istrazi ogleda se u sužavanju ovlašćenja suda u kontroli sprovođenja istrage, odnosno ograničavanju ovlašćenja sudije za prethodni postupak i vanraspravnog veća na odlučivanje o merama procesne prinude i odlučivanje sudije za prethodni postupak o sprovođenju posebnih istražnih tehnika. Predlagač zakona,

- 10 M. Škulić, „Konceptija istrage u krivičnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/2010, 57–78.
- 11 M. Škulić, G. Ilić, *Novi zakonik o krivičnom postupku Srbije-Reforma u stilu „Jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Beograd 2012, 47.
- 12 Primena Zakonika u ostalim postupcima je najpre odložena za 15. januar 2013. godine, a Zakonom o izmenama zakonika o krivičnom postupku od 24. decembra 2012. godine, za 1. oktobar 2013. godine.

kao cilj novina u krivičnom postupku, ističe potrebu za bržim krivičnim postupkom koji treba da dovede do efikasnijeg postupka i na taj način iz načela cilja i osnovnog načina vođenja postupka, izuzima načelo istine, a načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka svodi samo na brzinu procedure. Razlozi kriminalne politike opravdavaju brzinu krivičnog postupka samo do one granice koja ne utiče na zakonitost njegovog vođenja i donošenje pravilne i zakonite sudske odluke.¹³

2. KARAKTERISTIKE ISTRAGE

1) Istraga je *javno-tužilačkog karaktera*. Javni tužilac nije obična procesna stranka, već i državni organ sa jasno i precizno zakonom regulisanim pravima i dužnostima. Kada podiže optužnicu ili optužni predlog, javni tužilac mora prethodno utvrditi postoje li činjenice na koje zakon nadovezuje dužnost podizanja optužbe.¹⁴ Zbog svega toga u velikom broju država kontinentalne Evrope i vodi istragu. Tužilačka istraga ne treba da bude ništa manje nezavisna,¹⁵ nepristrasna nego ona koju vodi sud, odnosno istražni sudija. Javni tužilac preuzima ulogu suda iz Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine i od strane, koja ima pravo da predlaže preduzimanje istražnih radnji i koja se izjašnjava o merama obezbeđenja prisustva okrivljenog, postaje „gospodar prethodnog postupka“, najpre odlučivanjem o pokretanju istrage, a zatim i prvenstvenim pravom preduzimanja dokaznih radnji čije izvršenje pod uslovima predviđenim zakonikom, može poveriti policiji.¹⁶ Javni tužilac odlučuje i o završetku istrage, odnosno može preduzimati

13 S. Bejatović, „Javni tužilac kao subjekt efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima“, *Uloga javnog tužioca u pravnom sistemu sa posebnim osvrtom na problematiku efikasnosti krivičnog postupka i maloletničku delikvenciju* (ur. G. Ilić), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, Beograd 2010, 190–211.

14 V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knjiga druga, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Zagreb 1989, 34.

15 Ustavna i zakonska regulativa javnog tužilaštva definiše javno tužilaštvo kao samostalan državni organ, a ne i kao nezavistan, te se kao osnovni preduslov sprovođenja tužilačke istrage ističe promena njegovog ustavnog i zakonskog položaja i formulisanje garancija nepristrasnosti.

16 Prema Zakonu o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke (par. 163 StPO) policija ima pravo da preduzima sve mere kod kojih postoji opasnost od odlaganja. U većini anglosaksonskih postupaka istraga je poverena policiji u samostalnu nadležnost.

istražne radnje, sve dok, po njegovoj oceni, stanje stvari nije dovoljno razjašnjeno. Kada nađe da je stanje stvari u istrazi dovoljno razjašnjeno donosi naredbu o završetku istrage (član 310 ZKP).

2) Istraga započinje na *formalni način*,¹⁷ pokreće se *naredbom* nadležnog javnog tužioca, koja postaje pravnosnažna i izvršna u trenutku donošenja. Izričito je propisano u članu 7 stav 1 tačka 1 ZKP da je i vremenski momenat pokretanja krivičnog postupka donošenja naredbe o sprovođenju istrage.¹⁸ Prema ranijim rešenjima u krivičnom postupku, istraga se pokretala na zahtev ovlašćenog tužioca, kada rešenje o sprovođenju istrage¹⁹ koje donosi istražni sudija, kao funkcionalni oblik nadležnosti suda, postane pravnosnažno. Zahtev za sprovođenje istrage kao optužni akt javnog tužioca podlegao je sudskoj kontroli istražnog sudije koji je mogao da izrazi neslaganje, a zatim rešenje istražnog sudije o sprovođenju istrage na inicijativu odbrane (žalba na rešenje) mogla je biti predmet kontrole vanraspravnog veća. Odredbom člana 296 stav 2 Zakonika iz 2011. godine propisano je da se naredba o sprovođenju istrage donosi pre ili neposredno posle prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je javni tužilac obavešten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela. Tumačenjem zakonske odredbe dolazi se do zaključka da je javni tužilac dužan da pokrene istragu kada policija preduzme bilo koju dokaznu radnju, bez obzira na rezultate njenog preduzimanja, što javnog tužioca, u suprotnosti sa njegovom propisanom ulogom rukovođenja istragom, vezuje za volju policije. U Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku²⁰ od 16.11.2012. godine u potpunosti je izbrisana navedena odredba.

17 U Zakonu o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke i Zakoniku o krivičnom postupku Republike Italije nije predviđeno da je tužilaštvo dužno da donese formalni akt o sprovođenju istrage, a u većini anglosaksonskih postupaka istraga je poverena policiji i sasvim je neformalna.

18 Navedeno rešenje isključuje mogućnost kontrole pokretanja istrage odnosno iz prava na odbranu isključuje pravo izjavljivanja pravnog sredstva protiv odluke da se sprovede istraga, što uz važeći ustavni i zakonski položaj javnog tužioca ostavlja prostor za zloupotrebe procesnih ovlašćenja.

19 Prema ZKP iz 2006. godine i Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku istraga se pokreće rešenjem o sprovođenju istrage protiv kojeg postoji pravo na žalbu o kojoj odlučuje istražni sudija odnosno sudija za prethodni postupak.

20 Web-strana Ministarstva pravde, <http://www.mpravde.gov.rs> 1. mart 2013.

Postoje i različita shvatanja o pravnoj prirodi naredbe za sprovođenje istrage u regionalnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu koja naredbu shvataju kao formalni procesni akt, koji zamenjuje ranije rešenje o sprovođenju istrage i kao interni tužilački akt operativne prirode koji ne proizvodi nikakva prava dejstva spram osumnjičenog.²¹

3) Istraga se pokreće protiv *određenog lica ili nepoznatog učinioca* za koje postoje *osnovi sumnje* da je učinilo krivično delo. U Zakoniku se definiše „osnov sumnje“ kao skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela (član 2 stav 1 tačka 17).²² Kao i u većini država kontinentalne Evrope, dovoljan je najniži stepen sumnje, indicije, da se protiv lica vodi istražni postupak. Praktična iskustva u primeni ovog osnova neophodnog za aktivnost tužioca govore nam da se kao rezultat javlja i nepotrebno opterećivanje javnog tužilaštva.²³ Prema ZKP iz 2001. godine istraga se pokreće protiv određenog lica kad postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo, dok su osnovi sumnje isključivo vezani za pretkrivični postupak. Izuzetno, prema odredbi člana 239 stav 1 ZKP iz 2001. godine, svrstanoj u glavu koja reguliše pretkrivični postupak, kada je učinilac krivičnog dela nepoznat, javni tužilac, može da predloži istražnom sudiji da preduzme pojedine istražne radnje, ako je, s obzirom na okolnosti slučaja, neophodno ili celishodno da se one preduzmu pre pokretanja istrage.

4) Istraga *nije obavezna* procesna faza. Javni tužilac podiže optužnicu kada postoji opravdana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo (član 331 stav 1 ZKP). Ako prikupljeni podaci o krivičnom delu i učiniocu pružaju dovoljno osnova za optuženje, optužnica se može podići i bez sprovođenja istrage (član 331 stav 5 ZKP). U skraćenom postupku, postupku za krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do 8 godina (član 495 stav 1 ZKP),²⁴ pre nego što javni tužilac odluči da li će podneti optužni predlog ili odbaciti krivičnu prijavu, može u najkraćem mogućem

21 B. Dodik, „Tužiteljska istraga – iskustva Bosne i Hercegovine“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (ur. A. Petrović, I. Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2012, 23–42.

22 Brisano u Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku.

23 Više o tome vid. B. Dodik, *op. cit.* fn. 22, 25.

24 Prema ZKP iz 2001. godine skraćeni postupak se vodi za krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do 5 godina.

roku preduzeti određene dokazne radnje (član 499 stav 2 ZKP). Prema ZKP iz 2001. godine, istraga takođe nije obavezna, odnosno optužnica se pod određenim uslovima može podići i bez prethodnog vođenja istrage pri čemu se razlikuju dva slučaja: pravo neposredno optuženje i nepravo neposredno optuženje.²⁵

5) *Svrha* istrage je prikupljanje relevantnih dokaza: 1) koji su potrebni da bi javni tužilac odlučio da li će da podigne optužnicu ili da obustavi postupak; 2) koji su potrebni da se utvrdi identitet učinioca; 3) za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano; 4) drugih dokaza koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.²⁶

Svrha istrage koja se odnosi na ovlašćenje javnog tužioca da izvodi dokaze za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano u suprotnosti je prirodi javno-tužilačke istrage.²⁷ Ovde je reč o izuzetku od načela neposrednosti, o dokazima za koje postoji verovatnoća da se neće moći ponovo izvesti na glavnom pretresu (tzv. hitne sudske radnje). Ukoliko bi se zadržalo navedeno rešenje, sudske presude bi mogle da se zasnivaju na dokazima koje je izveo javni tužilac kao nesudski organ i stranka u postupku. Prema načelu neposrednosti, sudija sme da donese presudu samo na osnovu suštine sa glavnog pretresa, a ne kao ranije, u inkvizicionom postupku, na osnovu sudskih akata.²⁸ Smatra se da je jedino prihvatljivo poveriti preduzimanje ovih radnji sudu, odnosno, obliku sudske funkcionalne nadležnosti suda (istražnom sudiji, sudiji za prethodni postupak). Navedeno rešenje je bilo formulisano u Zakoniku iz 2006. godine i sada dominira u zakonima o krivičnom postupku država kontinentalne Evrope koje prihvataju model tužilačke istrage.²⁹

25 Više o tome vid. M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2010, 372–374.

26 U Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku brisano iz člana 295 stav 2 ZKP koji formuliše svrhu istrage: dokazi koji su potrebni da se utvrdi identitet učinioca (istraga se prema Radnoj verziji ne može voditi protiv nepoznatog učinioca) i drugi dokazi koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.

27 Više o tome vid. M. Škulić, G. Ilić, *op.cit.* fn. 12, 65–69.

28 C. Roxin, B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, 87–88.

29 ZKP Italije predviđa da u toku prethodne istrage državni tužilac i osumnjičeni mogu od sudije tražiti sprovođenje dokaznog ročišta u taksativno navedenim

6) Istraga je *oročenog trajanja* (instruktivan rok od šest meseci, odnosno godinu dana za javno tužilaštvo posebne naležnosti) i o razlozima prekoračenja roka javni tužilac je dužan da obavesti neposredno višeg javnog tužioca koji je dužan da preduzme mere da se istraga okonča (član 310 stav 1 i 2), čime kontrolu trajanja, shodno prirodi istražnog postupka, od suda odnosno predsednika suda preuzima neposredno više tužilaštvo.

7) U istrazi su prisutni elementi tzv. *paralelne istrage*, tj. prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane (član 301 ZKP). Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno da prikupljaju dokaze i materijal u korist odbrane pri čemu se taksativno navode kojim pravima raspoložu.³⁰ Prikupljene pisane izjave i obaveštenja mogu koristiti u toku ispitivanja svedoka ili provere verodostojnosti njegovog iskaza ili za donošenje odluke o ispitivanju određenog lica kao svedoka od strane javnog tužioca ili suda. Na taj način se izražava nastojanje da se obezbedi „jednakost oružja (*equality of arms*)“³¹ između javnog tužioca i okrivljenog, ali se smatra da predviđena prava odbrane nemaju nikakav procesni značaj, imajući u vidu da javni tužilac preduzima dokazne radnje u istrazi, a da okrivljeni i njegov branilac imaju pravo samo da predlože izvođenje dokaza u korist odbrane (član 302 ZKP) i da ne-

slučajima. Dokazno ročište predviđa ZKP Hrvatske, ZKP Makedonije, a ZKP BiH u članu 223 reguliše sudsko obezbeđenje dokaza na osnovu koga stranke i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da ispita svedoka za koga postoji mogućnost da neće biti dostupan sudu na glavnom pretresu i da preduzme neophodne radnje u cilju obezbeđenja dokaza, kada smatraju da će doći do nestanka određenog dokaza pri čemu u slučaju neslaganja sa predlogom odlučuje vanraspravno veće. Više o ZKP Italije vid. A. Bošković, „Osvrt na tužilački koncept istrage u komparativnom krivično procesnom zakonodavstvu“, *Pravni život* 10/2008, 41–56.

- 30 Osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo: 1) da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu i da od tog lica pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost; 2) da ulaze u privatne prostorije ili prostore povezane sa stanom, uz pristanak njihovog držaoca; 3) da od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obaveštenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost, kao i uz obavezu da tom licu izdaju potvrdu sa popisom preuzetih predmeta i isprava. Takođe je predviđeno da se navedena ovlašćenja ne odnose na oštećenog i na lica koja su već ispitana od strane policije ili javnog tužioca.
- 31 Načelo koje predstavlja sastavni deo odredbe člana 6 EKLjP, odnosno prava na pravični postupak koji obezbeđuje procesnu ravnopravnost između stranaka u krivičnom postupku.

maju na raspolaganju mere procesne prinude. Odredbe su u suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti, obzirom da daju ovlašćenja odbrani da preduzima radnje u cilju dokazivanja nevinosti i u potpunosti su brisane u Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama ZKP. ZKP Italije predviđa i istražnu delatnost branioca, odnosno da branilac, od početka obavljanja dužnosti na osnovu pisane izjave, može sprovoditi istraživanja u cilju pronalaženja dokaza u korist njegovog branjenika.

3. ULOGA SUDIJE ZA PRETHODNI POSTUPAK

Sudija u svakoj tužilačkoj istrazi mora da postoji, makar za naređivanje da se preduzimaju posebne dokazne radnje (specijalne istražne tehnike), te zbog donošenja odluke o određenim merama procesne prinude.³² Sudija za prethodni postupak prema ZKP iz 2011. godine, preduzima radnje koje po svom karakteru zadiru u osnovna ljudska prava i slobode: određuje status zaštićenog svedoka u toku istrage, donosi naredbu za određivanje nadzora nad sumljivim transakcijama i odluku o privremenom oduzimanju sredstava koja su predmet sumljive transakcije, donosi naredbu za pretresanje stana i drugih prostori-ja ili naredbu za pretresanje lica, ceni da li su bili ispunjeni uslovi za pretresanje (kada se preduzimaju bez naredbe o pretresanju), donosi naredbe o preduzimanju posebnih dokaznih radnji,³³ odlučuje u toku istrage o određivanju, produženju ili ukidanju pojedinih mera za obezbeđivanje prisustva okrivljenog,³⁴ odlučuje o sporazumu o priznanju krivičnog dela i o sporazumu o svedočenju okrivljenog i osuđenog kao i o odbrani siromašnog odnosno o zahtevu za postavljanje branioca okrivljenom koji prema svom imovinskom stanju ne može da snosi troškove odbrane.

Prema ranije predloženim izmenama u Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, predviđeno je ovlašćenje sudije za prethodni postupak da vrši efektivnu sudsku kon-

32 M. Škulić, *op. cit.* fn. 11, 74.

33 Sudija za prethodni postupak donosi naredbe o tajnom nadzoru komunikacije, tajnom praćenju i snimanju, o zaključenju simulovanih poslova, o računarskom pretraživanju podataka i o angažovanju prikrivenog islednika.

34 Sudija za prethodni postupak tokom istrage odlučuje o zabrani prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem, zabrani napuštanja boravišta, jemstvu, zabrani napuštanja stana i pritvoru.

trolu pokretanja istrage odlučivanjem o žalbi na rešenje o sprovođenju istrage i da donese rešenje da nema mesta sprovođenju istrage ako utvrdi: 1) da delo koje je predmet istrage nije krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a nema uslova za primenu mera bezbednosti; 2) da je krivično gonjenje zastarelo ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje; 3) da ne postoji osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo koje mu se stavlja na teret.

Iako je premaranijem rešenju, u malom procentu slučajeva dolazilo do takve odluke vanraspravnog veća po neslaganju javnog tužioca sa zahtevom za sprovođenje istrage kao i do odluke vanraspravnog veća o obustavi istrage, navedeno rešenje onemogućava da se nepotrebno preduzimaju istražne radnje, dopuna istrage³⁵ i samim tim stvaraju troškovi postupka u slučajevima kada je na samom početku prethodnog postupka izvesno da neće dovesti do optuženja ili potvrđivanja optužnice u postupku njene kontrole. Prema članu 308 ZKP iz 2011. godine jedino javni tužilac može da obustavi istragu.³⁶

Osumnjičeni i njegov branilac shodno članu 312 ZKP raspoložu sa *dva procesna mehanizma*, kada je istraga već pokrenuta, u slučaju odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u toku istrage:

1) mogu podneti *prigovor* neposredno višem tužiocu, koji ako usvoji prigovor, rešenjem kojim usvaja prigovor izdaje obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da otkloni utvrđene nepravilnosti i

2) supsidijerno, ako prigovor bude odbijen, mogu u roku od osam dana po prijemu rešenja podneti podneti *pritužbu* sudiji za prethodni postupak, koji ako oceni da je pritužba osnovana, jedino može da naloži da se preduzmu mere za otklanjanje nepravilnosti, pri čemu se ne predviđaju posledice nepostupanja po nalogu i efektivan mehanizam prinude javnog tužioca za otklanjanje nepravilnosti. Pri tome, nije u potpunosti jasno u čemu se nepravilnosti ogledaju i kao primer

35 Odredbom člana 311 ZKP je propisano da će javni tužilac doneti naredbu o dopuni istrage kada nakon završetka istrage utvrdi da je potrebno preduzimati nove dokazne radnje.

36 Prema Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku predviđeno je i da će javni tužilac, kada nađe da nema dovoljno dokaza za optuženje, doneti rešenje kojim stavlja van snage rešenje o sprovođenju istrage.

navodi se samo odugovlačenje postupka, a Zakonik daje ovlašćenje isključivo javnom tužiocu da može da obustavi istragu.

Istražni postupak, koji je prema ranijim zakonskim rešenjima, imao zadatak samo da uvede postupak u vrhunac, glavni pretres, u međuvremenu je postao suština krivičnog postupka.³⁷ Kako je u krivičnu proceduru uvedena mogućnost da javni tužilac odustane od gonjenja, ako se krivica učinioa može smatrati neznatnom ili ako ne postoji interes zajednice za njegovo gonjenje, što je zadalo udarac pravnoj državi, potrebno je da se okrivljenom i braniocu daju veće mogućnosti da utiču na istražni postupak ili za pouzdanu proveru njegovih rezultata.

U pogledu preduzimanja dokaznih radnji Zakonik sva ovlašćenja istražnog sudije, uključujući i *izvođenje tzv. incidentalnih dokaza, prenosi na javnog tužioca*, koji eventualno može poveriti policiji izvršenje pojedinih dokaznih radnji (član 299 stav 4).³⁸

Pored toga, zakonodavac iz načela cilja vođenja krivičnog postupka izuzima načelo istine,³⁹ koje se smatra tradicionalnim krivičnoprocesnim principom.⁴⁰ Zakonik dodatno otvara sumnju u pogledu objektivnosti i nepristrasnosti javnog tužioca, kao stranke u postupku, prilikom preduzimanja dokaznih radnji, pogotovu, u korist odbrane. Ako osumnjičeni i njegov branilac smatra da je potrebno preduzeti određenu dokaznu radnju, predložiće javnom tužiocu da je preduzme, a ako javni tužilac odbije predlog ili o predlogu ne odluči u roku od osam dana od podnošenja, mogu podneti predlog sudiji za prethodni postupak, koji poseduje samo jedan mehanizam indirektnog uticaja na

37 C. Roxin, B. Schunemann, *op. cit.* fn. 29, 313.

38 U Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama ZKP u članu 299 dodaje se stav 5, 6 i 7 na osnovu kojih javni tužilac, okrivljeni i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da sasluša određenog svedoka, za koga postoji verovatnoća da zbog bolesti, starosti ili drugih važnih razloga, neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu, kao i da ako se ne složi sa predlogom, odluku donosi vanraspravno veće.

39 Načelo je utvrđeno u članu 17 stav 1 i 2 ZKP iz 2001. kojim se formuliše dužnost suda i državnih organa koji učestvuju u krivičnom postupku da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke kao i da su sud i državni organi dužni da s jednakom pažnjom ispituju i utvrde kako činjenice koje terete okrivljenog tako i one koje mu idu u korist. U članu 16 stav 2 ZKP iz 2011. godine je regulisana samo dužnost suda da nepristrasno oceni izvedene dokaze i da na osnovu njih sa jednakom pažnjom utvrdi činjenice koje terete ili idu u korist okrivljenom.

40 Više o tome vid. M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2010, 80–83.

odluku tužioca, da ako usvoji predlog, naloži javnom tužiocu da dokaznu preduzme radnju i odredi mu rok (član 302 ZKP).⁴¹

Problem predstavlja i činjenica da se na dokaznu pasivnost sudije za prethodni postupak naslanja i *adverzijalna kocepcija glavnog pretresa* koju karakteriše dokazna pasivnost suda i eliminisanje načela istine. Iz adverzijalne prirode postupka – načelno *nedefinisanje utvrđivanja istine kao cilja* krivične procedure proizilazi i da se u krivičnom postupku suštinski utvrđuje samo koja je stranka uspješnija u izvođenju dokaza u svoju korist (ko je trijumfovao u dokaznom duelu), a ne i koji su oni zaista postojeći činjenični elementi krivičnog dela koje je predmet krivičnog postupka.⁴² Odredbom člana 15 ZKP je propisano da je teret dokazivanja optužbe na tužiocu, da sud izvodi dokaze na predlog stranaka, a da može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam da odredi da se takvi dokazi izvedu, ako oce- ni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni, i da je to neophodno, da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.⁴³ Predsednik veća je shodno odredbi člana 367 ZKP iz 2011. godine ovlašćen da rukovodi glavnim pretresom u smislu utvrđivanja sastava veća, pretpostavki za održavanje glavnog pretresa, održavanja reda i staranju o toku glavnog pretresa, davanja reči učesnicima u postupku, odlučivanja o predlozima stranaka, davanja naloga stranci da predloži dopunske dokaze i o prenošenju u zapisnik sadržaja glavnog pretresa, dok se u ranijim rešenjima u odeljku rukovođenja glavnim pretresom (član 296 ZKP) formuliše i neposredno rukovođenje predsednika veća glavnim pretresom u smislu saslušavanja optuženog, ispitivanja svedoka i veštaka kao i opšta dužnost predsednika veća da se stara za svestrano pretresanje predmeta i pronalaženja istine. Prema novom ZKP sudu su, neoprav- dano, u velikoj meri „vezane ruke“ u dokaznom postupku i ostavljaju

41 Radna verzija Zakona o izmenama i dopunama ZKP predviđa aktivnu dokaznu ulogu sudije za prethodni postupak kome okrivljeni i njegov branilac mogu predložiti da preduzme dokaznu radnju pri čemu će, ako usvoji predlog, i preduzeti dokaznu radnju.

42 M. Škulić, „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 54–125.

43 U Zakonu o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke (StPO), par. 224, je propisano da u cilju utvrđivanja istine sud treba po službenoj dužnosti sprovesti dokazni postupak za sve činjenice i dokaze koji su bitni za donošenje odluke. Prema ZKP Nemačke, iako je prihvaćen tužilački model istrage, sud u potpunosti dominira u dokaznom postupku na glavnom pretresu.

mu se samo dva procesna ovlašćenja.⁴⁴ Prvo, da naloži stranci u postupku da *predloži dopunske dokaze*, bez mogućnosti procesne prinude. Smatra se, da se stranci ostavlja na volju da li će uopšte staviti dokazni predlog i da li će ga formulisati u potpunosti po nalogu suda. Ukoliko stranka ne postupi po nalogu, sud može eventualno da preduzme drugi mehanizam i pozove se na ovlašćenje da samo *izuzetno odredi da se takvi dokazi izvedu*. Time mu se, što proizilazi iz tumačenja zakonskog teksta, daje samo uloga da nalaže izvođenje dokaze, a ne i da ih izvodi. Glavni pretres postaje nalik na parnični postupak i njegova pravila, u izuzimanju načela materijalne istine, se svode na pravila dispozicije stranaka i o teretu dokazivanja. Reč je o nameri zakonodavca da snažnom redukcijom dokazne inicijative suda usmeri i motiviše u prvom redu tužioca da se više i konkretnije počne baviti prikupljanjem dokaza kao svojom osnovnom funkcijom.⁴⁵

4. ULOGA VANRASPRAVNOG VEĆA

Vanraspravno veće kontroliše rad sudije za prethodni postupak, odnosno shodno članu 21 stav 4 ZKP odlučuje o žalbama protiv rešenja sudije za prethodni postupak. Za razliku od rešenja koje se sada primenjuje u redovnom postupku i prema kome se pritvor u istrazi po odluci vanraspravnog veća može produžiti najviše za dva meseca, sudija za prethodni postupak dužan je da i bez predloga stranaka i branioaca, po isteku svakih 30 dana ispita da li još postoje razlozi za pritvor i da donese rešenje o produženju ili ukidanju pritvora. Na taj način veće

-
- 44 U Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama ZKP člana 15 stav 3 umesto, sud je dužan da izvodi dokaze na predlog stranaka, formulisano je da je sud dužan da odlučivanje zasniva na istinitim činjenicama koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke i izuzetno, u granicama optužbe i pravila iz stava stava 2 ovog člana, sud može da izvede dokaze kojima se te činjenice utvrđuju, samo kad takve dokaze nisu izvele stranke, ako oceni da su navedeni dokazi nejasni, protivrečni ili u suprotnostima sa drugim dokazima i kada je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio, čime se sudu daje ovlašćenje da izvodi dokaze nasuprot ovlašćenju na osnovu ZKP iz 2011. godine, da eventualno može da naloži izvođenje dokaza.
- 45 S. Važić, „Uloga suda u utvrđivanju činjeničnog stanja i novi Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (eds. A. Petrović, I. Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2012, 204–214.

iz člana 21 stav 4 ne odlučuje neposredno o produženju pritvora, već kao funkcionalni oblik nadležnosti suda kontroliše, po žalbi, rad sudije za prethodni postupak.

Prema ZKP iz 2011. godine u redovnom postupku istraga se ne pokreće po optužnom aktu ovlašćenog tužioca niti se u skraćenom postupku preduzimaju istražne radnje po predlogu ovlašćenog tužioca. Samim tim, vanraspravnom veću, novim zakonskim rešenjima, oduzeta su ovlašćenja kontrole zakonitosti sprovođenja istrage, obustave istrage i odlučivanja o preduzimanju istražnih radnji. *Istragu može obustaviti isključivo javni tužilac*. Veće faktički „preskače“ tri ranija stupnja kontrole u istrazi (odlučivanje povodom neslaganja istražnog sudije sa zahtevom za sprovođenje istrage, odlučivanje povodom žalbe na rešenje o sprovođenju istrage i obustava istrage po procesnoj inicijativi istražnog sudije). U postupku sudske kontrole sprovođenja istrage sprečava se pokretanje i vođenje krivičnog postupka kada za to nema zakonskih uslova odnosno sprečava se dalje preduzimanje dokaznih radnji kada je stanje stvari dovoljno razjašnjeno da bi javni tužilac mogao da done- se odluku da podigne optužnicu ili da odustane od gonjenja.

Vanraspravno veće dobija raniju ulogu tek podizanjem prvog i jedinog optužnog akta, odnosno u završnoj fazi optuženja koja se ogle- da u *sudskoj kontroli podignute optužnice*.⁴⁶ Novina u odnosu na ZKP iz 2001. godine je da veće vrši kontrolu po službenoj dužnosti (*ex officio*), umesto po prigovoru odbrane i po zahtevu predsednika veća. Novi si- stem kontrole zatrpava sud ogromnom količinom novog posla za koji se u velikom broju slučajeva, kad optužnica bude potvrđena, ispostavi da ga nije trebalo ni vršiti.⁴⁷

5. ZAKLJUČAK

Novi koncept istrage u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Srbije zahteva najpre promenu postojećeg pravnog položaja javnog tužilaštva i edukovane kadrove za njegovu primenu.

Istraga nije „manje tužilačka“ i suprotna savremenim evropskim tendencijama ako se kontroliše zakonitost njenog sprovođenja i ako

46 U Radnoj verziji Zakona o izmenama i dopunama ZKP kontrola i ispitivanje optužnice se poverava pretpretresnom sudiji.

47 M. Grubač, *op. cit.* fn. 10, 496.

se sudu daju ovlašćenja da preuzima izvesne dokazne radnje. Autor smatra da je bitno zadržati efektivnu sudsku kontrolu u fazi istrage bez obzira kom funkcionalnom obliku sudske nadležnosti bi se poverila. Sudska kontrola istrage obezbeđuje procesnu ravnopravnost stranaka i onemogućava da se na početku procedure preduzimaju istražne radnje u slučajevima kada je izvesno da optužnica neće biti potvrđena i kada je stanje stvari dovoljno razjašnjeno. Na taj način sprečava javnog tužioca da podnosi optužne akte kada za to ne postoje zakonski uslovi. Zakon rasterećuje sud u istrazi, ali ga „zatrpara“ predmetima u postupku kontrole optuženja, koju vrši po službenoj dužnosti.

„Incidentalni dokazi“ su izuzetak od načela neposrednosti. Ne podležu ponovnoj proveri na glavnom pretresu, a osnov su sudske presude. Države kontinentalne Evrope koje prihvataju model tužilačke istrage, poveravaju njihovo izvođenje sudiji radi obezbeđenja dokaznog kredibiliteta. Upravo sud poseduje najviše pravne garancije nezavisnosti, samostalnosti i nepristrasnosti u radu.

„Jednakost oružja“, sastavni deo prava na pravični postupak, nije obezbeđenja formulisanjem elemenata paralelne istrage. Ove odredbe su neostvarive u praksi, posebno imajući u vidu da je za ograničen broj slučajeva obavezna odbrana.

Istraga, optuženje i glavni pretres su sastavni delovi celine krivičnog postupka i ne smeju biti protivurečni. Tužilački model istrage ne traži adverzijani tip glavnog pretresa. Nemački Zakon o krivičnom postupku, čije se odredbe primenjuju više od 130 godina i svrstavaju u sam vrh krivičnoprocesnog zakonodavstva osnova je „jakog“ suda na glavnom pretresu, koji po službenoj dužnosti utvrđuje istinu.

Ivana Miljuš, Dipl. iur.

Judicial Associate at the First General Court in Belgrade

THE ROLE OF COURT IN PROSECUTORIAL INVESTIGATION MODEL ACCORDING THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF 2011

Summary

In this article the author explains characteristics of the investigation and the role of the court in it according the new Code of Criminal Procedure, with special attention to basic patterns of investigation within the scope of the criminal procedure law which is in effect in states of continental Europe, as well as the historical development of the criminal investigation in Serbia and European trends. The Code of Criminal Procedure introduces public prosecutorial investigation and authorities of investigative judge, except such activities which, according own traits relate to basic human rights and freedom, are transferred to public prosecutor. The aim of the Code is an additional engagement of public prosecutor who, until now, had a passive role in evidence collection. The judge does not collect evidences for the previous process and an effective judicial control in conducting investigation is eliminated. Authors of the legislative text emphasize, in that way the efficiency of criminal procedure is increased. The efficiency principle is identified with the speed of process without good reason. States of the continental Europe which are accepting the model of public prosecutorial investigation entrust “urgent judicial operations” to judge in order to provide probative credibility.

The presented legal regulation of investigation, with an adverse concept of the principal process, along with passive probative court, and leaving out principle of truth, seriously calls in question fairness of the criminal process on the whole. The German Code of Criminal Procedure accepting the prosecutorial investigation model, is the base of the “powerful” court at the principal process which, according *ex officio*, stipulate the truth. The author emphasize that public prosecutorial investigation does not imply elimination of each probative court activity and control of legality in carrying out the investigation. An ef-

fective court control of investigation ensures equality of rights of parties involved in judicial proceedings and impedes already at the beginning, undertaking of investigation in cases when it is almost certain that charge sheet will not be confirmed.

Key words: *Code. – Investigation. – Prosecutor. – Judge.*

*Dr Vladimir Pavić**

*Dr Milena Dorđević***

NOVINE U PRAVNOM OKVIRU ZA ADR U SRBIJI***

U ovom radu autori razmatraju izmene institucionalnog okvira za arbitražno rešavanje sporova u Srbiji ukazujući posebno na razlike između nasleđenog stanja i novih rešenja, uz relevantna poređenja sa iskustvima iz uporednog prava. Autori su takođe dužnu pažnju posvetili aktuelnim izmenama Zakona o medijaciji (posredovanju), uz kritički osvrt na nova rešenja. Konačno, autori u zaključnim napomenama iznose predloge za izmene aktuelnog pravnog okvira za arbitražu i medijaciju s ciljem sveukupnog povećanja efikasnosti alternativnog rešavanja sporova u Srbiji i rasterećenja sudskih organa.

Ključne reči: Arbitraža. – Arbitražna praksa. – Arbitražna pravila. – Medijacija. – Medijator.

1. UVODNE NAPOMENE

Istraživanja Svetske Banke već dugi niz godina ukazuju na nezavidan položaj Srbije među 189 jurisdikcija kada je u pitanju brzina prinudnog izvršenja ugovora. Tako Srbija, po izveštaju za 2014. godinu, zauzima tek 96. mesto na svetskom nivou, odnosno 21. mesto kada je u pitanju region Evrope i Centralne Azije.¹ Ovakav plasman rezultat je istraživanja po kojem je u Srbiji neophodno 635 dana da bi se

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

** Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *milena@ius.bg.ac.rs*.

*** Rad je napisan kao prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – pravni, ekonomski i sociološki aspekti (2014).“

1 Vid. <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/serbia/#enforcing-contracts>.

prinudno izvršila potraživanja iz ugovora,² uz angažovanje čak 36 različitih procedura čiji troškovi iznose 34% od vrednosti potraživanja.³ Usled tromosti i preopterećenosti sudskog sistema, već duži niz godina čine se brojni naponi kako bi se popularizovalo alternativno rešavanje sporova (ADR), a u cilju povećanja generalne efikasnosti sistema rešavanja sporova na teritoriji Republike Srbije. U tom smislu posebni naponi se čine na planu promovisanja arbitraže i medijacije, dveju glavnih alternativa sudskom načinu rešavanja sporova. Stoga ne čudi to što su 2014. godinu obeležile brojne promene na terenu izmene aktuelnih pravila relevantnih za alternativno rešavanje sporova (ADR) na teritoriji Republike Srbije. Ove izmene su ujedno i predmet istraživanja ovog rada i biće detaljno razmotrene u narednim poglavljima rada.

2. PRAVNI OKVIR ZA INSTITUCIONALNU ARBITRAŽU U SRBIJI

2.1. *Institucionalni okvir arbitražnog rešavanja sporova u Srbiji: nasleđeno stanje i novine*

Normativni i insitucionalni okvir razvoja i delovanja arbitraže u Srbiji ima najviše smisla analizirati počev od 2006. godine. Te je godine Srbija dobila Zakon o arbitraži⁴ baziran na UNCITRAL Model Zakonu i time konačno modernizovala svoje arbitražno zakonodavstvo.⁵ Prevaždene norme kojima je decenijama arbitraža uređivana u okvirima zakona kojima je uređivan parnični postupak stavljene su

2 Utvrđeno je da je u proseku potrebno 30 dana za podnošenje tužbe i njeno dostavljanje tuženom, 495 dana otpada na tok parničnog postupka i donošenje pravosnažne odluke, a čak 110 dana za njeno prinudno izvršenje.

3 U ukupnoj strukturi troškova utvrđeno je da u proseku 14,5% od vrednosti potraživanja otpada na troškove advokatskih usluga, 7,1% na sudske troškove a 12,4% na troškove prinudnog izvršenja.

4 Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 46/2006.

5 Više o srpskom Zakonu o arbitraži vid. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 17–180; V. Pavić, „Serbia“, *World Arbitration Reporter International Encyclopaedia of Arbitration Law and Practice, Volume 2 – National Reports* (eds. Mistelis/Shore/Brekoulakis/Smit), JurisNet, LLC, New York 2010, SERB-1 – SERB-40; M. Stanivuković, „Serbia“, *Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl.* 64, 2011, 1–62; J. Perović, M. Đorđević, „Resolution of commercial disputes through arbitration as a contri-

van snage.⁶ Time je na zakonodavnom planu i konačno raskinuto sa tretmanom kome je arbitraža bila podvrgnuta još od vremena samoupravnog socijalizma – a to je položaj načina rešavanja sporova prevashodno međunarodnog karaktera, uz izraženu preferencu institucionalnih u odnosu na *ad hoc* arbitraže.

Institucionalni okvir u kome su se odvijale arbitraže nije, međutim, pretrpeo jednako temeljne promene, već je – manje ili više – nastavio da funkcioniše na već postojećim temeljima. Razvoj arbitraža u Istočnoj Evropi je od kraja Drugog svetskog rata išao uz razvoj stalnih arbitražnih institucijama pri državnim privrednim komorama. Članstvo u državnim komorama bilo je obavezno za sve privredne subjekte. Mada se ovim obezbeđivalo da institucionalne arbitraže budu pri zajedničkim komorama, te time i u percepciji članova jednako bliske ili udaljene od svih, položaj institucionalnih arbitraža često je izazivao podozrenje kod potencijalnih stranih korisnika arbitražnih usluga. U njihovoj je percepciji stvarna ili prividna bliskost komora bila razlog za manje ili veće podozrenje i prema arbitražnim institucijama koje su pri komorama delovale. Ovaj se rad neće baviti (ne)opravdanošću tih percepcija. Ipak, valja konstatovati da je takav 'državni' багаж, osim stabilnosti institucionalnog rešenja i lokacije često predstavljao prepreku popularizaciji i daljem razvoju arbitražnog načina sudovanja.

U Srbiji su do 2014. delovale dve stalne arbitražne institucije, obe pri Privrednoj komori Srbije (PKS). Spoljnotrgovinska arbitraža (STA) naslednica je Spoljnotrgovinske arbitraže koja je delovala pri Privrednoj komori Jugoslavije. U vreme socijalizma ona je predstavljala za strane poslovne partnere preko potreban alternativni forum za rešavanje sporova u SFRJ. Nakon raspada Jugoslavije, 'nasledila' je relativno uspešno već postojeće klauzule, ali su ratna dešavanja, ekonomske sankcije i smanjenje državne teritorije uticale i na opadanje broja slučajeva koji su pred njom rešavani.⁷ Osim toga, i interni akti STA (Pravilnik), a i

butor to improvement of business environment in Serbia“, *Ekonomika preduzeća* 3–4/2013, 36–47.

6 Glava XXXI (čl. 468a–487) Zakona o parničnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i *Službeni list SRJ*, br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/02.

7 Više o tome videti: M. Djordjević, „The Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce (Serbia FTCA)“, *World Arbitration Reporter International Encyclopaedia of Arbitration Law and Practice, Volume 2 – National Arbitration Institutions* (eds. Mistelis/Shore/Brekoulakis/Smit), Ju-

zakonski okvir (Zakon o komorama), ograničavali su njenu nadležnost na sporove ‘sa međunarodnim elementom’.⁸ Iako je u internoj praksi STA pojam ‘međunarodnog elementa’ bio odskora tumačen široko,⁹ formulacija je ipak ostavljala određene nedoumice u pogledu toga kada je uslov ‘međunarodnosti’ zadovoljen.

Ovaj problem neophodnosti ‘međunarodnog elementa’ nije se mogao izbeći u situaciji u kojoj pri PKS postoji, na osnovu Zakona o komorama, posebna arbitražna institucija kojoj je povereno rešavanje sporova bez elementa inostranosti – Stalni izabrani sud (SIS) pri PKS. SIS predstavlja tzv. ‘zatvorenu’ institucionalnu arbitražu, tj. arbitražu koja rešava samo sporove između članica udruženja pri kojem arbitražna institucija postoji. Zakon predviđa da „Stalni izabrani sud *odlučuje o međusobnim privrednim sporovima članova komore*, ako stranke pismeno ugovore nadležnost tog suda“ (naglasili autori).¹⁰ Do januara 2013. godine ovo zakonsko ograničenje nije igralo veću praktičnu ulogu, s obzirom na to da je članstvo u PKS bilo obavezno. Ukidanjem obaveznog članstva, zakonska odredba potencijalno je znatno ograničila krug sporova koji bi se mogli rešavati po Pravilniku SIS. Naime, zakonska formulacija ne govori o tome da članovi PKS mogu za međusobne sporove da ugovore SIS, već da SIS *odlučuje* o međusobnim sporovima *članova*. Ako se po strani ostavi nespretna zakonska redakcija (ne odlučuje SIS, već arbitri, a prema Pravilniku SIS), i dalje je jasno da je članstvo u PKS svih stranaka u postupku neophodan preduslov

risNet, LLC, New York 2010, FTCA 3 i Annex D; J. Perović, M. Đorđević, *op. cit.* fn. 5, 34–36.

- 8 Član 33a Zakona o komorama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 65/2001, 36/2009 i 99/2011 – dr. zakon) predviđa „Spoljnotrgovinska arbitraža odlučuje i posreduje kada je njena nadležnost ugovorena u privrednim sporovima sa međunarodnim elementom.“
- 9 Primera radi, u jednom predmetu je odlučeno da je strano većinsko vlasništvo učesnika u sporu, činjenica da je ugovor sačinjen na srpskom i engleskom jeziku, s tim da je engleski jezik preovlađujući za slučaj spora, činjenica da se sva komunikacija između strana odvijala na engleskom jeziku, da je obaveza plaćanja cene bila izražena u stranoj valuti, kao i činjenica da je jedna od stranaka u sporu pre zaključenja ugovora dobila subvencije srpske Agencije za promociju investicija i izvoza, uz okolnost da su stranke, iako strogo formalno srpska pravna lica, ugovorom predvidele nadležnost Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, dovoljno da konstituiše međunarodni element u smislu člana 3 Zakona o arbitraži). Vid. odluku br. T-11/08 od 15 aprila 2009, izvod dostupan u M. Djordjević, *op. cit.* fn. 7, FTCA 12–13.
- 10 Član 32 stav 2 Zakona o komorama.

da bi „SIS odlučivao“. Stoga, ako dva člana PKS punovažno ugovore nadležnost SIS, naknadno istupanje jednog od njih iz PKS onemogućava tribunal formiran po Pravilniku SIS da odlučuje po tako ugovorenoj klauzuli, čak i kada su u momentu ugovaranja sve ugovornice bile članice PKS. Formulacija citiranog člana i jasnoća u njemu sadržanog ograničenja onemogućavaju drugačije tumačenje.

Dualitet arbitražnih institucija pri privrednim komorama (podela na one koje rešavaju sporove sa i bez međunarodnog elementa), iako poznato čak i u praksi razvijenih arbitražnih jurisdikcija (npr. Austrija), prevaziđeno je i neefikasno rešenje. Ne samo što stvara nedoumice u pogledu nadležnosti dvaju institucija i njihovog eventualnog preklapanja, već i vodi dupliranju troškova administrativne podrške. Međutim, najveći problem je to što su, nakon ukidanja obaveznosti komorskog članstva, domaći privrednici koji nisu članovi PKS ostali bez domaćeg institucionalnog arbitražnog foruma: SIS nije na raspolaganju zbog zakonske zabrane, a ugovaranje arbitriranja po stranom institucionalnom pravilniku (npr. ICC) je daleko skuplja opcija. U takvoj situaciji, alternativa ostaje *ad hoc* arbitraža, no ona zahteva dodatan angažman kako stranaka i njihovih zastupnika, tako i arbitara. Osim toga, u praksi se pokazalo da su manjkavosti Zakona u arbitraži mahom upravo vezane za norme vezane za *ad hoc* arbitraže, naročito u pogledu nadležnosti sudova za pomoć *ad hoc* arbitražama.

Zakon o arbitraži predviđa da stalne arbitražne institucije mogu da osnuju privredne komore, profesionalna i strukovna udruženja, udruženja građana u skladu sa njihovim osnivačkim aktom, ako je to u saglasnosti sa njihovom delatnošću.¹¹ Međutim, sve donedavno ova mogućnost u praksi nije korišćena. 2013. godine je, međutim, osnovano Udruženje za arbitražno pravo, a pri njemu i prva srpska arbitražna institucija van komorskog sistema – Beogradski arbitražni centar (BAC).¹² Nadležnost BAC nije ograničena niti članstvom u udruženju, niti (ne)postojanjem međunarodnog elementa – BAC administrira sve vrste sporova i bez obzira na to ko se javlja kao stranka.

Pravilnik BAC-a usvojen je krajem 2013. godine, a počeo je da se primenjuje od 1. januara 2014.¹³ U istom periodu došlo je do izmene

11 Član 6 Zakona o arbitraži.

12 Više o Udruženju i BAC na websajtu Udruženja: www.arbitrationassociation.org.

13 Dostupan na: www.arbitrationassociation.org/files/Pravilnik%20Beogradskog%20Arbitraznog%20Centra.pdf.

Pravilnika STA i novi Pravilnik (nadalje Pravilnik STA 2014) je stupio na snagu 18. januara 2014.¹⁴ U daljem tekstu pokušaćemo da izložimo novine koje donosi Pravilnik STA 2014, kao i rešenja Pravilnika BAC koja predstavljaju novine u našoj arbitražnoj regulativi.

2.2. Osvrt na novine sadržane u Pravilniku STA

Pravilnik STA koji je donedavno važio stupio je na snagu 2007. godine (nadalje Pravilnik STA 2007)¹⁵ i u svojim formulacijama pokušao je da se što više uskladi sa rešenjima tada novodonetog Zakona o arbitraži. Takvo usklađivanje bilo je normalna pojava, mada je ponekad vodilo prenormiranju: tako je npr. Pravilnik iz 2007. sadržao norme o formi arbitražnog sporazuma, kopirajući norme Zakona o arbitraži.¹⁶ Pravilnik STA 2014 izrađen je na osnovi Pravilnika STA 2007, tako da zadržava mnoge od njegovih karakteristika, uključujući i pomenuto dupliranje zakonskih odredbi.¹⁷ Međutim, Pravilnik STA 2014 pokušao je i da reši neke od konceptualnih i praktičnih problema koji su se javili u praksi STA. Neki od problema nasleđeni su još iz prethodnih iteracija Pravilnika. Novine Pravilnika STA 2014 uglavnom se sastoje u ukidanju nekih anahronih odredbi prethodne verzije.

Prvi je bio koncept lista arbitara. Prema Pravilniku STA 2007 sloboda stranaka da imenuju arbitre bila je apsolutna samo u pogledu koarbitara u tročlanom veću. Arbitar pojedinac i predsednik arbitražnog veća morali su, pak, biti imenovani sa liste arbitara koju je na predlog Predsedništva STA utvrđivala Skupština Privredne komore Srbije.¹⁸ Ovakvo rešenje često je nailazilo na primedbe korisnika arbitražnih usluga, a ponekad i predstavljalo ozbiljnu prepreku konstituisanju tribunala (npr. ako lista ne sadrži arbitre odgovarajućih, posebno jezičkih, kvalifikacija).¹⁹ Pravilnik STA 2014 ukinuo je obaveznost imenovanja

14 Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 2/2014.

15 Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 52/2007.

16 Član 13 Pravilnika STA 2007, cf. član 12. Zakona o arbitraži.

17 Vid. npr. član 8 Pravilnika STA 2014.

18 Član 5(5) Pravilnika STA 2007.

19 Do stupanja na snagu Pravilnika STA 2014 godine aktuelna je bila lista arbitara na kojoj se nalazilo 31 lica iz Srbije i 43 osobe iz inostranstva, uključujući zemlje iz regiona, EU, Švajcarske, Rusije, Ukrajine i SAD. Navedena lica su po

arbitra pojedinca i predsednika veća sa liste – umesto toga, STA vodi listu ‘preporučениh arbitara’ (Spisak domaćih lica sa odgovarajućim kvalifikacijama za obavljanje dužnosti arbitra)²⁰, ali se arbitar pojedinac i predsednik veća mogu birati i van liste, s tim da Predsedništvo STA potvrđuje takvo imenovanje.²¹

Drugo neobično rešenje Pravilnika STA 2007 bilo je tzv. ‘prošireno veće’ koje je preispitalo nadležnost. Umesto uobičajenog rešenja po kome o prigovoru nenadležnosti odlučuje arbitar pojedinac ili arbitražno veće, Pravilnik STA 2007 je pojedincu ili veću pridruživao još i predsednika i potpredsednika STA. O nadležnosti je tako umesto pojedinca odlučivalo prošireno tročlano, a umesto tročlanog prošireno petočlano veće.²² Ova je norma verovatno za cilj imala ujednačavanje prakse pri odlučivanju o nadležnosti. U praksi se, međutim, pokazalo da je ova norma i nepraktična i konceptualno problematična. Naime, iako nije sporno da su stranke pristale da im o prigovoru odlučuje prošireno veće, Pravilnik je obavezivao prošireno veće da donese odluku samo ako je reč o odluci kojom se nadležnost odbija i veće oglašava nenadležnim. U slučaju odbijanja prigovora nenadležnosti, prošireno veće moglo je da o tome odluči ili zaključkom ili delimičnom odlukom. Zaključak bi potpisivali svi arbitri, ali bi obrazloženje zaključka bilo sadržano tek u konačnoj odluci, odluci koju bi potpisao arbitar pojedinac ili tročlano (‘neprošireno’) veće.²³ U slučaju donošenja zaključka javljao se tako neobjašnjiv konceptualni raskorak: zaključak je donosio jedan sastav veća (prošireni), a obrazloženje potpisivali drugi. Pravilnikom STA 2014 ukinuto je ovo rešenje i za odlučivanje o nenadležnosti predviđen klasični mehanizam poznat i u drugim institucionalnim pravilnicima.²⁴

profesiji bili isključivo pravnici, uključujući stručnjake sa univerziteta, privatne prakse i korporativnog okruženja, iako Pravilnik STA 2007, kao ni Zakon o arbitraži, ne zahtevaju pravno obrazovanje kao kvalifikaciju za arbitra.

20 Član 5 Pravilnika STA 2014 predviđa: „Radi pomoći strankama oko izbora arbitara, Arbitraža će obezbediti uvid u spisak lica sa odgovarajućim kvalifikacijama za obavljanje dužnosti arbitra. Ovakve informacije nemaju karakter preporuke, niti na bilo koji način obavezuju stranke ili Arbitražu.“ Ova Lista je dostupna na: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Spisakarbitri.doc>.

21 Član 17 Pravilnika STA 2014.

22 Član 18(2) Pravilnika STA 2007.

23 Vid. član 19 Pravilnika STA 2007.

24 Vid. član 15 Pravilnika STA 2014.

Treća novina koju donosi Pravilnik STA 2014 jeste to da po prvi put predviđa mogućnost da STA postupa kao organ imenovanja (Aneks II Pravilnika).

Još jednu novinu predstavlja i promena instruktivnog roka u kome je tribunal dužan da donese odluku. Dok je prethodna verzija pravila predviđala da se odluka donose u roku od 60 dana od dana poslednje usmene rasprave (pred arbitrom pojedincem), odnosno poslednje nejavne sednice arbitražnog veća, sada je taj rok godinu dana od dana konstituisanja arbitražnog veća, odnosno imenovanja arbitra pojedinca.²⁵

Konačno, Pravilnik STA 2014 po prvi put razdvaja u okviru Tarife administrativne troškove STA od naknade za rad arbitara. Međutim, način računanja vrednosti spora, obaveza tužioca da predujmi ceo iznos i istovetna naknada za pojedinca i tročlano veće ostali su nepromenjeni u odnosu na Pravilnik STA 2007.

2.3. Osnovne karakteristike rešenja sadržanih u Pravilniku BAC

Za razliku od Pravilnika STA 2014, Pravilnikom BAC nije popravljeno i unapređeno nešto već postojeće, već stvoreno novo. Ipak, s obzirom na to da je arbitražna praksa u Srbiji do sada prevashodno bila bazirana na arbitriranju pred STA, karakteristike Pravilnika BAC izložićemo uglavnom u onim tačkama u kojima predviđa rešenja drugačija od onih na koje su srpski arbitražni praktičari navikli (a to su, opet ističemo, uglavnom pravila koja se primenjuju u postupcima koje administrira STA).²⁶

Pravilnik BAC se, kao što je već istaknuto, primenjuje u sporovima bez obzira na to da li imaju ili ne element inostranosti. Pravilnikom nije ni na koji način ograničena mogućnost imenovanja arbitara – ne postoje ni obavezne ni preporučene liste. Dok Pravilnik STA 2014 ne reguliše eksplicitno da li stranke mogu ugovoriti arbitražu po Pravilniku STA sa sedištem van Beograda,²⁷ Pravilnik BAC takvu mogućnost do-

25 Član 41(1) Pravilnika STA 2014.

26 Za nešto drugačiju perspektivu vid. G. Born, M. Šćekić, „Belgrade Arbitration Center adopts BAC Rules“, 6. maj 2014, dostupno na: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/05/06/belgrade-arbitration-center-adopts-bac-rules/>.

27 Kompatibilnost takve odredbe zavisi od načina na koji se tumači član 1 Pravilnika STA 2014, kojim se predviđa da je ‘sedište Arbitraže’ (a ne ‘sedište arbi-

pušta članom 4. U slučaju da stranke nisu ugovorile šta drugo, sedište će biti u Beogradu.

Odredbe o jeziku sadržane u Pravilniku BAC su specifične i značajno se razlikuju od odredbi Pravilnika STA 2014. Pravilnik STA predviđa neke uobičajene mogućnosti, npr. to da stranke mogu birati jezik ili jezike postupka, kao i obaveznost prevoda dokaza na jezik postupka. Prepiska STA sa strankom koja nije zastupana od strane domaćeg lica, a 'očigledno ne vlada srpskim jezikom' vodi se na srpskom jeziku s prevodom na engleski.²⁸ Osim toga, tužba se podnosi istovremeno i na srpskom jeziku i na jeziku na kome je između stranaka sačinjen ugovor.²⁹ Za razliku od ovih rešenja, Pravilnik BAC, pak, predviđa da se podnesci podnose na ugovorenom jeziku, a ako jezik nije ugovoren, na srpskom *ili* engleskom. Prepiska BAC sa arbitrima i strankama vodi se na srpskom ili engleskom. Osim toga, Pravilnik BAC eksplicitno predviđa da, ako je jezik postupka srpski, stranke ne moraju prevoditi na srpski dokaze dostavljene na hrvatskom, bosanskom ili crnogorskom jeziku.³⁰

Pravilnik BAC naglašava preferencu za elektronsku komunikaciju i dostavljanje. Ako stranke to ne isključe, dostavljanje se „kada god je to prikladno i moguće“ vrši elektronskim putem.³¹ Situacije u kojima tako nešto neće biti prikladno i moguće su, na primer, one retke situacije u kojima stranke nemaju elektronsku adresu.

Za razliku od rešenja sadržanog u Zakonu o arbitraži i Pravilniku STA 2014, a koji predviđaju da se postupak može otpočeti zahtevom za arbitražu ili tužbom, Pravilnik BAC predviđa da postupak otpočinje tužbom.³² Ovim se pokušava poboljšanje procesne efikasnosti i prezentacija svih zahteva tužioca već u inicijalnom podnesku.

Dok pro Pravilniku STA 2014 sve arbitražne troškove (administrativne troškove i naknadu arbitrima) predujmljuje tužilac, po Pravilniku BAC taj će teret po pravilu biti raspoređen jednako na obe strane, osim ako posebne okolnosti postupka ne opravdavaju da

traže) u Beogradu, dok član 34 predviđa da se usmene rasprave održavaju po pravilu u 'sedištu Arbitraže'.

28 Član 35 Pravilnika STA.

29 Član 27(5) Pravilnika STA 2014.

30 Član 9 Pravilnika BAC.

31 Član 7 Pravilnika BAC.

32 Član 11(1) Pravilnika BAC.

Sekretarijat BAC naloži drugačiju razmeru predujma ili naloži da svaka stranka snosi troškove koji su određeni u pogledu njene tužbe, protivtužbe ili kompenzacionog prigovora.³³ Osim toga, valja naglasiti da se po oba pravilnika troškovi određuju *ad valorem*. No dok se u slučaju Pravilnika STA 2014 tužba i protivtužba (ili kompenzacioni prigovor) računaju kao ‘poseban spor’ za potrebe utvrđivanja obaveze svake od stranaka da predujmi ‘svoje’ troškove, Pravilnik BAC predviđa da se vrednost spora utvrđuje po pravilu tako što se zbraja vrednost svih zahteva koje su istakle stranke. Od ovoga se, međutim, može odstupiti, naročito ako zahtevi koji stranke ističu proizilaze iz različitih i međusobno nepovezanih ugovora,³⁴ u kom slučaju je za pretpostaviti da se zahteva dodatno angažovanje arbitara.

Načelno ravnomerna raspodela tereta predujma troškova je u Pravilniku BAC propraćena i fleksibilnim pravilom po kome se broj arbitara (u odsustvu sporazuma stranaka) ne određuje isključivo na osnovu vrednosti spora: ako vrednost spora ne prelazi 50 hiljada evra, spor *po pravilu* rešava arbitar pojedinac.³⁵ Osim vrednosti spora, za očekivati je da će ulogu igrati i preference stranaka, kao i kompleksnost spora. Pravilnik BAC sadrži i specifičan način imenovanja arbitara u slučaju višestranačke arbitraže. Dok Pravilnik STA predviđa da, ako se tužioc i tuženi ne sporazumeju o zajedničkom arbitru koga treba da imenuju (u arbitražno veće), imenovanje vrši Predsedništvo STA. BAC Pravilnik preuzima rešenje člana 10(3) UNCITRAL Pravila iz 2010: neuspeh stranaka da imenuju zajedničkog arbitra ovlašćuje Predsednika BAC da imenuje celokupno veće, pri čemu može da opozove već imenovanog arbitra ili ga ponovo imenuje u veće, kao i da odredi jednog od njih kao predsedavajućeg.³⁶

Iako se poverljivost arbitraže često ističe kao jedna od njenih osnovnih karakteristika, Zakon o arbitraži i Pravilnik STA se ne bave poverljivošću arbitraže. Pravilnik BAC ovo pitanje uređuje eksplicitno: ne samo da su usmene rasprave nejavne (osim ako se stranke drukčije ne dogovore),³⁷ već su i stranke, arbitri, svedoci i veštaci obavezni

33 Vid. članove 44 i 46 Pravilnika BAC.

34 Član 1(2) Aneksa I Pravilnika BAC (Tarifa Beogradskog arbitražnog centra).

35 Član 15(2) Pravilnika BAC. Po članu 16 Pravilnika STA 2014, ako stranke nisu ugovorile broj arbitara, sporove manje od 50 hiljada evra uvek rešava arbitar pojedinac, a one veće vrednosti tročlano arbitražno veće.

36 Član 18 Pravilnika BAC.

37 Član 24(5) Pravilnika BAC.

da čuvaju poverljivost postupka i arbitražne odluke u meri u kojoj to nije suprotno merodavnim prinudnim propisima i potrebi da se zaštite sopstvena prava.³⁸ Osim ovoga, Pravilnikom je predviđeno da BAC ima pravo da objavljuje anonimizirane odluke ili sažetke odluka, osim ako u roku od 60 dana od dana dostavljanja stranka ne zatraži da se odluka ne objavljuje.³⁹

Pravilnik BAC sadrži i drukčije rešenje u vezi protivtužbe i kompenzacionog prigovora u odnosu na Pravilnik STA 2014. Pravilnik STA 2014 ne reguliše tretman kompenzacionih prigovora (tako npr. ostaje otvoreno pitanje dopuštenosti prigovora koji izviru iz spornih potraživanja koja proističu iz odnosa koji nisu obuhvaćeni arbitražnim sporazumom ili su čak obuhvaćeni drugim arbitražnim sporazumom ili prorogacionom klauzulom). Istovremeno, Pravilnik STA 2014 predviđa da se protivtužba 'može podneti' samo ako zahtev iz protivtužbe proističe iz *istog pravnog odnosa* (kao i tužba), dakle tužbe naročitog koneksiteta (ne samo vezana za tužbeni zahtev tužioca, već i iz *istog pravnog odnosa*).⁴⁰ Pravilnik BAC, pak, predviđa istovetno pravilo dopuštenosti i za protivtužbu i za kompenzacioni prigovor: o njima veće može da odlučuje samo ako proističu iz pravnog odnosa obuhvaćenog arbitražnim sporazumom,⁴¹ što može biti ugovor u kome je sadržana arbitražna klauzula, ali i npr. vanugovorni odnos obuhvaćen širokom formulacijom arbitražnog sporazuma (npr. 'iz ugovora ili u vezi sa njim').

2.4. Zakonski okvir za arbitražu u Srbiji – *de lege lata* i *de lege ferenda*

Predmet ovog rada je, između ostalog, sagledavanje novina u pravnom okviru za arbitražu na teritoriji Republike Srbije, uz kritič-

38 Član 9(1) Pravilnika BAC. Ova formulacija slična je onoj sadržanoj u članu 8(1) Milanskih Pravila (Camera Arbitrale Milano).

39 Član 9(2) Pravilnika BAC.

40 Član 29 Pravilnika STA 2014.

41 Član 22(1) Pravilnika BAC. Slično pravilo sadrži i članovi 31 i 32 Zagrebačkih pravila iz 2012. Više o ovome i uporednopravnom tretmanu protivtužbe i kompenzacionog prigovora pred arbitražom vid: V. Pavić, „Jurisdiction of an Arbitral Tribunal over Set-Off under Swiss Rules of International Arbitration“, *ASA Special Series no. 44: 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration*, (ed. N. Voser), Juris 2014, 35–53; V. Pavić, „Protivtužba i kompenzacioni prigovor u arbitražnom sporu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 2/2005, 145–160.

ki osvrst na pojedina rešenja. Analiza pravnog okvira za arbitražu u Srbiji bi, međutim, bila nepotpuna ukoliko bi izostalo i par zapažanja na temu zakonodavnog okvira za arbitražu u Srbiji, a naročito u onim segmentima u kojima smo prepoznali potrebu unapređenja postojećeg zakonodavnog okvira. Tako moramo konstatovati da postoji goruća potreba za sistematizacijom pravnih normi kojima bi se uređivala stvarna nadležnost sudova za odlučivanje o pitanjima od značaja za arbitražu. Zakon o uređenju sudova trenutno izričito reguliše samo stvarnu nadležnost za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke,⁴² dok se za ostala pitanja nadležnost utvrđuje na osnovu opštih odredaba ovog zakona koje nisu najbolje prilagođene potrebama arbitraže. Tako su izvan eksplicitne regulative kada je u pitanju sudska nadležnost ostala pitanja utvrđivanja nadležnosti suda za poništaj domaće arbitražne odluke, o određivanju broja arbitara, o imenovanju i izuzeću arbitara kod *ad hoc* arbitraže,⁴³ o prethodnim prigovorima nadležnosti i prekoračenja ovlašćenja, o priznanju arbitražnog sporazuma, o privremenim merama i o pružanju pomoći u izvođenju dokaza.

U pogledu tužbe za poništaj ovakvo rešenje stvara naročite probleme. Za razliku od arbitražnog postupka, koji je po pravilu jedno-stepen, postupak za poništaj arbitražne odluke je dvostepen, s tim da je moguće i postupanje po vanrednim pravnim lekovima, kada god su ispunjeni uslovi za njihovo podnošenje. Imajući u vidu da je imovinski cenzus za podnošenje revizije snižen na 40.000 evra⁴⁴, a da se u arbitraži sporovi vrednosti manje od 50.000 evra tretiraju (u pravilnicima postojećih institucija u Srbiji) kao sporovi manje vrednosti, to je očigledno da su mogućnosti ulaganja revizije u postupku za poništaj arbitražne odluke prema postojećem sistemu velike, čime se značajno narušava efikasnost postupka kao osnovna karakteristika i prednost arbitražnog rešavanja sporova u odnosu na sudski. Istovremeno se potencijalno značajno povećavaju sveukupni troškovi stranaka koje se inicijalno odlučuje za arbitražno rešavanje sporova. Iz ovih razloga se kon-

42 Član 23 stav 3 i član 25 stav 2 Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011 i 101/2013.

43 Tako naša praksa beleži i slučajeve gde je Privredni sud u Beogradu rešio o izuzeću arbitara, a istovremeno je predsednik suda uputio strankama pismo da privredni sud nije nadležan.

44 Čl. 403 stav 3 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

centracija nadležnosti po tužbi za poništaj nameće kao veoma poželjno rešenje. Uostalom, veliki broj korisnika arbitražnih usluga se odlučuje za arbitražu sa sedištem u Švajcarskoj, upravo imajući u vidu efikasnost švajcarskog sudskog sistema koji predviđa jednostепенost po tužbi za poništaj. Iz istih razloga je i Austrija nedavno izmenila svoje odredbe o sudskoj nadležnosti kada je u pitanju tužba za poništaj arbitražne odluke i uvela jednostепенost odlučivanja po ovom pravnom sredstvu pobijanja arbitražne odluke. U obe jurisdikcije za poništaj je nadležna najviša sudska instanca (vrhovni sudovi).

Koncentracija nadležnosti za određivanje sastava arbitražnog suda, imenovanje i izuzeća arbitara u ad hoc arbitražama takođe je uslovljena nedostatkom izričite zakonodavne regulative i problemima koji su uočeni u dosadašnjoj praksi primene Zakona o arbitraži. Na ovaj način bi se u velikoj meri pomoglo afirmaciji ad hoc arbitražnog rešavanja sporova u Srbiji.

U praksi se takođe kao sporna pokazala odredba člana 30 Zakona o arbitraži kojom je predviđena mogućnost da arbitražni sud sa sedištem u Srbiji odluči o svojoj nadležnosti kao o prethodnom pitanju,⁴⁵ pri čemu je na takvu odluku strankama ostavljena mogućnost da od suda zahtevaju da 'odluči o tom pitanju'. Tako je zakonodavac propustio da pojasni da li je ovde reč o podnošenju tužbe za poništaj ili o nekom drugom pravnom sredstvu, kao i o tome kakvu odluku donosi sud – odluku o nadležnosti ili prekoračenju ovlašćenja ili neku drugu odluku. Nisu jasne ni određene posledice odluke suda da je arbitražni sud nadležan, odnosno nenadležan, kao ni posledice odluke arbitražnog suda da je nenadležan.

Nedostaje i preciziranje domašaja primene Zakona o arbitraži. Član 2 Zakona predviđa da se odredbe ovog zakona primenjuju na arbitražu i arbitražni postupak kada je mesto arbitraže na teritoriji Republike Srbije. Međutim, jasno je iz teksta samog zakona da se odredbe ovog zakona mogu primenjivati i kada sedište arbitraže nije u Srbiji (npr. na postupak priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka).

Dejstvo stečaja stranke na arbitražni sporazum i arbitražni postupak nije izričito uređen ni Zakonom o stečaju⁴⁶ ni Zakonom o ar-

45 Vid. odluku Vrhovnog suda Srbije u predmetu Prev. 350/08 od 1. oktobra 2008. godine.

46 Zakon o stečaju, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US i 83/2014.

bitraži. Tako su ostala nerazjašnjena pitanja arbitrabilnosti sporova o potraživanjima koja su osporena tokom stečajnog postupka, zatim da li otvaranje stečajnog postupka ima izvesno dejstvo na punovažnost arbitražnog sporazuma, zatim kakvo je dejstvo otvaranja stečajnog postupka na arbitražni postupak koji je u toku, konačno kakvo je dejstvo arbitražne odluke u stečajnom postupku. Iz ovih razloga mogućnosti neizvesnosti i neujednačenosti u primeni prava su velike.⁴⁷

Konačno, smatramo da je arbitrabilnost spora nužno fleksibilnije odrediti tako što bi se zadržao kriterijum da je reč o imovinskim pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, a izostavio kriterijum nepostojanja isključive nadležnosti suda. Ovo iziskuju razlozi praktične prirode naročito kada je reč o sporovima za koje je predviđena isključiva mesna ili međunarodna nadležnost sudova za stvarnopravne sporove na nepokretnostima u Srbiji.

3. PRAVNI OKVIR ZA MEDIJACIJU U SRBIJI: NASLEĐENO STANJE I NOVINE

3.1. *Pojam medijacije i potreba zakonskog regulisanja*

Za razliku od arbitraže čiji je konačan ishod arbitražna odluka koja ima dejstvo pravosnažne sudske odluke i koja je rezultat postupka koji u mnogo čemu podseća na sudski, rezultat medijacije je sporazum *stranaka* o predmetu spora, a uloga medijatora (trećeg neutralnog lica) se ne sastoji u rešavanju spora (donošenju odluke), niti nametanja obavezujućeg sporazuma, već u asistenciji strankama da sporazumno dođu do rešenja spora.⁴⁸ Imajući ovo u vidu, nesporno je da je medijacija kao oblik alternativnog rešavanja sporova od davnina zastupljena kako u inostranoj⁴⁹ tako i u srpskoj praksi, te da i bez posebnog pravnog okvi-

47 Više o tome vid. U. Živković, J. Lepetić, „Posledice otvaranja stečaja na arbitražni postupak u pravu Srbije“, *Pravo i privreda* 7–9/2014, 453–468.

48 Više o pojmu medijacije vid. Lj. Milutinović, *Sud ili medijacija – Nađi svoj interes*, Publisher IFC, Beograd 2006, 8; M. Milošević, *Alternativno rešavanje sporova s posebnim osvrtom na medijaciju*, Službeni glasnik, Beograd 2014, 19–20; M. Petrović, „Medijacija – principi i postupak“, *Arbitraža*, Beograd 2003, 98–100; G. Knežević, „Medijacija – mudar pristup sporu“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, Beograd 2006, 309–312.

49 O medijaciji u savremenoj praksi vid. Lj. Milutinović, *op. cit.* fn. 51, 10–23; M. Milošević, *op. cit.* fn. 51, 56–73; N. Petrušić, „Sporovi u pravnim odno-

ra za njeno odvijanje nije bilo zakonskih smetnji da jedno lice ('mediator') pomogne drugim licima (strankama u sporu) da na miran način i bez angažmana državnog aparata spor reše. Nesporno je, međutim, i da je postojala potreba za zakonskom regulativom ove materije, te da je sa donošenjem prvog srpskog Zakona o medijaciji 2005. godine⁵⁰ (i njegovim izmenama 2014. godine⁵¹), zakonodavac ispravno zauzeo stav da na uočene potrebe u praksi odgovori zakonodavnom aktivnošću. Neophodnost donošenja ovog zakona 2005. godine proizlazila je i iz preuzetih obaveza iz potpisanih međunarodnih ugovora, a naročito iz potrebe za usaglašavanjem sa evropskim pravnim standardima i preporukama Saveta Evrope⁵² čiji je punopravni član Republika Srbija postala aprila 2003. godine. Donošenje novog zakona pak nametnula je potreba za poboljšanjem i unapređenjem postojećeg normativnog okvira posredovanja u rešavanju sporova (uz dodatno usklađivanje sa međunarodnim i evropskim pravnim standardima) kako bi se pospešila primena posredovanja u sporovima koji mogu biti predmet medijacije i posredno ostvarili pozitivni efekti u funkcionisanju pravosudnog sistema u Srbiji, a građanima olakšalo ostvarivanje prava na pravično suđenje u razumnom roku⁵³.

Novi zakon je po broju članova obimniji od prethodnog, ali su njime sad obuhvaćene i neke odredbe koje su sadržane u podzakonskim aktima uz trenutno važeći zakon (npr. izdavanje dozvola za po-

sima i medijacija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš 1998–1999, 122–128.

- 50 Zakon o posredovanju – medijaciji, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/2005 (u daljem tekstu: Zakon (2005)). Kao prateći podzakonski akti uz ovaj zakon doneti su i Pravilnik o načinu vođenja spiska posrednika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/2005, kao i Pravilnik o programu obuke za posrednika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/2005.
- 51 Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 55/2014 (u daljem tekstu: Zakon (2014)). Kao prateći podzakonski akti uz ovaj zakon doneti su i Pravilnik o vođenju registra posrednika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 146/2014, Pravilnik o programu osnovne obuke posrednika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 146/2014, Pravilnik o izdavanju obnavljanju i oduzimanju dozvole za posredovanje i obrascu dozvole za posredovanje, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 146/2014 i Etički kodeks posrednika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 146/2014.
- 52 Vid. Lj. Milutinović, *op. cit.* fn. 51, 34–38.
- 53 Vid. Obrazloženje Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/files/obrazlozenje%20zakona%20o%20posredovanju%2003.10.2013-1.doc> (u daljem tekstu: Obrazloženje zakona).

sredovanje tj. vođenje spiska posrednika, kao i odredbe o obuci posrednika).

3.2. Oblast primene zakona

Zakon o medijaciji iz 2005. godine otvorio je put za rešavanje sporova putem medijacije (posredovanja) u širokoj oblasti spornih odnosa dokle god je reč o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati a za čije rešavanje nije predviđena isključiva sudska nadležnost.⁵⁴ Istovremeno, zakon dozvoljava sprovođenje medijacije kako pre pokretanja sudskog postupka tako i tokom sudskog postupka, kako prvostepenog tako i drugostepenog. Na sličan način svoje polje primene definiše i Zakon o medijaciji iz 2014. godine, a lista spornih odnosa u kojima je medijacija moguća ne predstavlja ograničenu već ilustrativnu listu medijabilnih predmeta.⁵⁵ Prednosti medijacije su u praksi posebno uočene kod dugotrajnih skupih sporova, sporova u kojima postoji veći broj lica u ulozi tužioca ili tuženog, kao i u sporovima gde postoji naglašena potreba za očuvanjem poslovnog kontakta između strana u budućnosti, očuvanjem poverljivosti i privatnosti postupka.⁵⁶

3.3. Osnovna načela postupka

Osnovna načela postupka medijacije su dobrovoljnost postupka, jednakost i ravnopravnost strana, privatnost postupka, poverljivost i hitnost.⁵⁷ U pogledu osnovnih načela medijacije Zakon iz 2014. godine donosi izmene kojima se, s jedne strane, usaglašava tekst zakona sa propisima koji su doneti od stupanja prethodnog zakona na snagu, a s druge strane, čine dodatni napori ka popularizaciji medijacije kao alter-

54 Čl. 1 Zakona (2005).

55 Član 3 Zakona (2014).

56 Više o medijabilnosti predmeta spora vid. Lj. Milutinović, *Prepoznavanje predmeta pogodnih za medijaciju – Medijabilnost predmeta, praktikum za sudije*, Centar za medijaciju, Beograd 2007, 55–56; G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.* fn. 5, 234–237; M. Milošević, *op. cit.* fn. 51, 22–27; N. Petrušić, „Alternativni metodi rešavanja pravnih sporova u pravu Republike Srbije“, *Naučna konferencija Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije, Zbornik radova*, Niš 2006, 588–591; G. Knežević, *op. cit.* fn. 51, 312–315.

57 Vid. čl. 3–7 Zakona (2005). U istom smislu vid. čl. 9–16 Zakona (2014). Više o načelima postupka medijacije vid. Lj. Milutinović, *op. cit.* fn. 51, 41–45; G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.* fn. 5, 239–242; M. Milošević, *op. cit.* fn. 51, 20–22, 46–49; M. Petrović, *op. cit.* fn. 51, 100–103.

nativnog rešavanja sporova. Tako, na primer, zakon u članu 9 predviđa da se postupak posredovanja sprovodi dobrovoljno, na osnovu izričite saglasnosti strana, *osim* u spornim odnosima u kojima je posebnim zakonom pokretanje postupka posredovanja predviđeno kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka.⁵⁸ Istovremeno, zakonodavac u članu 9 Zakona propisuje obavezu sudova i drugih organa pred kojima se vodi spor koji je medijabilan (podoban da bude predmet medijacije) da strankama pruže sva potrebna obaveštenja o mogućnosti primene posredovanja, uključujući i mogućnost da stranke uputi kod posrednika. Ova novina, po našem mišljenju nije ispravno obuhvaćena pojmom načela dobrovoljnosti postupka, i neosnovano se našla u ovom zakonu jer joj je mesto u drugim procesnim zakonima koji regulišu dužnosti sudova i drugih organa u okviru postupaka koje oni vode.⁵⁹ Okolnost da je ovakva obaveza propisana Direktivom Parlamenta i Saveta EU o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima⁶⁰ (u članu koji nosi naziv pristup medijaciji, a ne kao načelo postupka medijacije) ne znači i da ona mora nužno da bude prenesena u zakon koji se neposredno bavi pitanjima medijacije, već je dovoljno da bude transponovana na odgovarajuće mesto unutar *celokupnog prava* države članice (odnosno ovde države koje se na direktvu ugledala). Direktiva propisuje obavezu postizanja određenog zakonskog rezultata, a izbor sredstava za ostvarenje tog rezultata ostavlja državama članicama.

58 Primera radi, Zakon o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014) je pre izmena iz 2013. godine u članu 193. predviđao da lice koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, *mora* pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora. Zakon o zabrani diskriminacije (*Službeni glasnik RS*, br. 22/2009) takođe predviđa obavezu poverenika za zaštitu ravnopravnosti da po prijemu pritužbe lica koje smatra da je pretrpelo diskriminaciju predlaži sprovođenje postupka mirenja a pre preduzimanja drugih radnji u postupku (član 38). U sličnom smislu obavezu posredovanja, odnosno mirenja u rešavanju spora u pojedinim situacijama predviđa i Porođični zakon (*Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015), kao i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2010).

59 Tako čl. 11 Zakona o parničnom postupku predviđa obavezu suda da uputi stranke na medijaciju ili na informativno ročište za medijaciju, u skladu sa zakonom, odnosno da ukaže strankama na mogućnost za vansudsko rešavanje spora medijacijom ili na drugi sporazuman način.

60 Više o ovoj Direktivi vid. V. Čolović, „Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta EU o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima“, *Evropsko zakonodavstvo* 8/2009, 49–56.

Preostala načela koja su posebno izdvojena u novom zakonu bila su sadržana i u Zakonu iz 2005. godine ali pod drugim nazivom ili kao deo drugog člana/načela. Tako je npr. u novom zakonu prihvatljivost dokaza u drugim postupcima izdignuta na nivo osnovnog načela zakona (član 16), dok ono suštinski pripada osnovnom načelu poverljivosti postupka (član 13 istog zakona). S druge strane, neutralnost (član 14) je pogrešno izdvojena kao načelo postupka posredovanja, jer se tiče samo jedne od dužnosti medijatora (druge dve koje nisu uzdignute na nivo 'načela' postupka jesu nezavisnost i nepristrasnost medijatora).

3.4. Medijacija sa elementom inostranosti

Značajna novina novog Zakona o medijaciji jeste razlikovanje međunarodnog i prekograničnog posredovanja, kao i preciziranje dejstva sporazuma postignutog posredovanjem u prekograničnom sporu.

Tako je članom 5 Zakona iz 2014. godine predviđeno da će se međunarodnim posredovanjem smatrati posredovanje u spornim odnosima sa stranim elementom ako: (1) strane u vreme postizanja saglasnosti o posredovanju imaju prebivalište ili poslovno sedište u različitim državama; i (2) ako država u kojoj strane imaju prebivalište ili poslovno sedište nije država u kojoj treba da se izvrši bitan deo obaveza iz poslovnog odnosa, odnosno država sa kojom je predmet spora najuže povezan. Ukoliko se postupak međunarodnog posredovanja sprovodi na teritoriji Republike Srbije, Zakon strankama ostavlja mogućnost i da ugovore primenu drugog procesnog okvira za takvo posredovanje.⁶¹

Član 6 Zakona iz 2014. godine, s druge strane, definiše posredovanje u prekograničnim sporovima, pri čemu se prekogranični spor definiše kao spor u kom jedna od strana ima prebivalište ili uobičajeno boravište u državi članici Evropske unije, dok ga druga strana nema na dan kada: (i) su se strane sporazumele o posredovanju nakon što je došlo do spora, (ii) je sud odredio posredovanje, (iii) je po nacionalnom zakonu nastala obaveza posredovanja, (iv) je sud kojem je podnesena tužba uputio stranke na posredovanje. Prekograničnim sporom se smatra i onaj spor gde su, po okončanju posredovanja u rešavanju spo-

61 Ova odredba koncipirana je u skladu sa rešenjima koja sadrži UNCITRAL Model Zakon o međunarodnom trgovačkom mirenju. iz 2002. godine. Vid. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf.

ra, između istih strana pokrenuti sudski postupak ili arbitraža u državi članici različitoj od onih gde su strane imale stalno ili uobičajeno prebivalište na dan iz prethodnog stava. Značaj posebnog definisanja prekograničnih sporova uočljiv je iz formulacije člana 8 Zakona koji predviđa da ako država članica EU, u skladu sa svojim propisima, garantuje mogućnost strana ili jednoj od njih, uz izričiti pristanak druge strane, da pisani sporazum postignut posredovanjem u prekograničnom sporu postane izvršan, sud u Republici Srbiji će priznati i izvršiti takav sporazum. Dakle, tako postignutom sporazumu daje se dejstvo izvršne isprave ukoliko ispunjava prethodno navedene uslove.⁶² Članovi 6–8 Zakona iz 2014 godine, se međutim, po odredbi člana 51. Zakona neće primenjivati do pristupanja Srbije Evropskoj uniji.

3.5. Postupak medijacije i dejstva sporazuma o rešavanju spora u medijaciji

U pogledu samog postupka posredovanja izmene zakona se sa- stoje u bitno drukčijoj sistematizaciji pravila za postupak posredovanja pre odnosno posle pokrenutog sudskog postupka, produženju toka postupka sa 30 na 60 dana od dana zaključenja sporazuma o pristupanju posredovanju, kao i preciziranju pojedinih obaveza posrednika tokom postupka posredovanja.

Sporazum o rešavanju spora putem posredovanja, za razliku od važeće formulacije koja zahteva samo potpise stranaka u sporu,⁶³ po novom zakonu mora biti potpisan i od strane posrednika i punomoćnika stranaka koje prisustvuju posredovanju.⁶⁴ Nejasni su razlozi zbog kojih se zakonodavac opredelio za izmenu važeće zakonske formulacije, imajući u vidu da postignuti sporazum proizvodi dejstvo samo između stranaka u sporu, te da su samim tim potpisi punomoćnika i

62 Stav 2 člana 8 dalje predviđa da ako je sadržaj sporazuma u državi članici unesen u neku drugu izvršnu ispravu, tako što ga je sud ili drugi nadležni organ potvrdio presudom, odlukom ili drugom izvršnom ispravom u skladu sa pravom države u kojoj je podnet zahtev, na priznanje izvršenja te izvršne isprave primenjuju se pravila merodavna za priznanje tih isprava, a stav 3 da je o predlogu za priznanje izvršenja ovih sporazuma u predmetima iz stvarne nadležnosti privrednih sudova nadležan je Privredni sud u Beogradu, a u ostalim predmetima Viši sud u Beogradu.

63 Član 16 Zakona (2005).

64 Član 26 stav 2 Zakona (2014).

posrednika suvišni. Posrednik nije ni strana u postupku posredovanja, niti svedok da bi se u tom svojstvu potpisivao.

U pogledu troškova postupka novim zakonom je predviđeno njihovo određivanje u skladu sa tarifom o nagradama i naknadama u postupku posredovanja koju donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa,⁶⁵ dok se po starom zakonu ova naknada određivala prema advokatskoj tarifi.⁶⁶

Značajne izmene zakonskih propisa o medijaciji tiču se dejstva posredovanja na rokove zastarelosti i prekluzivne rokove, kao i snage sporazuma o rešavanju spora putem posredovanja kao izvršne isprave. Tako za razliku od Zakona iz 2005. godine kojim pokretanje postupka posredovanja nije uticalo na prekid zastarevanja potraživanja niti na zakonske rokove za pokretanje i vođenje odgovarajućeg postupka (osim izuzetno),⁶⁷ Zakon iz 2014. godine predviđa da pokretanjem postupka posredovanja počinje *zastoj* (ne i prekid) zastarelosti potraživanja u odnosu na zahtev povodom koga se sprovodi postupak, a koji ne može trajati duže od 60 dana. U istom smislu zakonom određeni poseban rok za podnošenje tužbe ne teče dok postupak posredovanja traje, ali ne duže od 60 dana.⁶⁸ Na ovaj način je sačuvana potreba eliminacije zloupotrebe posredovanja (ne utiče na prekid zastarelosti), uz istovremeno podsticanje primene posredovanja (utiče na zastoj zastarelosti), i sprečavanje korišćenja posredovanja kao instrumenta odugovlačenja konačnog rešenja spora (propisivanjem roka od 60 dana). Upitno je, međutim, da li bi strani sud pred kojim bi se postavilo pitanje protoka roka zastarelosti primenio ili uzeo u obzir ovu odredbu ako je pravo merodavno za pravni odnos (a time i za zastarelost potraživanja) neko drugo pravo, a ne pravo Republike Srbije.

Zakon iz 2005. godine je sporazumu postignutom u postupku posredovanja davao snagu vansudskog poravnjanja ako je sastavljen u pisanoj formi i nije protivan javnom poretku, dok je tako postignut sporazum koji je na zapisnik uzeo sudija imao dejstvo sudskog poravnjanja, pa samim tim i izvršne isprave.⁶⁹ Zakon iz 2014. godine predvi-

65 Član 29 Zakona (2014).

66 Član 30 Zakona (2005).

67 Član 11 Zakona (2005).

68 Član 25 Zakona (2014).

69 Član 16 Zakona (2005).

da da će sporazum o rešavanju spora putem posredovanja (koji mora biti u pisanoj formi) po pravilu imati snagu vansudskog poravnanja, ali dozvoljava i da ovakav sporazum ima snagu izvršne isprave (ako je reč o sporazumu podobnom za prinudno izvršenje) ako su ispunjeni sledeći uslovi: (1) ako sadrži izjavu dužnika kojom pristaje da poverilac na osnovu sporazuma o rešavanju spora putem posredovanja, nakon dospelosti potraživanja može pokrenuti postupak prinudnog izvršenja (klauzula izvršnosti); i (2) ako su potpisi strana i posrednika overeni od strane suda ili javnog beležnika.⁷⁰ Iako je i ovo rešenje podložno kritici,⁷¹ davanjem snage izvršnog naslova sporazumu postignutom u medijaciji potencijalno je unapređen pravni okvir za odvijanje medijacije u Srbiji i njenu dalju popularizaciju. Međutim, ostaje nejasno zašto uopste posrednik potpisuje sporazum o rešavanju spora, nejasno je i zašto zakonodavac insistira na overi potpisa posrednika na sporazumu za svrhe davanja izvršnog naslova ovako postignutom sporazumu.

Bitna novina je i to da se po Zakonu iz 2014. godine, ako se postigne sporazum o rešavanju spora putem posredovanja nakon pokrenutog sudskog ili drugog postupka do zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu, stranke mogu osloboditi plaćanja sudskih, odnosno administrativnih taksi, u skladu sa zakonom koji uređuje sudske, odnosno administrativne takse.⁷² I na ovaj način je zakonodavac pokušao stranama u sporu ukazati na prednosti medijacije, odnosno uticati na povećanje učestalosti njenog korišćenja nakon pokretanja sudskog ili drugog postupka, čime će se brže završavati predmeti iz kojih je posredovanje nastalo, uz istovremeno smanjeno opterećenje državnog aparata. Korisna je i novina kojom se obezbeđuju tehnički uslovi za sprovođenje posredovanja u slučaju kad se postupak posredovanja pokreće u toku sudskog postupka.⁷³

70 Član 27 Zakona (2014).

71 Smatramo da bi primerenije bilo da se snaga izvršne isprave dala samo onom sporazumu koje je na zapisnik uzeo sudija, službeno lice koje rešava u upravnoj stvari ili drugo lice koje vrši javna ovlašćenja (npr. javni beležnik). Ovo iz razloga što medijator koji učestvuje u postupku posredovanja ne mora biti pravnik, te samim tim ne može vršiti proveru usaglašenosti postignutog sporazuma javnom poretku Republike Srbije.

72 Član 31 Zakona (2014).

73 Član 32 Zakona (2014).

3.6. Medijator (posrednik u rešavanju spora)

Sama ličnost medijatora (posrednika), kao fizičkog lica koje je nezavisno i neutralno lice u odnosu na strane u sporu na sličan način je definisano u oba zakona.⁷⁴ U istom smislu i uslovi za obavljanje posredovanja su slično postavljeni te se od posrednika traži da ima visoku stručnu spremu, da je završilo osnovnu obuku za posrednika, te da je upisano na odgovarajući spisak posrednika (po zakonu iz 2005. taj spisak je vodio predsednik suda ili drugog organa koji imenuje posrednika,⁷⁵ dok po novom Zakonu Registar posrednika vodi ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa⁷⁶).

Insistiranje na visokoj stručnoj spremi bilo je na meti kritike stručne javnosti od donošenja zakona iz 2005. godine te nije jasno zašto je zakonodavac zadržao ovaj uslov imajući u vidu da, u zavisnosti od vrste spora, ulogu posrednika može kvalitetno obavljati i lice bez stručne spreme pa čak i sa osnovnom stručnom spremom (npr. automehaničar u sporu koji se tiče kvaliteta izvršene popravke automobila). Ovo potvrđuju i iskustva iz drugih zemalja. Takođe, insistiranje na formalnoj obuci za posrednika nam se ne čini opravdanim ako se uzme u obzir da Zakon o arbitraži (a i strani propisi kojima se reguliše arbitražna materija) ne zahteva ništa slično kao kvalifikaciju za arbitra, iako, za razliku od posrednika, arbitar donosi odluku koja je izjednačena po snazi sa pravnosnažnom i izvršnom sudskom odlukom.⁷⁷

Zakon iz 2005. godine je takođe zahtevao da posrednik ne može biti lice koje je pod istragom ili koje je osuđeno za namerno počinjeno krivično delo, dok Zakon iz 2014. godine ovaj uslov ublažava i predviđa da posrednik ne može biti lice koje je osuđivano na bezuslovnu kaznu zatvora za krivično delo je ga čini nedostojnim za obavljanje poslova posredovanja.⁷⁸

74 Više o veštinama za obavljanje uloge medijatora vid. Lj. Milutinović, *op. cit.* fn. 51, 64–66; M. Milošević, *op. cit.* fn. 51, 28–30.

75 Član 19 Zakona (2005).

76 Član 42 Zakona (2014).

77 Po članu 19 Zakona o arbitraži arbitar može biti svako fizičko lice koje je poslovno sposobno, bez obzira na državljanstvo. Arbitar mora imati svojstva koja su stranke sporazumom utvrdile. Arbitar mora biti nepristrasan i nezavisan u odnosu na stranke i predmet spora. Arbitar ne može biti lice koje je osuđeno na bezuslovnu kaznu zatvora, dok traju posledice osude.

78 Upor. čl. 20 Zakona (2005) i čl. 33 Zakona (2014).

Novi zakon, za razliku od prethodnog, ne zahteva da posrednik ima određen broj godina radnog iskustva u postupcima rešavanja sporova i konflikata, što smatramo korisnom izmenom jer se treba omogućiti da se posredovanjem bave i lica koja nemaju takvo radno iskustvo. Takođe, uslov dostojnosti za obavljanje posredovanja, izuzev u delu obuhvaćenim uslovom da posrednik ne može biti lice koje je osuđivano na безусловnu kaznu zatvora za krivično delo je ga čini nedostojnim za obavljanje poslova posredovanja, se više ne zahteva. S druge strane, novi Zakon zahteva da posrednik mora biti poslovno sposobno lice, što dovodi u pitanje mogućnosti korišćenja vršnjačke medijacije. Iako je ovo rešenje suštinski (iako ne eksplicitno) sadržao i stari zakon, smatramo da bi trebalo ponovo razmotriti potrebu insistiranja na ovom uslovu.

Novi Zakon takođe zahteva da posrednik mora imati dozvolu za posredovanje koju izdaje, obnavlja i oduzima ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa u skladu sa Zakonom propisanom procedurom.⁷⁹ Za obnavljanje dozvole se, između ostalog, zahteva i da posrednik priloži dokaze da je imao najmanje deset časova stručnog usavršavanja za posrednika u toku jedne godine, i najmanje pet posredovanja za vreme važenja dozvole za posredovanje.⁸⁰ Insistiranje na kontinuiranom stručnom usavršavanju posrednika ne smatramo opravdanim iz istih razloga iz kojih stručno usavršavanje posrednika ne smatramo bitnim uslovom za obavljanje poslova posredovanja. Sistem dozvola i vođenja (obaveznog) registra posrednika takođe smatramo suprotnim osnovnim idejama i smislu posredovanja, a naročito imajući u vidu to da se ni u Srbiji, a ni drugde, ne izdaju dozvole za arbitriranje, ulogu odgovorniju i značajniju od uloge medijatora.

U sporovima sa stranim elementom i po novom i po starom zakonu posrednik može biti i strani državljanin ako je ovlašćem da obavlja poslove posredovanja u drugoj državi, s tim da novi Zakon tu mogućnost uslovljava postojanjem reciprociteta.⁸¹ Po novom Zakonu posrednik može biti i državljanin države EU, pod uslovom da je ovlašćen da se bavi posredovanjem u toj državi.⁸² Za razliku od prethodnog zakona, po novom zakonu se srpsko državljanstvo uzima kao bitan uslov za obavljanje poslova posredovanja izuzev u prethodno opisanim

79 Vid. čl. 36– 42 Zakona (2014).

80 Čl. 39 stav 3 Zakona (2014).

81 Čl. 33 stav 4 Zakona (2014).

82 Čl. 33 stav 5 Zakona (2014). Ovaj stav se, međutim, po odredbi člana 51 Zakona neće primenjivati do pristupanja Srbije Evropskoj uniji.

situacijama. Ovakva je restrikcija teško razumljiva. Po Zakonu o arbitraži, s druge strane, državljanstvo arbitra je izričito isključeno kao jedan od uslova za obavljanje uloge arbitra.⁸³ Po prirodi stvari, međutim, za očekivati je da će postupak posredovanja između srpskih strana na srpskom jeziku obavljati stručnjak srpskog državljanstva. Ali ne čini nam se opravdanim da tu mogućnost ne prepustimo i hrvatskom, crnogorskom ili drugom stručnjaku čije jezičke kompetencije i iskustvo u medijaciji to dozvoljavaju, i kad stranke na tome insistiraju.

Za razliku od prethodnog zakona koji nije ograničavao učešće sudija kao posrednika (izuzev ako je reč o sudećem sudiji koji postupaju u predmetu povodom sporu između stranaka), niti mogućnost da za svoj rad dobiju adekvatnu naknadu, novi Zakon predviđa da sudije mogu obavljati posredovanje isključivo van radnog vremena i bez naknade (takođe izuzev ako je reč o sudećem sudiji). Smatramo da je ovo rešenje korisno iz razloga što obezbeđuje da se sudije tokom radnog vremena posvete svom poslu – rešavanju nagomilanih predmeta, dok se drugim profesijama ostavlja više mogućnosti za bavljenje poslom posrednika.

Imenovanje posrednika zasniva se na sporazumu stranaka. Ukoliko sporazum izostane, stranke se mogu obratiti predsedniku suda odnosno starešnini drugog organa koji određuje posrednika sa Spiska posrednika po redosledu na Spisku (po Zakonu iz 2005. godine), odnosno bez obzira na redosled u Registru (po Zakonu iz 2014. godine).⁸⁴ Dok je Zakonom iz 2005. izričito bilo predviđeno da posrednik ne može da bude advokat koji zastupa jednu od strana u postupku ili ju je ranije zastupao, niti njen zakonski zastupnik ili staralac ili je to bio, novi zakon ne sadrži ovakvu odredbu.⁸⁵ Razlozi za izuzeće posrednika se, međutim, nisu promenili.⁸⁶

Dužnosti i odgovornost posrednika su takođe na sličan način regulisane, s tim da je novim zakonom predviđena i obaveza posrednika da poštuje Etički kodeks posrednika koji donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa, postupanje u porodičnim sporovima u skladu sa načelom zaštite najboljeg interesa deteta, dužnost podnošenja obračuna troškova strankama kao i dužnost da resornom ministarstvu podnosi godišnji izveštaj o obavljenim posredovanjima.⁸⁷ Uvođenje

83 Član 19 stav 1 Zakona o arbitraži.

84 Upor. čl. 21 Zakona (2005) i čl. 20 Zakona (2014).

85 Upor. čl. 22 Zakona (2005) i čl. 21 Zakona (2014).

86 Upor. čl. 23 Zakona (2005) i čl. 22 Zakona (2014).

87 Čl. 34 Zakona (2014).

obaveze poštovanja Etičkog kodeksa posrednika smatramo korisnom izmenom, s tim da ne smatramo da je nadležnost za donošenje ovog kodeksa pravilno utvrđena (ministar umesto strukovnog udruženja⁸⁸). Isto tako sporno je i proširenje odgovornosti posrednika za slučaj grube nepažnje, naročito ako se ima u vidu da je odgovornost sudija važećim propisima predviđena samo za slučajeve namernog nezakonitog postupanja i postupanja suprotno etičkom kodeksu (u većoj meri).⁸⁹

Posebno je novim zakonom uređen postupak izdavanja dozvola za posredovanje,⁹⁰ kao i obuka posrednika.⁹¹ Prethodno smo već naveli da ne smatramo opravdanim „licenciranje“ posrednika, naročito imajući u vidu da slične odredbe u Zakonu o arbitraži ne postoje, dok insistiranje na kontinuiranoj obuci posrednika (i arbitara) podržavamo, ali ne kao jedan od zakonskih uslova za obavljanje uloge posrednika.

3.7. Zaključne napomene

Iako je donošenje zakona o medijaciji (i starog i novog) bilo uslovljeno legitimnim potrebama rasterećenja sudskog sistema i obezbeđenja olakšanog puta pravnim i fizičkim licima da do rešenja svog spora dođu, činjenica je da od donošenja prvog zakona medijacija nije ispunila inicijalna očekivanja, te da se retko koristi u praksi. Razloge za ovaj ‘neuspeh’ možemo tražiti i u manjkavostima prethodnog pravnog okvira, ali i u nedovoljnoj agilnosti državnog aparata da medijaciju približi stručnoj i drugoj javnosti, kao i u nespornoj ‘parničarskoj prirodi’ stranaka sa ovih prostora. Najveći nedostatak, međutim, vreme je pokazalo, sastojao se u slabom funkcionisanju Centra za medijaciju, koji je u međuvremenu i prestao sa radom.

Nedostatak znanja javnosti o prednostima i karakteristikama medijacije svakako neće biti ublažen činjenicom da se zakonodavac opredelio da istovremeno sa izmenom odgovarajućih rešenja u pogledu postupka medijacije, i za izmenu naziva samog zakona. Naime, iz naziva zakona je izostala reč medijacija (Zakon o posredovanju-medi-

88 25. oktobra osnovano je Nacionalno udruženje medijatora Srbije (NUMS) sa ciljem promocije medijacije kao alternativnog načina rešavanja sukoba i unapređenje uslova za primenu medijacije u svim sferama, vid. www.nums.rs.

89 Čl. 6 stav 2 i čl. 90 Zakona o sudijama, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – odluka US, 121/2012, 124/2012 – odluka US, 101/2013, 111/2014 – odluka US i 117/2014.

90 Vid. čl. 36–42 Zakona (2014).

91 Vid. čl. 33–46 Zakona (2014).

jaciji se sad zove Zakon o posredovanju u rešavanju sporova), koja je u međuvremenu, za devet godina primene prethodnog zakona, postala prepoznatljiv termin u stručnom i laičkom govoru. Novi naziv zakona sad može stvarati dodatnu zabunu da li reč o istom ili pa nekom drugom postupku, različitom od medijacije, na koji se barem mali deo stručne i laičke javnosti do sad navikao.⁹² Dodatno, izraz posredovanje se u našem jeziku, pravu i praksi tradicionalno koristi za označavanje drugih delatnosti koje ne stoje ni u kakvoj vezi sa delatnošću medijacije. Uostalom i Direktiva EU koja je jedan od izvora koji je služio kao model za sačinjavanje novog zakona u nazivu sadrži reč medijacija (Direktiva 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Saveta EU o određenim aspektima *medijacije* u građanskim i trgovačkim stvarima), a ovaj termin je u širokoj upotrebi i u drugim delovima sveta.

Iako se u određenim novim zakonskim rešenjima primećuje značajan pomak u odnosu na rešenja iz 2005. godine, naročito u delu kojim se sporazumu u postupku posredovanja pod određenim uslovima daje dejstvo izvršne isprave, kao i u pogledu uticaja medijacije na tok zastarelosti i prekluzivne rokove, čini nam se da se po drugom pitanjima učinio izvesan korak u nazad, a naročito u delu koji se tiče licenciranja i obuke medijatora kojim su, po našem mišljenju, prevelike nadležnosti date Ministarstvu pravde, sve i ako se ove aktivnosti smatraju opravdanim kao uslov za obavljanje posredovanja u rešavanju sporova. Za razliku od nacrtu zakona koji je bio usvojen od strane Vlade 2011. godine i upućen Skupštini na usvajanje, a koji je predviđao Komoru medijatora kao važno strukovno telo nadležno za obavljanje predmetnih poslova (a pod nadzorom resornog ministarstva), novi Zakon ne usvaja to rešenje već sva ovlašćenja za izdavanje dozvola i obuku medijatora koncentriše u rukama Ministarstva.⁹³ Iako iz obrazloženja zakona proizlazi da su razlozi za ovakvo postupanje obezbeđenje zadovoljavajućeg nivoa kvaiteta posredovanja i stvaranje preduslova za permanentno unapređenje prak-

92 S druge strane, u Obrazloženju zakona se navodi da je naziv ovog zakona izabran imajući u vidu da je „pojam posredovanja u rešavanju sporova približniji duhu srpskog jezika“, a da je pojam medijacije „izazivao nerazumevanje prosečnog građanina,“ mada nisu navedeni dokazi za takav stav.

93 U međuvremenu je došlo do konstituisanja nove Vlade, a predlog Zakona o medijaciji, sa ostalim predlozima zakona koji su bili u skupštinskoj proceduri povučen i vraćen na razmatranje u Ministarstvo pravde i državne uprave. Nakkadno je osnovana nova radna grupa sa zadatkom da sačini novi nacrt zakona koji je 2013. godine i objavljen na sajtu Ministarstva, usvojen maja 2014. godine, stupio na snagu 2. juna 2013. godine, a koji će se primenjivati od 1. januara 2015. godine saglasno članu 51 Zakona.

se, ne vidimo razloge zbog kojih se ovaj cilj nije mogao ostvariti delegiranjem navedenih nadležnosti strukovnom udruženju medijatora odnosno Komori medijatora. Ovo naročito imajući u vidu da je Ministarstvo dalo saglasnost na odredbe Zakona o javnom beležništvu koje predviđaju i obezbeđuju osnivanje strukovne komore javnih beležnika nad kojom nadzor vrši resorno ministarstvo.⁹⁴ Dodatno, relevantni međunarodni standardi na koje se Obrazloženje zakona poziva ne poznaju ovakav sistem licenciranja medijatora već samo insistiraju da države obezbede kvalitetan sistem kontrole medijacije. Jedno je izvesno, usvajanje novog zakona o medijaciji i njegovim stupanjem na snagu 1. januara 2015. godine nije dovoljno da obezbedi razvoj medijacije u Srbiji ukoliko usvajanje zakona ne bude praćeno nizom drugih aktivnosti usmerenih ka popularizaciji medijacije na ovim prostorima i ukoliko izostane dobra saradnja svih onih koji se u Srbiji ovim poslom bave.

Vladimir Pavić, PhD

Full-time Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Milena Đorđević, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

NOVELTIES IN LEGAL FRAMEWORK FOR ADR IN SERBIA

This paper analyzes recent changes of the institutional framework for arbitral dispute resolution in Serbia. The authors point out to differences between the “inherited” state and new legal solutions, with relevant comparisons with the experiences from the region. The authors also analyze the differences of the Law on Mediation with critical overview of the new provisions. Finally, the authors conclude with the suggestions for change of the pertinent legal framework for mediation and arbitration in Serbia, having in mind the need for the overall increase of efficacy of the alternative dispute resolution system in Serbia.

Key words: *Arbitration. – Arbitral practice. – Arbitral institutions. – Arbitration rules. – Mediation. – Mediator.*

94 Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014 i 6/2015.

*Dr Vuk Radović, LL.M.**

STEČAJ POVEZANIH DRUŠTAVA – OSNOVNI PROBLEMI I NEDOUMICE

Stečaj povezanih društava predstavlja jednu od najkompleksnijih i najkontroverznijih oblasti stečajnog prava. U ovom radu, autor je ukazao na neke od osnovnih problema vezanih za ovu stečajnu tematiku. Prvo je uočena očigledna kontradiktornost između trenda rasta broja društava koja posluju u okviru poslovnih grupa, a time i broja stečajnih postupaka nad nekim ili svim članovima grupe, i pravne neuređenosti stečaja povezanih društava, kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom planu. Autor se u radu zalaže za široko pojmovno određenje grupe povezanih društava za potrebe stečaja. U naredne dve glave su prikazane osnovne teorijske postavke stečaja povezanih društava, koje se manifestuju u vidu pronalaženja ravnoteže između principa odvojenih pravnih subjektiviteta i principa jedinstva grupe, odnosno principa univerzalnosti i principa teritorijalnosti u kontekstu prekograničnog stečaja. U narednom delu rada su prikazani ključni faktori koji su relevantni za primenu odgovarajućih stečajnih rešenja, poput vrste grupe o kojoj je reč ili stečajnih ciljeva koje treba ostvariti. Potom je autor objasnio dva osobena instituta stečaja povezanih društava – procesnu koordinaciju i materijalno objedinjavanje. Konačno, u poslednjem delu rada je analiziran odnos srpskog Zakona o stečaju i naše stečajne sudske prakse prema problematici stečaja povezanih društava.

Ključne reči: Povezana društva. – Stečaj. – Princip odvojenih pravnih subjektiviteta. – Princip jedinstva grupe. – Procesna koordinacija. – Materijalno objedinjavanje.

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, vuk@ius.bg.ac.rs.

1. PRAVNA NEUREĐENOST

Pored sveprisutnosti povezanih društava na nacionalnoj i međunarodnoj sceni, kao i činjenici da otvaranjem stečajnog postupka nad nekim od povezanih društava nastaju pravno izrazito zamršeni i komplikovani odnosi, iznenađuje da je ova oblast potpuno zanemarena od strane zakonodavaca.¹ Najznačajniji međunarodni izvori stečajnog prava današnjice ne uređuju materiju stečaja povezanih društava, a slična je situacija i sa nacionalnim stečajnim zakonima.²

Uredba Evropske unije o stečajnim postupcima iz 2000. godine (dalje u tekstu: Uredba o stečajnim postupcima)³ dosledno razrađuje princip odvojenih subjektiviteta stečajnih dužnika, primenjujući tradicionalan pristup prema kome se stečajno pravo primenjuje na pojedinačnog stečajnog dužnika. Prilikom određivanja „centra glavnih interesa“ dužnika, kao kriterijuma za zasnivanje međunarodne nadležnosti za otvaranje glavnog stečajnog postupka, Uredba svakom od povezanih društava pristupa zasebno, bez obzira na činjenicu da pripadaju grupi društava. U krajnjoj liniji, Uredba i ne sadrži pojam povezanih društava. Ona prevashodno želi da koordinira glavne i sporedne stečajne postupke koji se vode protiv jednog dužnika, a ne protiv više povezanih dužnika. Štaviše, uspostavljanje veze između postupaka protiv povezanih društava je potpuno izostalo, što znači da je prepušteno nacionalnim zakonodavstvima i stečajnoj praksi.⁴ Shvativši da je ovakva situacija neprihvatljiva, Evropska komisija je krajem 2012. godine sačinila Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima, kojima je, izme-

1 U teoriji se ukazuje na to da „nacionalna i međunarodna regulativa stečaja ne može više da ignoriše realnost i osobene probleme korporativnih grupa“. J. S. Ziegel, „Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: a Canada – United States Perspective“, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, VII/2002, 392.

2 Stečaj grupa povezanih društava je „najznačajniji nerešeni problem međunarodnog stečajnog prava“. S. L. Bufford, „Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal“, *American Bankruptcy Law Journal*, 86/2012, 687.

3 Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings – Uredba o stečajnim postupcima, *Official Journal of the European Communities* L 160, 30.6.2000.

4 I. Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford University Press 2009, 93.

đu ostalog, malim delom uredila i materiju stečaja povezanih društava.⁵ Predlog i dalje zadržava isti pristup kao i do sada, koji se svodi na stečajnopravnu zasebnost svakog od stečajnih dužnika članova grupe. Novina je u tome što se sada uvodi obaveza koordinacije stečajnih postupaka otvorenih protiv različitih članova iste grupe povezanih društava, i to tako što se stečajni upravnici i sudovi obavezuju da između sebe razmenjuju informacije i saraduju. Konkretan modalitet saradnje će se razlikovati od slučaja do slučaja. Na ovaj način, Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima istovetnu saradnju koja je propisana između glavnog i sporednih stečajnih postupaka, koji se vode protiv istog dužnika, propisuje i za odnose između postupaka (glavnih i sporednih), koji se vode protiv različitih dužnika, ali koji pripadaju istoj grupi povezanih društava. Premda se ovakvo rešenje može kritikovati kao minimalističko, ono je realno, jer će izazvati najmanji otpor država članica, te su šanse za usvajanje Predloga velike.

UNCITRAL Model zakon o prekograničnoj insolventnosti iz 1997. godine (dalje u tekstu: Model zakona),⁶ jednako kao ni Uredba o stečajnim postupcima, eksplicite ne pominje materiju stečaja povezanih društava. Na taj način je prihvaćen pragmatičan pristup, a analiza ove složene materije je ostavljena za kasniju etapu razvoja pravila međunarodnog stečaja. Nakon usvajanja Model zakona, UNCITRAL je doneo i Zakonodavni vodič za stečajno pravo.⁷ Cilj vodiča je da ponudi državama (prevažodno državama u razvoju) efikasan pravni okvir za situacije kada se dužnik nađe u finansijskim problemima. Tema stečaja povezanih društava je prikazana u najkraćim crtama, ukazujući samo na osnovne probleme koji se tu javljaju.⁸ Za razliku od drugih delova, Vodič u ovoj materiji nije propisao nikakve preporuke.

Posle usvajanja Zakonodavnog vodiča za stečajno pravo, UNCITRAL je 2010. godine doneo Zakonodavni vodič koji se odno-

5 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) 1346/2000 on insolvency proceedings – Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima, Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 744 final, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_en.pdf (15.1.2013.), čl. 42a–42d.

6 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency – Model zakon, 15. decembar 1997. godine.

7 UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Zakonodavni vodič, 2. decembar 2004. godine.

8 Zakonodavni vodič, 276–279.

si na pravni tretman povezanih društava u stečaju.⁹ Ovaj vodič predstavlja celinu sa Vodičem iz 2004. godine, i to tako što je na originalni Vodič, koji se sastoji iz dva dela, dodao treći deo koji se bavi specifičnom stečajnom problematikom – stečajem povezanih društava. Prva dva dela Vodiča su primenljiva i na povezana društva, dok je treći deo specijalizovan samo za problematiku stečaja grupacija. Reč o značajnom dokumentu, u kome su sadržane brojne preporuke u vezi sa raznovrsnim problemima koji se javljaju kod stečaja povezanih društava. Međutim, značaj Vodiča je bitno umanjen činjenicom da on nije obavezujući pravni izvor, već samo instruktivan, koji treba da pomogne zakoniscima kada se odluče za uređivanje ove tematike.

Izuzetak od pravila da međunarodni izvori ne uređuju oblast stečaja povezanih društava predstavljaju Principi formulisani 2003. godine od strane Američkog pravnog instituta, pod nazivom „Transnacionalna insolventnost – principi kooperacije između država članica NAFTA sporazuma“ (engl. *Transnational Insolvency – Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*), a koji se primenjuje između država članica NAFTA sporazuma.¹⁰ Oni eksplicite pominju korporativne grupe, te omogućavaju procesnu ili materijalnu konsolidaciju između više različitih stečajnih postupaka koji se vode protiv više dužnika. Međutim, faktori koji utiču na konsolidaciju postupaka su, kao i do tada, prepušteni stečajnoj praksi. Osim dva principa koji se isključivo odnose na povezana društva, ALI Principi uvode i niz drugih pravila, koja su od velikog značaja i za stečaj povezanih društava (na primer, korišćenje protokola, prekogranična prodaja imovine, i sl.).

2. POJMOVNO ODREĐENJE POVEZANIH DRUŠTAVA ZA POTREBE (MEĐUNARODNOG) STEČAJA

Prvo pitanje koje se postavlja prilikom regulisanja materije stečaja povezanih društava se odnosi na sam pojam povezanih društava. Nažalost, u pravnim sistemima po pravilu ne postoji opšta definicija

9 UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency – Zakonodavni vodič za povezana društva, 1. jul 2010. godine.

10 Vid.: *Transnational Insolvency – Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries – ALI Principi, proceduralni principi 23 i 24.*

povezanih društava, već se za svaku posebnu oblast odvojeno definiše ovaj pojam. Tako se pojam povezanih društava odvojeno utvrđuje za potrebe prava privrednih društava, poreskog prava, računovodstvenog prava, radnog prava, i sl. Istom logikom razmišljanja dolazi se do zaključka da pojam povezanih društava u stečajnom pravu treba da bude prilagođen ciljevima koji se žele postići stečajnom regulativom. Prema tome, treba se založiti za uvođenje tzv. stečajnopravnog pojma povezanih društava.

Tradicionalno se povezana društva vezuju za postojanje odnosa matičnog i zavisnog društva, tako što matično društvo van svog sedišta obavlja delatnosti preko zavisnog društva. Na taj način se stvara piramidalna (hijerarhijski ustrojena) struktura, u kojoj matično društvo poseduje sve ili većinu glasačkih akcija ili udela u zavisnim društvima, bez obzira da li su strana ili domaća, i po tom osnovu ih kontroliše ili ima mogućnost da ih kontroliše. Kontrola se može definisati kao pravo ili mogućnost jednog lica da, direktno ili indirektno, vrši uticaj na poslovanje drugog lica.¹¹ Nije sporno da pojam povezanih društava obuhvata društva povezana učešćem u osnovnom kapitalu, na osnovu koga se uspostavljaju hijerarhijski odnosi, tj. odnosi dominacije. Međutim, danas su sve prisutnija povezana društva, koja delatnosti obavljaju na decentralizovan način, tj. kod kojih postoji veći stepen samostalnosti i autonomije učestvujućih društava. Za razliku od tradicionalne hijerarhijske strukture, ovde su društva manje-više ravnopravna, te veza između njih po pravilu nije zasnovana na kontroli, već na koordinaciji poslovanja. Primera radi, društva mogu da se povežu putem uzajamnog kapital-učešća, gde umesto da jedni druge kontrolišu u smislu dominacije, oni usklađuju svoje aktivnosti kako bi ostvarili što bolje poslovne rezultate. Centralizovana i decentralizovana povezana društva su dve varijante društava povezanih učešćem u osnovnom kapitalu.

Pored učešća u osnovnom kapitalu, osnov povezivanja društava može biti i ugovor (društva povezana ugovorom). Ugovor će predstavljati osnov za nastanak povezanih društava, ako su ispunjeni uslovi ostvarivanja kontrole, mogućnosti ostvarivanja kontrole ili koordinacije između učestvujućih društava. Premda je osnov nastanka različit, u svojim praktičnim efektima ugovorno povezivanje može biti gotovo identično povezivanju kapital-učešćem. Osim očiglednih primera ugo-

11 O faktorima koji predstavljaju indiciju postojanja kontrole više vid.: Zakonodavni vodič za povezana društva, 15–16.

vora koji imaju ovakav efekat, poput ugovora o kontroli i upravljanju (tzv. preduzetnički ugovori), osnov povezivanja mogu biti i brojni trgovinski ugovori, kao što su ugovor o franšizingu, ugovor o distribuciji, i sl., naravno, pod uslovom da je ispunjen gore pomenuti uslov kontrole ili koordinacije.¹²

Za potrebe stečaja, postavlja se pitanje da li je opravdano prihvatiti užu ili širu koncepciju povezanih društava. Osnovni argument u prilog prihvatanja uže koncepcije, tj. svođenje na odnose koje karakteriše kontrola ili mogućnost kontrole (na primer, odnos matičnog i zavisnih društava), je jednostavnost u primeni i jasnost ovakvog rešenja.¹³ Međutim, pojmovno ograničavanje povezanih društava samo na ove situacije bi bilo pogrešno, jer iz stečajnopravnog ugla nema opravdanja da se zanemare neki vidovi povezivanja, pogotovu imajući u vidu da su ekonomski posmatrano oni veoma slični odnosu matičnog i zavisnih društava. Prema tome, potrebno je uključiti i društva koja karakteriše koordinacija aktivnosti, a ne samo da odlučujući faktor bude ostvarena kontrola ili mogućnost ostvarivanja kontrole. Razlog za to treba tražiti u ciljevima koji se žele postići stečajnom regulativom povezanih društava, a ona je podjednako primenljiva i na društva povezana učešćem u osnovnom kapitalu i društva povezana ugovorima, odnosno na društva koja su povezana kontrolom ili mogućnošću ostvarivanja kontrole i na koordinirana društva. U svakom slučaju, povezana društva ne obuhvataju ugovorna povezivanja nastala u cilju izvršenja određenog pravnog posla, jer je tu kontrola ili koordinacija samo delimična i odnosi se samo na jedan izolovani slučaj.¹⁴ Takođe, ne smatraju se povezanim društvima ni odnos poverioca i dužnika (na primer, banke i korisnika kredita), bez obzira na eventualnu mogućnost poverioca da utiče na poslovanje dužnika.¹⁵

Međunarodni dokumenti koji uređuju ovu materiju u osnovi prihvataju širu koncepciju povezanih društava. Tako, prema UNCITRAL-ovom Zakonodavnom vodiču za povezana društva, nije od značaja pravna priroda odnosa između povezanih društava, već suština tog odnosa.¹⁶ Na generalnom, vanstečajnom planu, slična koncepcija je in-

12 Više vid.: I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 20–21.

13 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 23.

14 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 25.

15 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 25.

16 Zakonodavni vodič za povezana društva, 15.

korporirana i u OECD Smernice za multinacionalna preduzeća. One kao ključnu karakteristiku multinacionalnih preduzeća navode mogućnost koordiniranja aktivnosti više društava, dok drugi faktori nisu odlučujući.¹⁷ Prema tome, jasno je da i Vodič i Smernice pod povezanim društvima podrazumevaju i društva povezana kapital-učešćem i društva povezana ugovorima.

Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima sadrži preciznu definiciju povezanih društava. Prema njoj, povezana društva obuhvataju više kompanija koje se sastoje iz matičnih i zavisnih društava. Matično društvo je određeno kao društvo koje:

- ima akcije ili udele koje mu obezbeđuju većinu glasačkih prava u drugom društvu; ili
- je akcionar ili član zavisnog društva i ima pravo da:
 - ✓ imenuje ili razreši većinu članova organa uprave tog zavisnog društva; ili
 - ✓ vrši dominantan uticaj na zavisno društvo, na osnovu ugovora zaključenog sa zavisnim društvom ili odredbe u njegovim internim aktima.

Prikazana složena definicija povezanih društava jasno govori u prilog dominacije šireg shvatanja pojma povezanih društava za potrebe (međunarodnog) stečajnog prava.

3. PRONALAZENJE RAVNOTEŽE IZMEĐU PRINCIPA ODVOJENIH PRAVNIH SUBJEKTIVITETA I PRINCIPA JEDINSTVA GRUPE

Osnovna kontroverza koja prati regulisanje stečaja povezanih društava je pronalazenje prave mere između dva suprotstavljena principa: principa odvojenih pravnih subjektiviteta povezanih društava i principa jedinstva grupe. Suština je u tome kom od ova dva principa treba dati prednost, onom koji je zasnovan na pravnoj realnosti ili onom koji je zasnovan na ekonomskoj realnosti. Princip odvojenih pravnih subjektiviteta zagovara da se svaki pravni subjekt, koji ima pasivnu stečajnu sposobnost, mora odvojeno posmatrati. Bez obzira

17 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing, 2011, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>, 17–18.

na eventualne snažne veze koje postoje sa drugim društvima, dužnik ima svoju imovinu odvojenu od imovine ostalih članova grupe, ima svoje poverioce i dužnike, koji nisu u isto vreme i poverioci, odnosno dužnici drugih članova grupe, i sl. Na ovaj način se poštuje princip kompanijskog prava, prema kome grupe povezanih društava nemaju pravni subjektivitet.¹⁸ U nemačkom pravu se za označavanje ovog principa tradicionalno koristi maksima „jedno lice – jedna imovina – jedan stečaj“.¹⁹

Na ovaj princip se nadovezuje princip ograničene odgovornosti akcionara, odnosno članova za obaveze društva, kao možda i najznačajniji princip prava društava kapitala. Premda članovi grupe povezanih društava mogu biti sva pravna lica, u praktičnom smislu najznačajniji članovi su društva kapitala. Zbog toga se može zaključiti da princip odvojenih pravnih subjektiviteta suštinski treba da zaštiti princip ograničene odgovornosti članova za obaveze društva, tj. matičnog društva za obaveze zavisnog društva. Tradicionalno stečajno pravo povezanih društava poštuje ova dva principa.

Princip jedinstva grupe je produkt modernog doba. On polazi od činjenice da su pravno samostalni subjekti tako povezani da čine ekonomsko jedinstvo. Prihvatanjem ovog principa pravo bi primat dalo suštini u odnosu na formu. Primena principa jedinstva grupe ne znači da se formira neki novi pravni subjekt. Naprotiv, jedini subjekti u pravu ostaju članovi grupe. Priznanjem jedinstva se ne negira princip samostalnih pravnih subjektiviteta, već se u tačno određenim, usko definisanim oblastima, njemu daje prioritet, jer se na taj način efikasnije ostvaruju ciljevi koje pravo želi da dostigne. Stečaj je upravo jedna od tih oblasti, u kome povezana društva stvaraju brojne pravne probleme, koji se bolje mogu rešiti primenom koncepta jedinstva grupe.

Moderno i razvijeno stečajno pravo ne treba da zagovara isključivu primenu bilo kog od dva pomenuta principa u stečaju povezanih društava. U praksi će biti veoma retke situacije u kojima će se ukazati potreba za primenom samo jednog od ova dva principa. Pravilo će biti primena oba principa, ali sa različitim dejstvom. U određenim situacijama će biti opravdano da se princip odvojenih pravnih subjektivite-

18 H. Hirte, „Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups’ Insolvencies“, *European Company and Financial Law Review*, 2/2008, 214.

19 *Ibid.*

ta samo blago koriguje primenom nekih instituta koji svoju teorijsku osnovu imaju u principu jedinstva grupe (na primer, uvođenjem obaveze saradnje i razmene informacija između stečajnih postupaka koji se vode protiv različitih subjekata iste grupe povezanih društava). Druge okolnosti će, pak, opravdavati suprotan pristup, prema kome će se poći od principa jedinstva, koje će nakon toga biti modifikovano nekim pravilima karakterističnim za princip odvojenih pravnih subjektiviteta. Primera radi, moguće je da stečajno pravo jedne države sprovede postupak materijalnog objedinjavanja stečajnih postupaka, a da se potom obezbeđeni poverioci izuzmu iz ovakvog režima.

Iz navedenog se vidi da stečajno pravo ne treba svojim rešenjima da stane na stranu ni principa odvojenih subjektiviteta ni principa jedinstva grupe. U svakom konkretnom slučaju je potrebno utvrditi kom od dva principa treba dati prednost, a nakon toga i ustanoviti modalitet uključivanja drugog principa. Na taj način se u stečaju povezanih društava primenjuje balansiran pristup, jer se teži uspostavljanju ravnoteže između ekonomske i pravne realnosti.

4. PROBLEMATIKA PREKOGRANIČNOG STEČAJA – PRINCIP UNIVERZALNOSTI *ν.* PRINCIP TERITORIJALNOSTI

Dilema između principa odvojenih subjektiviteta i principa jedinstva grupe je karakteristična za svaku grupu povezanih društava, bez obzira da li je nacionalna (svi članovi grupe pripadaju istoj državi) ili međunarodna (svi članovi grupe ne pripadaju istoj državi). Kod međunarodnih grupa povezanih društava se javlja još jedna teorijska dilema, a ona se svodi na dobro poznatu kontroverzu između primene dva antagonistička principa: principa teritorijalnosti i principa univerzalnosti.²⁰ Princip teritorijalnosti štiti nacionalne interese, i to tako što predlaže da svaka država vodi stečajni postupak protiv dužnika koji imaju njenu nacionalnu pripadnost. Princip univerzalnosti se zasniva na doslednoj primeni principa jedinstva grupe, što u najekstremnijoj varijanti vodi otvaranju jednog stečajnog postupka protiv čitave grupe

20 Više vid.: I. Mevorach, „Towards a Consensus on the Treatment of Multinational Enterprise Groups in Insolvency“, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 18/2010, 385–386.

povezanih društava, i to u onoj državi za koju je ustanovljeno da predstavlja centar grupe.²¹

Nesporno je da danas u svetu dominira princip teritorijalnosti kada je reč o stečaju dva ili više članova poslovne grupe. Ovakvo rešenje je u suprotnosti sa rešenjem koje dominira u kontekstu stečaja pojedinačnog dužnika, jer se tada primenjuje princip modifikovane univerzalnosti. Modifikovana univerzalnost se zasniva na sledećoj ideji: u odnosu na jednog dužnika može postojati samo jedan glavni stečajni postupak, koji ima univerzalan karakter, a pored njega je dozvoljeno otvaranje više sekundarnih stečajnih postupaka, koji imaju teritorijalni karakter. Otuda se u odnosu na svakog člana grupe povezanih društava može otvoriti jedan glavni i više sporednih stečajnih postupaka. Ako pretpostavimo da se stečajni postupak otvara protiv nekolicine ili svih članova grupe, jasno je da je broj mogućih stečajnih postupaka višestruko uvećan, što otežava uzajamnu saradnju i komunikaciju. Princip teritorijalizma u materiji stečaja povezanih društava se nadovezuje na primenu principa modifikovane univerzalnosti, tako što država koja je međunarodno nadležna za sprovođenje stečajnog postupka u odnosu na pojedinačnog člana grupe, želi da zadrži tu svoju nadležnost, a ne da je prenese na neko drugo zakonodavstvo u kome se nalazi centar grupe. Zbog toga neki autori smatraju da se na stečaj povezanih društava umesto teorije modifikovane univerzalnosti primenjuje teorija dvostruko modifikovane univerzalnosti.²²

Tako posmatrano stečaj povezanih društava treba da balansira ne samo između principa odvojenih pravnih subjektiviteta i principa jedinstva grupe, već i između principa teritorijalnosti i principa univerzalnosti. U svakom slučaju, praksa uvek polazi od primene principa odvojenih pravnih subjektiviteta i teritorijalnosti, što praktično znači da će se primenjivati odvojeni stečajnopravni režimi na svakog člana grupe povezanih društava. Međutim, da li će se i u kojoj meri ovi principi korigovati uvođenjem elemenata univerzalnosti, zavisi od toga nad kim je otvoren stečajni postupak, kakve su karakteristike konkretne grupe povezanih društava i koji se ciljevi žele postići stečajnom regulativom.

21 Više o principu univerzalnosti u postupku međunarodnog stečaja vid.: V. Radović, „Princip čiste univerzalnosti u međunarodnom stečaju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 261–278.

22 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 20, 422.

5. KLJUČNI FAKTORI RELEVANTNI ZA PRIMENU ODGOVARAJUĆIH STEČAJNIH REŠENJA

Rešenja koja treba primeniti u odnosu na stečaj grupe povezanih društava su determinisana brojnim faktorima, a u daljem tekstu će biti više reči o nekoliko najznačajnijih.

5.1. *Stečajni scenario – nad kim je otvoren stečajni postupak?*²³

Prvo pitanje od koga se polazi je broj dužnika, članova grupe, nad kojima je otvoren stečajni postupak. U tom pogledu se mogu razlikovati tri situacije: prva, kada je došlo do finansijskog kolapsa cele grupe, te je stečajni postupak otvoren u odnosu na svakog člana; druga, kada je stečajni postupak otvoren protiv dva ili više, ali ne i svih članova grupe; i treća, kada se postupak otvori samo nad jednim članom grupe. Poslednja situacija je pravno najjednostavnija, jer se u tom slučaju brojni instituti koje nudi stečajno pravo poslovnih grupa ne mogu primeniti, jer se oni vezuju za postojanje više stečajnih postupaka. Primena načela odvojenog pravnog subjektiviteta i teritorijalnosti se ovde ne dovode u pitanje. Akcenat će u tom postupku biti na posebnom stečajnom tretmanu pravnih poslova zaključenih sa drugim članovima grupe, kao i pitanju odgovornosti drugih članova za obaveze stečajnog dužnika.

Najdalekosežnije pravne posledice su moguće kada svi članovi grupe povezanih društava padnu pod stečaj. Tada sva pravila i sve kontroverze međunarodnog stečaja povezanih društava dolaze do punog izražaja. Slična situacija može nastupiti i u slučaju da su samo neki članovi grupe u stečaju. Međutim, tada je prethodno potrebno utvrditi kakav je odnos između članova grupe nad kojima je otvoren stečajni postupak. Ako su ti članovi grupe direktno povezani (na primer, u stečaju se nalaze matično društvo i dva njemu zavisna društva), postojaće izraženija potreba za koordinacijom stečajnih aktivnosti. Indirektna povezanost društava članova iste grupe (na primer, matično društvo i društvo unuka ili dva zavisna društva – društva sestre) podrazumeva slabije uzajamne veze, što posledično znači i manju potrebu za posebnom posebnih stečajnopravnih instituta vezanih za grupe povezanih društava.

23 Više vid.: I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 130.

5.2. Dve suštinske podele grupa povezanih društava

Prema stepenu integrisanosti i međusobne zavisnosti članova, sve grupe povezanih društava se mogu podeliti na: a) imovinski integrisane grupe, b) poslovno integrisane grupe i c) neintegrisane ili slabo integrisane grupe.²⁴

a) Imovinski integrisane grupe podrazumevaju visok stepen integrisanosti članova grupe povezanih društava. Integrisanost postoji na polju finansija i imovine, što se u praksi manifestuje u vidu mešanja imovine i obaveza pravno odvojenih subjekata. Suština nije u integraciji poslovanja, već u mešanju sadržine entiteta.²⁵ Do mešanja može doći slučajno – nemarom rukovodilaca ili namerno – sprovođenjem planske strategije, željom da se prevare poverioce i sakrije imovina, i sl.²⁶ Ovaj vid integrisanosti vodi gubitku osnovnih karakteristika odvojenih subjektiviteta, i to tako što suštinski ne postoji imovina članova, već samo imovina grupe, što su obaveze članova obaveze grupe, što treća lica kada zaključuju ugovor sa članom imaju u vidu postojanje grupe kao druge ugovorne strane, i sl. U svakom slučaju, imovinski integrisane grupe su najpogodniji kandidati za sprovođenje materijalne konsolidacije stečajnih postupaka, kao najdalekosežnije mere koja se može preduzeti u stečaju povezanih društava.²⁷

b) Poslovno integrisane grupe obuhvataju imovinski samostalne i nezavisne članove, čije je poslovanje integrisano u jedan koherentan sistem. Uobičajeno se na čelu grupe povezanih društava nalazi matično društvo koje vrši koordinaciju poslovanja svih ostalih članova grupe, i to tako što svako društvo obavlja jedan segment aktivnosti od značaja za grupu u celini. Primera radi, u okviru grupe povezanih društava koja obavlja delatnost proizvodnje i prodaje automobila, neka društva bi mogla da vrše istraživanja, druga proizvodnju, treća marketing i prodaju, itd. Praktično posmatrano, ove vrste povezanih društava imaju jedinstvenu poslovnu strategiju, čiji je osnovni cilj ušteda troškova i maksimiziranje profita. Imajući u vidu poslovnu povezanost članova, poslovno integrisane grupe su idealni kandidati za sprovođenje tzv. procesne konsolidacije stečajnih postupaka.

24 Više vid.: I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 130–133.

25 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 132.

26 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 132.

27 U teoriji ima mišljenja da je koncept integrisanih grupa preterano neodređen. Vid.: S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 722.

c) Neintegrisane ili slabo integrisane grupe obuhvataju društva povezana učešćem u osnovnom kapitalu ili ugovorom, a koja nisu integrisana, bilo u poslovnom bilo u imovinskom smislu te reči, ili su integrisana ali u neznatnoj meri. Ova društva posluju samostalno i nezavisno od drugih članova grupe. Stečajne postupke u odnosu na članove ovakve grupe povezanih društava će karakterisati primena principa odvojenih pravnih subjektiviteta i principa teritorijalnosti.

Prema stepenu centralizacije upravljanja i kontrole, sva povezana društva se mogu podeliti na: a) centralizovane grupe i b) decentralizovane grupe.²⁸

a) Centralizovane grupe su one grupe povezanih društava kod kojih postoji jedan centar iz koga se upravlja i iz koga se kontroliše čitava grupa (tzv. „mozak“ grupe). Premda su se one tradicionalno vezivale za vertikalno povezana društva, zasnovana na učešću u osnovnom kapitalu, na čijem čelu se nalazi matično društvo, danas je jasno da u ovu grupu mogu spadati i ugovorno povezana društva, pod uslovom da su se obavezala da se podvrgnu zajedničkoj upravi i kontroli.

b) Decentralizovane grupe karakteriše značajna autonomija društava koja je sačinjavaju. I te grupe mogu imati centar (na primer, matično društvo), ali je on više zadužen za koordinaciju aktivnosti i nadzor, nego za upravljanje i kontrolu. Kao posebna varijanta decentralizovanih grupa se izdvajaju tzv. horizontalne grupe, koje nemaju zajednički centar, već putem sistema uzajamnih kapital-učešća koordiniraju svoje aktivnosti i jedni druge kontrolišu.

U praksi postoje i neke specifične vrste centralizovanih i decentralizovanih grupa. Jedna od takvih je grupa povezanih društava sa više centara (glava), koje kontrolišu (kod centralizovanih) ili koordiniraju (kod decentralizovanih) aktivnosti u odnosu na njima potčinjena društva. Ovo se postiže putem stvaranja tzv. holding blizanaca, koji se nalaze u različitim državama, ili zaključivanjem ugovora o zajedničkom poduhvatu između dva ili više matičnih društava.²⁹

Podela na centralizovane i decentralizovane grupe ima velikog praktičnog značaja u stečajnom postupku. Relevantnost će se ispoljavati u odnosu pitanje centra glavnih interesa grupe i odgovornosti za obaveze društava koja se nalaze u stečajnom postupku.

28 Više vid.: I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 133–135.

29 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 4, 135.

5.3. Stečajni ciljevi

Prilikom odlučivanja na koji način pristupiti materiji stečaja grupe povezanih društava uvek treba imati u vidu ciljeve koji se žele postići. Načelno posmatrano, svi ciljevi stečajnog postupka su u isto vreme i ciljevi stečaja poslovnih grupa. Međutim, neki od klasičnih ciljeva se ispoljavaju na specifičan način, dok su drugi ciljevi indukovani činjenicom da članovi grupe povezanih društava ne pripadaju istoj državi. U svakom slučaju, posebno treba voditi računa o sledećim ciljevima.

1) Maksimizacija vrednosti stečajne mase. Osnovni cilj od koga stečajno pravo uvek polazi je maksimiziranje vrednosti stečajne mase, što znači da stečajni organi treba da učine sve kako bi se stečajna masa održala, eventualno uvećala, a na kraju i prodala po najpovoljnijoj ceni, u što kraćem roku, sa što manje troškova. Samo se na taj način omogućava najpovoljnije namirenje stečajnih poverioca. U stečaju članova grupe povezanih društava ostvarivanje ovog cilja je posebno otežano, jer odvojena prodaja imovine svakog člana posebno ne mora ekonomski posmatrano biti najbolje rešenje.³⁰ Naime, imajući u vidu brojne veze (finansijske, poslovne, imovinske...) koje postoje između povezanih društava, često će biti mnogo praktičnije i isplativije, prodavati imovinu cele grupe, nego svakog od članova pojedinačno.³¹ Na taj način se, zbog veće raznovrsnosti predmeta prodaje, a time i strategija prodaje, omogućava postizanje više cene. Reči profesora *Rasmussen-a*, „veličina pite je mnogo značajnija od veličine parčeta“, na najbolji način oslikavaju ovu ideju.

2) Snižavanje troškova. U kontekstu stečaja povezanih društava, snižavanje troškova kao poseban cilj stečajne regulative ima dodatni smisao. On će posebno doći do izražaja u situacijama kada su grupe integrisane, a naročito imovinski integrisane, jer će tada postojati potreba da se u svakom od brojnih stečajnih postupaka izvrše iste ili slične radnje. To znači da bi dosledna primena principa odvojenih pravnih subjektiviteta vodila multiplikovanju troškova. Zbog toga bi stečajna centralizacija dovela do ušteda. Takođe, celovita (globalna) perspektiva bi omogućila da se jednostavnije shvate često komplikovani imovinski odnosi između povezanih društava.

30 Više vid.: R. K. Rasmussen, „The Problem of Corporate Groups, a Comment on Professor Ziegel“, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, VII/2002, 401.

31 Slično: S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 693.

3) Omogućavanje reorganizacije. Fokusiranje stečaja samo na jednog člana grupe povezanih društava bi praktično posmatrano onemogućilo reorganizaciju u najvećem broju situacija. Izuzetak bi bili slučajevi kada su članovi grupe potpuno nezavisni i autonomni, tj. kada su povezani samo u pravnom, a ne i u ekonomskom smislu te reči. Integracija članova grupe obesmišljava parcijalnu stečajnu reorganizaciju, što znači da je jedino izvodljiva reorganizacija grupe povezanih društava u celini, odnosno one celine unutar grupe koja je integrirana.

4) Predvidljivost i izvesnost. Pravila vezana za stečaj povezanih društava treba da budu što je moguće preciznija, na osnovu kojih bi treća lica mogla da prevede gde će se u slučaju ispunjenosti stečajnog razloga otvoriti stečajni postupak nad konkretnim članom grupe, tj. koje će stečajno pravo biti primenjeno u tom postupku. U tom pogledu, posebno će doći do izražaja svi problemi vezani za neodređenost standarda „centar glavnih interesa grupe“. Zbog toga je potreban dodatni napor kako bi se ovaj standard učinio izvesnijim i predvidljivijim u odnosu na treća lica. U krajnjoj liniji, predvidljivost će uticati na smanjivanje broja neopravdanih *forum shopping-a*.³²

5) Očuvanje ranije stečenih prava. Stečajno pravo polazi od načela da sva prava koja su stečena pre otvaranja stečajnog postupka i dalje postoje, tj. stečajno pravo ih priznaje i poštuje.³³ U stečaju povezanih društava, ovo načelo dobija i dodatni smisao. Naime, može se desiti da lokalni poverilac (na primer, poverilac jednog zavisnog društva) ima određena prava prema dužniku, koja su mu priznata stečajnim i vanstečajnim pravom države kojoj pripada njegov dužnik, inače član grupe povezanih društava. Ako se otvori stečajni postupak u odnosu na celu grupu u nekoj drugoj jurisdikciji, različitoj od one kojoj pripada dužnik lokalnog poverioca, moguće je da stečajno pravo te države pravo lokalnog poverioca tretira na drugačiji način nego što bi to činilo stečajno pravo dužave njegovog dužnika (na primer, svrstava ga u lošiji isplati red, obezbeđeno potraživanje smatra neobezbeđenim, i sl.). Otuda, kakvo god da se pravo prihvati u odnosu na stečaj povezanih društava, mora se na odgovarajući način voditi računa o zaštiti interesa poverilaca svakog od članova grupe, što u teorijskom smislu znači da se univerzalnost koriguje teritorijalnošću.

32 S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 694.

33 I. Mevorach, *op. cit.* fn. 20, 371.

6. OSOBENI INSTITUTI STEČAJA POVEZANIH DRUŠTAVA

Stečajna praksa razvijenih država je iznedrila više osobenih instituta stečaja povezanih društava, od kojih su neki procesnopravne, a drugi materijalnopravne prirode. Među najznačajnije se svrstavaju: procesna koordinacija, materijalno objedinjavanje, zajednički predlog za pokretanje stečajnog postupka, subordinacija potraživanja povezanih društava, probijanje pravne ličnosti i obaveza plaćanja doprinosa.

6.1. Procesna koordinacija

Procesna koordinacija (engl. *procedural coordination, procedural consolidation, joint administration*) podrazumeva brojne mehanizme koordinacije stečajnih postupaka koji se vode protiv više povezanih društava, a sprovodi je jedan ili nekoliko sudova. Ona je nastala iz potrebe da se koordinira upravljanje stečajnim postupcima, a da se pri tom ne dira princip odvojenih pravnih subjektiviteta. Prema tome, imovina i obaveze svakog povezanog društva uključenog u procesnu koordinaciju ostaju odvojene i zasebne. Svaki član ostaje dužnik svojim poveriocima, a imalac svoje imovine. Na taj način se može reći da se procesne pogodnosti ostvaruju bez žrtvovanja materijalnih prava poverilaca i drugih zainteresovanih lica.³⁴ Principijelno posmatrano, procesna koordinacija ne dira prava poverilaca svakog od stečajnih dužnika, niti utiče na sastav stečajnih masa učestvujućih subjekata.³⁵

Primena ovog instituta je ograničena samo na jedinstveno upravljanje postupcima, tj. konsolidaciju procesnog aspekta stečaja, što znači da se time ne dira u materijalna pitanja. Procesna koordinacija treba da učini stečajne postupke efikasnijim i jeftinijim,³⁶ što u krajnjoj liniji vodi višem stepenu namirenja poverilaca.

Stečajni postupci se mogu koordinirati na različite načine. Među mehanizmima koji su do sada u praksi najčešće korišćeni se ističu:³⁷

34 J. S. Gilbert, „Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer“, *Vanderbilt Law Review*, 43/1990, 212.

35 J. Hightower, „The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy“, *Georgia Law Review*, 38/2003, 469–470.

36 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 212; J. Hightower, *op. cit.* fn. 35, 469.

37 Zakonodavni vodič za povezana društva, 32–33, preporuka br. 204.

- 1) imenovanje jednog ili istog stečajnog upravnika³⁸ – ovo je jedna od najznačajnijih mera koja je korišćena u svrhe procesne koordinacije. Njena osnovna prednost je u tome što se izbegavaju troškovi razmene informacija i saradnje koji bi postojali kada bi se u svakom stečajnom postupku imenovao stečajni upravnik. Osnovni nedostatak ove mere je potencijalni gubitak nezavisnosti i neutralnosti stečajnog upravnika;³⁹
- 2) imenovanje jednog odbora poverilaca;
- 3) razmena informacija, saradnja i koordinacija između sudova – ovaj mehanizam saradnje se može ostvariti na različite načine, poput, besplatne razmene informacija, zakazivanja zajedničkih ročišta ili koordinaciju tih ročišta, koordinacije u vezi sa usvajanjem protokola, i sl., a sudovi mogu u ove svrhe imenovati posebno lice ili telo koje će raditi po njihovim instrukcijama;⁴⁰
- 4) saradnja i razmena informacija između stečajnih upravnika – stečajni upravnici bi se mogli obavezati da: blagovremeno prosleđuju informacije koje bi mogle biti od značaja za drugi postupak, da ispituju mogućnost reorganizacije grupe povezanih društava, a u slučaju da takva mogućnost postoji da predlože zajednički plan reorganizacije, koordinirano upravljaju i vrše nadzor nad poslovanjem učestvujućih društava, i sl.;⁴¹
- 5) razmena informacija i saradnja između stečajnih upravnika i sudova različitih dužnika;⁴²
- 6) garantovanje nekih procesnih prava stečajnim upravicima u stečajnim postupcima povezanih društava (na primer, pravo učešća u drugom postupku, pravo na predlaganje zajedničkog plana reorganizacije, i sl.);

38 Više vid.: C. G. Paulus, „Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches“, *Texas International Law Journal*, 42/2007, 826–827; H. Hirte, *op. cit.* fn. 18, 220–221.

39 Ovu meru izričito pominju američka Federalna pravila stečajne procedure (*Federal Rules of Bankruptcy Procedure*) u pravilima 1015(b) i 2009, gde se u slučaju kada sud odredi zajedničko upravljanje stečajnim masama povezanih društava, poveriocima daje mogućnost da imenuju jednog stečajnog upravnika. Posebna pažnja je posvećena i potencijalnom sukobu interesa imenovanog stečajnog upravnika.

40 Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima, čl. 42b.

41 Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima, čl. 42a.

42 Predlog izmena Uredbe o stečajnim postupcima, čl. 42c.

- 7) saradnja i koordinacija između odbora poverilaca;
- 8) koordinacija postupaka prijave i utvrđivanja potraživanja;
- 9) koordinacija korišćenja instituta pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika.

Kakvu će sadržinu u konkretnom slučaju imati procesna koordinacija u osnovi zavisi od dva faktora. Prvo, ona zavisi od karakteristika same grupe povezanih društava. Što su odnosi između članova tešnji, to će i potreba za procesnom koordinacijom biti veća. Teorijski posmatrano, najbolji kandidati za procesnu koordinaciju su poslovno integrisane grupe povezanih društava. Međutim, koje će se konkretne mere procesne koordinacije primeniti zavisi od specifičnih potreba tog slučaja. Drugim rečima, nema univerzalne i za sve slučajeve jednako primenljive sadržine procesne koordinacije, već nju indukuju konkretne okolnosti. Tako se može desiti da u jednom slučaju ona dovede do potpune centralizacije upravljanja postupcima, dok će u drugim ta centralizacija biti samo delimična. Otuda se može zaključiti da je fleksibilnost i prilagodljivost osnovna karakteristika procesne koordinacije. Drugo, osim karakteristika grupe, mere koordinacije će biti determinisane i nacionalnim stečajnim propisima. U tom pogledu treba praviti razliku između anglosaksonskih stečajnih sistema, koji su otvoreni za ovaj vid procesne saradnje, i kontinentalno-evropskih stečajnih sistema, čija stečajna pravila mogu biti kočnica za brojne vidove procesne koordinacije. Zbog toga je, naročito za kontinentalno-evropske pravne sisteme, važno da usvoje makar neka okvirna pravila kojima bi se omogućila procesna koordinacija.

Stečajno pravo bi kao minimum trebalo da uredi i sledeća pitanja vezana za procesnu koordinaciju:⁴³

- lica koja imaju aktivnu legitimaciju da podnesu predlog za procesnu koordinaciju – preporučuje se da to pravo ima povezano društvo, stečajni upravnik povezanog društva ili poverilac povezanog društva;
- vreme kada se predlog može podneti – u ovom pogledu je potrebno precizirati da se predlog može podneti već u trenutku podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, ali i naknadno;

43 Zakonodavni vodič za povezana društva, 33–34, preporuke br. 205–210.

- mogućnost naknadne promene ili ukidanja odluke o procesnoj koordinaciji;
- obaveza obaveštavanja svih povezanih društava o predlogu i odluci o procesnoj koordinaciji.

6.2. Materijalno objedinjavanje

Materijalno objedinjavanje (engl. *substantive consolidation*) je zbog dalekosežnog dejstva najkontroverzniji institut stečaja povezanih društava. On podrazumeva da se prava i obaveze svakog od povezanih društava tretiraju kao prava i obaveze grupe u celini. To znači: prvo, da se stečajne mase povezanih društava spajaju, te tako nastaje stečajna masa grupe, i drugo, da obaveze povezanih društava postaju obaveze grupe. Materijalno objedinjavanje se i definiše kao postupak u kome dolazi do spajanja imovine i obaveza različitih subjekata, koji se za svrhe sprovođenja stečajnog postupka tretiraju kao jedan subjekat.⁴⁴ Prema tome, za svrhe sprovođenja stečajnog postupka posledica materijalnog objedinjavanja je zanemarivanje pravnog subjektiviteta povezanih društava, a stvaranje novog stečajnog subjekta – grupe povezanih društava. Praktično rečeno, umesto da se vodi veći broj pojedinačnih stečajnih postupaka u odnosu na svako povezano društvo ponaosob, vodi se jedinstven kolektivan stečajni postupak, u odnosu na sva povezana društva.⁴⁵ Iz jedinstvene stečajne mase se namiruju svi poverioci svakog od povezanih društava.⁴⁶ Takođe, značajne posledice objedinjavanja su i prestanak međusobnih potraživanja povezanih društava,⁴⁷ eliminisanje višestrukih prijava jednog istog potraživanja prema različitim članovi-

44 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 209; William H. Thornton, „The Continuing Presumption Against Substantive Consolidation“, *Banking Law Journal*, 105/1988, 448; J. Hightower, *op. cit.* fn. 35, 470.

45 Ovo je i razlog zbog koga neki autori smatraju da materijalno objedinjavanje imanentno obuhvata i procesnu koordinaciju. Naravno, po prirodi stvari, svaka procesna koordinacija ne vodi materijalnom objedinjavanju. Vid.: J. Hightower, *op. cit.* fn. 35, 476–477.

46 Slično: Tatjana Jevremović Petrović, *Grupe privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 386.

47 J. M. Landers, „A Unified Approach To Parent, Subsidiary, and Affiliate Question in Bankruptcy“, *The University of Chicago Law Review*, 42(4)/1975, 630; J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 209; C. G. Berry, „Consolidation in Bankruptcy“, *American Bankruptcy Law Journal*, 50/1976, 347; T. J. Petrović, *op. cit.* fn. 46, 388.

ma grupe, kao i prestanak uzajamnih garancija,⁴⁸ što olakšava i pojednostavljuje sprovođenje stečajnog postupka.⁴⁹ Zbog toga se često ističe da se odluka o materijalnoj konsolidaciji pravda argumentima ekonomičnosti i efikasnosti.⁵⁰

Jasno je da ovaj institut ekonomsku realnost želi da prenese na pravni teren. On predstavlja najznačajnije odstupanje od principa odvojenih pravnih subjektiviteta⁵¹ i principa teritorijalnosti. Zbog toga, a imajući u vidu njegove dramatične posledice,⁵² primena materijalnog objedinjavanja mora biti u značajnoj meri ograničena, i to samo na one slučajeve gde je nesporno potrebna i opravdana.⁵³ Ovakav zaključak je u suprotnosti sa praksom nekih država, gde je materijalno objedinjavanje postalo pravilo za stečajne postupke velikih dužnika.⁵⁴

U poređna stečajna praksa pokazuje da sudovi nisu voljni da olako primene ovaj institut. Brojni faktori mogu predstavljati indicije za donošenje odluke o materijalnom objedinjavanju. Među njima se posebno ističu:⁵⁵ vođenje novčanih sredstava svih povezanih društava na istom računu kod jedne banke, teškoća razdvajanja individualnih prava i obaveza, razvijena praksa davanja zajmova unutar grupe i uzajamnih garancija, mešanje imovine, premeštanje imovine između povezanih

48 J. F. Conti, „An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases“, *The Business Lawyer*, 38/1983, 855.

49 O nekim procesnim problemima koji nastaju kao posledica materijalnog objedinjavanja, poput načina izračunavanja rokova za prijavu potraživanja i pobjivanja pravnih radnji stečajnog dužnika, više vid.: J. M. Landers, *op. cit.* fn. 47, 646–651.

50 T. J. Petrović, *op. cit.* fn. 46, 387.

51 T. E. Graulich, „Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 14/2006, 538.

52 Osnovna negativna posledica materijalnog objedinjavanja je u tome ona menja pravila u dužničko-poverilačkim odnosima za vreme trajanja igre. Vid.: W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 451.

53 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 210; C. G. Berry, *op. cit.* fn. 47, 343; T. E. Graulich, *op. cit.* fn. 51, 528; S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 738. „Materijalno objedinjavanje treba da ostane izrazito vanredno sredstvo za veoma vanredne okolnosti.“ W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 458.

54 Za sličnu praksu u američkom pravu više vid.: William H. Widen, „Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies From 2000 to 2005“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 16(1)/2008, 1–36.

55 Zakonodavni vodič za povezana društva, 62.

društava bez poštovanja pravnih formalnosti, imenovanje istih lica za direktore, potkapitalizacija, jedinstveno obavljanje nekih delatnosti (na primer, marketing, računovodstvo, i sl.), prevarno postupanje sa poveriocima, stvaranje konfuzije među poveriocima u pogledu toga sa kim su oni u pravnom odnosu, činjenica da bi materijalno objedinjavanje omogućilo reorganizaciju ili bi bilo u interesu poverilaca, itd.⁵⁶ Nijedan od navedenih faktora nije odlučujući. Bitno je da se u konkretnom slučaju spoji više faktora, koji u celini opravdavaju materijalno objedinjavanje.⁵⁷

Praksa je vremenom suzila broj relevantnih faktora. Danas se materijalno objedinjavanje uglavnom vezuje za slučajeve tzv. imovinski integrisanih povezanih grupa. UNCITRAL-ov Vodič preporučuje da se ovaj institut koristi samo u dva slučaja:⁵⁸

1. kada sud ustanovi da su imovina ili obaveze povezanih društava pomešani do te mere da se bez velikih izdataka i odlaganja ne može utvrditi ko je vlasnik imovine i dužnik obaveza; ili
2. kada sud ustanovi da su povezana društva bila uključena u prevarne aktivnosti, koje nemaju legitiman poslovni cilj, a kod kojih je materijalno objedinjavanje način da se anuliraju efekti tih aktivnosti.

U američkoj literaturi se posebno naglašavaju dva posebno relevantna faktora:⁵⁹ prvo, da su poverioci zaključivali ugovore sa dužnikom imajući u vidu celinu poslovne grupe,⁶⁰ i drugo, da su ekonomske aktivnosti dužnika u toj meri povezane da bi konsolidacija bila od

56 Više o faktorima koji opravdavaju materijalnu konsolidaciju u američkom pravu vid.: J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 215–216.

57 Odluka o materijalnoj konsolidaciji se zasniva na proceni okolnosti svakog pojednog slučaja, zbog čega se ističe da je ovo pitanje uvek *sui generis*, i do sada nisu razvijena univerzalno prihvaćena pravila. Vid.: W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 449.

58 Zakonodavni vodič za povezana društva, 71–72, preporuka br. 220.

59 Ovi faktori su prvi put primenjeni u SAD u slučaju *in re Augie/Restivo Baking Co.* (860 F.2d 515 (2d Cir. 1988)). U slučaju *in re Vecco Construction Industries, Inc.* (4 B.R. 407 (Bankr. E.D. Va. 1980)), stečajni sud je analizirao sedam faktora za koje je smatrao da su relevantni za donošenje odluke o materijalnom objedinjavanju.

60 O značaju opravdanih očekivanja poverilaca za donošenje odluke o materijalnom objedinjavanju više vid.: J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 218–220.

koristi svim poveriocima.⁶¹ Ovakav pristup je tradicionalan, a njegova osnovna karakteristika je u tome da se objedinjavanje dozvoljava samo u ekstremnim slučajevima. Kasnije je uočen trend snižavanja uslova za primenu instituta materijalnog objedinjavanja, koji je u teoriji poznat kao moderan ili liberalan trend.⁶²

U svakom slučaju, stečajni sud bi pre donošenja odluke trebalo da se uveri da bi materijalno objedinjavanje ostvarilo više koristi nego što bi nanelo štete.⁶³ Po prirodi stvari, primena ovog instituta ne bi trebalo da narušava osnovne principe stečajnog prava, a naročito da koristi nekim grupama poverilaca na štetu drugih, sa sličnim pravima.⁶⁴ Snižavanje standarda za donošenje odluke o materijalnom objedinjavanju bi imalo pogubne posledice na konačnost i pravnu perfektnost predstečajnih dužničko-poverilačkih odnosa.⁶⁵

Prema nekim autorima, prilikom donošenja odluke o materijalnom objedinjavanju potrebno je imati u vidu tri različite vrste faktora: 1) predstečajnu povezanost članova poslovne grupe (na primer, mešanje imovine i poslovnih odnosa, postojanje konsolidovanih finansijskih izveštaja, prenos imovine bez ikakvnih formalnosti, kontrola direktora zavisnih društava od strane matičnog društva, potkapitalizacija zavisnih društava, zajednički direktori, finansiranje zavisnog društva od strane matičnog, i sl.),⁶⁶ 2) odnos poverilaca prema grupi, tj. u kojoj meri će poverioci biti oštećeni predloženim materijalnim objedinjavanjem i 3) potencijalni uticaj objedinjavanja na stečajne mase.⁶⁷

Institut materijalnog objedinjavanja je nastao i razvio se u anglosaksonskim državama.⁶⁸ Države kontinentalne pravne tradicije su se

61 Vid.: J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 217.

62 Više vid.: T. E. Graulich, *op. cit.* fn. 51, 547–552.

63 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 217.

64 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 217.

65 Slično: T. E. Graulich, *op. cit.* fn. 51, 566.

66 Više vid.: J. F. Conti, *op. cit.* fn. 48, 858–859.

67 J. F. Conti, *op. cit.* fn. 48, 855, 857–858; W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 449.

68 O razvoju instituta materijalnog objedinjavanja u američkoj stečajnoj sudskoj praksi više vid.: J. M. Landers, *op. cit.* fn. 47, 633–640; D. G. Baird, „Substantive Consolidation Today“, *Boston College Law Review*, 47(5)/2005, 5–22; J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 220–231; R. Schupp, „Substantive Consolidation: The Evolution and Use of an Equitable Power“, *Commercial Law Review*, 96(4)/1991, 418–430; S. D. Amera, A. Kolod, „Substantive Consolidation: Getting Back to Basics“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 14(1)/2006, 2–46.

opirale njegovoj primeni. Međutim, vremenom su neke među njima promenile svoje prvobitno shvatanje. U tom pogledu je uputan primer Francuske,⁶⁹ u kojoj je Kasacioni sud 1991. godine izričito odbacio ideju konsolidacije različitih stečajnih postupaka, da bi nakon toga, zakonodavac uveo novi član u Trgovački zakonik, kojim je omogućio spajanje više stečajnih postupaka koji se vode protiv različitih dužnika, u slučaju da je njihova imovina pomešana ili da je jedno društvo samo paravan drugog.⁷⁰

Korisnost vođenja jednog stečajnog postupka je ilustrovao slučaj *Collins & Aikman*,⁷¹ u kome je engleski sud vodio stečajni postupak u odnosu na 24 povezana društva, koja su bila registrovana u 10 različitih država. Kako bi sprečila otvaranje sekundarnih stečajnih postupaka, sudija *Lindsay* je prihvatila da lokalnim poveriocima plati onaj iznos koji bi im pripao da je otvoren sekundarni stečajni postupak, bez obzira na činjenicu što se u ovom slučaju primenjivalo jedino englesko stečajno pravo. Premda ovako nešto ne bi bilo dozvoljeno stečajnim sudijama u najvećem broju država kontinentalne Evrope, epilog ovog slučaja je bio veoma povoljan, jer je celokupna imovina prodata po veoma visokoj ceni.

Materijalno objedinjavanje se često poredi sa probijanjem pravne ličnosti, te se posmatra kao stečajna analogija ovog opšteg instituta prava privrednih društava.⁷² Međutim, i pored određenih sličnosti, reč je o dva različita pravna instituta. Naime, probijanje pravne ličnosti omogućava poveriocima zavisnog društva da posegnu za imovinom matičnog društva, ali u isto vreme ne omogućava i poveriocima matičnog društva da se namire iz imovine zavisnog društva. Suprotno tome, materijalno objedinjavanje dovodi do spajanja stečajnih masa, što znači da se svi poverioci, i poverioci matičnog i poverioci zavisnog društva, namiruju iz jedinstvene imovine.⁷³ Prema tome, materijalno objedinjavanje ne narušava kompanijskopравни princip ograničene odgovornosti.⁷⁴

69 Vid.: H. Hirte, *op. cit.* fn. 18, 221–222.

70 Code de commerce, čl. L 621–2(2).

71 Re *Collins & Aikman Europe SA and other companies*, [2006] EWHC 1343 (Ch) (U.K.).

72 D. G. Baird, *op. cit.* fn. 68, 11; J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 218.

73 Više vid.: D. G. Baird, *op. cit.* fn. 68, 11–12. Isto i: T. E. Graulich, *op. cit.* fn. 51, 538.

74 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 218.

Materijalno objedinjavanje ima najviše sličnosti sa statusnom promenom spajanja.⁷⁵ I kod jednog i kod drugog instituta dolazi do objedinjavanja imovine i obaveza učestvujućih subjekata.⁷⁶ Ako se zanemare nesporne formalne razlike između njih, osnovna suštinska razlika odnosi se na razvijen koncept zaštite poverilaca svakog od učestvujućih subjekata u postupku spajanja. I kod materijalnog objedinjavanja stečajni sudija može da odluči da zaštiti neke poverioce nekog od povezanih društava, ali u tom pogledu nema automatizma, niti se može govoriti o pravu poverilaca na zaštitu. Ova razlika će posebno doći do izražaja u slučaju da dođe do materijalnog objedinjavanja društava kod kojih se značajno razlikuje racio ukupne zaduženosti (na primer, društvo sa visokim raciom zaduženosti se objedini sa društvom sa niskim raciom zaduženosti).⁷⁷ Na taj način se poverilac, koji je imao u vidu imovinu svog dužnika kao svojevrsnu garanciju za naplatu svog potraživanja, stavlja u poziciju da ispred sebe ima konsolidovanu imovinu povezanih društava.⁷⁸ Iako je cilj materijalnog objedinjavanja ostvarivanje principa pravičnosti⁷⁹ i jednakog tretmana poverilaca, ono u nekim slučajevima i u odnosu na određene poverioce može ostvariti potpuno suprotan efekat.⁸⁰ Uostalom, poverioci koji će predlagati materijalno objedinjavanje će biti upravo oni poverioci koji bi više dobili u takvom postupku nego u stečajnom postupku samo svog dužnika. Zbog toga neki autori figurativno govore o tome da se na materijalno objedinjavanje primenjuje Robin Hud doktrina,⁸¹ jer je njen efekat redistribucija bogatstva između poverilaca različitih subjekata.⁸² Za razliku od stečajnih poverilaca, materijalno objedinjavanje po pravilu ne utiče na prava obezbeđenih poverilaca.⁸³

75 U teoriji se ističe da je spajanje dva ili više privrednih društava najbliža vanstečajna analogija materijalnoj konsolidaciji u stečaju. Vid.: J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 212, fn. 33; S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 737.

76 S. L. Bufford, *op. cit.* fn. 2, 737–738.

77 R. Schupp, *op. cit.* fn. 68, 418–419. Slično: J. M. Landers, *op. cit.* fn. 47, 630.

78 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 213; W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 448–449; T. E. Graulich, *op. cit.* fn. 51, 527.

79 Više vid.: C. G. Berry, *op. cit.* fn. 47, 357–362.

80 R. Schupp, *op. cit.* fn. 68, 419. Slično i: T. J. Petrović, *op. cit.* fn. 46, 388.

81 S. Willett, „The Doctrine of Robin Hood a Note on ‘Substantive Consolidation’“, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 4/2005, 87–115.

82 S. D. Amera, A. Kolod, *op. cit.* fn. 68, 1.

83 T. J. Petrović, *op. cit.* fn. 46, 387.

Bez obzira na progresivan razvoj stečajne sudske prakse nekih država, i dalje se može kao tačna prihvatiti davno izrečena konstatacija da je materijalno objedinjavanje „zanemareni ugao prava“.⁸⁴ Imajući u vidu rasprostranjenost povezanih društava u svetu danas, neophodno je da se u ovu oblast uvede više pravne izvesnosti.⁸⁵ Zakonsko uređivanje ove materije dovelo je do toga da sudovi i teoretičari zagovaraju prihvatanje različitih standarda.⁸⁶ Razumevanjem pravnih posledica materijalnog objedinjavanja, kao i uslova pod kojima se ona može ostvariti, omogućila bi se veća predvidljivost, što posebno može doći do izražaja prilikom pripreme zajedničkog plana reorganizacije.⁸⁷ Međutim, ovi ciljevi nažalost do danas nisu ostvareni,⁸⁸ zbog čega i dalje važi stara teza da je pretpostavka protiv materijalnog objedinjavanja jedini univerzalno prihvaćeni standard u ovoj oblasti.⁸⁹

7. STEČAJ POVEZANIH DRUŠTAVA I SRPSKI ZAKON O STEČAJU

Zakon o stečaju⁹⁰ ne sadrži specifična pravila vezana za stečaj povezanih društava. Zakon je fokusiran isključivo na pojedinačni stečaj, tj. stečaj jednog stečajnog dužnika. Činjenica da je otvoreno više stečajnih postupaka protiv nekoliko povezanih društva, ništa ne menja u načinu njihovog sprovođenja. Oni će se voditi kao odvojeni postupci, bez obzira na to što bi se saradnjom, koordinacijom ili spajanjem mogli ostvariti pozitivni efekti u pogledu njihove efikasnosti. Ista je situacija i sa regulativom međunarodnog stečaja, gde problematika povezanih društava nije prepoznata kao relevantna. Ovo ne treba da čudi ako se ima u vidu da je srpska regulativa međunarodnog stečaja pisana pod velikim uticajem UNCITRAL-ovog Model zakona o prekogranič-

84 C. G. Berry, *op. cit.* fn. 47, 371.

85 U prilog zakonskom uređivanju ove materije više vid.: J. Hightower, *op. cit.* fn. 35, 477–488.

86 J. Maxwell Tucker, „Substantive Consolidation: The Cacophony Continues“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 18/2010, 185.

87 J. S. Gilbert, *op. cit.* fn. 34, 209.

88 Za pesimističan stav u pogledu trenutnog stanja sudske prakse u SAD više vid.: W. H. Widen, „Corporate Form and Substantive Consolidation“, *George Washington Law Review*, 75/2007, 238–239.

89 Više vid.: W. H. Thornton, *op. cit.* fn. 44, 448–458.

90 Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009.

noj insolventnosti, koji je namerno zaobišao tematiku međunarodnog stečaja povezanih društava.

Premda nema posebnih instituta koji se primenjuju na stečaj povezanih društava, činjenica da su dva društva povezana, ipak ima značaja u srpskom stečajnom pravu. Te specifičnosti se ispoljavaju u vidu posebnog pravnog tretmana potraživanja koja postoje između stečajnog dužnika i njemu povezanih društava, ili povezanih društava u odnosu na stečajnog dužnika. U tom pogledu se izdvajaju sledeća pravila.

1) Prvo pravilo se odnosi na izbor članova odbora poverilaca. Jedno od spornih pitanja koje se u vezi sa tim postavlja je u kojoj meri treba dozvoliti licima koja imaju slične interese da dominiraju odborom poverilaca. Ovo je posebno značajno kako bi odbor poverilaca na pravi način odražavao interese svih stečajnih poverilaca, a ne samo nekih kategorija. Imajući u vidu ovaj problem, pozitivno stečajno pravo poznaje dva ograničenja, od kojih se jedno vezuje za stečajne poverioce koji su međusobno povezana lica u smislu Zakona o privrednim društvima.⁹¹ Primera radi, ako su u stečajnom postupku potraživanja prijavili kontrolno društvo i njegovih pet zavisnih društava, može li se dozvoliti da ovih šest lica biraju nekoliko članova odbora poverilaca? Prihvatajući da je reč o ekonomski jednom entitetu, Zakon o stečaju onemogućava povezana lica da imaju više od jednog člana u odboru poverilaca.⁹² U ovom slučaju nije reč o tome da je stečajni dužnik deo grupe povezanih društava, već da su povezana društva stečajni poverioci stečajnog dužnika.

2) Drugo pravilo se odnosi na koncept povezanih lica kod pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika. Ono je značajno za pobijanje pravnih radnji uobičajenog namirenja i neposredno oštećenje poverilaca, jer se kod povezanih lica nesavesnost pretpostavlja. Pojam povezanih lica je širi od pojma povezanih društava. Tako se, povezanim licima smatraju i: član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu stečajnog dužnika, pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu Zakona o privrednim društvima, kao i lice koje je faktički u poziciji da vrši značajniji uticaj na poslovanje stečajnog dužnika.⁹³

91 Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 99/2011.

92 Zakon o stečaju, čl. 38, st. 4.

93 Zakon o stečaju, čl. 125.

3) Posebno pravilo vezano za povezana društva se primenjuje i kod klasifikovanja poverilaca u klase u postupku reorganizacije.⁹⁴ Naime, zakon je omogućio stečajnom sudiji da formira posebnu klasu poverilaca, ako na osnovu dostavljenih dokaza utvrdi da su poverioci koji imaju više od 30% potraživanja u okviru jedne od klasa: a) lica povezana sa licem koje je kontrolni član ili akcionar ili poseduje značajno učešće u kapitalu stečajnog dužnika, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; b) pravna lica u kojima su prethodno navedena lica direktno ili indirektno kontrolni članovi ili akcionari, odnosno poseduju značajno učešće u kapitalu, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; c) lica koja sa prethodno navedenim licima deluju zajedno u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva. Sva navedena lica čine jednu klasu, i ona ne glasa o planu reorganizacije.

4) Zakonom o privrednim društvima je uveden poseban stečajno-pravni tretman ugovora o zajmu i davanje obezbeđenja od strane člana (akcionara) ili sa njim povezanog lica društvu sa ograničenom odgovornošću (akcionarskom društvu).⁹⁵ Izmenama Zakona o stečaju je ta odredba u nešto izmenjenoj formi postala deo stečajnog zakona.⁹⁶ Ova odredba se može prikazati u vidu tri odvojena pravila.

Prvo, lice povezano sa stečajnim dužnikom koje je steklo potraživanje prema društvu dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajma, kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kome ti zajmovi nisu obezbeđeni, u stečajnom postupku se namiruje nakon poverilaca trećeg isplatnog reda, tj. nakon što se namire svi drugi stečajni poverioci, u okviru tzv. četvrtog isplatnog reda. Ovo pravilo se ne primenjuje na ona lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita ili zajmova.

Drugo, obezbeđenje koje je društvo dalo za zajam, odnosno druge pravne radnje koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, licu povezanom sa stečajnim dužnikom, u trenutku kada je bilo trajnije nesposobno za plaćanje ili u roku od godinu dana pre dana otvaranja stečaja nad društvom ne proizvodi pravno dejstvo u postupku stečaja nad društvom. Na taj način se obezbeđeno potraživanje trećeg lica u stečajnom postupku pretvara u neobezbeđeno potraživanje.

94 Zakon o stečaju, čl. 165, st. 5–6.

95 ZOPD, čl. 181 i 276.

96 Zakon o stečaju, čl. 54, st. 4, tač. 4 i 123, st. 2–3.

Treće, ako društvo vrati zajam povezanom licu u poslednjoj godini pre dana otvaranja stečaja nad društvom, to će se smatrati radnjom namernog oštećenja poverilaca podobnom za pobijanje.

Iz svega navedenog se može zaključiti da Zakon o stečaju uređuje samo neka osobena pitanja potraživanja povezanih lica prema stečajnom dužniku. Međutim, našoj stečajnoj sudskoj praksi nisu nepoznati pokušaji poverilaca da izdejstvuju objedinjavanje više odvojenih stečajnih postupaka, koji su se vodili protiv nekoliko članova grupe povezanih društava, imenovanjem jednog stečajnog upravnika. U odnosu na ovakve zahteve, naša praksa je zauzela negativan stav, pravdajući ga sledećim razlozima: prvo, ovde nema mesta shodnoj primeni Zakona o parničnom postupku, jer stečajni postupak nije parnični postupak; drugo, imenovanjem jednog stečajnog upravnika došlo bi se u situaciju da isto lice zastupa suprotstavljene strane u sporu (na primer, matično i zavisno društvo); i treće, ako bi se dozvolilo vođenje jednog stečajnog postupka nad povezanim privrednim društvima, mnoga nova pitanja bi se otvorila, na koja pozitivno srpsko stečajno pravo ne daje nikakav odgovor.⁹⁷

Međutim, u isto vreme Privredni apelacioni sud je ukazao na to da „postoji realna mogućnost da se povezana privredna društva lakše i pod boljim uslovima prodaju u stečajnom postupku, ukoliko se prodaju zajedno, kao jedinstven paket pravnih lica ili imovine, iako se nad svakim od njih vodi poseban postupak, i to bi svakako bilo u interesu poverilaca svakog od takvih stečajnih dužnika. Najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca, ostvarivanjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine, je cilj stečaja. U vezi s tim, Privredni apelacioni sud je dao potvrđan odgovor...“⁹⁸

Opisan primer je pokazao da je srpska stečajna praksa upoznata sa nekim zahtevima za sprovođenje postupka procesne koordinacije stečajnih postupaka u odnosu na članove grupe povezanih društava. Vođena pragmatičnim razlozima, ona je na neke zahteve negativno reagovala (vođenje jednog stečajnog postupka sa jednim stečajnim upravnikom), dok je druge prihvatila kao dozvoljene i opravdane (zajednička prodaja imovine više stečajnih dužnika). Jasno je da u perspektivi treba učiniti veliki napor kako bi se materija stečaja povezanih društava, sa

97 Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja Privrednog apelacionog suda održanoj 23.10.2012. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, bilten br. 3/2012, 234–235.

98 *Ibid.*

i bez međunarodnog elementa, u srpskom stečajnom pravu uredila na celovit i koherentan način.⁹⁹

Vuk Radović, PhD, LL.M.

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CORPORATE GROUP INSOLVENCY – MAJOR PROBLEMS AND DILEMMAS

Summary

Insolvency of corporate groups is one of the most complex and most controversial areas of bankruptcy law. In this paper, the author emphasizes some of the basic problems connected with this topic. The first part shows that there is an apparent contradiction between growing trend of conducting business inside corporate groups and consequently number of bankruptcy proceedings opened over some or all members of the group, and lack of international and national regulation of corporate group insolvency. The author advocates a broad definition of corporate groups for bankruptcy purposes. In the following two chapters the author presents the basic theoretical framework of corporate groups' insolvency that is manifested by balancing between the entity theory and the enterprise theory, as well as the principle of universalism and the principle of territoriality in cross-border bankruptcy. In the following part, the most important factors relevant for application of certain bankruptcy provisions, such as type of the group and bankruptcy goals that have to be achieved, are enumerated and explained. The following part of the article shows the most frequently used legal mechanisms specific for corporate group insolvency: procedural coordination and substantive consolidation. Finally, in the end the author analyzes the relationship between Serbian Law on bankruptcy and our judicial practice and specific problems of corporate group insolvency.

Key words: *Corporate group. – Bankruptcy. – Entity theory. – Enterprise theory. – Procedural coordination. – Substantive consolidation.*

99 O korisnosti međunarodne i nacionalne regulative stečaja povezanih društava više vidi: I. Mevorach, *op. cit.* fn. 20, 367.

Angel Ristov, PhD*

THE NEW CHALLENGES IN REGULATION OF MARRIAGE AND NON-MARITAL UNION

In this paper, author analyzes the dramatically changes that occur in marriage and family relations and their reflection on the family legislations in European countries. The author concludes that almost all European countries are faced with the same transformations manifested in increasing number of divorces and mono-parental families, increasing number of non marital unions and children born out of wedlock, decreasing number of new marriages, decreasing number of the population and so on. As a result of these transformations in certain countries marriage no longer enjoys a monopoly as a foundation of the family. This is the reason why in modern societies there is no longer one dominant model of family, but there is a plurality of family models. Certain number of countries recognizes the civil union or registered partnership for same sex couples, while a small number of countries recognize the same-sex marriage. Still, greater number of countries recognizes only the heterosexual marriage and heterosexual cohabitation. If the new Constitutional amendments will be accepted, Macedonia will become one of the most conservative countries in Europe regarding the question of regulation marriage and cohabitation, only between persons of different sex. On this issue the author raises doubts what will be the repercussions of these solutions regarding the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the judicial practice of the European Court of Human Rights.

Key words: *Marriage. – Non-marital union. – Registered partnership. – Same-sex marriage.*

* The Author is assistant professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “St. Cyril and Methodius” – Skopje, angelristov@yahoo.com.

1. INTRODUCTION

In the last few decades marital and family relations are faced with dramatically and revolutionary changes.¹ In almost all European countries are present tendencies of increasing the number of divorces² and the number of mono-parental families, reducing the number of new marriages,³ the increasing number of non marital communities and children born out of wedlock,⁴ the reduction in the number of new-borns and the etc. Upon the right of equality and non-discrimination, and the right of private and family life, certain number of countries recognized same-sex communities in the form of civil unions, regis-

- 1 See more Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1999.
- 2 According to Eurostat in the EU – 28 in 2012, there were around 2 million marriages concluded, while there were about 1 million divorces recorded. Marriages in the EU – 28 became less stable, as reflected by the increase in the crude divorce rate, which doubled from 1.0 divorce per year per 1000 inhabitants in 1970 to 2.0 divorces by 2010. Among the EU Member States, the highest crude divorce rates in 2012 were recorded in 2012 Latvia (3.6 divorces per 1000 inhabitants) and Lithuania (3.5), ahead of Denmark (2.8). The lowest crude divorce rate in 2012 was recorded in Ireland (0.6 divorces per 1.000 inhabitants), Italy (0.9), Malta (1.1), Greece (1.2), Slovenia (1.2) and Croatia (1.3), Serbia (1.0), Montenegro (0.8) and Macedonia (0.9). Available at: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics>.
- 3 The crude marriage rate in the EU-28 declined from 7.9 per 1.000 inhabitants in 1970 to 4.8 marriages per 1.000 inhabitants by 2008. Thus, a reduction of 3.1 marriages per 1.000 inhabitants occurred over nearly four decades, resulting from an overall decline of 39% in the number of marriages. In 2012 the crude marriages rate was highest, among EU Member States, in Lithuania (6.9 marriages per 1.000 inhabitants), Malta and Cyprus (6.7), Turkey (8.0), and Macedonia (6.8). The lowest crude marriage rates were reported for Bulgaria (2.9 marriages per 1000 inhabitants), Portugal (3.3), Slovenia and Luxembourg (3.4).
- 4 In the recent decades the number of the non marital unions and the live births outside marriage across the EU – 28 is increased. Usually the number of the children born out of wedlock is an indicator of the number of extra marital comunions. In 2011 in the EU –28 as a whole 39.3% of children were born outside marriage, while in 2000 the rate was 27.3%. In 2012 extra-marital births accounted for the majority of births in Island (66.9%), Estonia (58.4%), Slovenia (57.6%), Bulgaria (57.6%), Sweden (57.4%), Belgium (52.3%), Denmark (50.6%), France (55.8%). The number of births are lowest in Greece (7.6%), Cyprus (18.6%) and Turkey (2.6%). In ex-Yu countries the number of extra marital births is highest in Slovenia (57.6%), while in other it is lower: Serbia (24.7%), Croatia (15.4%) and Macedonia (11.6%).

tered civil partnerships or domestic partnership.⁵ A number of states even go a step further, predicting the possibility of marriage between persons of the same sex. For these reasons, in modern societies, marriage no longer enjoys the right of monopoly. On the contrary, gets competition!⁶

While in the past a nuclear family was a dominant model,⁷ today modern legislation recognize different legal forms of life communities which contributes to the appearance of phenomenon plurality of families.⁸ As a result of these transformations, great number of countries in the process of redefinition of marriage and cohabitation are faced with great challenges. Does this mean that the historical traditional marriage between a man and woman in modern societies “dies” and loses its meaning? Certain liberal countries easier accept modern tendencies in the marriage and family relations, liberalizing the divorce and regulating cohabitation, civil unions, registered partnership, even same-sex marriage.⁹ Others, in order to protect marriage in defiance of new developments and trends, take various measures defining marriage in

5 In European Union 17 member states (Andorra, Austria, Belgium, Czech Republic, Finland, France, Germany, Hungary, Iceland, Ireland, Liechtenstein, Luxembourg, Netherlands, Slovenia, Spain, Switzerland, and UK) in their legislation recognize and authorize some form of civil partnership for same sex couples. Lithuania and Greece provide only a form of registered partnership solely for different-sex couples, as an alternative for marriage.

6 Regarding this issue, the European countries can differentiate three models of laws: one that allowed same-sex marriage, others that recognize certain rights of same-sex couples through civil unions form of registered partnerships and same-sex extramarital communities and third that do not recognize any rights of same-sex communities.

7 More about this see J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Volume I, Paris, 755–766.

8 See more: Д. Мицковиќ, *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Скопје 2008, 183–195; Д. Мицковиќ, А. Ристов, „Промените во семејството и реформите во семејното право во Европските земји“, *Зборникот на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на проф. Наум Гризо*, Скопје, 2011.

9 The average percentage of support for same-sex marriage in European Union as of 2006 when it had 25 members was 44%, which had descended from a previous percentage of 53%. According to one poll of the public opinion for the same-sex marriage support in 2006 in EU states it was the highest in Netherlands (82%), Sweden (71%), Denmark (69%), Spain (66%), Belgium (65%), Luxembourg (58%), Finland (54%), Germany (52%), France (65%) and UK (61%).

their constitutions, solely as a union of man and woman.¹⁰ Some countries still disregards the same-sex communities as not exist.

These social phenomena pose numerous questions and dilemmas. What is the role of the family law? Is it to protect the traditional marriage values or should be adjusted to the new trends in marriage and family relationships? Is it necessary the same-sex communities to be recognized? Is it necessary to allow same-sex marriage? These questions, as no other, cause the fiercest debates and discussions from a legal, ethical and moral aspect, not only in legislatures and academic circles, but also in the wider public. With these issues is faced the Macedonian legislator. If the proposed constitutional amendments will be accepted, there is a possibility for Macedonia to become one of the most conservative states in Europe because not only the marriage, but also and cohabitation will be reserved exclusively for heterosexual couples.¹¹

In order to know better the new challenges in the regulation of marriage and cohabitation, in the first part of this paper will be analyzed cohabitation and its development in modern societies, while in the second part will be paid attention to the legal regulation of the registered partnership. The third part of the paper is devoted to the analysis of the same-sex marriage. At the end will be analyzed the proposed constitutional amendment that redefines marriage and cohabitation in the of the Republic of Macedonia and its consequences regarding the respect of the human rights predicted in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the established case law and the principles of the European Court of Human Rights.

10 In Europe, 12 countries in their constitutions predicted the definition of marriage as the union of a man and woman prohibiting same-sex marriage: Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Moldova, Poland, Serbia, Slovakia, Ukraine, Croatia, Belarus and Bulgaria. According to one poll in Croatia in November 2013 revealed that 59% of Croats think that marriage should be constitutionally defined as a union between a man and a woman, while 31% do not agree with this idea.

11 See more about this: Јавна расправа по Нацрт-амандманите на Уставот на РМ, *Наметнајќи Усџав*, Фондација Отворено општество – Македонија, 17.9.2014 Скопје.

2. COHABITATION: REPLACEMENT OR ALTERNATIVE TO MARRIAGE

Cohabitation, as a social phenomenon, is the “shadow” that follows the marriage from its appearance in the human civilization, till now days.¹² In Old century the cohabitation was tolerated.¹³ In the middle ages, under the influence of religion, cohabitation was ignored and considered as immoral. In this period the legislator had followed this attitude. That is the reason why in the new century none of the most important civil codifications predicted provisions governing cohabitation. The famous thought of the great emperor Napoleon Bonaparte, that extramarital partners ignore the law, that’s why the law does not recognize them (*Les concubins ignorant la loi, le lois les ignore*), in modern societies is a part of the history.¹⁴ Long and arduous was the road to the legal recognition of cohabitation and the status of the non marital partners.¹⁵ For the first time marriage gets competition with the legal regulation of cohabitation in Sweden, at the beginning of the second half of the last century. Since then, a great number of countries regulate cohabitation, recognizing certain rights of non marital partners, the same or similar as those of spouses.

Now days, in certain countries the number of couples that live in non marital union is greater than the number of married couples. Does the role and the meaning of the cohabitation changed? Is the shadow that followed the marriage, its replacement and alternative? Liberalism, individualism, free life, achievement of the personal happiness and pleasure became a symbol in the modern partnerships, instead internal love and sacrifice for the family. These reasons contribute for the greater presence of the non marital unions in the contemporary societies.

12 See more for non marital union: D. Mickovik, A. Ristov, The Legal Regulation of the Non marital Cohabitation in the Macedonian Family Law, *International Survey of Family Law*, 2012; Д. Мицковиќ, „Правното регулирање на вонбрачната заедница“, *Правник*, Здружение на правници на РМ, 195–196/2008.

13 For the cohabitation in the Roman Law see more at: И. Пухан, М. Поленак Аќимовска, В. Бучковски, Г. Наумовски, *Римско право*, Скопје 2014, 145.

14 M. T. Meulders-Klein, “Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l’histoire”, *La Personne, La Famille et le Droit*, 1968–1998, Paris, 23.

15 See more M. T. Meulders-Klein, *La personne, la famille, le droit*, 1968–1998, Bruylant, Bruxelles Paris 1999, 11–35.

However, in Europe there are still countries, influenced by religion and tradition, that don't recognize and regulate non marital heterosexual communities (Bulgaria,¹⁶ Italy,¹⁷ Poland¹⁸ and oth.).

For a long time in the theory and legislation definition of cohabitation has been undeniable as a factual community of life between a man and a woman.¹⁹ This concept is now days accepted in many legislations that do not recognize the same-sex community, among which is the Macedonian legislation.²⁰ However, recently, a certain number of legislations predicted the possibility of the same-sex couples to enter into non marital community. In this sense, Article 515–8 of the French Civil Code provides that: “cohabitation is a factual community characterized by common life and having the character of stability and continuity, between two people of different or the same-sex who live together.”²¹ This concept is accepted in the Netherlands, Belgium, in certain regions of the Spain (Catalonia, Aragon), and other countries.²²

-
- 16 See more at: E. Марева, *Семејно љраво на Република Бълјария*, Софија 2010; Ц. Цанкова, М. Марков, А. Станева, В. Тодорова, *Коментјар на новия Семеен Кодекс*, Софија 2009; М. Марков, *Семејно и наследствено љраво*, Софија 2009.
- 17 See more G. Puppink, “Same-sex Marriage: 2 Cases Before the European Court of Human Rights”, *Zenit*, Strasbourg 2014, 2.
- 18 See more: M. Stus, “Polish Family Law in the Face of the Present Day”, *Social Changes in the Golobal World*, Shtip 2014.
- 19 See J. Rubellin-Devichi, (ed.), *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridique*, Paris 1989, 103.
- 20 In the domestic science for family law non marital union is defined as “union of life between man and woman, which upon the contents of the factual relationships between non marital partners, almost not differs from the marital community.” М. Хаџивасилев, *Семејно љраво*, Скопје 1990, 223. According to other opinion non marital union is “community of life of two persons of different sex (man and woman) who did not get married, based with intention to be permanent.” К. Х. Лега, *Семејното законодавство на Република Македонија*, Реферати за Републичко советување, Врховен суд на Република Македонија, во редакција и рецензија на д-р Кирил Чавдар, Скопје 1994, 215. For the others “non marital union is life community of permanent character of a man and a woman that do not concluded valid marriage.” Љ. С. Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Семејно љправо*, Скопје 2013.
- 21 See more P. Malaurie, L. Aynès, *La famille*, Paris 2009, 159–179.
- 22 See M. Mignot, “Le partenariat enregistré en Droit International privé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3/ 2001, 602–603.

In contemporary societies the meaning of non marital community is important because it is not just replacement of the marriage, but also the base for founding the family. Its status is differently regulated, depending on the social and family values.²³ Despite the ex-Yu republics, Macedonia was the last that recognized the non marital union in 1992, as a factual community between man and woman that last more than one year. Traditional values and customs contribute the rate of non marital unions in Macedonia to be among the lowest in Europe.

Cohabitation does not enjoy legal protection only in the national legislations, but also in international level. Based on the basic human right to private and family life guaranteed by the provisions of Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in the judicial practice of the European Court of Human rights legal protection enjoy the actual existence of family life expressed in the form of cohabitation – *de facto* union, not only heterosexual, but same-sex.²⁴ In the case *Schalk and Kopf v. Austria* (no. 3014/04, ECHR 2010) the Court acknowledged that the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership fell within the notion of “family life”.

3. REGISTERED PARTNERSHIP – TABOO OR LEGALLY RECOGNIZED UNION OF PERSONS OF THE SAME SEX

Same-sex communities, as different-sex communities, are present in the humanity from its creation until today. During its existence, the attitude of society and the legislation upon the same-sex communities have changed, from their tolerating, repression and ignorance to their acceptance and legal recognition.²⁵ In the old century same-sex com-

23 Most of legislations have adopted the concept of registered non marital union (notary, authorized officer), while a small number accepted the concept of un-registered non marital. As for the legal status and rights and obligations of non marital partners, in some legislation they are regulated by law, while in others with contract.

24 See more M. Alinčić, “Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2005, 1177.

25 More about same-sex couples see: E. Fassin, “Sociological Questions, An epilogue to “More or Less Together”, *The Gay Marriages, Panic in Levels of legal*

munities were tolerated. In ancient Greece²⁶ and ancient Rome²⁷ same-sex communities, despite being widely represented in society, the legal system did not recognize them any rights. In the middle Ages, under the influence of religion, tolerant attitude towards same-sex communities had changed. Homosexual acts are considered as a serious sin, and they were subject to cruel penal repression even predicting the death penalty for homosexuals. However, the repressive measures and strict penal policy fail to eradicate love between same-sex couples.²⁸ Negative attitudes and beliefs do not change in the period of the new century, which is still dominated by conservative values regarding marriage and family relationships.

In the last two decades of the past century, a great number of countries were faced with a radical transformations and changes regarding the attitude on the same-sex couples. The main cause for the improving such position are the activities of the LGBT associations and their proponents, based on a right of equality and non discrimination and sexual orientation. However, the most important role in improvement of the position of homosexuals played the European institutions:

consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different sex and same-sex partners”, *Journal of the History of Sexuality*, 12/2003; L. J. Rupp, “Toward a Global History of Same-Sex Sexuality”, *Journal of the History of Sexuality*, 10/2001; Nan D. Hunter, *The New Law of Marriage, The Good Society*, 14/2005.

- 26 Same-sex communities have been widely accepted in ancient Greece. According to historical records, in the Greek polis the relationship of two adult men was considered as a normal way of life. In the high aristocratic circles in Athens, ideal homosexual love was related to the connection of older and experienced man, and a young man who came out of puberty. See more at F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexuel en Europe*, Paris 1997, 12.
- 27 In Rome, as in ancient Greece, homosexuality was largely prevalent among the members of the social elite. Westermarck states that in Roman society “formal marriages between men were concluded with all the ceremonies, as well as heterosexual marriages.” Read more to see at D. Borilo, *Homosexual et droit*, Paris 1999, 6–9.
- 28 Christianity changes the attitude of society and the legal system to same-sex unions. In the year 177, Athenagora writes that homosexuals are the enemies of Christianity, as well as spouses who are unfaithful. At the Council of Elvira, held in 305 years, homosexuality was declared a sin, thus abandoning the Greek-Roman tradition and a new phase – the repression in relation to same-sex communities. See more F. Leroy-Forgeot, *op. cit.* fn. 26, 28.

Council of Europe,²⁹ European court of human rights³⁰ and European parliament.³¹

Rights of the LGBT members are no longer taboo! Most countries in Europe and elsewhere in the world finished or started the process of recognition of certain rights to same-sex couples, same or similar as spouses, in the form of civil union, civil partnership or registered

- 29 Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) in its Recommendation 924 (1981) on discrimination against homosexuals criticized various forms of discrimination against homosexuals. This document is the most important for abolishing different forms of discrimination of homosexuals within the European countries. With the Recommendation 1474 (2000) on the situation of lesbians and gays the Council of Europe called the member states to enact legislation making provisions for registered partnership. Recommendation 1470 (2000) refers on the recognizing the gays and lesbians respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe. It also recommended to the Committee of Ministers to review their policies in the field of social rights and protection of immigrants in order to ensure that homosexual partnership and families are treated on the same basis as heterosexual partnership and families. The Resolution 1728 (2010) adopted by PACE titled as "Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity" calls on the member states to ensure legal recognition of same sex partnerships when national legislation envisages such recognition and providing a pecuniary rights and obligations as those for the different-sex couples and other rights. The Recommendation of the Committee of Ministers CM/Rec (2010)5 predicts measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity to the member states.
- 30 Great role for the recognition of the homosexuals had the judicial practice of the European court for human rights. In the last decades there has been a great evolution in the attitudes of the Court, towards the protection of the rights of homosexuals. The Court, when deciding about rights of homosexual, in great number of cases appealed on the Article 8 from the European Convention that predicts respect of a private and family life, as well as Article 14 which forbids discrimination when exercising the rights and freedoms set forth in the Convention.
- 31 In the European Union Law several documents refer to the right of the same-sex couples. Articles 7, 9 and 21 of The Charter of Fundamental Rights of the European Union from 7.12.2000 (entered in force 1.12.2009) are connected with right of everyone on private and family life, home and communications respect, the right to marry and found family shall be guaranteed in accordance to the national laws, prohibition on the sexual orientation etc. In this sense certain directives of the European Council are important. Directive 2003/86/EC of 22.9.2003 on the right to family reunification, and the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and Council of 29.4.2004 concerning the rights of citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the member states.

partnership. Thus begins the first stage in the recognition of the rights of same-sex couples lead by the Scandinavian countries, known for their liberal views regarding marriage and family.³²

Denmark was the first country in Europe (1989) to regulate the legal community of persons of the same sex in the form of registered partnership. In this sense Digoix states that it “was the first law regulating same-sex unions and was celebrated as the equalization of same-sex and heterosexual marriages.”³³ With this law the same-sex couples were recognized some property rights, right to alimony, joint property, eligible for loans assistance, the right to legal inheritance, and other social, tax and other rights. With this novelty same-sex communities were largely equalized with the marital communities.³⁴ This trend is rapidly followed by other countries: Norway (1993), Sweden (1995), Iceland (1996), the Netherlands (1998), France (1999),³⁵ Belgium (2000), Germany (2001), Finland (2002) Luxembourg (2004), Andorra (2005), United Kingdom (2005), Czech Republic (2006), Switzerland (2007), Hungary (2009), Austria (2010), Ireland (2011), Liechtenstein (2011), Malta (2014), Estonia (2014) and others.³⁶

Of the former Yugoslav republics, to date only two countries – Slovenia (2006) and Croatia (2014)³⁷ have adopted regulations that rec-

-
- 32 Nordisk countries have specific legal solutions (Denmark, Norway, Sweden, Finland and Iceland) for several reasons. Firstly, all of them predict registered partnership. Second, registered partnerships are very similar to marriage. Third, registered partnerships are open only to same-sex communities (compared with Belgium, the Netherlands and France). Finally, Nordisk states allow religious authorities to solemnize marriages for civil needs.
- 33 M. Digoix, “Paths towards equality...”, *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages, A Focus on cross-national differentials, Documents de travail n. 124*, Ined 2004, 1.
- 34 According to Marie Digoix registered same-sex communities have more rights and responsibilities than heterosexual different-sex communities; *op. cit.* fn. 33, 3.
- 35 For the Civil Pact of Solidarity see more at: F. Dekeuwer-Défossez, *PACS et famille, RTD civil*, 3/2001, 539–540; L. Stasi, *DROIT CIVIL, Personnes, Incapacités, Famille*, Orléans 2004–2005, 113–117; P. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.* fn. 21, 179–225.
- 36 See more: D. Borrillo, E. Fassin, “The PACS, Four Years A Beginning or an End?”, *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages, A Focus on cross-national differentials*, 2004, 20.
- 37 See M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2007, 103–110.

ognize the rights of same-sex unions in the form of registered partnerships. Serbia is among the states in the Constitution define marriage as the union of a man and woman.³⁸ Despite this, The Draft version of the Civil Code of Serbia regarding family law provides that rights of same sex couples will be regulated by a special law.³⁹ In Europe still there is a great number of countries states that do not recognize any rights of same-sex couples. In this group of countries include Bulgaria, Cyprus, Greece, Estonia, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Romania, Slovakia, Albania, Serbia, Montenegro, Macedonia and others.

4. MARRIAGE FOR ALL OR ONLY FOR HETEROSEXUAL COUPLES

The expansion of the same-sex couples was not stopped by the recognition of registered partnerships.⁴⁰ The next stage was anticipating the possibility of making same-sex marriage. This novelty imposed redefinition of the marriage! The different sex of the partners is no longer an essential condition for marriage! According to Chaves the issues concerning sexual orientation related closely with the protection of human dignity.⁴¹ That is why on behalf of the principles of human dignity, equality and freedom, equal rights should be granted to homosexuals.⁴² Today, in Europe, ten countries predict the ability to enter into same-sex marriage.⁴³ Netherlands is the first country in the world that in 2000 recognized the same-sex marriage, predicting and

38 See more: S. Panov, *Porodično pravo*, Beograd 2010, 144–155; G. Kovaček Stanić, *Porodično pravo: partnersko dečje i starateljsko pravo*, Novi Sad 2007, 174–180; M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2009, 162–166; M. Počuča, *Porodično pravo*, Novi Sad 2010, 130–133.

39 See Prednactr Gradanski Zakonik Republike Srbije, treća kniga, *Porodični odnosi*, Beograd 2011, 12.

40 See K. Waaldijk, *op. cit.* fn. 32, 570. See also M. Hodggaard, “Important Recent Developments in Danish Family Law”, *International Survey of Family Law*, 2013.

41 M. Chaves, “Same-sex families in Brazil: An overview after the trial of 4277 and ADPF 132 by the Supreme Court”, *The International Survey of Family Law*, London 2014.

42 *Ibidem*.

43 Same-sex marriage is allowed in Canada (2005), South Africa (2006), Argentina (2010), Uruguay (2013), Brasil (2013) and in 32 states in USA.

the right of adoption.⁴⁴ According to the Article 30 (1) of the Dutch Civil Code: “Marriage can be concluded between two individuals of the opposite or same-sex.”⁴⁵ Belgium is the second country that in 2003 allows marriage between persons of the same-sex. According to Article 143 of the Belgian Civil Code “two people of different or the same sex can marry.”⁴⁶ In the year 2005, despite the strong opposition of the Catholic Church and mass demonstrations, Spain allows marriage between persons of the same sex. Law 13/2005 reformed Spanish law governing marriage and established that “a marriage will have the same requirements and effect whether the contracting parties have the same or different sex.”⁴⁷ With that, same-sex couples have gained and the right of inheritance and the right to adopt. Norway in 2008 allows same-sex marriage. Among other things, the spouses of the same sex have gained the right to adopt children, as well as a biomedical assisted fertilization. In recent years, same-sex marriage was predicted in Sweden (2009), Portugal (2010), Iceland (2010), France (2013)⁴⁸ and Great Britain (2014, except Northern Ireland) and Luxembourg (from 1.1.2015). In the end significant is the fact the according to opinion polls across Europe indicate a ground swell in favor of the extension of the right to marry to same- couples and it is expected that in time, further legislative and judicial developments will see the gradual growth in the number of states that legislate to equalize the right to marry.⁴⁹ This process is evident in the United States, where in the last two years

44 In 2000 were concluded 2400 same-sex marriages. In the years that follow this number declines. In 2002 there were concluded 1838, while in 2007 – 1371.

45 K. Waaldijk, *op. cit.* fn. 32, 40, 574.

46 *Ibid.*, 581.

47 Upon its enactment the constitutionality of the Law was challenged by the Peoples Party. In late 2012 the Constitutional Court delivered the judgment in which the Court rejected the argument that the provisions conflicted with the constitutional limitations of the right to marry being that of heterosexual couples. As Ahumada-Ruiz noted: “the marriage protected by the Constitution is the one recognized and identified as such by the law and society at a given time, not static or immutable form fixed at the time of adoption the Constitution.” L. Crowley, “International and European Developments in Family Law 2013”, *International Survey of Family Law*, Jordan Publishing Limited, 2013, 28.

48 See more A Chronicle of French Family Law, *International Survey of Family Law*, Jordan Publishing Limited, 2013.

49 L. Crowley, *op. cit.* fn. 47, 33.

same-sex marriage is recognized by the federal government and thirty two of fifty states. Till 2013 same-sex marriage was allowed only in ten states!⁵⁰

5. REDEFINITION OF MARRIAGE AND NON-MATERIAL UNION IN REPUBLIC OF MACEDONIA

Family law in the Republic of Macedonia hasn't suffered major changes for more than two decades since the adoption of the Family Law Act in 1992. Lethargy of the legislator in the field of marriage and family relationships entertains with the proposed constitutional amendment that redefines marriage and cohabitation in the Macedonian law. According to the draft text of the proposed constitutional amendment XXXIII:

“1. Marriage is a union solely between only one woman and one man.
2. Registered cohabitation, or any other form of registered partnership is a life partnership union exclusively between a single woman and one man.”

If this constitutional amendment will be accepted, Macedonia will join the group of countries that define marriage in the Constitution, as a community of life between a man and a woman. The main reason for this crucial change are not the requirements of the LGBT community, but homophobia and fear that in the future, other more liberal option may change the definition of marriage in the Family Law Act.⁵¹ With

50 In the United States of America in 1996 was enacted the Defense of Marriage Act (DOMA) which limits the definition of marriage to a legal union between man and woman as husband and wife, and provides that the word 'spouse' refers only to a person of opposite-sex who is husband or a wife. President Obama has long endorsed the repeal of DOMA and in 2011, Attorney-General Eric Holder, in behalf of the President announced a radical shift in approach in the defence of DOMA. On 9 May 2012 Obama became first president to publicly declare support for the legalization of same-sex marriage. Since the U.S. Supreme Court struck down the law barring federal recognition of same-sex marriage in *United States v. Windsor* on June 26, 2013 district courts in seventeen states and state courts in five states have found that same-sex marriage bans violate the U.S. Constitution, while one Circuit Court of Appeals, two U.S. district courts and one state court have found that they do not.

51 Macedonia is one of the few countries in Europe that in the Law on Anti-discrimination does not include sexual orientation as a basis for discrimination!

this novelty, the changes regarding this issue would be very difficult, demanding support of two thirds majority in Parliament to change the Constitution. The proposer in the explanation states that: “The family, marriage, motherhood, fatherhood and child care are among the most important responsibilities. Marriage as a community is faced with the challenges of modern times, attempts to its redefinition, reinstitution and gradual marginalization. This is especially important given the fact that marriage has a huge effect on the relations in the family, the spouses and the children, and thus on the whole society and the overall situation in society... The moral, ethical and religious principles of all religions in the country determine marriage as a union only between a single woman and one man. For all these reasons, the Republic of Macedonia must with constitutional mechanisms to identify and protect the traditional definition of marriage, with the clear support of family values. Thus marriage as a union will be protected, promoted, affirmed and clearly defined.”

Within the European Union, regulation of family relations is left to the national legislations, because family law is closely connected with the tradition, culture and customs making it impossible to perform its unification or harmonization. According to Art. 12 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Court of Human Rights regulation of the marriage is the sovereign right of the national legislations. In this sense according to Puppnick it is “well established that the Convention cannot be interpreted as encompassing a duty on the Contracting States to extend marriage to homosexual couples, because it guarantees the right to marry and to found a family only to “man and woman” (*Schalk and Kopf v. Austria no. 30141/04*).”⁵² According to article 9 of the Charter of Fundamental Rights in European Union: “The right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercises of these rights.”

In the public debates on the proposed constitutional amendments the majority of the scientific community has declared that the definition of marriage in the Constitution is not constitutional mater

European Commission in its new report on the progress of the country suggests that the omission of sexual orientation from the law is not in line with EU law.

52 G. Puppnick, *op. cit.* fn. 17, 1.

and thus this change is not required.⁵³ The reason for this is argument that and before the constitutional proposal the marriage in Macedonian Family Law was defined, as a union of man and woman. Moreover, the definition predicted in the Family Law Act upon which “the marriage is legally regulated community of life between a man and a woman in which are realized the interests of spouses, family and society” (Art. 6), is much better, more accurate and clearer than the definition contained in the proposed amendment that contains unnecessary words “only” and “solely”. Same legal effects are achieved without this words with determination that marriage as a union of husband and wife!

Unlike the definition of marriage, redefinition of cohabitation in the second paragraph of the proposed amendment has caused even more forceful debate and controversy in the scientific and general public.⁵⁴ Proposer did not even care to give reasons and arguments for which redefines cohabitation in the Constitution! The rationale of the proposed amendment provided only that: “Besides the marriage, Republic of Macedonia must with constitutional mechanisms to identify and protect the registered cohabitation, or any other form of registered life partnership as a union solely between a woman and only just a man.” According to the opinion of the Constitutional Law professor Skaric “definition of cohabitation and other forms of life partnership is a major problem, not only to the Constitution, but to the European Convention on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Apart from being ashamed as a country in the European plan, the Republic of Macedonia will pay large amounts to the claimants who will adjudicate the Strasbourg Court.”⁵⁵

The first most important critic is that the definition of cohabitation is not constitutional but legal matter. This solution is not known in the comparative law! The second critic is that the proposed solution replaces the existing concept of unregistered cohabitation with the introduction of registered cohabitation!⁵⁶ This means that in our legal

53 See С. Шкарик, “Јавна расправа по Нацрт-амандманите на Уставот на РМ”, *Наметнати Устави*, Фондација Отворено општество, Скопје, 6.

54 *Ibidem*.

55 In the period of 2006 to 2012 Republic of Macedonia was condemned to pay 1.300.000 euros without the interest! *Ibidem*.

56 See more Љ. С. Трпеновска, “Карактеристики на семејното законодавство во Република Македонија”, *Семејното законодавство на Република Македонија*, 1994.

system there would be two types of cohabitation – unregistered (based on acquired rights of former legislation) and registered (with the new changes). The third critic refers to the registered cohabitation or any other form of registered life partnership provided for heterosexual partners, as a union solely between a single woman and a single man. With this proposed solution, it is obvious that the proposer does not know the concept of registered partnership form of life, not its essence, because they are primarily established exclusively for same-sex couples. Only a small number of countries that allow registered partnerships for a heterosexual couples (France, Belgium, and Netherlands). If this amendment will be accepted we will have in our Family Law a solution that is not known in comparative law! With this, the national legislation will predict more types of legally recognized communities of people of different sex: marriage, unregistered cohabitation, registered cohabitation and any other form of registered life partnership!

While the proposed definition of marriage in the Constitution is not in conflict with the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the case law of the European Court of Human Rights, this cannot be said about the definition of cohabitation. For the first time Macedonian Family Law recognized heterosexual unregistered cohabitation, with the Family Law Act in 1992.⁵⁷ If the proposed constitutional amendment will be accepted, upon which only heterosexual non marital union will be valid, this solution would be contrary to the European Convention and the practice of the European Court of Human Rights. In that sense, there is a serious danger in the future Republic of Macedonia to be condemned for not respecting and violating Articles 8 – protecting family and private life, and Article 14 – prohibiting discrimination of the ECHR. This is because the Court in its practice has created a specific obligation on the States not to recognize the same-sex marriage, but to “recognize the relationship” of a stable couples without discrimination on “sexual orientation”.

57 Unlike Macedonia other republics and provinces, members of the former Federation, in their family legislation, after the adoption of the Constitution of Yugoslavia in 1974, started to regulate the non marital relationship and cohabitation: Kosovo (1974), Slovenia (1976), Croatia (1978), Bosnia and Herzegovina (1979) and Serbia (1980). Constitutions of Macedonia from 1946, 1963 and 1974 did not contain provisions for cohabitation. These Constitutions contained only provision that “marriage enjoys social community”. As a result, relations who take place between people who were living in non marital union were not subject of legal regulation. See М. Хаџивасилев, *op. cit.* fn. 20, 225–226.

Recently, in the case *Valianatos and others v. Greece* (n. 29381/09 and 32684/09) the Grand chamber observed that “same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships” and ruled that the interest of same-sex couples of “having their relationship officially recognized by the State” is a component of their private and family life protected by article 8 of the Convention. If their relationship is not legally recognized, same-sex couples would be discriminated against different-sex couples, who can marry, enter in to non marital union or other partnership. In this case the Court ruled that Greece violated the Convention because it reserved access to civil partnership only to different-sex couples. In the judgment the Court stated that same-sex couples “have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples”. In this sense according to the Court the State “must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social and civil-status issues and relationships, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one’s family or private life”. For these reasons the Court ruled that there has been a violation of Article 14 taken in to conjunction with article 8 of the Convention.

After completion of the public debates on the proposed constitutional amendments, legislator remained deaf to the critics and comments regarding the definition of marriage and cohabitation by the academic community. However, after receiving the same remarks from the Venice Commission, the proposer has instantly changed its initial stance regarding cohabitation, stating that the proposal will be reviewed and will be left to be settled by the Law. Will that really happen remains the future to confirm! One thing is certain, if the proposed amendment passed in Parliament, Macedonia will become one of the most conservative countries in Europe in terms of the regulation of marriage and cohabitation that will have consequences in the process of European integration, in terms of violations of the rights provided by the ECHR.

In addition, even in the case the proposed amendment that defines cohabitation to be accepted, it still would not solve the current problems due to inaccurate determination of cohabitation. This is because the current definition of cohabitation, as a life union of man and woman which lasted at least one year, have not been provided marital obstacles as a condition for its validity.⁵⁸ As a result of this solution, in

58 Article 13 of the Family Law Act non marital union is defined as a “community of life of a man and woman which is not based upon the provisions of this law

Macedonia is possible one person at same time to be in a valid marriage and non marital union! This is unknown solution in modern legislation!⁵⁹ The omission of the legislator creates major problems of citizens in practice.⁶⁰ However, it is not important for the legislator!

In the end, the question is whether in the existing circumstances the proposed constitutional amendment for redefinition of marriage and non marital union was necessary. Macedonian society stands for a conservative society with a traditional family values and public opinion. It confirms the fact that in comparison with other European countries Macedonia has a very small rate of divorces, as very low percentage of non marital communities, small number of children born out of wedlock etc. Moreover, so far, unlike other countries, there are not held mass protests and there are no serious demands for recognition of a same-sex marriage and the right to adoption from the LGBT community. For these reasons we believe that this issue can become popu-

-
- (non marital union) and which lasted at least one year is equal to marriage in terms of right of mutual support and property acquired for the duration of that community". Essential conditions for its existence and validity envisage exclusively the following conditions: 1) The existence of the community of life between a man and woman; and 2) The community of life to last at least one year.
- 59 For a long time domestic science appeals to the legislator to predict the marital obstacles as a condition for valid non marital union. See more: Науката долго време му предлага на законодавецот да корегира овој пропуст предвидувајќи брачните Д. Мицковиќ, Л. Стојкова, "Вонбрачната заедница во современите семејства", *Евродиало*, Студентски збор, 15/1999, 99; Љ. С. Трпеновска, "Аналогија на вонбрачната со брачната заедница", *Зборник во чест на проф. Борислав Блајев*, Скопје 2007; Д. Мицковиќ, "Правното регулирање на вонбрачната заедница", *Правник*, Здружение на правници на РМ, 195–196/2008, 8; А. Ристов, "Вонбрачната заедница и статусот на вонбрачните партнери во наследното право", *Асоцијација ЈУРИДИКА*, Струмица 2010; Љ. С. Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје 2010; Љ. С. Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, "Да ли се потребни промени во наследното право на Република Македонија", *Зборник во чест на проф. Ганзовски*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2011.
- 60 On 16.09.2011 the Court of Appeal ruled in Скопје DG. Br.–1811/11 that the "... the formal existence of marriage in terms of real factual existence of non marital union, as a community of life of a man and a woman, more than a year can not be an obstacle for the cohabitation to produce legal actions as marriage." See more Д. Мицковиќ, А. Ристов, "Реформите во семејното и наследното право и ингеренциите на нотарите", *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, Скопје, 11/2011, 75–76.

lar in a closer future if it comes at front of the ECHR. Even thou, we think that marriage in Macedonia will remain as union between man and woman.

Dr Angel Ristov

*Docent na Pravnom fakultetu „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodije“, Skoplje*

NOVI IZAZOVI U REGULISANJU BRAKA I VANBRAČNE ZAJEDNICE

Rezime

U ovom radu autor analizira promene koje se dešavaju u bračnim i porodičnim odnosima i njihov uticaj na porodična zakonodavstva u evropskim zemaljama. Autor konstatuje da se skoro sve evropske zemlje suočavaju sa istim promenama u porodici, koje se manifestuju porastom broja razvedenih brakova i monoroditeljskih porodica, porastom broja vanbračnih zajednica, smanjivanjem broja sključenih brakova, smanjivanjem nataliteta itd. Rezultat svih ovih promena je činjenica da u određenim zakonodavstvima brak više ne uživa monopol kao jedina osnova porodice. To je razlog da se u savremenim društvima javlja više porodičnih modela. Mali broj država u Evropi priznaje mogućnost sklapanja istopolnog braka, druge priznaju mogućnost postojanja registrovanog partnerstva, dok treće države priznaju samo mogućnost heteroseksualnog braka. Ukoliko budu prihvaćeni novi Ustavni amandmani, Makedonija će postati jedna od najkonzervativnijih država u Evropi, u kojoj će ne samo brak, već i vanbračna zajednica biti rezervisani samo za heteroseksualne parove. Imajući u vidu moguću promenu makedonskog Ustava, autor otvara dilemu oko posledica ovakvog rešenja u odnosu na poštovanje osnovnih ljudskih prava predviđenim u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima kao i usaglašenost Ustava sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne reči: *Brak. – Vanbračna zajednica. – Registrovano partnerstvo. – Istopolni brak.*

Dr Nenad Tešić*

PRENOS PRAVA I OBAVEZA U OKVIRU NAČELA FORMALNOG LEGALITETA**

Pravozaštitni cilj postupka izvršenja je hitno i efikasno prinudno namirenje tražbine izvršnog poverioca utvrđene u ispravi koja ima značenje osnova za izvršenje.¹ Postojanje izvršne isprave je dakle nužna pretpostavka za određivanje izvršenja. Obzirom da je izvršna isprava pojedinačni pravni akt kojim je autoritativno utvrđeno postojanje potraživanja,² ili drugim rečima pošto je izvršna isprava kvalifikovani pravni akt koji propisuje obavezu određenog ponašanja dužnika,³ izvrši sud nema mandat da odstupa od takvog akta. Izvršni sud po predlogu za izvršenje ne sprovodi novi kognicioni postupak u vezi sa pravom čije se prinudno ostvarenje traži. Jednostavnije rečeno, izvršna isprava ne podleže ponovnoj proveri njene zakonitosti i tačnosti. Po pravilu, sadržina izvršne isprave ukazuje i na stranke u izvršnom postupku. Podobnost za izvršenje postoji samo ako su izvršni poverilac i izvršni dužnik jasno naznačeni. U suprotnom se predlog za izvršenje odbacuje rešenjem, pošto se nisu stekle procesne pretpostavke. Izvršenje se, u načelu, određuje na predlog lica koje je po izvršnoj ispravi imalac potraživanja, a protiv lica kome je tom ispravom izrečena određena obaveza. Ipak, autor se u ovom radu pretežno bavi izuzetkom od navedenog pravila. On ispituje mogućnost prinudnog izvršenja kada njegov inicijator nije lice koje je u izvršnoj ispravi navedeno kao poverilac, ili kada lice protiv koga se zahteva izvršenje nije ono čiji je dug utvrđen izvršnom ispravom. Takva situacija je u pravnom životu

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, nenad.tesic@ius.bg.ac.rs.

** Ovaj rad je nastao kao plod istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija s pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)“ 2014.

1 Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće ovršno građansko pravo*, Zagreb 2007, 37.

2 Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2008, 800.

3 Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999, 435.

posledica singularne ili univerzalne sukcesije u pravima i obavezama, a ključ za njeno razrešenje je u odgovoru na pitanje kojim sredstvima se takvo sledbeništvo može dokazati, tako da predlog za izvršenje ne bude odbačen.

Ključne reči: *Načelo formalnog legaliteta. – Izvršna isprava. – Prenos prava. – Preuzimanje obaveza. – Sukcesija.*

Nulla executio sine titulo.

1. UVOD

Zbog naročitog interesovanja za materijalnopravne institute u čijoj osnovi je prenos potraživanja, kao što su prodaja tražbina,⁴ faktoring,⁵ uhartijavanje (sekjuritizacija)⁶ ustupanje obezbeđenih tražbina,⁷ ali i ustupanje tražbina radi obezbeđenja, pravna književnost ponekad zanemaruje proučavanje pravnih posledica cesije u kontekstu procesnog prava. Potraživanja utvrđena izvršnom ispravom, po pravilu, nisu vezane za titulara. Naprotiv ona su uglavnom prenosiva, kako pravnim poslovima *inter vivos* i *mortis causa*, tako i na osnovu zakona, na primer: usled ispunjenja sa subrogacijom. Nije teško primetiti da je krug ustupivih tražbina utvrđenih pravnosnažnom presudom, nešto širi u odnosu krug potraživanja koja se redovno smatraju ustupivim.⁸

4 Opširnije vid.: Nenad Tešić, *Prodaja i prenos potraživanja*, Beograd 2012.

5 Opširnije o prirodi faktoringa vid.: Noel Ruddy, Simon Mills, Nigel Davidson, *Salinger on Factoring*, London 2006, 1–2.

6 Opširnije o ovoj tehnici strukturnog finansiranja vid.: Steven Schwarcz, „The Universal Language of International Securitization“, 12 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 285, Spring 2002, 285–307.

7 Na primer neki autori u tom kontekstu ističu da bi uvođenje jedinstvenog hipotekarnog obezbeđenja – eurohipoteke dovelo do integracije tržišta hipotekarnih kredita i tržišta hipotekarnih tražbina, omogućilo bi se jednostavnije, brže i sigurnije osnivanje prekograničnih stvarnopravnih obezbeđenja, efikasnije raspolaganje hipotekarnim tražbinama, i naposljetku jednostavniju naplatu obezbeđene tražbine. Tatjana Josipović, „U potrazi za eurohipotekom“, *Liber amicorum Nikola Gavella, Gradansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast Prof. Emeritusa Nikole Gavelle*, 2007, 249.

8 „Čak i u situacijama u kojima se određena potraživanja po samom zakonu ne mogu cedirati kao potraživanje naknade nematerijalne štete, od ove zakonske zabrane se odustaje ukoliko je isto utvrđeno pravnosnažnom sudskom odlukom, pa se u toj situaciji čak i za ovo potraživanje dozvoljava cesija. Prema iznetom,

Kako u tom slučaju ni izvršna isprava nije daleko, jer se nalazi na korak od pravnosnažne presude,⁹ ovaj zaključak je relevantan i u pogledu kruga ustupivosti potraživanja utvrđenih izvršnom ispravom. Tako, na primer, potraživanje naknade štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja,¹⁰ kao i potraživanja naknade nematerijalne štete¹¹ inače nisu prenosiva, ali ih je moguće ustupiti ako su utvrđena pravnosnažnom odnosno izvršnom ispravom. Trgovina tražbinama o kojima je već odlučivano u sudskom postupku je prilično zastupljena. Ovo bez obira što još uvek nije izvesno da li će takav poverilac, čije je pravo nesporno, zaista moći da se namiri. Određenim subjektima na tržištu tražbina su daleko poželjnija tzv. rizična potraživanja. Prirodno nekad se razlog takve privlačnosti krije u prostom trgovačkom principu da svaka roba ima svog kupca, ali i cenu. Od kakvoće nekog potraživanja, odnosno od okolnosti da li je ono dospelo ili nedospelo, zastarelo ili civilno, obezbeđeno ili neobezbeđeno, sporno ili utvrđeno pravnosnažnom presudom, odnosno izvršnom ispravom, kao i okolnosti prema kome je neka tražbina usmerena prema solventnom ili insoventnom dužniku, da li duguje domaće ili strano privredno društvo, da li potencijalni kupci tražbine imaju poslovni interes da takav dužnik opstane i sl. zavisice i tražnja za određenim potraživanjem i njegova cena. Čini se da gotovo sve što je rečeno za prenos prava *mutatis mutandis* važi i za prenos obaveza, odnosno promenu dužnika.¹² U takvoj atmosferi se nameću brojna pitanja od

činjenica da je određeno potraživanje utvrđeno pravnosnažnom presudom, nije razlog za zabranu prenosa istog putem cesije na treće lice, ukoliko nema drugih zakonom predviđenih razloga.“ Vid.: Pravni stav Višeg trgovinskog suda izražen kroz odgovor na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove održanoj 27. septembra 2004. godine – *Sudska praksa trgovinskih sudova – Časopis za privredno pravo*, br. 3/2004, str. 107.

- 9 Po pravilu je to protek roka za dobrovoljno ispunjenje čl. 15 Zakona o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011 – dr. zakon, 109/2013 – odluka US, 55/2014 i 139/2014.
- 10 Čl. 197 Zakon o obligacionim odnosima – 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.
- 11 Čl. 204 ZOO. Na primer, u nemačkom pravu se zahtevi rente zbog povrede tela i zdravlja svrstavaju u strogo lične zahteve. G. Roth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 2007, 2507.
- 12 Opširnije: Marija Karnikić Mirić, „Promena dužnika“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/10, 229–257.

kojih se po svom značaju izdvajaju najmanje dva: kako se ova ustupivost potraživanja, odnosno preuzimanje obaveza, uklapa sa načelom formalnog legaliteta koje dominira postupkom izvršenja, te na koji način se može dokazati da je potraživanje utvrđeno izvršnom ispravom ustupljeno prijemniku, odnosno da je dug iz izvršne isprave preuzet od strane preuzimaoca.

2. NAČELO FORMALNOG LEGALITETA

Da bi došlo do prinudnog namirenja potraživanja, ono mora biti utvrđeno kvalifikovanom ispravom koja je, po pravilu, rezultat prethodnog kognicionog postupka.¹³ Obično se kaže da „izvršni sud vezan aktom koji predstavlja izvršnu ispravu“.¹⁴ Drugim rečima, izvršni sud ne sme odbiti predlog za izvršenje s pozivom na nezakonitost ili nepravilnost izvršnog naslova.¹⁵ Ovaj sud ne može sumnjati u izvršni naslov, niti se upustiti u izvođenje dokaza i raspravu o materijalnoj zakonitosti izvršne isprave.¹⁶ Izvršni sud postupa po odlukama parničnog suda, kao i upravnih organa, pri čemu je vezanost suda za dispoziciju iz ovih odluka izraz njihove pravnosnažnosti, odnosno konačnosti.¹⁷ Postupak izvršenja se dakle, po pravilu, odigrava u skladu rezultatima prethodnih postupaka iz kojih potiče kvalifikovana izvršna isprava.¹⁸

U izvršnom postupku važi načelo formalnog legaliteta, shodno kojem je postojanje potraživanja poverioca i legitimacija stranaka mogu dokazivati samo izvršnom ispravom.¹⁹ Izvršni sud se ne upušta u ispitivanje materijalne zakonitosti i pravilnosti isprave, na osnovu koje se shodno zakonu može dozvoliti izvršenje.²⁰ U postupku donošenja izvršne isprave, sud je već raspravio pitanje osnovanosti pravozaštitnog

13 Siniša Triva, Velimir Belajac, Mihajlo Dika, *Sudski izvrši postupak*, Opći deo (redakcija S. Triva), Zagreb 1980, 112.

14 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 438.

15 S tim što bi i izvršni sud s pozivom na čl. 3, st. 3 Zakona o parničnom postupku (nedozvoljeno raspolaganje) bio dužan da odbije izvršenje odluke koja je suprotna javnom poretku.

16 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 438.

17 U svakom slučaju to su samo one isprave koje su zakonom određene kao izvršne. Vid.: čl. 13 ZIO.

18 M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 54.

19 S. Triva, V. Belajac, M. Dika, *op. cit.* fn. 13, 112.

20 *Ibid.*, 138.

zahteva.²¹ Otuda se obično naglašava da izvršne isprave nose prepostavku o istinitosti njihove sadržine, pa shodno tome i presumpciju o postojanju tražbine koja je ovom ispravom utvrđena.²² Zakon o izvršenju i obezbeđenju izričito normira ovo načelo. „Sud je dužan da donese rešenje o izvršenju kada su za to ispunjeni uslovi određeni zakonom.“²³ Otuda izvršni dužnik i nema mogućnost odgovora na predlog za izvršenje. Drugim rečima, izostaje kontradiktornost i usmena rasprava.²⁴ Na ovaj način se predupređuje „prirodna težnja“ dužnika da po saznanju za izvršenje sakrije ili otuđi svoju imovinu. Razlog za takvo postupanje zakonodavca svakako treba tražiti i u okolnosti što je dužnik bio u prilici da se o navodima tužioca izjasni u kognicionom postupku koji je prethodio izvršenju.²⁵

Ako se sagleda iz nešto drugačijeg ugla, važenje načela formalnog legaliteta u izvršnom postupku može se posmatrati i kao posledica pretpostavke o pravnoj snazi javnih isprava.²⁶ U savremenom pravu

21 *Ibid.*, 90.

22 „U izvršnom postupku sud ne može preispitivati, menjati ili prilagođavati izvršnu ispravu.“ Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, *Komentar zakona o izvršnom postupku*, Beograd 2009, 58.

23 Čl. 8, st. 1 ZIO. Ovo načelo je bilo naglašeno i u Zakonu o izvršnom postupku. Kad su ispunjeni uslovi za donošenje rešenja o izvršenju i za sprovođenje izvršenja, sud je dužan da donese rešenje o izvršenju i preuzima radnje sprovođenja izvršenja. Vid.: čl. 7 Zakon o izvršnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 125/2004. S tim što se načelo formalnog legaliteta u ZIO širi u kontekstu razlikovanja faze određivanja i faze sprovođenja izvršenja, pa tako izvršitelj sprovodi izvršenje na osnovu rešenja o izvršenju, osim ako ovim zakonom nije drugačije određeno, (čl. 8, st. 3 ZIO). Drugim rečima, izvršitelj je u donošenju zaključka o sprovođenju izvršenja vezan rešenjem o izvršenju. U ruskom pravu je takođe zastupljen pristup po kome izvršitelj ne može da odstupa od sudske odluke, ali može da je tumači. Vid.: Hiroshi Oda, *Russian Commercial Law: Second Edition*, Leiden 2007, 468.

24 Izvršni postupak dakle ne sledi neke od osnovnih principa koji inače odlikuju parnični postupak, usmena rasprava – (engl. *oral proceedings*) i raspravno načelo (engl. *adversarial principle*). Vid.: Neil Andrews, „A fresh start, The four pillars of civil justice“ u Shimon Shetreet, Christopher Forsyth (eds.), *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 98.

25 Upravo nedostatak takve rasprave uslovljava pravilo, da se pre pravnosnažnosti rešenja o izvršenju donetog na osnovu verodostojne isprave ne može pristupiti sprovođenju izvršenja.

26 Isprava koju je u propisanom obliku izdao nadležni državni i drugi organ u granicama svojih ovlašćenja, kao i isprava koju je u takvom obliku izdala, u

nije nužno da izvršenju predthodi sudski postupak, ali se, po pravilu, izvršenje može zahtevati samo na osnovu javne isprave.²⁷ S tim u vezi, na ovom mestu je važno naglasiti da je propisivanjem obavezne forme javnobeležničkog zapisa u pogledu ugovora o hipoteci i jednostranih založnih izjava²⁸ konačno otklonjena svojevrсна anomalija uvedena u naš pravni sistem Zakonom o hipoteci (2005), po kojoj je i privatno-pravna isprava određene sadržine imala svojstvo izvršne isprave.²⁹

3. PODOBNOST ISPRAVE ZA ODREĐIVANJE IZVRŠENJA

Da bi sud doneo rešenje kojim se izvršenje određuje moraju biti ispunjene određene pretpostavke, neke od njih tiču podobnosti za izvršenje same isprave koja mora biti snabdevena potvrdom o izvršenju (klauzulom izvršivosti), a neke se tiču legitimacije stranaka. U nedostatku ovih elemenata predlog za izvršenje se ne smatra urednim da bi se o njemu moglo odlučiti. Samo one isprave (izvršne³⁰ i verodostojne³¹) koje su izričito zakonom propisane kao takve mogu predstavljati osnov za traženje i određivanje izvršenja. Lista isprava podobnih za određivanje izvršenja je ograničena i u ovoj oblasti nema prostora za analogiju. Osnov za određivanje izvršenja je, po pravilu, izvršna isprava.³² Obično se naglašava da je izvršnost odlika neke isprave na osnovu koje se može

všenju javnih ovlašćenja, druga organizacija ili lice (javna isprava), dokazuje istinitost onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje. Čl. 238 Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

27 Samuel Kamhi, *Izvršni postupak (Postupak izvršenja i obezbeđenja)*, Sarajevo 1963, 17. Ako raspoláže kvalifikovanom ispravom, izvršni poverilac ne mora dokazivati svoj pravozaštitni interes (potrebu).

28 Čl. 82, st. 1, st. 3 Zakon o javnom beležništvu, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014 i 6/2015.

29 Čl. 15 Zakona o hipoteci, *Sl. glasnik RS*, br. 115/2005. U francuskom pravu se tako ističe da izvršni naslov može biti ili presuda ili notarijalna isprava. Peter Emilius Herzog, Martha Weser, *Civil Procedure in France*, The Hague 1967, 564.

30 Čl. 13 ZIO.

31 Čl. 18 ZIO.

32 ZIO ne koristi termin izvršni naslov (*titulus executionis*) (nem. *Vollstreckungstitel*).

zahtevati prinudno namirenje potraživanja koje je u njoj utvrđeno. Dodatno se ističe da se prinudno ostvaruju samo kondemnatorne odluke pod uslovom da dužnik dobrovoljno ne ispuni svoju obavezu.³³ Ipak, samo postojanje izvršne isprave nije dovoljno. U postupku izvršenja je nesporno načelo dispozicije, tako da se celokupna procedura pokreće na zahtev izvršnog poverioca,³⁴ a može biti i obustavljena povlačenjem njegovog predloga.³⁵ Princip dispozicije je očigledan i po tome što izvršni poverilac u predlogu kojim inicira postupak opredeljuje sredstvo i predmet izvršenja.³⁶ Takva inicijalna procesna radnja izvršnog poverioca ima za cilj izdavanje rešenja kojim se dozvoljava izvršenje,³⁷ a ovo rešenje je ulaznica za pristupanje sprovođenju izvršenja.

4. PROCESNE I MATERIJALNE PRETPOSTAVKE U POGLEDU STRANAKA

Izvršni postupak je, po pravilu, dvostranački procesni odnos.³⁸ Stranke u izvršnom postupku su izvršni poverilac i izvršni dužnik.³⁹ „U

- 33 Sudska odluka kojom je naloženo neko davanje ili činjenje (*dare, facere*), po pravilu je izvršna, ako je postala pravnosnažna i ako je istekao rok za dobrovoljno ispunjenje (*pariacioni rok*).
- 34 Ni u nemačkom pravu se postupak izvršenja ne pokreće *ex officio*. Mathias Reimann, Joachim Zekol, *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, 380.
- 35 Za povlačenje predloga nije potreban pristanak dužnika, pa se ističe da je načelo dispozicije jače naglašeno i izvršnom postupku nego u parničnom. Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1995, 363.
- 36 U ovoj oblasti se praktično kao aksiom uzima pravilo da je izvršni poverilac slobodan da se opredeli za ono sredstvo izvršenja koje smatra najpodobnijim („creditors are free to choose from the portfolio of available enforcement methods“). Neil Andrews, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute*, Tuebingen 2008, 161.
- 37 Borislav Blagojević, *Sistem izvršnog postupka*, Beograd 1938, 172.
- 38 M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 324. S tim što na svakoj od ovih strana može biti više lica. Ovo iz razloga što i u materijalnopravnom (obligacionom) odnosu postoje uvek dve strane: poverilačka i dužnička, uz mogućnost da se na svakoj od ovih strana pojavi množina subjekata. O obligaciji kao pravnoj vezi između dve strane vid.: Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2011, 53–54.
- 39 Do 1978 godine terminologija je bila nešto drugačija, poverilac se označavao kao „tražilac izvršenja“, a dužnik „izvršenik“. Nekdašnji Zakon o izvršenju i obezbeđenju je koristio termine „ovlašćenik“ koji je kao takav označen u izvršnom naslovu i „obvezanik“.

izvršnom postupku sud o legitimaciji za pokretanje i vođenje izvršnog postupka (*legitimatio ad processum executionis*) i onoj koja je potrebna za ostvarivanje zahtevane procesne zaštite (*legitimatio ad causam executionis*) odlučuje istovremeno na početku postupka bez prethodne kontradiktorne rasprave.⁴⁰

U pravnoj nauci se naglašava da su poverilac i dužnik fizička i pravna lica koja imaju pravni subjektivitet i stranačku sposobnost ili im je ona priznata po pravilima parničnog ili drugog prava. S druge strane, shodno našem pozitivnom pravu, „izvršni poverilac“ je lice čije se potraživanje ostvaruje u postupku izvršenja i obezbeđenja,⁴¹ dok je „izvršni dužnik“ lice prema kome se ostvaruje potraživanje u postupku izvršenja i obezbeđenja.⁴² Iz takve zakonske definicije je uočljivo da je svojstvo izvršnog poverioca određeno materijalnopravno.⁴³ To je uvek lice kome potraživanje pripada. Onaj subjekat u čijoj se imovini (aktivni) nalazi potraživanje čije se namirenje traži. S druge strane, izvrši dužnik je čini se definisan čisto procesno. To je subjekat protiv koga se namirenje traži.⁴⁴ Nije dakle nužno da je pasiva ovog lica zadužena dugom koji se namiruje. Drugim rečima, pasivno legitimisana stranka u izvršnom postupku, izvršni dužnik ne mora ujedno biti i obveznik činidbe iz materijalnopravnog odnosa.⁴⁵ Kod takvog zakonodavnog pristupa je bitno samo u kakvoj se ulozi nalazi neki subjekat u izvršnom postupku bez obzira na njegovo materijalnopravnu poziciju. Izvršni dužnik je

40 S. Triva, V. Belajac, M. Dika, *op. cit.* fn. 13, 91. Postojanje procesne legitimacije stranaka: aktivne legitimacije (izvršnog poverioca) i pasivne legitimacije (izvršnog dužnika) je procesna pretpostavka na koju sud pazi po službenoj dužnosti u izvršnom postupku. Mirko Rogošić, „Ko može tražiti prinudno izvršenje i protiv koga“, *Privredno pravni priručnik* 7/1967, 8.

41 Čl. 11, st. 1, tač. 2. Tako i čl. 28, st. 1. tač. 2, ZIP, *Sl. glasnik RS*, br. 125/2004, kao i čl. 15, st. 1, tač. 2 ZIP, *Sl. list SRJ*, br. 28/2000, 73/2000 i 71/2001.

42 Čl. 11, st. 1, tač. 2, Tako i čl. 28, st. 1. tač. 3, ZIP (2004), kao i čl. 15, st. 1, tač. 2 ZIP (2000).

43 Prema čisto procesnoj definiciji izvršni poverilac je subjekat koji je pokrenuo izvršni postupak radi namirenja tražbine, odnosno subjekat u čiju korist je postupak pokrenut. M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 110. Tako je u hrvatskom pravu „ovrhovoditelj“ osoba koje je pokrenula postupak radi ovrhe neke tražbine, te osoba u čiju je korist taj postupak pokrenut po službenoj dužnosti. Čl. 2, st. 1, tačka 2 Ovršni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14.

44 M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 113.

45 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 798.

dužan da nešto plati, učini ili trpi.⁴⁶ Tako je, na primer, u situaciji kada je protiv njega pokrenut izvršni postupak dužan da trpi namirenje i realni dužnik, dakle onaj koji je zasnovao hipoteku za tuđi dug. Drukčije kazano, izvršni dužnik ne mora biti lice čiji je to dug (lični dužnik), odnosno lice koje je shodno ugovoru o kreditu korisnik kredita. To može biti i njegov solidarni dužnik, ali i lice koje se ugovorom obvezalo da će platiti tuđi dug (jemac).

Ako izvršni poverilac ili izvršni dužnik nemaju stvarnu legitimaciju, sud će odbaciti takav predlog za izvršenje.⁴⁷ Ipak, u praksi će izvršni postupak retko biti okončan odbacivanjem predloga iz ovog razloga. Ovo zato što je u postupku donošenja izvršne isprave, sud već utvrdio subjekte pravnog odnosa iz koga potiče potraživanje – poverioca i dužnika.⁴⁸ Otuda nije sporna razlika koja u ovom pogledu postoji između parničnog i izvršnog postupka. U parničnom postupku tužilac je samo mogući (potencijalni) poverilac, a tuženi potencijalni dužnik, dok je u postupku izvršenja poverilac „dokazani“ imalac potraživanja, a dužnik „dokazani“ nosilac obaveze namirenja duga.⁴⁹

5. PRENOS PRAVA

Cilj izvršnog postupka jeste zadovoljenje jednog materijalnopravnog zahteva u kome je jedno lice imalac ovlašćenja, odnosno aktivni subjekat tog pravnog odnosa,⁵⁰ dok je drugo lice pasivni subjekat na čijoj imovini se sprovodi izvršenje.⁵¹ Po pravilu postupak izvršenja biva iniciran od lica čije je potraživanje utvrđeno izvršnom ispravom. Ipak, u nekim slučajevima, dozvoljena sukcesija dovodi do nesklada između subjekta koji je kao poverilac naznačen u izvršnoj ispravi i u predlogu

46 N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.* fn. 22, 75.

47 Međutim, lice koje bi pokrenulo izvršni postupak i ne tvrdeći da je izvršni poverilac će sve dok se takav predlog ne odbaci kao nedopušten biće posmatrano kao aktivna stranka u tom postupku. M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 111.

48 S. Triva, V. Belajac, M. Dika, *op. cit.* fn. 13, 90.

49 Ljiljana Popović, „Stranke i treća lica u izvršnom postupku“, *Pravni život* 1/90, vol. 40, 219.

50 B. Blagojević, *op. cit.* fn. 38, 47.

51 Funkcija pravnog regulisanja se ogleda upravo u tome da državni organ interveniše u skladu sa svojom nadležnošću samo na zahtev ovlašćenog lica, a na štetu onoga lica koje je obvezano na ispunjenje zahteva. M. Rogošić, *op. cit.* fn. 41, 5.

za izvršenje. Mogućnost takvog neslaganja je čini se veća što je duži vremenski period između izvršnosti presude i podnošenja predloga za izvršenje. Za detaljnije proučavanje pomenute subrogacije na strani izvršnog poverioca je naročito važno sagledati da li je takav prenos prava rezultat singularne ili univerzalne sukcesije.⁵²

5.1. Singularna sukcesija

Do prestanka legitimacije ustupioca i zasnivanja legitimacije primjenika najčešće dolazi usled dobrovoljnog prenosa tražbine utvrđene izvršnom ispravom. U situaciji prenosa potraživanja u pogledu koga je doneta izvršna isprava, ustupanje će proizvoditi dejstvo i ako je neformalno. Međutim, izvršenje se može odrediti na predlog cesionara, samo ako ovaj raspolaže pravnim osnovom koji je zaključen u odgovarajućoj zakonom predviđenoj formi.⁵³ Prema Zakonu o obezbeđenju i izvršenju sukcesija u pravni položaj izvršnog poverioca iz izvršne isprave može se dokazivati samo javnom ispravom ili ispravom overenom u skladu sa zakonom.⁵⁴ Ako to nije moguće, prenos potraživanja dokazuje se pravnosnažnom, odnosno konačnom odlukom donetom u parničnom, prekršajnom ili upravnom postupku.⁵⁵

52 Franjo Goršić, *Tumač zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Zagreb 1930, 106.

53 Holandski građanski zakonik propisuje obavezu ustupioca da primjeniku preda izvršne isprave i naloge koji za njega mogu biti od značaja sa ciljem izvršenja. Vid.: čl. 6:143 (2) HGZ.

54 S tim što se kod privatne isprave dovoljna overa autentičnosti izdavača (potpisa ugovornika), a ne traži se i overa istinitosti sadržaja privatne isprave. Tako u jednoj odluci sud naglašava da „ugovor o ustupanju potraživanja nije javna isprava, već privatna isprava. Zato, zakonito overene isprave biće one privatne isprave na kojima je u vidu javne isprave overena autentičnost izdavača, ali ne i istinitost sadržaja privatne isprave... U dostavljenom ugovoru o ustupanju potraživanja potpisi ugovarača su overeni pečatima privrednih društava, koji su taj ugovor zaključili, ali se ne radi o ispravi koja je javna (u pitanju je ugovor kao privatna isprava) ili po zakonu overenoj ispravi, jer bi to bila privatna isprava na koju je u vidu javne isprave overena autentičnost izdavača.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 843/2007(1) od 11.4.2007. godine – *Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten* br. 2/2007.

55 Čl. 23, st. 1 ZIO. U slučaju da poverilac ne može da pribavi javnu (ili po zakonu overenu ispravu), mora pokrenuti parnicu i tražiti utvrđenje da je potraživanje prešlo na njega. Tada se legitimacija dokazuje pravnosnažnom parničnom presudom.“ B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010, 497. „Cilj je ove presude da se dopuni izvršni naslov u određenom prav-

U slučaju prenosa potraživanja sa izvršnog poverioca na treće lice nakon donošenja rešenja o izvršenju, sticalac stupa na mesto izvršnog poverioca. S tim da na predlog sticaoca koji javnom ili po zakonu overenom ispravom dokaže da je potraživanje na njega preneseno, sud, odnosno izvršitelj, zaključkom utvrđuje da je sticalac stupio na mesto ranijeg izvršnog poverioca.⁵⁶

O ovom pitanju se, u više navrata, raspravljalo i u našoj sudskoj praksi. U jednom takvom slučaju, sud, shodno Zakonu o izvršnom postupku (2004), zaključuje da će ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi za ugovorno ustupanje potraživanja iz izvršne isprave, sud rešenjem o izvršenju odrediti izvršenje i zabraniti „dužnikovom dužniku da potraživanje izmiri prema dužniku, do iznosa koji je potreban za namirenje poveriočevog potraživanja.“⁵⁷ Međutim, sud ne deli ovo mišljenje u situaciji kada je predlog za izvršenje zasnovan na verodostojnoj ispravi.⁵⁸ U drugim odlukama, sličnim povodom, naši sudovi zauzimaju stanoviše da overena privatna isprava sadržinski mora biti takva da je osnov prenosa potraživanja sa poverioca iz izvršne isprave na izvršnog poverioca i da nadležni organ pri overi privatne isprave ne kontroliše njenu istinitost.⁵⁹

cu, i stoga ona ima karakter presude radi ustanovljenja (prejudicijelne presude), a ne petitorni karakter kao prva presuda.“ Ivo Matijević, Ferdo Čulinović, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Knjiga prva, Beograd 1937, 46.

56 Čl. 23, st. 4 ZIO.

57 Rešenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 2315/2006 od 29. novembra 2006. godine, *Paragraf Lex*.

58 Sud u jednom slučaju nije prihvatio predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave sa pozivom na ovo pravilo. Uz obrazloženje da se čl. 37 Zakona o izvršnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 125/2004, koji reguliše mogućnost određivanja izvršenja u slučaju promene poverioca ili dužnika, odnosi samo na izvršenje po izvršnoj, a ne i po verodostojnoj ispravi. Vid.: Rešenje Privrednog apelacionog suda, Iž. 818/2010(2) od 4. marta 2010. godine, *Paragraf Lex*.

59 „Izvršni poverilac koji nije istovremeno i poverilac iz izvršne isprave mora uz predlog za izvršenje na osnovu izvršne isprave da dostavi i ispravu po osnovu koje je došlo do prenosa potraživanja. Ta isprava mora biti javna isprava ili po zakonu overena privatna isprava. Overena privatna isprava sadržinski mora biti takva da je osnov prenosa potraživanja sa poverioca iz izvršne isprave na izvršnog poverioca, a po formi se mora raditi o ispravi kojoj je overena autentičnost izdavača. Istinitost pri overi sadržaja privatne isprave se ne kontroliše.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 2636/2006 od 1. decembra 2006. godine – *Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten* br. 2/2007, *Paragraf Lex*.

Sa prenosom tražbine na pribavioca prelaze i sporedna prava.⁶⁰ U korist lica na koje je prešla tražbina, hipoteka prelazi bez posebnog pravnog osnova i posebnog načina sticanja (*ex lege*). Lice koja je postalo novi poverilac tražbine obezbeđene hipotekom, već i zbog toga što je u njegovu korist prenesena tražbina, postaje i bez upisa u katastar hipotekarni poverilac. Međutim, da bi novi hipotekarni poverilac mogao ostvarivati prava hipoteka se u njegovu korist prethodno mora upisati u zemljišnu knjigu.⁶¹ Za takav upis nije nužno da prethodni hipotekarni poverilac pristane na upis u klauzuli intabulandi. Ovde sa radi o upisu kojim se jedno izvanknjižno stanje nastalo prenosom tražbine, usklađuje sa zemljišnoknjižnim stanjem.⁶² Sam upis hipoteke je deklarativne prirode.⁶³ Drukčije kazano, upisom novog hipotekarnog poverioca neće doći do promene prvenstvenog reda već upisanog hipotekarnog poverioca. Ipak, ako hipotekarni poverilac želi da ostvari svoje pravo on mora i da ga dokaže, što ovde čini izvodom iz odgovarajućih javnih knjiga.

Ako je tražbina deljiva moguće je i njeno delimično ustupanje. Kad je cesija potraživanja delimična, i ako je kao takva potvrđena u obliku javne ili javno overene isprave, prirodno se ustanovljava samo delimična legitimaciona sposobnost na strani prijemnika.⁶⁴ Izvorni poverilac zadržava legitimaciju za prinudno namirenje neustupljenog dela potraživanja.

5.2. Univerzalna sukcesija

Sukcesija u izvršnom postupku nastupa i kao posledica univerzalne materijalno pravne sukcesije.⁶⁵ Kad takve sukcesije, je čini se važno napraviti dodatnu razliku između sukcesije koja nastupa u imovini fizičkih lica i sukcesije kod pravnih lica.

60 Kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, prava na kamatu, ugovornu kaznu i sl. Vid.: čl. 437, st. 1. ZOO.

61 Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 173.

62 *Ibid.*

63 Prema prof. Orliću prenos potraživanja i hipoteke proizvodi dejstvo prema trećima, tek kad se upiše u zemljišne knjige. Miodrag Orlić, „Nacrt Zakona o hipoteci“, *Pravni život* br. 10/2004, 49.

64 B. Blagojević, *op. cit.* fn. 38, 167.

65 Ranka Račić, *Sukcesija u procesnom odnosu*, doktorska disertacija, Niš 1996, 125.

Univerzalna sukcesija u pravima kod fizičkih lica, po pravilu, nastupa usled smrti poverioca. Na primer, ako je po izvršnoj ispravi poverilac fizičko lice koje je umrlo, naslednici tog fizičkog lica su ovlašćeni da na osnovu postojeće izvršne isprave podnesu predlog za izvršenje, ali su dužni da uz predlog prilože i rešenje ostavinskog suda kojim su oglašeni za naslednike.⁶⁶

Kod pravnih lica, razlozi za nastupanje univerzalne sukcesije mogu biti različiti i pre svega zavise od vrste samog pravnog lica i ciljeva njegovog osnivanja. Iako se o univerzalnoj sukcesiji može govoriti i u kontekstu pravnih lica kao što su zadužbine, fondovi⁶⁷ i udruženja,⁶⁸ za pravni promet su daleko značajniji slučajevi univerzalne sukcesije kod privrednih društava. Ova sukcesija nastupa kao posledica statusnih promena⁶⁹ (pripajanja, spajanja, podele i razdvajanja)⁷⁰ privrednih društava usled čega imovina i obaveze društva prenosioca prelaze na društvo sticaoca, u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele.⁷¹ Ako je neko pravno lice prestalo da postoji onda je aktivno legitimisan njegov sukcesor, s tim što je novi imalac prava dužan da uz predlog za izvršenje podnese i kvalifikovanu ispravu kojom dokazuje pravno sledbeništvo. S obzirom da pravne posledice statusnih promena nastupaju danom registracije i prenos prava se dokazuje odgovarajućim izvodom iz registra privrednih društava,⁷² a po potrebi i odgovarajućim ugovorom o statusnoj promeni⁷³ odnosno planom po-

66 Lj. Popović, *op. cit.* fn. 50, 221.

67 O statusnim promenama kod zadužbina i fondacija vid.: čl. 54 Zakona o zadužbinama i fondacijama, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2010 i 99/2011 – dr. zakon. O raspodeli preostale imovine zadužbina i fondacija vid.: čl. 55 Zakona o zadužbinama i fondacijama.

68 O pripajanju, spajanju i podeli udruženja vid.: čl. 45–48 Zakona o udruženjima, *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009 i 99/2011 – dr. zakoni. O primaocu imovine u slučaju prestanka rada udruženja vid.: čl. 42–43 Zakona o udruženjima.

69 „Statusnom promenom se jedno društvo (društvo prenosilac) reorganizuje tako što na drugo društvo (društvo sticalac) prenosi imovinu i obaveze, dok njegovi članovi u tom društvu stiču udele odnosno akcije.“ Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo, Pravo privrednih društava*, Beograd 2013, 519.

70 Čl. 485 Zakona o privrednim društvima – ZPD, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015.

71 Čl. 505, st. 1, tač. 1 ZPD.

72 N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.* fn. 22, 75.

73 „Ugovor o statusnoj promeni između ostalog sadrži i označavanje vrednosti imovine i visine obaveze koje se statusnom promenom prenose na društvo sti-

dele ako samo jedno društvo učestuje u statusnoj promeni. U nekim slučajevima će društvo sticalac svoje pravo dokazivati odgovarajućim izvodom iz evidencije nepokretnosti, na primer kod prenosa potraživanja obezbeđenog izvršnom vansudskom hipotekom.

5.3. Ograničenja u prenosu prava

5.3.1. Naplata glavnog duga i kamate na račun punomoćnika

Pred srpskim sudovima se često otvaralo pitanje da li se može usvojiti predlog za izvršenje u situaciji kada punomoćnik izvršnog poverioca predlaže izvršenje na osnovu izvršne isprave prenosom potraživanja na ime glavnice i kamate, sa računa izvršnog dužnika na račun punomoćnika izvršnog poverioca. S tim da se takav predlog, po pravilu, javlja u onim slučajevima kada je račun izvršnog poverioca blokiran po osnovu prinudne naplate, ili kada je punomoćnik izvršnog poverioca želi da se obezbedi da ću mu biti isplaćena naknada za zastupanje. Shodno Zakonu, izvršenje na novčanim sredstvima na računu izvršnog dužnika sprovodi se tako što se vrši prenos novčanog iznosa za koje je izvršenje određeno sa računa izvršnog dužnika na račun izvršnog poverioca.⁷⁴ Obavezna sadržina predloga je broj računa izvršnog dužnika, ali i broj tekućeg računa izvršnog poverioca.⁷⁵ Nezavisno od toga da li je račun poverioca blokiran ili nije, prenos se ne može vršiti na račun trećeg lica, pa ni punomoćnika. Pritom je važno uočiti da ova zabrana nije posledica opšte nedopuštenosti ustupanja sporne tražbine advokatu (zabrana ugovaranja *pactum de quota litis*).⁷⁶ Potraživanje koje se ovde ustupa je već pravnosnažno utvrđeno, tako da više i nije reč o spornom pravu. Pomenuta zabrana ustupanja jednako važi za advokate i treća lica, a sudovi je smatraju „važnom zbog odredbi o pro-

caoca i njihov opis, kao i način na koji se taj prenos vrši društvu sticaocu.“ M. Vasiljević, *op. cit.* fn. 70, 523.

74 Čl. 185 ZIO.

75 Čl. 184 ZIO.

76 U uporednom pravu se uglavnom ističe da je prenos ništav ako je tražbina ustupljena advokatu koji je angažovan na slučaju. Hein Kötz, Axel Flessner, *European Contract Law, Vol. 1 Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford 1997, 268. Tako i u našem pravu čl. 461 ZOO. Apsolutno je ništav ugovor kojim punomoćnik otkupljuje parnicu od tužioca. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 207.

tivizvršenju, kao i zbog zloupotreba u vezi sa poveriocima izvršnog poverioca⁷⁷. Po pravilu punomoćnici, advokati uz takav zahtev sudu dostavljaju posebno punomoćje kojim ih izvršni poverilac ovlašćuje da određena novčana sredstva mogu preneti na svoj tekući račun. Međutim, u sudskoj praksi je zauzet stav da izvršni sud nije dužan da postupi po nalogima izvršnog poverioca da se uplata vrši na račune trećih lica, pa čak ni na osnovu punomoćja. Tako se u kontekstu naglašava da po svim sredstvima izvršenja radi naplate novčanih potraživanja (izvršenje na novčanim sredstvima na računu izvršnog dužnika, izvršenje prodajom pokretnih ili nepokretnih stvari i dr.), novčana sredstva prenose na račun izvršnog poverioca, a ne trećeg lica. Otuda punomoćje za naplatu nije relevantno. „Nakon što se prenos izvrši na račun izvršnog poverioca, on može slobodno raspolagati uplaćenim novčanim sredstvima, naravno pod uslovom da ista nisu već raspoređena na račune njegovih poverilaca, ako mu je račun bio blokiran zbog potraživanja prema njemu“⁷⁸. Tako u jednom slučaju sud zaključuje da „priloženo punomoćje sa ovlašćenjem izvršnog poverioca datog svom punomoćniku za prijem novčanih sredstava ne može biti osnov za promenu poverioca u izvršnom postupku.“⁷⁹

Pored ove uobičajne situacije kada se isplata potraživanja traži na račun punomoćnika kako bi se izigrala blokada računa izvršnog poverioca,⁸⁰ prenos prinudno naplaćenih sredstava na račun punomoćnika uglavnom se zahteva i ako je izvršni poverilac strano prav-

77 Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 12.11.2013. i 14.11.2013. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj dana 6.11.2013. godine – *Sudska praksa privrednih sudova* – Bilten br. 3/2013, *Paragraf Lex*.

78 *Ibid.*

79 „Kako je izvršni poverilac u predlogu za izvršenje tražio da se izvršenje odredi u korist njegovog punomoćnika, jer je predložio da se sredstva sa tekućeg računa izvršnog dužnika prenesu na tekući račun punomoćnika izvršnog poverioca, to je pravilan zaključak prvostepenog suda o primeni odredbe čl. 37, st. 1 Zakona o izvršnom postupku na konkretnu situaciju. S obzirom da priloženo punomoćje ne predstavlja ispravu o prenosu potraživanja na način regulisan odredbama čl. 37, st. 1 Zakona o izvršnom postupku (2004), to je prvostepeni sud pravilno odbio predlog za izvršenje, na osnovu odredbi čl. 52, st. 4 Zakona o izvršnom postupku.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 11595/2005 od 7. novembra 2005. godine – *Sudska praksa trgovinskih sudova* – Bilten br. 4/2005, *Paragraf Lex*.

80 Do takve cesije često dolazi i kako bi se izigrali poreski propisi. Kada je izvršni poverilac preduzetnik koji nije obveznik PDV-a, a očekuje naplatu nešto većeg

no lice. U tok kontekstu je u sudskoj praksi otvoreno pitanje kada je predlog za izvršenje podnet na osnovu presude privrednog suda radi naplate novčanog potraživanja na nepokretnostima, a izvršni poverilac je strano pravno lice, koje podatke je dužan da označi izvršni poverilac u predlogu i da li je moguće odobriti prebacivanje sredstava ostvarenih prinudnom prodajom nepokretnosti na tekući račun punomoćnika i pod kojim uslovima? Zakonom je izričito propisano da u privrednim stvarima, kada je izvršni dužnik pravno lice, preduzetnik ili fizičko lice koje obavlja delatnost radi sticanja dobiti i ima otvoren račun u skladu sa propisima o platnom prometu, predlog za izvršenje, pored ostalog,⁸¹ mora da sadrži matični broj stranaka, odnosno poreski identifikacioni broj ili za strana pravna lica odgovarajući identifikacioni broj.⁸² Dodatno, zakon bez izuzetaka, dakle bez obzira da li je reč o domaćim ili stranim pravnim licima, zahteva da predlog za izvršenje sadrži brojeve računa izvršnog poverioca i dužnika kod poslovnih banaka sa nazivima ovih banaka.⁸³ Prema opštem pravilu, nije dozvoljeno da se izvršenje odredi u korist jednog, a sprovede u korist drugog lica. Izuzetno, Zakonom su propisani slučajevi u kojima se izvršenje može odrediti i sprovesti na predlog i u korist lica koje u izvršnoj ispravi nije označeno kao izvršni poverilac (čl. 23 st. 1 ZIO). Do prenosa potraživanja sa izvršnog poverioca na treće lice može doći i nakon donošenja rešenja o izvršenju i tada sticalac na osnovu zaključka suda ili izvršitelja stupa na mesto ranijeg izvršnog poverioca.⁸⁴ Sledstveno tome, i kada je rešenje o izvršenju doneto na predlog izvršnog poverioca koji je strano pravno lice, prenos novčanih sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti na tekući račun punomoćnika izvršnog poverioca je dozvoljen samo ako je punomoćnik, na osnovu isprave kojom bi dokazao prenos potraživanja, stupio na mesto ranijeg izvršnog poverioca. Ipak, ni ovaj izuzetak ne negira obavezu izvornog poverioca koji je strano pravno lice, da u predlogu za izvršenje naznači, svoj odgovarajući identifikacioni broj, broj računa i naziv banke.

Shodno dominantnom stavu naše sudske prakse, sprovođenje izvršenja u korist punomoćnika stranog pravnog lica, u izvršnom postupku koji se nalazi u fazi namirenja, nakon prodaje nepokretnosti,

iznosa, poverilac će pokušati naplatu tražbine na račun punomoćnika, kako bi umanjio promet na račun i izbegao ulazak u sistem PDV-a.

81 Čl. 35, st. 1 ZIO

82 Čl. 35. stav 2, tač. 1 ZIO.

83 Čl. 35 stav 2, tač. 2 ZIO.

84 Čl. 23, st. 3 i st. 4.

moguće je pod istim uslovima pod kojima je dopušteno i sprovedenje izvršenja u korist bilo kog trećeg lica na koga bi, na način propisan Zakonom o izvršenju i obezbeđenju, prešlo potraživanje za koje je određeno izvršenje.⁸⁵ Drugim rečima, za takvo ustupanje nije dovoljno advokatsko punomoćje, već bi prenos tražbine na drugo lice, pa tako i punomoćnika, moralo da se dokaže javnom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom, što bi u praksi, po pravilu, bio overeni ugovor o cesiji.

5.3.2. Naplata troškova postupka na račun punomoćnika

Slična dilema o mogućnosti direktne isplate na račun punomoćnika se kod naših sudova postavlja i u pogledu troškova postupka. Odgovor na ovo pitanje čini se zavisi od toga čiji su troškovi postupka, da li pripadaju stranci ili licu koje neposredno preduzima određene radnje, ali u korist stranke. Da bi raspleli ovu nedoumicu potrebno je makar na kratko da se osvrnemo na opšta pravila o zastupanju u postupku. Svaka stranka može svoju parnicu voditi sama, ali može angažovati i punomoćnika.⁸⁶ Shodno Zakonu, punomoćnik fizičkog lica može biti advokat, krvni srodnik u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug, kao i predstavnik službe pravne pomoći jedinice lokalne samouprave koji je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom.⁸⁷ Punomoćnik pravnog lica može biti advokat, kao i diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom koji je u radnom odnosu u tom pravnom licu.⁸⁸ Punomoćnik mora biti potpuno poslovno sposobno lice, a sud je dužan da u toku celog postupka pazi da li je lice koje se pojavljuje kao punomoćnik ovlašćeno za zastupanje.⁸⁹ To ne može

85 Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 12.11.2013. i 14.11.2013. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj dana 6.11.2013. godine – *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten* br. 3/2013.

86 Ovo uz retke izuzetke, stranku mora da zastupa advokat u postupku po vanrednim pravnim lekovima, izuzev ako je sama advokat. Vid.: čl. 85, st. 6 ZPP.

87 Čl. 85 st. 2 ZPP. Punomoćnik zaposlenog u sporu iz radnog odnosa može biti i predstavnik sindikata čiji je zaposleni član, pod uslovom da je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom. Čl. 85, st. 3 ZPP.

88 Čl. 85, st. 4 ZPP.

89 Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 241. Mada ovo ovlašćenje može biti dato i naknadno (*ratihabito*). B. Poznić, *op. cit.* fn. 77, 207.

biti nadripisar.⁹⁰ Kada je advokat, punomoćnik ima pravo na nagradu za zastupanje po tarifi.⁹¹ Međutim, prilično je jasno da punomoćnik to pravo nema u odnosu na sud, već u odnosu na stranku koja ga je angažovala za zastupanje. Ovo se nedvosmisleno može zaključiti i iz same prirode punomoćja. Prema nekim autorima, punomoćje je jednostrana parnična radnja koju vlastodavac vrši prema sudu,⁹² dok drugi smatraju da je ova izjava adresovana na sud ili na lice koje stranka ovlašćuje.⁹³ U svakom slučaju, procesno punomoćje ima dejstvo prema spolja, odnosno prema sudu i ostalim subjektima u postupku.⁹⁴ Tako da se princip koji usvajaju sudovi kod naplate glavnog duga i kamate na račun punomoćnika, praktično primenjuje i kod naplate troškova. U našoj sudskoj praksi postoji jasno izjašnjenje da je sama stranka poverilac naknade troškova postupka koji su joj u parnici dosuđeni. „Na dosuđeni iznos naknade troškova parničnog postupka stranka kao poverilac kojoj je ta naknada dosuđena ima pravo na kamatu od dana donošenja sudske odluke.“⁹⁵ Do identičnog zaključka se dolazi i ako stranku zastupa lice koje nije advokat. Takvom punomoćniku pripada nagrada samo ako je ugovorena,⁹⁶ ali u svakom slučaju on ima pravo na naknadu potrebnih troškova.⁹⁷ Pitanje naknade nagrade i troškove se i ovde rešava u unutrašnjem odnosu između punomoćnika i zastupanog.⁹⁸ Stranka je dužna da punomoćniku plati za zastupanje, ako

90 „Nadripisar je onaj koji se u vidu zanata odnosno stalnog zanimanja bavi zastupanjem stranaka pred sudovima i drugim državnim organima.“ S. Zuglia, *op. cit.* fn. 90, 238. Nadripisarstvo je čak propisano i kao krivično delo. „Ko se neovlašćeno i uz naknadu bavi pružanjem pravne pomoći, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.“ Čl. 342 Krivičnog zakonika RS, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

91 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 126.

92 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 232.

93 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 126.

94 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 232.

95 Tako sud rezonuje o pravu na potraživanje kamate od dana donošenja sudske odluke. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 7109/2012(1) od 26.9.2013. godine.

96 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 126.

97 B. Poznić, *op. cit.* fn. 34, 113.

98 Od punomoćja treba jasno razlikovati unutrašnji odnos nalogodavca i punomoćnika na koji se primenjuju pravila o ugovora o nalogu. A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 233. Na prava i obaveze u unutrašnjem odnosu posebno na obavezu punomoćnika da zastupanje vrši savesno držeći se upustva stranke i za njego-

plaćanje izostane, punomoćnik ne traži naknadu od suda, nego može tužiti stranku za namirenje troškova. Takvo rešenje nije sporno čak ni u situaciji kada nastupi smrt vlastodavca. Shodno opštem pravilu, punomoćje ne prestaje smrću vlastodavca.⁹⁹ Punomoćnik advokat može i dalje vršiti sve parnične radnje za svoju stranku dok mu naslednici ne otkazu punomoćje.¹⁰⁰ Pravo na naknadu troškova postupka ulazi u zastavštinu stranke, kao i obaveza da se punomoćniku plati za zastupanje. Kao i u drugim slučajevima stranka svoje izvorno pravo na naknadu troškova postupka iz izvršne isprave može preneti na punomoćnika ako su ispunjeni uslovi iz čl. 23 ZIO.

Ovom pitanju se može pristupiti i na nešto drukčiji način. Ako se kaže da je punomoćnik advokat ili drugi pravnik „vičan poslovima zastupanja pred sudom“,¹⁰¹ koji se parniči u ime stranke na osnovu ovlašćenja koje je od nje dobio,¹⁰² onda su parnične radnje koje preduzima punomoćnik takvog dejstva kao da ih je sama stranka preduzela.¹⁰³ Drugim rečima, punomoćnik vrši parnične radnje u interesu stranke kako bi za svoju stranku postigao što povoljniji rezultat¹⁰⁴ i u obavezima je da postupa savesno i sa dužnom pažnjom (po pravilima struke ako je reč o advokatu) i u okvirima ovašćenja datih u punomoćju.¹⁰⁵ Za svoj rad advokat ima pravo na nagradu i naknadu troškova prema advokatskoj tarifi. Ako je stranka izdala punomoćje za vođenje parnice *mandatum ad litem*, a nije bliže odredila ovlašćenja u punomoćju, punomoćnik advokat je na osnovu ovakvog punomoćja ovlašćen da od protivne strane primi i naplati dosuđene troškove.¹⁰⁶ Takvom punomoćniku dakle nije potrebno posebno ovlašćenje da primi i naplati

vo pravo na nagradu i naknadu troškova, merodavne su materijalno pravne odredbe. Isto važi i za njegovu odgovornost za naknadu štete prouzrokovanu nepažljivim vođenjem spora, propuštanjem radnje ili prekoračenjem upustva. B. Poznić, *op. cit.* fn. 77, 207.

99 S tim što neki autori naglašavaju da kada je predmet spora pravo koje nije prenosivo niti je nasledivo tada smrću stranke prestaje parnica pa samim tim i punomoćje. A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 236.

100 Običan punomoćnik gubi ona ovlašćenja koja se moraju izričito navesti u punomoćju. S. Zuglia, *op. cit.* fn. 90, 242.

101 B. Poznić, *op. cit.* fn. 77, 206.

102 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 231.

103 B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *op. cit.* fn. 3, 128.

104 Ranko Keča, Borivoje Starović, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004, 35.

105 *Ibid.*, 159.

106 Čl. 89, st. 1, tač. 4 ZPP.

troškove koji su dosuđeni stranci koju je zastupao.¹⁰⁷ Međutim, ako želi da prinudno naplati troškove koji su dosuđeni stranci koju je zastupao na svoj račun u izvršnom postupku, punomoćnik na koga ne glasi izvršna isprava će status izvršnog poverica moći da dokaže samo kvalifikovanom ispravom u skladu sa čl. 23 ZIO.

6. PREUZIMANJE OBAVEZA

6.1. Singularna sukcesija

Kao što smo već naglasili od pribavljanja izvršne isprave do određivanja i sprovođenja izvršenja često protekne određeno vreme. U tom periodu relativno lako može doći do prelaza obaveze sa dužnika iz izvršne isprave na drugo lice, kao i da na predmetu izvršenja „steknu prava treća lica, bilo na osnovu zakona ili sudske odluke, a najčešće voljnim aktom samog dužnika i trećeg lica“.¹⁰⁸ Uobičajno se kaže da do personalne subrogacije na dužničkoj strani u nekom obligacionom odnosu dolazi usled preuzimanja duga, pristupanja dugu i preuzimanja ispunjenja.¹⁰⁹ Ipak, za postupak izvršenja je čini se daleko važnije pitanje koje se tiče promene vlasnika na predmetu izvršenja. U pokušaju da se ova tema osvetli na odgovarajući način potrebno je na kratko se osvrnuti na pravila materijalnog prava. U savremenom srpskom pravu najaktuelnije sredstvo obezbeđenja potraživanja je izvršna vansudska hipoteka koja nastaje na osnovu založne izjave ili ugovora o hipoteci u formi javnobeležničkog zapisa. Ako podsetimo na opšte pravilo po kome predmet hipoteke može biti samo nepokretnost koja je u prometu i koja je podobna za unovčenje,¹¹⁰ onda postaje jasno da zasnivanjem hipoteke, hipotekovana nepokretnost nije i ne može biti isključena iz prometa. Međutim, takva neograničena prometljivost ima i svoju drugu stranu. Ako je založni dužnik slobodan da raspolaže predmetom hipoteke, onda otuđenje nepokretnosti po pribavljanju izvrše isprave kreira nesklad između subjekta koji je kao vlasnik hipotekovane nepokretnosti naznačen u izvršnoj ispravi i stanja u registru nepokret-

107 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 2, 233.

108 Stefan Georgijevski, „Založno pravo u izvršnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–4/1983, 211.

109 O. Antić, *op. cit.* fn. 39, 128–136.

110 T. Josipović, *op. cit.* fn. 62, 164.

nosti.¹¹¹ Drugim rečima, od trenutka upisa novog vlasnika u katastar nepokretnosti, lice u odnosu na koje postoji izvršna isprava nije više vlasnik nepokretnosti na koju je izvršna isprava usmerena.

Prema prof. Diki, izvršni poverilac čije je pravo upisano u javnu evidenciju nepokretnosti ima pravo na osnovu izvršne isprave „protiv lica koje je bilo vlasnik stvari u vreme kada je on stekao to pravo na osnovu izvoda iz katastra nepokretnosti kojim se dokazuje prenos vlasništva sa prethodnog na novog vlasnika zatražiti određivanje izvršenja neposredno protiv novog vlasnika“.¹¹² Ovde je pitanje da li bi poverilac samo na osnovu upisa izvršne vansudske hipoteke u katastar nepokretnosti mogao zahtevati određivanje izvršenja u odnosu na svakodobnog vlasnika predmeta hipoteke ili mu je za tako nešto neophodan upis rešenja o izvršenju. Drugim rečima, u slučaju raspolaganja predmetom izvršne vansudske hipoteke postoji nedoumica da li u predlogu koji se zasniva na založnoj izjavi (ugovoru o hipoteci) kao izvršnoj ispravi kao pasivno legitimisano lice treba naznačiti lice koje je ustanovilo hipoteku kao tadašnji vlasnik nepokretnosti ili se predlog za izvršenje podnosi protiv njegovog sukcesora, tj. lica koje je pribavilo nepokretnost opterećenu hipotekom i kao aktuelni vlasnik je upisano u katastar nepokretnosti?

Pravo hipoteke je neodvojivo od nepokretnosti, budući da je hipoteka stvarno pravo na tuđoj stvari, ona sledi stvar koju opterećuje, sve dok hipoteka traje odnosno dok ne bude brisana u zemljišnoj knjizi bez obzira na prenos svojine na predmetu hipoteke.¹¹³ Otuda, izgleda da se u takvom predlogu kao izvršni dužnik mora navesti sadašnji vlasnik nepokretnosti, a pošto izvršni dužnik nije lice naznačeno u izvršnoj ispravi, shodno čl. 23 ZIO, izvršni poverilac ima obavezu da dokaže

111 Ovo iako se može uočiti da javni registar o pravima koja se tiču nepokretnosti daleko ažurniji od slične javne evidencije koja se tiče pokretnih stvari. Otuda neki autori ističu da kod pokretnih stvari registri u koje se upisuje založno pravo štite interese obazbeđenih poverilaca samo delimično u smislu da založno pravo može biti lako i jednostavno evidentirano, što dokazuje i prioritet obezbeđenja, ali da nemaju drugi naročit značaj. Nataša Hadžimanović, „Non possessory Pledge – What is the role of the register“, *Pravo i privreda* 7–9/2011, 106.

112 M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 455.

113 Olga Jelčić, „Osiguranje tražbina na nekretninama u hrvatskom pravu (hipoteka i fiducijarni prenos vlasništva)“, *Stvarnopravno uređenje tranzicijskih zemalja – Stanje i perspektive* (red. Tatjana Josipović), Zagreb 2009, 348.

sukcesiju obaveze na novog vlasnika nepokretnosti. On to, po pravilu, čini odgovarajućom javnom ispravom, odnosno izvodom iz katastra nepokretnosti.

Do nesklada između subjekta obaveze naznačenog u izvršnoj ispravi i vlasnika nepokretnosti lako dolazi i u sledećoj fazi ostvarenja subjektivnog prava poverioca. Izvršni dužnik može otuđiti hipotekovanu nepokretnost i pošto izvršni poverilac podnese predlog za izvršenje praćen odgovarajućim izvodom iz registra neokretnosti kojim dokazuje da je lice navedeno kao subjekat obaveze u izvršnoj ispravi ujedno vlasnik predmeta izvršenja. Ako u periodu od podnošenja takvog predloga do donošenja rešenja o izvršenju dođe do promene vlasnika nepokretnosti, katastar nepokretnosti će odbiti upis zabeležbe rešenja o izvršenju u odnosu na lice koje je aktuelni vlasnik.¹¹⁴ U takvoj situaciji poverilac ne mora podnositi novi predlog za izvršenje, već je dovoljno da u postupku sprovođenja dostavi javnu ispravu (izvod iz katastra) na osnovu će sudija, odnosno izvršitelj doneti odgovarajući zaključak kojim utvrđuje da je sticalac predmeta izvršenja u postupku stupio na mesto ranijeg izvršnog dužnika.¹¹⁵

Kao što smo već istakli, uz predlog za izvršenje i predlog za sprovođenje izvršenja na nepokretnosti izvršni poverilac podnosi izvod iz javne knjige, kao dokaz o tome da je nepokretnost u svojini izvršnog dužnika.¹¹⁶ Ipak, u nekim slučajevima predlog za izvršenje se može podneti i kada je kao vlasnik uknjiženo drugo lice, a ne izvršni dužnik.¹¹⁷ Ako je kao vlasnik nepokretnosti predmeta izvršenja upisano u javnoj knjizi drugo lice, a ne izvršni dužnik, izvršni poverilac je dužan da podnese ispravu koja je podobna za upis prava svojine izvršnog dužnika.¹¹⁸

Ovde dakle dolazi do materijalnopravne sukcesije, ali ne i do subjektivnog preinačenja. U subjekatskom smislu predlog za izvršenje i

114 Uporediti: Meliha Povelakić, „Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH“, *Stvarnopravno uređenje tranzicijskih zemalja – Stanje i perspektive* (red. Tatjana Josipović), Zagreb 2009, 238.

115 Čl. 23, st. 3, 4 i 5 ZIO.

116 Čl. 105, st. 1 ZIO.

117 Opširnije vid.: Meliha Povelakić, „Neuknjižene nekretnine kao predmet osiguranja kredita u svetlu novih propisa, izvršnog, zemljišnoknjižnog i notarskog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* L-2007, 398–400.

118 Čl. 105, st. 2 ZIO.

dalje odgovara izvršnoj ispravi.¹¹⁹ Cela ova situacija je u praksi prilično zamršena. Ovo iz razloga što, s jedne strane, knjižni vlasnik često nije dovoljno zainteresovan za upis svojine izvršnog dužnika, dok s druge strane, izvršni dužnik kao vanknjižni imalac nepokretnosti, prirodno, neće imati interes da se uknjižbom „otvori“ za izvršenje.¹²⁰ Otuda je važno da takav upis po službenoj dužnosti vrši sud kome je podnesen predlog, odnosno po zahtevu suda ili zahtevu izvršitelja, sud ili drugi organ koji vodi javnu knjigu za tu nepokretnost.¹²¹

Dodatna nedoumica u našem pravu postoji u onim slučajevima kada potraživanje nije obezbeđeno izvršnom vansudskom hipotekom, već poverilac dolazi do izvršenja „redovnim putem“ preko kondemantorne presude koja je postala izvršna. U svom nacrtu zakona o hipoteci prof. Orlić preporučuje normu o zabeležbi izvršivosti koja glasi da se neposredna izvršivost zabeležava u javne knjige i ima dejstvo prema svakom pribaviocu prava svojine na hipotekovanoj nepokretnosti.¹²² Međutim, slično pravilo ne postoji u aktuelnom Zakonu o hipoteci, a Zakon o izvršenju i obezbeđenju pristupa ovom institutu nešto drukčije. Na osnovu rešenja o izvršenju, kao i zaključka izvršitelja o izvršenju izvršni poverilac stiče pravo upisa založnog prava na nepokretnosti izvršnog dužnika.¹²³ Na zahtev izvršnog poverioca u javnoj knjizi izvršiće se upis založnog prava na osnovu rešenja o izvršenju, odnosno zaključka izvršitelja o sprovođenju izvršenja.¹²⁴ Upisom u javnu knjigu, izvršni poverilac stiče pravo da svoje potraživanje namiri iz nepokretnosti i u slučaju da treće lice kasnije stekne na istoj nepokretnosti pravo svojine. Ova stilizacija normi čini nejasnim na koji upis se misli, da li izvršni poverilac stiče pravo da svoje potraživanje namiri i u slučaju da treće lice kasnije stekne na istoj nepokretnosti pravo svojine upisom rešenja o izvršenju ili upisom hipoteke na zahtev poverioca. Postavlja se dakle pitanje da li zabeležbom rešenja o izvršenju u katastar, što poverilac obično zahteva od suda uz predlog za izvršenje, poverilac stiče moguć-

119 Predlog za izvršenje se ovde može usvojiti ako su ispunjeni uslovi za promenu stanja u katastru. U rešenju o izvršenju sud će naložiti upis svojine u korist izvršnog dužnika, a potom i upis zabeležbe izvršenja.

120 M. Povlakić, *op. cit.* fn. 117, 399.

121 Čl. 105, st. 4 ZIO.

122 Vid.: čl. 24 Nacrta zakona o hipoteci. Miodrag Orlić, „Nacrt Zakona o hipoteci“, *Pravni život* br. 10/2004, 46.

123 Čl. 107, st. 1 ZIO.

124 Čl. 107, st. 2. ZIO

nost da sprovodi izvršenje prema bilo kom vlasniku nepokretnosti koja je predmet izvršenja ili poverilac stiče pravo *erga omnes* tek upisom hipoteke. Iako sama zakonska formulacija može navesti na pomisao da je za dejstvo prema trećim licima neophodno da poverilac, nakon zabeleške rešenja o izvršenju, podnese novi zahtev za upis hipoteke, čini se da je zakonodavac samo želeo da naglasi kako je rešenje osnov za sticanje hipoteke i da se rešenje ne upisuje po službenoj dužnosti već na zahtev poverioca, ne ulazeći detaljnije u razradu kako teba da glasi sama sadržina upisa u katastar. Smatramo da dejstva *erga omnes* nastupaju bez obzira da li je u javnu evidenciju zabeleženo rešenje o izvršenju na nepokretnosti ili je upisana hipoteka na osnovu rešenja o izvršenju. O takvom značaju zabeleške rešenja o izvršenju može se zaključiti i iz pravila o pristupanju izvršenju, po kome se posle upisa rešenja o izvršenju, odnosno zaključka o sprovođenju izvršenja ne može za namirenje drugog potraživanja istog ili drugog izvršnog poverioca sprovesti poseban postupak izvršenja na istoj nepokretnosti. Izvršni poverilac za čije je potraživanje kasnije određeno izvršenje na istoj nepokretnosti, stupa u već pokrenuti izvršni postupak.¹²⁵

Primenom načela zemljišnoknjižnog prava, izvršenje koje je zabeleženo u javnoj evidenciji u pogledu ranijeg vlasnika obavezuje i novog vlasnika, tako da se i protiv njega može preduzeti neposredno izvršenje.¹²⁶ Sopstvenik dakle može otuđiti hipotekovanu nepokretnost, ali prenos svojine ne menja ništa u dužnikovoj obavezi i u obezbeđenju potraživanja.¹²⁷ Međutim, pitanje je kako to praktično izvesti. Kao što smo već prikazali, norme postupka izvršenja su ovde prilično relativizovane propisima koji uređuju evidenciju prava na nepokretnostima. Siguran način da poverilac spreči mogući nesklad između lica koje je navedeno kao dužnik u izvršnoj ispravi i titulara nepokretnosti je ugovaranje klauzule po kojoj dužnik od upisa izvršne vansudske hipoteke u katastar ne može raspolagati predmetom hipoteke. Međutim, takva ugovorna odredba je izričito zabranjena zakonom o hipoteci.¹²⁸ Drugi

125 Vid.: čl. 108, st. 1 i st. 2 ZIO.

126 Prilikom otuđenja opterećene nekretnine savesno sticanje u principu nije moguće. Osim možda u slučajevima kada je hipoteka greškom katastra obrisana ili usled podele zemljišta nije upisana u sve listove. Upor.: M. Povelakić, *op. cit.* fn. 117, 238.

127 M. Orlić, *op. cit.* fn. 122, 48.

128 Čl. 13, st. 3 Zakona o hipoteci. Tako ova zabrana postoji u nemačkom pravu vid.: para. 1136 NGZ.

način, na koji se predupređuju ovakve situacije u kojima „poverilac juri sopstveni rep“ jeste propisivanje pravila po kome ne proizvodi dejstvo dužnikovo raspolaganje imovinom od dana prijema rešenje o izvršenju.¹²⁹ Ipak, takva norma ne pokriva interval od podnošenja predloga za izvršenje do dostavljanja rešenja o izvršenju dužniku koji u našem pravnom sistemu često nije zanemarljiv. Ovo naročito ako se uzme u obzir opterećenost izvršnih sudova brojem predmeta u kumulaciji sa veštinom izigravanja prijema rešenja koju su tokom godina razvili izvršni dužnici.

6.2. Univerzalna sukcesija

„Ako su prava, obaveze ili prava i obaveze koje menjaju titulara određeni kao celina, na opšti način, a ne pojedinačno, individualno reč je o univerzalnoj sukcesiji“.¹³⁰ Kod fizičkih lica je univerzalna sukcesija, po pravilu, posledica nasleđivanja kada, shodno opštem pravilu, u trenutku delacije, naslednik stiče ostaviočeva prava i odgovora za njegove obaveze imovinske prirode.¹³¹ Međutim, univerzalna sukcesija može biti i posledica primanja neke imovinske celine na osnovu posla *inter vivos*. U takvim slučajevima, *ex lege* dolazi do pristupanja dugu, tako da nema pravnog dejstva prema poveriocima ugovorno isključene odgovornosti za dugove.¹³² Kod odgovornosti naslednika za dugove srpsko pravo prihvata sistem vrednosno ograničene odgovornosti (*pro viribus hereditatis*), po kome naslednik odgovora za dugov ostavioaca celokupnom imovinom, ali samo do visine onoga što je nasledio.¹³³ To

129 „Ne proizvode pravno dejstvo raspolaganja imovinom koja izvršni dužnik učini nakon prijema rešenja o izvršenju, odnosno zaključka kojim se određuje izvršenje.“ Čl. 20, st. 7 ZIO.

130 Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 285.

131 Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2014, 416.

132 „Kod pristupanja dugu u slučaju primanja neke imovinske celine, lice na koje pređe na osnovu ugovora neka imovinska celina fizičkog ili pravnog lica (npr. zanatska radnja ili poljoprivredno gazdinstvo), ili jedan deo te celine, odgovara za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, pored dotadašnjeg imaoaca i solidarno s njim, ali samo do vrednosti njene aktive. Član 452, st. 1 ZOO. Nema pravnog dejstva prema poveriocima odredba ugovora kojom bi se isključivala ili ograničavala odgovornost utvrđena u prethodnom stavu.“ Član 452, st. 1 ZOO.

133 O. Antić, *op. cit.* fn. 131, 417.

praktično znači da se protiv nasljednika koji je dao pozitivnu naslednu izjavu može sprovesti izvršenje bez ograničenja kako u pogledu stvari koje potiču iz zaostavštine, tako i ostatka naslednikove imovine,¹³⁴ a shodno opštem pravilu do vrednosti nasleđene imovine. „Ako ima više nasljednika izvršenje se može zahtevati u odnosu na jednog ili više njih u pogledu celokupnog duga. Ovo iz razloga jer naslednici solidarno odgovaraju za obaveze ostavioca“.¹³⁵ Ovde je važno napomenuti da postoji solidarna odgovornost i onog naslednika koji se odrekao nasleđa u korist drugog sanaslednika, zato što se u takvom slučaju uzima da je i ovaj naslednik dao pozitivnu naslednu izjavu sa ustupanjem naslednog dela. S druge strane, lice pozvano na nasleđe koje je dalo negativnu naslednu izjavu ne odgovara za dugove ostavioca. Zakon o izvršenju i obezbeđenju kao jedan od razloga za obustavu postupka izvršenja propisuje smrt stranke koja nema naslednika,¹³⁶ dok Zakon o parničnom postupku koji se supsidijarno primenjuje i u postupku izvršenja kao razlog za utvrđenje prekida postupka navodi smrt stranke.¹³⁷ Postupak koji je prekinut iz ovog razloga se nastavlja ako naslednik ili staralac zaostavštine, preuzme postupak ili kad ih sud na predlog protivne strane pozove da to učine.¹³⁸ U ovom kontekstu, neki autori ističu da bi se u slučaju smrti izvršnog dužnika, dok izjava o prihvatu zaostavštine od njegovih naslednika još nije data, izvršenje moglo sprovesti protiv ležeće zaostavštine¹³⁹ ako joj je postavljen staratelj.¹⁴⁰ U svakom slučaju, izvršni poverilac ostavioca bi, kao i bilo koji drugi poverilac, u roku od tri meseca od otvaranja nasleđa mogao da zaštiti svoje interese

134 F. Goršić, *op. cit.* fn. 53, 107.

135 Čl. 224, st. 1 ZON.

136 Čl. 76, st. 1, tač. 2 ZIO.

137 Čl. 222, st. 1, tač. 1 ZPP.

138 Čl. 225, st. 1 ZPP. Kao razlog za prekid postupka postoji i ako stranka koja je pravno lice prestane da postoji (čl. 222, st. 1 tač. 4 ZPP). S tim da se postupak prekinut iz ovog razloga nastavlja kada pravni sledbenici pravnog lica preuzmu postupak ili kad ih sud na predlog protivne strane pozove da to učine.

139 Iako naš pravni sistem ne poznaje ležeću zaostavštinu u smislu rimskog prava (*hereditas iacens*), u kontekstu besubjektivnih prava. Za poverioca je važno praktično pitanje koga da naznači kao izvršnog dužnika ako odgovarajućim rešenjem o nasleđivanju ne može da dokaže sukcesiju. Opširnije o slučajevima besubjektivnih (privremeno ničijih) prava vid.: V. Vodinelić, *op. cit.* fn. 130, 226–227.

140 S tim što bi se u samom predlogu za izvršenje moglo predložiti da se zaostavštini postavi staratelj. F. Goršić, *op. cit.* fn. 53, 107.

zahtevom za odvajanje zaostavštine od imovine naslednika (*separatio bonorum*).¹⁴¹

Kao jedna od pravnih posledica statusne promene kod privrednih društava se navodi i solidarna odgovornost društva sticaoca sa društvom prenosiocem za njegove obaveze koje nisu prenete na društvo sticaoca, ali samo do iznosa razlike između vrednosti imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzelo (solidarna ograničena odgovornost).¹⁴² Ako je statusnom promenom društvo prenosioc prestalo da postoji onda obaveze društva prenosioca prelaze na društvo sticaoca u skladu sa ugovorom o statusnoj promeni, odnosno planom podele.¹⁴³

Zakon o privrednim društvima ovde propisuje jedan zaštitni mehanizam za poverioce koji se ogleda u obavezi društva koje pristupa statusnoj promeni da Nacrt ugovora o statusnoj promeni, odnosno nacrt plana podele objavi na svojoj Internet stranici, ako je ima, i dostavi registru privrednih subjekata radi objavljivanja na Internet stranici tog registra najkasnije mesec dana pre dana održavanja sednice skupštine na kojoj se donosi odluka o statusnoj promeni.¹⁴⁴ Objavljivanjem nacrta ugovora o statusnoj promeni, odnosno nacrta plana podele smatra se da su i poverioci društva obavješteni o statusnoj promeni.¹⁴⁵ Kada je reč o poveriocima koji su poznati društvu i čije je potraživanje veće vrednosti postoji dodatna obaveza društva koje pristupa statusnoj promeni da im uputi pisano obavještenje o nastupajućoj sukcesiji.¹⁴⁶ U tom kontekstu, poverilac takvog društva čije je potraživanje nastalo pre registracije statusne promene, a koji smatra da će statusna promena u kojoj učestvuje njegov dužnik ugroziti namirenje njegovog potraživanja, može, u roku od 30 dana od dana (objavljivanja) obavještenja poverioca o statusnoj promeni od strane njegovog dužnika, zahtevati dobijanje

141 Čl. 225, st. 1 ZON.

142 M. Vasiljević, *op. cit.* fn. 70, 530.

143 M. Vasiljević, *op. cit.* fn. 70, 530.

144 Čl. 495, st. 1 ZPD.

145 Čl. 495, st. 4 ZPD.

146 „Društvo je dužno da poveriocu koji je poznat društvu, a čija potraživanja iznose najmanje 2.000.000 dinara u protivvrednosti bilo koje valute po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan objave iz člana 495 st. 2 ZPD, uputi i pisano obavještenje o sprovođenju statusne promene, koje sadrži elemente iz čl. 491 st. 2 ZPD, najkasnije 30 dana pre dana održavanja sednice skupštine na kojoj se donosi odluka o statusnoj promeni.“ Čl. 497, st. 1 ZPD.

odgovarajuće zaštite, na primer davanjem obezbeđenja u vidu zaloge, jemstva i slično.¹⁴⁷ Kako je obaveza obaveštavanja poverilaca o statusnoj promeni opšta, ona jednako štiti i one poverioce čija je tražbina utvrđena izvršnom ispravom. Ovi poverioci će nakon obaveštenja prirodno svoje dalje postupanje uskladiti sa statusnim promenama i predlog za izvršenje usmeriti prema društvu sticaocu. Sledstveno tome, ako je uzrok prestanka privrednog društva spajanje, pripajanje i razdvajanje, poverilac će svoje potraživanje prema pravnom licu sukcesoru obaveze dokazivati rešenjem o registraciji, odnosno brisanju iz registra,¹⁴⁸ a ako to nije dovoljno i odgovarajućim ugovorom o statusnoj promeni ili planom podele.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Postupak izvršenja se, po pravilu, opisuje kao završni korak u pravozaštitnom lancu¹⁴⁹ ili sam kraj prava (engl. *end of the law*).¹⁵⁰ Ako samo jedna pa makar i ova poslednja karika, u tako zamišljenom lancu zaštite subjektivnih građanskih prava nije dovoljno jaka, rizik da takav lanac popusti se povećava, ili drugim rečima raste opasnost da celokupni pravozaštitni sistem bude obesmišljen. S druge strane, pravilno utemeljen sistem sprovođenja izvršenja, u funkcionalnoj vezi sa pravilima parničnog postupka omogućava poveriocima da sačine jednu dovoljno realnu procenu obima naplate njihovih potraživanja i da tome prilagode svoje poslovanje. Uloga postupka izvršenja je upravo u tome da sprovede ono što je zadato u izvršnoj ispravi. Kao konačna pravnozaštitna etapa, izvršni postupak je prirodni nastavak parničnog postupka u kome se izvršni poverilac obraća sudu sa zahtevom da primora dužnika da postupi u skladu sa izrekom presude i da izvrši činidbu koja mu je naložena.¹⁵¹

Za postupak izvršenja je naročito važno pitanje legitimacije stranaka, odnosno koje lice je ovlašćeno da inicira postupak i prema

147 Čl. 509, st. 2, tač. 1 ZPD.

148 R. Račić, *op. cit.* fn. 66, 127.

149 Engl. *possible final steps in the all-over legal chain*. Mikael Berglund, *Cross-border Enforcement of Claims in the EU: History, Present Time and Future*, Kluwer Law International, 2009, 1.

150 Konstantinos Kerameus, *Enforcement in the international context*, Collected courses of the Hague Academy of International Law, 1997, 406.

151 S. Kamhi, *op. cit.* fn. 27, 1.

kome licu se postupak izvršenja može pokrenuti. Obično se kaže da se u postupku izvršenja aktivna i pasivna (procesna i stvarna) legitimacija stranaka utvrđuje prema kriterijumu formalnog legaliteta.¹⁵² Prema ovom načelu „izvršenje se određuje na predlog lica koje je po izvršnoj ispravi imalac potraživanja, a protiv lica kome je tom ispravom izrečena određena obaveza. Drukčije kazano, „tražilac izvršenja, tj. aktivno legitimisana stranka, lice na čijoj strani postoji lični interes za pokretanje i sprovođenje postupka sudske zaštite može biti samo ono lice koje je u izvršnom naslovu označeno kao ovlašćenik,¹⁵³ dok „izvršenik tj. pasivno legitimisana stranka, lice na čijoj strani postoji lični interes, da se protiv njega pokretne i provede postupak sudske zaštite, može biti samo lice koje je označeno u izvršnom naslovu kao obveznik.“¹⁵⁴ Ipak, ovo pravilo trpi određena odstupanja. Zakonodavac dopušta da se usled singularne ili univerzalne sukcesije pravozaštini interes nađe i na strani lica na koja ne ukazuje izvršna isprava. S tim što je mogućnost dokazivanja takvog prenosa značajno ograničena. Shodno Zakonu, prelaz pravozaštitnog interesa mora biti potvrđen kvalifikovanim ispravama i to javnom ispravom (na primer, rešenje o nasleđivanju, izvod iz registra privrednih društava i sl.) ili javno overenom ispravom (na primer, ugovor o cesiji sa overenim potpisima ugovornika). Kada to nije moguće, sukcesija u pravima i obavezama se dokazuje pravnosnažnom, odnosno konačnom odlukom donetom u parničnom, prekršajnom ili upravnom postupku. Sledstveno tome, u izvršnom postupku se mogu pojaviti i stranke koje nisu navedene u izvršnoj ispravi, ali isključivo ako na njih upućuju kvalifikovane isprave odgovarajuće dokazne snage. Ako za podnošenje predloga može biti ovlašćeno i lice koje u izvršnom naslovu nije označeno kao ovlašćenik, odnosno ako se izvršenje može odrediti na uštrb lica koje nije navedeno kao obvezanik,¹⁵⁵ onda načelo formalnog legaliteta biva relativizovano. Ipak, izvršni sud ni u slučaju sukcesije ne odlučuje meritorno o legitimaciji stranaka,¹⁵⁶ niti o istinitosti isprava kojim se dokazuje prenos prava i obaveza. Otuda se i pored odstupanja od ovog opšteg pravila, može zaključiti da je načelo formalnog legaliteta određujuće načelo izvršnog postupka.

152 M. Dika, *op. cit.* fn. 1, 324

153 B. Blagojević, *op. cit.* fn. 38, 165.

154 *Ibid.*

155 M. Rogošić, *op. cit.* fn. 41, 9.

156 S. Triva, V. Belajac, M. Dika, *op. cit.* fn. 13, 93.

Ono biva očuvano i u slučajevima kada stranke u izvršnom postupku nisu identične sa onima iz izvršne isprave, što dodatno potvrđuje i ograničen krug isprava kojima se u takvoj situaciji može dokazivati pravno sledbeništvo.

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS ACCORDING TO THE PRINCIPLE OF FORMAL LEGALITY

Summary

The author points out that adequately established system of enforcement procedure, understood as final stage of legal protection, in functional relation to the rules of civil procedure, constitute an appropriate basis for creditors to carry out a realistic assessment of claims' collection. Ordinarily, the enforcement procedure is a natural extension of civil proceedings in which the creditor requires the court to compel the debtor's performance that has been ordered by enforceable title. In accordance with the principle of formal legality, enforcement procedure is initiated by the motion of the person who is labeled in enforceable title as the owner of the claim, against the person to whom this enforceable title imposed certain obligations. However, the author in this paper mainly deals with an exception to that general rule. He explores the possibility of enforcement when the initiator of the procedure is not a person noted as a creditor in the enforceable title, or when the person against whom enforcement is required is not the debtor pursuant to enforceable title. In legal practice, such a situation is the result of a singular or universal succession of rights and obligations and the key to its resolution is hidden in proper response to an issue by what means one may prove its legitimacy. According to the Law on Enforcement and Security, such legal succession must be confirmed by qualified evidence, such as the public instrument (for instance, the decision on inheritance, an extract from the register of companies, etc.) or publicly certified document (for example, a contract of cession with the certified signatures of the parties). If it is not possible in this way,

succession of rights and obligations may be proved by a final decision generated in the civil, misdemeanor or administrative proceedings. To summarize, beside the persons named in the enforcement title, other parties may take action in the enforcement procedure, only if they are able to prove a legal succession with qualified evidence. As a consequence, the principle of formal legality has been relativised. However, even in case of succession, the enforcement court does not examine legitimacy of the parties nor the verity of the instruments evidencing the transfer of rights and obligation. The principle of formal legality, despite those exceptions remains defining principle of enforcement procedure. This general rule is being preserved even in those cases when the subjects in enforcement proceedings are not identical with parties in the enforcement title, particularly taking into account the restricted number of instruments which one may use to prove legal succession.

Key words: *Principle of formal legality. – Enforceable title. – Transfer of rights. – Transfer of obligations. – Succession.*

Dr Igor Vujović*

MOGUĆNOST KONVALIDACIJE UGOVORA O PROMETU NEPOKRETNOSTI ZAKLJUČENOG U FORMI NOTARSKJE ISPRAVE

U radu se razmatra pitanje pravnih posledica ugovora koji nisu zaključeni u formi notarskog zapisa ili ako notarska forma ima neki nedostatak, a ugovor je izvršen u cijelosti ili njegovom pretežnom dijelu, odnosno da li je u određenim situacijama naknadno osnaženje jednog takvog ugovora moguće. Uzimajući u obzir da je na ovim prostorima Notarijat relativno skoro uveden i da je sudska praksa oskudna sa primjerima, u radu se analiziraju zakonska rješenja i moguće posledice izvršenja jednog takvog ugovora posmatrano sa teorijsko-pravnog aspekta. Najznačajniji dio rada se odnosi na pitanje mogućnosti konvalidacije ugovora. U zaključku se navodi da bi u određenim okolnostima konvalidacija ugovora koji oskudjeva u zakonom propisanoj formi ipak bila moguća.

Ključne reči: *Notarska forma. – Ugovor o prometu nepokretnosti. – Konvalidacija.*

1. UVOD

U našim pravnim sistemima donijeti su Zakoni o notarima,¹ odnosno javnim beležnicima² kojima je predviđeno da se ugovori o prometu nepokretnosti zaključuju u notarskoj formi.

U tom smislu se postavlja pitanje da li se u slučaju nedostatka forme nekog dijela notarske forme ugovor može konvalidirati, ukoliko je ispunjen u cijelini ili pretežnom dijelu.

* Autor je vanredni profesor na Pravnom fakultetu, Slobomir P. univerziteta.

1 „Službeni list RCG“, broj 68/05, 48/08. Treba napomenuti da je primjena zakona počela 25.7.2011. godine.

2 Zakon o javnom beležništvu, „Sl. glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014 i 121/2014 koji je u primjeni od 1.9.2014. godine; Zakon o notarima, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 02/05.

Navedena razmatranja će obuhvatiti pitanja notarske forme ugovora o prometu nepokretnosti, odnosno pravne posledice koje mogu nastati ukoliko zakonom predviđena forma nije ispunjena. Uporedo sa tim rad će obuhvatiti istorijski presjek našeg prava vezano za kovalidaciju ugovora kojima nedostaje zakonom propisana forma.

Čini se da je ovo pitanje veoma važno posebno ako se uzme u obzir činjenica da je u našoj praksi ono predstavljalo povod za brojne rasprave i veliki broj sudskih sporova.

Zapravo suština rada treba da predstavlja presjek stanja koji je bio prije, odnosno nakon uvođena notarijata u naše pravne sisteme i kakav uticaj je to imalo na samu praksu.

1.1. Istorijski presjek

Notarijat u nas se javlja veoma rano još u srednjem vijeku i to u primorskim oblastima u kojima je pravno uređenje prometa nepokretnosti regulisano Statutima.³

Jedan od uslova za punovažnost ugovora o prometu nepokretnosti je i obavezna notarska forma ugovora. Ugovor se mogao dokazivati samo ako je bio zaključen u notarskoj formi, zapravo svi ugovori čija je vrijednost prelazila deset perpera morali su biti zaključeni u formi notarske isprave.

Ipak, kad je u pitanju ugovor o prometu nepokretnosti, notarska isprava nije služila samo kao prost dokaz o postojanju ugovora već i kao uslov njegove punovažnosti.⁴ Zapravo ovi ugovori se nisu mogli dokazivati bilo kakvim drugim sredstvima niti su mogli proizvoditi pravna dejstva ukoliko nisu zaključeni u formi notarske isprave.⁵ U tom smilu bi se dalo zaključiti da naknadno osnaženje ugovora, odnosno njegova konvalidacija u pravnim uređenjima primorskih komuna u srednjem vijeku nije bila moguća i ugovori kod koji nije poštovana notarska forma nisu proizvodili pravna dejstva.

3 Statut grada Kotora, Statut grada Budve, Statut grada Bara, Statuta grada Ulcinja. Detaljnije vidi: Velibor Korać, „Notarijat u srednjevjekovnim komunama jugoistočnog Jadarana“, *Harmonius* broj 1, Beograd 2013, str. 109–135.

4 Žika Bujuklić, *Pravno uređenje srednjevjekovne Budvanske komune*, Nikšić, 1988, str. 158.

5 V. Korać, *op. cit.* fn. 3, 129.

1.2. Novija pravna uređenja

U našem savremenom pravu promet nepokretnosti je regulisan republičkim zakonima o prometu nepokretnosti (u daljem tekstu ZOPN; ZOPNCG).⁶ S druge strane u pravnoj nauci i raksi postoje oprečna shvatanja povodom pitanja da li su norme Zakon o obligacionim odnosima mjerodavne za rješavanje sporova u vezi sa nedostacima forme kod ugovora o prometu nepokrtenosti a samim tim i primjene odredbi koje se odnose i na mogućnost naknadnog osnaženja (konvalidacije) u slučaju ništavosti ugovora. S tim u vezi pažnja će biti usmjerena na analizu zakonskih rješenja koja se odnose na konvalidaciju ugovora kao i posledicama koje mogu izazvati u sudskoj praksi, odnosno određivanju mjerodavnog prava u slučaju sukoba zakona.

2. KONVALIDACIJA UGOVORA PO ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA⁷ I ZAKONU O PROMETU NEPOKRETNOSTI

Odredbe o konvalidaciji ugovora o prometu nepokretnosti kojim nedostaje propisana forma, propisane su saveznim Zakonom o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) i Zakonom o prometu nepokretnosti Republike Srbije.

ZOO u članu 73 propisuje:

„Ugovor za čije se zaključenje zahteva pismena forma smatra se punovažnim i ako nije zaključen u toj formi ako su ugovorne strane izvršile u celini ili pretežnom delu obaveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja zbog koga je forma propisana očigledno ne proizilazi što drugo.“

ZOPN u članu 4 propisuje:

„Ugovor o prometu nepokretnosti zaključuje se u pisanoj formi, a potpisi ugovarača overavaju se od strane suda. Ugovori koji nisu zaključeni na način iz stava 1 ovog člana ne proizvode pravno dejstvo. Sud može da prizna pravno dejstvo ugovora o prometu nepokretnosti iz stava 2 ovog člana, koji je zaključen u pisanom obliku, na kome pot-

6 ZOPN, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 42 od 17.11.1998. godine, „Službeni list“ RCG, br. 27/75.

7 ZOO, „Službeni list SFRJ“, br. 29/78 od 26.5.1978. godine.

pisu ugovarača nisu overeni od strane suda, pod uslovom da je ugovor ispunjen u celini ili pretežnom delu, da nije povređeno pravo preče kupovine i da nije povređen prinudni propis.“

2.1. Sličnosti

Citirajući navedene članove uočava se nastojanje da zakonodavac na sličan način reguliše pitanje mogućnosti konvalidacije ugovora. Ova sličnost se sastoji u tome što se radi o ugovorima o prometu nepokretnosti kojima nedostaje zakonom propisana forma. Sličnosti postoji i u tome što zakonska rešenja sadrže važan uslov za nastupanje konvalidacije, a to je da ugovor mora biti ispunjen u cjelini ili pretežnom dijelu, ipak, čini se da je najznačajnije obilježje pomenutih članova, mogućnost konvalidacije ovakvih ugovora. Međutim, takođe se uočavaju i razlike koje nisu zanemarljive, a na koje bi trebalo posebno obratiti pažnju.

2.2. Razlike

Kada se izvrši upoređivanje pomenutih članova uočava se da ZOPN u čl. 4 st. 3 ostavlja akcent na „Sud može priznati...“, sa druge strane se u ZOO kaže „...smatra se punovažnim“. Čini se da razlika ne postoji i da se radi o sinonimima kojima se želi opisati identično značenje. Ipak, posmatrano sa stanovišta pravnog tumačenja dalo bi se zaključiti drugačije.

Fancuski pravnici *Planiol-Ripert* smatraju da je nemoguće dati jednu definiciju javnog poretka koja bi istovremeno bila opšta i precizna. Javni poredak je, prema ovim autorima, u suštini jedan pravni standard koji sud ima da primijeni na konkretan slučaj, odnosno daje se uputstvo suda da gleda na riječi mora ili može. Tako riječ „mora“ je često suprotna riječi „može“ i ukazuje na imperativni karakter propisa,⁸ a kad se u nekom pravnom pravilu upotrijebi termin „mora“, onda se obično smatra da je u pitanju javni poredak, a termin „može“ onda je riječ o dispoziciji.⁹ Naime, nema sumnje da u prisustvu svih uslova, koje zakon propisuje, sud će, što znači sud „mora“ da prizna pravno dejstvo ugovora o prometu nepokretnosti, koji je zaključen u pismenoj

8 S. Perović, *Filozofsko pravne rasprave*, Beograd, 1995, 297.

9 S. Perović, M. Orlić, „Bilješke sa predavanja iz proširenog i produbljenog kursa Oligacionog prava“, školske 2000/01, sastavio I. Vujović.

formi, a potpisi ugovarača nisu ovjereni, a u cjelini ili pretežnom dijelu je izvršen.¹⁰

Dakle, prema članu 4 stav 3 sud treba da ispita da li su ispunjeni uslovi za konvalidaciju ugovora, pa ako se utvrdi da su svi uslovi ispunjeni sud „može“, a što ne znači da mora priznati pravno dejstvo ugovora, naprotiv čak i ako su ispunjeni svi uslovi iz čl. 4 ZOPN, sud može da ne dozvoli konvalidaciju ugovora.¹¹

Sa druge strane u članu 73 ZOO se izričito predviđa da je ugovor konvalidiran, „ugovor za čije se zaključenje zahtijeva pismena forma smatra se punovažnim i ako nije zaključen u toj formi...“, te se može zaključiti da je po ovom pitanju ZOO u prednosti jer je oslobođen nejasnoće i neodređenosti zakonskog teksta kojeg bi u ZOPN, čini se, trebalo dodatno pojasniti.

Analizom i komparacijom pomenutih članova, uočava se jedna velika razlika. U članu 4 stav 3 ZOPN se propisuje da će ugovor biti konvalidiran „samo“ ako je sačinjen u pismenom obliku, a to se u članu 73 ZOO ne zahtijeva, što ostavlja mogućnost da i usmeni ugovor o prometu nepokretosti, koji se sa stanovišta slova zakona apsolutno ništav, bude osnažen, odnosno konvalidiran.

S druge strane nameće se i sledeće pitanje. Koja će se zakonska pravila primenjivati u konkretnom slučaju?¹²

Na ovu dilemu, odgovor je dao Ustavni sud Jugoslavije:

„Način zaključenja ugovora o prometu nepokretnosti nije uređen Zakonom o obligacionim odnosima, već republičkim zakonom o prometu nepokretnosti.“¹³

Ipak, nepunu godinu dana kasnije donesen je sledeći Zaključak:

„Odredbe člana 73 Zakona o obligacionim odnosima o konvalidaciji ugovora kome nedostaje potrebna forma primenjuju se i na ugo-

10 Lepasava Karamarković, „Konvalidacija ugovora o prometu nepokretnosti kome nedostaje forma“, *Pravni život*, I tom, br. 9–10, 888.

11 „Pismeni ugovor o kupovini i prodaji nepokretnosti ne proizvodi pravno dejstvo ako nije zaključen u propisanoj formi“, iz obrazloženja: „Utvrđeno je da je ovaj ugovor potpisan od strane ugovarača, ali da potpisi ugovarača nisu overeni kod suda...“, Odluka Okružnog suda u Beogradu, Gž 299/94.

12 Vidi: raspravu Predraga Trifunovića, *op. cit.*, 116–127.

13 Ustavni sud Jug. U. 120/82. U tom smislu vidi: Lepasava Karamarković, *op. cit.*, 886.

vore o prometu nepokretosti za koje je forma propisana „republičkim“, odnosno pokrajinskim zakonima, ako tim zakonima primena navedenog pravila nije isključena. Ako su ugovori izvršeni u celini ili pretežno delu smatraće se valjanim, bez obzira što je forma propisana radi zaštite društvenih interesa, pod uslovom da ti društveni interesi nisu narušeni.“¹⁴

Pokrenuta pitanja i pored sličnosti ukazuju na neujednačenost zakonskih rešenja koja su imala ozbiljne posledice u sudskoj praksi, a odluka Ustavnog suda Jugoslavije je u najmanju ruku diskutabilna tvrdnjom da ZOO nije uređen ugovor o prometu nepokretnosti.

Naime, čini se da je potrebno izvršiti izvjesno preciziranje s gledišta kvalifikacije da li je jedna stvar roba ili ne, nije odlučna podjela na nepokretne i pokretne stvari, već da li je stvar proizvod ljudskog rada namijenjena razmjeni i koja, prema tome, posjeduje svojstva upotrebne i prometne vrijednosti. To znači da zemlja nije roba kao i druge nepokretnosti koje u konkretnom slučaju nemaju pomenuta svojstva, ali one nepokretnosti koje ispunjavaju svojstva robe smatramo da ulaze u domen regulisanja Zakona o obligacionim odnosima,¹⁵ s druge strane nižestepeni sudovi upravo demantuju shvatanje Ustavnog suda na taj način što u svojim odlukama primjenjuju odredbe ZOO:

„Pravilna je odluka prvostepenog suda da predmetni ugovor nema pravno dejstvo jer nije zaključen u propisanoj formi shodno čl. 70 Zakona o obligacionim odnosima.“¹⁶

„Kako se u ovom slučaju radi o ugovoru o kupoprodaji nepokretnosti koji je ništav zbog nedostatka zakonom propisane forme, to je tuženi u smislu čl. 104 st. 1 ZOO kao prodavac dužan...“¹⁷

Iz obrazloženja: „Pošto je radi pravilne primene odredbi čl. 11 i 15 u vezi čl. 104 ZOO, bilo nužno da sud ima u vidu kolika je bila tržišna cena nepokretnosti u vreme prodaje, kao i ostale okolno-

14 Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i Vrhovnih sudova republika i pokrajina, održan 14. i 15. septembra 1983. god. u Beogradu, Aleksandar Radovanov, Aleksandar Lazović, „Načelni stavovi i zaključci“ (1975–1990), Novi Sad, 1990, 73.

15 S. Perović, „Predgovor Zakona o obligacionim odnosima“, Beograd, 1998. god. str. 7.

16 Odluka Okružnog suda u Beogradu Gž. 299/94.

17 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 4744/99.

sti od značaja za otklanjanje posledica ništavog ugovora o prometu nepokretnosti...“¹⁸

Na ovom mjestu se može postaviti pitanje pravne logike, ako ZOO ne reguliše ugovor o prometu nepokretnosti, kako to navodi Ustavni sud, zašto se onda primjenjuju njegove odredbe o ništavosti i restituciji, i ne samo pomenute odredbe već i mnoge druge:

„Ako ugovornici nisu zaključili pismeni ugovor o kupoprodaji nepokretnosti, prodavac nema pravo da zadrži kaparu.“¹⁹

„Ako nema glavnog ugovora, nema ni konvalidacije. Konvalidacija se odnosi na glavni ugovor, a ne na predugovor.“²⁰

S toga i ne čudi činjenica da u nekim odlukama sudovi primjenjuju i ZOPN i ZOO: „Prema čl. 4 st. 2 ZOPN, ugovor o kupoprodaji nepokretnosti mora biti sačinjen u pismenoj formi. Otud usmeni ugovor ne proizvodi pravno dejstvo u smislu čl. 103 st. 1 ZOO.“²¹

Možda se odlukom Ustavnog suda htjelo reći da je ZOPN *lex specialis* u odnosu na ZOO koji je *lex generalis* što u tom slučaju znači da je ZOPN u prednosti, odnosno da će se njegove odredbe primjenjivati na svaki konkretan slučaj na teritoriji Republike Srbije, ali u tom slučaju pravila o mjerodavnom pravu su sasvim jasna, što znači da dva zakona koji regulišu istu materiju (što više nije, barem se tako čini, sporno), međusobno se isključuju, odnosno ili se primjenjuje ZOPN

18 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 1663/92.

19 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 3114/97.

20 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 6029/94.

21 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 466/97 od 15.10.1997., Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1998. god., br. 1/98, s tim u vezi, zanimljiv je stav suda u sporu koji glasi: „Ako bi se prihvatilo stanovište da je reč o usmenom ugovoru o prodaji, onda treba istaći da su sudaovi pošli samo od primjene čl. 10, odnosno 4 ZOPN, a pogrešnom primjenom materijalnog prava propustili da ovo pravno pitanje cene po propisu čl. 73 ZOO. Ovaj propis predviđa mogućnost konvalidacije svakog neformalnog pa i usmenog ugovora. Cilj forme treba tražiti ne samo u konkretnim imperativnim propisima kojim je obavezna forma propisana, već u kompleksu propisa kojim je regulisan određeni pravni institut. U tom smislu je moguće da se usmeni ugovor o prometu nepokretnosti konvalidira ako time nisu u konkretnom slučaju narušeni određeni društveni (javni) interesi, i ako bi konvalidacija bila u saglasnosti sa načelom savjesnosti i poštenja u smislu čl. 12 ZOO“, odluka Saveznog suda Jugoslavije Gzz 70 / 87, P. Trifunović, „Konvalidacija ugovora o prodaji nepokretnosti koji nije zaključen u propisanoj formi“, *Pravni život* I tom, Beograd 1988. god, str. 119.

ili ZOO, a u ovom slučaju prema pravilima mjerodavnog prava za regulisanje ugovora o prometu nepokretnosti nadležan je ZOPN što je i predviđeno u čl. 1100 ZOO koji glasi:

„Na prava i obaveze u pogledu nepokretnosti primjenjuje se pravo republike, na čijoj se teritoriji nepokretnost nalazi.“²²

Čini se, da ZOO uređuje ugovor o prometu nepokretnosti ali njegove norme nisu mjerodavne za rješavanje sporova, a da ZOO reguliše ugovor o prometu nepokretnosti potvrđuje i čl. 455 ZOO koji propisuje sankciju apsolutne ništavosti u slučaju nedostatka zakonom propisane forme prilikom zaključenja ugovora.

Pored citiranog člana i činjenice da je ZOPN *lex specialis*, nismo sasvim ubijeđeni da bi njegovom primjenom sudovi mogli dati cijelovit odgovor na sva sporna pitanja kod ugovora o prometu nepokretnosti, što je i logična posljedica s obzirom da ZOPN ne sadrži takve odredbe. Takođe treba napomenuti da je više puta pokretana inicijativa za ocjenu ustavnosti Zakona o prometu nepokretnosti, i ako je „preživljavao“²³ u pravnoj nauci i dalje je zastupljeno mišljenje da zakon nije u skladu sa Ustavom.²⁴

Dakle, stanje se može opisati na sledeći način: Odlukom Ustavnog suda za promet nepokretnosti nadležan je republičkim zakonom i on je *lex specialis* u odnosu na ZOO, s druge strane ZOPN ne sadrži odredbe koje mogu dati odgovor na sva sporna pitanja, što znači da postoji pravna praznina, pa su sudovi primorani da iznalaze rješenja na taj način što će s jedne strane primijeniti odredbe ZOO i tako riješiti sporna pitanja, a sa druge strane ignorisati odluku Ustavnog suda i pravila mjerodavnog prava.

Iz svega navedenog može se postaviti jedno čisto praktično pitanje, može li stranka u postupku (koja bi inače s pravom izgubila spor)

22 U tom smislu vidi: čl. 86 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, „Za formu pravnog posla koji se odnosi na svojinsko-pravne odnose na nepokretnosti mjerodavno je pravo republike na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost“.

23 „Zakonom Republike odnosno autonomne pokrajine može se propisati da ugovor o prometu nepokretnosti mora biti zaključen u pismenoj formi uz overu potpisa prodavca kod suda“, Rješenje Ustavnog suda Jugoslavije U. br. 26/81, Mladen Kosovac, „Ugovorni odnosi kroz sudsku praksu“, Beograd, 1991. god., str. 44.

24 „Treba očekivati da će zakonodavac u narednom periodu uskladiti Zakon o prometu nepokretnosti sa Ustavom i smanjiti broj uslova za konvalidaciju ugovora“, P. Trifunović, *op. cit.* fn. 21, 125

istaći prigovor da ZOO ne reguliše ugovor o prometu nepokretnosti, odnosno da se pozove na odluku Ustavnog suda i na pravila o mjerodavnom pravu.

3. ZAKLJUČAK

Pravno uređenje prometa nepokretnosti je među najvažnijim pitanjima gotovo u svim pravnim sistemima. U razvijenim zemljama sa dugom istorijom notarijata ovo materija je u najvećoj mjeri uređena. Posmatrajući iz ugla našeg pravnog sistema, čini se da je donošenjem Zakona o notarima značajno unaprijeđen i uređen promet nepokretnosti.

Ipak, čak i pod tim okolnostima može se dogoditi da formalno pravni zahtjevi jednog ugovora o prometu nepokretnosti nisu zadovoljeni, čime bi jedan ugovor bio pogođen sankcijom apsolutne ništavosti. S druge strane čini se da ne postoje smetnje da jedan ugovor ukoliko je u potpunosti izvršen ili djelimično bude konvalidiran.

Problem bi se mogao pojaviti u sudskoj praksi u vidu tumačenja odredbi o formi ugovora. Ipak, ono što možemo zasigurno zaključiti, a ujedno i biti ohrabreni, da od uvođenja Notarijata u Crnoj Gori dosada nije zabilježen niti jedan slučaj zahtjeva za poništaj ugovora koje nedostaje zakonom propisana forma ili zahtjev za konvalidaciju. Šta više generalno veoma malo sudskih sporova postoji u praksi, a što se može pripisati ulozi notarijata.

Igor Vujović, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, Slobomir P. University

CONVALIDATION OF THE CONTRACT OF REAL ESTATE MADE IN NOTARY FORM

Summary

In our law, the contract of real estate were regulate by federal law (Law of Obligations relations). The contract is also regulate by republic law (Law of real estate). In current law this form of the real estate contract is regulate by Notary law.

The main question of this article is possibility of the convalidation contract of the real estate which is not concluded in notary form or he has some formal mistake.

In this moment there is no court case which subject is request for the avoiding real estate contract which is not concluded in notary form, but that does not mean that convalidation is not possible in our law system.

Key words: *Notary form. – Contract of real estate. – Convalidation.*

*Dr Ilija Vukčević**

REZIDENTSTVO KAO OSNOV DISKRIMINACIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE: UPOREDNA ANALIZA SA PRAKSOM EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

U radu se analizira mogućnost primjene rezidentstva kao osnova diskriminacije u praksi Ustavnog suda Crne Gore. U tom cilju istaknuti su i stavovi sudske prakse Ustavnog suda Crne Gore u vezi sa kršenjem načela jednakosti/nediskriminacije. Takođe, ukazano je i na najvažnija stanovišta Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije kada je riječ o primjeni rezidentstva kao osnova diskriminacije. U tom kontekstu rad sadrži i studiju slučaja u kojoj se ukazuje na situaciju kada je Ustavni sud Crne Gore propustio priliku da rezidentstvo, odnosno činjenice slične prirode, ustanovi kao zaštićeni osnov. Posebna pažnja stavljena je na činjenicu da Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Crne Gore sadrži u ad literam obliku rezidentstvo kao mogući osnov diskriminacije zasnovan na principima prava EU razvijenim u praksi Suda pravde Evropske unije.

Ključne reči: *Rezidentstvo. – Osnovi diskriminacije. – Ustavni sud Crne Gore.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Rezidentstvo kao osnov diskriminacije predstavlja pravni koncept koji se već dugo godina primjenjuje u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLjP), odnosno Suda pravde Evropske unije (u daljem tekstu: SPEU), kao i mnogih nacionalnih ustavnih sudova. Kada je riječ o praksi Ustavnog suda Crne Gore (u daljem tek-

* Izvršni direktor, Institut za pravne studije, Podgorica, Crna Gora. Član radne grupe 16 (porezi) za pristupanje Crne Gore Evropskoj uniji, *ilija.vukcevic@gmail.com*.

stu: Ustavni sud) primjetno je da se ova sudska instanca još uvijek bori sa uobličavanjem osnova diskriminacije koji nisu taksativno navedeni u međunarodnim dokumentima kao i u Ustavu Crne Gore (u daljem tekstu: Ustav). Pored važnosti na generalnom nivou (praksa ESLJP i SPEU), postoje valjani razlozi koji u ovom trenutku čine neophodnom analizu postojanja mogućnosti primjene ovog koncepta, kao i onih slične pravne prirode, u praksi Ustavnog suda Crne Gore, prije svega zbog činjenice da je isti moguće naći u Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju Crne Gore (u daljem tekstu: SSPCG).

2. POJAM DISKRIMINACIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA

Ustav Crne Gore sadrži značajan broj odredaba antidiskriminacione prirode, međutim dvije imaju najveći značaj. Sa jedne strane, član 8 stav 1 Ustava predviđa opštu zabranu diskriminacije: „Zabranjena je svaka neposredna ili posredna diskriminacija po bilo kom osnovu“. Sa druge strane, član 17 Ustava propisuje princip jednakosti pred zakonom: „Svi su pred zakonom jednaki, bez obzira na bilo kakvu posebnost ili lično svojstvo“. Pored ova dva opšta pojavna oblika jednog te istog zahtjeva – garancije jednakosti, Ustav sadrži još dvije odredbe koje predstavljaju njihovu razradu. Npr. član 19 Ustava predviđa da „svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava i sloboda“. Slično, član 18 Ustava propisuje da „država jemči ravnopravnost žene i muškarca i razvija politiku jednakih mogućnosti“. Iako ove odredbe imaju svoje posebno mjesto u Ustavu, te se u praksi nerijetko podnosioci ustavnih žalbi ili inicijativa za ocjenu ustavnosti pozivaju na njih, zajedno ili nezavisno od odredaba članova 8 i 17 Ustava, one u suštini ne stvaraju neka nova prava koja već nisu ugrađena u ova dva opšta pojavna oblika zahtjeva jednakog tretmana.

Pošto koncept diskriminacije iz prava EU još uvijek nije našao svoju primjenu u praksi Ustavnog suda, ova sudska instanca analizuje povrede načela jednakosti/nediskriminacije pred zakonom, zasniva prije svega na principima razvijenim u praksi ESLJP. Stoga, na osnovu mišljenja Ustavnog suda, analiza postojanja diskriminacije podrazumijeva postupak koji se sastoji iz tri međusobno uslovljena dijela:

„Prema praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, analiza načela jednakosti i nediskriminacije upućuje na potrebu istraživanja

*tri uslova da bi se utvrdilo da li je ovo načelo povrijeđeno. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja. Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca. Pojedinaac treba da bude žrtva manje povoljnog tretmana zbog svoje statusne pripadnosti. Treći uslov čini ispitivanje da li je različito pravno postupanje u sličnim činjeničnim okolnostima, odnosno jednako postupanje u značajno različitim okolnostima, razumno i opravdano.*¹

Iz navedenog slijedi da analiza povrede načela jednakosti/nediskriminacije, podrazumijeva tri koraka u kojima se ispituje: 1) da li postoje slične, odnosno uporedive situacije, kao i da li postoji jednak ili različit tretman; 2) da li je razlika u tretmanu zasnovana na određenom zaštićenom osnovu (ličnom svojstvu/statusnoj pripadnosti) pojedinca; 3) da li postoji opravdanje za različit tretman, te da li je upotrijebljena mjera srazmjerna cilju koji želi postići.

Koncept diskriminacije zasniva se na *tertium comparationis*, odnosno, osnov postojanja diskriminacije je pitanje postojanja uporedivih situacija. „Test komparacije“ kao prvi korak u postupku analize povrede načela jednakosti/nediskriminacije, u praksi Ustavnog suda javlja se u obliku koncepta jednakosti prava u „istovjetnom pravnom položaju“:

„...Naime, ovakvo zakonsko rješenje odnosi se na sve korisnike određenih prava koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji. Ustavni princip jednakosti, propisan odredbom člana 17 Ustava, ne podrazumijeva jednakost građana u apsolutnom smislu, već garantuje jednakost građana koji se nalaze u identičnim pravnim situacijama...“²

Treći korak u postupku ocjene postojanja diskriminacije predstavlja procjena da li iako postoji različit tretman identičnih situacija, ili isti tretman različitih situacija, on može biti opravdan te se na taj način predmetna mjera ne može smatrati diskriminatornom. ESLJP smatra da princip jednakosti/nediskriminacije neće biti narušen samo: 1) ukoliko se radi o legitimnom cilju politike države; i 2) ukoliko postoji razumna proporcionalnost između upotrijebljenog sredstva i namjeravanog cilja.³ Ove stavove slijedi i Ustavni sud:

1 Ustavni sud Crne Gore U – I br. 3/09, 26.12.2012.

2 Ustavni sud Crne Gore U. br. 119/09, 24.12.2009.

3 U tom smislu vidi Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, „Jednakost građana u poreskom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 33/2011, 145.

„...Dakle, različito uređenje prava i obaveza smatraće se diskriminator-
skim ako to razlikovanje nema objektivnog i razumnog opravdanja, a to
znači da ne teži legitimnom cilju ili da ne postoji razumna srazmjernost
između upotrijebljene mjere i cilja koji se njome nastoji postići. Isti stav
zauzeo je i Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu (presuda *Stec
and Others v. the United Kingdom GC*, od 12. aprila 2006. godine)...“⁴

Na ovom mjestu treba napomenuti da je Crna Gora jedna od potpisnica, kako Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava (u daljem tekstu: Evropska konvencija), tako i pratećeg Protokola 12, što garantuje zaštitu od diskriminacije u vezi sa bilo kojim zakonom, a takođe omogućava podnošenje predstavi ESLJP u vezi sa svim oblicima diskriminacije na osnovu crnogorskog zakonodavstva. Preciznije, u državama u kojima se ne primjenjuje Protokol 12, u cilju zaštite od diskriminacije, podnosilac zahtjeva mora učiniti vjerovatnim postojanje veze između nekog prava zagaranovanog Evropskom konvencijom i predmetne diskriminacije. Ukoliko ista ne postoji, odnosno ukoliko diskriminacija nije u vezi sa nekom od prava koje obuhvata Evropska konvencija, ne postoji mogućnost ostvarivanja zaštite. Sa druge strane, u državama u kojima se primjenjuje Protokol 12, ovaj zahtjev ne postoji. Dakle, prethodni korak u analizi postojanja diskriminacije nije neophodan, jer postojanje bilo koje vrste diskriminacije na osnovu zakona ili djelovanja javne vlasti sam po sebi biće dovoljan da građani mogu ostvariti svoja prava.

3. POJAM ZAŠTIĆENIH OSNOVA U PRAKSI USTAVNOG SUDA

Kao što je već ukazano, drugi korak u postupku analize postojanja kršenja načela jednakosti/nediskriminacije u praksi Ustavnog suda čini ustanovljavanje da li se razlika u tretmanu zasniva na nekom „zaštićenom osnovu“. Zaštićeni osnov je osobina pojedinca koja se ne smije smatrati relevantnom za različito postupanje ili uživanje posebne koristi.⁵ Određenje pojma osnova diskriminacije u praksi ESLJP nalazimo u predmetu *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*:

4 Ustavni sud Crne Gore UŽ-III br. 416/10, 1. mart 2012.

5 Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2010, 84.

„Sud kao prvo ističe da član 14 zabranjuje, u okviru prava i sloboda koja su zagarantovana, diskriminatorni tretman koji ima svoj osnov ili razlog u ličnoj karakteristici („status“) na osnovu koje se lica ili grupe lica međusobno razlikuju.“⁶

Analizom prakse Ustavnog suda i redovnog crnogorskog pravosuđa, prakse ESLJP i SPEU, kao i međunarodnih dokumenata uočljivo je da se pojam zaštićenih osnova javlja u obliku više sinonima: posebnost ili lično svojstvo,⁷ stanje,⁸ lična karakteristika,⁹ staus,¹⁰ statusna pripadnost¹¹ i osnov¹². Svi navedeni koncepti predstavljaju pojavni oblik jednog te istog pojma, pa će se za sve njih koristiti jedan opšti izraz „osnovi diskriminacije“.

Ono što je bitno naglasiti, a u vezi sa praksom Ustavnog suda jeste da enumeracija ličnih svojstava, kako u Ustavu, tako i ona koja se srijeće u međunarodnim dokumentima nije definitivna. Evropska konvencija sadrži pojam „drugi statusi“ koji ESLJP tumači veoma široko:

„Razlika zasnovana na činovima bi mogla biti u suprotnosti sa članom 14. Navedena lista diskriminacije u ovoj odredbi je ilustrativna i neiscrpna, što pokazuje formulacija „po bilo kojoj osnovi, kao što su“ (na francuskom „notamment“). Uz to, riječ „statusi“ (na francuskom „situation“) ima dovoljno široko značenje da bi se pod njom mogao podrazumijevati i čin...“¹³

Pored Evropske konvencije neophodno je navesti i da dokumenti Ujedinjenih nacija, prije svega Međunarodni pakt, sadrži veoma široku i neiscrpnu listu osnova diskriminacije:

- 6 ESLJP, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark (7 decembar 1976) br. 5095/71, 5920/72, 5926/72, pasus 56.
- 7 Član 17 stav 1 Ustava Crne Gore, „Službeni list Crne Gore“, br. 1/2007, 38/2013; Osnovni sud u Podgorici P.br. 2226/11(10.5.2013); Viši sud u Bijelom Polju Gž. br. 1070/14 (19.5.2014).
- 8 Član 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, „Službeni list SFRJ“, br. 7/71.
- 9 ESLJP, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen Application v. Denmark br. 5095/71, 5920/72, 5926/72, pasus 56, (7 decembar 1976).
- 10 Član 14 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“, br. 9/2003 i 5/2005; Ustavni sud Crne Gore U. br.135/08 i 136/08 (24. februar 2011).
- 11 Ustavni sud Crne Gore U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10 (24. mart 2011).
- 12 Ustavni sud Crne Gore U-I br. 22/10 (10. maj 2012).
- 13 ESLJP, Slučaj Engel and Others v. The Netherlands, br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, pasus 72 (8 jun 1976).

„Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo bez ikakve diskriminacije na podjednaku zaštitu zakona. U tom smislu, zakon mora da zabranjuje svaku diskriminaciju i da obezbijedi svim licima podjednaku i uspješnu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog ubjeđenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovnog stanja, rođenja ili svakog drugog stanja.“¹⁴

Dakle, svaka od predmetnih enumeracija nije zatvorenog tipa, što ostavlja nacionalnom pravosuđu da u svojoj praksi usvoji i izgradi i druge zaštićene osnove koji nisu eksplicitno pomenuti. Analiza prakse Ustavnog suda ukazuje da se on u najvećem broju slučajeva drži isključivo onih eksplicitno pobrojanih u Ustavu i pomenutim međunarodnim dokumentima. Nasuprot ovom pristupu, npr. u praksi ESLJP je vidljivo, da ova nadnacionalna sudska instanca značajno uvećava broj mogućih zaštićenih osnova te na taj način proširuje opseg zaštite za lica koja se mogu pozivati na prava iz Evropske konvencije. Vrijedi pomenuti neke od njih: seksualna orijentacija, starosna dob, očinstvo, bračni status, članstvo u nekoj organizaciji, status roditelja vanbračnog djeteta i prebivalište.¹⁵

4. REZIDENTSTVO KAO OSNOV DISKRIMINACIJE

Glavni pravac u kojem praksa Ustavnog suda mora ići jeste povećanje broja osnova, sa akcentom na one koji po nekim autorima smatraju čak i „nepersonalne prirode“.¹⁶ Svakako, jedan od najvažnijih treba da bude činjenica rezidentstva. Razlog za to jeste to što su posebno u praksi SPEU, a sve više i u praksi ESLJP, rezidentstvo i slične odlučujuće činjenice od krucijalne važnosti u cilju utvrđivanja postojanja diskriminacije.

-
- 14 Član 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, „Službeni list SFRJ“, br. 7/71.
- 15 Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije, IRZ (Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju), Beograd 2013, 48.
- 16 Rodoljub Etinski, „Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2013, 64.

4.1. Rezidentstvo kao osnov diskriminacije u praksi Suda pravde Evropske unije

Kada je riječ o pravu EU primarni koncept zabrane diskriminacije zasnovan na članu 18 UFEU i primjenjuje se u odnosu na državljanstvo: „...svaka diskriminacija na osnovu državljanstva će biti zabranjena“. Ovaj vid diskriminacije se naziva direktna ili očigledna diskriminacija. Zbog njenog lakog prepoznavanja SPEU je vrlo brzo izašao na kraj sa nacionalnim diskriminatornim odredbama ove vrste. Kao dobar primjer može poslužiti slučaj *Commission v Hellenic Republic*:

„...Samo državljani Grčke ili lica grčkog porijekla imaju pravo na olakšicu. Dakle, različit tretman koji je izričito i isključivo zasnovan na državljanstvu predstavlja direktnu diskriminaciju...“¹⁷

Vrlo brzo je SPEU uvidio da je pojam direktne diskriminacije preuzak da bi se na pravi način uklonila sva kršenja osnovnih sloboda. Prvi značajan korak u tom pravcu bio je prije svega pokrivanje i pojma indirektna (prikrivene) diskriminacije¹⁸ koji se zasniva na činjenici rezidentstva, a kasnije su uključeni i neki drugi kriterijumi diferencijacije (npr. porijeklo):

„Sud je dosljedan u stavu da pravila u pogledu jednakog tretmana zabranjuju ne samo očiglednu diskriminaciju na osnovu činjenice državljanstva već i sve vrste prikrivene diskriminacije, primjenom drugih kriterijuma diferencijacije... poreske pogodnosti omogućene jedino rezidentima država članica mogu predstavljati indirektnu diskriminaciju na osnovu činjenice rezidentstva.“¹⁹

Dakle, zabrana diskriminacije je proširena sa inostranih državljana na inostrane rezidente. Prvi put se SPEU bavio ovom problematikom u slučaju *Sotgiu*, u kome je dao odgovor na pitanje da li se pojam diskriminacije odnosi i na zabranu različitog tretmana na osnovu rezidentstva radnika, pored toga što sprečava nepovoljniji pložaj na osnovu državljanstva:

„Pravila koja se tiču jednakog tretmana, kako Ugovora tako i člana 7 Uredbe br. 1612/68, sprečavaju ne samo očiglednu diskriminaciju na osnovu državljanstva već i sve oblike prikrivene diskriminacije koji pri-

17 SPEU, 155/09 European Commission v Hellenic Republic, pasus 69.

18 SPEU, 237/94 John O’Flynn v Adjudication Officer, pasusi 17–18.

19 SPEU, 279/93 Roland Schumacker v Finanzamt Köln, pasusi 26 i 29.

*mjenom drugih kriterijuma diferencijacije, vode u praksi istom rezultatu. Ovo tumačenje, koje je neophodno radi osiguranja efikasnog sprovođenja jednog od osnovnih principa Zajednice, eksplicitno je prepoznato petim recitalom preambule Uredbe no 1612/68 koji zahtijeva da jednakost u tretmanu radnika bude osigurana 'u praksi i na osnovu zakona'. Zato mogu postojati situacije kada kriterijumi kao što su mjesto porijekla ili rezidentstvo radnika, u skladu sa okolnostima, mogu biti jednaki u pogledu efekata u praksi, diskriminaciji na osnovu činjenice državljanstva koja je zabranjena na temelju Ugovora i Uredbe.*²⁰

Generalno, razlika u tretmanu koja se zasniva na kriterijumu rezidentstva, kako fizičkih lica, tako i kompanija, na koju se odnosi pojam indirektno diskriminacije u praksi SPEU, počiva na pretpostavci da su nerezidenti u najvećem broju slučajeva državljani druge države članice:

„Međutim, nacionalne norme te vrste, koje prave razliku na osnovu rezidentstva na način da nerezidentima uskraćuju određene koristi koje se nasuprot tome pružaju licima koja imaju boravište unutar nacionalne teritorije, u stanju su da rade na štetu državljana drugih država članica. Nerezidenti su u najvećem broju slučajeva stranci.“²¹

Ono što je interesantno istaći jeste da koncept indirektno diskriminacije zasnovane na činjenici rezidentstva već ima svoju primjenu u pravnom sistemu Crne Gore kroz SSPCG. Međutim, generalno nepoznavanje prava EU u okvirima Crne Gore, kao ni pravnog režima zasnovanog na SSPCG, na najbolji način je upravo oslikano nerazumijevanjem predmetnog koncepta stvorenog u praksi SPEU. Naime, ovaj međunarodni ugovor sadrži lošu adaptaciju pojma indirektno diskriminacije prava EU, zasnovanog na kriterijumu poreskog (fiskalnog) rezidentstva koji je stvorila praksa SPEU. Preciznije, diskriminacija na osnovu rezidentstva (boravka), iako varijanta SSPCG na engleskom jeziku sadrži pojam „*residence*“²², formuliše se kao diskriminacija zasnovana na kriterijumu prebivališta (domicila):

„Nijedna od odredbi ove Glave se neće tumačiti kao sprječavanje Država članica i Crne Gore da primjenjuju relevantne odredbe njihovog fiskal-

20 SPEU, 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, pasus 11.

21 SPEU, 279/93 Roland Schumacker v Finanzamt Köln, pasus 28.

22 Article 68 paragraph 3 of Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Montenegro, Luxembourg, 15. October 2007.

*nog zakonodavstva i da razlikuju poreske obveznike koji nijesu u identičnoj situaciji, posebno u pogledu njihovog prebivališta.*²³

Razlog ovoga jeste činjenica da su sve države u regionu koristile hrvatski SSP kao mustru. Pošto je Hrvatska prva potpisala svoj SSP, očigledno je da su kasniji redaktori sporazuma (srpski, bosanski i crnogorski) koristeći hrvatski „model“, previdjeli ozbiljnu omašku koja je promakla hrvatskim redaktorima.²⁴

4.2. Rezidentstvo kao osnov diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava

ESLjP pravni osnov za ustanovljavanje rezidentstva kao kriterijuma diskriminacije nalazi u članu 14 Evropske konvencije u okviru formulacije „svaki osnov kao što su... ili drugi status“. Eksplicitnu potvrdu rezidentstva kao osnova diskriminacije u praksi ESLjP možemo naći u predmetu *Carson and Others v The United Kingdom* kada je Veliko vijeće potvrdilo odluku Vijeća u vezi sa predmetnom problematikom. Interesantno je primijetiti da stavovi ESLjP u ovom predmetu ukazuju da ova nadnacionalna sudska instanca koristi široko određenje pojma rezidentstva (boravka) i praktično ga poistovjećuje sa domicilom (prebivalište) kao osnovom diskriminacije. Preciznije, iz formulacije koju koristi ESLjP može se zaključiti da se prebivalište, pa čak i državljanstvo, smatra jednim oblikom boravka:

*„Vijeće je smatralo da, u okolnostima slučaja, uobičajeno rezidentstvo, kao što je domicil ili državljanstvo, treba biti smatrano kao aspekt ličnog statusa i da mjesto rezidentstva, primjenjivano kao kriterijum različitog tretmana građana po osnovu sticanja državne penzije, smatrano je osnovom koji dolazi u okvir člana 14...Veliko vijeće se slaže sa zaključkom Vijeća u vezi sa ovim pitanjem...Sud smatra da mjesto rezidentstva predstavlja aspekt ličnog statusa u smislu člana 14.“*²⁵

Analizom prakse ESLjP, evidentno je da je ova nadnacionalna sudska instanca prihvatila različite oblike rezidentstva kao osnova diskriminacije. Npr. u predmetu *Darby v Sweden* ESLjP je osudio činje-

23 *Ibid.*

24 Gordana Ilić-Popov, Dejan Popović: „Pravo direktnih poreza i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Srbije Evropskoj Uniji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 59/2011, 27.

25 ESLjP, *Carson and Others v. The United Kingdom*, br. 42184/05, pasusi 66, 70 i 71 (16. mart 2010),

nicu da tužiocu nije bilo omogućeno da ostvari određena prava, samo zbog toga što zvanično nije prijavljen kao lice sa dozvolom boravka (rezident).²⁶ Konkretno, u ovom slučaju ESLJP je smatrao da razlika u tretmanu rezidenatai nerezidenata „nema legitiman cilj“:

„Izgleda da gospodin Darby može tvrditi da je bio, u pogledu svog prava na izuzeće na osnovu poreskog propisa, u situaciji sličnoj sa drugim licima koja nisu članovi Crkve a koja su formalno registrovana kao rezidenti Švedske.“²⁷

Sa druge strane, u predmetu *Johnston and Others v. Ireland* koji se ticao između ostalog i pitanja priznanja razvoda braka, iako ESLJP u ovom predmetu nije ustanovio postojanje diskriminacije, analiziran je „inostrani domicil“ (prebivalište u inostranstvu) kao potencijalno diskriminatoran osnov:

„Sud napominje da na osnovu irskih opštih pravila međunarodnog prava inostrani razvodi će biti priznati u Irskoj samo ukoliko su ostvareni od strane lica koja imaju prebivalište u inostranstvu...“²⁸

U slučaju *Vučković v Serbia* ESLJP potvrđuje kao osnov diskriminacije čak i prebivalište u određenoj opštini u okviru jedne države. Preciznije u ovom predmetu je bilo sporno uslovljavanje plaćanja naknada rezervistima zahtjevom da oni budu rezidenti određenih opština. Navedene opštine su izabrane zbog statusa „nerazvijenih“, koji je podrazumijevao da su rezervisti ugroženi, odnosno lošeg imovinskog stanja. Rezervisti bez prijavljenog prebivališta u navedenim opštinama nisu mogli dobiti pomoć. Ovu činjenicu ESLJP je smatrao diskriminatornom:

„U pogledu navedenog i bez obzira na polje slobodne procjene koje države imaju, Sud ne može da ne zaključi da nije bilo „objektivnog i razumnog opravdanja“ za različit tretman podnosilaca zahtjeva isključivo na osnovu njihovog prebivališta. Prema tome, došlo je do povrede člana 14. Konvencije u vezi sa članom 1. Protokola broj 1.“²⁹

26 Gilles Dutertre, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, 2006, 340.

27 ESLJP, *Darby v Sweden*, Application, br. 11581/85, pasus 32 (23 oktobar 1990).

28 ESLJP, *Johnston and Others v. Ireland*, br. 9697/82, pasus 60 (18 oecember 1986).

29 ESLJP, *Vučković and Others v. Serbia*, br. 17153/11, pasus. 87 (28. avgust 2012).

Ono što je ESLJP dodatno motivisalo da rezidentstvo prizna kao moguću osnovu diskriminacije jesteda ova činjenica predstavlja zaštićeni osnov i u praksi nekih eminentnih nacionalnih ustavnih sudova:

„...tretman rezidentstva kao aspekta ličnog statusa takođe je u skladu sa pristupom „drugih pre-eminentnih ustavnih sudova“, kao što je Vrhovni sud Kanade koji je... okarakterisao lični izbor mjesta rezidentstva kao „suštinsku ličnu odluku koja dotiče samo srce lične i individualne autonomije“...“³⁰

4.3. Studija slučaja: Odluka u predmetu U. br. 95/08 Ustavnog suda

Dobar primjer razmatranja rezidentstva, odnosno osnova diskriminacije slične pravne prirode, u praksi Ustavnog suda možemo naći u predmetu preispitivanja ustavnosti Zakona o isplati deviznih sredstava građana, položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd.³¹ U njemu Ustavni sud nije prihvatio činjenicu prebivališta (domicil), kao zaštićeni osnov koji može dovesti do povrede načela jednakosti/nediskriminacije.

Na osnovu ovog propisane su uslovi, način i rokovi isplate neisplaćenih oročenih deviznih sredstava građana po ugovorima o depozitu građana kod Dafiment banke AD Beograd u likvidaciji i ugovorima o oročavanju deviznih sredstava na deviznu štednju kod Banke privatne privrede DD Podgorica, položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, za građane sa prebivalištem u Crnoj Gori, ako mu isplata deviznih sredstava nije izvršena po zakonu države na čijoj teritoriji je sjedište banke. Dakle, jedan od imperativnih uslova koje su propisani kako predmetnim zakonom, tako i podzakonskim aktom o njegovom sprovođenju jeste potvrda o prebivalištu izdata na dan 4.4.2008. godine.³² Upravo zbog propisivanja ovog uslova podno-

30 ESLJP, *Carson and Others v The United Kingdom*, br. 42184/05, pasusi 67 i 70 (16. mart 2010).

31 Zakon o isplati deviznih sredstava građana položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica, položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, „Sl. list Crne Gore“, br. 21/08, 27/13.

32 Član 2 stav 2 Uputstva o sadržaju zahtjeva za isplatu, način realizacije isplate neisplaćenih deviznih sredstava i određuje banka kojoj se podnose zahtjevi za isplatu deviznih sredstava u skladu sa Zakonom o isplati deviznih sredstava

siteljka inicijative je smatrala da su joj povrijeđena ustavom zagarantovana prava na jednakost, pravo na svojinu i pravo na slobodu kretanja, pošto je u vrijeme kada je uložila devize kod Banke privatne privrede DD Podgorica bila stanovnik-državljanin Crne Gore od 1964. godine, a da se van Crne Gore preselila 2001. godine, ali da su devize i dalje ostale u posjedu Crne Gore i da po osporenom Zakonu ne može podići uložene devize, jer nema prebivalište u Crnoj Gori, a ima njeno državljanstvo.

Ustavni sud nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka ocjene ustavnosti spornog propisa:

„...Nijesu osnovani navodi podnosioca inicijative da su Zakonom, čija se odredba osporava, povrijeđena njegova ustavna prava na slobodu kretanja, budući da se istom utvrđuje pravo na isplatu deviznih sredstava, uslovi, način i rokovi za njihovu isplatu, a ne pitanja koja se odnose na kretanje i nastanjivanje... Osporenim odredbama Zakona i Uputstva, po ocjeni Suda, se ne povređuje ustavni princip jednakosti građana iz člana 17 stav 2 Ustava, na koji se inicijativom, pored ostalog, ukazuje, jer se one, pod istim uslovima, odnose na sve građane, deponente deviznih sredstava, sa prebivalištem u Crnoj Gori...“³³

Dakle, Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju spornim propisivanjem prebivališta kao uslova za ostvarivanje prava ne krši ustavno pravo slobode kretanja podnosioca inicijative. Preciznije, sporno propisivanje kriterijuma prebivališta smatra bez uticaja na „pitanja koja se odnose na kretanje i nastanjivanje“. Drugim riječima, ukoliko bi se ova asumpcija izdigla na opšti nivo, Ustavni sud smatra da prebivalište građanina ne može uticati na ostvarivanje nekog od zagarantovanih ustavnih prava.

Kada je riječ o praksi ESLJP ovaj predmet jako podsjeća na slično pravno pitanje iz slučaja *Carson and Others v The United Kingdom*, koji se odnosio na zakonske odredbe kojima se uređuje pravo na povišicu državne penzije, prema kojima je povišica vezana za indeks, isključivo ako primateljima redovito prebivalište u Velikoj Britaniji ili u zemlji koja ima bilateralni sporazum o uzajamnom pružanju socijalnog osiguranja s Velikom Britanijom. Osobe koje nemaju prebivalište u Velikoj

građana položenih kod Dafiment banke AD Beograd i Banke privatne privrede DD Podgorica položenih preko preduzeća Jugoskandik DD Beograd, „Sl. list CG“, br. 34/2008, 27/13.

33 Ustavni sud Crne Gore U. br. 95/08 (22. oktobar 2009).

Britaniji primaju osnovnu državnu penziju koja se isplaćuje po stopi koja je važila na dan kad su napustili Veliku Britaniju. Trinaest podnositelaca zahtjeva provelo je većinu svog radnog vijeka u Velikoj Britaniji, i plaćali su doprinose za penzijsko osiguranje, a potom su emigrirali ili se vratili u države koje nemaju sporazum o uzajamnom pružanju socijalnog osiguranja s Velikom Britanijom. Njihove su penzije zamrznute i isplaćivane po stopi koja se plaćala na dan njihovog odlaska što su oni smatrali diskriminatornim postupanjem.³⁴

U ovom interesantnom slučaju ESLJP je smatrao da ova lica nisu subjekti diskriminacije jer se oni ne nalaze u uporedivoj situaciji sa penzionerima koji su i dalje nastavili da žive u Velikoj Britaniji, kao ni državama sa kojim Velika Britanija ima zaključen sporazum o uzajamnom pružanju socijalnog osiguranja. Dakle, ESLJP je odbio zahtjev već na prvom koraku (tzv. test komparacije) u postupku ocjene postojanja diskriminacije ne ulazeći u dalju analizu slučaja. Ovu odluku je zasnovao na nizu opravdanja: da doprinosi koji su plaćani nisu isključivo vezani za fond iz kojeg se isplaćuju penzije već predstavljaju dio opšteg sistema oporezivanja, dakle nije riječ o destiniranom prihodu; da nivo inflacije nije isti u Velikoj Britaniji kao u državama gdje podnosioci zahtjeva sada žive te oni mogu biti u boljoj ili gorjoj situaciji od penzionera Velike Britanije; da podnosioci zahtjeva kao nerezidenti više ne doprinose ekonomiji Velike Britanije; itd.³⁵

Sa druge strane, u praksi SPEU sriječemo čitav niz predmeta u kojim je razmatrana slična pravna problematika. Dobar primjer predstavlja slučaj *Koestler*, koji se ticao slobode pružanja usluga. Francuska banka osnovana u Strazburu pružala je usluge njemačkom državljaninu gospodinu *Koestler*-u, koji je bio rezident Francuske, u vezi s upravljanjem akcijama na pariskojberzi. Dakle, u početku se radilo o pružanju usluga unutar granica Francuske, jer su i pružalac i primalac usluge bili rezidenti Francuske. Međutim, poslije određenog vremena gospodin *Koestler* je prebacio svoje rezidentstvo nazad u Njemačku. Dakle, na ovaj način pružanje usluga na domaćem tržištu Francuske dobija EU prekograničnu dimenziju, pa je jedno od pitanja u ovom slučaju bilo da li ovo pružanje usluga dolazi u polje primjene slobode kretanja

34 Carson and Others v. The United Kingdom – summary by the COE Human Rights Trust Fund, 1.

35 ESLJP, Carson and Others v. The United Kingdom, br. 42184/05, pasusi 83–90 (16. mart 2010).

usluga. SPEU je dao pozitivan odgovor smatrajući da je kretanje bankarske usluge preko granice, čije je pružanje nakon toga bilo otežano, zbog primjene spornih njemačkih propisa, aktiviralo član 56 UFEU.³⁶ Ovu činjenicu je obrazložio na sledeći način:

„...predmetna transakcija se ne može smatrati pružanjem usluga isključivo u granicama države članice, kada je lice u toku primanja usluga, a prije okončanja ugovornog odnosa između strana ugovornica, preselilo rezidentstvo u drugu državu članicu...“³⁷

Slično rezonovanje SPEU nalazimo i u slučaju N, u kojem je holandski državljanin gospodin N bio jedini akcionar tri holandske rezidentne kompanije. Godine 1997. gospodin N se preselio u Veliku Britaniju, pa je zbog ove činjenice na osnovu holandskog poreskog zakonodavstva podvrgnut nepovoljnijem tretmanu od onog koji je imao dok je bio rezident Holandije. SPEU je u ovom predmetu zauzeo stav da predmetna sloboda kretanja pokriva i situacije kada dolazi isključivo do prebacivanja rezidentstva:

„...analogno onome što je Sud već ustanovio u pogledu sličnog sistema... poreski obveznik koji želi da prebaci svoje rezidentstvo van teritorije Holandije, ostvarujući svoja prava zagarantovana članom 43 EZ, podvrgnut je u tom trenutku nepovoljnijem tretmanu u poređenju sa licem koje je nastavilo da bude rezident Holandije... Razlika u tretmanu odvrća lice na koje se odnosi od prebacivanja svog rezidentstva van Holandije.“³⁸

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ustavni sud se u najvećem broju predmeta drži uskog shvatanja koncepta osnova diskriminacije, te rijetko napušta polje onih taksativno navedenih u međunarodnim dokumentima (međunarodna konvencija, međunarodni pakt), kao i Ustavu. Ovakvo tumačenje osnova diskriminacije sužava polje zaštite licima koji potpadaju u polje jurisdikcije

36 Alina Tryfonidou, „In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions – Has the Court of Justice Missed the Point?“, *Common Market Law Review*, 46/2009, Kluwer Law International, 1592–1593, 1605.

37 SPEU, 15/78 Société Générale Alsacienne de Banque SA. v. Walter Koestler, pasus 2.

38 SPEU, 470/04 N. v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo, pasus 35.

Ustavnog suda, kada je riječ o predmetima u kojima se cijeni eventualno postojanje kršenja načela jednakosti/nediskriminacije. Iako SSPCG na eksplicitan način *ad legem* ustanovljava rezidentstvo kao osnov diskriminacije u crnogorskom pravnom sistemu, Ustavni sud još uvijek nema decidno izgrađen stav o prihvatnju ove ili sličnih činjenica (npr. prebivalište) kao snova diskriminacije. Ovo najbolje oslikava predmet U. br. 95/08 kada je Ustavni sud odbio da okarakterišepotvrdu o prebivalištu kao zabranjeni osnov ostvarivanja prava podnosioca zahtjeva, odnosno dajesmatra diskriminatornom. Preciznije u ovom slučaju Ustavni sud je smatrao da sporni zakon ne sadrži bilo koji kriterijum koji bi se mogao odnositi na pitanja „kretanja i nastanjanja“.

Međutim, sa druge strane, smatramo očiglednim da praksa ESLJP, kao i praksa SPEU, razvijaju potpuno suprotne tendencije. Naime slučajevi *Carson and Others v The United Kingdom*, *Koestler i N* pokazuju da ove nadnacionalne sudske instance (kao i mnoge najviše nacionalne sudske instance), nakon sprovedene analize činjenica slučaja mogu doći do oprečnih zaključaka o postojanju diskriminacije, ali su jedinstvene u stavu da rezidentstvo, odnosno kriterijumi slične pravne prirode (npr. domicil), može predstavljati osnov diskriminacije. Preciznije, kao što je već navedeno, ESLJP smatra da rezidentstvo predstavlja „suštinsku ličnu odluku koja dotiče samo srce lične i individualne autonomije“.

Ilija Vukčević, PhD

Executive Director, Institute for Legal Studies, Podgorica

*Member of the Working Group 16 (Taxes) for Accession of
Montenegro to European Union*

RESIDENCY AS A DISCRIMINATION BASIS IN
THE CASE OF THE CONSTITUTIONAL COURT
OF MONTENEGRO: COMPARATIVE ANALYSIS
WITH THE CASE PRACTICE OF THE EUROPEAN
COURT FOR HUMAN RIGHTS AND THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

This article represents an analysis of the possible application of residency as a basis/criterion of discrimination in the case practice of the Constitutional Court of Montenegro. With that goal the standings of the Constitutional Court of Montenegro regarding the violation of the principle of equality/nondiscrimination are emphasized. Additionally, the paper includes the analysis of standings of the European Court for Human Rights and the Court of Justice of the European Union related to the application of residency as a discrimination criterion. In that context the article contains a case study which indicates the situation when the Constitutional Court of Montenegro missed the occasion to promote residency, or other criteria of similar legal nature, as a basis of discrimination. Special attention is given to the fact that the Stabilization and Association Agreement of Montenegro includes at several places in the ad legem form residency as a possible discrimination criterion based on EU law, developed in the case practice of Court of Justice of the European Union.

Key words: *Residency. – Discrimination basis. – Constitutional Court of Montenegro.*

Dr Igor Vuković*

PRILAGOĐAVANJE SRPSKOG KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA MEĐUNARODNIM STANDARDIMA U POGLEDU PLAĆENIKA U ORUŽANIM SUKOBIMA

Pravni status lica koja za novac učestvuju u oružanim sukobima širom planete predstavlja jedan od aktuelnijih problema međunarodnog krivičnog prava XXI veka. Najvažniji međunarodni dokument koji reguliše položaj plaćenika jeste Međunarodna konvencija protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika, čiji je potpisnik i Republika Srbija. Čak i pre potvrđivanja ove Konvencije, u 2014. godini u naše krivično zakonodavstvo uvedena su dva nova krivična dela koja se tiču učestvovanja i organizovanja učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (čl. 386a i 386b Krivičnog zakonika). Autor ispituje obeležja uvedenih krivičnih dela i zaključuje da i pored proklamovanog pozivanja na Konvenciju, navedena krivična dela ne polaze od definicije plaćenika iz Konvencije, propisujući široku i neodređenu kriminalnu zonu.

Ključne reči: *Plaćenici. – Konvencija protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika. – Krivično pravo. – Privatne vojne kompanije.*

Debata o statusu plaćenika u međunarodnom pravu na početku XXI veka dobija nove obrise. Poslednjih decenija, a naročito od rata u Iraku,¹ sve veći broj pripadnika redovnih oružanih snaga mnogih država napušta svoja „radna mesta“, kako bi prihvatio bolje plaćene po-

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *igorvu@ius.bg.ac.rs*. Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Ministarstva nauke RS (br. 179051) „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“.

1 Broj plaćenika u Iraku se 2006. godine prema nezavisnim procenama kretao od 20.000 do 50.000. Sarah Franklin, „South African and International Attempts to Regulate Mercenaries and Private Military Companies“, *Transnational Law & Contemporary Problems* 1/2008, 241.

ložaje u brojnim privatnim vojnim firmama koje deluju u ratom zahvaćenim područjima.² Najamnici često učestvuju u masakrima civila i užasnim zločinima, a primera je bezbroj.³ Zadnjih nekoliko godina,⁴ a naročito sa nastankom Islamske Države u Iraku i Levantu 2014. godine i sve većom zabrinutošću međunarodne javnosti da se veliki broj islamista iz čitavog sveta uključuje u sukobe na Bliskom istoku, učestvovanje plaćenika u oružanim sukobima postaje jedna od najaktuelnijih tema u savremenom međunarodnom pravu. Sa ovim interesovanjem koincidira odgovor srpskog krivičnog zakonodavca na izazove ove pojave, s obzirom na to da su u oktobru 2014. godine inkriminisana dva nova krivična dela: učestvovanje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (član 386a Krivičnog zakonika)⁵ i organizovanje učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (član 386b KZ). Cilj ovog rada je da prikaže ova rešenja i da ukaže da li njihovo obličje odgovara iskustvima u oblikovanju ovog dela na međunarodnom planu.

U svom opštem značenju, pojam plaćeništva (najamništva) podrazumeva obavljanje određenih poslova za naknadu, najčešće novčanu.⁶ Plaćeništvo u oružanim sukobima bi otuda označavalo pojavu učestvovanja u oružanom sukobu za novčanu nadoknadu. Ipak, pored ovog elementa, sadržanom u samom jezičkom značenju pojma, najamništvo jednako karakteriše još jedno važno obeležje – služenje

- 2 Katherine Fallah, „Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict“, *International Review of the Red Cross* 863/2006, 600. Taj broj je u Južnoafričkoj republici, primera radi, toliko značajan, da je doveo do ozbiljnih preispitivanja postojećeg zakonodavstva o plaćenicima. *Ibid.*
- 3 Tako se u literaturi često navodi primer masakra koji je 1993. godine u selu Doljani nad hrvatskim civilima izvršila jedinica „El mudžahedin“, sastavljena od plaćenika iz arapskih zemalja. S. Franklin, *op. cit.* fn. 1, 243.
- 4 Radna grupa koju je osnovala Komisija za ljudska prava UN u pogledu kršenja ljudskih prava od strane plaćenika naročito se poslednjih godina bavila ulogom plaćenika u sukobima u Obali Slonovače 2010. i Libiji 2011. godine. G. Rona, „A Tour de Horizon of Issues on the Agenda of the Mercenaries Working Group“, *Minnesota Journal of International Law* 2013, 325, 330.
- 5 Krivični zakonik – KZ, Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.
- 6 U tom smislu i Rečnik srpskoga jezika Maticе srpske plaćenika određuje kao onog „koji se prodaje za novac, prihvata da radi po nalogu drugoga“. *Rečnik srpskoga jezika*, Matica srpska, Novi Sad 2007, 933. Jedna od definicija „najamnika“, međutim, pod ovim pojmom označava onog ko se „za novac (ili neku drugu nadoknadu, odnosno nagradu) bori, ratuje na nečijoj strani, najmljenog plaćenog vojnika“. *Ibid.*, 769.

u oružanim jedinicama strane države. Danas je u većini zemalja sveta služenje u vojsci povereno vojnicima – profesionalcima, kojima je odbrana otadžbine poziv za koji se prima plata. Ako bi se pojam plaćenika izjednačavao samo sa ovim obeležjem, onda bi ovaj pojam obuhvatio gotovo svakog vojnika. Stoga, po prirodi stvari, pojam plaćenika podrazumeva i obeležje učestvovanja u oružanom sukobu koji ne vodi država državljanstva učesnika. U tom smislu bi plaćenik, u nekom najširem značenju, podrazumevao vojnika, koji, motivisan koristoljubivim razlozima, učestvuje u oružanom sukobu u stranoj zemlji. Ova dva obeležja saoblikuju suštinu najamništva, bez kojih bi određenje ove pojave bilo lišeno materijalne sadržine.⁷ Ipak, kako ćemo videti, tim putem nije išao i srpski zakonodavac kada je određivao granice krivičnopravne zaštite u ovoj sferi.

1. ISTORIJSKI RAZVOJ POJAVE PLAĆENIŠTVA U ORUŽANIM SUKOBIMA

Plaćeništvo je poznato od davnina. Stoga ne iznenađuje da se ova pojava u literaturi figurativno označava kao „drugo najstarije zanimanje“.⁸ Države starog veka (Kina, Egipat, Mesopotamija, Kartagina itd.) su se često pre oslanjale na usluge najamnika, nego na odanost domaćih milicija.⁹ Prvo detaljnije pominjanje plaćeništva u istorijskim izvorima vezuje se za Ksenofonta, koji u jednom svom spisu detaljno opisuje svoje učešće u neuspešnom pohodu persijskog vladara Kira mlađeg u Maloj Aziji, u kojem je učestvovalo oko 10.000 grčkih vojnika.¹⁰ Snažno oslanjanje vladara starog veka na najamničke strukture počivalo je na više faktora, od kojih su najvažniji politički karakter države, njeno ekonomsko uređenje i odnos lokalnog stanovništva prema

7 U tom smislu i James L. Taulbee, „Myths, Mercenaries and Contemporary International Law“, *California Western International Law Journal* 1985, 353.

8 Tako Christopher H. Lytton, „Blood for Hire: How the War in Iraq Has Reinvented the World's Second Oldest Profession“, *Oregon Review of International Law* 2006, 307.

9 Vid. detaljnije Božidar Jeličić, *Plaćenici u savremenim međunarodnim i unutrašnjim sukobima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 1987, 5 i dalje.

10 Niall Canny, „A Mercenary World: A Legal Analysis of the International Problem of Mercenarism“, *University College Dublin Law Review* 2003, 34.

širenju granica oružanim putem.¹¹ Kada se tome pridoda privlačnost ovog zanata, koji je oružju vičnom muškarcu onog vremena pružao konkretne koristi koje su tada podrazumevali oružani sukobi (pljačkarnje, robovi, žene), onda je jasno da nije bilo teško pronaći avanturiste voljne da ratuju za novac. Već od vremena Oktavijana Avgusta, rimske vojnike gotovo u celosti zamenjuju strane plaćeničke strukture.¹²

U srednjevekovnim zemljama Evrope angažovanje najamnika postaje uobičajena praksa već od XII veka, kada se iz Italije širi po celom kontinentu. Posebna kategorija preduzimača (*condottieri*) regrutovala je plaćenike i kasnije ih po potrebi „rentirala“ vladarima kojima je takva usluga bila neophodna.¹³ Iako za vladara skuplje u odnosu na narodnu vojsku, angažovanje najamničkih jedinica imalo je niz prednosti. Iza njih „nisu ostajale udovice i siročad“, a nakon prestanka ratnih dejstava jednostavno su otpušteni iz vojne službe.¹⁴ Partikularnost evropskih država srednjeg veka i nepostojanje snažnih centralnih vlasti pogodovali su jačanju svojevrstnih privatnih armija. To je uslovilo da u međunarodnim okvirima plaćeništvo, iako već tada nepopularno i omraženo – postane opšteprihvaćeno i legitimno zanimanje. Na njegov razvoj naročito su uticala kolonijalna osvajanja, gde su vladari angažovali vojne preduzetnike (Pizara, Kortesa i druge), radi pokoravanja novih teritorija.¹⁵ Od poznog srednjeg veka dolazi do preokreta u načinu poslovanja plaćenika. Dok su do tada sami najamnici nudili svoje usluge vladarima, od ovog vremena vladari prisvajaju pravo da angažuju

11 Demokratske forme uređenja više su pogodovale razvoju domaće vojske, dok su apsolutističke monarhije, dominantne u starom veku, bile sklonije angažovanju plaćenika. Osim toga, trgovačke puteve trebalo je često vojno obezbediti u uslovima nesigurnih ruta. Najzad, tamo gde je lokalno stanovništvo imalo averziju prema neposrednom učešću u kolonijalnom širenju (kao npr. u Atini), države su bile prinuđene da ekspanziju ostvaruju plaćanjem stranaca. Lennox S. Hinds, „The Legal Status of Mercenaries: A Concept in International Humanitarian Law“, *Philippine Law Journal* 4/1977, 396–397.

12 *Ibid.*, 397.

13 Marie-France Major, „Mercenaries and International Law“, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1992, 105.

14 *Ibid.* Bilo je prihvatljivije angažovati profesionalne vojnike spolja, nego uposliti potencijalne rivale. Osim toga, time se nisu remetile proizvodne aktivnosti običnih građana. Juan Carlos Zarate, „The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder“, *Stanford Journal of International Law* 1998, 84.

15 L. S. Hinds, *op. cit.* fn. 11, 397.

plaćeničke jedinice ili da ih za odgovarajuću nadoknadu ustupe drugoj državi.¹⁶ Zapravo, do XIX veka, kada se sa snaženjem nacionalnih ideja i centralne vlasti u većini zemalja uvodi regrutna obaveza, angažovanje najamničke vojske predstavljalo je važan vid vođenja rata. Od tada stajala narodna vojska, regrutovana od domaćeg stanovništva, koje je za svoje angažovanje dobijalo mesečnu nadoknadu – zamenjuje korišćenje vojnih usluga stranaca. To ne znači da je ova pojava nestala iz savremenog ratovanja,¹⁷ ali je u izmenjenim međunarodnim okolnostima bila sve manje spojiva sa konceptom neutralnosti, s obzirom na to da se ova ideja teško moglo dovesti u vezu sa prisustvom stranih trupa na tuđoj teritoriji. Neutralnost je podrazumevala ne samo da se država suzdrži od učešća u konfliktu, već i da onemogući korišćenje svoje teritorije i resursa za organizovanje vojnih poduhvata protiv drugih država. U tom periodu pojedine države donose i odgovarajuće zakone koji zabranjuju pristupanje u vojnu službu u inostranstvu.¹⁸ Kasnije, međutim, tokom XX veka, protivpravnost plaćeništva manje je obrazlagana njegovom nespojivošću sa idejom neutralnosti, koliko neophodnošću da se države suzdrže od svih aktivnosti koji bi mogle predstavljati naruša-

- 16 Evropske nacionalne države tog vremena postaju dovoljno snažne da sebi prigrabe monopol na ratovanje od ondašnjih privatnih plaćeničkih jedinica. Na teorijsko zasnivanje doktrine da država ima pravo da zabrani pojedincima da napuste zemlju kako bi naškodili stranoj državi snažno je snažno su uticali Hugo Grocije (Hugo Grotius) i Emerih Fatel (Emmerich de Vattel). Arthur John Armstrong, „Mercenaries and Freedom Fighters: The Legal Regime of the Combatant under Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)“, *JAG Journal* 2/1978, 150.
- 17 Kao poslednji veći primer korišćenja najamničke vojske u vojevanju u Evropi pominje se angažovanje 16.500 plaćenika od strane Britanije u Krimskom ratu 1854. Godine. J. C. Zarate, *op. cit.* fn. 14, 86.
- 18 Poznat je Zakon o stupanju u stranu vojnu službu Velike Britanije od 1870 godine (*Foreign Enlistment Act*), koji je donet kako bi se sprečilo učestvovanje Britanaca na strani Francuske u Francusko-pruskom ratu. Ovaj zakon, međutim, skoro i da nije imao primenu u praksi. Prema ovom propisu, koji je još uvek na snazi, novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine se kažnjava, bez odobrenja Njenog Veličanstva, pristupanje britanskog državljanina (ili njegov pristanak) vojnoj službi strane države, koja je u ratu sa bilo kojom državom sa kojom je Britanija u miru, kao i nagovaranje drugog na neku od navedenih radnji. Zakone sličnog sadržaja donose nakon njega gotovo svi britanski dominioni. Poznat je kanadski zakon istog naziva od 1937. godine, donet sa ciljem onemogućavanja Kanađanima učestvovanja u Španskom građanskom ratu, ili australijski *Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act* od 1978. godine.

vanje teritorijalnog integriteta i nezavisnosti drugih zemalja. Krivična dela, koja su na ideji neutralnosti propisivali mnogi tadašnji zakoni, gotovo da i nisu imali primenu u praksi, a i onda kada je do primene izuzetno dolazilo – uvek je bila motivisana političkim razlozima.¹⁹ U svakom slučaju, neutralnost država, kako se smatralo, nisu narušavali pojedinačni istupi pojedinaca koji su prelazili granicu.²⁰

U procesu dekolonijalizacije, nakon Drugog svetskog rata, dolazi do ponovnog oživljavanja plaćeništva, kao vid suprotstavljanja ostataka kolonijalnih vlasti pokretima nacionalnog oslobođenja, naročito u Africi. U osudi upotrebe plaćenika u državnim prevratima a protiv pokreta nacionalnog oslobođenja, naročito se isticala Organizacija afričkog jedinstva, što je uslovalo da od šezdesetih godina XX veka angažovanje najamnika bude osuđeno i mnogim rezolucijama Saveta bezbednosti i Generalne skupštine Ujedinjenih nacija. Upravo ovaj period predstavlja početak uspostavljanja pravnih okvira kontrole angažovanja plaćenika u oružanim sukobima, s obzirom na zabrinutost da bi upotreba stranih vojnika mogla da omete i onemogući pravo na samoopredeljenje i oslobođenje od kolonijalne dominacije mladih afričkih država. Neposredan povod prvih međunarodnih dokumenata o najamnicima predstavljalo je otcepljenje rudama bogate pokrajine Katange od Konga 1960. godine, podržano od strane belgijskih industrijalaca, koji su u ovoj pokrajini imali ekonomske interese. Trupe secesionista bile su uglavnom sastavljene od plaćenika. U tom smislu, Savet bezbednosti je 1967. godine usvojio Rezoluciju 239, posvećenu isključivo ovom problemu, u kojoj su osuđene države koje su istrajavale na „dozvoljavanju ili tolerisanju regrutovanja plaćenika i obezbeđivanje za njih objekata, sa ciljem zbacivanja vlada država članica Ujedinjenih nacija“, u kojoj su osim toga vlade drugih država pozvane „da obezbede da se njihova teritorija, kao i druge teritorije pod njihovom kontrolom ili

19 Jeličić navodi primer Francuske, čiji su državljani učestvovali u gotovo svakom oružanom sukobu na tlu Afrike nakon Drugog svetskog rata, a gde odredbe Krivičnog zakonika koji je zabranjivao regrutovanje vojnika za stranu vojsku – ni u jednom slučaju nisu primenjene. B. Jeličić, *op. cit.* fn. 9, 250.

20 A. J. Armstrong, *op. cit.* fn. 16, 152. U tom smislu, Haška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila i lica u slučaju rata na kopnu od 1907. godine zabranjuje da se na teritoriji neutralne sile osnivaju boračke jedinice ili da se otvaraju posebni uredi za regrutovanje. Neutralna država je štaviše dužna da kažnjava akte suprotne njenom neutralnom statusu na svojoj teritoriji, ali „činjenica da pojedinci pojedinačno prelaze granicu da bi se stavili u službe jedne od zaraćenih strana ne povlači odgovornost neutralne Sile“ (član 6).

njihovih državljana, ne koriste za planiranje podriivanja i regrutovanje, obuku i prolaženje plaćenika, s planom zbacivanja vlade Demokratske Republike Kongo²¹. Iako se radi o prvom ozbiljnijem osvrtu međunarodne zajednice na pojavu najamništva, ova rezolucija imala je sasvim ograničene domete. Njom nije osuđeno plaćeništvo kao zločin, već samo pojava ubacivanja plaćenika u zemlje Afrike obuhvaćene oružanim sukobima, kao vid ugrožavanja celovitosti Konga.²²

Mnogo odlučniji korak na planu inkriminisanja plaćeništva u oružanim sukobima predstavljala je Rezolucija Generalne skupštine UN 2465 o implementaciji deklaracije o priznavanju nezavisnosti kolonijalnim državama i narodima iz 1968. godine, koja u članu 8 objavljuje da je „praksa korišćenja plaćenika protiv pokretâ za nacionalno oslobođenje i nezavisnost kažnjiva kao krivično delo i da su sami plaćenici otpadnici, i poziva vlade svih država da donesu zakon koji propisuje da je regrutovanje, finansiranje i obuka plaćenika na njihovoj teritoriji kažnjivo delo i koji zabranjuje njihovim državljanima da služe kao plaćenici²³. Domašaj ove rezolucije nešto je širi, jer se prvi put ova pojava definiše kao zločin, a sami najamnici kao „otpadnici“ od zakona, iako isključivo u kontekstu njihovog suprotstavljanja pokretima za nacionalno oslobođenje.²⁴

Angažovanje plaćenika od strane samih država osuđuje i Generalna skupština UN, svojom Rezolucijom 3314 od 1974. godine o definiciji agresije. Članom 3g se agresijom smatra i slanje od ili u ime države naoružanih bandi, grupa, neregularne vojske ili plaćenika, koji izvode oružane akte protiv druge države²⁵. Sedamdesetih godina XX veka se nastavlja sa korišćenjem najamničkih jedinica u sukobima na tlu Afrike.²⁶ Kao rezultat, u međunarodnoj zajednici jača osećaj neop-

21 Rezolucija Saveta bezbednosti 239 od 10. jula 1967. godine. Povod rezolucije je predstavljala pretnja teritoriji Konga od strane plaćenika stacioniranih na teritoriji tada portugalske kolonije Angole.

22 L. C. Green, „The Status of Mercenaries in International Law“, *Manitoba Law Journal* 1978-1979, 225.

23 Rezolucija Generalne skupštine 2465 od 20. decembra 1968. godine.

24 L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 230; Edward Kwakwa, „The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict“, *Hastings International and Comparative Law Review* 1/1990, 83.

25 Rezolucija Generalne skupštine 3314 od 14. decembra 1974. godine.

26 Naročita pažnja međunarodne zajednice ponovo je usmerena na ovaj problem suđenjem grupi stranaca u vezi sa građanskim ratom u Angoli 1976. godine. Njihova osuda nije počivala na konkretnom krivičnom delu (plaćeništva),

hodnosti sveobuhvatnijeg reagovanja na angažovanje plaćenika, pa se Rezolucijom Generalne skupštine 34/140 prvi put poziva na izradu posebne konvencije kojom bi se najamništvo definisalo kao međunarodni zločin, tvrđenjem da ova pojava predstavlja „pretnju međunarodnom miru i bezbednosti i da, slično ubistvo, piratstvu ili genocidu, predstavlja univerzalan zločin“.²⁷

Krajem XX veka, paradoksalno, dolazi do sve intenzivnijeg angažovanja plaćenika na ratištima širom sveta. Razloga za ovakav razvoj ima više, ali se ova pojava uglavnom objašnjava stupanjem na scenu privatnih vojnih kompanija nakon prestanka hladnog rata, kada je zbog smanjenja vojnih troškova velikih sila i njihovog povlačenja sa mnogih žarišta u svetu – nastupila praznina u monopolu vojne sile koji načelno obezbeđuju države. Kako se vojne snage manjih zemalja savremenog sveta smanjuju, tako se povećavao broj i angažovanje privatnih vojnih kompanija u oružanim sukobima. Najveću kočnicu strožem tretmanu pojave plaćenika počinju da predstavljaju same države, koje imaju snažne interese da u nekim situacijama i same koriste usluge plaćenika.²⁸ To se pre sve odnosi na delatnost privatnih vojnih korporacija, u kojima je zaposlen veliki broj bivših visoko rangiranih oficira, otpuštenih iz vojne službe naročito američke vojske. Slične vojne korporacije (*Military Professional Resources Inc.*, *Blackwater* itd.) mogu biti angažovane u politički osetljivim operacijama širom sveta, ostvarujući američke interese, bez neposrednog uplitanja SAD i dejstvovanja američke armije.²⁹ Aktivnosti ovih kompanija neretko prati odijum javnosti

koje tad i nije bilo ustanovljeno, već na deklaracijama Organizacije afričkog jedinstva i rezolucijama Generalne skupštine UN. Antonio Cassese, „Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?“, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 1/1980, 17; L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 233. 1977. godine se opet oglašava o ovom problemu Savet bezbednosti, ovaj put u Rezoluciji 405, posvećenoj sukobu u Beninu, pozivajući sve zemlje na budnost protiv opasnosti plaćeništva na međunarodnom nivou. Ponavljajući odredbe prethodnih akata, ova rezolucija takođe poziva da države zabrane regrutovanje, obuku i tranzit plaćenika na svojoj teritoriji.

- 27 Rezolucija Generalne skupštine 34/140 od 14. decembra 1979. godine.
- 28 Tako su SAD, tokom svog krstaškog pohoda protiv terorizma u Afganistanu, obećale 25 miliona dolara onome ko pronađe Osamu bin Ladenu „živo ili mrtvog“. Takva ponuda je privukla veliki broj „lovaca na glave“, koji su nahrlili u Afganistan kako bi pokušali da zarade ovaj novac, a američka vlada je navodno i omogućila njihov dolazak u ovu zemlju. N. Canny, *op. cit.* fn. 10, 55.
- 29 Tako je hrvatska vojna akcija „Oluja“, kojom je osvojena teritorija Republike Srpske Krajine u avgustu 1995. godine, usledila nakon što je američki Penta-

i nepoverenje lokalnog stanovništva.³⁰ Ipak, kako ćemo videti, aktuelne definicije plaćenika ne pokrivaju delatnost ovih kompanija, najčešće zato što najveći broj njihovih službenika ne učestvuje neposredno u neprijateljstvima (najčešće se radi o uslugama konsaltinga), ima prebivalište ili državljanstvo strane u konfliktu ili se smatra pripadnikom oružanih snaga u sukobu.³¹

2. DEFINICIJE PLAĆENIKA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Sa porastom interesovanja za razjašnjenje pravnog položaja plaćenika u oružanim sukobima dolazi do pokušaja uobličavanja definicija ko uopšte predstavlja ovo lice. Do tada se pod ovim pojmom, kako smo već konstatovali, uglavnom podrazumevao nedržavljanin koji se za novčanu nadoknadu stavlja u vojnu službu kod poslodavca, ali su drugi uslovi bili sporni. Jednu od prvih pravnih definicija daje Organizacija afričkog jedinstva u okviru Konvencije o iskorenjivanju plaćeništva u Africi 1977. godine.³² Na ovo određenje je snažno uticao politički kontekst, pa se postavlja uslov da cilj angažovanja podrazumeva da se silom, oružjem ili na drugi način zbaci vlada članice Organizacije, podrije njena nezavisnost, teritorijalni integritet ili normalan rad institucija, ili da se na bilo koji način blokiraju aktivnosti pokreta oslobođenja priznatog od strane Organizacije. Osim toga, ovde

gon hrvatsku vladu uputio na saradnju sa ovom korporacijom. Iako su zvaničnici MPRI negirali neposredno učešće u borbenim dejstvima, sama akcija je izvedena po modelu američkih vojnih operacija. N. Canny, *op. cit.* fn. 10, 54; J. C. Zarate, *op. cit.* fn. 14, 106. Kao primer ostvarenja političkih ciljeva SAD navodi se i ugovor Federacije BiH i MPRI u pogledu obuke oružanih snaga Federacije 1996. godine. David Kassebaum, „A Question of Facts – The Legal Use of Private Security Firms in Bosnia“, *Columbia Journal of Transnational Law* 3/2000, 582 i dalje.

30 Tako je, primera radi, 2007. godine Irak zabranio aktivnosti kompanije *Blackwater*, nakon niza incidenata u kojima su njeni pripadnici učestvovali. Zabeleženo je da su od 2005. godine nameštenici *Blackwater*-a učestvovali u više od 200 incidenata u kojima je korišćeno oružje, i gde su njihovi pripadnici pucali iz vozila u pokretu, po pravilu nezainteresovani da eventualno pomognu poginulim i povređenim. S. Franklin, *op. cit.* fn. 1, 244.

31 G. Rona, *op. cit.* fn. 4, 324–325.

32 Iako je imala samo regionalni karakter, ova konvencija predstavlja prvi dokument međunarodnog krivičnog prava koji je primenjivan na teritoriji država članica.

se zapravo i nije radi o „plaćeniku“, s obzirom na to da se pored uslova stranog državljanstva u odrednici uopšte ne pominje novčana nadoknada za pružene usluge.³³

Na status plaćenika uticao je i razvoj međunarodnog humanitarnog prava. Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 1949. godine priznaje status ratnih zarobljenika i pripadnicima raznih milicija i dobrovoljačkih pokreta, pod uslovom da: na čelu imaju lice odgovorno za svoje potčinjene, imaju znak za razlikovanje koji se može uočiti i na odstojanju, otvoreno nose oružje i pridržavaju se zakona i običaja ratovanja. Time su i najamnici dobili odgovarajuću pravnu zaštitu u slučaju zarobljavanja, iako je sledećih decenija bilo više pokušaja, naročito od strane država trećeg sveta, da se plaćenicima oduzme ovaj status. Svi ti protivrečni uticaji doveli su do formulisanja jedne složene definicije plaćenika Dopunskim protokolom I uz Ženevske konvencije od 1977. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba. Ova definicija, koja odriče plaćeniku status borca ili ratnog zarobljenika,³⁴ sadrži šest kumulativno postavljenih uslova kada se jedno lice u međunarodnom humanitarnom pravu ima smatrati ovom kategorijom učesnika u sukobu. Plaćenik je naime (član 47 stav 2) „svako lice koje: (a) je specijalno regrutovano, lokalno ili u inostranstvu, da bi se borilo u oružanom sukobu; (b) stvarno direktno učestvuje u neprijateljstvima; (c) je motivisano da učestvuje u neprijateljstvima uglavnom sa željom za ličnom korišću i kome je, u stvari, obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane; (d) nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; (e) nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu; i (f) nije poslato od države koja nije strana u sukobu po zvaničnoj dužnosti kao pripadnik njegovih oružanih snaga.

Ova definicija, iako izraz kompromisa različitih interesa, u literaturi je uglavnom kritikovana kao suviše restriktivna. Najamnika najpre

33 M.-F. Major, *op. cit.* fn. 13, 108.

34 Oduzimanje ovog statusa ocenjeno je kao nesaglasno intenciji Protokola da se što ekstenzivnije zaštite sva lica pogođena oružanim sukobima. Osim toga, time su uvećani izgledi da se plaćenici osećaju manje obaveznim da se pridržavaju pravila i običaja ratovanja (u tom smislu N. Canny, *op. cit.* fn. 10, 43). Ipak, time plaćenici nisu ostavljeni nezaštićeni, jer su imali pravo na minimalnu zaštitu garantovanu Ženevskim konvencijama i protokolima.

odlikuje materijalna naknada koju dobija za svoje učešće u oružanom sukobu, a koja treba da isključi one dobrovoljne učesnike u sukobu koje pokreću npr. slobodarska osećanja, religiozni zanos, avanturizam, žeđ za slavom ili kakva druga nematerijalna pobuda. Unošenje novčane nadoknade kao motiva zakomplikovalo je utvrđivanje dela, s obzirom na kompleksno praktično utvrđivanje ovog psihološkog sadržaja.³⁵ Dalje, zahtev da plaćenici moraju biti „posebno regrutovani“, takođe se tumačio tako da je time isključeno dobrovoljno priključivanje stranoj vojnoj jedinici.³⁶ Neposredno učestvovanje u neprijateljstvima iz definicije izuzima angažovanje stranih vojnih savetnika, tehničara i drugog neborbenog personala, dok god direktno ne učestvuju u borbenim dejstvima.³⁷ Iako na prvi pogled logičan, ovaj zahtev značajno sužava obuhvat definicije, s obzirom na to da veliki broj privatnih vojnih korporacija svoje usluge ograničava na savetodavni i tehnički aspekt. Zahtevom da najamnik ne može biti lice koje je pripadnik oružanih snaga strane u sukobu htelo se iz definicije još jednom potvrditi isključenje učešća tradicionalnih plaćeničkih struktura (nepalskih Gurki u oružanim snagama Velike Britanije, Legije stranaca u sastavu francuske vojske ili švajcarske papske garde³⁸) u sastavu oružanih snaga pojedinih zemalja. Uslov da plaćenik ne može biti pripadnik oružanih strana u sukobu ima lošu stranu što ne precizira koliko dugo lice ne sme biti u sastavu strane u sukobu. Tako se jedno lice može prijaviti u oružane snage jedne zemlje samo dok traju vojna dejstva, i da se nakon toga jednostavno „ispiše“ iz ove službe.³⁹ Takva nedorečenost odredbe pružala je široke mogućnosti da strana u sukobu, zainteresovana za usluge koje pružaju „psi rata“, izbegne negativne implikacije koje podrazume-

35 E. Kwakwa, *op. cit.* fn. 24, 71. Zbog ove poteškoće, pojedini autori su tvrdili da definicija treba više da insistira na suštini aktivnosti kojima se najamnici bave, nego na motivima koji ih na to pokreću. Vid. npr. Ryan M. Scoville, „Toward an Accountability-Based Definition of ‘Mercenary’“, *Georgetown Journal of International Law* 2005–2006, 556.

36 M.-F. Major, *op. cit.* fn. 13, 110.

37 L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 243; E. Kwakwa, *op. cit.* fn. 24, 70–71.

38 Interesantno je primetiti da su švajcarske plaćeničke jedinice u srednjem veku bile među najcenjenijim u Evropi (vid. npr. L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 206–207). Tu su štaviše sami kantoni iz ekonomskih pobuda na sebe preuzimali zadatak da zainteresovanim građanima obezbede strani vojni angažman. Ova pojava je zabranjena tek 1848. godine. L. S. Hinds, *op. cit.* fn. 11, 399.

39 A. Cassese, *op. cit.* fn. 26, 26; D. Kassebaum, *op. cit.* fn. 29, 589; E. Kwakwa, *op. cit.* fn. 24, 72.

va angažovanje plaćenika prostim davanjem državljanstva ili njihovim pridruživanjem regularnim jedinicama. Najzad, ova definicija odnosila se isključivo na angažovanje najamnika u međunarodnim oružanim sukobima, što je značajno ograničavalo njen domašaj.⁴⁰

Ujedinjene nacije 1989. godine donose Međunarodnu konvenciju protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika. Prema ovoj konvenciji (član 1) plaćenik je lice: (a) koje je posebno regrutovano, u zemlji ili u inostranstvu, za borbu u oružanom sukobu; (b) koje je motivisano da učestvuje u neprijateljstvima, radi ostvarivanja lične koristi, i kome je, zapravo, u ime ili od strane učesnice u sukobu, obećana materijalna naknada, koja je značajno veća od naknade, obećane ili isplaćene borcima sličnog ranga ili položaja u oružanim snagama te strane; (c) koje nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; (d) koje nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu, i (e) koje nije uputila država koja nije strana u sukobu, po službenoj dužnosti, kao pripadnika svojih oružanih snaga. Plaćenik je i svako lice koje je u bilo kojoj drugoj situaciji: (a) posebno regrutovano, u zemlji ili u inostranstvu, s ciljem učestvovanja u organizovanom aktu nasilja usmerenom ka: svrgavanju vlade ili podrivanju ustavnog poretka države, na bilo koji drugi način, ili podrivanju teritorijalnog integriteta zemlje; (b) motivisano da učestvuje u sukobu prevashodno radi ostvarenja značajne lične koristi i podstaknuto obećanjem odnosno isplatom materijalne naknade; (c) nije državljanin niti ima prebivalište u državi protiv koje je takav akt usmeren; (d) nije upućeno od strane države po službenoj dužnosti; i (e) nije pripadnik oružanih snaga države na čijoj teritoriji se vrši takav akt. Prvi deo ove definicije zapravo ponavlja osnovne uslove odrednice koju daje Prvi dopunski protokol, osim uslova da lice uzima neposrednog učešća u neprijateljstvima, dok je dodatak trebalo da osigura zaštitu suvereniteta i teritorijalnog integriteta država i nezavisno od oružanog sukoba.⁴¹ Krivično delo u smislu ove konvencije ne čini samo plaćenik koji neposredno učestvuje u neprijateljstvima ili organizovanom aktu

40 N. Canny, *op. cit.* fn. 10, 44.

41 Interesantno je primetiti da se ova definicija na kraju svog razvoja izmetnula u nešto sasvim suprotno u odnosu na prve poticaje njenog uobličavanja. Dok su u početku plaćenici bili korišćeni za ugnjetavanje pokreta za nacionalno oslobođenje, po slovu Konvencije plaćenici sada ne mogu biti korišćeni u istom cilju, imajući u vidu da oslobodilački pokreti po pravilu podrivaju teritorijalni integritet zemlje. D. Kassebaum, *op. cit.* fn. 29, 590-591.

nasilja (član 3), već i lice koje „regrutuje, koristi, finansira ili obučava plaćenike“ (član 2).⁴² Države članice se obavezuju da svojim krivičnim zakonima predvide odgovarajuće kazne za ova krivična dela. Pored navedenih dokumenata, definicije plaćenika poznaju i drugi međunarodni akti, iako su oni načelno vrlo slični definiciji Konvencije odnosno Protokola.⁴³

Potpisnik ove konvencije je bila i SFRJ, dok je SRJ, čiji je Srbija sukcesor, 2001. godine potvrdila da ostaje njena potpisnica. Vlada Republike Srbije je 31. oktobra 2014. predložila Zakon o potvrđivanju Konvencije. Iako je sličnih predloga bilo i u toku 2013. godine, sa idejom da se onemogućí učestvovanje naših državljana u ratu u Iraku i Siriji,⁴⁴ neposredan povod ratifikacije predstavljale su informacije o učestvovanju naših državljana u građanskom ratu u Ukrajini. U obrazloženju ovog zakona se ističe da bi se time Srbija „svrstala u grupu zemalja koje regrutovanje, korišćenje, finansiranje i obuku plaćenika sankcionišu kao krivično delo i kao moralno neprihvatljivu formu ratovanja“.⁴⁵ S tim u vezi, Srbija je i pre ratifikovanja ove konvencije u svoje krivično zakonodavstvo oktobra 2014. godine unela dva krivična dela koja se tiču učestvovanja odnosno organizovanja učestvovanja državljana Srbije u ratu ili oružanom sukobu u stranoj zemlji.⁴⁶ S obzirom na to da se u obrazloženju predloga Zakona o potvrđivanju ove

42 Izvršiocem ovog krivičnog dela smatra se i lice koje „pokuša da izvrši neko od krivičnih dela iz ove konvencije“ odnosno predstavlja „saučesnika lica koje vrši ili pokuša da izvrši neko od krivičnih dela iz ove konvencije“ (član 4 Konvencije).

43 Pomenućemo, primera radi, definiciju Komisije međunarodnog prava iz nacrtu Zakonika o zločinima protiv mira i bezbednosti čovečanstva, gde se takode ne zahteva da plaćenik neposredno učestvuje u neprijateljstvima. Inače, Rimski statut, koji je zasnovan na pomenutom nacrtu, ne poznaje zločin plaćeništva, ali vidom agresije smatra između ostalog i slanje, od strane ili u ime države, naoružanih bandi, grupa, neregularne vojske ili plaćenika, koji izvode oružane akte protiv druge države.

44 Osnovni argument inkriminisanja učestvovanja naših državljana u oružanim sukobima u inostranstvu ticao se procene da ova lica, nakon povratka sa rata u Srbiju, predstavljaju bezbednosni rizik po državne interese i „promotere najradikalnijih ideja“.

45 Do sada su ovu konvenciju ratifikovale 33 države, od kojih i četiri države Evropske unije (Belgija, Hrvatska, Italija i Kipar), ali ne i najveće države sveta. Konvencija je stupila na snagu 20. oktobra 2001. godine.

46 Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 10. oktobra 2014. godine, Službeni glasnik RS, br. 108/2014.

konvencije navodi da je propisivanjem ova dva krivična dela domaće krivično zakonodavstvo „usklađeno sa tekstom Konvencije“, možemo pretpostaviti da je stupanjem zakona na snagu obličje ovih inkriminacija viđeno kao konačno rešenje.

3. UPOREDNO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO O PLAĆENICIMA

Danas su u mnogim zemljama i dalje na snazi zakoni koji iz razloga nenarušavanja pozicije neutralnosti, pod određenim uslovima, zabranjuju stupanje u tuđe oružane snage. Tako, primera radi, prema tekstu iz vremena sticanja nezavisnosti gotovo nepromenjenog teksta američkog zakonika (18 U. S. Code § 959) kažnjava se novčanom kaznom i/ili zatvorom do tri godine onaj ko se u SAD prijavljuje, lično stupa, unajmljuje ili daje predujam drugome da se prijavi ili lično stupi ili ode izvan jurisdikcije SAD, sa namerom da bude primljen ili da stupi u službu bilo kojeg stranog vladara, države, kolonije, okruga ili naroda kao vojnik ili kao marinac ili mornar ratnog ili drugog oružanog broda. Istom kaznom se kažnjava i onaj ko učestvuje u ekspediciji protiv prijateljske države (§ 960) ili prihvati i izrazi spremnost da služi u stranoj državi, koja je u miru sa SAD (§ 958). Smisao ovih odredaba ne podrazumeva kažnjavanje pojedinaca koji napuštaju SAD kako bi se borili u ratovima u inostranstvu, već organizovanje grupa građana, kao svojevrsnih vojnih ekspedicija koje učestvuju u ratu sa prijateljskim državama.⁴⁷ Važno je, pritom, naglasiti da se navedene radnje odnose isključivo na regrutovanje na teritoriji SAD,⁴⁸ i da, slično drugim zakonima o neutralnosti, nisu imale značajniju primenu u praksi,⁴⁹ iako su u mnogim oružanim sukobima tokom XX veka (oba svetska rata, Španski građanski rat, kubanska kriza itd.) učestvovali u svojstvu plaćenika i mnogi američki građani.

47 L. S. Hinds, *op. cit.* fn. 11, 407.

48 Rečima ranijeg državnog tužioca SAD Roberta Kenedija, povodom američke intervencije u kubanskom „Zalivu svinja: „Zakoni o neutralnosti nikada i nisu planirali da spreče pojedince da napuste SAD kako bi se borili za cilj u koji veruju“. Navedeno prema E. Kwakwa, *op. cit.* fn. 24, 80.

49 Primena ovih odredaba bila je potpuno selektivna jer je gonjenje bilo vođeno isključivo spoljno-političkim ciljevima. Paul W. Mourning, „Leashing the Dogs of War: Outlawing the Recruitment and Use of Mercenaries“, *Virginia Journal of International Law* 1982, 595-596.

Slično je i u Velikoj Britaniji. Diplokov komitet (*Diplock Committee*), obrazovan sa zadatkom da preispita mogućnost kažnjavanja britanskih plaćenika u sukobima u Africi 1976. godine i zabrani regrutovanje i oglašavanje plaćeništva, u svom izveštaju zaključuje da krivična zabrana kojom bi država nametnula individui šta ona radi van granica zemlje „uključuje ograničenje slobode pojedinca, koja može biti opravdana samo ubedljivim razlozima javnog interesa“. Stoga ovaj izveštaj preporučuje dekriminalizaciju i nekažnjavanje najamništva.⁵⁰ Ipak, izveštaj ovog komiteta samo potvrđuje u kojoj meri politički interesi opredeljuju granice krivičnopravne zaštite u materiji delovanja plaćenika u oružanim sukobima, s obzirom na to da je njegovo tumačenje – da su odredbe tada još uvek važećeg Zakona Velike Britanije o stupanju u vojnu službu od 1870. godine⁵¹ anahrone i zastarele, i kao takve neprimenjive na savremene događaje – zapravo predstavljalo odraz neugaslih britanskih kolonijalnih težnji.⁵²

Na drugoj strani su inkriminacije na čija obeležja su snažnije uticale pomenute definicije Konvencije o plaćenicima i Dopunskog protokola I. Tako Francuska, koja svojim krivičnim zakonodavstvom takođe inkriminiše različite forme učestvovanja u plaćeničkim aktivnostima, prema članu 436–1⁵³ kažnjava svakog ko je posebno regrutovan da učestvuje u oružanom sukobu, a ko nije državljanin države koja učestvuje u sukobu niti pripadnik njenih oružanih snaga, i ko nije poslat u misiju od strane druge države koja ne učestvuje u sukobu kao pripadnik njenih oružanih snaga, da direktno učestvuje ili da pokuša da direktno učestvuje u neprijateljstvima, sa ciljem da ostvari ličnu korist ili naknadu koja značajno premašuje ono što je plaćeno ili obećano borcu istog ranga i istih dužnosti koji se bori u oružanim snagama na istoj strani. Takođe se kažnjava i onaj ko je posebno regrutovan da učestvuje u zajedničkom nasilnom aktu sa ciljem da zbaciti institucije ili napadne teritorijalni integritet države, a ko nije državljanin te države niti pripadnik

50 Anthony Chase, „Decriminalization of Foreign Enlistment“, *Criminal Justice Journal* 1/1978, 19; L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 238; Edwin I. Nwogugu, „Recent Developments in the Law Relating to Mercenaries“, *Military Law and the Law of War Review* 1981, 23.

51 Vid. fn. 18.

52 S pravom B. Jeličić, *op. cit.* fn. 9, 246.

53 Krivična odgovornost plaćenika uvedena je u francusko pravo 2003. godine. Kazna propisana za delo iz ovog člana podrazumeva zatvor od pet godina i novčanu kaznu od 75.000 evra.

njenih oružanih snaga, i ko nije poslat u misiju od strane druge države, kako bi učestvovao u takvom aktu sa ciljem da ostvari ličnu korist ili značajnu platu.⁵⁴

Plaćeništvo u oružanim sukobima sankcionisano je kao krivično delo i u mnogim krivičnim zakonicima država bivšeg SSSR-a. Tako krivični zakoni Jermenije, Azerbejdžana, Belorusije, Gruzije, Kazahstana, Moldavije, Rusije, Tadžikistana, Ukrajine i Uzbekistana kažnjavaju učestvovanje plaćenika u oružanom sukobu.⁵⁵ Važno je pritom naglasiti da svi ovi zakoni insistiraju na definicija plaćenika koja podrazumeva uslov materijalne koristi.⁵⁶ Navešćemo utoliko odredbu Krivičnog zakonika Rusije (član 359), prema kojoj se kažnjava učešće najamnika u oružanom konfliktu ili vojnim dejstvima, njihovo vrbovanje, obuka, finansiranje ili drugo materijalno obezbeđivanje. Najamnikom se smatra lice koje deluje s ciljem ostvarivanja materijalne koristi, nije državljanin države koja učestvuje u oružanom konfliktu ili vojnim dejstvima, nema stalno prebivalište na njenoj teritoriji i nije tamo upućeno radi izvršavanja zvaničnih obaveza.⁵⁷ Mnoge države, pored eventualne krivičnopravne reakcije, na ovu pojavu reaguju oduzimanjem državljanstva⁵⁸ ili drugim merama.

54 Kažnjivo je i stvaranje ili vođenje organizacije u cilju regrutovanja, upošljavanja, finansiranja, opremanja ili obuke navedenih lica (član 436–2).

55 Vid. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck (Eds.), *Customary International Humanitarian Law. Volume II*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 2583.

56 *Ibid.*, 2577–2578.

57 A. И. Парог (ред.), *Уголовное право Российской Федерации Особенная часть*, Юристъ, Москва 2001, 626–627. Ovaj zakonik propisuje teži oblik ako je delo izvršeno iskorišćavanjem svog službenog položaja ili prema maloletniku.

58 Tako američki Zakon o useljavanju i državljanstvu (*Immigration and Nationality Act*) od 1952. godine predviđa gubitak državljanstva SAD, nezavisno od toga da li je stečeno rođenjem ili naturalizacijom, voljnim stupanjem ili službom u oružanim snagama strane države, ako su ove oružane snage angažovane u neprijateljstvima protiv SAD, ili ako lice služi kao imenovani ili neimenovani oficir (odeljak 349). Ipak, i ovakve ograničene posledice u praksi (npr. prilikom pridruživanja značajnog broja američkih Jevreja izraelskim snagama tokom izraelsko-arapskih ratova) uglavnom nisu primenjivane. Vid. L. C. Green, *op. cit.* fn. 22, 213.

4. UČESTVOVANJE (ČLAN 386A KZ) I ORGANIZOVANJE UČESTVOVANJA U RATU ILI ORUŽANOM SUKOBU U STRANOJ DRŽAVI (ČLAN 386B KZ)

Služba našeg državljanina u neprijateljskoj vojsci i do sada je bila kažnjiva prema srpskom krivičnom pravu. Naime, građanin Srbije koji za vreme rata ili oružanog sukoba služi u neprijateljskoj vojsci ili drugim neprijateljskim oružanim formacijama, učestvuje u ratu ili oružanom sukobu kao borac protiv Srbije i njenih saveznika, ili vrbuje građane Srbije za navedene radnje – odgovara za krivično delo službe u neprijateljskoj vojsci (član 422 KZ). Ovo krivično delo protiv vojske Srbije obuhvata isključivo službu u oružanim snagama sa kojima je Srbija ili njeni saveznici u ratu ili oružanom sukobu,⁵⁹ tako da neposredno ne obuhvata problematiku plaćeništva.

Prema novouvedenom krivičnom delu učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (član 386a Krivičnog zakonika), zatvorom od šest meseci do pet godina kažnjava se „državljanin Srbije koji učestvuje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi, kao pripadnik vojnih ili paravojnih formacija strana u sukobu, a nije državljanin te strane države, kao ni pripadnik zvanične misije međunarodne organizacije čiji je Srbija član“. Ako je delo učinjeno u sastavu grupe, propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina. Iako je u obrazloženju uvođenja ovog dela, u našoj javnosti i u predlogu Zakona o potvrđivanju Međunarodne konvencije protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika, nesumnjivo ukazivano da su se takvim inkriminisanjem hteli obuhvatiti plaćenici kao mogući izvršioc delo – navedena odredba uopšte ne govori o plaćeniku, već o „učesniku u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi“. To po sebi ne predstavlja nedostatak. Kako smo videli još na početku našeg rada, pojam plaćenika nije univerzalan, s obzirom na to da iz njegovog jezičkog značenja proishodi samo jedna nesporna karakteristika (plaćanje za usluge ratovanja), i druga, koja se na ovu nadovezuje (neposredovanje državljanstva neke od zaraćenih strana). I pored toga, međutim, brojne konvencije preciziraju širi krug uslova koji ovaj pojam mora da obuhvati. Otuda i nije važno kojim će se imenom neka pojava označiti, ako krug

59 U tom smislu Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2011², 1205.

kumulativnih karakteristika koji je opisuju daju značenje koje je zakonodavac imao u vidu kada je definisao obuhvat primene norme. U toj situaciji, kada naš zakonodavac ovaj pojam već nije sam interpretirao članom 112 Krivičnog zakonika,⁶⁰ neophodno je analizirati krug uslova pod kojima se odgovara za „učestvovanje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi“, naročito u poređenju sa definicijom Konvencije koja je poslužila kao osnov nove inkriminacije.

Učesnik u oružanom sukobu odgovara za delo iz člana 386a pod sledećim uslovima: ako je državljanin Srbije, ako učestvuje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi kao pripadnik vojnih ili paravojnih formacija strana u sukobu, ako nije državljanin strane države u kojoj se vodi sukob, kao i ako nije pripadnik zvanične misije međunarodne organizacije čiji je Srbija član. Ovi uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni. Ako ih sada uporedimo sa odgovarajućim uslovima iz Konvencije protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika možemo jednostavnim upoređivanjem zaključiti da *nijedan* od uslova iz Konvencije nije preuzet. Tako se kod nas ne zahteva da učesnik u sukobu bude „posebno regrutovan, u zemlji ili u inostranstvu, za borbu u oružanom sukobu“. Za krivičnu odgovornost je dovoljno, dakle, i da se lice samovoljno – na ličnu inicijativu – uputi u inostranstvo. Dalje, Konvencija zahteva da učesnik u sukobu na učestvovanje u neprijateljstvima bude poveden koristoljubivim motivima. Nije neophodno da to bude isključiva pobuda, već je dovoljno da ona bude kombinovana sa ideološkim, religioznim ili nekim drugim razlozima. Da bi se objasnilo da je centralno obeležje najamništva novčana naknada za usluge ratovanja, Konvencija zahteva da je licu „obećana materijalna naknada, koja je značajno veća od naknade, obećane ili isplaćene borcima sličnog ranga ili položaja u oružanim snagama te strane“. Ovaj uslov, kao svojevrsna *differentia specifica* plaćenika – takođe se ne zahteva za krivičnu odgovornost prema članu 386a KZ. Zato i ne čudi zbog čega ovo krivično delo i ne govori o plaćeniku kao izvršiocu dela, već o „učesniku u sukobu“. I onaj ko učestvuje u oružanom sukobu

60 Nažalost, nije moguće tvrditi kako pojam plaćenika iz Konvencije važi i u odnosu na ovo krivično delo. Ako u Krivičnom zakoniku ne postoji objašnjeno značenje upotrebljenog izraza, bilo u pomenutom članu 112, bilo eventualno na kraju glave u kojoj se nalazi odnosno delo, onda je bilo moguće doneti poseban zakon, u kojem bi takvo krivično delo bilo propisano u okviru kaznenih odredaba, a u čijem bi osnovnom tekstu takva jedna složena definicija mogla da nađe mesto.

u stranoj zemlji vođen isključivo nematerijalnim razlozima – potpada pod kaznenu zonu. Sledeći uslov Konvencije podrazumeva da lice „nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu“. Prema našoj odredbi, učesnik može biti državljanin strane u sukobu, jer pored uslova da se radi o državljaninu Srbije, učesnik ne sme da bude državljanin „strane države u kojoj se vodi sukob“, a to ne mora biti strana u sukobu.⁶¹ O uslovu prebivališta takođe nema ni reči. Dalje, Konvencija propisuje da plaćenik može biti samo lice „koje nije pripadnik oružanih snaga“ jedne od strana u sukobu. Naša odredba, pak, potpuno suprotno, krivičnu odgovornost vezuje za onog ko učestvuje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi kao pripadnik vojnih ili paravojnih formacija strana u sukobu. Čak će, stoga, i pripadnik redovnih oružanih snaga strane države, koji je po osnovu dvojnog državljanstva državljanin i naše zemlje, biti krivično odgovoran prema našem pravu.⁶² Najzad, poslednji uslov Konvencije podrazumeva da plaćenika „nije uputila država koja nije strana u sukobu, po službenoj dužnosti, kao pripadnika svojih oružanih snaga“. Iako uslov iz člana 386a, da učesnik nije pripadnik zvanične misije međunarodne organizacije čiji je Srbija član, donekle naliči uslovu iz Konvencije, on se od njega potpuno razlikuje, jer opet isključuje samo misije međunarodnih organizacija čiji je Srbija član.

Štaviše, odredba člana 386a uopšte ne pominje drugu kategoriju plaćenika iz Konvencije, koja se i ne vezuje za oružani sukob, već za učestvovanje u drugom „organizovanom aktu nasilja“, usmerenom na svrgavanje vlasti jedne zemlje ili podiranje njenog teritorijalnog integriteta. Ove radnje iz Konvencije se prepliću sa široko postavljenom zonom krivičnih dela terorizma (čl. 391–391b, 393 i 393a KZ),⁶³ kojima se ozbiljno ugrožavaju ili povređuju „osnovne ustavne, politič-

61 Stoga bi bilo zamislivo da naš državljanin, koji ima državljanstvo i neke druge zemlje, učestvuje kao agresor u ratu u trećoj državi, koja se sa ovom drugom npr. graniči.

62 Tako je poznanik autora ovog teksta spletom životnih okolnosti u srednjoj školi otišao u SAD, postao pripadnik američkih oružanih snaga i nakon toga učestvovao u ratu u Iraku. On bi ovim svojim učestvovanjem ostvario sva obeležja krivičnog dela iz člana 386a.

63 Pored neposrednog izvršenja terorističkih akata, propisana je krivična odgovornost i za javno podsticanje na vršenje terorističkih dela (član 391a), vrbovanje i obučavanje (član 391b), finansiranje terorizma (član 393) i terorističko udruživanje (član 393a).

ke, ekonomske ili društvene strukture Srbije, strane države ili međunarodne organizacije“. Od izmena i dopuna Krivičnog zakonika od 2012. godine, terorizam više ne podrazumeva ugrožavanje isključivo ustavnog uređenja ili bezbednosti Srbije, već i stranih država, koje se može ostvariti i aktima upravljenih protiv njih – van teritorije naše zemlje.⁶⁴ Stoga je zamislivo da se, primera radi, državljanin Republike Srbije, koji učestvuje u aktima protiv organa vlasti neke države, u meri u kojoj je takva aktivnost u stranoj zemlji uopšte dokaziva, kazni prema srpskom krivičnom zakonodavstvu za krivično delo terorizma. Ipak, teroristički akti podrazumevaju više izolovane i pojedinačne napade na državne objekte, infrastrukturu, sredstva javnog prevoza itd., nego građanski rat ili drugi oružani sukob, u kojem po pravilu učestvuju plaćenici. Otuda usaglašavanje našeg krivičnog zakonodavstva sa Konvencijom o plaćenicima mora da uzme u obzir i drugi deo definicije iz Konvencije.

Osim neodređene kriminalne zone, nejasan je i objekt zaštite krivičnog dela iz člana 386a KZ. Kako su krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (glava XXXIV KZ) i inače krajnje heterogena, prevashodno povezana formalnim kriterijumom njihovog regulisanja međunarodnim dokumentima, naš zakonodavac je jednostavno uneo nova krivična dela u ovu glavu. Time međutim nije izbegnuto pitanje kriminalno-političke opravdanosti uvođenja novih inkriminacija, iz ugla kvaliteta napada na krivičnim pravom zaštićena dobra. Ako opravdanje inkriminisanja zaslužuju samo društveno opasna ponašanja koja povređuju ili ugrožavaju neko osnovno pravo čoveka ili neko opšte dobro neophodno za ostvarivanje ovog prava,⁶⁵ onda se i ovde mora pronaći takvo društveno opasno ponašanje u relaciji sa nekim vrednim dobrom. To dobro nije vojska Srbije, jer se ovde ne radi o službi u neprijateljskoj vojsci, već o učestvovanju u bilo kojem oružanom sukobu van teritorije naše zemlje. To dobro takođe nije ni naše ustavno uređenje i bezbednost, iako se u diskusiji povodom uvođenja ovih dela najčešće mogao čuti argument o opasnosti koja pretila našoj zemlji kada se naši „psi rata“ vrata u domovinu. Iako je naš krivični zakonodavac proširio krivičnopravnu zaštitu u materiji za-

64 Tako se, primera radi, teroristički akt može izvršiti i uništenjem „nepokretne platforme u epikontinentalnom pojasu“ (član 391 stav 1 tačka 3 KZ). Kako Srbija nema izlaz na more, jasno je da je i druge radnje moguće izvršiti napadom na lica i objekte u inostranstvu.

65 Zoran Stojanović, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Pravna knjiga, Beograd 2013²⁰, 140.

štite ustavnog uređenja i bezbednosti zemlje i na stadijum pripremanja (vid. član 320 KZ), učestvovanje u oružanom sukobu u drugoj zemlji se ni u najširem smislu reči ne može podvesti pod stadijum pripremanja ovih delikata. Ako je pak objekt zaštite ovih dela međunarodno pravo, onda to ne može biti neko opšte međunarodno pravo ili kakav međunarodni običaj, već se treba držati slova međunarodnih ugovora, kakav je i Konvencija o plaćenicima. A naša inkriminacija se ne kreće u okvirima ove Konvencije. Otuda je nejasno kriminalno-političko opravdanje dela iz člana 386a KZ. Na teškoće u materijalnopravnom domenu utvrđivanja obuhvata norme nadovezuju se i gotovo nerešivi procesnopravni problemi, s obzirom na to da je jako teško izvoditi dokaze u pogledu radnji izvršenih na tuđoj teritoriji. Zato i nije slučajno što su krivična dela iz zakona o neutralnosti država anglosaksonskog prava u najvećem broju ostala samo „mrtvo slovo na papiru“.

Najzad, široka i neodređena zona inkriminacije iz člana 386a pogoduje uplivu političkih razloga u krivično gonjenje.⁶⁶ Kao što je praksa drugih država nesumnjivo pokazala, politički razlozi opredeljuju da li će se i kada građani goniti za učestvovanje u sukobima van granica zemlje. S obzirom na potpunu neodređenost radnje učestvovanja, širinu kruga lica koja se mogu naći na udaru norme, i činjenicu da su podaci o učestvovanju u sukobima na tuđim teritorijama po pravilu dostupni uglavnom stranim bezbednosnim strukturama i službama – ne može se isključiti da gonjenje za ova dela bude potpuno proizvoljno, uslovljeno političkim okolnostima. Kao što se i uvođenje ovih dela pravdalo podrškom koju naša zemlja pruža borbi protiv terorizma i radikalnog islamizma, tako slični razlozi, u uslovima jedne preširoko postavljene kriminalne zone, mogu sutra opredeljivati krivični progon.

Osim radnje učestvovanja, zakonodavac inkriminiše i organizovanje učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (član 386b KZ). Ko, naime, u nameri izvršenja krivičnog dela iz člana 386a

66 S obzirom na to da bi se krivično gonjenje za ova dela vodilo prema aktivnom personalnom principu prostornog važenja našeg krivičnog zakonodavstva (član 8 stav 1 KZ), postavlja se pitanje ostvarenosti uslova kažnjivosti dela prema zakonu zemlje u kojoj je delo učinjeno (član 10 stav 2 KZ). Kako u većini zemalja slično ponašanje nije inkriminisano, ovaj zahtev ne bi bio ostvaren. Ipak, kako do gonjenja svedeno može doći u slučaju odobrenja republičkog javnog tužioca ili „ako je to predviđeno potvrđenim međunarodnim ugovorom“, načelo dvostruke kažnjivosti ne ograničava domašaj inkriminacije, s obzirom na to da član 9 Konvencije omogućava zasnivanje nadležnosti nezavisno od ovog uslova.

„na teritoriji Srbije vrbuje ili podstiče drugo lice na izvršenje tog dela, organizuje grupu ili vrši obuku drugog lica ili grupe za izvršenje tog dela, opremi ili stavi na raspolaganje opremu radi izvršenja tog dela ili daje ili prikuplja sredstva za izvršenje tog dela“ – kazniće se zatvorom od dve do deset godina. Učinilac se za ovo delo kažnjava u istom rasponu kazne „i kada lica koja organizuje nisu državljani Srbije“. Ovo krivično delo vrši se na našoj teritoriji i, bar kada se o propisanim radnjama radi, u potpunosti ostvaruje ciljeve utvrđene Konvencijom o plaćenicima. Ipak, i pored toga što je krug radnji ovog dela prihvatljiv iz ugla Konvencije, činjenica da su oblici organizovanja propisani članom 386b dovedeni u vezu sa ostvarenjem dela iz 386a – ukazuje da je opis i ovog dela neophodno preispitati.

Kako možemo zaključiti, zakonski opis čl. 386a i 386b KZ nema nikakve dodirne tačke sa pojmom plaćenika, definisanim u međunarodnom pravu uopšte, a naročito Konvencijom protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika. Reč je o potpuno proizvoljnom određenju, kakvo ne postoji u uporednom krivičnom zakonodavstvu, i koje nije uzelo u obzir moguće implikacije tako široko postavljene inkriminacije. Zbog svih navedenih manjkavosti, neophodno je da u nekom budućem periodu navedena krivična dela budu izmenjena i usaglašena sa tekstom Konvencije o plaćenicima.

Igor Vuković, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

ADJUSTMENT OF SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION TO INTERNATIONAL STANDARDS IN TERMS OF MERCENARIES IN ARMED CONFLICTS

Summary

The legal status of persons, who participate for money in armed conflicts around the globe, is one of the most topical problems of international criminal law in the XXI century. The most important international document regulating the position of mercenaries is the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, which is also signed by the Republic of

Serbia. Even before the ratification of this Convention, in 2014 in our criminal legislation were introduced two new offenses, relating to the participation and organization of participation in a war or armed conflict in a foreign country (Art. 386a and 386b of the Serbian Criminal Code). The author examines the characteristics of these offenses and concludes that despite the proclaimed reference to the Convention, the said crimes do not adopt the definition of mercenary from the Convention, laying down a broad and vague criminal zone.

Key words: *Mercenaries. – International Convention against recruitment, use, financing and training of mercenaries. – Criminal law. – Private military companies.*

MEĐUNARODNA SARADNJA

THE IRZ AND ITS CONTRIBUTION TO LEGAL HARMONISATION IN SOUTHEAST EUROPE PART 3: RECENT IMPORTANT TRAINING AND EDUCATION ACTIVITIES

1. INTRODUCTION

The last two issues of the present journal presented the IRZ in general (*Harmonius* 2012, p. 191 *et seq.*) as well as the journals co-published by the IRZ in Southeast Europe (*Harmonius* 2013, p. 359 *et seq.*). In continuation, the current issue aims to give its readers an insight into the activities of the IRZ by providing topical examples, in particular as regards the basic and further training of legal experts in Southeast Europe, followed by a presentation of the most recent IRZ publications for Southeast Europe and, finally, information as to where these publications can be found on the Internet, also with reference to the two websites “*antidiskriimianacija.info*” and “*evropskopravo.info*” set up in 2014.

2. TRAINING LEGAL EXPERTS

Regular cooperation with institutions in charge of the basic and/or further training of legal experts in the respective partner states is one of the main focuses of IRZ activities. In the author’s project area within the university area in Bosnia and Herzegovina, the two main institutions are the Law Faculty of Sarajevo, and in Serbia the Law Faculty of Belgrade. The IRZ has for some years been organising a supplementary study course on German law, in cooperation with the Law Faculty in Sarajevo, which is given in German. This study course is aimed at offering students an introduction to German law, but also to the legal

* The author is Head of the Section “South East Europe Central” (Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia).

day-to-day business in Germany, with a view to improving their opportunities of securing an assignment within the field of international legal relations with Germany or with regard to the integration of their home country into the EU upon the completion of their studies. In Belgrade, the Masters study course in EU Integration is supported and has a similar target.¹

3. FURTHER TRAINING OF LEGAL EXPERTS

The IRZ, which principally targets legal practitioners, is particularly active within the further training of legal practitioners. There is particularly intensive and regular cooperation in place within the “Southeast Europe Central” project area, encompassing Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Macedonia and Serbia, with the institutions in charge of the further training of judges and public prosecutors in these countries. In Bosnia and Herzegovina, these are the Training Centres of both entities.² in Macedonia, the Academy for Judges and Public Prosecutors.³ in Montenegro the Judicial Training Centre⁴ and in Serbia the Judicial Academy.⁵ Here topical issues according to current needs are covered, with a focus on the practical application of law. Furthermore, classes are offered in German legal terminology and training for other legal professions, such as attorneys-at-law. The range of further training is supplemented by conferences and congresses as well as internships for different legal professions. The following is a brief outline including some examples from the past two years showing the wide range of themes covered by these activities.

-
- 1 Cf. <http://pogestei.ius.bg.ac.rs/> and as an example of the many activities of the study course e.g. the report “Serbian law students enjoy study trip to EU institutions” at http://www.norveska.org.rs/News_and_events/News-and-events1/Serbian-law-students-enjoy-study-trip-to-EU-institutions/#.VFUQ5hZATBY and <http://www.prva.rs/web-tv/info/tacno1/14798/tacno-1---21102014/45185/master-evropskih-integracija.html>.
 - 2 Cf. for the FBiH Education Centre: www.fbih.cest.gov.ba and that of RS <http://www.rs.cest.gov.ba/>.
 - 3 See <http://www.jpacademy.gov.mk>.
 - 4 Cf. <http://en.sudovi.me/cenp/about-us/>.
 - 5 Cf. <http://pars.rs/>.

3.1. Bosnia and Herzegovina

One of the most prominent events in the IRZ's project work in Bosnia and Herzegovina in 2014 was the conference on the new property law in the Federation.⁶ This is an example for the support of an effective and expedient implementation of a long awaited law since the new act relating to rights *in rem* of the Federation of Bosnia and Herzegovina has been expected for years and entered into force (as late as) in 2014.⁷ In effect, this removes certain relics of Socialism in this important field of law (important also in economic terms), and on the other hand it also takes over legal institutions from German and Austrian laws, resulting in an equally great demand for information regarding the relevant legal practice in these countries. Only two days after this law had entered into effect on 7 March 2014, the IRZ managed to organise the well-attended conference "The New Property Law in the Federation of Bosnia and Herzegovina" in cooperation with its co-organisers, the Law Faculty of the University of Sarajevo and the Regional Austrian Cooperation Office in Science and Culture. This conference covered in particular the German, Austrian and Croatian experiences with the new legal institutions of the Federation of Bosnia and Herzegovina. The international speakers were *Mr Andreas Luckow* of *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* (Association of German covered bond banks) in Berlin, *Professor Dr Tatjana Josipovic* of the Law Faculty of the University of Zagreb and *University Professor Mag. phil. Mag. Dr iur. Tomislav Boric* of the Law Faculty of the Karl Franzens University of Graz. Furthermore, the Director of the Open Regional Funds for Southeast Europe, Legal Reform of GIZ, *Mr Christian Athenstaedt*, gave an overview of the advice provided by his organisation in Bosnia and Herzegovina as regards commercial law, in particular property law, reform. The representative of the German Embassy, *Mr Christian Reissmueller*, highlighted the good cooperation of different German organisations and their Austrian colleagues in his address.

6 Further information can be found in the report "Održana konferencija „Novo stvarno pravo u Federaciji Bosne i Hercegovine“" at http://unsa.ba/s/index.php?option=com_content&task=view&id=1845 as well as in the report "Federation of Bosnia and Herzegovina: Conference dealing with the new Property Law" at <http://irz.de/index.php/en/bosnia-and-herzegovina>.

7 The author who was trained in German law dispenses with a differentiation between the entry into force and the application of provisions.

After all, this shows the great significance which these organisations attach to the setting-up of a system according to the principles of a constitutional state (*Rechtsstaat, pravna država*) in their country. All speakers emphasised the importance of the Act; however, they also pointed out that this Act should have been adopted years ago. The event, which also generated broad media coverage, is another milestone in the long-standing successful cooperation between the IRZ and the Law Faculty of Sarajevo.

Some months earlier, on 20 November 2013, the series of events headlined “Days of German Law in Bosnia and Herzegovina” celebrated its fifth anniversary. Once a year this deals with issues relating to German law and its reception as well as European law and is organised by the IRZ in cooperation with the German-Bosnian-Herzegovinian Lawyers’ Association BHJV in addition to an alternating law faculty from one of the country’s universities. After the Federation of Bosnia and Herzegovina had previously hosted the conference, in 2013 the host was the Law Faculty of the University of Pale in Republika Srpska. The topic of the event was the civil and public law aspects of anti-discrimination law. It was opened by the Dean, *Prof. Dr Prof. Dr Milan Tomic*, and the IRZ, and there followed welcome addresses by the Permanent Representative of the German Embassy in Bosnia and Herzegovina, *Mr Adran Pollmann*. He pointed out that this series of events illustrates German bilateral support for the transformation of law in Bosnia and Herzegovina, which has been ongoing for half a decade. The speakers were *Prof. Dr Goran Markovic*, *Prof. Dr Dijana Marković-Bajalović*, *Prof. Dr Ranka Račić*, *Prof. Dr Jasminka Gradašević-Sjierčić*, *Prof. Dr Meliha Povlakic*, *Prof. Dr Zlatan Meškić*, as well as the bilingual German attorneys-at-law *Dr Karolina Mihaljevic-Schulz*, Berlin, and *Doc. Dr Darko Samardžić*, Hanover. Emphasis was repeatedly placed on the fact that this event focused exclusively on legal aspects, whereas the anti-discrimination law in Bosnia and Herzegovina is usually discussed in a political context. This facilitated a factual discussion even of controversial topics among the participants, comprising law experts from all ethnic groups of the country. As all the speakers, including those from Germany, spoke the local language, a spontaneous and direct discussion was possible without the need for interpreters.

3.2. Macedonia

The IRZ cooperates closely with the European Court of Human Rights in the Western Balkans, issuing publications on the ECHR and the case law of the ECtHR translated into the respective national languages which are thereupon presented with publicity effect in cooperation with the respective national project partners of the IRZ and are additionally posted by the ECtHR on its homepage.

The most recent activity in this context involved the Macedonian versions of the “*Führer zu Art. 5 EMRK*” (guide to Art. 5 ECHR) and the “*Forschungsbericht über die positiven Verpflichtungen gemäß Art. 10 EMRK*” (Research Report on Positive Commitments pursuant to Art. 10 ECHR) set up by the IRZ. These were presented at an event on 24 October 2014 which was organised by the IRZ in cooperation with the ombudsman, the Bar Association and the Academy for Judges and Public Prosecutors and generated broad media coverage.⁸ The Macedonian Judge at the European Court of Human Rights, *Dr Mirjana Lazarova Trajkovska*, gave a presentation which dealt with the topical issue “The Case Law of the European Court of Human Rights with Regard to the Freedom of Expression and the Internet”, which was well received and was followed by a lively discussion. The event was opened with a welcome address by the German Ambassador *Dr Christine D. Althaus*. The other speakers were the Deputy Ombudswoman, *Ms Vaska Bajramovska-Mustafa*, the Deputy President of the Bar Association, *Mr Boro Tasevski*, and *Mr Donche Boskovski*, a Council of Europe project member. The presented publication is an addition to the publications issued by the IRZ in the Macedonian language until now.

8 Some links to press articles related to the promotion written in Macedonian are http://www.dw.de/%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5-%D0%B1%D0%B0%D1%80%D0%B0%D0%B0%D1%82-%D1%86%D0%B5%D0%BB%D0%BE%D1%81%D0%BD%D0%B0-%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D1%83%D0%B4%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0-%D0%BE%D0%B4-%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B1%D1%83%D1%80/a-18022744?maca=maz-rss-maz-pol_makedonija_timemk-4727-xml-mrss (Deutsche Welle) and <http://www.mia.mk/mk/Inside/RenderSingleGalleryTest/132342264/1?month=10&year=2014&day=24&desc=0> as well as <http://www.mia.mk/mk/Inside/RenderSingleNews/380/132342144#> (both Macedonian New Agency MIA).

These include, *inter alia*, a translation of the German Code of Criminal Procedure (*StPO*), which is provided with an introduction adapted to the legal situation in Macedonia, highlighting the advantages of rules of procedure oriented towards Continental Europe.

Macedonia, however, was also the venue of regional events organised by the IRZ.

One example is the regional conference “Judicial Ethics and Fight against Corruption in the Judiciary: Comparative Experiences and Common Challenges”, which the IRZ organised in cooperation with the German Association of Judges and the Macedonian Academy of Judges and Public Prosecutors in Skopje, Macedonia, on 14 and 15 November 2013. One of the results of the presentations and discussions was that both the states of Southeast Europe and Germany want to increase trust in the judiciary by strengthening judicial ethics and by preventing and combating corruption. However, they differ not only as regards their point of departure but also in the way they approach this issue. Nevertheless, these very differences gave rise to a particularly fruitful dialogue. The German Ambassador *Ms Gudrun Steinacker* gave a welcome address at this event, which was attended by judges as well as by representatives of the further training institutions for judges and public prosecutors from Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro and Serbia. The speakers were the Judge at the Macedonian Supreme Court (ret.) *Ljubinka Muratovska-Markovska*, the Director of the Academy and Head of the Macedonian GRECO Delegation, *Aneta Arnaudovksa*, her German counterpart, *Marcus Busch* of the Federal Ministry of Justice, as well as the Vice-President of the German Association of Judges, the Judge at the Higher Regional Court, *Andrea Titz*. The event focused, among other topics, on the evaluation of the judiciary by GRECO (Groupe d’Etats contre la Corruption), which will soon be carried out in Macedonia and Germany.

The presentations and contributions to the discussions showed that judicial ethics is understood as a compulsory system of rules in the transformation states and one that is reinforced by sanctions. In Germany, an extensive codification of ethical rules of conduct is viewed with scepticism. The judges and public prosecutors of the transformation states are committed to disclosing their financial situation, and they are forbidden to engage in any political activities. This was substanti-

ated by one of the discussants with regard to the “mental condition” prevailing in these societies. This condition, the speaker continued, was characterised by great national, religious and political sensitivities in the states of former Yugoslavia. Against this background, he concluded, an explicit political activity of judges might be detrimental to the reputation of the judiciary, which is in any case still struggling to establish its credibility. Cases of corruption in the judiciary were not denied by some discussants. However, it should not be concluded from this that the whole judiciary was steeped in corruption. After all, it was stated, it was the individual personality of a judge that mattered.

Furthermore, a publication was presented which deals with the theses on judicial ethics and exemplary cases drawn up by the respective working group of the Association of Judges in Macedonian and Bosnian-Croatian-Serbian translations. This publication gives the judges from the region the opportunity to deal with these materials and the related German discussion independently.

3.3. *Montenegro*

Most IRZ activities with regard to Southeast Europe also take place in the respective states. However, in those cases where a direct insight into the German practice is necessary, working visits to Germany are also organised. As the participants in such visits will no doubt confirm, there is always an intensive and busy programme awaiting them. This also applies to the different delegations of notaries from Montenegro who came on working visits to Bonn and Cologne in 2014, jointly organised by the *Rheinische Notarkammer* (Chamber of Notaries of the Rhine district), the Chamber of Notaries of Montenegro and the IRZ. These visits took place within the context of a long-standing partnership between the notaries of the Regional Court District of Bonn and notaries in Montenegro, both Bonn and Montenegro having approximately the same number of notaries⁹ and comparable population sizes. It should be pointed out that this partnership was initiated by the notaries' associations involved. Its main focus is the support of the notary system established in Montenegro three years ago through an exchange of experience between practitioners. The varied pro-

9 Another figure in this context is the fact that the IRZ has slightly more employees than the number mentioned in the notary districts, i.e. slightly above fifty.

gramme of the second group, headed by the Deputy President of the Montenegrin Chamber of Notaries, *Darko Curic*, and accompanied by the Head of the Notary Division of the Montenegrin Ministry of Justice, *Jadranka Vuckovic*, in October 2014, included a visit to the Regional Court in Bonn. The delegation was welcomed by the President of the Regional Court, *Gräfin Margarete von Schwerin*, and this was followed by a visit to the Commercial Register and the Land Register. The Judge at the Regional Court, *Walter Cuno*, gave a presentation about the “Conversion of the Commercial Register and the Land Register into e-registers”. Thereupon the delegation visited the IRZ, where it was welcomed by IRZ Director *Dirk Mirow*. At this meeting, the group learnt about the experience and role of the IRZ during the transformation of law in Southeast Europe in general and in the field of the notary system in particular. The Montenegrin delegation also visited a notary’s office, where it obtained detailed information about office organisation and different procedures, with electronic communication in the focus of interest here as well. At the premises of the *Rheinische Notarkammer* (Chamber of Notaries of the Rhine district), the delegation then discussed the function, organisation and work procedures of a chamber of notaries. The programme was rounded off by a presentation on the topic “Drafting and Processing of Property Development Contracts”, given by the Bonn-based notary *Dr Hanns-Jakob Pützer*, who is also the initiator of the partnership.

The working visit by the Montenegrin notaries was not a “one-way street”, since it also provided the opportunity for the German participants to obtain information about current trends and problems inherent in Montenegro’s notary system. Hence they learnt that with the upcoming reform of the law on non-disputed proceedings in Montenegro (which corresponds to the *FGG-Verfahren* (procedure pursuant to the law of voluntary jurisdiction)). The jurisdiction for composition proceedings is to be transferred to the notaries. This is why there is considerable need for training in this field. Furthermore, a reform of company law is under preparation. It is not yet settled in this regard whether notaries are to be made competent for capital company matters as well – something which would definitely contribute to an increase in legal certainty in this important area.

3.4. Serbia

Another example for regional activities is the regional conference on the “Protection of the Right to Freedom and Security and the Ban on Torture” organised jointly by the Serbian Constitutional Court and the IRZ in the Serbian city of Zlatibor in June 2014. Apart from the judges of the hosting Serbian Constitutional Court and its President, *Ms Vesna Ilic Prelic*, the conference participants included the Presidents of the Constitutional Courts of Bosnia and Herzegovina, *Ms Valerija Galic*, of the Federation of Bosnia and Herzegovina, *Dr Katja Senjak*, of the Macedonian Constitutional Court, *Ms Elena Goseva*, and of the Montenegrin Constitutional Court, *Ms Desanka Lopivic*. Further participants comprised judges from the above-mentioned courts and academic staff members of the Serbian Constitutional Court. The conference focused on an intensive exchange regarding the individual case law of the participants’ countries. In addition, the former judge at the German Federal Constitutional Court, *Dr Dieter Hömig*, and the present Macedonian judge at the ECtHR, *Dr Mirjana Lazarova Trajkovska*, gave introductions into the relevant case law of their own courts. The discussion focused on the violation of human rights by unlawful pre-trial detention orders. The attending Constitutional Court judges from Southeast Europe unanimously criticised the fact that in many of the region’s states pre-trial detention orders are issued too quickly, although the mandatory legal requirements are not fulfilled, and that they are substantiated in a very formulaic way. Some participants also expressed their concern about the danger of relativizing the absolute ban on torture as a consequence of voices in American literature which consider preventive torture, for instance in the fight against international terrorism, to be admissible. It was pointed out with regard to the relationship to the ECtHR that the Constitutional Courts of the region are aware of its decisions and also quote them in their judgements. However, this is not enough for effective protection of citizens’ rights in this state, as such legal protection is not only dependent on the Constitutional Court. Therefore, it is important for the ordinary jurisdiction to follow the decisions of the national Constitutional Courts and the ECtHR, and as the President of the Serbian Constitutional Court, *Ms Vesna Ilic Prelic*, put it in her conclusion, it is important “for the ordinary courts to start thinking like Constitutional Courts”.

4. PUBLICATIONS

To complete the picture, in addition to the aforementioned translations dealing with the ECHR and the case law of the ECtHR, reference should also be made to some recent IRZ publications in Southeast European languages. Through the publication of books and journals, the IRZ has long supported regional exchange, but also familiarity with German law in Southeast Europe. The latter is achieved thanks, *inter alia*, to a series of publications providing translations (complete with commentaries) of German laws and of monographs and textbooks which are also of interest in these states. In this context the following translations have so far been published, *inter alia*: the German Code of Criminal Procedure (StPO), the German “Guidelines for Criminal Proceedings and Proceedings Concerning Regulatory Offences (RiStBV)”, which govern in particular the cooperation between public prosecutors and the police, and the 10th book of the German Code of Civil Procedure (ZPO) (which contains the German law on arbitration), but also provisions covering the laws of the German Federal States, such as the Bavarian Law Examination Rules (JAPO). Other publications include textbooks on European law, a volume of lectures on administrative law and administrative jurisdiction as well as a monograph by the former President of the Federal Constitutional Court, *Professor Dr Jutta Limbach*, and another constitutional monograph by *Professor Dr Hans Vorländer*. A Bosnian-Croatian-Serbian (BCS) translation of the German insurance contract law (VVG) has now been issued within these activities. Hence, the text of this German law is now also available in a language that is spoken by most law professionals in the successor states of the former Yugoslavia. Furthermore, a detailed introduction which also refers to the law of the region provides for an easier understanding of the text of the German law by regional readers. (Authors: *Dr Slavko Djordjevic*, a German-speaking professor at the Law Faculty of Kragujevac, Serbia, and *Dr Slavko Samardzic*, a German lawyer with a Serbian background.) The former President of the Serbian Insurance Law Association, *Professor Dr Jovan Slavnic*, made a contribution in which he submits some suggestions for the future regulation of insurance contracts in Serbian law based on German law. This provides an important contribution to the discussion of the statutory regulation of this field of law, which is also being conducted in the context of the considerations for the creation of a uniform code

of civil law in these states. There is a foreword by the Chairman of the Executive Board of the German Insurance Association GDV, *Dr Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth*, and by the acting President of the Serbian Insurance Law Association, *Professor Dr Slobodan Jovanovic*. The publication is part of the IRZ's long-standing cooperation with the above-mentioned Serbian Association in the field of insurance law, which the GDV regularly supports with speakers.

But also the publication of law journals which have already been presented within this journal continued. The 1/2014 issue of *Nova Pravna Revija – Casopis za domace, njemacko i evropsko pravo* (*Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für regionales, deutsches und europäisches Recht* or *NPR* (new judicial survey – journal for regional, German and European law)), which is published as a joint Bosnian-Herzegovinian-Serbian project, but also provides a platform for authors from other Southeast European states, focused on the law of Bosnia and Herzegovina, which is covered in five contributions. The themes range from problems regarding service in civil proceedings, issues regarding acquisition in good faith in the case law of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina through to the possibilities for administration arrangements in insolvencies in national law. However, this issue also deals with questions of Serbian law, namely the recognition and execution of foreign notarial deeds, as well as current developments in European law. The journal furthermore contains practical information. It includes, for instance, an article which outlines in detail which sources of law and other material on European law can now be found on the internet regarding the accession of Croatia to the EU for readers from the region lacking foreign language skills. As a contribution to the current discussion in the region on this topic, examples of the administrative regulations of the Federal State of North Rhine-Westphalia with regard to the official appraisal of judges are given in translation and annotated with reference to the standards in the region. It becomes especially clear in this context that in Germany, in contrast with the countries in the region, it is not so much the number of processed cases and the duration of proceedings which are assessed but rather the soft skills of the individual judges. This could be due to the fact that the image of a judge in Southeast Europe apparently still differs significantly from that in Germany. The broad spectrum of the journal, as outlined above, is similarly completed in this issue with book reviews and event reports.

The journal “*Evropsko Pravo*” (European Law, or EP) is published by the IRZ in Macedonia. Its choice of topics is more specific than NPR, but it is as committed in its outlook and as content-rich. The 1/2014 issue contains contributions regarding European investigation order, the consumers’ right to revoke a contract, European standards on freedom of expression and the European banking union. It also deals with the question as to whether a codified European administrative procedure can be put into practice or must remain a dream. The section “European Human Rights and the Case Law of the ECtHR” furthermore outlines the role of the judicature of the Strasbourg Court for the national courts. This publication also comprises a comprehensive service section with book reviews. This journal is published in Macedonian, but there are many authors from other states in the region and also from Germany who work for it. Hence the journal is not only “European in its contents” but it is also produced by a “European team”. This also includes the publication of translations of articles published in German journals which are also of interest to readers in Southeast Europe. In this context, the IRZ benefits from its strong membership network in Germany. The current EP issue also contains translations of contributions which were published in German in “*Deutsche Richterzeitung*” (German journal for judges) by *Deutscher Richterbund* (German Association of Judges) as well as in “*Anwaltsblatt*” (German journal for attorneys-at-law) by *Deutscher Anwaltverein* (German Bar Association).

5. ACTIVITIES OF THE IRZ ON THE INTERNET

The above-mentioned IRZ publications are widely available and can also be downloaded from the websites of the IRZ’s project partners, such as the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina,¹⁰ the Belgrade scientific database SINGIPEDIA¹¹ and the Southeast European HARMONIUS network of law professionals.¹²

In 2014, the project division for Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia also started to set up its own websites providing IRZ publications in the languages of the region along

10 See <http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307>.

11 See <http://www.singipedia.singidunum.ac.rs/content/3214-nova-pravna-revija>.

12 See <http://www.harmonius.org/>.

with further information in a regionally appropriate thematic context. The first one was the homepage of the “Implementation of the European Anti-Discrimination Standards” project, which was set up using funds for the promotion of human rights supplied by the German Foreign Office.¹³ This website gives essential information about this project both in the local language and in German. It also incorporates other information in Bosnian, Croatian, Montenegrin and Serbian, including reports and media coverage relating to various activities carried out within the framework of the project. The publication “*Praxisorientierte Einführung zu den europäischen Antidiskriminierungsstandards*” (*Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije*) (practical introduction into the European anti-discrimination standards) can also be downloaded from the site.¹⁴ Links are also available to the texts of the anti-discrimination legislation of the regional states as well as other useful information, including ECtHR videos with instructions for lodging complaints with the ECtHR.

Other IRZ publications in the languages of the region can be found at <http://evropskopravo.info/>. Strictly speaking, this is “only” the homepage of the Macedonian journal on European law published by the IRZ. Hence, all issues of this journal can be downloaded there.¹⁵ As not all readers always want to download the entire journal, it is also possible to download individual articles. Readers with a command of German can also download individual tables of contents, prefaces and abstracts of articles in German translation and gain an idea of the content and scope of the journal.

The website also contains every volume of the book series “*Beiträge aus der Arbeit der IRZ in Mazedonien*” (contributions from the IRZ’s work in Macedonia), written in Macedonian and including presentations about administrative law and administrative jurisdiction, an introduction to European law and a Macedonian translation of the German Code of Criminal Procedure (StPO) with an introduction (complete with commentary) geared to the situation in Macedonia. There are also publications about the ECHR in Macedonian issued by the IRZ. The section “*Publikationen der IRZ in anderen südosteuropäischen*

13 See <http://antidiskriminacija.info>.

14 See <http://antidiskriminacija.info/index.php/ba/2013-12-20-07-51-39>.

15 See <http://evropskopravo.info/de/EP/Journal/Index/c6df5216-bc16-4fac-b62b-4e54372d9290>.

Sprachen” (IRZ publications in other Southeast European languages), which is constantly being added to, currently provides a translation of the German insurance contract law (VVG), again with an introduction tailored to the region (*Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona*), and translations of the Guidelines for Criminal Proceedings and Proceedings Concerning Regulatory Offences (RiStBV) (*Uputstva za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom*) and of the German Code of Criminal Procedure (StPO) (*Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*). This website already constitutes a little downloadable library, a further extension to which is currently in preparation. So it is worth visiting the website *www.evrpskopраво.info* every once in a while.

What is more, the IRZ homepage¹⁶ provides a large range of information materials in various languages, for instance Russian translations of German provisions about the law on the advocacy, building law, insolvency law, law on notaries, insurance law and law on competition.¹⁷

This website furthermore contains the annual reports of the IRZ in German and English.¹⁸ the regular country-specific progress reports from the journal *WiRO – Wirtschaft und Recht in Osteuropa* (Journal on economy and law in Eastern Europe)¹⁹ and specialised contributions by employees and experts of the IRZ issued in this journal.²⁰ Another subsection²¹ provides papers by employees and experts of the IRZ issued in other publications. Last but not least, the website contains press reports about the work of the IRZ,²² which were published in such highly-acknowledged publications as “*Süddeutsche Zeitung*” (Southern German journal) or “*Deutsche Richterzeitung*” (German journal for judges) and in the broadcasting programme of *Deutsche Welle*.

16 See <http://irz.de/index.php/en/downloads>.

17 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/7-russische-uebersetzungen>.

18 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/5-jahresberichte>.

19 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/19-taetigkeitsberichte-in-der-fachzeitschrift-wirtschaft-und-recht-in-osteuropa-wiro-verlag-c-h-beck-muenchen>.

20 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/20-weitere-veroeffentlichungen>.

21 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/28-diverse-veroeffentlichungen>.

22 See <http://irz.de/index.php/en/downloads/category/8-medienberichte>.

6. CONCLUSION

The activities of the IRZ in Southeast Europe are a work in progress, just like the transformation of the law in this region. Constant changes make it necessary to adapt continuously, and for this reason the current article can provide no more than a snapshot. However, there are also constants. These are, on the one hand, the financial support for the respective activities with funds from the Federal Government (Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, Foreign Office), and on the other hand the committed work of IRZ employees in Germany and in the region. An essential prerequisite for achieving the results outlined above, however, is the cooperation of the project partners in the region in the true spirit of partnership. This spirit of partnership is the driving force behind such cooperation. Unfortunately, it is not possible to mention any names here for lack of space. But those who are meant will certainly know who they are. The approximation to the EU is a joint task, involving the cooperation of both those who are already members and those who are striving to become members. If we succeed in this, we will rightly be in a position to say: “We are making progress every day and in every way”.

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 glavnom uredniku (*hadzimanovic@mpipriv.de*).

Glavni urednik 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. 2012⁵).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćunica „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 skraćunica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Povelakić, „Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSSR)*, 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. fn.* (broj fusnote u kojoj se delo prvi put navodi) i broj strane.

Primer: M. Povlakić, *op. cit. fn.* 4, 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. fn.* 45, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Povlakić, *op. cit. fn.* 4, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit. fn.* 45, 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 dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

9. **Član, stav i tačka propisa** označava se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12, itd.

10. Navođenje **sudskih odluka** treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge **strane reči**, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

12. Citiranje tekstova s **interneta** treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanu kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: J. Basedow *et al.*, „Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?“, <http://faz.net/-019m8q>, 24.5.2007.

13. Inostrana imena se transkribuju na latinici na srpskom jeziku ili drugom jeziku ovog govornog područja kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu njihovo prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (*Gaudemet*).

14. Za „videti“ koristi se 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 (*hadzi-manovic@mpipriv.de*).

The Editor-in-Chief will, under normal circumstances, inform the authors of the Editorial Board's decision within two months after the receipt of the submission. Articles are accepted for review on the understanding that they are not being considered concurrently by any other journal and that there is a serious commitment to publication.

Articles should not normally exceed 28,000 characters in length; therefore, a precise character count should be included with each article submitted.

An abstract of the article of maximum 100–150 words should be included together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes. The whole text, including references and abstracts, should be double-spaced and presented on one side of the paper only, with margins of at least one inch on all sides. Pages should be numbered consecutively throughout the paper. Authors should also supply a shortened version of the title, not exceeding 50 character spaces, suitable for the running head.

The title should be centered, in bold caps, font size 14. Subtitles should be centered on pages, recto and numbered (for example, 1.1., 1.1.1. etc.).

Authors are requested to ensure that their articles follow the editorial style and format adopted by the periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*. The citation format that is in line with the 19th edition of *The Bluebook: A Uniform system of Citation* – is also acceptable (*www.legalbluebook.com*). The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the law review's style and format.

The Members of the Editorial Board do not hold themselves liable for the views expressed by the contributors.

REFERENCE STYLE

1. **Books:** first letter of the author's name (with a full stop after it) and the author's last name, title written in verso, place of publication in recto, year of publishing. If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others). The publisher's location should not be followed by a comma. If the publisher is stated, it should be written in recto, before the publisher's location.

Example: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001.

1.1. If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 2001²).

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. Povelčić, "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 2010³.

4. **Repeated citations to the same author** should include only the first letter of his or her name, the last name, *op. cit.* fn. (number of the footnote of the first citation), and the page number.

Example: M. Powlakić, *op. cit.* fn. 4, 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.* fn. 45, 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.* fn. 4, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.* fn. 45, 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.

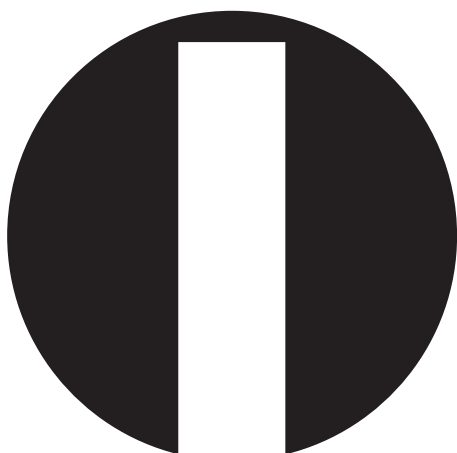
12. Citations of webpages, websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

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
Nataša Hadžimanović. – 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



9 772334 656000