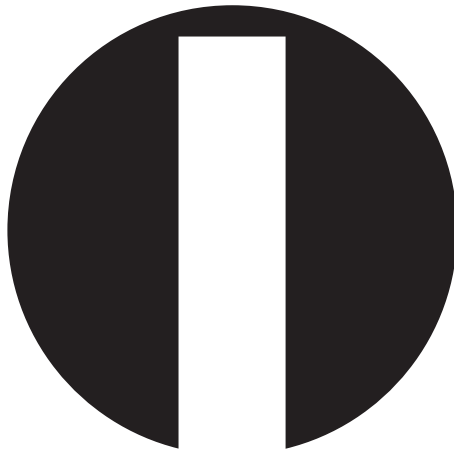




2016
HARMONIUS
Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: Bettina Mia Bujnakova (Maks Plank Institut, Hamburg, Nemačka)

Urednici: Mirjana Radović, Milena Đorđević, Nenad Tešić

Uređivački odbor: Vanja Bajović, Slavko Đorđević, Hano Ernst, Lazar Jovevski, Balša Kaščelan, Svetislav Kostić, Zlatan Meškić, Bojan Milisavljević, Emilia Mišćenić, 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 Povlakić, Oliver Remien, Hannes Rösler

Sekretar: Filip Bojić

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

Dizajn: Peđa Hadžimanović

Štampa: Dosije studio, Beograd

Tiraž: 200

Godina: V, br. 2016, izlazi jednom godišnje



HARMONIUS | Akademija za pravne studije

in cooperation with:

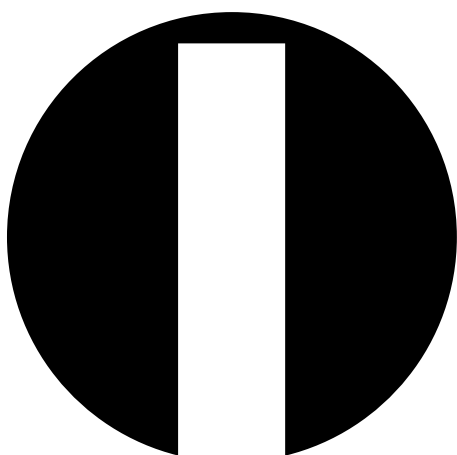
DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



www.harmonius.org

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe



2016

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

2016 • HARMONIUS • Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

Glavni urednik: Bettina Mia Bujnakova

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, Emilia Mišćenić, 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 Povlakić, Oliver Remien, Hannes Rösler

Sekretar: Filip Bojić

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

Dizajn: Peđa Hadžimanović

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

Tiraž: 200 primeraka

ISSN 2334-6566

Godina: V, br. 2016, izlazi jednom godišnje

SADRŽAJ

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

NAUČNI ČLANCI I RASPRAVE

Milica Arsić

ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION.....	17
--	----

Valentina Cvetković-Dorđević

VRŠENJE POSLA U TUĐEM INTERESU KAO PRETPOSTAVKA PRIMENE POSLOVODSTVA BEZ NALOGA	32
---	----

Snežana Dabić

MOGUĆNOST ODRICANJA OD DEJSTAVA OSUJEĆENJA ODLOŽNOG USLOVA	48
---	----

Žarko Dimitrijević, Novak Krstić

UTICAJ NASLEDNIKA NA TOK I TROŠKOVE IZVRŠNOG POSTUPKA NAKON SMRTI IZVRŠNOG DUŽNIKA.....	67
--	----

Dalibor Đukić

REGISTRACIJA VERSKIH ORGANIZACIJA – NOVE TENDENCIJE U REGIONU	83
--	----

Zoran Jovanovski

UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA MEĐUNARODNE BEZBEDNOSNO-PRAVNE PROPISE	99
--	----

Svetislav V. Kostić

NAČELO FAKTICITETA U SRPSKOM PORESKOM PRAVU ..	112
--	-----

Milorad Marković, Ilija Vukčević

KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U NORMI I PRAKSI – PRIMJER CRNE GORE	130
---	-----

Dejan Mickovik, Angel Ristov

THE REFORMS OF THE INHERITANCE LAW IN THE PROCESS OF CODIFICATION OF THE MACEDONIAN CIVIL LAW	149
---	-----

Miloš Milošević

USAGLAŠENOST ČL. 10, ST. 2, TAČ. 3 ZAKONA O POREZU NA DODATU VREDNOST SA KOMUNITARNOM REGULATIVOM.	170
---	-----

Emilia Mišćenić

CROATIAN CASE “FRANAK”: EFFECTIVE OR “DEFECTIVE” PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS?	184
---	-----

Andrea Nikolić

NEZAVISNOST I NEPRISTRASNOST ARBITARA U UPOREDNOM ARBITRAŽNOM PRAVU SA POSEBNIM OSVRTOM NA IBA ETIČKA PRAVILA	210
---	-----

Mirjana Radović

TEKSTUALNA FORMA („PISMENO, NA PAPIRU ILI DRUGOM TRAJNOM NOSAČU PODATAKA“) U SRPSKOM I UPOREDNOM PRAVU	233
--	-----

Marko Stanković

EKONOMSKA PRAVA U USTAVNOM SISTEMU SRBIJE: PRAVO NA RAD	253
--	-----

Lidija Šimunović

CESIJA IZNOSA IZ AKREDITIVA	268
-----------------------------------	-----

Nenad Tešić

O „IZUZETNOSTI“ DUGA ZA STRUJU	293
--------------------------------------	-----

Igor Vuković

KRIVIČNA ODGOVORNOST UZBUNJIVAČA	320
--	-----

MEĐUNARODNA SARADNJA

Kremena Ehrmann, Stefan Pürner, Patrick Schneider

THE IRZ: INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN EUROPE, NORTH AFRICA AND BEYOND	349
UPUTSTVO ZA AUTORE	358
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	362

TABLE OF CONTENTS

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

ARTICLES

<i>Milica Arsić</i>	
ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION.....	17
<i>Valentina Cvetković-Đorđević</i>	
BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S INTEREST AS AN ASSUMPTION OF NEGOTIORUM GESTIO APPLICATION.....	32
<i>Snežana Dabić</i>	
THE WAIVER OF CONDITION PRECEDENT	48
<i>Žarko Dimitrijević, Novak Krstić</i>	
THE INFLUENCE OF INHERITORS ON THE COURSE AND THE COSTS OF ENFORCEMENT PROCEDURE FOLLOWING THE DEATH OF THE ENFORCEMENT DEBTOR.....	67
<i>Dalibor Đukić</i>	
RECOGNITION OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS – NEW TRENDS IN THE REGION.....	83
<i>Zoran Jovanovski</i>	
IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON THE INTERNATIONAL SECURITY AND LAW REGULATIONS.....	99
<i>Svetislav V. Kostić</i>	
THE SUBSTANCE OVER FORM DOCTRINE IN SERBIAN TAX LAW.....	112

Milorad Marković, Ilija Vukčević

CRIMINAL LEGAL PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION IN LAW AND PRACTICE – AN EXAMPLE OF MONTENEGRO	130
---	-----

Dejan Mickovik, Angel Ristov

THE REFORMS OF THE INHERITANCE LAW IN THE PROCESS OF CODIFICATION OF THE MACEDONIAN CIVIL LAW	149
---	-----

Miloš Milošević

THE COMPLIANCE OF ART. 10(2)(3) OF THE VALUE-ADDED TAX LAW WITH COMMUNAUTAIRE REGULATIONS	170
---	-----

Emilia Mišćenić

CROATIAN CASE “FRANAK”: EFFECTIVE OR “DEFECTIVE” PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS?	184
---	-----

Andrea Nikolić

INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF ARBITRATORS IN COMPARATIVE ARBITRATION LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO IBA RULES OF ETHICS	210
---	-----

Mirjana Radović

TEXTUAL FORM (“IN WRITING, ON PAPER OR ANOTHER DURABLE MEDIUM”) IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW	233
--	-----

Marko Stanković

ECONOMIC RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF SERBIA: RIGHT TO WORK	253
--	-----

Lidija Šimunović

AN ASSIGNMENT OF PROCEEDS FROM A LETTER OF CREDIT	268
--	-----

Nenad Tešić

ON “UNIQUE NATURE” OF ELECTRICITY DEBT	293
--	-----

Igor Vuković

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR WHISTLEBLOWING	320
---	-----

INTERNATIONAL COOPERATION

Kremena Ehrmann, Stefan Pürner, Patrick Schneider

THE IRZ: INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN EUROPE, NORTH AFRICA AND BEYOND	349
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN SERBIAN	358
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN ENGLISH	362

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 2016. 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 seventeen articles on important topics, all of which present contributions to the international Conference “(Ne)moć prava u odnosu na (sve)moć zakonodavca / The Controversy of Legislators’s “Omnipotence” and “Weakness” of the Law”, with participation of professors and young scholars from Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia. This Conference is organized by the Harmonius Association in cooperation with Judicial Academy and takes place in Belgrade (Serbia) on December 9th, 2016. Last but not least, the section on international cooperation includes an important article by the IRZ on its contribution to the legal harmonization in the region.

Members of the Editorial Board are particularly grateful to the IRZ – *Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V.*, for the continuous support to the publication of this journal. We are also indebted to the distinguished professors and scholars who, despite their busy schedules, accepted to review the articles submitted for this issue. In addition to that, the Editorial Board wishes to thank all the contributors without whom the publication of this issue would not have been possible. We believe that the contributions to this issue will be of ample interest to the wide-ranging public in South East Europe. We also hope that this issue will enhance interest in publishing in this journal in the future, and that it will continue to attract authors from numerous jurisdictions, thus leading to the full accomplishment of our mission.

Editors

PREFACE BY THE IRZ

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 5th volume of the journal. Like in the past, it covers a wide range of topics related to European Law, legal harmonisation and international best practices in law.

The IRZ would also like to thank the HARMONIUS Network for good 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.

The signatory also wishes to express, once again, 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 "Exampels of IRZ`s activities in

The IRZ and its Contribution to Legal Harmonisation in Present and Future EU Member States" 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

Milica Arsić, LL.B.*

ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

The article covers the most important aspects of the anti-suit injunction in international arbitration in the view of the author. These include questions of power of the arbitral tribunals to grant these measures, enforcement and the form of the decision and their relative value when compared to other mechanisms for protecting the arbitration agreement. The brief overview of the practice in certain systems is provided, as well as some recommendation as to how to proceed when faced with this type of a request.

Key words: *Anti-suit injunction. – Provisional measures. – International arbitration. – ICSID arbitration. – Brussels I Regulative.*

1. INTRODUCTION

Raising a claim before a national court in a presence of a valid arbitration clause may seem like a simple violation of the parties' agreement to have their disputes settled by an arbitral tribunal. On the other hand, countering such an act is never an easy task, for its consequences can be complicated and far-reaching. The importance of protecting rights of the parties not only by granting a decision that is just and adequate in the end, but also by balancing the reality and expectations in the course of the proceedings cannot be overstated. However, measures that can be taken in serving that ambition not only differ, but may create a set of problems on their own. This is one of the reasons why the instrument that safeguards the obligation to arbitrate in the most

* Student of Master Studies in International Business Law at Faculty of Law University of Belgrade, marsic@nko-law.com.

** The paper was awarded with second prize in the "Gašo Knežević" essay competition for the best student paper from the area of alternative dispute resolution in September 2016.

direct way should be put in the spotlight. By the same token, exploring the benefits as well as the potential pitfalls of anti-suit injunctions can prove to be sensible before deciding exactly how and when to apply them.

2. NATURE OF THE ANTI-SUIT INJUNCTION

Measures of preserving the status quo during the proceedings have heaps of different names and are interchangeably called provisional, preliminary or temporary relief, interim measures of protection or even conservatory measures.¹

Given the somewhat conservative stance on the issue at the time,² the power of the arbitrators to grant interim measures was not a question expressly dealt with when the New York Convention³ was drafted. This has changed, as tribunal's right to issue orders for the purpose of protecting parties from damage during the course of the arbitral process is established in various sources.⁴

One of the most controversial and exquisite types of orders that may be given by an arbitral tribunal is certainly the co-called anti-suit injunction, sometimes referred to as the anti-suit order.

The problem with this order promptly arises, as even the nature of this relief remains without consensus. Particularly, there is a debate as to whether it should be considered as a type of a provisional measure or its traits are more permanent and final.

-
- 1 A. Redfern, M. Hunter, *Redfern & Hunter on International Arbitration* (eds. N. Blackaby, C. Partasides), 6th ed. Oxford University Press 2015, par. 5.27; G. Hanessian, J. Mark, "Provisional Relief", *International Arbitration Checklist* (eds. G. Hanessian, L. Newman), 2nd ed. Baker & McKenzie, JurisNet LLC, New York 2009, 53.
 - 2 G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, 882; See also Swiss Cantonal Concordat, Art. 26(1) ("The public judicial authorities alone have jurisdiction to make provisional orders.").
 - 3 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958– NYC.
 - 4 See G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Belgrade 2009, 129; see also Art 17 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006 – Model Law, Art. 25 LCIA Rules; Art. 28 ICC Rules; Art. 26 Swiss Arbitration Rules.

It is usually implied in one way or the other that the anti-suit injunctions can be identified as a category of interim relief.⁵ Moreover, pursuant to the Art. 17(2)(b) Model Law that deals with interim measures,⁶ the tribunal may order a party to take action that would prevent, or to refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself. This provision is interpreted by some as precisely relating to the possibility of ordering dismissal or stay of the court proceedings.⁷ The Report of the Working Group that drafted the amendment seems to support this.⁸ However, some authors observed that seeing the anti-suit order as a form of interim measure is problematic, as in most cases the aim is to obtain a permanent denial of any alternative jurisdiction.⁹

Perhaps the best approach would be to turn back to the purpose that anti-suit injunctions really serve and that is to allow tribunal to adjudicate the case at hand without any parallel proceedings that may threaten its final decision even before it was made. All awards of the arbitral tribunal are subject to court's review in the end,¹⁰ with the additional possibility of applying the system known as the 'concurrent control'.¹¹ For example, Model Law recognizes this special mechanism under which a national court may review an award issued on the matter of the jurisdiction before the tribunal renders a final award on the merits.¹² In this sense, basing the arguments on the injunction on its classification as a temporary or a permanent decision may prove to yield more obstacles than results.

5 H. Holtzmann, J. Neuhaus, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law: Legislative History and Commentary*, 2015, par. 75; G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition Kluwer Law International 2014, 2500.

6 See Art. 17 Model Law.

7 E. Gaillard, "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators", *International Arbitration 2006: Back To Basics?* (ed. Van den Berg), ICCA Congress Series 13, Kluwer Law International 2007, 261; See also H. Holtzmann, J. Neuhaus, par. 78.

8 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session, 19 June–7 July 2006, 16.

9 See J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012, 655.

10 See Art. 34 Model Law, Art. V NYC.

11 A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.* fn. 1, par. 5.114.

12 See Art. 16 Model Law ("The jurisdictional award must be challenged within thirty days of its notification to the competent courts of the seat").

3. POSSIBLE REMEDIES FOR THE BREACH OF THE ARBITRATION AGREEMENT

The typical grounds for placing this request before a tribunal is when a party chooses to dodge the valid arbitration clause and brings a claim before a national court, blatantly ignoring the existence of an ongoing arbitration procedure.

There are only so many statements that can be made concerning international arbitration that would not be labelled a moot point. One of these rare examples is the direct effect of a valid arbitration agreement, and that is to confer jurisdiction on the arbitration tribunal to decide the dispute between the parties.¹³

Pursuant to Art. II(3) of the NYC, “*The court of a contracting state, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”. Moreover, the wording of the Model Law, which many countries recognised as a well balanced prototype for drafting their own laws on arbitration, essentially contains the same provision.¹⁴

It is well established in theory that these provisions should be interpreted as implementing both the positive side as well as the negative side to the arbitration agreement.¹⁵ Consequently, the positive aspect of the agreement requires a party to participate in the arbitral process cooperatively and in good faith, while its negative facet imposes obligation to forego litigating such disputes. On the other hand, it looks as if the same provision does not leave national courts with much space to deny a dismissal or stay of judicial proceedings in a presence of an arbitration agreement that is not obviously invalid.

However, placing certain rules, no matter how sound and legitimate they may seem, does not necessarily mean that they will be followed every single time. It is quite conceivable that after a party initially agrees to an arbitration clause (or concludes an arbitration agreement

13 See J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, 158.

14 Art. 8 Model Law.

15 G. Born (2014), *op. cit.* fn. 5, 1252.

after the dispute arose, although this scenario is less likely to occur) it changes its mind and opts for judicial resolution. The most probable cause would be that in the scope of the particular dispute the law of a certain country goes in favour of the party that avoids its obligation.

On the contrary, court's actions in the presence of the arbitration clause should be and usually indeed are more straightforward and law-abiding. A vast number of countries is a party to the NYC,¹⁶ and Model Law also proved to be a success concerning the number of states that adopted some version of its provisions.¹⁷ However, courts have not always dismissed nor stayed the proceedings when an issue concerning an arbitrable dispute already covered by an arbitration agreement was raised before them. This does not necessarily happen as a result of an omission, but simply a different interpretation of the said provisions laid down by the courts against a certain factual background. For example, especially in the United States, some courts took a position that when a dispute involves both arbitrable claims and claims that are not subject to arbitration, the litigation should proceed under the so-called "intertwining" doctrine.¹⁸ In some other countries, the courts found that entire dispute should be litigated when a dispute involves parties that have agreed to arbitrate their claims, as well as additional parties that have not done so.¹⁹ Although some of these arguments were later deemed faulty by both theory and practice, they remain a reminder that some judgements, no matter how scarce, will not always follow the intentions of the drafters.²⁰

Having all the above mentioned in mind, the question arises as to how should a party that remained true to the arbitration agreement proceed in such cases. The possibility of court reaching a decision before the arbitral tribunal in the same matter and later refusing recognition of the award on the basis that the matter has already been decided is a comprehensible threat.

16 156 countries are parties of the NYC, as of 2016.

17 Legislation based on the Model Law has been adopted in 72 states.

18 See e.g. *Gergel v. High View Homes, LLC, Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*.

19 *Dodwell & Co. v. Moss Sec.*, XIX Y.B. Comm. Arb. 615 (Australian Fed. Ct.) (1990); *Timoney Technology Limited & Anor. v. ADI Limited*, Supreme Court of Victoria (Commercial and Equity Division), Australia, 17 October 2007.

20 See also *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, New York 2012, 34.

There is the path of asking for damages a party may suffer as a consequence of the breach of the arbitration agreement. However, this path is not always an easy one to follow, given that an arbitration agreement is not an equivalent of an ordinary contract.²¹

In common law countries, damages for the breach of the arbitration agreement have been awarded and mostly represented the costs of the parallel proceeding.²² Contrary to this, in civil law the traditional view has been that forum selection clauses are procedural and do not give a right to damages for their breach.²³

In the light of this, asking for an anti-suit injunction may seem like a suitable answer for a party that hopes to avoid negative implications of the proceedings before a national court. The subsequent order of the tribunal thus usually contains a prohibition of either filing a claim in a foreign jurisdiction or proceeding with a claim that has already been filed. It is noted that tribunals mostly justified the orders stating that this sort of relief is appropriate to preserve the tribunal's jurisdiction,²⁴ or that the party carrying on litigation before a national court is doing so in bad faith or in order to harass the other party.²⁵

4. THE POWER OF THE TRIBUNAL TO GRANT THE INJUNCTION

The fundamental principles of the international arbitration allow any disputes related to the arbitration agreement to be decided by the arbitrators themselves. Therefore, the possibility to issue an anti-suit injunction can be viewed as an inherent power of the tribunal derived from its right to establish whether it has jurisdiction and to defend its right to render a decision. One way of interpretation is that if a pow-

21 See J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.* fn. 13, 159.

22 *Mantovani v Caparelli SpA*, [1980] Lloyd's Rep 375; *Paramedics Electromedica Comercial Ltda. v. GE Medical Systems Information Technologies, Inc.* F.3d 645 (2d Cir. 2004).

23 *Wells v. Entre Computer Centers, Inc.*, 5 October 1990; *Starlight Shipping Co. & Anor v. Tai Ping Insurance Co. Ltd. (Hubei Branch) & Anor*, 1 August 2007.

24 G. Born (2014), *op. cit.* fn. 5, 2501; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.* fn. 13, 362.

25 M. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd ed, Cambridge University Press 2012, 95.

er is vested into the tribunal by the arbitration agreement, than so is the jurisdiction to decide breaches of the said agreement.²⁶ The other approach emphasises the principle that requires the parties to refrain from any conduct that may aggravate their dispute.²⁷ The existence of the abovementioned Art. 17(2)(b) of the Model Law goes in favour of this view.

It is suggested that, even though the right of the tribunal to order these measures was granted by the parties themselves, anti-suit injunctions should be approached with extreme caution nevertheless.²⁸ According to some, the question of international comity arises in cases when a tribunal enjoins a party from taking legal action in a foreign jurisdiction, bringing into play matters of respect and deference toward another country's laws and court decisions.²⁹ However, others offered a different perspective: that an anti-suit injunction is in fact directed against a party to the arbitration, not technically against a national court, as it forbids the party from taking certain steps.³⁰ Similar to this, there is an angle that the parties have agreed to submit their dispute to arbitration, and an anti-suit injunction is only a mechanism to enforce the expectations of the parties.³¹ Clearly, the power of the tribunal to grant an anti-suit injunction can be defended on various grounds, making this the strongest asset of these measures.

However, does the tribunal have to establish that it has jurisdiction before granting an anti-suit injunction? The answer depends on what one deems more important: the basic nature of the injunction as a method of preserving status quo or the very special effect it has on the jurisdiction of the courts. The stance that the tribunal may order injunction before establishing the jurisdiction is present both in theo-

26 P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (eds. E. Gaillard, J. Savage), Kluwer Law International 1999, par. 388.

27 *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Request for Provisional Measures of 9 December 1983, 24 I.L.M. (1985), 365.

28 J. Waincymer, *op. cit.* fn. 9, 658.

29 P. Karrer, "Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please", *International Arbitration and National Courts, The Never Ending Story*, ICCA Congress Series no. 10 (2001), 98.

30 G. Born (2015), *op. cit.* fn. 2, 2500.

31 J. Waincymer, *op. cit.* fn. 9, 656.

ry³² and in practice³³ and this could certainly go in favour of those who claim that this measure is a type of an interim relief. On the other hand, it is only logical that the tribunal should at least determine whether it has the jurisdiction to adjudicate the case before ordering the stay of the court proceedings. It should be emphasized that the arbitrators' power to determine of their jurisdiction by no means suggests that domestic courts relinquish their power to review the existence and validity of the arbitration clause themselves. This power of the court to examine the clause at least on a *prima facie* basis remains granted by all the relevant legal sources and is widely acclaimed in theory.³⁴ Moreover, establishing the existence and the boundaries of the tribunal's jurisdiction can be very complicated in certain cases and it may give weight to those opinions that allow for ordering anti-suit injunctions even before the tribunal ruled on its own jurisdiction. However, for practical reasons, it may be more advisable for the tribunals establish whether they have the jurisdiction or not, especially because of the concerns regarding the enforcement of the order that are covered in a chapter that follows.

5. ENFORCING THE ANTI-SUIT INJUNCTIONS

There is no point in ordering a party to stay the proceedings if the order itself cannot be enforced in the country where the action was raised. There is still the possibility of the party voluntarily complying with the injunction in order to avoid negative consequences before the tribunal, but it can just as easily choose to disobey. The ICC Tribunals have occasionally ordered parties to refrain from raising a claim before a foreign court³⁵ and then some went a step further, awarding damages where a party had acted contrary to the order to refrain from pursuing action.³⁶

The reason why awarding damages in this way is not always appropriate is the fact that sometimes it can be hard, if not impossible, to

32 E. Gaillard, *op. cit.* fn. 7, 266.

33 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13.

34 See Art. II NYC; Art. 8 Model Law; A. Redfern, M. Hunter, par. 5.123.

35 Y. Derains, E. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International 2005, 108.

36 See ICC Case No. 8887 in *ICC Ct. Bull.*, Vol. 11, No. 1 (2000), 91.

quantify the damages which result from the referral of a dispute to the state courts. This is the point where the question of enforcement of the anti-suit order comes into play. No matter the stance one takes when it comes to the classification of anti-suit injunctions as interim measures, both types share a trait that may be labelled a common weakness.

Some authorities historically held that only “final” arbitral “awards” could be enforced and that “provisional” measures were by definition not final.³⁷ It was observed that recognition provisions of the NYC and the national arbitration legislation alike apply only to awards that finally determine matters submitted to arbitration.³⁸

However, notable authors suggest that perhaps the better view is that provisional measures should be and are enforceable as arbitral awards, as they are final in the sense that they dispose of a request for relief pending the conclusion of the arbitration.³⁹ Orders that grant provisional relief are different from interlocutory arbitral decisions that merely decide certain subsidiary legal issues or establish procedural timetables.

While anti-suit injunctions can be granted both in a procedural order and as an interim award, having the above mentioned in mind, it is more desirable to order the stay of the proceedings in a form of an award, for it would minimize the concerns of its enforceability. This is closely related to the question of whether the tribunal has already established that it indeed has the jurisdiction to adjudicate the case.⁴⁰ Where it is purely a temporary measure, such as a holding injunction while the tribunal determines the scope of the arbitration agreement, it can be stated that this cannot amount to an award. On the other hand, when a tribunal has made a jurisdictional determination that an arbitration agreement is exclusive, it is observed that there is no reason to shy away from rendering the injunction in a form of the award with whatever enforceability may then ensue.

37 *Michaels v. Mariforum Shipping SA*, 624 F.2d 411, 413–14 (2d Cir. 1980).

38 See *Resort Condominiums Int’l Inc. v. Bolwell*, XX Yearbook Commercial Arbitration, Queensland S. Ct. 29 October 1993, ICCA 1995, 628.

39 G. Born(2014), *op. cit.* fn. 5, 2514.

40 J. Waincymer, *op. cit.* fn. 9, 660.

6. THE APPROACH TAKEN IN CERTAIN JURISDICTIONS

The anti-suit injunction is generally viewed as a remedy that both historically and almost exclusively pertains to common law jurisdictions,⁴¹ which is sometimes explained as a consequence of a strong policy *in favorem arbitri* present in these countries.⁴² Furthermore, some jurisdictions developed particularities of their own when faced with requests for anti-suit injunction.

The case of the ICSID arbitration⁴³ is an interesting one, as tribunals have often issued anti-suit injunctions. The problem was hypothetically solved in favour of granting the requests in the very first case that was brought before the tribunal, the *Holiday Inns* case.⁴⁴ Regarding the risk that a party might turn to the national courts, the tribunal held that “...in that situation the Moroccan courts should refrain from making decisions until the Arbitral Tribunal has decided these questions or, if the Tribunal had already decided them, the Moroccan tribunals should follow its opinion”⁴⁵

Later decisions of ICSID tribunals seem to support this position.⁴⁶ However, it should be mentioned that the very nature of the ICSID arbitration is different, given that it relates to investment disputes between states that are signatures of the ICSID Convention and the investors form such states.⁴⁷ Art. 26 of the Convention stipulates that the consent of the parties to arbitration under the Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy, unless a contracting state made

41 *Ibid.*, 654.

42 See M. Moses, *op. cit.* fn. 25, 97.

43 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 1965 – ICSID Convention.

44 *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1,

45 *Ibid.*, 137.

46 *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award of 6 January 1988, *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) v. Islamic Republic of Pakistan*.

47 This remains the basic principle, although the jurisdiction of the ICSID can be established under the Additional Facility Rules which contain lax conditions on the nationality of the parties of the dispute.

a reservation requiring the exhaustion of local remedies.⁴⁸ Therefore, there is at least one more reason which fortifies the jurisdiction in the case of ICSID and perhaps explains why its tribunals were more ready to order anti-suit injunctions than their counterparts in the commercial arbitration.

The situation is much more complicated within the European Union, following the adoption of the Brussels I Regulation which lays down rules governing the jurisdiction of courts and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in European Union (EU) countries.⁴⁹ The Regulation provides for a complete set of uniform rules on the allocation of jurisdiction between the courts of the member states, thus creating a predetermined system that should leave little room for collision of both jurisdiction and subsequent judgements. On the other hand, Article 1(2)(d) of the Regulation categorically excludes arbitration from its scope of application. A potential conflict consequently arises when a legal action is brought in one of the member states, but there is a claim that the dispute is covered by an arbitration clause providing for arbitration in a different member state.⁵⁰ This conflict was vividly portrayed in a famous *West Tankers* case⁵¹ which ultimately found its way to the court of the highest instance, the European Court of Justice.⁵² In *West Tankers*, insurers Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA brought the subrogated claim against West Tankers in the Italian court. In response, West Tankers went to court in England seeking a declaration that any dispute between itself and the insurers had to be settled in arbitration. West Tankers also inquired the English court for an injunction restraining the insurers from bringing an action outside of arbitration and requiring them to terminate the court proceedings they had started before the Italian court. Trumping the opinion of the House of

48 ICSID Convention, Art. 26.

49 Council Regulation (EC) No. 44/2001 of December 22, 2000, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2001 O.J. (L 12) 1 (January 1, 2001) – Brussels I Regulation.

50 A. Redfern, M. Hunter, par. 5.128.

51 *Allianz SpA v. West Tankers, Inc.* Case C-185/07 2009 E.C.R., 2009 WL 303723.

52 European Court of Justice – ECJ – is the highest court in the European Union in matters of European Union law.

Lords that although anti-suit injunction is not compatible with the system established by the Brussels Regulation, the same principle cannot be extended to arbitration given that the matter is specifically excluded from its scope, the ECJ reached the opposite conclusion. The ECJ found that anti-suit injunctions are incompatible with the Regulation, and that it is exclusively a matter for the court which first seized the dispute to determine whether it has jurisdiction itself. It further held that this right was derived from the power of the court to determine its own jurisdiction in under the Brussels Regulation.⁵³ Although in the case at hand an anti-suit injunction was in fact issued by the court, the general consensus was that the same interpretation applies to the order issued by the arbitral tribunal as well. This judgement was widely criticized, mostly marked as a mechanism for reluctant parties to effectively take away all power from the arbitration clauses by commencing litigation elsewhere in Europe. Many labelled the decision as undermining the basic principles of arbitration, some going as far as naming this method of evasion as “The Italian Torpedo”.⁵⁴

However, Regulation 1215/2012 (the Recast Regulation) came into force on 10 January 2015, thus clarifying the scope of the Brussels I Regulative.⁵⁵ It recognises “*the competence of the courts of the Member States to decide on the recognition and enforcement of arbitral awards in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958 ... which takes precedence over this Regulation*”.⁵⁶ General view of this interpretation was widely positive and its influence almost immediate, as a judgement completely opposite that given in the *West Tankers* case was issued mere months after the Recast Regulation came into power.

The case in question, now broadly named simply as the *Gazprom* case,⁵⁷ arose out of a shareholder dispute between the Russian energy

53 *Ibid.*

54 G. Born, “Route 66: Diverting the Italian Torpedo”, Kluwer Arbitration Blog, available at <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/03/05/route-66-diverting-the-italian-torpedo/>, 10 September 2016.

55 Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351/1, 20 December 2012 – Recast Regulation.

56 Recital 12 of the Recast Regulation.

57 *Case C-536/13*, 13 May 2015.

giant, Gazprom, and Lithuania's Ministry of Energy over the management of gas provider Lietuvos Dujos. The arbitration clause provided for the jurisdiction of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Lithuania's Ministry of Energy commenced proceedings before the Lithuanian court. Gazprom obtained an anti-suit injunction in the form of an arbitration award from the arbitral tribunal in Stockholm and then sought to enforce that award in Lithuania, under the NYC. However, the Lithuanian court refused to enforce the anti-suit award, leading to the Lithuanian Supreme Court's referral of the matter to the ECJ in 2013. The question Lithuanian Supreme Court posed to the Court of Justice was whether the Brussels I Regulation must be interpreted as precluding a court of a Member State from recognising and enforcing, or from refusing to recognise and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State.⁵⁸

The Grand Chamber of the ECJ ruled that "*Brussels Regulation must be interpreted as not precluding a court of a Member State from recognising and enforcing, or from refusing to recognise and enforce, an arbitral award prohibiting a party from bringing certain claims before a court of that Member State, since that regulation does not govern the recognition and enforcement, in a Member State, of an arbitral award issued by an arbitral tribunal in another Member State*".⁵⁹ Although the Court's judgement did not address the Recast Brussels I Regulation, Advocate General Wathelet further elaborated on the question of recognition of the tribunal's anti-suit awards, stating that there is nothing in the Regulation that would require courts to refuse recognition in such cases. In Advocate General's view, Recital 12 of the Recast Regulation makes clear that, contrary to the *West Tankers* decision, an EU court could grant an anti-suit injunction in support of arbitration against court proceedings elsewhere in the EU. This reasoning not only supports the power of an EU-seated arbitral tribunal to grant an anti-suit award against court proceedings elsewhere in the EU, but also permits a Member State court to do the same.⁶⁰

58 *Lithuania No. 2016-2, OAO "Gazprom" v. The Republic of Lithuania, Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, Supreme Court of Lithuania, Civil case No. 3K-7-458-701/2015, 23 October 2015.

59 *Case C-536/13*, 13 May 2015.

60 Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 4 December 2014, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160309&doclang=EN>, 12 September 2016.

The effect of the *Gazprom* case was instantaneous, as many have seen this judgement, and particularly the interpretation of the Attorney General as setting right everything that went wrong with the *West Tankers*. While not trying to diminish the importance of this decision, a note of caution is to be advised, as more cases should be adjudicated in this manner before making any radical conclusions. This interpretation is ought to stand both the test of time and that of the ever changing circumstances. For example, some authors are already raising concerns as to what does the post-Brexit era mean for arbitrations that have its seat in the Great Britain in terms of enjoying benefits of the Recast Regulation in the form established in *Gazprom* case.⁶¹

7. CONCLUDING REMARKS

Without any doubt, arbitrators should proceed with caution when faced with a request for granting an anti-suit injunction. However, it should be noted that the reason for insisting on a careful approach is not tribunal's lack of jurisdiction to order these measures. The problem itself is not whether the power of the tribunal exists, but how it should be exercised in order to truly give effect to the arbitration agreement.

This should be decided after examining the practice relevant to the place of enforcement and in a moment when tribunal's level of conviction of the existence of its own prerogative has reached a certain level. In that sense, when jurisdiction of the tribunal is clearly established, it is preferable to order anti-suit injunction in a form of an interim award, thus ensuring that everything that could have been done to meet the criteria for the enforcement really is done. The mere possibility of enforcement may prove to be an incentive for the parties to voluntarily comply with the order of the arbitral tribunal and in doing so contribute to the efficiency of the proceedings. Without any doubt, the opinion of the existence of the certain boundaries that must not be crossed by arbitral tribunals and that these include proper respect towards jurisdiction of the national courts will never be eradicated.

61 A. Cannon, V. Naish, H. Ambrose, "When Life Gives You Lemons, Make Lemonade: Anti-suit Injunctions and Arbitration in London Post-Brexit", July 27, 2016, available at <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/27/when-life-gives-you-lemons-make-lemonade-anti-suit-injunctions-and-arbitration-in-london-post-brexit/>, 14 September 2016.

However, this does not mean that each and every power granted to the tribunal should be judged with prejudice. If the parties had initially chosen to turn to arbitration to settle their disputes, and then a party decided to disregard this, this amounts to acting in bad faith. As this violation is recognized and punishable according to basic legal principles and before national courts themselves, there is no reason to deny the arbitral tribunal the right to at least contain its consequences.

If the arbitration is to be a real alternative to the proceedings before the national courts, provisions that entail this possibility should not be interpreted in a way that essentially ties its hands.

Milica Arsić, LL.B.

MERE ZABRANE VOĐENJA SUDSKOG POSTUPKA U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI

Rezime

U ovom radu autor analizira najznačajnije karakteristike mera zabrane vođenja sudskog postupka u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Problematika obuhvaćena analizom uključuje nadležnost arbitražnog tribunala da odredi pomenute mere, pitanje forme i mogućnosti izvršenja odluka kojima se zabranjuje vođenje sudskog postupka kao i njihova komparativna vrednost u odnosu na druge mehanizme zaštite arbitražnog sporazuma. Na kraju sledi okvirni prikaz prakse u pojedinim sistemima, kao i preporuka za postupanje pri susretu sa zahтеvom za određivanje pomenutih mera u arbitražnom postupku.

Ključne reči: *Mere zabrane vođenja sudskog postupka. – Privremene mere. – Međunarodna trgovinska arbitraža. – ICSID arbitraža. – Brisel I Regulativa.*

*Dr Valentina Cvetković-Đorđević**

VRŠENJE POSLA U TUĐEM INTERESU KAO PRETPOSTAVKA PRIMENE POSLOVODSTVA BEZ NALOGA**

U radu autor razmatra pojam korisnosti posla koji predstavlja bitan element posloводства bez naloga. U rimskom pravu korisnost posla utvrđivala se pre njegovog preduzimanja (ex ante) pri čemu se u obzir uzimao konkretan gospodar posla. Ukoliko je posao korisno započet, poslovođa je imao pravo na naknadu troškova bez obzira na ostvareni rezultat. U Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine i Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine različito se regulišu nužno i korisno posloводство. U slučaju korisnog posloводства poslovođa ima pravo na naknadu troškova samo ukoliko je iz preduzetog posla zaista i nastupila korist za gospodara posla. Zakon o obligacionim odnosima jedinstveno reguliše nužno i korisno posloводство jer u oba slučaja polovođa ima pravo na naknadu troškova ukoliko je posao korisno započet bez obzira da li je ostvaren očekivani rezultat. Takvim rešenjem važeće srpsko pravo približava se klasičnom rimskom pravu.

Ključne reči: *Posloводство bez naloga. – Korisnost posla. – Nužno posloводство. – Korisno posloводство. – Rimsko pravo. – SGZ. – ABGB. – ZOO.*

1. UVOD

Posloводство bez naloga postoji kada jedno lice (poslovođa bez naloga) preduzima pravne ili materijalne poslove u interesu drugog lica (gospodara posla) bez njegovog naloga. Taj interes može se ogleđati bilo u sprečavanju štete koja pretili gospodaru posla (nužno posloводство) bilo u sticanju koristi za gospodara posla (korisno posloводство)

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

** Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2016. godinu.

stvo). Korisno poslovodstvo treba razlikovati od pravno neosnovanog obogaćenja kod koga je korist takođe bitan element. Osnovna razlika ogleda se u tome što se kod poslovodstva bez naloga nastupanje koristi procenjuje prethodno (*ex ante*), to jest pre preduzimanja posla, dok se kod pravno neosnovanog obogaćenja korist utvrđuje naknadno (*ex post*), to jest nakon preduzimanja posla. Ukoliko korist nije nastupila, nema pravno neosnovanog obogaćenja. Poslovodstvo bez naloga postoji ukoliko je posao korisno vođen bez obzira da li je nakon izvršenja zaista i doneo korist gospodaru posla.

2. POREKLO POSLOVODSTVA BEZ NALOGA

Pravni institut poslovodstva bez naloga nastao je u klasičnom rimskom pravu, razvijao se do Justinijanovog prava čijom recepcijom je nastavio da postoji u srednjovekovnom opštem pravu (*ius commune*) koje ga je posredstvom prvih građanskih kodifikacija predalo u nasleđe modernom pravu.¹

Još je Gaj uvideo da poslovodstvo bez naloga ne predstavlja ni kontrakt ni delikt zbog čega ga izdvaja u posebnu skupinu izvora obligacija (*ex variis causarum figuris*).² U Justinijanovom pravu poslovodstvo bez naloga (*negotirum gestio*) svrstano je u kvazikontrakte.³

Taj institut nastao je usled potrebe pružanja zaštite odsutnim licima jer nisu bila u mogućnosti da se staraju o sopstvenim interesima.

Objašnjavajući zašto treba pružiti zaštitu odsutnim licima Gaj kaže da oni koji su otputovali u inostranstvo a nisu poverili drugoj osobi staranje o svojim poslovima to nisu učinili stoga što su imali nameru da se odmah vrate.⁴ Kako su iz novonastalih razloga nužno ostali duže vreme u inostranstvu, nepravično bi bilo da njihovi poslovi pretrpe štetu. Do toga bi došlo ukoliko onaj ko je spreman da vodi njihove poslove nema pravo na tužbu za naknadu troškova nastalih tokom vođenja poslova ili ako onaj čiji su poslovi ne može podignuti tužbu protiv onog ko se umešao u vođenje njegovih poslova.

1 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, 435.

2 D.44.7.5; D.44.7.1.

3 Iustiniani *Institutiones* 3.27.1.

4 D.44.7.5.

Iz Gajevog fragmenta proizlazi da je razlog zaštite posloводства bez naloga međuljudska solidarnost koja nalaže preduzimanje poslova odsutnog lica kako ono ne bi pretrpelo štetu. Međutim, niko se ne bi prihvatio vođenja tuđeg posla ukoliko ne bi mogao da dobije naknadu troškova koje je snosio obavljajući tuđ posao. Da bi se pospešilo vođenje tuđih poslova u situaciji kada njihov gospodar nije u mogućnosti da ih sam preduzme, potrebno je dodeliti pravo na tužbu poslovođi kojom se garantuje da će troškovi koje je snosio biti nadoknađeni. S druge strane, neophodno je sprečiti i suprotnu pojavu – olako i nesavesno obavljanje tuđih poslova zbog čega i gospodar posla mora stajati na raspolaganju tužba protiv poslovođe.

O poreklu pružanja zaštite poslovodstvu bez naloga saznajemo iz Ulpijanovog fragmenta iz komentara edikta *de negotiis gestis*.⁵ U njemu se naglašava da nezvano vršenje tuđih poslova podrazumeva hitno delanje u cilju otklanjanja opasnosti koja pretilo odsutnim licima i njihovoj imovini. Pretpostavlja se da je pretor u početku dodeljivao tužbu iz posloводства bez naloga u slučaju spontanog procesnog zastupanja odsutnog lica.⁶ Otuda je pretorska tužba iz posloводства bez naloga dodeljivana ukoliko bi neko lice (*defensor*) spontano preuzelo da zastupa tuženog (*dominus litis*) koji je bio odsutan i time sprečilo štetne posledice koje su mogle nastupiti za njega a koje se ogledaju u ulaženju u posed tuženog (*missio in bona*) i gubitku časti (*infamia*).⁷ Pored pretorske tužbe iz posloводства bez naloga postojala je i civilna tužba iz posloводства bez naloga koja se primenjivala kako u slučajevima procesnog zastupanja koje nije bilo spontano (na primer kada prokurator *omnium bonorum* zastupa tuženog u postupku) tako i u slučajevima vanprocesnog obavljanja poslova za gospodara posla bez njegovog naloga.⁸ Prestankom važenja formularnog sudskog postupka i obesnaži-

5 D.3.5.1.

6 G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I, Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 35, 89, 159.

7 D.3.3.76; D.5.1.74.2; D.3.5.30.2; D.3.5.40; D.4.6.22 i dr.

8 Pretpostavlja se da je *actio negotiorum gestorum* sa formulom *in ius concepta ex fide bona* uvedena između 75. i 44. godine pre nove ere i da se primenjivala u odnosima između gospodara (*dominus*) i prokuratora *omnium bonorum*. Otuda se u slučaju u kojem je prokurator *omnium bonorum* preuzeo odbranu tuženog gospodara primenjivala civilna tužba *negotiorum gestorum*. Ista tužba se, zbog apstraktnosti svoje formule, počela primenjivati i u slučajevima spontanog vanprocesnog posloводства bez naloga. G. Finazzi, *op. cit.*, 194.

vanjem razlike između civilnog i honorarnog prava u pozno antičko doba dolazi do spajanja pretorske i civilne tužbe u jedinstvenu tužbu iz posloводства bez naloga koja se primenjuje pre svega na slučajeve spontanog vođenja tuđeg posla.⁹ S druge strane tužba iz posloводства bez naloga ne primenjuje se više na odnose iz prokure već se odnosi između prokuratora *omnium bonorum* i gospodara regulišu primenom tužbe iz mandata.¹⁰

Rimski pravnici razmatraju različite vrste poslova koje poslovođa preduzima u interesu gospodara posla. Pored slučajeva u kojima *negotiorum gestor* preduzima posao kako bi otklonio opasnost koja pretila gospodarevim dobrima,¹¹ u rimskim tekstovima razmatraju se i slučajevi u kojima poslovođa vrši posao u pogledu koga ne postoji nužda hitnog preduzimanja. Tako se na primer analiziraju slučajevi u kojima poslovođa prima namirenje gospodarevog potraživanja¹² ili kupuje roba¹³ ili zemlju¹⁴ za njega. U tim slučajevima gospodarevim dobrima ne pretila šteta već poslovođa preduzima posao da bi ostvario korist za gospodara. Iako nisu teoretski uobličili razliku između nužnog i korisnog posloводства, rimski pravnici poznaju obe njegove vrste. Štaviše, moderna teorija posloводства bez naloga zasnovana je na rimskim kazuističnim rešenjima koje je apstrahovala u opšta pravna pravila.

3. KORISNO ZAPOČINJANJE POSLA (UTILITER COEPTUM)

Preduzimanje posla u tuđem interesu pretpostavlja posao koji je koristan za gospodara posla. Da li je neki posao koristan može se procenjivati na osnovu različitih kriterijuma. Odlučujući kriterijum uzima u obzir trenutak u kome se utvrđuje korisnost posla. Još su rimski pravnici raspravljali koji momenat je relevantan za utvrđivanje korisnosti: da li je to trenutak otpočinjanja posla ili trenutak njegovog svršetka.

9 *Ibid.*, 161, 431.

10 *Ibid.*, 276–277; M. Šarac, *Mandatum u rimskom pravu*, Split 2011, 41–44.

11 Nužno delanje postoji i onda kada poslovođa isplati dug koji gospodar posla ima prema trećem licu (D.3.5.42), ili kada jamči za njegovu obavezu (D.3.5.45).

12 D.3.5.5.4.

13 D.3.5.10.

14 D.3.5.45.

Ulpijan iznosi stav po kome se tužba iz posloводства bez naloga (*actio negotiorum gestorum*) može podignuti ne samo onda kada je preduzeti posao imao dejstva već i kada je posao korisno vođen čak i da njegovo dejstvo nije nastupilo.¹⁵ Stoga se *actio negotiorum gestorum* primenjuje i onda kada je očekivani rezultat preduzetog posla izostao: izvršeni su radovi zarad zaštite građevine od urušavanja ali se ona ipak srušila ili je bolestan rob lečen pa je, uprkos tome, preminuo. Istog mišljenja kao Ulpijan bio je i Labeon.

Iz navedenog mišljenja čuvenog rimskog pravnika jasno je da se korisnost posla utvrđuje pre njegovog preduzimanja (*utiliter coeptum*), pri čemu se ne zahteva da je nakon njegovog preduzimanja korist zaista i nastupila. Postojanje koristi nakon preduzimanja posla bitan je element pravno neosnovanog obogaćenja koje danas predstavlja samostalan izvor obligacija.¹⁶

Utvrđivanje korisnosti posla pre njegovog preduzimanja odgovara vrednostima na kojima se temelji posloводство bez naloga – altruizmu i međuljudskoj solidarnosti. Poslovođa preduzima posao u interesu drugog lica zbog čega mu treba omogućiti naknadu troškova koje tom prilikom snosi čak i onda kada ne dođe do nastupanja očekivanog rezultata.

Korisnost posla može se utvrđivati na dva načina. Prvi način predstavlja apstraktno utvrđivanje korisnosti koji vodi računa samo o tome da li je preduzimanje posla uopšte uzev bilo korisno (korisnost u opštem smislu). Korisnost posla se na drugi način može utvrditi uzimajući u obzir konkretno lice u čijem interesu je posao preduzet

15 D. 3.5.9.1.

16 U srednjem veku u nedostatku opšte tužbe iz obogaćenja pravila o posloводstvu bez naloga primenjivala su se za rešavanje mnogih slučajeva koje danas kvalifikujemo kao neosnovano obogaćenje. U tu svrhu poslužila je objektivna koncepcija posloводства bez naloga koja je nastala u postklasičnom rimskom pravu i na osnovu koje se nije zahtevala volja poslovođe da dela u interesu gospodara posla (*animus aliena negotia gerendi*). Ostvarena korist iz posla koji je poslovođa preduzeo pogrešno verujući da se radi o njegovom poslu ili je svesno delao u svom interesu raspravljala se prema pravilima o posloводstvu bez naloga. Do stvaranja opšte tužbe iz obogaćenja u nekim kontinentalnim zemljama došlo je upravo zahvaljujući njenom izdavanju iz tužbe iz posloводства bez naloga (*actio negotiorum gestorum contraria*). Tako se posloводство bez naloga vratilo u okvire klasičnog rimskog prava u kome se zahtevalo da poslovođa dela u interesu gospodara posla. Vid. V. Cvetković-Đorđević, „Opšta tužba iz neosnovanog obogaćenja“, *Pravni život*, tom II 10/2013, 422.

(korisnost u pojedinačnom smislu). U okviru individualnog određivanja korisnosti razlikuju se objektivno-individualni kriterijum koji se zasniva na konkretnim prilikama u kojima se gospodar posla nalazi i subjektivno-individualni kriterijum koji polazi od subjektivnog stava gospodara posla u pogledu toga da li je preduzimanje posla bilo korisno za njega.¹⁷

Prokul i Celz primenjuje različite kriterijume koji vode različitim odgovorima. Prema Prokulu korisnost posla posmatra se apstraktno, a ne u odnosu na konkretnog gospodara posla. Prokul ipak pravi izuzetak jer kaže da gospodar posla neće uvek biti dužan da poslovođa nadoknadi troškove preduzetog posla. To je slučaj kada je poslovođa preduzeo radove na zgradi koju je vlasnik prethodno napustio bilo zbog nesrazmernih troškova njenog održavanja bilo što je smatrao da mu ona nije potrebna.¹⁸ Taj izuzetak opravdava se time što bi se obavezivanje gospodara posla da poslovođa nadoknadi troškove njegovog preduzimanja kosilo sa ovlašćenjem svakog lica da napusti stvar kojoj preti opasnost oštećenja ili koju iz drugih razloga smatra nepotrebnom. Na taj način gospodar posla bio bi prinuđen da snosi troškove koje je upravo želeo da izbegne napuštajući stvar. Prokul načelno prihvata apstraktno utvrđivanje korisnosti posla. U određenim slučajevima on ipak dozvoljava primenu individualnog kriterijuma i to u obe njegove varijante. Tako Prokul uskraćuje tužbu kako u situaciji u kojoj gospodar posla nije u stanju da snosi troškove popravljavanja građevine – objektivno-individualni kriterijum, tako i onda kada gospodar posla po svojoj slobodnoj volji odluči da naspusti građevinu kojoj preti opasnost od urušavanja (*quam sibi necessariam non putavit*) – subjektivno-individualni kriterijum. S druge strane Celz korisnost posla posmatra isključivo iz ugla konkretnog gospodara posla. Tako on kaže da će poslovođa imati pravo na tužbu iz poslovodstva bez naloga samo ako je posao korisno vođen. Pritom posao koji nije bio nužan ili je stvorio teret gospodaru posla ne smatra se korisno vođenim poslom te poslovođa nema pravo na tužbu.¹⁹

17 F. S. Meissel, *Geschäftsführung ohne Auftrag: Zwischen Quasikontrakt und aufgedrängter Bereicherung*, Wien 1993, 6–8.

18 D.3.5.9.1.

19 D.3.5.9.1.

4. POSLOVODSTVO BEZ NALOGA U AUSTRIJSKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU I SRPSKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU

Obligatio quasi ex contractu u opštem pravu (*ius commune*) dobija nešto drugačije tumačenje u odnosu na ono koje proizlazi iz tekstova rimskih jurisprudenata. Naime, *negotiorum gestio* u opštem pravu biva shvaćeno kao kontrakt kod koga saglasnost druge strane (gospodara posla) nije prisutna već se pretpostavlja.²⁰ Kategorija pretpostavljenog ugovora koja je bila vladajuća u opštem pravu odbačena je u Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine.²¹ Pod uticajem Kantovog (*Kant*) učenja na koje se Cajler (*Zeiller*) oslanjao ABGB ima neodobravajući stav prema mešanju u tuđe poslove stoga što ono predstavlja zadiranje u slobodu volje i slobodu delanja gospodara posla.²² Posledica ovakvog učenja bilo je podvojeno regulisanje posloводства bez naloga u Austrijskom građanskom zakoniku: u čl. 1036 propisuju se posloводство bez naloga u slučaju nužde,²³ a u čl. 1037 posloводство bez naloga na korist drugoga.²⁴

20 Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum* § 968: *Praecipua ergo fundamenta consensus praesumti sunt: I Quisque praesumitur consentire in id, quod utilitatem adfert. II Nemo praesumitur cum alterius damno fieri velle locupletior* – Važni principi na osnovu kojih se pretpostavlja saglasnost su: I. Pretpostavlja se da se neko saglašava sa onim što mu donosi korist. II Pretpostavlja se da niko neće da se obogati na štetu drugog. Nav. prema F.S. Meissel, *op. cit.*, 16 fn. 48.

21 Protiveći se kategoriji pretpostavljenog ugovora Cajler je istakao da se ona zasniva na pogrešnom razumevanju rimskopravnih izvora. *Ibid.*, 22.

22 Svoboda (*Swoboda*) je zastupao tezu da se Cajlerovo prihvatanje Kantovog učenja uočava u načinu regulisanja posloводства bez naloga. To učenje ima neodobravajući stav prema neovlašćenom delanje za drugog jer ono predstavlja povredu slobode gospodara posla koja kao posledicu ima odgovornost poslovođe za naknadu štete gospodaru posla. Vid. F. S. Meissel, *op. cit.*, 24–25; B. Kupisch, *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Heidelberg 1965, 103–104. Otuda čl 1035 ABGB glasi: „Ko nije ni izričnim ni prećutnim ugovorom, ni sudom niti pak zakonom ovlašćen, ne sme se po pravilu u posao drugoga mešati. Ako je to učinio, onda je za sve posledice odgovoran.“ Prevod D. Arandelović, *Austrijski građanski zakonik*, Beograd 1906.

23 Čl. 1036 ABGB: „Ko se, i ako nepozvan, tuđeg posla primi, da bi otklonio predstojeću štetu, onda mu onaj, čiji je posao on izvršio, dužan naknaditi po-

Poslovođa koji dela u nuždi ima povoljniji položaj u odnosu na poslovođu koji dela na korist gospodara posla jer ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova bez obzira na rezultat preduzetog posla dok će štetu biti dužan da nadoknadi gospodaru posla samo ako ju je skrivio.²⁵ Za razliku od poslovodstva bez naloga u nuždi, u slučaju poslovodstva bez naloga na korist drugog poslovođa ima pravo na naknadu troškova samo ako je posao zaista doneo korist gospodaru posla. Otuda se korisnost posla kod poslovodstva u nuždi procenjuje *ex ante* to jest pre preduzimanja posla dok se kod poslovodstva na korist drugog procenjuje *ex post* to jest nakon preduzimanja posla. Štaviše, ukoliko u slučaju poslovodstva na korist drugog nije nastupila pretežna korist, poslovođa je dužan da izvrši povraćaj u pređašnje stanje odnosno da naknadi štetu gospodaru posla.²⁶ Povoljniji položaj poslovođe u nuždi proističe iz objektivne opasnosti koja pretila dobrima gospodara posla pri čemu njegovu saglasnost za preduzimanje posla nije moguće (blagovremeno) dobiti. Otuda se poslovodstvo bez naloga u slučaju nužde smatra opravdanim zadiranjem u tuđu slobodu delanja jer gospodar posla nije u mogućnosti da (blagovremeno) reaguje i zaštititi svoje dobro.

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine po uzoru na Austrijski građanski zakonik poslovodstvo bez naloga propisuje nakon ugovora o punomoćstvu. SGZ poput svog uzora razlikuje nužno poslovodstvo od korisnog poslovodstva. Za razliku od ABGB koji poslovodstvo bez naloga ne definiše kao pretpostavljeni ugovor, Srpski građanski zakonik nužno poslovodstvo poistovećuje s pretpostavljenim punomoćstvom. Tako

trebne i celishodne učinjene troškove, i ako je vršiočev trud bez njegove krivice ostao bez uspeha.“ Prevod D. Arandelović.

24 Čl. 1037 ABGB: „Ko hoće tuđeg posla da se primi samo zbog toga, da potpomogne korist drugoga, treba od ovoga da traži dopuštanje. Ali ako je delovođa propustio ovo učiniti, a posao je o svom trošku i na jasnu pretežnu korist drugoga vršio, onda mu ovaj mora naknaditi troškove, učinjene oko toga.“ Prevod D. Arandelović.

25 Čl. 1311 ABGB.

26 Čl. 1038 ABGB: „Ali ako ova pretežna korist nije jasna, ili ako je delovođa samovlasno tako važne promene na tuđoj stvari preduzeo, da je vlasnik ne može upotrebiti za onaj cilj, radi koga ju je do sada upotrebljavao, onda ovaj nije dužan dati nikakvu naknadu; on može šta više zahtevati, da mu delovođa o svom trošku postavi stvar u pređašnje stanje, ili, ako ovo nije moguće, da mu dade potpuno zadovoljenje.“ Prevod. D. Arandelović.

prema čl. 628 SGZ: „I onaj, koji bi se bez punomoćija tuđeg posla primio u nuždi, tako, da bi onoga od štete oslobodio, smatra se kao i punomoćnik, i onaj, za koga je činio, dužan je njemu sav nužni na to učinjeni trošak naknaditi.“²⁷ Prilikom propisivanja korisnog posloводства SGZ, za razliku ABGB, ne zahteva nastupanje znatne koristi već je dovoljno da je nastupila bilo kakva korist. Tako prema čl 629 SGZ: „I onome, koji bi bez punomoćija tuđega se posla primio na onoga korist, mora onaj troškove i štetu naknaditi, ako korist na svoju polzu obrati.“²⁸

5. POSLOVODSTVO BEZ NALOGA U ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Važeći Zakon o obligacionim odnosima²⁹ (čl. 220–228), poslovodstvo bez naloga reguliše kao samostalan izvor obligacija nakon ugovora, prouzrokovanja štete i neosnovanog obogaćenja.

Domaći zakonodavac u čl. 220 najpre daje opštu definiciju poslovodstva bez naloga.³⁰ Prema stavu 1 ovog člana: „Poslovodstvo bez naloga je vršenje tuđih poslova, pravnih ili materijalnih, bez naloga ili ovlašćenja, ali za račun onoga čiji su poslovi, a radi zaštite njegovih interesa.“³¹ Stav 2. istog člana propisuje da se vršenju tuđeg posla može nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji šteta ili propuštanje očigledne koristi.³²

27 Prevod D. Arandelović. Primer korisnog poslovodstva predstavlja slučaj u kome sluga za vreme rata ostane i čuva imanje gospodara, ali ne vrši svoju raniju službu. Tada on ima pravo na nagradu kao *negotiorum gestor* – Os. 5230 od 23. juna 1923; nav. prema *Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju objašnjen odlukama Kasacionog suda u Beogradu (sredio Ivan D. Petković)*, Beograd 1939, 261.

28 Prevod D. Arandelović.

29 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.

30 Većina Zakonika država članica EU ne sadrži opštu definiciju poslovodstva bez naloga. Malobrojni građanski zakonici koji ovakvu definiciju sadrže su na primer Portugalski (čl. 464) i Holandski (čl. 6:198).

31 Sličnu odredbu sadrži čl. 385, st. 1 radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije od 29. maja 2015. godine.

32 U radnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije poropisna su dva alternativna pravila. Prvo pravilo istovetno je kao i pravilo iz čl. 220, st. 2 ZOO.

Poslovodstvo bez naloga, kao što i sam naziv govori, postoji samo ukoliko poslovođa nije pravno obavezan ili ovlašćen da preduzima konkretan posao. Ukoliko takva njegova obaveza ili ovlašćenje postoji na osnovu ugovora, zakona, sudske odluke i dr. neće se primenjivati pravila o poslovodstvu bez naloga.³³

Domaći zakonodavac, kao i većina evropskih, zahteva da se radi o tuđem poslu.³⁴ Izraz *tuđ posao* ne treba isključivo tumačiti kao objektivno tuđ posao jer poslovodstvo bez naloga postoji i onda kada neko

Prema alternativnom pravilu vršenju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje te predstoji neminovna šteta ili nesumnjivo propuštanje znatne koristi (čl. 385, st. 2).

33 U Principima evropskog prava poslovodstva bez naloga propisan je negativan uslov po kome nema poslovodstva bez naloga ukoliko je poslovođa a) obavezan na osnovu ugovora ili neke pravne norme da preduzima činidbu u korist gospodara posla, b) ovlašćen na osnovu drugih pravnih normi (koje ne spadaju u institut poslovodstva bez naloga) da dela nezavisno od saglasnosti gospodara posla, c) obavezan da dela u korist trećeg lica koje je korisnik posla. Vid. čl. 1:103 *Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, Benevolent Intervention in Another's Affairs – PEL Ben. Int.*, prepared by C. von Bar, Munich 2006.

34 Većina prava država članica EU zahteva da je poslovođa preduzeo objektivno tuđ posao. Tako npr. čl. 2028 Italijanskog građanskog zakonika zahteva svesno preduzimanje *un affare altrui*. Slično predviđa i čl. 1372 Francuskog građanskog zakonika po kome poslovođa svojevoljno izvršava *l'affaire d'autrui*. Austrijski građanski zakonik u čl. 1036 i 1037 takođe pretpostavlja vođenje tuđeg posla (*ein fremdes Geschäft*). S druge strane, Nemački građanski zakonik u čl. 677 zahteva da poslovođa dela za drugog (*für einen anderen*). Po slovu zakona delanje za drugog ne pretpostavlja nužno i preduzimanje tuđeg posla. Ipak nemačka sudska praksa zauzela je stav po kome se zahteva vođenje objektivno tuđeg posla. Suprotno ovome, javljaju se pisci koji smatraju nepotrebnim zahtev da se radi o objektivno tuđem poslu zbog toga što se posao ima smatrati tuđim uvek kada ga je poslovođa preduzeo u interesu drugog lica. Holandski građanski zakonik takođe ne zahteva vođenje tuđeg posla već predviđa da se poslovođa stara o tuđem interesu (čl. 6:198). Prava koja zahtevaju vođenje objektivno tuđeg posla sužavaju polje primene poslovodstva bez naloga samo na slučajeve u kojima akt poslovođe predstavlja zadiranje u tuđa prava koje nije ništa drugo nego izvršenje nedozvoljene radnje (delikta). To znači da se poslovodstvom bez naloga ne mogu označiti akti poput spasavanja onesvešćene osobe koja se nalazi u opasnosti, izlaganja poslovođe opasnosti i dobrovoljnog žrtvovanja svojih dobara prilikom intervenisanja u tuđu korist i dr. Ispunjenjem uslova koji se zahtevaju za poslovodstvo bez naloga, otklanja se protivpravnost delovanja poslovođe. Tvorci Principa evropskog prava poslovodstva bez naloga zauzeli su drugačiji stav u odnosu na većinu evropskih pravnih poredaka stoga što predviđaju kao bitno jedino to da je posao predu-

žrtvuje sopstvena dobra u tuđu korist ili se izloži opasnosti da bi zaštitio tuđ interes. Stoga se čini da je naziv posloводство bez naloga koji je upotrebljen u Zakonu o obligacionim odnosima odgovarajući jer su njime obuhvaćeni i poslovi koji objektivno nisu tuđi ali su preduzeti u interesu drugog lica kao što je slučaj kada neko lice žrtvuje sopstveno skupoceno odelo da bi zaustavilo krvarenje pružajući prvu pomoć povređenom licu koje je zateklo na putu.³⁵

Kod posloводства bez naloga ključno pitanje je: u čijem interesu je posao preduzet? Nema posloводства bez naloga ukoliko je posao preduzet u sopstvenom interesu. Bitan element posloводства bez naloga upravo je preduzimanje posla u tuđem interesu. U vezi s njim treba i tumačiti pojam *tuđ posao* koji upotrebljava domaći zakonodavac. Otuda se posao koji objektivno nije tuđ smatra tuđim ako je preduzet u tuđem interesu. Iako nije izričito propisano, ne treba isključiti mogućnost postojanja posloводства bez naloga ukoliko je poslovođa istovremeno delao i u svom interesu.³⁶

U opštoj definiciji posloводства bez naloga nije izričito propisan subjektivni element koji se ogleda u tome da poslovođa ima nameru da preduzimanjem posla ostvari korist za gospodara posla. O neophodno-

zet u tuđem interesu pri čemu nije neophodno da se radi o objektivno tuđem poslu (čl. 1:101 (1) *PEL Ben. Int.*).

35 U radnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije posloводство bez naloga preimenovano je u nezvano vršenje tuđih poslova (čl. 385–395). Time je u samom nazivu ustanove istaknuto da se radi o tuđem poslu.

36 Tako S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1995, 517. Primer predstavlja stanar koji preduzima posao da bi zaustavio poplavu u stanu svog suseda koji je na putu. Zaustavljajući poplavu, stanar dela u interesu svih stanara pa i u svom interesu. Bez obzira na to, njemu treba priznati položaj poslovođe bez naloga. Principi evropskog prava posloводства bez naloga takođe ne isključuju mogućnost primene pravila o poslođstvu bez naloga ukoliko je poslovođa delao i u svom interesu. Međutim, ostvarenje sopstvenog interesa mora biti u senci interesa gospodara posla odnosno drugog lica. Kvantifikacija interesa u korist gospodara posla odnosno drugog lica označena je izrazom *predominant intention of benefiting another* (čl. 1:102 *PEL Ben. Int.*). Stoga je dovoljno da je poslovođa posao preduzeo s preovlađujućom namerom da gospodar odnosno drugo lice ostvari interes (ne pretrpi štetu ili ostvari korist). Primera radi: ukoliko ocu preti prinudno izvršenje koje podrazumeva prodaju vrednih slika zbog neplaćenog poreza, nastaje posloводство bez naloga onda kada porez plate njegova deca bez obzira na to što postoji njihov posredan interes da ne dođe do prinudnog izvršenja pošto će ih ona jednog dana naslediti.

sti postojanja subjektivnog elementa posredno se zaključuje na osnovu pravila o nepravom poslovođstvu (čl. 227 ZOO).³⁷ Nepravo poslovođstvo postoji kada poslovođa dela u svom interesu pri čemu zna da je posao tuđ.³⁸

Domaći zakonodavac pored nužnog poslovođstva kada poslovođa dela da bi sprečio nastupanje štete koja pretilo gospodaru posla, reguliše i korisno poslovođstvo kada poslovođa interveniše da bi ostvario očiglednu korist za gospodara posla. U oba slučaja radi se o neophodnosti hitnog delanja koje ne trpi odlaganje. Za razliku od Srpskog građanskog zakonika iz 1844. koji je pod uticajem Austrijskog građanskog zakonika u slučaju korisnog poslovođstva predviđao da poslovođa mora uspešno delovati to jest ostvariti korist za gospodara posla, ZOO uvodi jednak kriterijum za obe vrste poslovođstva. Naime, poslovođstvo bez naloga postoji bez obzira da li je izvršenjem posla ostvaren cilj koji je poslovođa imao na umu pre njegovog preduzimanja (čl. 223, st.1 ZOO). Drugim rečima, poslovođstvo bez naloga postoji i onda kada poslovođa nije uspeo da otkloni nastupanje štete ili nije uspeo da ostvari očiglednu korist za gospodara posla. Ovakvim rešenjem jasno je napravljena razlika između poslovođstva bez naloga i pravno neosnovanog obogaćenja. Za razliku od poslovođstva bez naloga kod koga se zahteva da je posao korisno započet (*utiliter coeptum*) pri čemu nije bitno da li je nakon njegovog obavljanja ostvaren nameravani cilj

37 Čl. 227, st. 1 ZOO: „Ko vrši tuđi posao u nameri da za sebe zadrži postignute koristi iako zna da je posao tuđ, dužan je na zahtev onoga čiji je posao položiti račun kao poslovođa bez naloga i predati mu sve postignute koristi.“

38 Nepravo poslovođstvo predstavlja slučaj pravno neosnovanog obogaćenja nastalog radnjom obogaćenog lica. Upotrebljavanje tuđe stvari u svoju korist takođe predstavlja slučaj obogaćenja nastalog radnjom obogaćenog lica i regulisano je članom 219 ZOO: „Kad je neko tuđu stvar upotrebio u svoju korist, imalac može zahtevati, nezavisno od prava na naknadu štete, ili u odsustvu ove, da mu ovaj naknadi korist koju je imao od upotrebe.“ Sličnost između nepravog poslovođstva iz čl. 227 ZOO i neovlašćene upotrebe tuđe stvari u svoju korist ogleda se u tome što oba slučaja predstavljaju povredu prava drugog lica – gospodara posla odnosno titulara stvari, zbog čega dolazi u obzir i primena pravila o građanskopravnoj odgovornosti. Zakon je, međutim, izričit da u slučaju upotrebljavanja tuđe stvari u svoju korist pravo restitucije postoji nezavisno od prava na naknadu štete. To treba tumačiti tako da u situaciji kada su, osim pravno neosnovanog obogaćenja, ispunjeni uslovi za naknadu štete osiromašeni može da bira da li će zahtevati restituciju koristi ili naknadu pretrpljene štete. S druge strane, kod nepravog poslovođstva gospodar posla je ovlašćen da pored predaje koristi zahteva i vraćanje stvari u predašnje strane, kao i naknadu štete (čl. 227, st. 2 ZOO).

(korist u širem smislu za gospodara posla),³⁹ kod pravno neosnovanog obogaćenja bitno je da je korist zaista nastupila. Ovakvo rešenje u skladu je sa suštinom ustanove posloводства bez naloga koja štiti poslovođu koji je delao u duhu altruizma i međuljudske solidarnosti. Zbog toga njegovo ponašanje ne treba sankcionisati time što će mu se uskratiti pravo na naknadu troškova i druga prava ukoliko nije postignut cilj koji je poslovođa imao na umu pre otpočinjanja posla. Poslovođa ima pravo zahtevati da ga gospodar posla oslobodi svih obaveza koje je zbog toga posla uzeo na sebe, da preuzme sve obaveze koje je zaključio u njegovo ime, da mu naknadi sve nužne i korisne izdatke, kao i da mu naknadi pretrpljenu štetu, čak i ako očekivani rezultat nije postignut (čl. 223, st. 1 ZOO). Da bi ostvario navedena prava poslovođa je pri vršenju posla dužan da se rukovodi stvarnim ili verovatnim namerama i potrebama gospodara posla (čl. 222, st. 1 ZOO). Iz toga proizlazi da se prilikom utvrđivanja korisnosti posla kao bitnog elementa posloводства bez naloga domaći zakonodavac rukovodi individualnim željama i interesima gospodara posla čime se približava pretežnom shvatanju rimskih pravnika.

6. ZAKLJUČAK

Posloводство bez naloga nastaje kada jedno lice (poslovođa bez naloga) samoinicijativno preduzima posao u interesu drugog lica (gospodara posla). Ta ustanova vodi poreklo iz rimskog prava u kome je pretorska tužba iz posloводства bez naloga (*actio negotiorum gestorum* sa formulom *in factum concepta*) najpre dodeljivana u slučaju procesnog zastupanja odsutnog tuženog lica. Obično je poslovođa bio prijatelj koji se prihvatao preuzimanja odbrane tuženog gospodara posla kako bi sprečio štetne posledice – ulazak u njegova dobra (*missio in bona*) i gubitak časti (*infamia*). Pored pretorske postojala je i civilna tužba iz posloводства bez naloga (*actio negotiorum gestorum* sa formulom *in ius concepta*) koja je imala šire polje primene u odnosu na pretorsku tužbu. Nastanak civilne tužbe vezuje se za regulisanje odnosa između prokuratora *omnium bonorum* i gospodara. Njena formula omogućavala je i sankcionisanje odnosa koji su nastali iz spontanog vanprocesnog posloводства koji su u potonjem istorijskom sledu po-

39 Korist u širem smislu obuhvata ne samo povećanje imovine (korist u užem smislu) već i sprečavanje njenog smanjenja nastupanjem štete.

stali paradigma posloводства bez naloga. U poznorimsko doba dolazi do spajanja pretorske i civilne tužbe u jedinstvenu tužbu iz posloводства bez naloga koja je bila primenjiva kako na slučajeve u kojima je poslovođa delao da bi otklonio opasnost koja pretili gospodarevim dobrima tako i na slučajeve u kojima je posao preduzet radi sticanja koristi za gospodara posla.

Rimski pravnici zbog kazuističkog metoda rada nisu teorijski uobličili ustanovu posloводства bez naloga. Pa ipak, njihova rešenja bila su osnov modernoj teoriji koja pravi razliku između nužnog i korisnog posloводства. U slučaju nužnog posloводства poslovođa preduzima posao u cilju otklanjanja opasnosti koja pretili gospodarevim dobrima. Korisno posloводство postoji kada poslovođa dela u cilju sticanja koristi za gospodara posla. Obe vrste posloводства bez naloga pretpostavljaju delanje u interesu gospodara posla koji se utvrđuje pre preduzimanja posla. Ukoliko se posao pre preduzimanja može smatrati korisnim za njegovog gospodara, nepostizanje željenog rezultata nakon njegovog izvršenja nema uticaja na posloводство bez naloga. Drugačije je u slučaju pravno neosnovanog obogaćenja koje postoji samo ako je nakon preduzetog posla došlo do neosnovanog sticanja koristi jedne strane na teret druge.

Različiti režim regulisanja nužnog i korisnog posloводства propisan je u Austrijskom građanskom zakoniku a putem njega i u Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine. Na osnovu njega povoljniji položaj ima poslovođa u slučaju nužnog delanja jer on ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova ostvarenih u vezi s obavljanjem posla bez obzira na ostvareni rezultat. Nasuprot njemu poslovođa koji preduzima posao da bi ostvario korist za gospodara posla ima pravo na naknadu troškova samo ako je iz posla korist zaista i stečena. Različito regulisanje nužnog i korisnog posloводства potiče od Cajlerovog prihvatanja Kantovog učenja o slobodi volje koje ne odobrava neovlašćeno vođenje tuđih poslova jer predstavlja nedozvoljeno zadiranje u tuđu slobodu delanja. Nužno posloводство se, za razliku od korisnog posloводства, smatra opravdanim zadiranjem u tuđu slobodu delanja jer gospodar posla nije u mogućnosti da (blagovremeno) reaguje i zaštititi svoje dobro.

U Zakonu o obligacionim odnosima posloводство bez naloga predstavlja samostalan izvor obligacija (čl. 220–228) koji se propisu-

je nakon ugovora, prouzrokovanja štete i neosnovanog obogaćenja. Zakonik propisuje nužno i korisno posloводство ali za obe vrste predviđa isti režim po kome je dovoljno da je posao korisno započet (*utiliter coeptum*) bez obzira da li je korisno svršen. Još su rimski pravници uvideli da se korisnost posla može utvrđivati na dva osnovna načina – objektivno i subjektivno. Objektivno utvrđivanje korisnosti polazi od toga da li je preduzimanje posla po opštem uverenju korisno za gospodara posla. Subjektivno utvrđivanje korisnosti polazi od toga da li je posao koristan konkretnom gospodaru posla imajuću i vidu njegove želje i okolnosti u kojima se nalazi. U rimskom pravu prvenstveno se uzimaju u obzir individualni interesi gospodara posla. U važećem srpskom pravu prihvaćen je subjektivno-individualni kriterijum koji uzima u obzir stvarne ili verovatne namere i potrebe gospodara posla (čl. 222, st. 1 ZOO).

Valentina Cvetković-Đorđević, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S INTEREST AS AN ASSUMPTION OF NEGOTIORUM GESTIO APPLICATION

Summary

In this paper the author examines the notion of utility of the intervener's act as an essential element of benevolent intervention in another's affairs (*negotiorum gestio*). In Roman law utility of intervention was considered before the beginning of the intervention (*ex ante*) taking into account a concrete principal (*dominus negotii*). If an intervention was initially useful, intervener had a right to reimbursement of expenses regardless of the result of the intervention. Austrian Civil Code of 1811 and Serbian Civil Code of 1844 contain different rules for the necessary and useful intervention. An intervener who has acted in order to acquire a benefit for a principal has a right to reimbursement of expenses only if the intervention has really conferred a benefit to the principal. The Law of Contract and Torts uniformly prescribes the necessary and useful intervention as in both cases the intervener

has a right for reimbursement of expenses if the intervention was initially useful no matter the expected result. Such a solution brings the current Serbian law closer to the classical Roman Law.

Key words: *Benevolent intervention in another's affairs.* – *Utility of intervention.* – *Necessary intervention.* – *Useful intervention.* – *Roman law.* – *Serbian Civil Code.* – *ABGB.* – *Law of Contract and Torts.*

Snežana Dabić, LL.M.*

MOGUĆNOST ODRICANJA OD DEJSTAVA OSUJEĆENJA ODLOŽNOG USLOVA

U uporednom pravu je sveprisutna ideja o dozvoljavanju mogućnosti odricanja od dejstava osujećenja odložnog uslova na zaključeni ugovor. Ustanovu odricanja od uslova razvila je sudska praksa, a doktrina gotovo univerzalno prihvatila u fazi pendencije uslova. Autor u radu posebnu pažnju posvećuje analizi mogućnosti odricanja nakon osujećenja odložnog uslova, oko koje se u uporednom pravu opravdano vodi ozbiljna rasprava. Glavno pitanje jeste da li strane, ili samo jedna od njih, u čijem je interesu uslov ustanovljen, mogu, uprkos osujećenju odložnog uslova, održati ugovor na snazi. Strogom pridržavanju tradicionalnog shvatanja automatskog dejstva osujećenja odložnog uslova zamera se na nepotrebnoj krutosti – ono je prepreka da ugovorne strane postignu ono što su imale u vidu ugovaranjem uslova. Sa druge strane, odstupanjem od ipso iure prestanka ugovora, pa makar i sa ciljem očuvanja ugovora, ide se na uštrb pravnoj sigurnosti i izvesnosti, te „otvara Pandorina kutija“: postojeći problem krutosti rešenja zamenjuje se stvaranjem brojnih novih.

Ključne reči: *Modifikacija ugovora. – Odložni uslov. – Odricanje od uslova. – Održanje ugovora na snazi.*

1. UVODNE NAPOMENE

Modifikovanje ugovora uslovom predstavlja izraz autonomije volje strana, njihove slobode da svoje odnose urede na način kojim se u najvećoj meri udovoljava njihovim potrebama. Uslov se, najčešće, definiše kao „modalitet koji pogađa efikasnost jednog ugovora“,¹ okol-

* Snežana Dabić, master pravnik, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, snezana.dabic@ius.bg.ac.rs. Članak predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta pod nazivom „Identitetski preobražaj Srbije“.

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

nost od čijeg ostvarenja „zavise dejstva pravnog posla“,² „nastanak ili prestanak nekog prava“. ³ Strane su potpuno slobodne pri izboru da li će svoj ugovor i njegova dejstva modifikovati⁴ – one to mogu, ali ne moraju da učine.

Međutim, od trenutka zaključenja ugovora do trenutka ostvarenja ili osujećenja uslova, okolnosti zbog kojih su strane, ili jedna od njih, insistirale na umetanju odredbe o uslovu u ugovor, mogu biti promenjene. To može dovesti do toga da nema više realne potrebe ni za odlaganjem dejstava pravnog posla, ni za prestankom ugovora eventualnim nastupanjem okolnosti predviđenom uslovom. Da li su tada strane slobodne da se takvog, već ugovorenog, uslova odreknu?

Institut odricanja od uslova, nepoznat je našem pravu. Opštim odredbama, predviđenim Zakonom o obligacionim odnosima,⁵ zakonodavac je postavio samo osnove ovog vida modifikacije ugovora.⁶ Iz toga ne bi trebalo *a priori* izvući nikakav zaključak, još manje da je tako nešto zabranjeno. Nažalost, nedostatak zakonskog uređenja jedan je od razloga što se ni naša teorija nije posvetila ovom pitanju u značajnoj meri.⁷

Odsustvo izričitih zakonskih rešenja nije karakteristično samo za naše pravo. Mogućnost odricanja od uslova izričito ne uređuju ni veliki, razvijeni pravni sistemi. Ipak, pitanje dozvoljenosti, modaliteta

- 2 O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007, 184; B. Loza, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. B. Blagojević, V. Krulj), Beograd 1983, 265.
- 3 A. Gams, Lj. Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990, 184; H. Léon et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris 1965, 273.
- 4 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2013, 641.
- 5 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. 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.
- 6 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, istovetnim odredbama ZOO, dodaje samo jedan – novi član o potestativnim uslovima. – Vid. čl. 74–77 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, *Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009.
- 7 Jedan od retkih izvora u kojima je ova mogućnost makar pomenuta je Đ. Pavlović, *O obveznostima i ugovorima uopšte*, Beograd 2014, 88–89.

i dejstava odricanja od uslova se u uporednopravnoj teoriji i sudskoj praksi relativno rano postavilo.⁸ Uticaj je bio dovoljno snažan da su pojedina zakonodavstva, u svoje izvore obligacionog prava, unela izričitu odredbu o mogućnosti *odricanja od uslova*.⁹ Takvu odredbu sadrže i svi projekti reforme francuskog obligacionog prava.¹⁰

- 8 J. Flour, J. Aubert, É. Savaux, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, Paris 2013, 274, 277; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2013, 1275–1280; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 695–689; V. Wittmann, „La renunciation unilaterial à la défailance de la condition suspensive dans les promesses de vente: à la recherche d'un équilibre contractuel“, *Recueil Dalloz*, 2 février 2012, no 5, 301; G. Lancelin, *La technique des droits potestatif dans les contrats de promesse de vente d'immeuble*, 2012, 61, <https://www.scribd.com/doc/170032507/17/II-%E2%80%93Interaction-des-delaiss-d%E2%80%99exercice-des-droits-potestatifs>, 10. 4. 2016; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris 2009, 367 i dalje, 433 i dalje; „Waiver of condition precedent“, *The Canadian Law Times*, 1909, 385–388, HeinOnline 22. 4. 2016; C. S. Barnett, „Unilateral Waiver of Contractual Conditions Precedent“, *The Dalhousie Law Journal*, 1976–1977, 595–602, HeinOnline 22. 4. 2016; J. S. de Villiers, „The True Condition Precedent“, *The Advocate*, 1979, 521–523, HeinOnline 22. 4. 2016; B. Gibson, „Case and comment“, *U.B.C. Law review*, 1971, 431–434, HeinOnline 22.4.2016; R. Sharrock, „The Waiver of a Contractual Condition Solely for the Benefit of One Party“, *The South African Law Journal*, 1984, 227–231, HeinOnline 22. 4. 2016; R. J. Macy, „Condition Subsequent: Waiver by Inaction“, *Wyoming Law Journal*, 1956–1957, 192–195, HeinOnline 22. 4. 2016; L. Proksch, „In Praise of Condition Subsequent“, *Western Australian Law Review*, 1979–1982, 333–353, HeinOnline 22. 4. 2016; „Report on waiver of conditions precedent in contracts“, Law Reform Commission of British Columbia, 1977, http://www.bcli.org/sites/default/files/LRC31-Waiver_of_Conditions_Precedent_in_Contracts.pdf, 22. 4. 2016.

- 9 To se odnosi pretežno na common law sisteme. Tako, za englesko pravo vid. čl. 11 Sales of Goods Act <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>; sličnu odredbu sadrže i neke kanadske provincije, koje su recipirale rešenja ovog zakona. Vid. npr. za Britansku Kolumbiju čl. 15 http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96410_01#section15, za Ontario čl. 12 <https://www.ontario.ca/laws/statute/90s01?search=condition+subsequent#BK11>.

- 10 Tako, Prednacrt reforme obligacionog prava (Prednacrt Katala), u čl. 1178, predviđa da je „strana u čijem je isključivom interesu uslov ugovoren slobodna da ga se jednostrano odrekne, sve dok uslov nije ostvaren. Do tog trenutka, strane mogu isto tako, saglasnom voljom, odreći se uslova ugovorenog u interesu svake od njih.“– *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Avant-projet Catala)*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 13. 4. 2016; Sličnu odredbu sadrže i ostali projekti. Vid. npr. čl. 1304–4 *Projet d'Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>

2. O POJMU I DEJSTVIMA ODRICANJA OD USLOVA

Odricanje od uslova (fr. *renonciation à la condition*, eng. *waiver of a condition*) predstavlja izjavu volje koja ima za cilj da ugovor (ili obaveze) njime modifikovane oslobodi dejstava ovakve modifikacije.¹¹ Smisao je, najpre, u tome da se otkloni neizvesnost koju uslov stvara i ugovor učini jednostavnim,¹² kao da uslov nikada nije ni bio postavljen. To bi podrazumevalo da strane mogu zahtevati izvršenje ugovora, uprkos tome što još uvek nije nastupila okolnost koja je odlagala njegova dejstva.¹³ Pored toga, odricanje od uslova ima za cilj da spreči (ili otkloni) nastupanje posledica do kojih bi dovelo osujećenje odložnog uslova. Drugim rečima, ono ima za cilj sprečavanje prestanka ugovora.

U uporednopravnoj teoriji i praksi se mogućnost jednostranog ili sporazumnog odricanja od uslova analizira, zapravo, samo i isključivo u kontekstu dozvoljavanja mogućnosti odricanja od dejstava *osujećenja odložnog uslova*.¹⁴ Ova okolnost bi, naime, po redovnom toku stvari, dovela do prestanka ugovora, te se postavilo pitanje može li se tako nešto sprečiti i održati ugovor na snazi. Nasuprot tome, nesporno je da nije moguće odricanje, niti jednostrano, niti sporazumno, od dejstava *ostvarenja odložnog uslova*. Drugim rečima, odricanjem nije moguće sprečiti da ugovor počne da proizvodi pravna dejstva. Ukoliko bi strane želele da okončaju ugovor koji još nije ni počeo da proizvodi dejstva ili nakon ostvarenja uslova, one to mogu učiniti, ali ne odricanjem od uslova, već samo sporazumnim raskidom.

Imajući u vidu dejstva modifikacije ugovora odložnim uslovom, odricanje od uslova se, zapravo, posmatra kao jednostrano ili saglasno odricanje strana od privilegija koje im takva modifikacija pruža – ukratko, odricanje od prava da se pozovu na činjenicu neostvarenja okolnosti predviđene uslovom i pravne posledice koje se njoj pripisuju.¹⁵ Naime, sve dok traje faza pendencije, strane imaju pravo na istica-

=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id, 13. 4. 2016; J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 277.

11 L. Proksch, *op. cit.*, 344.

12 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 1277; Čl. 1178 st. 2 Prednacrtá Katala.

13 R. Sharrock, *op. cit.*, 227.

14 Vid. i M. Latina, *op. cit.*, 433; V. Wittmann, *op. cit.*, 305.

15 V. Wittmann, *Ibid.*, 304.

nje dilatornog prigovora na zahtev za izvršenje obaveze; takav prigovor prerasta u peremptorni, onda kada dođe do osujećenja uslova. U tom smislu, odricanje od uslova podrazumeva, zapravo, odricanje od prava na isticanje ovih prigovora, bilo kako bi se trenutno ili pak trajno od-
bilo izvršenje ugovora.

U teoriji se, kao što će se videti, „odricanjem od uslova“ označava i slučaj kada do pojednostavljivanja, odnosno, očuvanja ugovora dolazi samo na osnovu jednostrane izjave volje one strane u čijem je interesu uslov ugovoren, ali i slučaj kada do toga dolazi tek saglasnom voljom strana, ako je ugovoren u obostranom interesu. Imajući u vidu uobičajeno definisanje odricanja kao jednostranog akta, izjave volje kojim se pravni subjekt odriče prava (ili privilegije) koju ima ili može steći,¹⁶ u strogom smislu, upotreba termina „odricanje“ se čini neadekvatnom onda kada je potrebna saglasna volja ugovornika da bi to tzv. odricanje od uslova proizvelo pravno dejstvo.¹⁷ Ipak, imajući u vidu da je ustaljen, da ne izaziva nikakvu zabunu, te da je jednostavniji, i u ovom radu će se, uz ovu terminološku napomenu, isti naziv upotrebljavati da označi ono što se, u širem smislu, podrazumeva pod ustanovom odricanja od uslova.

3. KOME PRIPADA MOGUĆNOST ODRICANJA OD USLOVA?

Ponekad se modifikovanje ugovora uslovom čini radi zadovoljavanja interesa obe ugovorne strane, a ponekad je ona posledica insistiranja samo jedne od njih, jer je imala za cilj zadovoljenje samo njenih interesa. Ova činjenica se uzima kao najznačajniji kriterijum utvrđivanja da li je za odricanje od dejstava odložnog uslova dovoljna izjava volje samo jedne strane ili se njoj nužno mora pridružiti i saglasnost druge.

3.1. Odricanje od dejstava odložnog uslova jednostranom izjavom volje strane u čijem je interesu uslov ustanovljen

Onda kada je odložni uslov postavljen *u isključivom interesu* samo jedne ugovorne strane, gotovo je jednoglasan stav da se ova

16 O odricanju više u P. Raynaud, „La renonciation a un droit“, *Rev. trim. dr. civ.*, Paris 1936, 763–809; D. Houtcieff, „Renonciation“, *Rép. civ. Dalloz*, mars 2012; „The doctrine of waiver“, 3 *Mich. L. Rev.* 1904–1905, 9 i dalje.

17 V. Wittmann, *op. cit.*, 303; M. Latina, *op. cit.*, 367.

strana može uslova samostalno odreći.¹⁸ Glavni argument se ogleda u tome da je i sama odredba o uslovu postala deo zaključenog ugovora na insistiranje jedne strane, radi ostvarivanja njenih potreba i zaštite njenih interesa; u suprotnom, ugovor uslovom ne bi ni bio modifikovan. Stoga, smatra se da je neophodna, ali i dovoljna, samo izjava volje te ugovorne strane – druga je, pritom, u tome ne može sprečiti. To ima za posledicu da se može odmah zahtevati izvršenje ugovora, kao da uslov nije ni bio postavljen, te ugovor definitivno počinje da proizvodi svoja dejstva.

Autori koji osporavaju mogućnost jednostranog menjanja prirode ugovora, iz uslovnog u bezuslovni, ističu da, sa izuzetkom potestativnih uslova,¹⁹ nije opravdano da se jednoj strani prizna moć da utiče na nastanak ili opstanak obaveza druge strane.²⁰ Problem se naročito postavlja kod odložnog uslova, gde ne samo da strana u čijem je interesu uslov ugovoren nije dužna da ispuni obavezu dok se uslov ne ispuni, već to nije ni njen saugovarač. Sve i kada je uslov ugovoren u isključivom interesu jedne strane, jednostranim odricanjem ugovor postaje jednostavan, što utiče na položaj obe strane. Nesporno je da je, pristavši na zaključenje uslovnog ugovora, druga strana pristala na mogućnost da do ostvarenja uslova dođe, ali to ne menja činjenicu da je, ujedno, mogla da računa na neizvesnost bar određeno vreme, ili štaviše, na činjenicu da može doći do osujećenja uslova i definitivnog prestanka ugovora, te sa tom idejom preduzimati poslove raspolaganja

18 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 695 i fn. 90; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 1275, fn. 2, 1277; J. S. de Villiers, *op. cit.*, 521; R. Sharrock, *op. cit.*, 227; L. Proksch, *op. cit.*, 342; Đ. Pavlović, *op. cit.*, 88; U slučaju eventualnog spora, da li je dovoljna jednostrana izjava volje o odricanju od (dejstava) uslova, sud se neće baviti pravnim pitanjem, postoji li ugovor, već faktičkim: da li su strane, u trenutku zaključenja ugovora, ugovaranjem uslova imale u vidu interese samo jedne ili, pak, obe strane.

19 O prirodi, punovažnosti i dejstvima potestativnih uslova, više u S. Dabić, „O dejstvima modifikacije ugovora potestativnim uslovom“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, br. 1/2014, 26–41.

20 U čuvenom slučaju *Turney v. Zhilka* iz 1959. godine, Vrhovni sud Kanade je postavio pravilo da, onda kada ostvarenje uslova ne zavisi od ugovorne strane, već volje trećeg ili slučaja, ne postoji mogućnost jednostranog odricanja od uslova. Smatralo se da se time jednostrano nameće *novi ugovor* drugoj strani, što je nedopustivo. Više o tome u „Report on waiver of conditions precedent in contracts“; R. Sharrock, *op. cit.*, 227.

sa trećima.²¹ Drugim rečima, jednom kada je uslovni ugovor zaključen, na sveukupna dejstva uslova oslanja se i druga strana. U tom smislu su autori skeptični po pitanju dovoljnosti jednostrane izjave volje o odricanju, te se pitaju da li se takvoj izjavi ipak mora pridružiti saglasnost druge.²² Ovakvo stanovište je, međutim, manjinsko.

Kada je reč o mogućnosti odricanja od dejstava odložnog uslova u fazi pendencije, u uporednom pravu se gotovo jednoglasno podržava ideja jednostranog odricanja, i to ne samo kada je reč o potestativnom uslovu. Akcenat, naime, nije, niti treba da bude, na činjenici od koga ili čega zavisi ostvarenje uslova, već u čijem je *isključivom interesu* on ugovoren.²³ Strana koja je privilegovana neizvesnošću nastanka ili opstanaka (dejstava) ugovora, trebalo bi da bude ovlašćena da tu neizvesnost samostalno i okonča. Ovo, naročito, dobija smisao ako se prihvati stav da se tada jedino ona može pozivati na pravne posledice osujećenja uslova, a koje se ogledaju u prestanku ugovora.²⁴ Ističu francuski pisci da upravo njoj pripada izbor: ili da sudbinu ugovora prepusti neizvesnosti i zadrži pravo da se pozove na prestanak ugovora usled osujećenja uslova, ili da se te privilegije odrekne.²⁵ U tom smislu se smatra da se jednostranim odricanjem, zapravo, vrši preobražajno pravo strane u čijem je interesu on ugovoren.²⁶

Kao sporno, mnogo se češće, zapravo, postavlja pitanje načina određivanja subjekta kome mogućnost odricanja od uslova pripada. Drugim rečima, određivanje tzv. beneficijara, lica u čijem je interesu uslov postavljen. Ukoliko nije izričito predviđeno kome pripada ova mogućnost,²⁷ predlaže se da treba poći od cilja koji se želeo postići ili zajedničke namere strana pri zaključenju ugovora.²⁸ Ima predloga i da

21 P. Pichonnaz, *Code des obligations I*, Luc Thévenoz (ed.), Franz Werro (ed.), Basel 2006, 832–833.

22 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277 fn. 3; Ima shvatanja da je jednostrano odricanje moguće samo ukoliko je takva klauzula o mogućnosti odricanja izričito predviđena ugovorom. – C. S. Barnett, *op. cit.*, 595.

23 J.S. de Villiers, *op. cit.*, 521–523; L. Proksch, *op. cit.*, 342.

24 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 695 i fn. 88.

25 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277.

26 G. Lancelin, *op. cit.*, 61.

27 Ovo u slučaju da su strane ugovorom odredile. Ponekad se, međutim, to može uočiti i iz odredaba zakona, kao što je slučaj sa čl. 40 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga (*Sl. glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014), odakle proizlazi da je uslov ugovoren u isključivom interesu kupca.

28 Vid. M. Latina, *op. cit.*, 370 i dalje.

bi položaj suda bio olakšan stvaranjem oborivih pretpostavki da se, zavisno od vrste ugovora, određeni uslovi imaju smatrati kao da su postavljeni u korist jedne od strana.²⁹ Tako, kada je ugovor o kupoprodaji zaključen pod odložnim uslovom da kupac dobije dozvolu za gradnju ili da mu bude odobren kredit, trebalo bi smatrati da je uslov ugovoren u isključivom interesu kupca, jer to, najčešće, i jeste slučaj. Dobijanje kredita ili dozvole za gradnju za njega može predstavljati odlučujući motiv za kupovinu, dok je prodavcu važno samo da cena bude plaćena, ne i iz kojih izvora će biti plaćena ili čemu će služiti kupljena stvar.³⁰

Konačno, kada je reč o formi, načinu odricanja, smatra se da odricanje može biti ne samo izričito, već i prećutno – dobrovoljnim izvršenjem obaveze pre ostvarenja uslova. Treba, međutim, skrenuti pažnju: ukoliko je obaveza izvršena od strane onog u čijem je interesu uslov ustanovljen, takav akt bi se mogao tumačiti kao prećutno odricanje od uslova, osim ukoliko je izvršena u zabludi da je uslov ispunjen. Sa druge strane, ima shvatanja da prijem obaveze saugovarača ne znači, nužno, odricanje od odložnog uslova.³¹

3.2. *Odricanje od uslova kada je uslov ugovoren u obostranom interesu*

Kada je uslov postavljen u interesu obe ugovorne strane, jedino se saglasnom voljom ugovornika mogu otkloniti njegova dejstva na zaključenim ugovor,³² jer se tada ne samo jedna, već obe strane mogu pozvati na njih. U uporednom pravu nije sporno da li treba prihvatiti mogućnost sporazumnog eliminisanja uslova iz ugovora. Učiniivši početak ili prestanak dejstava zaključenog ugovora zavisnim od neke okolnosti, strane se nisu definitivno prepustile neizvesnosti koju on

29 *Ibid*, 371–372, posebno fn. 89.

30 V. Wittmann, *op. cit.*, 304. Ukoliko tvrdi suprotno, da je uslov ugovoren u obostranom interesu, prodavac bi morao to da dokazuje, što bi npr. bilo u slučaju kada bi, kao (jedna od) prestacija druge strane, bila izgradnja stana za prodavca.

31 Vid. M. Latina, *op. cit.*, 373–374 i tamo navedenu sudsku praksu; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 1275, fn. 2; V. Wittmann, *op. cit.*, 306.

32 Moglo bi se prihvatiti da je, i slučaju kada je uslov ugovoren u interesu obe ugovorne strane, moguće jednostrano odricanje, ali takvo odricanje ne može učiniti ugovor jednostavnim. Ono vezuje samo stranu koja se uslova odrekla, te se ona ne može pozivati na činjenicu osujećenja uslova. L. Proksch, *op. cit.*, 344.

nosi.³³ Ugovor je proizvod volje stranaka, te kako su neizvesnost stvorile, mogu je i otkloniti. One to, najpre, mogu da učine sporazumnim raskidom ugovora,³⁴ čime i sam ugovor prestaje da proizvodi pravna dejstva. Strane su, međutim, slobodne i samo menjati njegovu sadržinu.³⁵ U tom smislu, ukoliko je ugovorom predviđen rok u kome se uslov ima ispuniti, one ga mogu produžiti, omogućivši na taj način da se uslov ispuni i nakon prvobitno određenog roka. Pored toga, one se mogu osloboditi neizvesnosti na još jedan način – sporazumnim odricanjem od uslova.

Kada je reč o sporazumnom odricanju, kao sporno se jedino postavlja pitanje prirode odricanja: može li se, bez rezerve, reći da su strane *održale ugovor na snazi*, učinivši ga jednostavnim, ili je, pak, reč o *novom ugovoru*? Utvrđivanje identiteta ugovora ima naročit značaj za položaj trećih: da li im se ovakvo potvrđivanje ugovora može suprotstaviti ili ima dejstvo samo *pro futuro*. Francuski Kasacioni sud se izričito izjasnio da odricanje od odložnog uslova ne predstavlja novi ugovor, a u teoriji se kritikuje i stav dela sudske prakse da je reč o novaciji.³⁶ Strane, naime, nemaju nameru da, odricanjem, ugase postojeću obavezu i stvore novu. Naprotiv. Njihova je volja upravo usmerena ka tome da ugovor, sadržinski neizmenjen, izvrše, oslobađajući ga odredbe koja je „paralizovala“ njegova dejstva i koja bi, eventualno, prouzrokovala njegov prestanak. U prilog tome, ako do odricanja može doći i jednostranom izjavom volje – ako se jednostrano ugovor može održati na snazi – nema razloga da se kod sporazumnog odricanja smatra da je reč o novoj saglasnosti volja.

4. VREMENSKO OGRANIČENJE MOGUĆNOSTI ODRICANJA OD USLOVA

Sve dok traje faza pendencije, dok je neizvesno da li će se uslov ostvariti, smatra se da nema prepreka odricanju od uslova. Daleko je kompleksnije pitanje mogu li se strane, jednostrano ili saglasnošću

33 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277.

34 „Ako pravo respektuje volju stranaka u stvaranju prava i obaveza (...) nema razloga da je ne respektuje i u njihovom ukidanju“. – D. Hiber, *Prestanak stvarnog prava*, magistarski rad, Beograd 1982, 303.

35 J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277; M. Latina, *op. cit.*, 367, 376.

36 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 1277 fn. 1.

volja, odreći onda kada dođe do osujećenja odložnog uslova. Mogu li strane, ili samo jedna od njih, da odluče da se ne pozovu na tu činjenicu i zahtevaju (dalje) izvršenje ugovora?³⁷ Drugim rečima, može li ugovor da „preživi“ osujećenje odložnog uslova?

Na prvi pogled, pitanje može da začudi. Da bi došlo do odricanja od uslova, sporazumno ili jednostrano, neophodno je da uslov postoji u trenutku kada se daje izjava volje o odricanju.³⁸ Čineći deo ugovora, odredba o uslovu postoji sve dok postoji ugovor. Sa druge strane, sâm ugovor zavisi od okolnosti predviđene uslovom. Njihova međuzavisnost dovodi do toga da osujećenjem odložnog, odnosno, ostvarenjem raskidnog uslova, istovremeno „sagorevaju“ i ugovor i uslov.³⁹ Kako je, onda, moguće odreći se uslova i zahtevati izvršenje ugovora koji je prestao da postoji?

4.1. *Neprihvatanje mogućnosti odricanja nakon osujećenja odložnog uslova*

Pitanje „preživljavanja“ ugovora usko je povezano sa pitanjem dejstava osujećenja odložnog uslova na zaključen ugovor. Autori koji prihvataju mogućnost odricanja od uslova, izričito navode da se to mora najkasnije učiniti do ovog trenutka – trenutka osujećenja odložnog uslova.⁴⁰ Tada dolazi do automatskog prestanka ugovora, *ipso iure*.⁴¹ Ne samo da nije nužna još neka radnja ugovarača,⁴² već prestanak ugovora ne bi mogao ni da se spreči. Kako se ističe, ne mogu ni obe, a kamoli samo jedna strana, da „udahnu život“ u ugovor koji je prestao da postoji.⁴³ Ukoliko bi strane ignorisale prestanak ugovora i ponašale

37 R. Sharrock, *op. cit.*, 227–228.

38 G. Lancelin, 59.

39 V. Wittmann, *op. cit.*, 302.

40 P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 695.

41 D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva*, S. Petrović i D. Stojanović (redaktori), Kragujevac 1980, 298; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 344; vidi i Odluku Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 3322/99 od 10. 11. 1999, Izbor sudske prakse, Beograd 11/2000, str. 51, gde se uporno tvrdi da prestaje po sili zakona; P. Pichonnaz, *op. cit.*, 844.

42 B. Loza, *op. cit.*, 267.

43 G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, Paris 1902, 76.

se kao da on i dalje proizvodi pravna dejstva, ili se pak izričito saglasile o „odricanju uslova“ nakon nastupanja okolnosti koja je dovela do njegovog prestanka, takvo ponašanje nije nedozvoljeno, ali ne predstavlja odricanje od uslova. Eventualno bi moglo biti reči o „odricanju“ od *posledica* do kojih je osujećenje uslova dovelo.⁴⁴ To se, međutim, ne može smatrati potvrđivanjem ugovora, već novim ugovorom, za šta je potrebna saglasnost druge strane.⁴⁵

I u projektima reforme francuskog obligacionog prava, mogućnost odricanja, jednostrano ili saglasnošću volja, predviđena je samo u fazi pendencije uslova. Nijedan od njih ne pominje mogućnost odricanja nakon ostvarenja raskidnog uslova ili osujećenja odložnog uslova.⁴⁶ Štaviše, u napomeni koja sledi posle čl. 1178 Prednacrta Katala izričito se navodi da nije uputno, a ni bezbedno, predvideti mogućnost odricanja od uslova nakon njegovog (ne)ostvarenja. Smatra se da bi se time izašlo iz domena uslovnih obligacija, te iz tih razloga odredba 1178–1, kojom je takva mogućnost predložena, nije ušla u konačni tekst Prednacrta.⁴⁷

4.2. Relativizacija dejstava osujećenja odložnog uslova na ugovor

Za razliku od većinskog teorijskog stava po kome je mogućnost odricanja od uslova vremenski ograničena, dozvoljena samo u fazi pendencije uslova, u francuskoj sudskoj praksi⁴⁸ se može naići na zna-

44 G. Lancelin, *op. cit.*, 63.

45 H. Kenfack, „La défaillance de la condition suspensive“, Defrénois 1997, art. 36604, 852; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, 1275, fn. 2, 1277 fn. 3.

46 Vid. čl. 1178 Prednacrta Katala; čl. 1304–4 *Projet d'Ordonnance*; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 277.

47 Ove napomene, međutim, nema u kasnijim objavama ovog Prednacrta. O kritici rešenja Prednacrta, po kome je odricanje moguće samo u fazi pendencije, te da ne prati gotovo ustanovljenu sudsku praksu vid. M. Latina, *op. cit.*, 454.

48 Vid. npr. Cass. civ. 3^e, 31 mars 2005, N° 04–11752, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051179&fastReqId=1038508005&fastPos=1>; Cass. civ. 3^e, 26 juin 1996, N° 94–16326, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007038538>; Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2014, N° 12–28836, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028547663>; francuski sudovi su, prvobitno, pronalazili različite načine da pomire, sa jedne strane, ideju o automatskom dejstvu osujećenja odložnog uslova i, sa druge strane, potrebu da se ugovor održi na snazi, uprkos osujećenju. U tom smislu, stvarali su fikciju da

tan broj odluka u kojima se priznaje mogućnost održavanja ugovora na snazi jednostranim odricanjem od posledica osujećenja odložnog uslova.⁴⁹ Sudovi, naime, odstupaju od tradicionalnog shvatanja da osujećenjem odložnog uslova dolazi do prestanka ugovora po automatizmu, već polaze od toga u čijem je interesu uslov ugovoren, ostavljajući odluku o opstanku ugovora toj strani. Ističe se da se ugovaranjem uslova, zapravo, tek rađa⁵⁰ pravo strane, u čijem je interesu uslov ugovoren, da se *pozove* na dejstva osujećenja uslova.⁵¹ Ona, međutim, to ne mora da učini. Drugim rečima, u slučaju da dođe do osujećenja odložnog uslova, strana u čijem je interesu uslov ugovoren može birati da li će se pozvati na prestanak ugovora, kao posledice osujećenja uslova, ili se pak ovog prava odreći i zahtevati izvršenje ugovora.⁵²

Ovakvo rezonovanje predstavlja značajno relativizovanje dejstava osujećenja odložnog uslova na zaključen ugovor: umesto automatskog prestanka ugovora, priznaje se pravo strane u čijem je interesu uslov ugovoren da bira da li će se na to osujećenje pozvati ili će ugovor održati na snazi. Praktično, osujećenje uslova ne dovodi, samo po sebi, do prestanka ugovora već se rađa pravo na njegov prestanak. Stav se, iz-

se ugovor, nakon osujećenja, pretvara u jednostrano obećanje, te lice, u čijem je interesu uslov ugovoren, zadržava mogućnost da iskoristi opciju da ugovor zaključi (*droit d'option*). Vid. M. Latina, *op. cit.*, 434 i dalje; Problem ovakvog objašnjavanja je, međutim, dvostruk: prvo, ako se polazi od toga da ugovor ne može da nadživi osujećenje uslova, kako je onda moguće da ga nadživljava volja jedne strane?; drugo, ukoliko bi ta strana odlučila da zaključi ugovor, tu, svakako, ne može biti reči o održavanju ugovora na snazi, već zaključenju novog.

49 M. Latina, *Ibid.*, 437 i dalje; Pred sudovima se naročito javljalo pitanje dozvoljenosti jednostranog odricanja nakon osujećenja odložnog uslova, ali pre isteka roka ugovorenog za njegovo ostvarenje, na koje je, u više navrata, dat potvrđan odgovor. – P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 695; G. Lancelin, *op. cit.*, 66; R. Sharrock, *op. cit.*, 228; Oslanjajući se na sudsku praksu, jedan broj pisaca kritikuje shvatanje da osujećenje uslova proizvodi svoja dejstva na zaključeni ugovor trenutno, automatski. J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, 274.

50 M. Latina, *Ibid.*, 452.

51 Pored ovog obrazloženja, prisutan je još i stav da osujećenje odložnog uslova zaista dovodi do automatskog prestanka ugovora, ali se, zapravo, preispituje mogućnost njegove ireverzibilnosti. Vid. M. Latina, *Ibid.*, 433–434.

52 Pored toga, smatra se da druga strana, osim kada je uslov ugovoren u obostranom interesu, nema pravo da se pozove na osujećenje odložnog uslova. Vid. M. Latina, *Ibid.*, 439 fn. 316, 444 i dalje; V. Wittmann, *op. cit.*, 304.

među ostalog, argumentuje pozivanjem na nepreciznost odredaba zakona u pogledu uređivanja posledica osujećenja odložnog uslova. FGZ, naime, ne predviđa izričito da osujećenjem dolazi do *automatskog* prestanka uslovnog ugovora.⁵³ Ovo omekšavanje pravila automatskog dejstva uslova na ugovor odnosi se, kao što je već pomenuto, samo na slučaj osujećenja, ne i ostvarenja odložnog uslova. To, zapravo, dovodi do toga da nastupanje ili nenastupanje okolnosti predviđene uslovom ima različit uticaj na sâm ugovor, u zavisnosti od toga da li vodi definitivnom osnaženju ugovora ili njegovom prestanku.⁵⁴ U prvom slučaju, uslov deluje trenutno, automatski, i od toga se ne može odstupiti. U drugom se, pak, slučaju umesto automatskog prestanka, ostavlja mogućnost da ugovor ipak ostane na snazi. U teoriji je ukazano na to da bi odstupanje od automatskog dejstva osujećenja uslova dovelo do pojave tzv. međuperioda⁵⁵ – perioda između faze neizvesnosti i trenutka kada ugovor počinje da proizvodi dejstva – u njemu se ponovo javlja neizvesnost, ali sada u pogledu činjenice da li će ugovor biti održan na snazi.

Svesna ozbiljnih posledica dozvoljavanja mogućnosti jednostranog odricanja i nakon osujećenja uslova, a posebno činjenice da bi to moglo da vodi pravnoj nesigurnosti, nejednakosti strana i zloupotrebama, sudska praksa teži utvrđivanju momenta do kada je očuvanje ugovora na snazi moguće. U slučaju kada su strane odredile rok u kome se uslov ima ispuniti, odricanje je moguće sve do isteka tog roka, uprkos tome što je do osujećenja odložnog uslova došlo i pre ovog momenta.⁵⁶ Ističe se da bi bilo „apsurdno smatrati da je došlo do prestanka ugovora samo zato što kupac nije pribavio određeni kredit u određenom roku, ukoliko je, pre isteka roka, nagovestio prodavcu, izričito ili prećutno, da neće koristiti zaštitu koju mu uslov pruža i da će obezbediti ispunje-

53 V. Wittmann, *Ibid.*, 301.

54 Kako je primećeno, time odgovor na pitanje „da li sam ugovorom vezan“ ne bi više bio „zavisi od toga da li će uslov biti ostvaren“ nego „da, ako se uslov ostvari, a ako se ne ostvari, biće kako odlučim“. M. Latina, *op. cit.*, 436 i fn. 298.

55 *Ibid.*, 446.

56 Ima odluka u kojima su sudovi otišli još korak dalje i priznali mogućnost odricanja od uslova čak i nakon isteka ovog roka, ukoliko se neposredno po isteku roka izjavi volja o odricanju od (dejstava) osujećenja uslova. – R. Sharrock, *op. cit.*, 228.

nje svoje novčane obaveze iz drugih izvora.⁵⁷ Ne smatra se, dakle, da je ugovor prestao da postoji samim osujećenjem uslova, već se ostavlja mogućnost strani u čijem je interesu uslov ugovoren da ga se odrekne do isteka predviđenog roka i time održi ugovor na snazi. Na ovaj način se vodi računa i o interesima druge strane, jer iako je uslov ugovoren u interesu jedne strane, rok u kome se on ima ispuniti predviđen je u korist obe.⁵⁸

Onda kada strane nisu odredile rok za ispunjenje uslova, niti se o njemu može zaključiti iz okolnosti slučaja, do osujećenja uslova dolazi tek onda kada postane izvesno da se uslov neće ispuniti. Odricanje do ovog trenutka je, svakako, moguće. O pravom odstupanju od automatskog dejstva osujećenja uslova na ugovor, zapravo, bilo bi reći tek ukoliko je moguće odricanje nakon ovog trenutka. Ukoliko bi se prihvatio stav da se osujećenjem odložnog uslova samo rađa pravo pozivanja na tu činjenicu, odgovor bi i u ovom slučaju mogao biti potvrđan. Ističe Latina,⁵⁹ položaj druge strane ne bi, nužno i neodređeno dugo, morao biti prepušten milosti saugovarača i njegovoj odluci da li će se svojim preobražajnim pravom koristiti, i to iz dva razloga: prvo, pasivnost saugovarača trebalo bi smatrati prećutnim odricanjem od prava da se poziva na osujećenje; drugo, druga strana uvek može prekinuti ovu nezvesnost i ostaviti određeni rok saugovaraču da se odluči da li će se pozvati na osujećenje uslova, nakon čega će se smatrati da je došlo do odricanja od ovog prava.

Rešenje bi moglo izgledati i drugačije. Prihvatanjem odstupanja od *ipso iure* dejstva osujećenja odložnog uslova na ugovor, te automatskog prestanka ugovora, moglo bi se saugovaraču, koji ima interesa da ugovor ipak proizvede svoja dejstva, samo pružiti mogućnost da u jednom kratkom roku, bez odlaganja, saopšti o tome svoju volju drugoj strani. Njegovo pasivno ponašanje bi se, naprotiv, imalo smatrati za odsustvom volje za očuvanjem ugovora. Dakle, do prestanka ugovora došlo bi u svakom slučaju, osim kada se saugovarač, u čijem je interesu uslov ustanovljen, neposredno nakon osujećenja odložnog uslova izjasni da želi da održi ugovor na snazi. Time bi se, čini se, na

57 *Ibid.*, 229–230.

58 G. Lancelin, *op. cit.*, 67.

59 Latina je jedan od malog broja autora koji podržava mogućnost odricanja nakon osujećenja odložnog, odnosno, ostvarenja raskidnog uslova. M. Latina, *op. cit.*, 457.

najadekvatniji način pomirili suprotstavljeni interesi: interes da ugovor ipak proizvede svoja dejstva, sa jedne strane, i zaštita pravne sigurnosti i interesa druge strane, sa druge.

5. MOGUĆNOST ODRŽAVANJA UGOVORA NA SNAZI U SRPSKOM PRAVU

5.1. Stav teorije, prakse i zakonodavca

Za razliku od francuske i anglosaksonske doktrine, naši autori se nisu bavili pitanjem dozvoljavanja mogućnosti odricanja od uslova, ni u fazi pendencije, ni nakon osujećenja,⁶⁰ niti se sa ovakvim izazovima susretala naša sudska praksa.⁶¹

Opštim odredbama, predviđenim Zakonom o obligacionim odnosima, zakonodavac je postavio samo osnove ovog vida modifikacije ugovora. Njime nije regulisana mogućnost odricanja od uslova, ni pre, još manje nakon njegovog osujećenja. Kada je reč o dejstvima odloženog uslova, zakonodavac reguliše samo slučaj ostvarenja, ne i osujećenja uslova.⁶² Mada u tom pogledu nema čvrstih zakonskih pravila, u

60 Jedini autor koji, makar površno, pominje mogućnost odricanja, i to u odnosu na dejstva ostvarenja raskidnog uslova, jeste Đorđe Pavlović, navodeći da „ugovarač, u korist koga je ovaj uslov ugovoren, može ga se odreći, i strane se mogu saglasiti, da obveznost premda raskinuta, proizvede svoje dejstvo“. Pitanje, međutim, nije dublje analizirano. Đ. Pavlović, *op. cit.*, 88.

61 Treba pomenuti da je, stav sličan onom koji je iznela francuska sudska praksa, izneo i Vrhovni sud Srbije u jednoj svojoj presudi, ali u odnosu na dejstva ostvarenja raskidnog uslova. U njoj je istaknuto da „ugovaranje raskidnog uslova daje mogućnost ugovornoj strani u čijem je interesu taj uslov konstituisan da ugovor raskine, *ako ne odluči da ugovor ostaje na snazi*“, kao i da „raskidni uslov iz člana 74 ZOO nije razlog za ništavost ugovora, već eventualno može biti *razlog za raskid ugovora*.“ (moje naznačavanje) Nije, međutim, jasno da li je ovako uopšten stav o dejstvima raskidnog uslova sud izneo imajući u vidu samo raskidne klauzule, kod kojih je već skrenuta pažnja da je moguće održavanje ugovora na snazi, ili je stav rezultat sveobuhvatne analize raskidnih uslova. Vid. Presudu Vrhovnog suda Srbije, Prev. 103/2005 i Pzz. 14/2005 od 3. 11. 2005. godine, *ParagrafLex*.

62 Vid. čl. 74 st. 2 ZOO; To je, između ostalog jedan od argumenata pobornika prihvatanja mogućnosti odicanja nakon osujećenja. FGZ, naime, ne predviđa izričito da osujećenjem dolazi do *automatskog* prestanka uslovnog ugovora. Vid. V. Wittmann, *op. cit.*, 301.

teoriji i sudskoj praksi je opšteprihvaćeno da tada dolazi do prestanka ugovora *ipso iure*.⁶³

Međutim, iako ne opštim, mogućnost održavanja ugovora na snazi, i to jednostranom izjavom volje, nakon osujećenja odložnog uslova, izričito je predviđena posebnim odredbama Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.⁶⁴ To pravo obezbeđeno je čl. 40 st. 3 ovog zakona, kupcu iz ugovora o kupovini robe, odnosno, pružanju usluga. Naime, ako se zaključenje ovog ugovora uslovi dobijanjem kredita, a kredit na osnovu povezanog ugovora o kreditu⁶⁵ ne bude odobren, ugovor o kupovini robe, odnosno pružanju usluga se raskida, *osim ako lice kome nije odobren kredit odluči da taj ugovor ostane na snazi*. Kao što se može videti, osujećenjem uslova, koje se ogleda u neodobravanju kredita, ne dolazi do automatskog prestanka ugovora. Kupac stiče pravo da, uprkos neostvarenju ove okolnosti koja je bila značajan motiv za zaključenje ugovora, odluči da održi ugovor na snazi. Zakon ne predviđa u kom roku se kupac ima izjasniti o održavanju ugovora na snazi, ali se pretpostavlja da to mora uraditi u što kraćem roku. Stiče se utisak da se naš zakonodavac vodio istim onim razlozima za priznanje mogućnosti jednostranog održavanja ugovora na snazi, uprkos osujećenju odložnog uslova, na koje je ukazano i u francuskoj sudskoj praksi.

5.2. Potencijalni argumenti u prilog opravdanosti ideje o dozvoljavanju mogućnosti odricanja nakon osujećenja odložnog uslova

Ideja o dozvoljavanju mogućnosti sporazumnog, pa i jednostranog, odricanja nakon osujećenja odložnog uslova mogla bi se podržati i opravdati na više načina.

Zadirući u smisao, ideju modifikacije ugovora, naročito onda kada se to čini u isključivom interesu jedne strane, izneti stavovi o prihvatanju ove mogućnosti su i više nego razumljivi. Uslov, odložni

63 D. Stojanović, *op. cit.*, 298; B. Vizner, *op. cit.*, 344; vidi i Odluku Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 3322/99 od 10. 11. 1999, Izbor sudske prakse, Beograd 11/2000, str. 51; Presudu Privrednog apelacionog suda, Pž. 1066/2012(1) od 24. 10. 2012. godine, *ParagrafLex*.

64 Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, (ZZKFU), *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014;

65 Za definiciju povezanog ugovora o kreditu vidi čl. 2 st. 1 t. 19, ZZKFU.

ili raskidni, ne ugovara se sa ciljem da se jednoj ili obema ugovornim stranama pravna pozicija oteža ili njihove mogućnosti ograniče. Naprotiv. Njime se želi obezbeđivanje neke povoljnosti, privilegije koja im ne sleduje po redovnom toku stvari. Ona se, najpre, ogleda u tome da se „zamrzn“ dejstva nekog ugovora sve dok ne nastupi okolnost koja predstavlja važan motiv za jednu ili obe strane da zaključe takav ugovor. Time strane, naime, pokazuju volju da budu ugovorom vezane, ali je u trenutku zaključenja ugovora njihova volja uslovljena ostvarenjem uslova. Pored toga, modifikujući ugovor, strane, ili samo jedna od njih, žele, zapravo, da omoguće sebi izlaz iz njega, na šta ne bi imale pravo, osim sporazumno, da nije uslovljen. Drugim rečima, osujećenje odložnog uslova trebalo bi samo da služi kao prilika da se napusti ugovorni odnos. Nema, međutim, razloga, ili bar ne dovoljno dobrih, da se potpuno isključi mogućnost održavanja ugovora na snazi, ako za to ima interesa. Nesporo je da su uslovom modifikovani ugovori *per definitionem* neizvesni, ali je neizvesnost *sredstvo* kojim strane, ili samo jedna od njih, žele da pribave sebi neku dodatnu mogućnost, a ne *ograničenje* ili *cilj* sam po sebi. Drugim rečima, nije ideja, cilj strana, zaključenje aleatornog ugovora, prepuštanje sudbini, već otvaranje mogućnosti da ostvarenje te buduće, neizvesne okolnosti njima služi kao izlaz iz ugovora koji, potencijalno, ne bi zaključile da je takva okolnost postojala u trenutku njegovog zaključenja.

Čini se da automatski prestanak ugovora, bez ikakve mogućnosti da se on „spase“, zapravo, jedino ima smisla onda kada su tangirani opšti interesi. Ugovorom predviđeni uslovi, međutim, nikada nemaju takvu funkciju. Onda kada postoji potreba zaštite širih interesa, „uslov“ ili preciznije, okolnosti koje dovode do prestanka ugovora, naređeni su samim zakonom.⁶⁶ Ukoliko bi strane istu odredbu predvidele ugovorom, takav „uslov“ „ne bi imao nikakvu ulogu koju ne vrši već sam propis“. ⁶⁷ Zakonodavac, kada predviđa prestanak ugovora, najčešće to čini jer pretpostavlja volju ugovarača ili je želi potčiniti izvesnim ograničenjima.⁶⁸ Ali se tek u ovom drugom slučaju, čini opravdanim da se

66 Kao što je to bio slučaj sa prestankom stanarskog prava po sili zakona. Umetanje navodnika služi da se skrene pažnja da tu, zapravo, nije reč o pravom uslovu – on nije ugovornog, već zakonskog porekla.

67 Autor opisuje tzv. pravne uslove, pretpostavke za nastanak i punovažnost pravnog posla, ali se ista ideja može odnositi i na slučaj kada je samim zakonom predviđen prestanak ugovora. V. Vodinelić, *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 437.

68 Đ. Pavlović, *op. cit.*, 61.

ne dozvoli mogućnost drugačijeg ugovaranja, odstupanja od ovakve posledice, a kamoli održavanja ugovora na snazi. Kada se dovode u pitanje samo privatni interesi, zaštita interesa druge strane, pa i načela pravne sigurnosti i izvesnosti, mogu se obezbediti na taj način što bi se nametnula dužnost strani u čijem je interesu uslov ustanovljen da, ukoliko želi očuvanje ugovora saugovarača o tome, bez odlaganja, obavesti.⁶⁹

Ovakav vid održavanja ugovora na snazi već je prisutan u našem pravu, i ta činjenica, da mu ideja „preživljavanja“ ugovora nije nepoznata, svakako je još jedan važan argument u prilog.⁷⁰

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pitanje dozvoljavanja mogućnosti odricanja, naročito nakon osujećenja odložnog uslova, veoma je delikatno. Sa jedne strane, strogom pridržavanju tradicionalnog shvatanja automatskog dejstva osujećenja odložnog uslova zamera se na krutosti – ono je prepreka na putu da ugovorne strane, zapravo, postignu ono što su imale u vidu ugovaranjem uslova. Smisao modifikacije ugovora nije u ograničavanju, već naprotiv, u kreiranju dodatne privilegije za strane, ili samo jednu od njih. Stoga, njima/njoj treba prepustiti odluku o tome da li će se tom privilegijom koristiti ili nje odreći i sačuvati ugovor. Tu odluku bi, međutim, morala da donese odmah. Ipak, sa druge strane, nesumnjivo je

69 U francuskoj teoriji ima predloga da se faza neizvesnosti produži i nakon ostvarenja uslova. U vezi sa tim, ističe se da druga strana neizvesnost može skratiti time što bi saugovaraču ostavila određeni rok da se izjasni da li će se pozivati na činjenicu da je došlo do ostvarenja ugovora. Jedan od predloga je i da se pasivno ponašanje strane u čijem je interesu uslov ustanovljen tumači kao prećutno odricanje. Vid. M. Latina, *op. cit.*, 457; sličan stav deli i uporedna sudska praksa. Vid. R. Sharrock, *op. cit.*, 228.

70 Zakonodavac, u više navrata, predviđa prestanak ugovora po samom zakonu (vid. npr. odredbe ZOO o fiksnim ugovorima (čl. 125), o neispunjenju ugovora u naknadnom roku (čl. 491), o potpunoj evikciji (čl. 510) ili o prestanku neplaćanjem premije osiguranja (čl. 913)), ali imajući u vidu da se time žele zaštititi samo privatni interesi, ostavlja se mogućnost očuvanja ugovora, i to jednostrana. Iz razloga pravne sigurnosti i izvesnosti, poveriocu se samo nameće dužnost da, ukoliko želi izvršenje obaveze, dužnika o tome, bez odlaganja, obavesti. Do automatskog prestanka ugovora, stoga, ne dolazi u svakom slučaju i neopozivo, već tek ukoliko poverilac ne pokaže nikakvu volju za očuvanjem ugovora.

da se omekšavanjem automatskog dejstva osujećenja uslova, pa makar i sa ciljem očuvanja ugovora, ide na uštrb pravnoj sigurnost i izvesnosti, te „otvara Pandorina kutija“: postojeći problem krutosti rešenja zamjenjuje se stvaranjem novih. Ovakvu mogućnost ne samo da je teško teorijski objasniti, već ona rađa i brojne praktične probleme, a mogao bi joj se prigovoriti i nedostatak zakonske utemeljenosti.

Snežana Dabić, LL.M.

*Junior Faculty Member at the Faculty of Law,
University of Belgrade*

THE WAIVER OF CONDITION PRECEDENT

Summary

The idea of unilateral or mutual waiver of condition precedent is considerably dealt with in comparative law. It has been developed in the court practice and almost universally accepted by the doctrine, when it comes to the waiver pendente conditione. The author dedicates special attention to the possibility of waiver after non-fulfillment of the condition precedent, which created serious debate in legal doctrine. The main question is whether the parties, or just one party for whose benefit the condition was inserted into the contract, could enforce the concluded contract, despite the non-fulfillment of the condition precedent. The strict application of ipso iure effect of the non-fulfillment of the condition precedent and, consequently, termination of the contract is considered as unnecessarily rigid – thus, preventing the parties from achieving what they in fact meant by modifying the contract. However, allowing the exception to this rule, even for the sake of survival of the contract, could pose a serious threat to the legal certainty.

Key words: *Modification of contract. – Condition precedent. – Waiver of condition. – Survival of contract.*

*Dr Žarko Dimitrijević**

*Dr Novak Krstić***

UTICAJ NASLEDNIKA NA TOK I TROŠKOVE IZVRŠNOG POSTUPKA NAKON SMRTI IZVRŠNOG DUŽNIKA***

Budući da sudovi ili javni izvršitelji ispituju samo formalnu valjanost predloga za izvršenje, to se može dogoditi da se dozvoli izvršenje i potom sprovodi na imovini preminulog dužnika. Moguće je i da izvršni poverilac umre u toku postupka izvršenja, a da ta činjenica ne bude poznata javnom izvršitelju do okončanja postupka izvršenja. U slučaju smrti izvršnog dužnika, njegovi naslednici mogu imati interes da ne prijave smrt izvršnog dužnika ali da faktički upravljaju troškovima izvršnog postupka. Autori u radu razmatraju pitanje odgovornosti naslednika za dugove ostavioca i analiziraju pravne mogućnosti koje im stoje na raspolaganju u cilju uticaja na troškove izvršnog postupka. U radu su prepoznati motivi naslednika za evaluaciju postupka izvršenja, a posebno je analiziran interes naslednika da sugerišu predmet i sredstvo izvršenja, čime direktno mogu uticati na troškove izvršnog postupka.

Ključne reči: *Izvršni postupak. – Izvršni dužnik. – Troškovi postupka. – Naslednici. – Odgovornost za dugove.*

1. UVOD

Konceptualne promene koje je doneo novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju¹ primorao je izvršne poverioce da prihvate novu, aktiv-

* Koautor je javni izvršitelj imenovan za područje Višeg i Privrednog suda u Nišu, dimitrijevic.zarko@gmail.com.

** Koautor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, novak@prafak.ni.ac.rs.

*** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine, za koautora doc. dr Novaka Krstića.

1 Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015.

niju ulogu u postupku, i pre samog pokretanja postupka izvršenja. Od poverioca se očekuje da, na osnovu zakonom datih ovlašćenja, pre pokretanja izvršnog postupka u potpunosti raspolaže ličnim podacima izvršnog dužnika. Omogućavanje pribavljanja ličnih podataka izvršnog dužnika od strane poverioca bilo je nužno kako bi se izbeglo odugovlačenje započetog postupka usled nemogućnosti pronalaženja izvršnog dužnika, mogućnosti dostave, pronalaženja stvari i sl. Tehničko sprovođenje, odnosno ostvarivanje datih ovlašćenja je sasvim novo pitanje koje iziskuje posebnu pažnju.

Čak i u sistemu izvršenja u kome se insistira da izvršni poverilac raspolaže mnogobrojnim ličnim podacima izvršnog dužnika (ime, prezime, adresa prebivališta, jedinstveni matični broj građana), pre pokretanja postupka može doći do situacije da izvršni poverilac ne raspolaže podatkom da je izvršni dužnik preminuo, što potencijalni naslednici² izvršnog dužnika, odnosno naslednici utvrđeni pravnosnažnim rešenjem o nasleđivanju, mogu koristiti kako bi uticali na troškove postupka.

Naime, sud, odnosno javni izvršitelj (kod komunalnih potraživanja) ispituju samo formalnu valjanost podnetog predloga za izvršenje, i u tom trenutku ne zna da li je izvršni dužnik živ ili ne.³ Ukoliko je predlog formalno ispravan, izvršenje će biti dozvoljeno. Nakon donošenja rešenja o izvršenju, sledi procedura dostave i postupak sprovođenja (u slučaju izvršenja na osnovu izvršne isprave istovremeno sa dostavom), te je moguće da se izvršenje sprovodi na imovini za koju se veruje da je dužnikova, a da izvršni dužnik više ne postoji kao subjekt u pravu.

Takođe, moguće je da izvršni dužnik premine nakon donošenja rešenja o izvršenju a da o tome javni izvršitelj pravovremeno ne dobije informaciju. U tim situacijama, potencijalni naslednici, pa i naslednici koji su oglašeni rešenjem o nasleđivanju⁴ mogu aktivno upravljati troškovima postupka u zavisnosti od svojih interesa koje žele da ostvare.⁵

2 Izraz „potencijalni naslednici“ može imati višestruko značenje. U ovom radu njime ćemo označavati lica koja očekuju da budu rešenjem o nasleđivanju oglašena za naslednike izvršnog dužnika, pošto je on preminuo.

3 Ako je izvršni dužnik pravno lice, praksa mnogih sudova ali i javnih izvršitelja je da vrše provere preko javnog registra APR-a, te ukoliko u javnom registru stoji naznaka da je izvršni dužnik pravno lice brisan iz registra, sud, odnosno javni izvršitelj odbacuju predlog.

4 U daljem tekstu: naslednici.

5 Jedino ako stranka premine, a potraživanje nije nasledivo, javni izvršitelj će rešenjem obustaviti izvršni postupak (čl. 129, st. 1, tač. 3 ZIO). Raniji Zakon

2. POLAZNE PRETPOSTAVKE

O predlogu za izvršenje odlučuje sud.⁶ Javni izvršitelj odlučuje isključivo o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti.⁷

Izvršenje sprovodi javni izvršitelj⁸ osim u slučajevima kada je isključivo nadležan sud, a to su: zajednička prodaja nepokretnosti i pokretnih stvari, izvršenje činjenja, nečinjenja ili trpljenja (iz čl. 359–367) i izvršenje izvršnih isprava u vezi sa porodičnim odnosima i vraćanjem zaposlenog na rad.

Podatke o imovini izvršnog dužnika može tražiti poverilac lično ili javni izvršitelj.⁹ Ukoliko se tačni podaci dostave javnom izvršitelju od strane zainteresovanih lica (potencijalnih naslednika na primer), dalje traganje postaje izlišno.

Izvršitelj samostalno odlučuje o predmetu i sredstvu izvršenja, ukoliko je izvršni poverilac predložio izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika.¹⁰

Javni izvršitelj može odbiti postupanje u predmetu,¹¹ a izvršni poverilac može naznačiti da želi da sprovođenje izvršenja nastavi drugi izvršitelj umesto već određenog.

o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 99/2011 – dr. zakon) propisivao je da će se postupak obustaviti i ukoliko umre stranka koja nema naslednika. Budući da je Republika Srbija poslednji prinudni zakonski naslednik, i da ona mora da nasledi kada nema drugih naslednika, navedeno rešenje ranijeg zakona kritikovano je u teoriji, pa je i izčezlo u važećem zakonu. N. Bodiroga, „Izvršni postupak za naplatu potraživanja po osnovu izvršnih komunalnih i sličnih usluga“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2012, 223.

6 Čl. 3, st. 3 ZIO.

7 Reč je o rešenju o izvršenju, a ne o rešenju koje ima dejstvo rešenja o izvršenju.

8 Čl. 4, st. 1 ZIO.

9 Čl. 31 ZIO.

10 Čl. 58, 66 i 67 ZIO.

11 Čl. 140 ZIO.

3. UKRATKO O ODGOVORNOSTI NASLEDNIKA ZA DUGOVE OSTAVIOCA

Kada ostavilac/izvršni dužnik umre, njegove imovinske obaveze se ne gase. Budući da osim prava, podobnih i slobodnih za nasleđivanje, pravnih stanja i pravnih moći, zaostavštinu čine i obaveze ostavioca koje su nasledive,¹² na univerzalne sukcesore ostavioca/izvršnog dužnika prelaze i njegovi dugovi,¹³ kao i odgovornost za njih.¹⁴ Zakonski, zaveštajni i nužni naslednici, čije je pravo na nužni deo stvarnopravnog (naslednopravnog karaktera),¹⁵ odgovaraju za dugove ostavioca samo do visine aktive zaostavštine koja je naslediva,¹⁶ odnosno, svako od njih pojedinačno do vrednosti svog naslednog dela.¹⁷ Odgovornost

- 12 B. Blagojević, *Nasledno pravo SFRJ*, Beograd 1964, 20–23; N. Stojanović, „Zaostavština i novi Zakon o nasleđivanju Republike Srbije“, *Gradanska kodifikacija*, sv. 4, Niš 2004, 153–154; S. Svorcan, *Nasledno pravo*, Kragujevac 2006, 21; O. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2009, 64–65.
- 13 O tome da li obaveze ostavioca prelaze na naslednike, ili oni samo odgovaraju za njih, detaljnije: N. Gavella, „Nastavljanje obveznih odnosa nakon dužnikove smrti, u svetlu odredaba Zakona o obveznim odnosima“, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–5/1978, 536–540.
- 14 *Ibid.*, 541–542.
- 15 N. Stojanović, „U kojoj meri propisi o nasleđivanju Republike Srbije štite ostaviočeve poverioce“, *Pravni život*, 11/2007, 615. Iz čl. 41, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije – ZON (*Službeni glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003 i 6/2015), proizlazi da nužni naslednici za dugove ostavioca odgovaraju samo vrednošću koja premašuje vrednost njegovog nužnog dela.
Suštinski, nužni naslednici čije je pravo na nužni deo obligacionog karaktera i koji u odnosu na zaostavštinu imaju položaj poverioca, ne odgovaraju za dugove ostavioca, jer će im protivvrednost nužnog dela biti isplaćena tek po namirenju ostaviočevih poverilaca, ali trpe posledice njihovog namirenja, jer im može biti isplaćena samo ona vrednost koja u zaostavštini ostane nakon isplate poverilaca. U tom smislu: O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd 1996, 225.
- 16 *Ibid.*, 87.
- 17 Čl. 222 ZON. U našem zakonodavstvu, kao pravilo je postavljeno da naslednici za dugove ostavioca odgovaraju predmetno neograničeno, a vrednosno ograničeno (odgovornost *pro viribus hereditatis*). Samo u pojedinim situacijama (kada je postavljen staralac zaostavštine ili izvršilac zaveštanja, u slučaju *separatio bonorum* i kada su naslednici postavljeni pod uslovom ili rokom, kada obavezu isplate duga ima naslednik koji je u položaju plodouživaoca na zaostavštini), propisana je predmetno i vrednosno ograničena odgovornost (odgovornost *cum viribus hereditatis*). Naslednici mogu odgovarati i neograni-

naslednika u odnosu prema ostaviočevim poveriocima je solidarna, dok je u internom odnosu ona omeđena vrednošću onoga što su iz zaostavštine stekli, ako iz zaveštanja ne sledi nešto drugo.¹⁸ Ipak, iako svi sanaslednici odgovaraju za ostaviočeve dugove od trenutka njegove delacije, *ex lege*, naslednik se može „osloboditi“ odgovornosti ukoliko se do okončanja prvostepenog postupka za raspravljanje zaostavštine odrekne nasleđa, jer odricanje od nasleđa deluje *ex tunc*.¹⁹

Budući da za dugove ostavioca odgovaraju i svojom i nasleđenom imovinom, to poverioci mogu da zahtevaju izvršenje i na stvari koju naslednik nije stekao nasleđivanjem, a ne samo na stvarima iz zaostavštine. Pri tome, treba imati u vidu da odgovornost naslednika nije uslovljena donošenjem rešenja o nasleđivanju, budući da obaveza isplate dugova postoji i kada je rešenjem obustavljen ostavinski postupak jer u zaostavštini nije bilo nepokretnosti, a niko od naslednika nije tražio nastavljjanje postupka i raspravljanje zaostavštine.²⁰ Naše pravo ne poznaje institut ležeće zaostavštine (*hereditas iacens*), te na naslednike u trenutku smrti ostavioca, po sili zakona, prelaze i prava, ali i dugovi koje je ostavilac imao.²¹

S obzirom da troškovi izvršenja nakon smrti izvršnog dužnika padaju na njegove naslednike, koji su u konačnom dužni da ih izmire, oni su zainteresovani da utiču na troškove postupka izvršenja, i to kako oni čije je nasledničko svojstvo utvrđeno pravnosnažnim ostavinskim rešenjem, tako i potencijalni naslednici, koji očekuju da će rešenjem, koje treba da bude doneto, biti oglašeni naslednicima. Ovo naročito iz razloga što poverioci ne moraju da čekaju da se zaostavština raspravi, da bi naplatili svoja potraživanja, već isplatu mogu tražiti od svakoga

čeno za dugove ostavioca (odgovornost *ultra vires hereditatis*), međutim takva raspolaganja mogu pobijati njihovi poverioci putem *Actio Pauliana*, ukoliko bi time ugrozili mogućnost da oni naplate svoje potraživanje od naslednika. Više: N. Stojanović, *Naslednička zajednica*, Niš 2009, 90–93; D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2015, 330–331.

18 Čl. 224 ZON.

19 Čl. 223 ZON. Valja naglasiti da u slučaju odricanja od nasleđa u korist sanaslednika, prvopozvani naslednik ne gubi nasledničko svojstvo, niti njegova odgovornost za ostaviočeve dugove prestaje. O. Antić, Z. Balinovac, *op. cit.*, 563; N. Krstić, „Određivanje veličine nužnog dela“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 65/2013, 444.

20 U tom smislu: D. Đurđević, *op. cit.*, 331.

21 Čl. 212 ZON.

ko se ponaša kao nasljednik (premda u konačnom samo definitivni nasljednik odgovara za dugove i snosi troškove).²² Svakako, problem može biti u tome što ni potencijalni nasljednici, niti poverioci ostavioca, ne mogu sve do pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju biti sigurni ko su definitivni nasljednici, samim tim ni protiv koga može biti usmeren zahtev za namirenje potraživanja²³ (zbog mogućnosti odricanja od nasleđa, utvrđivanja nemogućnosti nekog naslednika da nasledi u konkretnom slučaju, usled činjenice da je ostavilac zaveštanjem rasporedio zaostavštinu, što će biti poznato tek nakon proglašenja zaveštanja, itd.).

4. TROŠKOVI DO DONOŠENJA REŠENJA O IZVRŠENJU

Podnošenje predloga za izvršenje predstavlja ekonomski šok za svakog poverioca. Naime, prilikom zasnivanja ugovornog odnosa, poverilac kao ugovarač ne bi zaključio ugovor da je sa sigurnošću mogao da pretpostavi da dužnik, odnosno drugi ugovarač, neće ispuniti svoju obavezu. S tim u vezi, vrlo je verovatno da nije planirao finansijska sredstva koja bi stavio na raspolaganje u slučaju spora sa ugovaračem, odnosno docnije, u postupku – sa izvršnim dužnikom. Ekonomski trošak poverioca se na kraju uvek prevlađuje na dužnika, ali je, pre svega, poverilac dužan da predujmi troškove izvršnog postupka.²⁴ Ukoliko to ne učini u roku koji mu je odredio sud ili javni izvršitelj, izvršni postupak se obustavlja.²⁵

Planiranje budžeta za finansiranje postupka se obično dešava u kasnijoj fazi, kada poverilac iscrpi sve mogućnosti za tzv. dobrovoljno namirenje obaveze. Izvršni postupak se uvek javlja kao krajnja mera, kada se na drugi način potraživanje ne može naplatiti. „U većini slu-

22 M. Kreč, Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Zagreb 1964, 497.

23 D. Živojinović, „Odgovornost naslednika za dugove ostavioca“, *Glasnik prava, knj.* 6, 1997, 111.

24 U praksi se dešava i da poverilac proceni da ne može ili da veoma teško može naplatiti potraživanje, te odlučuje da odustane od pokretanja postupka izvršenja, budući da postoji opasnost da ostane i bez sredstava koja je dužan da predujmi kako bi se postupak izvršenja pokrenuo.

25 Čl. 33, st. 4 ZIO. Navedeno ne važi samo ako je izvršni poverilac oslobođen od plaćanja sudske takse.

čajeve poveriocu nije poznato da li dužnik uopšte ima nešto u svojoj imovini, ili ako u toj imovini postoje neke pokretne i nepokretne stvari da li su one opterećene pravima trećih lica sa prioriternim pravom namirenjem (zaloga, hipoteka) ili pravima trećih lica koji umanjuju vrednost (unovčenja) ovih stvari (na primer, ploduživanje, (stanarska) prava zaštićenih stanara) ili pravima koja sužavaju krug potencijalnih kupaca (na primer, dužnikova nepokretnost je data u dugoročni zakup ispod tržišne cene). Otuda, poverilac nije spreman da predujmi ukupne troškove postupka na samom početku.²⁶

Na ovom mestu treba napomenuti da eventualno pokretanje postupka posredovanja, odnosno medijacije, nije uslov za pokretanje izvršnog postupka i da troškovi medijacije ne ulaze u troškove izvršnog postupka, ali se svakako mogu pripisati ekonomskom efektu spornog potraživanja. Da li postupak medijacije može dati efekta i da li uopšte pokretati postupak medijacije – ceni svaki poverilac. Imajući u vidu dužnost izvršitelja da posreduje između stranaka radi postizanja sporazuma,²⁷ realno je očekivati popularizaciju postupka posredovanja pre pokretanja samog izvršnog postupka, jer bi u tom slučaju rešenje spornog odnosa iziskivalo znatno manje troškove.

Tehnika izrade predloga za izvršenje, po pravilu, ne bi trebalo da prouzrokuje troškove. Poverilac se može opredeliti da predlog za izvršenje sastavi sam ili da izradu predloga poveri stručnom licu – advokatu. Ukoliko se izvršni poverilac opredeli za samostalno sastavljanje predloga za izvršenje, mora voditi računa o izričitim odredbama o odbacivanju predloga za izvršenje,²⁸ u kom slučaju neće moći da naplati nastale troškove od izvršnog dužnika. S druge strane, ukoliko predlog za izvršenje sačini stručno lice – advokat, poverilac će neminovno imati troškove za sastavljanje predloga.

Zakonom je propisano pravilo da se rešenjem o izvršenju određuju sva predložena sredstva i predmeti izvršenja.²⁹ Kada se predmet i sredstvo izvršenja predlože prilikom same inicijacije postupka, javni izvršitelj nema pravo da samostalno promeni predmet i sredstvo izvr-

26 N. Tešić, „Identitet predmeta izvršenja – osnov za utvrđivanje troškova postupka“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 1/2015, 257.

27 Čl. 137 ZIO.

28 Čl. 61, 393 i 395 ZIO.

29 Čl. 57 ZIO.

šenja bez predloga izvršnog poverioca.³⁰ Sastavljanje novog podneska radi promene predmeta i sredstva izvršenja stvara poveriocu (time i dužniku) nove troškove.³¹ Alternativa jeste nabranje svih predmeta i sredstava izvršenja, pod uslovom da je izvršnom poveriocu dobro poznata imovinska slika izvršnog dužnika, što najčešće nije slučaj.

Sledeća mogućnost jeste navođenje u predlogu za izvršenje da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika. Međutim, ova mogućnost postoji samo u slučaju izvršenja radi naplate novčanog potraživanja na osnovu izvršne isprave.³²

Najnovijim izmenama Zakona o sudskim taksama³³ zakonodavac je minimizirao troškove dozvole izvršenja od strane suda, što ide u korist kako izvršnog poverioca, tako i izvršnog dužnika.

Naslednici izvršnog dužnika na troškove početne faze postupka gotovo da ne mogu da utiču. Lica koja bi bila pozvana na nasleđe u slučaju smrti ostavioca bi eventualno mogla izmirenjem duga da preduprede troškove izvršenja, međutim vrlo je česta situacija da naslednici i ne znaju za obaveze koje je ostavilac imao prema trećim licima. Često, naslednici saznaju za dugove ostavioca tek kada steknu faktičku vlast nad imovinskim dobrima ostavioca (npr. kada uđu u posed nepokretnosti).

Naime, u praksi se dešava da pismeno koje se upućuje poštom od strane javnog izvršitelja prime naslednici ostavioca i da u njegovo

30 Čl. 58 ZIO.

31 U praksi je sporno da li su troškovi sastavljanja podneska za promenu predmeta i sredstva izvršenja nužni trošak za poverioca. Naime, poverilac već u samom predlogu za izvršenje može navesti više sredstava i predmeta izvršenja te u tom smislu ima mesta tumačenju da promena sredstva i predmeta izvršenja u toku trajanja samog postupka sprovođenja nije nužna. U prilog tumačenju da podnesak kojim se traži promena predmeta i sredstva izvršenja u toku trajanja sprovođenja postupka nije nužna ide i ciljno tumačenje odredbe čl. 66. st. 2 ZIO, koja eksplicitno utvrđuje dužnost javnog izvršitelja da odredi predmet i sredstvo izvršenja ukoliko je izvršenje traženo na celokupnoj imovini izvršnog dužnika. Izvršni postupak po svojoj prirodi treba da bude brz i ekonomičan i ne treba da predstavlja model za stvaranje novih troškova postupka koji će se staviti na teret izvršnog dužnika. Opozit ovakvom mišljenju jeste i činjenica da ukoliko izvršni dužnik plati dugovani iznos, odnosno izvrši utvrđenu obavezu, dalji troškovi postupka neće ni nastati.

32 Čl. 60 ZIO.

33 Zakon o sudskim taksama, *Službeni glasnik RS*, br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – dr. zakon, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – dr. zakon, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014 i 106/2015.

ime potpišu povratnicu, iako je reč o ličnoj dostavi. JP Pošta Srbije, preko koje se vrši dostava, vraća povratnicu sa potpisom, te javni izvršitelj smatra da je izvršni dužnik primio lično, što često nije slučaj.³⁴

Ukoliko JP Pošta Srbije vrati neuručeni koverat sa naznakom „umro“, javni izvršitelj će *ex officio* zatražiti podatak od nadležnog organa (po pravilu, matične službe) o eventualnoj smrti izvršnog dužnika, te će nakon dobijanja potvrde o smrti, postupak biti prekinut.

Dakle, u slučaju da je naslednicima uručeno rešenje o izvršenju, odnosno zaključak o sprovođenju izvršenja, naslednici mogu, u zavisnosti od procene svojih interesa, da dostave dokument kao dokaz o smrti ostavioca, na osnovu koga bi se odredio prekid postupka, ili mogu da prečute činjenicu smrti izvršnog dužnika, u kom slučaju bi došlo do sprovođenja izvršenja.

5. SPROVOĐENJE IZVRŠENJA

Faza sprovođenja izvršenja ne započinje dostavljanjem predmeta nadležnom javnom izvršitelju, odnosno istekom roka za dobrovoljno plaćanje, u slučaju u kome je izvršitelj nadležan za donošenje rešenja o izvršenju, već preduzimanjem prve izvršne radnje.³⁵ Iako pravnosnažnost rešenja o izvršenju nije uslov za sprovođenje izvršenja, radi prodaje pokretnih stvari i prodaje nepokretnosti neophodno je da rešenje postane pravnosnažno.³⁶ Bez obzira na predloženo sredstvo izvršenja, ili izabrano od strane javnog izvršitelja (ukoliko je izvršenje određeno na celokupnoj imovini), poverilac će snositi troškove preduzimanja tih radnji.

Najveća novina koja bitno utiče na troškove izvršnog poverioca jesu troškovi pružanja policijske pomoći i preduzimanja policijskih radnji po zahtevu ili naredbi suda ili javnog izvršitelja. Naime, do stupanja većine odredaba novog ZIO na snagu, javni izvršitelj je tražio asistenciju policije ukoliko je prilikom sprovođenja izvršenja naišao na aktivan ili pasivan otpor izvršnog dužnika ili trećih lica koja su ometala sprovođenje izvršenja. Policija se, gotovo bez izuzetaka, odazivala pozivima

34 Navedeno je naročito često u malim mestima, gde je do izvršnih dužnika teško doći, pa se u praksi dostava često vrši preko centralnog mesta dešavanja (najčešće prodavnice, „zadrug“).

35 Čl. 136, st. 1 ZIO.

36 Čl. 135, st. 2 ZIO.

izvršitelja, bez obzira na probleme vezane za unutrašnju organizaciju: nedostatak ljudstva, nedostatak materijalnih sredstava, i sl. Izvršni poverilac je imao obavezu predujmljivanja troškova izlaska na teren izvršitelja, bravara, šintera, nosača, vozača, kao i troškove transporta opisanih sredstava ukoliko se stvari poveravaju na čuvanje nekom drugom licu a ne izvršnom dužniku, odnosno ukoliko je reč o predaji stvari izvršnog dužnika nakon prodaje. Takođe, vrlo često je poverilac snosio troškove skladištenja stvari, i, nakon toga, troškove eventualnog uništenja stvari.³⁷ Izvršni poverilac nije imao obavezu snošenja troškova pružanja policijske pomoći, jer se isti nisu naplaćivali. Međutim, novi zakon uvodi finansijske olakšice u pogledu obaveze dostave podataka – sada se dostavljaju bez naknade,³⁸ ali ovlašćuje nadležnu organizacionu jedinicu MUP-a da u slučaju pružanja policijske pomoći ili preduzimanja policijske radnje, dostavi obračun troškova javnom izvršitelju, koji jesu troškovi izvršnog postupka. Koliki će biti troškovi pružanja policijske pomoći i da li će uopšte biti nužni, pitanje je na koje se unapred ne može znati odgovor, ali se može pretpostaviti da će u velikoj većini slučajeva asistencija policije biti neophodna.

U pogledu ostalih predmeta i sredstava izvršenja, novi ZIO ne usvaja rešenja koja će bitno promeniti način budžetiranja troškova u odnosu na prethodno važeći zakon. Međutim, imajući u vidu da se tokom sprovođenja izvršenja može pokušati sa više sredstava, odnosno predmeta izvršenja, moguće je da troškovi daleko prevaziđu prikupljena sredstva unovčenjem imovine izvršnog dužnika, što svakako ne ide u korist poverioca, niti je to bio smisao zakona. Stoga je nužno, da bi se izbegao rizik nemogućnosti naplate i samih troškova postupka, pre samog podnošenja predloga, izvršiti evaluaciju imovnog stanja izvršnog dužnika.

Naslednici se direktno mogu uključiti u postupak iako to zakon izričito ne propisuje. Naslednici mogu odlučiti da se ne protive sprovođenju izvršenja. Mogu javnom izvršitelju dostavljati podatke o imovini izvršnog dužnika kako bi traganje za imovinom učinili jeftinijim, i takođe mogu predlagati sredstva i predmete izvršenja i aktivno se uklju-

37 Reč je o situaciji u kojoj nije moguće prodati stvari, a ne postoji način da se stvari vrate izvršnom dužniku, niti ima drugih sredstava iz kojih je moguće naplatiti troškove uništenja (najčešće kod zaloge na zalihama kvarljive robe: prehrambena roba, alkohol, bezalkoholna pića...).

38 Trošak izrade zahteva i dostavljanja istog državnom organu i dalje predstavlja trošak u izvršnom postupku.

čiti u proces evaluacije dužnikove imovine i njenog unovčenja, a sve u cilju sprečavanja njenog obezvređivanja u izvršnom postupku i cilju smanjenja troškova.

6. EVALUACIJA IMOVNOG STANJA IZVRŠNOG DUŽNIKA

Evaluaciju imovnog stanja izvršnog dužnika mogu vršiti javni izvršitelj (u toku postupka) i izvršni poverilac (pre i u toku postupka), ali svoj doprinos mogu dati i naslednici. Pojačana aktivnost javnog izvršitelja se pretpostavlja ukoliko je dozvoljeno izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika. Javni izvršitelj ima indirektan pristup elektronskoj centralnoj bazi Narodne banke Srbije o otvorenim računima izvršnih dužnika, kao i objedinjenoj elektronskoj bazi obaveznog socijalnog osiguranja. Takođe, može da se obraća organima i nadležnim institucijama radi dobijanja podataka o izvršnom dužniku. Nažalost, izvršitelji još uvek nemaju zajedničku bazu podataka, ali se u bliskoj budućnosti očekuje formiranje CMS-a (*Central Management System*) koji će stvoriti tehničke preduslove za formiranje zajedničke baze podataka o izvršnim dužnicima. Naravno, uslov za njeno formiranje, korišćenje i upravljanje podacima jeste propis koji bi direktno na to upućivao. Ako se uzmu u obzir uštede u izvršnom postupku, koje bi se na taj način ostvarile, donošenje takvog propisa je vrlo celishodno.

Osim javnog izvršitelja, evaluaciju može vršiti i sam poverilac. Međutim, poverilac može vršiti evaluaciju isključivo ukoliko poseduje izvršnu ispravu. Dakle, nije moguće da izvršni poverilac direktno vrši sveobuhvatnu evaluaciju ukoliko nije reč o izvršenju na osnovu izvršne isprave. Novi ZIO daje pravo izvršnom poveriocu da se obrati državnim organima, imaocima javnih ovlašćenja, drugim pravnim licima i preduzetnicima (u daljem tekstu: obveznicima davanja podataka), radi dobijanja podataka o imovini izvršnog dužnika,³⁹ ali pod uslovom da tom prilikom priloži izvršnu ispravu. Propis je obavezao sve obveznike davanja podataka da poveriocu besplatno dostave sve podatke koje su dužni da dostave i javnom izvršitelju.⁴⁰ Stoga, poverilac ima tri mogućnosti koje se, u finansijskom smislu, bitno razlikuju.

39 Čl. 31 ZIO.

40 Postoji izuzetak u pogledu dostavljanja podataka iz poreske prijave za poslednje tri godine.

Prvo, poverilac može sam da se obraća nadležnim obveznicima davanja podataka i da na taj način istražuju imovinu. To je ujedno i najjeftinija evaluacija. Poverilac se može za svakog izvršnog dužnika obratiti nadležnom davaocu i besplatno dobiti sva obaveštenja. Troškove koje bi tom prilikom imao, bili bi manipulativnog karaktera. Naravno, ostaje uslov da je reč o izvršenju na osnovu izvršne isprave.

Drugo, poverilac može da angažuje stručno lice, odnosno advokata za vršenje evaluacije. Advokat naplaćuje svoje usluge u skladu sa advokatskom tarifom, koji troškovi mogu biti priznati u postupku izvršenja samo ukoliko poverilac dokaže da su bili nužni za vođenje izvršnog postupka.

Treća mogućnost jeste opredeljivanje da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika i da se postupak evaluacije u potpunosti prepusti izvršitelju. Svi troškovi koji nastanu u postupku pred izvršiteljem naplatiće se od izvršnog dužnika, pod uslovom da poverilac podnese zahtev za naknadu troškova.⁴¹

Druga i treća mogućnost su jedino moguće za tzv. komunalna potraživanja, kojih je u pravnom životu najviše.

U praksi je najčešći slučaj da izvršni poverioci kombinuju navedene mogućnosti, kako bi na što bolji način upravljali sopstvenim resursima, ali i planiranim troškovima. Takođe, izvršni poverioci vrše evaluaciju samog postupka, dakle procenu njegovog trajanja, efikasnosti, procenat naplate, i sl.

Osim izvršnog poverioca i javnog izvršitelja, evaluaciju mogu pomoći i naslednici izvršnog dužnika. Naime, njima je u interesu da troškovi postupka i krajnji iznos, koji će se prevaliti na njih nakon nastavka postupka, budu što niži. Međutim, iako imaju mogućnost plaćanja duga, i indirektne evaluacije imovnog stanja, do pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju potencijalni naslednici formalno ne mogu uticati na tok postupka. Predlaganje predmeta i sredstava izvršenja može biti samo u cilju zaštite imovine, ali se nikako ne može smatrati upravljanjem postupkom od strane ovlašćenih lica. Jedino pravno sredstvo koje naslednici mogu legitimno da ulože u izvršnom postupku jeste zahtev za otklanjanje nepravilnosti, i to na okolnost da nije određen prekid postupka.⁴²

41 Čl. 34 ZIO.

42 Čl. 148 ZIO.

7. EVALUACIJA POSTUPKA IZVRŠENJA

Novi ZIO je ostavio mogućnost poveriocu da se do određenog roka⁴³ opredeli da li će se postupak sprovođenja izvršenja nastaviti pred sudom, odnosno pred javnim izvršiteljem.

Izvršni poverioci su na taj način bili dovedeni u položaj da izaberu dokazano u praksi, efikasnije izvršenje (ali inicijalno skuplje) ili da donesu odluku da predmeti ostanu u sudu (pa čak i za predmete u kojima sud godinama vrši sprovođenje).

Praksa je za četiri godine rada izvršitelja pokazala da su izvršitelji mnogo efikasniji u odnosu na sud, i da mnogo brže okončavaju predmet. Takođe, procenat naplate izvršitelja je veći nego procenat koji je imao sud, a prosečno vreme trajanja postupka pred izvršiteljem je daleko kraće. Čini se da je odluka poverilaca, imajući u vidu ove pokazatelje, trebalo da bude laka. Međutim, praksa je pokazala da se veliki broj poverilaca odlučivao da ipak ne poveri sprovođenje izvršenja javnim izvršiteljima, kada su u pitanju stari predmeti.

Razlozi su verovatno subjektivne prirode, ali ono što se može smatrati objektivnim razlogom jeste nemogućnost evaluacije budžeta za svaki konkretni predmet, naročito ako se uzmu u obzir odredbe na osnovu kojih se predmeti započeti po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine sprovedu u skladu sa tim zakonom.

Drugi mogući razlog jeste činjenica da u mnogim predmetima sud godinama nije mogao da dođe do naplate (ukoliko je reč o novčanim potraživanjima), te je uvreženo shvatanje da je malo verovatno da će javni izvršitelj moći da naplati potraživanje. Međutim, statistički izveštaji pokazuju veliki procenat naplate javnih izvršitelja baš u tim predmetima i to bilo da je reč o predmetima iniciranim predlogom za izvršenje nakon stupanja na snagu ZIO iz 2011. godine ili po nekom od ranijih zakona koji regulišu postupak izvršenja (čak i pre vođenja predmeta u AVP sistemu sudova⁴⁴).

Razlog koji se često ističe na javnim diskusijama jeste pad cena pokretnih i nepokretnih stvari koje su služile kao predmet zaloge. Naime, u trenutku kada je nastajalo potraživanje, poverilac je za obezbeđenje svoga potraživanja prihvatao stvari i prava po cenama koje su

43 Do 1. 7. 2016. godine, videti čl. 547 ZIO.

44 Sistem automatskog vođenja podataka je u sudovima u Srbiji uveden sredinom 2010. godine.

važile u tom momentu. Ako je cena založenih stvari i prava drastično bila niža u trenutku u kom su za stare predmete poverioci bili primorani da se opredele za sud, odnosno javnog izvršitelja, poverilac je bio motivisan da predmet ostavi na sprovođenje sudu jer će, zbog tromosti sistema, dok dođe do naplate, cena porasti, a s druge strane, visina troškova se neće srazmerno povećati.

Moguća je i situacija da cena padne na još niži nivo, ali i sa trenutnom cenom poverilac je svakako na velikom gubitku.

U svakom slučaju, potencijalni naslednici su iz ove faze postupka bili apsolutno isključeni. U praksi se pokazalo da su mnogi izvršni dužnici verovali da do naplate duga nikada neće ni doći (usled protoka velikog broja godina). Izvršni dužnici, odnosno njihovi naslednici, iz tih i sličnih razloga nisu ni bili motivisani da utiču na tok, odnosno troškove postupka, te ne čudi što se njihova zainteresovanost javlja tek u fazi u kojoj su određeni predmet i sredstvo izvršenja, odnosno u fazi kada se intenzivira rad po konkretnom predmetu izvršenja.

8. PREDMETI I SREDSTVA IZVRŠENJA

Od trenutka smrti ostavioca do pravnosajnosti rešenja o nasleđivanju često protekne više godina. Naslednicima ne odgovara dugogodišnje čekanje na izmirenje obaveza, jer za sve to vreme raste kamata na dugovani iznos, što *de facto* umanjuje vrednost aktive zaostavštine koju treba da naslede. Stoga, naslednici često ne žele da se postupak izvršenja prekine, već žele da upravljaju troškovima postupka.

Sugerišući predmet i sredstvo izvršenja, naslednici mogu direktno da na njih utiču. Sprovođenje izvršenja na pokretnim stvarima i nepokretnostima su tradicionalno najskuplja sredstva izvršenja, jer iziskuju najveće napore i podrazumevaju čitav niz procedura. Da bi se prodala pokretna stvar ili nepokretnost mora se obezbediti pravosnažnost rešenja. Nadalje, neophodno je iste proceniti i oglasiti njihove prodaje. Mora se obezbediti njihovo razgledanje, na poziv zainteresovanih lica, i nakon toga u zakazanom terminu voditi postupak nadmetanja potencijalnih ponuđača. Sve ove radnje iziskuju vreme i angažovanje više lica, što neminovno utiče na iznos troškova postupka.

Izvršenje na gotovini, novčanim sredstvima, potraživanjima izvršnog dužnika su daleko jeftinija sredstva izvršenja i njihovim pred-

laganjem, dostavljanjem adekvatne dokumentacije, naslednici direktno mogu uticati na očuvanje imovine koju mogu naslediti. Izvršni poverilac će gotovo uvek rado prihvatiti sprovođenje izvršenja na jeftiniji način, jer će inicijalni troškovi koje snosi biti niži, a naplata potraživanja je izvesnija.

Pitanje ispravnosti postupanja javnog izvršitelja prilikom sprovođenja izvršnih radnji nad imovinom preminulog lica se ne postavlja, jer rešenje o nasleđivanju ima deklarativni karakter, a izrazit je interes svih učesnika da se postupak u što kraćem vremenskom periodu okonča.⁴⁵ Javnom izvršitelju se ne može pripisati kršenje propisa, jer isti nije obavešten o smrti izvršnog dužnika. Ukoliko ni poveriocu ta činjenica nije poznata, jedini ko bi imao interesa da obavesti javnog izvršitelja jesu naslednici. Imajući u vidu da njima može da odgovara nastavak postupka sprovođenja u cilju smanjenja troškova i kamata, ukoliko se faktičkim radnjama uključe u postupak izvršenja, nije realno očekivati da će proslediti dokaz o smrti ostavioca u cilju prekida postupka.

9. ZAVRŠNE NAPOMENE

Pravna pravila koja regulišu postupak izvršenja predviđaju da se nakon smrti ostavioca izvršni postupak prekida. Međutim, potencijalnim naslednicima takav sled događaja može ići na štetu, i to u visini troškova i kamata koji će nastati u toku i u vezi sa prekinutim postupkom izvršenja, budući da će troškove izvršenja oni u konačnom snositi.

Stoga, naslednici mogu koristiti nesavršenost pravnog sistema i izabrati da se faktički uključe u postupak izvršenja, kako bi uticali na troškove postupka izvršenja i učinili ih što nižim. Ukoliko javnog izvršitelja, koji vodi postupak, niko ne obavesti o smrti izvršnog dužnika (ostavioca), javni izvršitelj će nesmetano sprovoditi izvršenje na imovini/zaostavštini izvršnog dužnika..

Sprovođenje izvršenja pre pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju može naslednicima ići u korist, jer će se izbeći faktičko odlaganje izvršenja za period do okončanja ostavinskog postupka. Da bi sprečili uvećavanje kamate na dugovani iznos i povećanje troškova postupka,

45 To je, u krajnjoj liniji, i u skladu sa načelom efikasnosti, koje je u izvršnom postupku još više izraženo nego u parničnom postupku. N. Bodiroga, *op. cit.*, 207.

naslednicima je u interesu da prečute činjenicu smrti ostavioca i aktivno se uključe u postupak izvršenja, u cilju zaštite zaostavštine ostavioca, a samim tim i svojih imovinskih interesa.

Žarko Dimitrijević, PhD
Public Enforcement Agent in Niš

Novak Krstić, PhD
Assistant Professor at the University of Niš Faculty of Law

THE INFLUENCE OF INHERITORS ON THE COURSE AND THE COSTS OF ENFORCEMENT PROCEDURE FOLLOWING THE DEATH OF THE ENFORCEMENT DEBTOR

Summary

It is generally assumed that an enforcement procedure should be fast and efficient. The speed of court orders enforcement carries with it the danger of missing procedure for re-examine the important facts that had already been examined in previous, civil proceedings, i.e. during the phase of authorization for enforcement. Therefore it is even possible to take actions in an enforcement procedure against a person – an enforcement debtor, who is deceased. Potential inheritors can inform the public enforcement agent leading the case of the debtor's death. However, in practice they usually choose not to do so, and motivated by the desire to preserve the deceased estate, they keep back that fact of great importance for the enforcement procedure and try to directly influence its course and costs until the final settlement of the claimant. In this paper the authors point out the way in which the inheritors can influence the procedure in all its stages, as well as the type of costs they can incur.

Key words: *Enforcement procedure. – Enforcement debtor. – Costs of procedure. – Inheritors. – Liability for debts.*

Dalibor Đukić, LL.M.*

REGISTRACIJA VERSKIH ORGANIZACIJA – NOVE TENDENCIJE U REGIONU**

Sloboda veroispovesti jedno je od fundamentalnih ljudskih prava. Ona uključuje slobodu izbora i promene verskih uverenja, kao i slobodu vršenja verskih obreda pojedinačno ili u zajednici sa drugima. Normotvorac je zainteresovan da reguliše brojne aspekte slobode veroispovesti, među kojima postupak osnivanja i registracije verskih organizacija ima poseban značaj. Sloboda veroispovesti implicira obavezu države da bude neutralna i da se ne bavi procenom legitimnosti verskih uverenja. Autor u radu analizira novu tendenciju da se registracija verskih organizacija vrši u više stadijuma. Na taj način formira se više kategorija verskih organizacija sa različitim statusom. U radu su prikazani propisi o registraciji crkava i verskih zajednica u Mađarskoj, Rumuniji i Grčkoj. Na kraju, vrši se poređenje sa postupkom registracije crkava i verskih zajednica koji se primenjuje u Srbiji i u zemljama bivše SFRJ.

Ključne reči: *Sloboda veroispovesti. – Mađarska. – Grčka. – Rumunija. – Registracija crkava i verskih organizacija.*

1. UVOD

U zemljama istočne Evrope preovlađuje pravilo da verske organizacije stiču pravni subjektivitet registracijom, tj. upisom u poseban registar koji vode državni organi. Postupak registracije crkava i verskih zajednica posebno je osetljivo pitanje, kako za postojeće, tako i za novoosnovane verske organizacije. Postojeće crkve i verske zajednice zainteresovane su da uslovi za registraciju budu dovoljno strogi, kako bi se sprečilo registrovanje verskih organizacija koje na različite načine

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

** Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Identitetski preobražaj Srbije“, koji podržava Institut za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

zloupotrebljavaju slobodu veroispovesti. Sa druge strane, novoosnovane verske organizacije zainteresovane su da kriterijumi koje treba da ispune budu lako ispunjivi, kako bi registracijom stekle pravni subjektivitet i sva prava i beneficije koje status priznate verske organizacije donosi. Državi je u interesu da registruje što veći broj verskih organizacija kako bi imala uvid u njihovo delovanje i strukturu. Zbog svega navedenog, normiranje uslova i postupka registracije verskih organizacija predstavlja ozbiljan izazov za zakonodavca, posebno u državama bivšeg istočnog bloka.

Kada je reč o državama bivše Jugoslavije, sve osim Crne Gore donele su nove zakone kojima je uređen pravni položaj crkava i verskih zajednica. Tim zakonima regulisan je postupak registracije novih i postojećih verskih organizacija. One nakon upisivanja u registar, koji vodi nadležni državni organ, stiču pravni subjektivitet i međusobno su izjednačene u pravima i obavezama. U svim bivšim jugoslovenskim republikama postoji samo jedna kategorija registrovanih crkava i verskih zajednica, koje su međusobno jednake. Iako se u nekim od država priznaju istorijske razlike u ulozi koju su tradicionalne crkve i verske zajednice igrale u njihovoj istoriji, te razlike nisu osnov za sticanje posebnih prava ili privilegija.

Za razliku od gore opisanog jedinstvenog postupka priznavanja pravnog subjektiviteta verskih organizacija, postoje države u kojima je zakonodavac predvideo višestepeni postupak registracije. To znači da je zakonom predviđeno postojanje više kategorija verskih organizacija. Novoosnovana crkva ili verska zajednica najpre se registruje po blažim kriterijumima i stiče pravni subjektivitet. Nakon toga, ako ispuni strože kriterijume može aplicirati za sticanje statusa koji je uvodi u višu kategoriju. Njen status se menja, jer postaje subjekt prava i privilegija koje nisu dostupne verskim organizacijama sa nižim statusom. U oba slučaja pravni poredak priznaje registrovanim verskim organizacijama pravni subjektivitet, ali dostupnost državnih fondova često zavisi od toga kojoj kategoriji pripadaju.

U radu će biti analiziran višestepeni postupak registracije verskih organizacija u Mađarskoj, Rumuniji i Grčkoj. Reč je o državama regiona koje su članice Evropske unije i koje su u skorijoj prošlosti donele zakone o pravnom položaju crkava i verskih zajednica. U radu će biti prikazan tok postupka i uslovi koje treba da ispuni verska organizacija kako bi ušla u svaku od postojećih kategorija crkava i verskih zajedni-

ca. Na kraju, biće izvršeno poređenje sa aktuelnim sistemom registracije crkava i verskih zajednica u Srbiji, kako bi se utvrdile sve prednosti i mane oba postupka registracije.

2. POSTUPAK REGISTRACIJE CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA U MAĐARSKOJ

Nakon pada komunističkog režima u Mađarskoj nije donet novi zakon kojim bi bilo regulisano pitanje pravnog statusa crkava i verskih zajednica. Primenjivan je Zakon o crkvama iz 1990. godine, koji je predviđao jednostavan postupak prijave novih verskih organizacija. Na osnovu tog Zakona 406 crkava i verskih zajednica steklo je pravni subjektivitet. Novi Zakon o crkvama donet je 2011. godine.¹ Njim je predviđeno da sve organizacije koje su registrovane u skladu sa Zakonom o crkvama iz 1990. godine gube status crkava i stiču status udruženja 1. januara 2012. godine. Veliki broj registrovanih crkava i verskih zajednica primoran je da egzistira u formi udruženja građana. Zbog osude javnosti i velikog otpora verskih organizacija Zakon je izmenjen i dopunjen 2013. godine.² Tim izmenama uveden je sistem dvostepene registracije crkava i verskih zajednica. To znači da novoosnovana verska organizacija prolazi kroz dve faze registracije, pri čemu su uslovi za sticanje višeg i privilegovanijeg statusa stroži u odnosu na uslove za sticanje nižeg statusa. Zakonom o crkvama je predviđeno da crkve i verske zajednice mogu biti registrovane kao „verske organizacije“, neka vrsta udruženja koje obavlja verske aktivnosti, ili kao „priznate crkve“, pravni subjekti kojima država zvanično priznaje status crkve.

Uslovi koje treba da ispuni neregistrovana verska zajednica da bi stekla status *verske organizacije* vrlo su jednostavni: neophodno je da njeni predstavnici izjave da njeno osnivanje služi za ostvarivanje verskih aktivnosti i da njen statut prihvati najmanje deset članova. To znači da svaka organizacija koja je osnovana sa ciljem da obavlja verske

- 1 A. Jusic, „Constitutional Changes and the Incremental Reductions of Collective Religious Freedom in Hungary“, *ICL Journal*, 2/2016, 211.
- 2 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary, 17–19, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF%282012%29009-e>, 21. 11. 2016.

poslove i ima najmanje 10 članova može da se registruje i da stekne status „verske organizacije“. Registraciju verskih organizacija sprovodi Gradski (okružni) sud u Budimpešti. Protiv odluke suda moguće je uložiti žalbu Okružnom apelacionom sudu u Budimpešti.³

Višu kategoriju crkava i verskih zajednica čine *registrovane crkve*. Sve registrovane crkve u Mađarskoj taksativno su nabrojane u Prilogu Zakona o crkvama (čl. 11). One su *ex lege* stekle pravni subjektivitet, dok su njihovi unutrašnji pravni entiteti stekli status crkvenih pravnih lica. U skladu sa Zakonom iz 2011. godine „registrovana crkva je autonomna organizacija koja poseduje samoupravu... i kojoj parlament priznaje poseban javno-pravni status...“ Iako je manji broj crkava i verskih zajednica *ex lege* stekao status registrovanih crkava, Zakonom je predviđeno da se krug registrovanih crkava može proširiti. Da bi verska organizacija stekla najpovoljniji status koji pravni poredak predviđa treba da ispuni stroge uslove. Najpre, neophodno je da deluje najmanje sto godina na međunarodnom nivou ili da je organizovana kao verska zajednica u Mađarskoj najmanje dvadeset godina i da poseduje članstvo koje broji najmanje 0,1% ukupnog stanovništva Mađarske. Da bi verska zajednica dokazala da deluje na međunarodnom nivou najmanje 100 godina, neophodno je da dostavi potvrdu najmanje dve crkve sličnih verovanja, koje su priznate u stranim državama. Pored toga, uslov je da njeno učenje i aktivnosti ne povređuju pravo na fizičko i psihičko blagostanje, zaštitu života i ljudskog dostojanstva, kao i da nije predstavljala pretnju nacionalnoj bezbednosti tokom svog postojanja. Ostali uslovi koji se donose na interne akte i aktivnosti koje vrši verska organizacija mogu se lako ispuniti.

Zahtev za sticanje statusa registrovane crkve ne podnosi se istom organu kao zahtev za sticanje statusa verske organizacije. Pošto se radi o postupku koji se sprovodi u parlamentu, crkva ili verska zajednica podnosi zahtev nadležnom ministarstvu. Ministarstvo ima rok od 60 dana da utvrdi da li su ispunjeni formalni uslovi. U tom stadijumu odlučivanja nadležno ministarstvo se može konsultovati sa ekspertima iz oblasti religije (pravnicima, istoričarima religije i dr.).⁴ Ako je mišljenje ministarstva pozitivno, Parlamentarni odbor za pravosuđe poziva

3 Hungary 2014 International Religious Freedom Report, <http://www.state.gov/documents/organization/238600.pdf>, 25. 10. 2015.

4 Hungary 2014 International Religious Freedom Report, <http://www.state.gov/documents/organization/238600.pdf>, 25. 10. 2015.

podnosioca na javno saslušanje i dopunu dokumentacije. Konačnu odluku donosi parlament kvalifikovanom većinom glasova poslanika. Parlament je u obavezi da svaku negativnu odluku detaljno obrazloži. Protiv odluke parlamenta može se pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom.

Da bi neregistrovana ili novoosnovana crkva ili verska zajednica stekla najpovoljniji pravni status u skladu sa Zakonom o crkvama iz 2011. godine neophodno je da kroz postupak registracije prođe dva puta. Najpre se registruje kao verska organizacija kod Gradskog suda u Budimpešti, za šta je neophodno da ispuni minimalne uslove. Nakon toga, može nadležnom ministarstvu podneti zahtev za sticanje statusa priznate crkve, za šta su uslovi daleko stroži: najmanje 20 godina delovanja u Mađarskoj i približno 10 000 članova ili 100 godina delovanja na međunarodnom nivou, uz dve potvrde crkava istog ili sličnog verovanja. Ono što je bitno istaći jeste da registrovane crkve uživaju veći obim prava i državnih beneficija u odnosu na verske organizacije, što je posebno uočljivo kada je reč o dostupnosti državnih fondova.

Mnoge kritike upućene na račun Zakona o crkvama iz 2011. godine i kao i na njegove izmene i dopune iz 2013. godine nisu bile dovoljne da se sporni Zakon stavi van snage. Odluka o njegovoj izmeni doneta je nakon presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Mađarska hrišćanska menonitska crkva (Magyar Keresztény Mennonita Egyház) i drugi protiv Mađarske.⁵ Tekst nacrtu amandmana objavljen je septembra 2015. godine. U skladu sa predloženim izmenama predviđeno je da u Mađarskoj postoje tri kategorije verskih zajednica: verska udruženja, registrovane crkve i priznate (sertifikovane) crkve.⁶

Verska udruženja predstavljaju najnižu kategoriju registrovanih crkava i verskih zajednica. Na njih se primenjuju zakoni i pravila koja se odnose na rad udruženja građana, uz izuzetke koji su predviđeni Zakonom o crkvama. Postupak registracije verskih udruženja ne razlikuje se od postupka registracije verskih organizacija u skladu sa odred-

5 Case of Magyar Keresztény Mennonita Egyház and others v. Hungary, predstavke br. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12, 56581/12.

6 Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary, in a Unified Structure with the Proposed Amendments, http://www.christiandemocracy.org/wp-content/uploads/2015/09/Amended-church-law_Act-CCVI_9.15_en.pdf, 20. 11. 2016.

bama Zakona o crkvama iz 2011. godine. Uslovi su da se udruženje bavi verskim aktivnostima i da ima najmanje 10 članova koji su prihvatili njegove interne akte. Postupak registracije sprovodi Okružni sud u Budimpešti.

Nešto povoljniji pravni položaj u odnosu na verska udruženja imaju *registrovane crkve*. Status registrovane crkve može steći versko udruženje koje deluje na teritoriji Mađarske najmanje 5 godina i ima najmanje hiljadu registrovanih članova sa prebivalištem ili boravištem na teritoriji Mađarske. Drugi uslov je ispunjen i u slučaju da je versko udruženje tri godine pre podnošenja zahteva u kontinuitetu dobijalo od najmanje 400 lica na godišnjem nivou zakonom propisani deo poreza na dohodak građana. Ako budu usvojene predložene izmene, registrovane crkve moći će da primaju 1% ukupnog poreza na dohodak onih lica koja žele da im doniraju deo poreza koji plaćaju. To je najznačajnija privilegija koju donosi status registrovane crkve. Pored toga imaće pravo da sklapaju sporazume sa državom i da za deo svojih aktivnosti od javnog interesa dobijaju finansijsku pomoć iz budžeta.

Najpovoljniji pravni položaj predviđeno je da imaju crkve i verske zajednice koje steknu status *priznatih crkava* (*Certified Churches*). Da bi se registrovala kao priznate crkve, verska udruženja moraju da ispune vrlo rigorozne uslove, koji se tiču članstva i vremena njihovog postojanja. Prvi uslov je da imaju najmanje 10 000 članova sa prebivalištem ili boravištem na teritoriji Mađarske ili ukoliko im je tokom perioda od pet godina pre podnošenja zahteva za registraciju najmanje 4000 lica na godišnjem nivou doniralo 1% poreza na dohodak građana. Drugi uslov je da postoje kao versko udruženje u Mađarskoj najmanje 20 godina ili 100 godina na međunarodnom nivou. Verske zajednice koje deluju na međunarodnom nivou morale bi to i da dokažu dostavljanjem dodatne dokumentacije.⁷ Predlogom izmena je predviđeno da se zahtev podnosi Okružnom sudu u Budimpešti, koji ima rok od 60 dana da donese odluku.⁸

7 Reč je o potvrdi crkava istih verskih uverenja koje imaju status registrovanih crkava u najmanje dve države i potvrdi o članstvu u savezu crkava izdatu od strane saveza ili članica saveza koje deluju u najmanje dve države ili uverenje izdato od strane svetske crkvene organizacije u kojem se potvrđuje da deluju u najmanje dve države.

8 Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of

Predložene izmene donekle bi pojednostavile proceduru za sticanje najpovoljnijeg pravnog statusa čiji subjekti mogu da budu crkve i verske zajednice. Sa druge strane, uvođenje trostepenog sistema registracije već su kritikovale nevladine organizacije i međunarodni eksperti.⁹ Razlog je činjenica da razlike u pravnom položaju različitih kategorija verskih organizacija postaju još izraženije kod trostepenog sistema njihove registracije. Iako je prošlo više od dve godine od donošenja presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Mađarska hrišćanska menonitska crkva i drugi protiv Mađarske*, još uvek nisu izvršene izmene spornog zakonodavstva kojim je regulisan status i postupak registracije crkava i verskih zajednica u Mađarskoj.

3. POSTUPAK REGISTRACIJE CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA U RUMUNIJI

Postupak registracije crkava i verskih zajednica u Rumuniji regulisan je Zakonom o verskoj slobodi i opštem položaju veroispovesti iz 2006. godine.¹⁰ Kolektivni aspekt slobode veroispovesti regulisan je na vrlo liberalnim osnovama. Zakonom je predviđeno da se verska uverenja mogu ispoljavati u okviru verskih struktura koje poseduju pravni subjektivitet ili u okviru verskih struktura koje ne poseduju pravni subjektivitet. Predmet ovog rada su propisi o sticanju pravnog subjektiviteta verskih organizacija, tako da æe pažnja biti usmerena na verske strukture sa pravnim subjektivitetom, u koje spadaju veroispovesti (*culte*) i verska udruženja (*asociațiile religioase*).¹¹

U skladu sa Zakonom o verskoj slobodi i opštem položaju veroispovesti nižu kategoriju verskih organizacija predstavljaju *verska*

Hungary, in a Unified Structure with the Proposed Amendments, http://www.christiandemocracy.org/wp-content/uploads/2015/09/Amended-church-law_Act-CCVI_9.15_en.pdf, 20. 11. 2016.

9 <http://www.osce.org/odihr/268711?download=true>, <http://www.osce.org/odihr/186866?download=true>, 20. 11. 2016.

10 Legea nr. 489 din 28 decembrie 2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor cu modificările ulterioare (OUG nr. 44/2012), *Monitorul Oficial*, Partea I, nr.11/2007.

11 U verske strukture (organizacije) bez pravnog subjektiviteta spadaju verske grupe (*grupări religioase*), čije delovanje je slobodno i ne podleže bilo kakvim ograničenjima.

udruženja. Versko udruženje je pravno lice privatnog prava koje čine „300 fizičkih lica koja prihvataju, dele i praktikuju isto versko uverenje“. Pravni subjektivitet stiču upisom u Registar verskih udruženja. Zahtev za registraciju podnosi ovlašćeno lice i dostavlja konstitutivne akte udruženja, opis verskog učenja, dokaze o sedištu i imovini, pozitivno mišljenje Državnog sekretarijata za vere i uverenje Ministarstva pravde da je izabrano ime dostupno.

Zahtev se podnosi mesno nadležnom prvostepenom sudu prema sedištu verskog udruženja. Sudovi vode registar verskih udruženja za područje za koje su mesno nadležni. Nakon podnošenja zahteva, predsednik suda određuje sudiju koji ima rok od tri dana da proveri ispunjenost zakonskih uslova i da donese odluku. Po istoj proceduri osnivaju se organizacione jedinice verskih udruženja sa pravnim subjektivitetom (čl. 43). Nadležni sud može ukinuti versko udruženje i izbrisati ga iz registra samo ukoliko je njegovo delovanje suprotno zakonu.¹² Protiv odluka nadležnih sudova verske organizacije mogu da ulože žalbu u roku od 15 dana od dana donošenja. Jedna od najznačajnijih privilegija koje uživaju verska udruženja jesu poreske olakšice (čl. 44), zbog čega se odluka o upisu u registar verskih udruženja dostavlja lokalnoj poreškoj administraciji.

Pored verskih udruženja koja se lako registruju, Zakonom o verskoj slobodi i opštem položaju veroispovesti predviđeno je da postoji viša kategorija crkava i verskih zajednica. Verske organizacije koje podnesu zahtev i ispune rigorozne uslove dobijaju status *priznatih veroispovesti*. Odluku o priznavanju donosi Vlada Rumunije na predlog Državnog sekretarijata za vere. Uslovi su da je udruženje osnovano u skladu sa zakonom, da postoji neprekidno na teritoriji Rumunije kao versko udruženje najmanje 12 godina i da ima najmanje 19 000 članova (0,1% državljana Rumunije). Uz zahtev se dostavljaju i interni akti verskog udruženja. Zahtev se podnosi Državnom sekretarijatu za vere, koji ima rok od 60 dana da dokumentaciju prosledi Vladi zajedno sa savetodavnim mišljenjem. Vlada donosi konačnu odluku u roku od 60 dana od dana prijema dokumentacije. Odluka se objavljuje u službenom glasilu Vlade. Protiv odluke Vlade može se pokrenuti postupak pred nadležnim sudovima (čl. 20). Zakonom o verskoj slobodi i op-

12 Zakonom je predviđeno da versko udruženje može biti ukinuto samo ukoliko svojim aktivnostima ugrožava javni red i bezbednost, zdravlje, moral i osnovna ljudska prava i slobode, ili kada teži da postigne drugačiji cilj od onog zbog kojeg je osnovano (čl. 46).

štem položaju veroispovesti predviđeno je da danom njegovog stupanja na snagu 18 verskih organizacija čija su imena navedena u prilogu zakona stiču status priznatih veroispovesti. Ako Vlada odbije zahtev verskog udruženja, ono može podneti novi zahtev samo ako pruži dokaze da su razlozi zbog kojih je došlo do odbijanja prestali da postoje. Na kraju, treba istaći da Vlada, na obrazložen predlog Državnog sekretarijata za vere, može ukinuti status priznate veroispovesti verskoj organizaciji čije aktivnosti ugrožavaju javnu bezbednost, zdravlje, red, moral ili osnovna ljudska prava i slobode (čl. 21).

Iz navedenog se vidi da je u Rumuniji na snazi dvostepeni postupak registracije. Zakonom je predviđeno da postoje tri kategorije crkava i verskih zajednica. Verske grupe, koje predstavljaju neformalne verske organizacije bez pravnog subjektiviteta, slobodno deluju i mogu nesmetano vršiti sve verske aktivnosti. Verska grupa koja ima najmanje 300 članova može se kod nadležnog suda registrovati kao versko udruženje. Versko udruženje upisom u registar stiče određene privilegije: poreske olakšice, pravni subjektivitet i dr. Međutim, da bi versko udruženje imalo pristup državnim fondovima,¹³ iz kojih se finansira rad sveštenika i verskih službenika, izvođenje verske nastave u školama i druge aktivnosti verskih zajednica, neophodno je da stekne status priznate veroispovesti. Da bi versko udruženje steklo taj status, mora da poseduje najmanje 19.000 članova i da deluje na teritoriji Rumunije najmanje 12 godina u kontinuitetu. Od kako je stupio na snagu Zakon o verskoj slobodi i opštem položaju veroispovesti nijedno versko udruženje nije ispunilo uslove za sticanje najvišeg pravnog statusa koji predviđa pravni poredak. Dakle, jedine priznate veroispovesti ostaju one koje su taj status stekle *ex lege*.

4. POSTUPAK REGISTRACIJE CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA U GRČKOJ

U skladu sa grčkim Ustavom Istočna pravoslavna crkva ima status preovlađujuće religije.¹⁴ Islamskoj verskoj zajednici i Jevrejskoj

13 State Secretariat for Religious Affairs, *State and Religions in Romania*, Litera, București 2015, 34. Lege nr.571 din 22 decembrie 2003 privind Codul fiscal, *Monitorul Oficial* nr. 927/2003.

14 Ch. Papastathis, N. Maghioros, „Greece: A Faithful Orthodox Christian State, The orthodox church in the Hellenic republic“, *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid 2015, 341.

verskoj zajednici priznat je pravni subjektivitet i one su pravna lica javnog prava.¹⁵ Novoosnovane crkve i verske zajednice suočavale su se sa brojnim problemima. Njihov pravni položaj bio je neregulisan, pa su imale teškoća prilikom otvaranja bankovnih računa i raspolaganja imovinom. Čak je tokom jednog sudskog procesa doveden u pitanje pravni subjektivitet Rimokatoličke crkve, koja u Grčkoj egzistira vekovima. Konačnu odluku po tom pitanju doneo je Evropski sud za ljudska prava.¹⁶ Prvi put u grčkoj istoriji regulisan je postupak registracije crkava i verskih zajednica donošenjem Zakona o organizaciji pravnih oblika verskih zajednica i njihovih udruženja u Grčkoj i ostalim nadležnostima Generalnog sekretarijata za vere i druge odredbe iz 2014. godine.¹⁷ Grčki zakonodavac primenio je višestepeni sistem registracije crkava i verskih zajednica, baziran na teritorijalnom kriterijumu. To znači da se najpre registruju crkve i verske zajednice koje deluju na određenoj geografskoj teritoriji. Tek kada osnuju dovoljan broj lokalnih verskih organizacija i ako poseduju centralnu strukturu mogu zahtevati priznavanje višeg pravnog statusa. Zakon o organizaciji pravnih oblika verskih zajednica i njihovih udruženja u Grčkoj sadrži spisak verskih organizacija koje su registrovane *ex officio*. Među njima se nalazi i Rimokatolička crkva u Grčkoj sa većim brojem njenih organizacionih jedinica (biskupija, manastira itd.).

Zakon o organizaciji pravnih oblika verskih zajednica i njihovih udruženja u Grčkoj definiše termin verske zajednice. Versku zajednicu predstavlja „dovoljan broj fizičkih lica sa konkretnim ispovedanjem poznate religije, koji su stalno nastanjeni u jednoj geografskoj oblasti, sa ciljem zajedničkog vršenja njenih bogoslužjenja i izvršenja obaveza

15 Vid. zakon o jevrejskoj i islamskoj verskoj zajednici: Νόμος 2456 περί Ισραηλιτικών κοινοτήτων, ΦΕΚ Α' 173/1920; Α. Νόμος περί ανασυγκροτήσεως Ισραηλιτικών Κοινοτήτων, ΦΕΚ Α' 367/1945; Νόμος περί τροποποιήσεως και συμπληρώσεως των περί Ισραηλιτικών κοινοτήτων διατάξεων, ΦΕΚ Α' 20/1951; Νόμος 1920 Κύρωση της από 24ης Δεκεμβρίου 1990 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου Περί Μουσουλμάνων Θρησκευτικών Λειτουργιών, ΦΕΚ Α' 11/1991.

16 Case of the Canea Catholic Church v. Greece, br. predstavke 143/1996/762/963. Vid. D. Đukiaë, „Pravni subjektivitet verskih zajednica u evropskom sistemu zaštite ljudskih prava“, *Harmonius* 1/2015, 49–54.

17 Νόμος 4301/2014, Οργάνωση της νομικής μορφής των θρησκευτικών κοινοτήτων και των ενώσεων τους στην Ελλάδα και άλλες διατάξεις αρμοδιότητας Γενικής γραμματείας θρησκευμάτων και λοιπές διατάξεις, ΦΕΚ, br. 223/2014.

koje su propisane u zajedničkom ispovedanju vere“ (čl. 1 Zakona). Istim Zakonom je predviđeno postojanje dve vrste pravnih lica: verska pravna lica i crkve, odnosno crkvena pravna lica (čl. 2 i 12).

Verska zajednica stiče pravni subjektivitet tako što se registruje kao *versko pravno lice*. Uslov je da prikupi potpise najmanje 300 članova. Isto lice ne može učestvovati u osnivanju više verskih pravnih lica. Svako versko pravno lice mora imati barem jednog verskog službenika kojem članovi poveravaju vršenje verskih obreda i čiji boravak u Grčkoj mora biti legalan. Zahtev za registraciju podnosi se prvostepenom sudu na čijem području se nalazi sedište verske zajednice. Uz zahtev dostavljaju se interni akti potpisani od strane osnivača.¹⁸ Po primljenom zahtevu sud organizuje javnu raspravu. Petnaest dana pre zakazane rasprave kopije dokumentacije dostavljaju se javnom tužiocu i ministru prosvete i vera. Ako su ispunjeni svi uslovi predviđeni zakonom, prvostepeni sud prihvata zahtev. Sud daje nalog da se u štampi objavi prikaz verskog učenja i sažetak statuta novoosnovane verske zajednice. Odmah nakon donošenja odluke, vrši se upis verske zajednice u Registar verskih pravnih lica. Momentom upisa u registar verska zajednica stiče pravni subjektivitet.

Zakonom o organizaciji pravnih oblika verskih zajednica i njihovih udruženja u Grčkoj predviđene su tri situacije u kojima versko pravno lice gubi pravni subjektivitet i prestaje da postoji. To su prestanak postojanja iz razloga koji su predviđeni statutom verskog pravnog lica, gašenje verske zajednice ukoliko se broj njenih članova smanji na ispod 100 i ukidanje verskog pravnog lica odlukom prvostepenog suda u veću od jednog sudije.¹⁹ Zakonom je predviđeno postojanje nadzornog organa koji će kontrolisati zakonitost delovanja verskih pravnih

18 Reč je o sledećim aktima: osnivački akt potpisan od strane svih osnivača sa njihovim ličnim podacima, prikaz verskog učenja, imena članova upravnih organa među kojima se nalazi obavezno i verski službenik, njegova biografija iz koje se vide njegove eventualne teološke studije, način njegovog izbora ili postavljanja i dužina mandata, spisak verskih objekata i statut potpisan od strane osnivača sa tačnim datumom usvajanja.

19 Sud može ukinuti versko pravno lice na zahtev njegove uprave, javnog tužioca ili nadzornog organa, ako versko pravno lice ne može da postavi verskog službenika duže od šest meseci, ako su ciljevi njegovog postojanja i delovanja drugačiji od onih koje zakon propisuje. Član 10 Zakona 4301/2014, Νόμος 4301/2014, Οργάνωση της νομικής μορφής των θρησκευτικών κοινοτήτων και των ενώσεων τους στην Ελλάδα και άλλες διατάξεις αρμοδιότητας Γενικής γραμματείας θρησκευμάτων και λοιπές διατάξεις, ΦΕΚ 223/2014.

lica. Ukoliko nadzorni organ utvrdi nepravilnosti, versko pravno lice može biti privremeno suspendovano najduže na period od šest meseci. Zahtev za suspenziju verskog pravnog lica može podneti i javni tužilac. Na sve postupke u vezi sa registracijom i ukidanjem verskih pravnih lica primenjuju se odredbe Zakonika o građanskom postupku.²⁰

Višu kategoriju verskih organizacija u skladu sa Zakonom o organizaciji pravnih oblika verskih zajednica i njihovih udruženja u Grčkoj čine *crkvena pravna lica* ili skraćeno *crkve*. Crkva je zajednica najmanje tri verska pravna lica sa istim verskim uverenjima, koja poseduje neki oblik centralne strukture. To znači da verska pravna lica koja sačinjavaju određenu crkvu moraju biti povezana u upravnom i dogmatskom smislu. Pored toga, neophodno je da crkva ima svoje organe koji upravljaju u skladu sa njenim statutom. Crkveno pravno lice stiče pravni subjektivitet upisom u poseban registar. Upis se vrši na osnovu zahteva koji zajedno podnose verska pravna lica koja osnivaju crkveno pravno lice. Zahtev se podnosi mesno nadležnom prvostepenom sudu prema sedištu crkve. Uz zahtev podnose se interni akti osnivača. Pravila o registraciji verskih pravnih lica shodno se primenjuju i na registraciju crkvenih pravnih lica. Zakonom je predviđeno formiranje elektronskog registra verskih i crkvenih pravnih lica pri nadležnom ministarstvu.

Dakle, da bi novoosnovana verska zajednica stekla najpovoljniji status koji joj pruža grčki pravni poredak prolazi kroz dvostepeni postupak registracije. Najpre treba da formira više lokalnih verskih pravnih lica (najmanje tri), koja registracijom stiču pravni subjektivitet. Verska pravna lica udruživanjem mogu da registruju crkveno pravno lice. Pošto je za registraciju verskog pravnog lica potrebno najmanje 300 potpisa osnivača, a za registraciju crkvenog pravnog lica neophodno je udruživanje minimum tri verska pravna lica, to znači da je za registraciju crkvenog pravnog lica neophodno najmanje 900 potpisa osnivača. Ako se uporedi sa ostalim primerima iz regiona postaje očigledno da uslovi koje postavlja grčki zakonodavac nisu strogi. Treba naglasiti da verska i crkvena pravna lica momentom registracije postaju pravna lica privatnog prava. Sa druge strane, Pravoslavna crkva, Jevrejska i Islamska zajednica imaju status pravnih lica javnog prava. Zakonom nije predviđena mogućnost da novoosnovane crkve i verske zajednice apliciraju za status pravnog lica javnog prava.

20 Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, ΦΕΚ Α 182/1985 uz brojne izmene.

Višestepeni postupak registracije crkava i verskih zajednica u Grčkoj razlikuje se od ostalih primera iz okruženja. U drugim zemljama intencija zakonodavca je da se prvo registruje verska organizacija kao celina, pa tek potom ili istovremeno njene organizacione jedinice. Grčki zakonodavac je na drugačiji način pristupio problematici. On je detaljno regulisao osnivanje lokalnih jedinica određene verske organizacije, pa tek kasnije njihovo sjedinjavanje registrowanjem crkvenog pravnog lica, kao krovne organizacije kojoj one pripadaju. Primenjena je logika od manjeg ka većem. Detaljno regulisanje postupka registracije verskih organizacija koje deluju na lokalnom nivou ima svojih prednosti. Najpre, reč je o ekonomičnosti, zbog činjenice da verske organizacije ne moraju pokretati postupak pred centralnim organima vlasti u prestonici. Pored toga, lokalni organi su bolje upoznati sa situacijom na terenu i sa delatnostima i ciljevima koje verska organizacija propagira.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Predmet ovog rada nije analiza pravnog statusa različitih kategorija verskih zajednica u Mađarskoj, Rumuniji i Grčkoj. U radu su prikazani samo postupak registracije i uslovi koje treba da ispuni verska organizacija kako bi stekla određeni pravni status u pomenutim državama. Višestepeni sistem registracije crkava i verskih zajednica podrazumeva da one mogu steći barem dva različita pravna statusa. Po pravilu, to su niži pravni status u kojem verska organizacija iako poseduje pravni subjektivitet nema pristup brojnim beneficijama i privilegijama koje su rezervisane za verske organizacije sa višim pravnim statusom. Postupak registracije može biti identičan, ali se može i razlikovati u zavisnosti od statusa koji verska organizacija stiče nakon registracije. Neophodno je i postojanje dva različita registra u kojima se čuvaju podaci o registrovanim verskim organizacijama sa različitim statusima.

Nasuprot tome, u Srbiji verske organizacije nakon registracije stiču sva prava i privilegije koje su predviđene pozitivnopravnim propisima.²¹ Postupak registracije je jedinstven i nema razlike u formalnom statusu između registrovanih verskih organizacija. Takav oblik registracije u načelu je jednostavniji, brži i povoljniji za novoosnovane

21 Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2006; A. Raković, V. Đurić, *Pravo, vera, kultura*, Beograd 2012, 115.

crkve i verske zajednice. Sa druge strane, višestepeni sistem registracije dozvoljava državi da registruje veći broj verskih organizacija, bez obaveze da im prizna sva prava i privilegije. Na taj način dobija se na vremenu koje je neophodno kako bi se pokazalo da li verska organizacija ima stabilnu strukturu, dovoljan broj vernika i sredstva iz kojih se može izdržavati. Za to vreme verska organizacija poseduje pravni subjektivitet što joj omogućava da nesmetano posluje, pribavlja imovinu i raspolaže sa njom.

Uslovi koje treba da ispuni verska organizacija kako bi bila upisana u registar koji vodi nadležni državni organ mogu se podeliti na vremenske, kvantitativne i kvalitativne. Pod vremenskim uslovom podrazumeva vremenski period koji verska organizacija mora da postoji na određenoj teritoriji kako bi stekla pravo da podnese zahtev za registraciju. Vremenski uslovi su jako rigorozni u Mađarskoj i Rumuniji. Sa druge strane, u Srbiji i Grčkoj nije ustanovljen vremenski kriterijum kao uslov za registraciju verskih organizacija. Nije neophodno dokazivati da nepostojanje takvog uslova ide na ruku malim i novoosnovanim verskim organizacijama. One mogu podneti zahtev za registraciju odmah nakon osnivanja. Na taj način ne moraju da čekaju protek određenog vremenskog perioda kako bi stekle pravni subjektivitet. Sa druge strane, kod takvog sistema krije se opasnost od registracije verskih organizacija za koje se ne može sa sigurnošću utvrditi koje ciljeve zastupaju i na koji način deluju.

Pod kvantitativnim uslovom podrazumeva se minimalan broj članova koje treba da poseduje verska organizacija kako bi ispunila uslove za upis u registar. Kada je reč o Srbiji treba istaći da je Zakonom o crkvama i verskim zajednicama predviđeno da one prilikom podnošenja zahteva za upis u registar dostavljaju odluku o osnivanju sa imenima, prezimenima, brojevima identifikacionih dokumenata i potpisima osnivača od najmanje 0,001% punoletnih državljana Republike Srbije koji imaju prebivalište u Republici Srbiji prema poslednjem zvaničnom popisu stanovništva ili stranih državljana sa stalnim boravkom na teritoriji Republike Srbije.²² Uslov koji je postavio srpski zakonodavac jedan je od najblažih u okruženju.²³ Iz analize koja je data mogu se izvesti određeni zaključci u vezi sa kvantitativnim uslovom registracije

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

23 Kvantitativni uslov za registraciju verskih organizacija ne postoji u Bugarskoj, dok je u Sloveniji jako nizak (10 potpisa). Закон за вероизповеданията,

verskih organizacija. U državama sa višestepenim sistemom registracije kvantitativni uslovi za registraciju su stroži u odnosu na države sa jedinstvenim postupkom registracije. Pored toga, kvantitativni uslov za sticanje statusa više kategorije po pravilu je stroži u odnosu na uslov za sticanje statusa niže kategorije. U Grčkoj je za registraciju verskog pravnog lica neophodno prikupiti 300 potpisa, a za registraciju crkvenog pravnog lica minimum 900 potpisa. U Mađarskoj je za registraciju verskog udruženja neophodno prikupiti 10 potpisa, a za registrovanu crkvu oko 10 000. U Rumuniji je za registraciju verskog udruženja potrebno 300 potpisa, a za registrovanu veroispovest oko 19 000 potpisa. Kvantitativni uslov koji je ustanovio srpski zakonodavac dosta je blaži u odnosu na pomenute države. Ako se uzme u obzir da nema višestepenog postupka registracije, postaje jasno da je srpski sistem registracije crkava i verskih zajednica dosta liberalan u odnosu na okruženje.

Pod kvalitativnim uslovima za sticanje pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica podrazumevaju se interni akti koje one podnose prilikom registracije. Srpskim Zakonom o crkvama i verskim zajednicama predviđeno je da verska organizacija uz zahtev dostavlja statut ili drugi dokument verske organizacije koji sadrži opis organizacione strukture, način upravljanja, prava i obaveze članova, način osnivanja i gašenja organizacione jedinice, spisak organizacionih jedinica sa svojstvom pravnog lica, prikaz osnova verskog učenja, verskih obreda, verskih ciljeva i osnovnih aktivnosti verske organizacije, podatke o stalnim izvorima prihoda verske organizacije i druge podatke od značaja za versku organizaciju (čl. 18 ZCVZ). Kada je reč o kvalitativnim uslovima treba istaći da nema većih razlika između propisa država koje su predmet ovog istraživanja.

Na kraju se može zaključiti da višestepeni postupak registracije verskih organizacija ima prednosti kada je reč o sprečavanju zloupotreba slobode veroispovesti. Sa druge strane, jedinstveni sistem registracije crkava i verskih zajednica je ekonomičniji, jednostavniji i što je najbitnije prilagođen je potrebama malih i novoosnovanih verskih organizacija. Eventualnim pooštavanjem uslova u okviru jedinstvenog sistema registracije može se povećati kontrola verskih organizacija koje stiču pravni subjektivitet.

Dalibor Đukić, M.A., LL.M.

*Junior Faculty Member at the Faculty of Law,
University of Belgrade*

RECOGNITION OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS – NEW TRENDS IN THE REGION

Summary

Freedom of religion is one of the fundamental human rights. It includes the freedom to choose and change religious beliefs, as well as performing religious rites individually or in community with others. The legislator is interested in regulating many aspects of freedom of religion. The procedure of establishment and recognition of religious organizations has a special significance. Freedom of religion implies the obligation of the state to be neutral and not to engage in the assessment of the legitimacy of religious beliefs. The author analyzes the dual or three-tier system of recognition of religious organizations. The paper presents the regulations on the registration of churches and religious communities in Hungary, Romania and Greece.

Key words: *Freedom of religion. – Hungary. – Greece. – Romania. – Registration of ‘ churches and religious organizations.*

Dr Zoran Jovanovski*

UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA MEĐUNARODNE BEZBEDNOSNO-PRAVNE PROPISE

Svakodnevni naš život, moderniziranje društva, sofisticiranje tehnologija i način života imaju svoju cenu. Klimatske promene sa sobom nose svoje negativne efekte. Kako isti utiču na bezbednost? Koje su posledice i odredbe zaštite od istih, potrudicu se da ih u kratkim crtama analiziram. Ako u bliskoj prošlosti svet nije bio svestan posledica od ovog, neophodan je početak rada na tome, od pojedinaca pa sve do visokih državnika i međunarodnih organizacija, kao i poštovanje pravnih propisa.

Ključne reči: *Ekološka opasnost. – Implikacije. – Međunarodna bezbednost. – Propisi.*

1. UVOD

Problemizovanjem bezbednosti u međunarodnom pogledu, daje fokusiranje na specifična pitanja. Ako u objektivnom smislu, bezbednost predstavlja odsustvo na opasnost, kada govorimo za klimatske promene, sve je pristupačniji osećaj straha da će ključne vrednosti biti ugrožene. Svesni smo klimatskih promena koje se dešavaju i u suštini ih i živimo. No, možda i nismo dovoljno svesni da svaki pojedinac treba da se brine za životnu sredinu, a samim tim i za svoje zdravlje kao i budućnost planete Zemlje. Svakodnevne informacije od strane raznih novinara, eksperata, od međunarodno naučnih panela¹, očigledno nisu dovoljni za početak delovanja svakog čoveka. Klimatske promene više se ne gledaju niz prizmu opasnosti za ljudske kolektive već i za države i nacije, pa iz ovoga država i pojedinac se smatraju podjednako značaj-

* Autor je docent na Vojna akademija „General Mihailo Apostolski“ – Skopje, Republika Makedonija, zoranjovanovski43@gmail.com

1 United Nations. Framework Convention on Climate Change. http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php, 7. 1. 2016.

nim bezbednosnim subjektima (i njihov opstanak u globalizacijskom svetu može biti doveden u pitanje, bez razlike da li je reč o opasnostima različitog ili identičnog vida).

Koliko je značajno preuzimanje mera odnosno aktivnosti od strane pojedinaca, bez izuzetaka, nam govori i činjenica da savremeni koncept bezbednosti se proteže kroz više sektora među kojima je i ekološki, i on za sada, nažalost, zauzima prvo mjesto u sektoru ugrožavanja bezbednosti svih nas. Kao i pravni propis za sankcije zloupotrebe prirode, koji ne treba da se zaboravi.²

Postoje različiti načini kojim možemo da narušimo ekosistem, npr smanjenje životnih resursa, seča šuma, bolesti, epidemije, smanjivanje ozonskog omotača i dr. i sve ovo je povezano sa čovekom, bez kojeg ne može da se zamisli ekosistem, jer je deo njega.

Eksperti tvrde da sva područja, na kojim se svakodnevno odvija život, će imati posledice klimatskih promena, a samo neki – sa više sreće, kojih će biti veoma mali broj, neće ostati toliki „gubitnici“, i neće osetiti negativne efekte, budući da je uticaj klimatskih promena različit po regionima. Tema broj jedan, na svim institucijama koje su odgovorne za bezbednost i odbranu, su globalne klimatske promene koje nesumljivo ugrožavaju međunarodnu bezbednost.³ Kako i na koji način, koje su posledice, šta preduzima međunarodni faktor za posledice, a da ne budu abnormalni, potrudicu se da objasnim nakratko.

2. ŠTA JE GLOBALNO ZATOPLJAVANJE?

Da bi pali pod uticaj klimatskih promena, potrebno je da na početku objasnimo razloge zbog kojih se sve ovo i dešava. Za početak, poznato nam je da se Zemljina temperatura kontroliše između balansa Sunčeve energije i gubitka njegove energije u svemiru, a zbog emitiranja infracrvenih zraka temperatura na zemljinoj površini se povećava. Gasovi od efekta staklene bašte se povećavaju i neki od ovih dugih zraka se reemituju na radijaciju, i utopljavaju atmosferu. Prirodni sastav gasova efekta staklene bašte daju efekat na utopljavanje Zemlje.⁴

2 Climate Action Network Europe, <http://www.caneurope.org/>, 4. 1. 2016.

3 *Ibid.*

4 M. Maslin, *Global warming. A very short introduction*, New York: Oxford University Press 2004, 4.

Jedan od razloga, za koji znamo, je da je karbon dioksid veoma važan u kontrolisanju globalne klime, preko klimatskih uslova koje imamo iz prošlosti. U prošlih 2,5 miliona godina, Zemljina klima se kretala kao u ledenom dobu, sa santama leda većih od 3km koje su se kretale iz pravca Sjeverne Amerike ka Evropi. Sada su se desile brze promene, i ako se uporede sa drugim geološkim varijacijama kao kretanje kontinenata u svetu, koje se odvija u periodu od nekoliko miliona godina.⁵ Ali, kako znamo za uticaj ugljen dioksida? Gledamo godišnje rezultate sa Grenlanda i Antartika. Debata o globalnom zagrijavanju u hipotezi sa vremenom i dopunskim gasovima staklene bašte koji će „pridonijeti“ stvaranju boljih efekata staklene bašte. Skeptici su ubeđeni da rezultati od globalnog zagrijavanja se povećavaju na nivo ugljen dioksida u atmosferi, i to može da pridonese globalnom zagrijavanju kao i efekti koji su mnogo veći ili mnogo mali, ili opet će biti kao prirodno povratni efekat koji u protiv vrednosti će doprineti većem zagrijavanju.

Konvencija Ujedinjenih Nacija za klimatske promene (The United Nations Framework Convention)⁶ je formirana da napravi prvi internacionalni dogovor za redukciju gasova staklene bašte. Kako bilo, ovaj zadatak nije uopšte jednostavan, kako na prvi pogled izgleda, budući da karbon dioksid nejednako se širi državama. Do zagađivanja karbon dioksidom dolazi sagorevanjem fosilnih goriva, i emitovanje ugljen dioksida koje dolaze širenjem-produciranjem energije, industrijskim procesom i transportom. Drugi glavni izbor emitovanja ugljen dioksida je rezultat promena u korištenju zemljišta. Emitovanje prvo dolazi od sečenja šuma. Kada se veći predeli šume iseku, tada se manje produkuje kiseonika.⁷ Ovo su samo svakodnevne aktivnosti ljudi kojim svesno ili nesvesno izazivamo dugotrajne posledice.

3. UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA

Veoma je važno da se spomene da kao opasnost za čovečanstvo se sve više gleda, odnosno oseća pojava staklene bašte, koju stvara čovek sa svojim svakodnevnom obavezama. I kao što sam već rekao, razlozi nastanka ovih opasnosti čovečanstva je u povećavanju atmos-

5 *Ibid.*

6 United Nations. Framework Convention on Climate Change. http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php, 9. 1. 2016.

7 M. Maslin, *op. cit.*, 8–11.

ferske koncentracije gasova koji izazivaju efekt staklene bašte – glavni razlog za zagrevanje Zemlje. Kao najvažnije tačke uticaja klimatskih promena, možemo da navedemo: zabrinjavajuće fakte od nekoliko prirodnih katastrofa koje nam se već dešavaju, povećavanjem temperature može u celini okrenuti svetsku javnost, što mogu da iskoriste teroristi, dalje sledi nuklearna moć koja ovaj svet čini nesigurnim i sl. Svetska zdravstvena organizacija smatra da je mortalitet u Južnoj Africi u periodu od 2011. godine bio rezultat klimatskih promena, i to je izazvalo 150.000 smrtnih slučajeva. Dalje, premeštaj distribucija kiša koje izazivaju delimične suše većih delova plodnih regiona i mesta, a skoro od ovih promena može da se poveća broj oboljenja.⁸ Ovo je samo, nažalost, mali broj primera koji bez sumnje izazivaju veliki uticaj i već utiču na međunarodnu stabilnost. Kako? Nivo Svetskog mora je u stalnom porastu. Uticaj globalnog zagrevanja može mnogo brzo da nam se desi u velikim gradovima Sveta, i to uskoro s obzirom na intenzitet topljenja leda. U Aljaskoj, čiji je sastav 80% permafrost-a, može da bude i karbron „time bomb“. Ako se Arktičko zagrevanje produži ovim tempom, efekti će stići i do nas, a skoro 25% svetske nafte i gas, mogu postati retki, t.j. njihov pronalazak bi bio težak. To su razlozi zbog kojih, je prvi čovek Ujedinjenih Nacija u 2011. godini, globalno zagrevanje uporedio sa ratnim dešavanjima.⁹ Ali, on isto tako pokazuje na činjenicu da nivo zagađenosti vazduha u Iraku je zastrašujuće, pa je čak i Evropska Unija uzvratila tome dogovorom za privremeno ukidanje ili zabranu Atlanskih letova u tom periodu, tačnije uvela restrikciju.

4. BUDUĆI UTICAJI KLIMATSKIH PROMENA

Budući da su danas temperature daleko veće od onih u prethodnom veku, po mišljenju naučnika, prvi najveći problemi će se možda javiti u Jugozapadnoj Americi. To se odnosi na probleme koji bi naneli veliku štetu i pridoneli uništavanju životne sredine uopšteno. Broj naseljenih u tom regionu se veoma brzo povećao, i biro za popis stanovništva u SAD-u procenjuje da će do 2030. godine Jugozapad biti dom za više od 67 miliona ljudi. U roku od 50–100 godina, sadaš-

8 C. Abbott, P. Rogers, J. Sloboda, *Global responses to global threats*, Oxford research group, Oxford 2006, 7–9.

9 *Ibid.*

nja populacija bi mogla da ima dvojno kretanje.¹⁰ Eksplozivni porast stanovništva relativno veliko smanjenje pitke vode u Jugozapadu tog kontinenta, koji je i sada na neodrživom nivou. Čak i bez dopunskog pritiska klimatskih promena, to bi bio stres za vodovodni sistem u regionu. Naučnici tvrde da je mnogo toga od ovog što vidimo, izazvano od strane prirodnih varijacija.¹¹ Ali, opasnosti od suša i poplava itd. i dalje postoje. Da li će ovako da se produži i u narednim decenijama, još uvek nije poznato.

Postoje mnoga predviđanja koja bi se desila, a to su: nivo reka u severnijim državama na našoj polulopti će da se poveća za 50%. U izveštaju Međunarodne komisije za klimatske promene koji je izdat 2007. godine stoji analiza topljenja Grenlanda, što može da dovede do povećanja nivoa Svetskog mora za 7 metara, odnosno u prethodnoj analizi u periodu 1910–1990. godina nivo Svetskog mora je porastao za 5,5 metara.¹² Ista ova komisija, je predvidela globalni rast temperatura u zavisnosti od toga koliko se smanjuje ili povećava emitovanje gasova. Neki naučnici predviđaju i mnogo niže temperature od uobičajenih, koje će doprineti tome da život bude nepodnošljiv. 50% manje pada vina kiše u tropskim predelima, nedostatak vode u roku od 25 godina koje će negativno da utiče na 5 milijardi ljudi. Ujedinjene Nacije upozoravaju na prinudno raseljavanje 2 miliona ljudi godišnje, sa mogućnošću da taj broj bude zaokružen na 150 miliona ljudi koji bi napustili svoje domove, do 2050. godine. Institut Brukings isto tako predviđa za migracije, da li unutrašnje ili preko granice, odakle bi se stvorile tenzije koje bi izazvale nasilje.¹³ Tu su još i neuspješne žetve, ogromni delovi opustošenih privrednih i šumskih područja. Širenje malarije i drugih zaraznih bolesti, kao i pojava insekata, izumiranje velikog broja biljnih i životinjskih vrsta. Porast nivoa mora je rezultat toplije vode, kao i topljenja leda, predstavlja opasnost mnogim ljudima, oko 200 miliona, koji bi u tom slučaju morali da promene mesto boravka (u Evropi je

10 G. Marland, T. A. Boden, R. J. Andres, *Global, Regional, and National Fossil Fuel CO₂ Emissions*. In Trends: A Compendium of Data on Global Change. Carbon Dioxide Information Analysis Center, Oak Ridge National Laboratory, U.S. Department of Energy, Oak Ridge, Tenn., U.S.A. 2008, 83.

11 Vid. www.climatewire.net, 3. 1. 2016.

12 Climate change: The Physical Basis; Contribution of Working group 1 to the 4th Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. <http://www.ipcc.ch>, 5. 1. 2016.

13 Dostupno na: <http://www.thedailybeast.com/articles/2015/11/30/how-jihadist-groups-like-boko-haram-and-isis-profit-from-global-warming.html>, 7. 1. 2016.

ugrožena Holandija, a u Aziji Bangladeš), gde u najgoroj situaciji do 2100. godine nivo mora će da poraste za približno 10m. Ovo su neke činjenice, ali nam ukazuju da će se povećati rizik ratova.¹⁴

5. KLIMATSKE PROMENE I EKOLOŠKA BEZBEDNOST

Za reviziju liste opasnosti na međunarodnom nivou, navedeni su više elemenata i pojava. Sa jednim delom od njih se suočavamo, za primer ću da nabrojim ekološku degradaciju (porast temperatura, klimatske promene, nedostatak vode, erozija zemljišta, sve veća zavisnost od sredstava), međunarodni kriminal, izbeglice, odnosno kretanje stanovništva i sl.¹⁵ Ali, negativne posledice od degradacije prirodne okoline, ili povećavanje migracija ne znači da će sukcesivno biti definisani kao globalna opasnost. Klimatske promene nisu direktna bezbednosna opasnost koja bi izazvala masovno uništavanje. Posledice ovoga ozbiljno menjaju uslove života. Karakteristično je da globalne klimatske promene nisu opasnost za određenu državu, već za čovečanstvo. Za ekološku bezbednost se kaže da spada pod javnu bezbednost, od opasnosti po životnu sredinu, koji su izazvani od strane prirodnih ili ljudskih procesa. Ekološka bezbednost¹⁶ je više puta bila tretirana kao problem i deo prirodnog stanja življenja, umesto kao problem nacionalne ili međunarodne bezbednosti jer je situacija odnosno dinamika između čoveka i životne sredine može da izazove socijalne tenzije i konflikte. Ili to čak može biti izazvano od obnavljanja životne sredine koja je oštećena rat-

14 Dostupno na: <http://www.climate-concern.com/Predicted%20%Future%20Effects.htm>, 3. 1. 2016.

15 Međunarodno kretanje stanovništva ili migracije, ocenjuje prirodu opasnosti što se nameće i kroz državnu bezbednost, građanstvo, privatnika. Ponuda migracija se odnosi na talas izbeglica zbog prirodnih katastrofa (građanskih ratova, etničkih, religioznih, političkih protera). A isto tako od ovog kretanja stanovništva proizilaze i druga bezbednosna pitanja kao što su ekonomske krize, terorizam, socijalna kohezija itd. Više o ovome u P. D. Vilijams, *Studi za bezbednost*, Rutledž 2008, 468.

16 U sferi ekološke bezbednosti su formulisane tri grupe opasnosti: – opasnosti koje nisu izazvane od strane čoveka, ali su fatalne za njegovu egzistenciju; – opasnosti od čovekovih aktivnosti prema prirodi izazivaju egzistencijalnu opasnost za čovekov opstanak; – opasnosti izazvani od strane čoveka ali koji ne izazivaju egzistencijalnu opasnost za čovečanstvo. Više o ovome u L. Georgieva, *Menadžiranje so rizici*, Filozofski fakultet, Skoplje 2006, 57.

nim dejstvima i ekološkom degradacijom, kao i od bioloških i ekoloških opasnosti. Za primer od ekoloških opasnosti možemo da navedemo prirodne nesreće i nezgode, osiromašenje ozonskog omotača, povećavanje nivoa svetskog mora, testiranje nuklearnih bombi, promene u distribucijama kiše, erozija zemljišta, demografske eksplozije kao i dr.¹⁷ Ovo su različiti tipovi opasnosti koji zavisno od činjenica nisu namerno izazvani u svakodnevnicu. Ekološke opasnosti koje se nalaze u kategoriji visokog stepena ugroženosti, teško se uklapaju u strategije za nacionalnu bezbednost. Samo pojedini delovi država imaju kapacitet i sposobnost da kontrolišu ovakve promene.¹⁸ Iz ovoga, na međunarodnom nivou sve je veća potreba za bezbednošću na svim nivoima, i samim tim se stvara jedan vid međuzavisnosti. Bez sumnje, tu je i Evropska unija koja u svojoj bezbednosnoj strategiji ističe svoj ozbiljan pristup opasnostima ovog vida. Procesi klimatskih promena, među kojima je i pojava bolesti i globalno zagrevanje kao njen produkt, Evropska bezbednosna strategija prepoznaje negativne aspekte koji povećavaju međuzavisnost članica. U ovom kontekstu, i opredeljenost na OEBS je razvijanje koncepta koji bi imao ekonomsku dimenziju.¹⁹ Već u 2007. godini države su se usaglasile da ovo preraste u Ekonomski i ekološki forum, čiji će intenzivni interes prerasti u Strategijski dokument organizacije preko koga će realizovati svoju drugu dimenziju.²⁰

6. UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA ZDRAVLJE LJUDI I EKOLOŠKU BEZBEDNOST, NEPOŠTOVANJE PRAVNIH PROPISA

Klimatske promene su značajna opasnost za javno zdravlje, kao i promene u pogledu na način zaštite ranjivih populacija. Svetska zdravstvena organizacija ima aktivan i dugogodišnji program za zaštitu zdravlja od klimatskih promena. Odavno je dokazano da postoji veza između zdravog stanja i atmosferskih uslova, naročito kada se isti brzo menjaju. Mnogi ljudi su osetljivi na uticaje klime i teško podnose te

17 T. Mileski, *Ekološka bezbednost*, Filozofski fakultet, Skopje 2006, 25–28.

18 L. Georgieva, *op. cit.*, 32–33.

19 Iako je Konferencija održana u Bonu 1990. godine, imala predznak ekonomske saradnje ipak države su se usaglasile i podržale ekološki održiv ekonomski porast i razvoj.

20 Organizacija prepoznaje opasnosti koje su ekološke dimenzije kao i izazove ekološke degradacije, neodržive upotrebe prirodnih resursa i dr.

brze i nagle promene, a vremenski uslovi negativno utiču na raspoloženje i zdravstveno stanje čoveka. Vreme ne možemo da promenimo, ali možemo da promenimo način na koji to utiče na nas. (Sa uticajem klimatskih promena i meteoroloških faktora kod zdravih a i kod bolesnih organizama, se zanima biometeorologija).²¹

U Evropi je napravljena lista simptoma koji su posledica od senzitivnosti na vreme a to su: glavobolje i migrena, promene u cirkulaciji, depresije, umor, pad koncentracije, bolovi na mestima gde su ostali ožiljci od povreda, prelomi, razdražljivost i agresivnost, strah, narušavanje sna, povraćanje, vrtoglavice i sl. Najugroženija je grupa kojoj pripadaju deca, osobe sa srčanim oboljenjima, ali ne treba da se zanemare i ostali. Mnogo je važna i ishrana ljudi, i unošenje vitamina koji organizmu daju sve potrebne elemente za borbu protiv spoljašnjih uticaja. Ovo nam ukazuje na negativne uticaje na pojedince, koji ipak stvaraju ozbiljne probleme u svakodnevnom životu.

Ekološka nauka nam više otkriva da prirodni sistemi su kompleksniji, heterogeni i suptilni. Važna, a i česta lekcija, koja se često zanemaruje je ekološki sistem koji je konstantno izložen kratkoročnim ili dugoročnim promenama. Ali, čovekovu prirodu ugrožavaju i prirodne promene kao i opasnosti koje se događaju, kao i one koje su izazvane od strane čoveka.²² Danas, ekološka bezbednost postaje sve više popularna, što nam otkriva činjenicu za buđenje svesti kod ljudi za dopunske komplikacije koji ih prave za njihov nastanak.

Na pomolu su promene geografskih karata, suše, poplave, zagađen vazduh, zagađena životna sredina, uništena zemlja, sve veći mortalitet ljudi. Situacija je više nego ozbiljna budući da se uključuju ekstremni vremenski uslovi, osiromašenje prirodnih resursa, zagađivanje, i mnogo drugih faktora, koji u krajnjoj liniji mogu da dovedu do katastrofe, regionalnih tenzija i nasilja. Sve je više nepredvidljivih prirodnih katastrofa, kao što su zemljotresi, poplave, uragani, koji izazivaju narušavanje infrastrukture i ekološke faktore i imaju rasteći potencijal u uticaju na energetska bezbednost. I zato u ovom delu možemo da zaključimo da ekološke opasnosti su one koje mogu da utiču na bezbednost kao i ratna dešavanja.²³

21 J. Werksman, *Designing a Compliance System for the UN Framework Convention on Climate change. Improving compliance with international environmental law*, London UK 2006, 108.

22 *Ibid.*

23 Dostupno na: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg1/ar4-wg1-spm.pdf>, 5. 1. 2016.

7. MEĐUNARODNA SARADNJA I PRAVNI PROPISI (IZVEŠTAJ OD STRANE MEĐUVLADINOG PANELA SVETSKE KLIMATSKE ORGANIZACIJE)

Kada je reč o savremenoj bezbednosti i njenom upravljanju, poznato je da se povećava potreba za saradnjom između država i nedržavnih aktera u ostvarivanju i postizanju nacionalne i međunarodne bezbednosti. Države imaju više sredina tj. sistema koji određuju kontekst i forum njihovih međusobnih odnosa.²⁴ Kada je reč o zakonima od ovakvog vida, neophodna je njihova međusobna saradnja.

Pa tako, na prvom međunarodnom sastanku za klimatske promene, održanom 1979. godini u Ženevi, u suštini je bilo da učestvuju naučnici širokog pojma ovih disciplina koji bi u prilogu glavne plenarne sesije konferencije učestvovali u organizovanju radnih grupa. Odavde je bio ukazan trend na povećavanju temperature, istraživanje klimatskih promena, uvođenje integrisanih studija i sl. Konferencija je dovela do osnivanja Svetskog programa za klimu i programa za istraživanje klime u svetu. To je isto tako dovelo do stvaranja Međunarodnog panela za klimatske promene (IPCC) od SMO i UNEP u 1988. godini.²⁵

Druga konferencija za klimatske promene je održana 1990. godine, ponovo u Ženevi. To je važan korak ka postizanju globalnog dogovora za klimu i nešto više je imala politički karakter za razliku od prve konferencije. Glavni zadatak konferencije je bio da se razgledaju izveštaji koji su formirani od strane prve konferencije. Naučnici i stručni saradnici konferencije su objavili i istakli rizik od samih klimatskih promena. Konferencija je i izdala deklaraciju, čiji je efekat razočaravajući, zato što mnogo zemalja učesnica kao i posmatrača nisu bili dovoljno posvećeni i zainteresovani za istu. Na kraju, ipak, na konferenciji je došlo do stvaranja Okvirne konvencije Ujedinjenih Nacija za klimatske promene (UNFCCC), a od kojih Protokol iz Kjota²⁶ čiji je deo, i na uspostavljanju globalnog sistema klimatskih posmatrača (GCOS),

24 B. Buzan, *Luge, državi i strav*, Akademski pečat, Skoplje 2010, 117.

25 Dostupno na: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg1/ar4-wg1-spm.pdf>, 5. 1. 2016.

26 Protokol je ključni dokument, potpisan 1997. godine i okarakterisan je kao početak borbe sa neizvesnim krajem. Sa istim, zemlje potpisnice, se obavezuju na smanjenje šest vidova gasova koji izazivaju efekat staklene bašte. Protokol

globalni sistem za posmatranje sistema za klimu i beleški povezanih sa klimom. Ministarstvo za životnu sredinu u Republici Makedoniji ima zadatak da godišnje napravi izveštaj i da isti dostavi Ujedinjenim Nacijama. Makedonija je zemlja potpisnica protokola, ali budući da spada u grupu zemalja u razvoju, nema obavezu da se pridržava, kao zemlje u Aneksu 1.

Na međunarodnom nivou i Međunarodnom panelu se daje izveštaj za klimatske promene, ali u 2007. godini bila je zabeležena njegova pristrasnost u izveštajima od strane radnog tela ON-a koji je pravio uvid u te iste izveštaje. Da bi se izbegle sramne greške kao što je napravljena u ovoj studiji, napravljena je suštinska reforma u strukturi menadžmenta. Pa ON u januaru 2011. godine priznaje da je izveštaj sa kojim je upozorio svet da će najveći deo glečera na Himalajima isčeznuti za 25 godina, bio besmislen i bizaran kao naučna greška.²⁷

Treća Svetska klimatska konferencija se održala u Ženevi 2009. godine. Glavna tema ove konferencije su bile klimatske prognoze i informacije za donošenje odluka za lakše stvaranje jednog globalnog okvira koji će da poveže naučna dostignuća u ovim klimatskim predviđanjima i posebno za potrebe njihovih korisnika, da se postigne što bolji dogovor u menjanju uslova za donošenje odluka. Na konferenciji, isto tako, je postojao cilj da se povećaju obaveze kao i dostignuća u posmatranju klime, i monitoringu da bi se obezbedile bolje informacije o istoj i kao i usluge celom svetu sa kojim će da se poboljša javna bezbednost i blagostanje.

I Evropska unija u svojoj Bezbednosnoj strategiji ističe svoj ozbiljan pristup ka opasnostima ovog tipa. Procesi globalizacije među kojima su i pojava bolesti i globalno zagrevanje, se prepoznaju od strane Evropske bezbednosne strategije kao negativan aspekt koji povećavaju međuzavisnost članica. Od ovog se upozoravaju za više sporova oko zemljišta, morskih granica, i drugih teritorijalnih prava iz kojih će se pojaviti potreba za preispitivanje stalnih pravila međunarodnog prava, prvenstveno za pravo na more.²⁸

stupa na snagu u 2005. godini, a isti nisu potpisale jedne od najvećih industrijskih zemalja – SAD, Indija i Kina.

27 Dostupno na: <http://www.on.net.mk/default-MK.asp?ItemID=2d65cc2B72CA7448A5D88ECDF6CB094>, 6. 1. 2016.

28 Dostupno na: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf, 4. 1.2016.

Veliki broj sastanaka (uključujući i konferenciju u Bonu održanu prošle 2015. godine iz koje je proizašao nacrt dogovora) u okviru priprema na prošlogodišnju Konferenciju za klimatske promene u organizaciji od strane Ujedinjenih nacija u Parizu (koja je bila 21. godišnja sesija po redu za Konferenciju za zemlje članice kao i 11. po redu za zemlje potpisnice protokola iz Kjota), na kojoj se pregovaralo za globalni dogovor za smanjenje klimatskih promena. Ovaj dogovor će postati pravno obavezujući ukoliko bude podržan od najmanje 55 zemalja potpisnica (što uopšte znači najmanje 55%), u Njujorku 2016. i 2017. godine, a isto tako države treba da ga ratifikuju, prihvate, i odobro i da pristupe na taj način što će ga implementirati u svoje pravne sisteme.

Ljudska cena za globalno zagevanje ima ime: klimatska nepravda. Lek, tada je, „Pravda za klimu“. ‘Pravda za klimu’ nije samo priznavanje da su klimatske promene pitanje čovekovog prava i razvoja, već uključuju i priznavanje žrtava od globalnog zagrevanja i svi mi smo odgovorni za to. Ostrva Maldivi, u Indijskom okeanu, imaju koralne grebene koji su postali ranjivi porastom novoa mora. U 2009. godini, lideri zemalja i njenih naroda su pokazali izvanrednu viziju i hrabrost, kako da ostvare plan da podignu neutralni ugljenik do 2020. godine. No, ti ne mogu to da urade sami, oni imaju potrebu za podrškom ostatka sveta, da bi se postigao ovaj cilj. Koncept „Pravda za klimu“ ima svog zastupnika u jednom od vodećih pravnih organizacija u svetu. Međunarodna advokatska asocijacija, globalni glas pravne profesije, objavila je detaljan izveštaj za ulogu međunarodnog prava u pogledu na klimatske promene. Bilo je utvrđeno da su klimatske promene adresirane na svaku oblast međunarodnog prava – ljudska prava, trgovina, investicije, migracije – gde god da je pronađen propust u zakonu. Izveštaj sadrži praktične i realne predloge za reforme, obaveze utvrđene međunarodnim pravom za ljudska prava. Od ličnog interesa je snažan poziv za izveštaj za bolju zaštitu ljudskih prava žrtava klimatskih promena.²⁹

8. ZAKLJUČAK

U ovom naučnom radu možemo da zaključimo da međunarodna bezbednost je složen fenomen. To proizilazi iz činjenice da se svaka

29 Dostupno na: http://www.mrfcj.org/resources/mary-robinson-international-law-climate-justice-guardian/?gclid=ClyL6p_WkMoCFQefGwodamkP4g, 7. 1. 2016.

država nalazi u centru opasnosti, u univerzumu opasnosti od klimatskih promena. Te mogu da izazovu prekomerno surove povrede i da imaju nediskriminatorske efekte, posebno u delu nepoštovanja pravnih propisa. Nažalost, ne mogu sve države da izbegnu rizike, zato što isti dolaze iz različitih formi, variraju u opsegu i intenzitetu.

Kreiranje međunarodne politike je jedna neperfektna veština, pa je zato potrebno konstantno posmatranje i donošenje procena opasnosti, razvijanje kriterijuma za raspodelu prioriteta i svakakvo smanjenje posledica kao i dosledno poštovanje zakonskih propisa. Ipak, veliki deo opasnosti mogu biti procenjeni, iz ovoga međunarodna bezbednosna politika ne traži samo razumevanje opasnosti, već i otkrivanje slabosti svake države. Npr. značajno je menjanje privrednih praksi (iz jednostavnog razloga što privreda globalno doprinosi oko 10–12% u emitovanju gasova staklene bašte) i to je jedna od preporuka u potrazi u ublažavanju globalnih klimatskih promena koja je data od stane naučnika.

Mogući opseg za konkretne aktivnosti je i dalje ogroman, budući da je u zavisnosti od resursa i volje da se isti ti raspodele za međunarodnu (ovde je i nacionalnu) bezbednost. ON preko Konvencije za klimatske promene značajno pridonosi na međunarodnom nivou, zbog konkretnih internacionalnih dogovora preko kojih sa pravnim aktom obavezuju države u smeru poboljšavanja oficijalnih statistika i analiza. Zašto je ovo važno? Zbog činjenice da sada već na međunarodnom nivou fokus se ne stavlja na meteorološke podatke koji opisuju promene vremena i klime, već na relevantne analize i statističke podatke od njegovih razloga i posledica. Pa odavde preporuke su usmerene prvenstveno ka građenju stručnog kapaciteta, odakle bi bilo korisno da se stvore nova partnerstva. Drugim rečima, više od 60 zemalja i međunarodnih organizacija (među kojima je i Evropska agencija za životnu sredinu, Eurostat, Generalni direktorat za klimatski plan Evropske komisije, Međuvladin panel klimatskih promena, Protokol UNECE za zagađivače i prenos registara, Ujedinjene nacije za hranu i poljoprivredu, Svetska meteorološka organizacija i dr.) imaju razvijenu saradnju iz koje su proizašle preporuke u kontekstu za poboljšanje koristi postojećih podataka, preko kojih bi došlo do razvoja sistema za skupljanje podataka i njihova kompilacija. Na nacionalnom nivou, zavodi za statistiku proizvode značajan deo potrebnih informacija, ali još uvek se ne koriste za njihov kompletan potencijal. To bi poboljšalo pristup

do detaljnog istraživanja i analiza, iz kojih bi se mogli opisati socijalni i ekonomski uticaji klimatskih promena, ranjivost stanovništva, kao i uloženi trud za ublaživanje i adaptaciju.

Važno je da se prizna da rizici nisu samo humanitarne prirode, oni se isto tako uključuju i politički na bezbednosne rizike koji direktno utiču na međunarodne interese.

Zato, od velike važnosti je da se istakne celo dosadašnje angažovanje međunarodnih organizacija i država kao njenih delova. Posebno pojava je međunarodna briga oko budućih projekata za prevenciju problema od ovog vida opasnosti, budući da implementacija pravnih dogovora u praksi nije baš na zavidnom nivou. Države moraju to da uzmu u razmatranje činjenicu da emitovanje ugljenik dioksida čini život. Jednostavno rešenje za klimatske promene su fer rešenja koja štite čovekova prava i poštuju vladanje prava.

Zoran Jovanovski, PhD

Assistant Professor at the Military Academy

“General Mihailo Apostoloski” – Skoplje

IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON THE INTERNATIONAL SECURITY AND LAW REGULATIONS

Summary

In our daily life, modernized societies, sophisticated technologies and lifestyles have their own price. Climate change brought with them their negative effects. How do they effect on the security? What are the consequences and the provisions for protection against them I will try to briefly analyze. If in the recent past, the world was unaware of the consequences, today is needed urgently taking things in hand as of individuals, to high officials and international organizations.

Key words: *Ecological. – Threat. – Implications. – International security. – Law regulations.*

*Dr Svetislav V. Kostić, LL.M**

NAČELO FAKTICITETA U SRPSKOM PORESKOM PRAVU**

Ovaj rad razmatra ono što se uobičajeno smatra opštom anti-abuzivnom normom srpskog poreskog prava, odnosno načelo fakticiteta iz čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Pošto se posvetio jezičkom tumačenju normi sadržanih u čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, autor pokušava da odgonetne šta je bio razlog unošenja načela fakticiteta u poresko pravo Srbije, odnosno stara se da odredi nameru zakonodavca. Putem razmatranja tumačenja i primene navedene odredbe od strane Ministarstva finansija Republike Srbije, kao i Vrhovnog suda Srbije, odnosno Upravnog suda Srbije, autor daje ocenu da li je zakonodavac postigao željeni cilj, a zatim suočen sa nedostacima same norme čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, ali i sveopšteg poreskog okruženja u Srbiji, daje predloge za okvir u kome bi trebalo da se započne sa pripremom nacрта novog anti-abuzivnog prava u srpskom poreskom pravu.

Ključne reči: *Načelo fakticiteta. – Opšte anti-abuzivno pravilo. – ZPPPA. – Pravna sigurnost. – Ekonomska suština.*

1. UVODNE NAPOMENE

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹ je pre više od 13 godina u srpsko poresko pravo uveo odredbu čija istorija veoma upečatljivo svedoči o svim nedostacima našeg poreskog okruženja. Naime, čl. 9 ZPPPA predviđena je norma nazvana načelo fakticiteta:

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

** Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu *Identitetski preobražaj Srbije* za 2016. godinu.

1 Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, 15/16.

(1) *Poreske činjenice utvrđuju se prema njihovoj ekonomskoj suštini.*

(2) *Ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao.*

(3) *Kada su na propisima suprotan način ostvareni prihodi, odnosno stečena imovina, Poreska uprava će utvrditi poresku obavezu u skladu sa zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta poreza.*

Navedena odredba ZPPPA nam može pomoći da sagledamo sve nedostatke zakonodavnog postupka, odnosno procesa pripreme zakonskih predloga u oblasti oporezivanja u Srbiji: odsustvo stručne javne rasprave, unošenje rešenja iz uporednog zakonodavstva bez njihovog prethodnog razumevanja, neosetljivost zakonodavca za prava poreskih obveznika, kao i propuštanje da se pre donošenja norme proverí da li srpski poreski organi i sudovi mogu da se sa njome *nose*, odnosno da im se obezbedi prethodna priprema za njenu primenu.

Priča o načelu fakticiteta govori i o veoma zabrinjavajućem stanju u kome se nalaze srpske poreske vlasti, a razmatranjem načela fakticiteta u srpskom poreskom pravu dolazimo i do zaključka da možda upravo inercija srpskih poreskih obveznika u odbrani svojih prava, kao i nedostatak naučne rasprave, značajno doprinose svemoći poreskog zakonodavca, a samim time i izvršne vlasti, što nas dovodi do problema nemoći prava u Srbiji.

Pošto se posvetimo jezičkom tumačenju normi sadržanih u čl. 9 ZPPPA, u ovom radu pokušaćemo da objasnimo šta je bio razlog unošenja načela fakticiteta u poresko pravo Srbije, odnosno da pokušamo da odredimo nameru zakonodavca, a da zatim, putem razmatranja tumačenja i primene norme čl. 9 ZPPPA, ocenimo da li je on postigao željeni cilj. Suočeni sa već pomenutim nedostacima srpskog poreskog okruženja, koje će nam priča pred nama otkriti, možda nećemo uspeti da damo rešenja za sve uočene probleme, ali ćemo se postarati da barem predložimo načine na koje bi se do njih moglo doći.

2. JEZIČKO TUMAČENJE NAČELA FAKTICITETA IZ ZPPPA

Načelo fakticiteta pronalazimo u čl. 9 ZPPPA, na kraju druge glave ovog zakona u kojoj su predviđena opšta načela poreskog postupka: načelo zakonitosti (čl. 4 ZPPPA), načelo vremenskog važenja poreskih propisa (čl. 5 ZPPPA), načelo omogućavanja uvida u činjenice (čl. 6 ZPPPA), načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku (čl. 7 ZPPPA), načelo postupanja u dobroj veri (čl. 8 ZPPPA) i konačno načelo fakticiteta. Mesto gde se u okviru ZPPPA propisuje načelo fakticiteta nas navodi na pomisao da se radi o opštem, temeljnom pravilu poreskog postupka, jednom od stubova na kojima on počiva.

Već prvo čitanje norme čl. 9 ZPPPA nas dovodi pred veliki broj nedoumica. U prvom stavu ova odredba predviđa pravilo da se poreske činjenice utvrđuju prema njihovoj ekonomskoj suštini. Ono što se moramo zapitati je da li činjenice, makar one bile i poreske, imaju više suština, od kojih je jedna ekonomska? Da li se ekonomska suština pre možda može pripisati određenom postupanju poreskog obveznika, gde je to postupanje sačinjeno od skupa činjenica, a ne samim činjenicama?² Ukoliko je naša prethodno izneta pretpostavka tačna, onda jezička omaška srpskog zakonodavca prilikom propisivanja prvog stava čl. 9 ZPPPA dovodi do potpune neupotrebljivosti norme s obzirom na to da je ona besmislena. Pored navedenog, potpuno je nejasno šta je smisao pravila da se utvrđivanje poreskih činjenica vrši prema njihovoj ekonomskoj suštini. Određeni postupak poreskog obveznika usmeren isključivo na ostvarivanje poreske uštede za njega ima nedvosmisleni ekonomsku suštinu, odnosno smisao.

Drugi stav čl. 9 ZPPPA govori o simulovanom i disimulovanom pravnom poslu u jednini. Potrebno je, dakle, da utvrdimo šta je simulovani pravni posao kojim se prikrivao neki drugi pravni posao, da budemo u stanju da ispravno odredimo prirodu i suštinu tog prikrivenog pravnog posla, i da nam onda disimulovani pravni posao bude osnova za utvrđivanje poreske obaveze. Međutim, srpski zakonodavac ne predviđa bilo kakva dalja uputstva koja bi nam pomogla da prvo prepoznamo simulovani pravni posao, niti da odredimo koji je to prav-

2 R. Krever, „GAARs“, *GAARs – A Key Element of Tax Systems in a Post-BEPS World* (eds. Michael Lang, et. al.), IBFD, Amsterdam 2016, 4; upr. V. Wöhrer, „Austria“, *GAARs – A Key Element of Tax Systems in a Post-BEPS World* (eds. Michael Lang, et. al.), IBFD, Amsterdam 2016, 65.

ni posao koji se njime prikrivao. On nam ne daje odgovor na pitanje šta ukoliko je više pravnih poslova simulovano kako bi se prikrio jedan drugi pravni posao. Drugim rečima, šta činiti kada pojedinačnim simulovanim pravnim poslovima nije prikriven nijedan drugi pravni posao, već se jedan pravni posao prikriva zajedničkim sadejstvom više simulovanih pravnih poslova?

Ono što je još značajnije je što nas srpski zakonodavac ne usmerava kada da tragamo za simulovanim i disimulovanim pravnim poslom, niti nam daje odgovor na pitanje da li i poreski obveznik, naročito u slučaju samooprezivanja, može, odnosno mora, da utvrdi poresku obavezu na osnovu disimulovanog pravnog posla. Ovo poslednje pitanje je od suštinske važnosti za pravnu sigurnost poreskih obveznika, s obzirom na to da neprijavljivanje, odnosno prikrivanje podataka od značaj za utvrđivanje poreskih obaveza može voditi odgovornosti za krivično delo poreske utaje.³

Kako bi ilustrovali navedenu opasnost pogledajmo bliže sledeći primer. Pretpostavimo da je poreski obveznik simulovao određeni pravni posao kako bi prikrio drugi pravni posao. Poreske obaveze obveznik utvrđuje putem samooporezivanja. Drugim rečima, on je dužan da sam utvrdi, obračuna i uplati porez, pri čemu podnosi Poreskoj upravi odgovarajuće poreske prijave i propisane dokaze uz njih. Iz norme čl. 9, st. 2 ZPPPA čini se da je obveznik dužan da porez utvrdi uzimajući kao osnov disimulovani pravni posao. Međutim, niti jedan srpski poreski propis ne upućuje na to kako prijaviti disimulovani pravni posao, niti na koji ga način dokazati (dokazivanje disimulovanog pravnog posla je često čisto logička operacija pošto, s obzirom na njegovu prikrivenu prirodu, neposrednih dokaza nema).

Ono što je još veći izazov je da procenimo da li je određeni posao simulovan ili ne. Uzmimo na oko najjednostavniji slučaj opravdane primene čl. 9, st. 2 ZPPPA. Obveznik poseduje nekretninu koju namestara da proda. Kako bi izbegao porez na prenos apsolutnih prava, on umesto da neposredno proda nepokretnost, nju prvo unosi kao nenovčani ulog u kapital jednočlanog privrednog društva, a zatim prodaje svoj udeo u tom društvu. I unošenje nepokretnosti u kapital rezidentnog privrednog društva,⁴ i prodaja udela u Srbiji ne podležu porezu na

3 Čl. 229, st. 1 Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14.

4 Čl. 31, st. 1, tač. 3 Zakona o porezima na imovinu – ZPI, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 26/01, 45/02, *Službeni list Savezne Republike Jugoslavije*, br.

prenos apsolutnih prava.⁵ Simulovani posao je unos nepokretnosti u kapital privrednog društva i naknadna prodaja udela, dok je disimulovani pravni posao neposredna prodaja nepokretnosti (doduše pod uslovom da se ne držimo jezičkog tumačenja čl. 9, st. 2 ZPPPA koji govori o pojedinačnom simulovanom pravnom poslu kojim se prikriva pojedinačan disimulovani pravni posao – u ovom slučaju nijednim pojedinačnim pravnim poslom se ne prikriva neposredna prodaja nepokretnosti, već se to postiže sadejstvom najmanje dva odvojena pravna posla).⁶ Međutim, ukoliko kupac insistira da kupi privredno društvo u koje je nepokretnost prethodno uneta, umesto samu nepokretnost, da li se može smatrati da ima mesta primeni čl. 9, st. 2 ZPPPA na utvrđivanje poreskih obaveza prodavca? Poreska ušteda je ista i u slučaju kada je jedini razlog unosa nepokretnosti u privredno društvo i naknadna prodaja udela u tom društvu ostvarivanje poreske uštede, kao i kada je ovakvoj formi posla doprineo i izričit zahtev kupca. Prodavcu je kupčev zahtev samo olakšao ostvarivanje poreske uštede, jer bi u suprotnom možda teže našao odgovarajućeg kupca (npr. prodavac ne želi da proda nepokretnost kupcu koji nije spreman da snosi trošak poreza na prenos apsolutnih prava, niti da stekne posredno vlasništvo nad nepokretnošću putem kupovine udela u privrednom društvu).

Na samom kraju mora se postaviti pitanje da li je moguća primena čl. 9, st. 2 ZPPPA na obveznika koji nije preduzimao, niti je imao uticaja na postupke koji su doveli da umanjenja poreske obaveze. Npr. uzmimo da je poreski obveznik rezidentno privredno društvo koje želi da uzme u zakup određenu nekretninu u Beogradu. Vlasnik te nekretnine je nerezidentno privredno društvo, koje da bi izbeglo porez po odbitku po stopi od 20%,⁷ koji nije u mogućnosti da prevale na zakupca, osniva ogranak u Srbiji i simuluje izdavanje nepokretnosti preko tog ogranka.⁸ Domaći zakupac nije u mogućnosti da proveri da li nerezidentni obveznik stvarno preko ogranka obavlja poslovanje davanja nepokretnosti u zakup i nosi rizike svojstvene posedovanju te nepo-

42/02, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13, 68/14.

5 Čl. 23 ZPL.

6 D. Popović, *Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Cekos in, Beograd 2003, 18–19.

7 Čl. 40, st. 1, tač. 4 Zakona o porezu na dobit pravnih lica – ZPDPL, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15, 112/15.

8 Čl. 40, st. 11 ZPDPL.

kretnosti, i u dobroj veri primenjuje odredbu čl. 40, st. 11 ZPDPL koja predviđa da se porez po odbitku ne obračunava ukoliko se prihod po osnovu zakupa nepokretnosti isplaćuje stalnoj poslovnoj jedinici nerezidentnog obveznika (što ogranak *prima facie* predstavlja).⁹ Međutim, ukoliko Poreska uprava u kontroli utvrdi da ogranak nerezidentnog pravnog lica predstavlja samo paravan iza koga nema nikakve suštine, a čije je postojanje uzrokovano samo i jedino izbegavanjem srpskog poreza po odbitku, ima li ona pravo da zahteva od domaćeg zakupca da retroaktivno obračuna i plati porez po odbitku u ime i za račun nerezidentnog obveznika imajući u vidu to da on kao isplatilac prihoda jemči za isplatu i poreza po odbitku?¹⁰

Poslednji stav čl. 9 ZPPPA, koji neće biti predmet razmatranja u ovom radu, predviđa dužnost Poreske uprave da utvrdi poresku obavezu i onda kada je prihod ostvaren ili kada je imovina stečena na nezakonit način, i to u skladu sa zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta poreza.¹¹

3. *RATIO LEGIS* NAČELA FAKTICITETA IZ ZPPPA

Po donošenju ZPPPA naučni izvori u načelu fakticiteta iz čl. 9 ZPPPA prepoznaju opštu anti-abuzivnu normu srpskog poreskog prava¹², ali se njima mora uputiti kritika da možda pre govore o onome što bi trebalo da bude, umesto o onome što jeste. Drugim rečima, oni pokušavaju da udahnu smisao normi čije jezičko tumačenje veoma lako dovodi do potpuno apsurdnih zaključaka i u kojoj se izbegavanje plaćanja poreza uopšte i ne pominje. Međutim, ono sa čime se moramo složiti je da je gotovo izvesno da je namera srpskog zakonodavca bila upravo ta da predvidi opšte anti-abuzivno pravilo (engl. *general anti-avoidance rule* – GAAR) za sprečavanje zakonite, nelegitimne poreske evazije,¹³ onog oblika izbegavanja plaćanja poreza koji po svojoj prirodi ne predstavlja krivično delo.¹⁴

9 Čl. 4, st. 1, tač. 1 ZPDPL.

10 Čl. 111, st. 1 ZPDPL.

11 D. Popović, (2003), *op. cit.*, 19.

12 *Ibid.*, 17–19.

13 D. Popović, *Poresko pravo – XIII izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 49–57.

14 V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 155.

Zakonitom, nelegitimnom poreskom evazijom (engl. *tax avoidance*, nem. *Gestaltungsmissbrauch*) „poreski obveznik umanjuje svoju poresku obavezu iako nije snosio ekonomske posledice koje je Parlament smatrao da je potrebno da snose oni poreski obveznici koji ostvaruju pravo na takvo umanjenje poreske obaveze.“¹⁵ Pojam zakonite nelegitimne poreske evazije je blizak pojmu zloupotrebe zakona,¹⁶ ali nije uvek jednostavno razlikovati ga od zakonitog legitimnog umanjenja poreza (engl. *tax mitigation*, nem. *Steuerumgehung*), naročito kada se radi o poreskom planiranju. Lord Nolan definiše zakonitu legitimnu poresku evaziju kao „slučaj gde poreski obveznik koristi fiskalno primamljiv izbor koji mu pruža poresko zakonodavstvo i stvarno snosi ekonomske posledice koje je Parlament smatrao da je potrebno da snose oni koji koriste pruženu mogućnost.“¹⁷

Moramo da primetimo da nam čl. 9 ZPPPA ne ostavlja previše prostora da prepoznamo nijanse koje razlikuju zakonitu nelegitimnu od zakonite legitimne poreske evazije. Štaviše, bez oslanjanja na pomalo ezoteričan pojam zakonodavčeve namere, kao i uporedne izvore, teško možemo da naslutimo da je načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu „oružje“ namenjeno Poreskoj upravi za borbu protiv zakonitog nelegitimnog izbegavanja plaćanja poreza.

Gotovo u isto vreme kada je načelo fakticiteta uneto u srpsko poresko zakonodavstvo, i u Poljskoj je doneto opšte anti-abuzivno pravilo (2003).¹⁸ Mada se poljska norma čini daleko preciznijom od one sadržane u čl. 9 ZPPPA¹⁹, nju je poljski Ustavni sud (polj. *Trybunał Konstytucyjny*) već 2004. godine proglasio neustavnom smatrajući da ona ne omogućava poreskim obveznicima da predvide svoje obaveze i

15 IRC v Willoughby [1997] 1 WLR 1071, 1079.

16 M. Seiler, *GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU*, Linde Verlag, Vienna 2016, 3.

17 IRC v Willoughby.

18 Art. 24b Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa.

19 U autorovom prevodu ona glasi: (1) Prilikom rešavanja poreskih stvari poreski organi neće uzimati u obzir poreske posledice pravnih poslova pod uslovom da dokažu da nikakve značajne pogodnosti nisu mogle biti ostvarene iz njihovog izvršenja, osim pogodnosti koje nastaju u vidu smanjenja poreske obaveze, uvećanja gubitaka, odnosno uvećanja iznosa pretplaćenog poreza ili iznosa za povraćaj poreza. (2) Ukoliko su učesnici u pravnim poslovima iz st. 1 ovog člana postigli željene poslovne posledice za koje je drugi pravni posao, odnosno drugi pravni poslovi primereniji, osnovu za utvrđivanje poreskih obaveza čini će taj drugi pravni posao ili ti drugi pravni poslovi.

način njihovog ispunjavanja.²⁰ Podsetimo se da je Evropski sud za ljudska prava još 1979. godine zauzeo stav da se „odredba ne može smatrati „zakonom“ ukoliko nije formulisana dovoljno precizno da omogućava građaninu da uredi svoje ponašanje: on mora biti u stanju – uz pribavljanje odgovarajućeg saveta ukoliko je to potrebno – da predvidi, u meri u kojoj je to razumno uzimajući u obzir okolnosti slučaja, posledice koje će svaki njegov postupak imati.“²¹ S druge strane, u Srbiji je čl. 9 ZPPPA u neizmenjenom obliku opstao sada već 13 godina i ne postoje ni naznake da se očekuju njegove izmene i/ili dopune, iako se u najmanju ruku mogla i može povesti ozbiljna rasprava o tome da li njegove norme ispunjavaju uslov postavljen od strane Evropskog suda za ljudska prava da se smatraju zakonom.

4. PRIMENA NAČELA FAKTICITETA U SRBIJI

Svesni da se oštre ocene norme čl. 9 ZPPPA iz prethodnog dela ovog rada mogu učiniti preteranim, smatramo da je neophodno proveriti na koji je način ona zaživela u srpskom poreskom okruženju. Nezvanični pokazatelji govore da Poreska uprava Republike Srbije nije olako spremna da se osloni na načelo fakticiteta za utvrđivanje poreskih obaveza, ali i da njena praksa nije jasno odredila način njegove primene. Nažalost, javno dostupni podaci o postupanju Poreske uprave su veoma oskudni i za potrebe naučne rasprave nemamo na raspolaganju pouzdanih izvora na koje se možemo pozvati kako bi potkrepili svoje stavove o primeni čl. 9 ZPPPA od strane srpske Poreske uprave. Ono na šta se možemo osloniti su mišljenja Ministarstva finansija Republike Srbije, kao i jurisprudencija Vrhovnog Suda Srbije, odnosno Upravnog Suda Srbije.

4.1. Načelo fakticiteta u mišljenjima Ministarstva finansija Republike Srbije

Mišljenja Ministarstva finansija Republike Srbije su najznačajniji izvor za tumačenje srpskih poreskih propisa, pri čemu im je naročit

20 TK, 11. May 2004, K 4/03. J. Niedojadło, A. Olesińska, „Poland“, *Tax Avoidance Revisited: Exploring the Boundaries of Anti-Avoidance Rules in the EU BEPS Context*, EATLP 2016, 5 (dostupno na: [http://www.eatlp.org/uploads/public/Poland%20\(16%20November%202015\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Poland%20(16%20November%202015).pdf)).

21 *The Sunday Times v. The United Kingdom* [1979] ECHR 1, para 49.

značaj dat odredbom čl. 11 st. 3 ZPPPA kojom je predviđeno da su u cilju obezbeđenja jedinstvenog sprovođenja propisa iz nadležnosti Ministarstva finansija, akti (objašnjenja, mišljenja, instrukcije, uputstva i sl.) o primeni tih propisa koje daje ministar finansija, odnosno lice koje on ovlasti, obavezujući za postupanje Poreske uprave.

Već više godina primetno je da Ministarstvo finansija završava svoja mišljenja pozivanjem na načelo fakticiteta, iako iz teksta samog mišljenja nije jasno kakva je veza tog pozivanja sa ostatkom njegove sadržine.²² Ova „mantra“²³ pozivanja na načelo fakticiteta se može razumeti dvojako. S jedne strane, ona se može shvatiti kao želja Ministarstva finansija da iskoristi potencijal koji, usled izražene nejasnoće same norme čl. 9 ZPPPA, načelo fakticiteta ima za auto-cenzuru poreskih obveznika. Strah od primene načela fakticiteta treba da usmeri srpske poreske obveznike da budu što je moguće više konzervativni prilikom utvrđivanja svojih poreskih obaveza i da se klone sivih zona poreskog planiranja.

Međutim, čini da je ova „mantra“ usmerena i prema Poreskoj upravi i da predstavlja još jedan u nizu odjeka neusaglašenosti između Poreske uprave i ostatka Ministarstva finansija²⁴ (koja je i prouzrokovala predviđanje obaveznosti tumačenja datih u mišljenjima Ministarstva finansija za postupanje Poreske uprave sredinom 2013. godine).²⁵ Naime, bliži pogled na način na koji se Ministarstvo finansija poziva na načelo fakticiteta u svojim mišljenjima svedoči da ono pokušava da poruči i Poreskoj upravi i poreskim obveznicima da mišljenja sadrže samo tumačenje propisa, ali da ni na koji način ne mogu zameniti upravni rad Poreske uprave u pojedinačnim poreskim stvarima. Drugim rečima, „mantrom“ se šalje poruka da su mišljenja Ministarstva finansija upotrebljiva samo u meri u kojoj se činjenična podloga, koja je služila kao osnov za tumačenja koja su u njima sadržana, može upodobiti stvarnom činjeničnom stanju u konkretnom poreskom slučaju. Dok Ministarstvo finansija – Sektor za fiskalni sistem može pomoći Poreskoj upravi i poreskim obveznicima da bolje razu-

22 D. Popović, (2016), *op. cit.*, 56–57.

23 *Ibid.*, 56.

24 G. Ilić-Popov, S. Kostić, „Depicting National Tax Legislation: Serbia“, *Tax Legislation – Standards, Trends and Challenges* (eds. W. Nziel, M. Sek), Wolters Kluwer SA, Warsaw 2015, 372–375.

25 Čl. 4, st 2 Zakona o izmenama i dopunama ZPPPA, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 47/13.

meju poreske propise, ono nema mogućnosti da preuzme nadležnosti same Poreske uprave, koja mora da svojim upravnim aktom meritorno reši pojedinačnu poresku stvar.

Teško da postoji drugo razumno objašnjenje kojim se mogu opravdati „greške“ koje nalazimo u pozivanju na načelo fakticiteta u mišljenjima Ministarstva finansija:

„Napominjemo da, saglasno načelu fakticiteta, Poreska uprava u svakom konkretnom slučaju utvrđuje sve činjenice koje su od značaja za opredeljenje poreskog tretmana prihoda koji ostvari fizičko lice, prema članu 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji („Službeni glasnik RS“, br. 80/02, ... 112/15 i 15/16).“²⁶

„Saglasno načelu fakticiteta, Poreska uprava, u svakom konkretnom slučaju, utvrđuje činjenice koje su od značaja za opredeljenje poreskog tretmana prihoda koje ostvari fizičko lice, shodno članu 9 ZPPPA.“²⁷

„Ukazujemo da, saglasno načelu fakticiteta Poreska uprava u svakom konkretnom slučaju utvrđuje sve činjenice koje su od značaja za opredeljenje poreskog tretmana prihoda koje ostvari fizičko lice, saglasno članu 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji („Službeni glasnik RS“, br. 80/02, ... i 2/12 – ispravka).“²⁸

26 Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 430-00-132/2016-04 od 25. aprila 2016. godine dato u pogledu poreskog tretmana prenosa bez naknade udela u privrednom društvu.

27 Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 430-01-00389/2015-04 od 18. septembra 2015. godine dato u pogledu poreskog tretmana zarade iz radnog odnosa koju, radom na teritoriji Republike Srbije, ostvare fizička lica rezidenti Italije, mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 430-07-170/2012-24 od 13. jula 2012. godine dato u pogledu primene Sporazuma o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa Italijom – naknada za korišćenje liste klijenata koja pripada nerezidentu.

28 Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 430-07-179/2012-04 od 10. jula 2012. godine dato u pogledu poreza na kapitalni dobitak u slučaju prodaje nepokretnosti, mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 414-00-30/2011-04, od 4. jula 2012. godine dato u pogledu poreskog tretmana naplate potraživanja od jemca, mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 414-00-31/2012-04, od 11. juna 2012. godine dato u pogledu poreskog tretmana prihoda koje fizičko lice ostvari prodajom predmeta lične imovine, u vidu lomljenog zlata i srebra koje služi za dalju preradu (s tim da je umesto izraza „Ukazujemo da“ upotrebljen „Napominjemo da“, dok je umesto „saglasno članu 9“ upotrebljena formulacija „prema članu 9“).

Ako se podsetimo odredbi čl. 9 ZPPPA primećujemo da u njima nigde nije navedeno da Poreska uprava u „svakom konkretnom slučaju utvrđuje sve činjenice koje su od značaja za opredeljenje poreskog tretmana.“ Ova obaveza je predviđena čl. 4, st. 3 ZPPPA, odnosno u okviru načela zakonitosti poreskog postupka, koji glasi:

(3) Poreska uprava je dužna da utvrđuje sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke, posvećujući jednaku pažnju činjenicama koje idu u prilog i na štetu poreskom obvezniku.

Osim čl. 4, st 3 ZPPPA i čl. 8 Zakona o opštem upravnom postupku (načelo istine)²⁹ predviđa da se u postupku moraju utvrditi pravilno i potpuno sve činjenice i okolnosti koje su od značaja za donošenje zakonitog i pravilnog rešenja (odlučne činjenice).

Načelo fakticiteta u ZPPPA se odnosi na tumačenje poreskih činjenica, dok načelo zakonitosti u istom zakonu uređuje obavezu Poreske uprave da utvrdi sve činjenice od značaja za opredeljivanje poreskog tretmana. Imajući u vidu učestalost propuštanja da se u mišljenjima Ministarstva finansija pozove na odgovarajuću odredbu ZPPPA, odnosno učestalost „mešanja“ načela zakonitosti i načela fakticiteta, razumno je pretpostaviti da Ministarstvo finansija teži da postigne oba cilja – i da utiče na poreski moral obveznika (kroz „pretnju“ primenom načela fakticiteta), ali i da podseti Poresku upravu da ne može prebaciti odgovornost za moguće propuste u pojedinačnim poreskim slučajevima na Sektor za fiskalni sistem Ministarstva finansija, odnosno da svede svoju odgovornost za dato mišljenje na najmanju moguću meru. Nažalost, ovim ove „vaspitne“ uloge načela fakticiteta, mišljenja Ministarstva finansija ne sadrže bilo kakve bliže smernice u pogledu odgovora na pitanje na koji način tumačiti norme čl. 9 ZPPPA.

4.2. Načelo fakticiteta u jurisprudenciji Vrhovnog suda Srbije, odnosno Upravnog suda Srbije

Vrhovni sud Srbije je već 2004. godine imao priliku da se uhvati u koštac sa načelom fakticiteta iz čl. 9 ZPPPA, kad je pred sobom imao predmet u kome je Poreska uprava, po mišljenju suda ispravnom, primenom načela fakticiteta utvrdila da je ugovorom o raspodeli imovine za života prikriven ugovor o doživotnom izdržavanju:

29 Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni list Savezne Republike Jugoslavije*, br. 33/97, 31/01, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 30/10.

„Navodi tužbe ne mogu dovesti do drugačije ocene zakonitosti osporenog rešenja, jer je tuženi organ, pravilnom primenom načela fakticiteta, sadržanog u odredbi člana 9. stav 2. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, utvrdio da se ugovorom o raspodeli imovine za života, kao simulovanim pravnim poslom, u ovoj poreskoj stvari prikriva ugovor o doživotnom izdržavanju, kao teretni pravni posao, pa pravni osnov za utvrđivanje poreske obaveze tužilji čini ovaj disimulovani pravni posao.“³⁰

Međutim, posle presude iz 2004. godine koja nam ne daje prostora da pomislimo da će Vrhovni sud Srbije učiniti bilo šta izuzetno u pogledu tumačenja čl. 9 ZPPPA javlja se jedinstvena presuda iz 2006. godine.³¹

U ovom predmetu je privrednom društvu kao poreskom obvezniku, utvrđena obaveza plaćanja poreza na poklon po osnovu ugovora koji je ono zaključilo sa svojim vlasnikom, a kojim je vlasnik na privredno društvo preneo svojinu na određenim parcelama bez naknade, zbog poslovnih potreba privrednog društva, radi izgradnje fabrike za proizvodnju mineralne vode. Vrhovni sud Srbije zauzima stanovište da je Poreska uprava pogrešno utvrdila poresku obavezu u ovom slučaju i u obrazloženju presude, između ostalog, navodi:

„Po oceni Vrhovnog suda Srbije, pogrešno su našli poreski organi da u ovoj poreskoj stvari treba utvrditi obavezu plaćanja poreza na poklon samo zbog činjenice da je ugovorom o prenosu nepokretnosti između vlasnika tužioca i samog tužioca izvršen poklon kroz prenos apsolutnih prava bez naknade. Kod ocene pitanja da li se radi o ugovoru o poklonu ili o teretnom pravnom poslu, bitno je da se utvrdi *animus donandi*, volja da se poklon učini, što ovu vrstu ugovora razlikuje od teretnih pravnih poslova. Iz sadržine ugovora o ustupanju nepokretnosti se vidi da je vlasnik tužilačkog preduzeća preneo apsolutno pravo na nepokretnostima, bliže označenim u ugovoru, na to privatno preduzeće zbog poslovnih potreba, izgradnje Fabrike za proizvodnju mineralne vode, pa kod ovog ugovora volja da se učini poklon nije sama sebi cilj, već se poklon čini u cilju proširenja materijalne baze preduzeća i u krajnjoj liniji sticanja dobiti na strani preduzeća čiji je vlasnik ustupilac. Zbog toga se zaključeni ugovor, i bez obzira na činjenicu što u njemu stoji da se prenos na nepokretnostima vrši bez

30 Vrhovni sud Srbije: U. 3607/2003 od 18. novembra 2004. godine.

31 Vrhovni sud Srbije: U. 120/2004 od 23. februara 2006. godine.

naknade, ne smatra ugovorom o poklonu, već ugovorom kojim se vrši ulaganje apsolutnih prava na nepokretnostima u kapital akcionarskog društva, odnosno društva sa ograničenom odgovornošću, a takav prenos predstavlja osnov za poresko oslobođenje iz člana 31 stav 1 tačka 3) Zakona. Budući da je zakonodavac ovakvu vrstu zaključenih ugovora izuzeo iz poreza na nasleđe i poklon i svrstao u deo četvrti Zakona, koji govori o porezu na prenos apsolutnih prava, bez značaja je za ocenu pravne prirode zaključenog ugovora da li je za prenos apsolutnog prava u ovakvoj situaciji ugovorena naknada ili ne.³²

Moramo primetiti da je Vrhovni sud Srbije ispravno ocenio da pravni posao u ovom predmetu po svojoj prirodi ne predstavlja poklon u smislu građanskog prava, ali da je propustio da uoči da je u čl. 14, st. 3 Zakona o porezima na imovinu,³³ koji se tada primenjivao, bilo predviđeno da se porez na poklon plaća i u slučaju prenosa bez naknade imovine pravnog lica, što u nekoj meri relativizuje zaključak da je postojanje *animus donandi* ključno za utvrđivanje poreskog tretmana bestereitnog prenosa imovine.

Međutim, ono što je najznačajnije iz ugla teme ovog rada je da Vrhovni sud Srbije svoje pravno rezonovanje zasniva na načelu fakticiteta:

„Izloženo pravno shvatanje suda je u skladu i sa odredbom člana 9 stav 1 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, kojom je predviđeno da se poreske činjenice utvrđuju prema njihovoj ekonomskoj suštini.“³⁴

Vrhovni sud Srbije se očigledno oslanja na čisto jezičko tumačenje norme čl. 9, st. 1 ZPPPA i u načelu fakticiteta vidi opšte načelo poreskog postupka koje se mora poštovati u svakom slučaju, nezavisno od toga da li njegova primena ide u korist ili na štetu poreskog obveznika. Drugim rečima, Vrhovni sud Srbije ne prepoznaje u čl. 9 ZPPPA opštu anti-abuzivnu normu srpskog poreskog zakonodavstva, već opšte pravilo poreskog postupka za čiju primenu pitanje izbegavanja plaćanja poreza u najmanju ruku nije presudno. Naravno da bi sada u osporavanju opisanog pristupa Vrhovnog suda Srbije mogli da se pozovemo na nameru zakonodavca, ciljno tumačenje, uporedno pravo, da iznese-

32 Ibid.

33 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 26/01 i 80/02.

34 Vrhovni sud Srbije: U. 120/2004 od 23. februara 2006. godine.

mo važan argument da ovako shvaćeno načelo fakticiteta jednostavno stavlja Poresku upravu pred nerešive izazove. Međutim, ostaje otvoreno pitanje da li je Vrhovni sud Srbije, na osnovu nekog ili svih ovih argumenta, mogao da u normi čl. 9, st. 1 vidi reči koje zakonodavac u nju jednostavno nije uneo i da li bi time on izašao iz okvira sudske vlasti i od tumača norme postao njen tvorac. Ova presuda Vrhovnog suda Srbije bi morala da bude ključni argument za izmenu čl. 9 ZPPPA, jer on ne samo da je nejasan u meri u kojoj bi to moglo da predstavlja kršenje ustavnih načela, već je napisan tako da se može protumačiti na potpuno suprotan način od onoga što je bila namera zakonodavca.

Jurisprudencija Upravnog suda Srbije usmerena je i na podučavanje Poreske uprave u pogledu koraka koji moraju da budu ispunjeni kako bi se prepoznao simulovani posao, pri čemu se u njoj podvlači obaveza da se u slučaju ocene da je određeni posao simulovan mora nedvosmisleno odrediti i disimulovani pravni posao:

„Pravna ocena poreskih organa o simulovanom pravnom poslu uključuje ocenu koji je to posao disimulovan uz obavezno učešće stranke u postupku.“³⁵

Nije, dakle, dovoljno samo odrediti da je neki posao simulovan, već je neophodno utvrditi i prirodu disimulovanog posla, s tim da je, pošto je za prepoznavanje disimulovanog pravnog posla ključno razumevanje namere poreskog obveznika, za potrebne primene čl. 9, st. 2 ZPPPA neophodno je i učešće poreskog obveznika u postupku.

5. BUDUĆNOST NAČELA FAKTICITETA U SRPSKOM PORESKOM PRAVU

Sve ono što je u prethodnom delu ovog rada rečeno o načelu fakticiteta u srpskom poreskom pravu govori u prilog potrebe da se norma čl. 9 ZPPPA izmeni, ali i izmesti, tako da nedvosmisleno predvidi opšte anti-abuzivno pravilo. Postoji dosta mogućih uporednih primera na koje se možemo osloniti za potrebe izrade te nove odredbe.³⁶ Međutim, ono što je možda daleko značajnije je pristup kojim se trebamo voditi u tom poslu.

35 Upravni sud Srbije: 24 U. 3062/2012 od 7. marta 2014. godine.

36 U poslednjih nekoliko godina više država na svetu je donelo nove opšte anti-abuzivne norme: Indija, Poljska, Velika Britanija, Španija, itd.

Naime, bilo bi uputno da uvek imamo na umu oštre reči Malkoma Gamija koje je on napisao u pogledu britanske opšte anti-abuzivne norme, ali koje se mogu primeniti i na slučaj bilo koje druge:

„Opšta anti-abuzivna norma (engl. GAAR) odslikava neuspeh postojeće poreske politike i zakonodavstva, a naročito propuštanje da se pažljivije razmisli o prirodi poreske osnovice – šta želimo da oporezujemo – i da se to ispravno sroči principijelnije, jasnije i sa jasnim ciljem.“³⁷

Ono što moramo imati na umu je da su opšte anti-abuzivne norme opasne iz više razloga. Prvo one mogu uneti značajan stepen pravne nesigurnosti u poresko okruženje, za šta je Srbija izvanredan primer zato što je jedna nejasna i preširoko postavljena norma data na raspolaganje poreskom organu bez njegove prethodne pripreme za njenu primenu, kao i bez postavljanja bilo kakvih ograničenja koje bi novodobijenu moć sputavale. Opšte anti-abuzivne norme brane nameru zakonodavca od tog istog zakonodavca, koji nije umeo da na jasan i nedvosmislen način iskaže svoju nameru. Jednostavno, bolje sročeni i promišljeni zakoni su manje podložni zloupotrebama. Opšta anti-abuzivna norma ne sme biti oslonac za zakonodavca koji mu omogućava, ili ga njegovo postojanje drži u uverenju da ima prostora, da loše uradi svoj posao.

Određivanje ekonomske suštine odnosa u koje stupaju poreski obveznici, ocena šta se to tačno prikrija simulovanim pravnim poslovima (dakle utvrđivanje disimulovanog pravnog posla) je skupčano ne samo sa temeljnim poznavanjem poreskih propisa, već pored dubinskog razumevanja drugih pravnih propisa i shvatanjem poslovanja kojim se poreski obveznici bave. Drugim rečima, opšta anti-abuzivna norma nije oružje koje bi smelo da se stavlja na raspolaganje svakom poreskom inspektor, već samo onom koji je dovoljno obučen za njenu primenu.

Utvrđivanje poreskih obaveza na osnovu onoga što pretpostavljamo da se suštinski želelo, a ne na osnovu onoga što je naizgled učinjeno, podrazumeva, kao što je to Upravni sud Srbije ispravno primećio, i učešće samog poreskog obveznika u postupku u daleko većoj meri od one koja je uobičajena u Srbiji.

37 M. Gammie, „Moral Taxation, Immoral Avoidance – What Role for the Law?“, *British Tax Review*, 4/2013, 577.

Prethodno postavljene smernice, kao i pouke koje možemo izvući iz prikaza postojećeg stanja u vezi sa čl. 9 ZPPPA nam mogu pomoći da odredimo korake koje bi trebalo da preduzmemo kako bi u budućnosti mogli da dođemo do upotrebljive i smislaone opšte anti-abuzivne norme u srpskom poreskom pravu:

- a) Priprema izrade nove srpske anti-abuzivne norme mora biti poverena nezavisnoj radnoj grupi koja mora biti sastavljena od predstavnika svih delova poreske struke (poreski organi, poreski obveznici, predstavnici sudske vlasti i naravno nauka).³⁸
- b) Pre izrade samog nacрта norme, takva radna grupa mora prethodno odrediti šta je predmet zaštite, odnosno šta je namena opšteg anti-abuzivnog zakonodavstva (npr. da li je to suprotstavljanje zakonitoj nelegitimnoj evaziji, i ako jeste, šta je to tačno zakonita nelegitimna evazija).
- c) Nalazi i preporuke radne grupe moraju biti podvrgnuti široj javnoj raspravi, koja bi bila dovoljno duga da obezbedi dubinsko razumevanje onoga što se predlaže.
- d) Radna grupa mora posvetiti dužnu pažnju proceduralnim pitanjima primene opšte anti-abuzivne norme, gde bi cilj morao da bude da se obveznicima pruži zaštita koja je primerena snazi ovlašćenja koje se stavlja na raspolaganje Poreskoj upravi. Stoga, bilo kakav predlog nove srpske opšte anti-abuzivne norme mora da obuhvata i predlog novih procesnih normi za njegovu primenu.³⁹

38 U Indiji je takva radna grupa kasnije i dobila ime po svom predsedniku – dr Parthašarati Šome. H. Zobalia, J. Devani, „The Anti-Avoidance Regime and the Shome Committee Recommendations“, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 5–6/2013, 176.

39 Primera radi u Velikoj Britaniji na opštu anti-abuzivnu normu mogu da se pozovu samo za to posebno ovlašćeni poreski inspektori. Oni su dužni da obvezniku upute dopis u kome ga obaveštavaju o razlozima zašto smatraju da ima mesta njenoj primeni. Poreski obveznik ima 45 dana (ovaj rok može biti produžen na zahtev poreskog obveznika) da odgovori, a ukoliko poreski inspektor i dalje smatra da ima mesta primeni opšte anti-abuzivne norme, on predmet prosleđuje na odlučivanje posebnom panelu (GAAR Advisory Panel) koga čine nezavisni predstavnici poreske struke. D. Roxburgh, „United Kingdom – General Anti-Abuse Rule (GAAR)“, *European Taxation*, 2–3/2014, 113–114.

- e) Konačno, radna grupa bi morala da pripremi predloge o merama potrebnim za adekvatnu pripremu Poreske uprave, ali i Upravnog suda za primenu opšte anti-abuzivne norme.⁴⁰

6. ZAKLJUČAK

Uvođenjem norme sadržane u čl. 9 ZPPPA u srpski poreski sistem 2003. godine, zakonodavac je očigledno bez prethodnog promišljanja srljao u oblast koja mu je bila i ostala nepoznanica. Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu je nejasno, u najmanju ruku dvosmisleno, i predstavlja pre svega pretnju poreskim obveznicima da ne budu previše maštoviti u osmišljavanju svojih poslovnih odnosa kada to može biti na štetu poreskih prihoda. Međutim, smatramo da nije ključni problem to što pred sobom imamo odredbu koja nije ispunila cilj kome je namenjena i koja ne samo što nije unela više reda u srpski poreski sistem, već doprinela većoj pometnji u njemu. Ono što nam se čini mnogo opasnijim je da i pored uistinu jedinstvene sudske prakse, višegodišnjeg lutanja Poreske uprave u pogledu primene čl. 9 ZPPPA, kao i prvenstvenog oslanjanja Ministarstva finansija na načelo fakticiteta u „vaspitne“ svrhe, kako prema Poreskoj upravi, tako i prema poreskim obveznicima, ova norma opstaje u našem zakonodavstvu u neizmenjenom obliku sad već drugu deceniju. Čak i ukoliko se plašimo da nemamo snage i sposobnosti da se uhvatimo u koštac sa pitanjem opšte anti-abuzivne norme u srpskom poreskom pravu, ovaj problem će se samo uvećavati s vremenom i možda je upravo sada pravi trenutak da mu se posvetimo i da ukoliko nam nedostaju, uložimo napor da obezbedimo preduslove za rad koji nam predstoji.

40 U Indiji je Šome komitet primetio da poreski organi nisu spremni za pravilnu primenu norme i predlagao je pripremni period od 3 godine pre početka nje-
ne primene. H. Zobalia, J. Devani, *op. cit.*, 180.

Svetislav V. Kostić, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE SUBSTANCE OVER FORM DOCTRINE IN SERBIAN TAX LAW

Summary

This article analyses a norm which is customarily considered as the general anti-abuse rule of Serbian tax law, i.e. the substance over form principle from Art. 9 of the Law on Tax Procedure and Tax Administration. After discussing the linguistic interpretation of the provisions of Art. 9 of the Law on Tax Procedure and Tax Administration, the author attempts to determine the *ratio legis* behind the introduction of the substance over form principle into Serbian tax law. In other words, the author searches for the intent of the Serbian legislator in enacting the substance over form principle. By focusing on the interpretation and application of the stated provision by the Serbian Ministry of Finance and the Serbian Supreme Court and later Serbian Administrative Court, the author gives an assessment whether the legislator accomplished the desired goal, and faced with the flaws found in Art. 9 of the Law on Tax Procedure and Tax Administration, but also in the Serbian tax environment in general, suggests the framework within which the work on the preparation of the draft of the new Serbian general anti-abuse rule should begin.

Key words: *Substance over form principle.* – *General anti-abuse rule (GAAR).* – *Law on Tax Procedure and Tax Administration.* – *Legal certainty.* – *Economic substance.*

Mr Milorad Marković*

Dr Ilija Vukčević**

KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U NORMI I PRAKSI – PRIMJER CRNE GORE

Nacionalni krivičnopravni okvir za zaštitu od diskriminacije Crne Gore predviđa inkriminaciju krivičnih djela počinjenih iz mržnje kroz više različitih glava Krivičnog zakonika i na taj način pruža neposrednu krivičnopravnu zaštitu od diskriminacije kroz niz krivičnih djela koja se čine isključivo iz mržnje. Sa druge strane, zakonodavac je izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2013. godine proširio prostor zaštite od diskriminacije na način što je propisao posebne okolnosti za odmjeravanje kazne za krivično djelo učinjeno iz mržnje. Na ovaj način data je mogućnost kažnjavanja počinioca bilo kojeg krivičnog djela ukoliko je isto motivisano predrasudama po osnovu pripadnosti rasi, vjeroispovjesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, a te okolnosti sud će cijeliti kao otežavajuće, osim ako to nije propisano kao obilježje osnovnog ili težeg oblika krivičnog djela (član 42a Kz-a). Iako je u većini zemalja, ne računajući Jugoistočnu Evropu, zaštita od diskriminacije pretežno zaštićena kroz građansko pravo, prvo pitanje koje bi se moglo postaviti kada govorimo o Crnoj Gori jeste u kojoj mjeri je zapravo krivičnopravna zaštita kroz procesuiranje krivičnih djela počinjenih iz mržnje efektivna i efikasna. U kolikom procentu su ova krivična djela pokrivena „tamnom (statističkom) brojkom“ i koji su uzroci toga. Godišnji izvještaji o radu pravosudnih organa Crne Gore za 2014. i 2015. godinu ukazuju da je krivičnopravna zaštita od diskriminacije, odnosno procesuiranje krivičnih djela iz mržnje malo zastupljeno u radu pravosudnih organa ili statistički podaci za određena krivična djela nijesu dostupni. Autor ovim radom želi sagledati kazneno-

* Autor je istraživač na Institutu za pravne studije u Podgorici i doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, markovicm.milorad@gmail.com.

** Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta Donja Gorica u Podgorici, Crna Gora, ilija.v.vukcevic@gmail.com.

pravni okvir zaštite od diskriminacije ali prije svega stepen efikasnosti i djelotvornosti rada pravosudnih organa na polju suzbijanja i kažnjavanja krivičnih djela počinjenih iz mržnje.

Ključne reči: *Diskriminacija. – Kaznena djela učinjena iz mržnje. – Krivičnopravni mehanizmi zaštite. – Ne bis in idem. – Seksualna diskriminacija.*

1. UVODNE NAPOMENE

Krivičnopravna zaštita od diskriminacije kao mehanizam zaštite nije novina u zakonodavstvu Crne Gore, iako je u prethodnom periodu djelimično pratila i intenzivan razvoj drugih oblika zaštite od diskriminacije koji se dešavao na zakonodavnom nivou. Nažalost, studije koje su rađene u Crnoj Gori ukazuju da državni i pravosudni organi u svom radu još uvijek nijesu usvojili ovaj značajan normativni okvir i da zaštita od diskriminacije kroz druge mehanizme nije zaživjela na zadovoljavajućem nivou.

Ako je to slučaj sa drugim mehanizmima zaštite postavlja se pitanje kakvo je stanje u krivičnopravnoj zaštiti od diskriminacije kao *ultima ratio* od ove izuzetno opasne društvene pojave. U teoriji se pokušava napraviti oštra razlika između diskriminacije i krivičnih djela učinjenih iz mržnje,¹ međutim jasno je da krivična djela učinjena iz mržnje predstavljaju dio šireg sistema zaštite od diskriminacije koji upravo određena diskriminatorna ponašanja čije posledice značajnije ugrožavaju društvene vrijednosti i interes, inkriminiše kao krivična djela. Činjenica da je krivičnopravna zaštita poslednje sredstvo zaštite od diskriminacije i da su krivična djela učinjena iz mržnje, kao pojava, u najmanjem procentu zastupljena u društvu u cjelokupnom korpusu diskriminatornog ponašanja ne umanjuje činjenicu i značaj upravo zaštite od diskriminacije na ovom nivou. Naprotiv, priroda izvršenih krivičnih djela kao i opasnost društvenih procesa iz kojih ista nastaju kao i šire posledice koje proizvode ukazuju na potrebu posebne posvećenosti svakog društva i sistemskom pristupu u borbi protiv krivičnih djela učinjenih iz mržnje.

1 Vid. „Razumijevanje krivičnih djela počinjenih iz mržnje: Priručnik za Bosnu i Hercegovinu“, OSCE/ODIHR, 2010, 6–14.

Upravo ovakav pristup je nedostatan u izgradnji kako normativnog okvira tako i primjeni istog u praksi u Crnoj Gori. Kada se kaže sistemski pristup nužno je naglasiti da se tada misli ne samo na krivično zakonodavstvo već i na prekršajno kazneno zakonodavstvo koje je po prirodi zaštitnog objekta sa jedne strane, pa samim tim, elementima zaštite tijesno povezano sa krivičnim. Često i u normi ali svakako u primjeni istih. Sa tih razloga je neopodno imati širi – sistemski pristup koji ovaj problem sagledava sa kaznenopravnog aspekta.

Česte izmjene krivičnog i prekršajnog kaznenog zakonodavstva bez upravo sistemskog pristupa kada su kaznena djela učinjena iz mržnje u pitanju prouzrokovale su neusklađenost normi koja za posledicu ima nedovoljnu kaznenopravnu zaštitu kroz nepostojanje inkriminacije na određenom nivou zaštite ili preklapanje zaštitnih objekata pojedinih zakona prouzrokovano nejasnom granicom u zaštitnim objektima konkretnih zakona. Takvo normativno stanje će se manifestovati kroz primjenu neadekvatnog mehanizma zaštite ili paralelne primjene dva nivoa zaštite, što sve može da prouzrokuje povredu procesnih prava lica koje se tereti za diskriminaciju ali po pravilu i prije svega, neadekvatnu zaštitu ugroženih ili povrijeđenih prava lica koja su diskriminirana konkretnim životnim događajem.

Ovakav normativni okvir je u manjoj mjeri uzrok ali u značajnoj mjeri posledica nevidljivosti diskriminacije u crnogorskom društvu naročito u dijelu kaznenih djela učinjenih iz mržnje odnosno nepostojanja sistemskog pristupa u zaštiti od ovakvog protivpravnog i izuzetno društveno opasnog ponašanja. Na to ukazuje i činjenica da je izuzetno teško doći do podataka o kaznenim djelima učinjenim iz mržnje a koji ne bi bili ograničeni na vrijednost pukog statističkog podatka. Nepobitno je da je dokazivost diskriminatornih pobuda često delikatan zadatak ali to ne znači da je njihovo utvrđivanje misterija.

2. NORMATIVNO-PRAVNI OKVIR KAZNENE ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE

Kazneno materijalno zakonodavstvo naročito u svom posebnom dijelu u Crnoj Gori je u proteklih 15 godina pretrpjelo značajne izmjene i dopune. Veliki broj inkriminacija je uveden u krivično zakonodavstvo, a određen je brisan iz Krivičnog zakonika Crne Gore. Najznačajnija dopuna sa aspekta krivičnih djela učinjenih iz mržnje

jeste uvođenje nove odredbe u KZ (uveden je novi član 42a – Izmjene i dopune Sl. list 40/2013–59) kojom se sada izričito propisuje posebna okolnost za odmjeraivanje kazne za krivično djelo učinjeno iz mržnje², odnosno za bilo koje krivično djelo propisano KZ-om sada je posebno propisana mogućnost i definisana mogućnost kvalifikovanja kao krivičnog djela učinjenog iz mržnje. Međutim, izmjene i dopune koje su prethodile, naročito intervencija iz 2011. godine kojom se brišu krivična djela клевете i увреде, stvorile su pravne praznine u zaštiti časti, ugleda i prava na dostojanstvo lica kada su ista povrijeđena zbog njihovog ličnog svojstva.

Primjenjujući navedenu odredbu člana 42a Kz-a zaštita od diskriminatornog ponašanja može se primijeniti tek počevši od krivičnog djela lake tjelesne povrede iz člana 152 KZ-a. Zaštita od povrede ličnog integriteta „lakšeg“ od lake tjelesne povrede (uvreda i omalovažavanje) nije predviđena KZ-om, pa se ne može u slučaju „lakše“ povrede ličnog integriteta i dostojanstva ličnosti primijeniti kvalifikovana okolnost propisana članom 42a KZ-a. Određen stepen zaštite se pruža, ali samo ako je povreda učinjena u javnosti, Zakonom o javnom redu i miru³ u članu 19 kojim se propisuje novčana kazna ili zatvor do 60 dana ukoliko lice na javnom mjestu govorom, natpisom, znakom ili na drugi način vrijeđa drugog po osnovu nacionalne, rasne ili vjerske pripadnosti, etničkog porijekla ili drugog ličnog svojstva. Dakle, ukoliko određeno lice vrijeđa i omalovažava drugog po osnovu ličnog svojstva, a da to ne čini na javnom mjestu, kaznenopravna zaštita se ne može pružiti jer ista i nije propisana. Inače, statistički podaci koji su dostupni govore da su svi predmeti sa elementom diskriminacije vođeni pred sudovima za prekršaje u Crnoj Gori u 2013, 2014. i 2015. godini, njih 21, upravo vođeni za prekršaj iz navedenog člana 19 Zakona o javnom redu i miru.

Krivični zakonici u okruženju (Srbija i Hrvatska) zadržali su inkriminaciju uvrede i uz odredbu kojom se propisuje diskriminacija kao posebna kvalifikatorna okolnost pružaju zaštitu od povrede dostojanstva ličnosti. Pri tome, u Zakoniku Srbije inkriminisano je kao krivično

2 „Ako je krivično djelo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi, vjeroispovjesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu okolnost sud će cijeniti kao otežavajuću, osim ako to nije propisano kao obilježje osnovnog ili težeg oblika krivičnog djela“.

3 Zakon o javnom redu i miru, *Službeni list Crne Gore*, br. 64 od 29. decembra 2011.

djelo *Povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti*⁴ za koje je zapriječena novčana ili zatvorska kazna do godinu dana. Očigledna je razlika u nivou kaznenopravne zaštite u odnosu na crnogorsko zakonodavstvo.

Nažalost, neadekvatan krivičnopravni okvir za zaštitu od diskriminacije prouzrokovao je i probleme u praksi državnih tužilaštava koja su osjetila upravo nedovoljan stepen zaštite kada su kaznena djela povrede prva ličnosti učinjena iz mržnje u pitanju, pa su konkretnom slučaju pribjegli kvalifikaciji krivičnog djela rasne i druge diskriminacije iz člana 443 st. 1 KZ-a, umjesto da pokrenu prekršajni postupak zbog prekršaja iz člana 19 Zakona o javnom redu i miru. Naime, Osnovni sud u Kotoru je donio osuđujuću presudu (3 mjeseca zatvora) protiv lica za krivično djelo rasna i druga diskriminacija utvrđujući povredu prava na privatnost oštećenog na način što ga je vrijeđao i javno omalovažavao na osnovu razlike u seksualnoj orijentaciji.⁵ Zbog neažurnosti portala sudovi.me autoru je bila nedostupna prvostepena presuda, već je podatke o ovom predmetu crpio iz presude Višeg suda u Podgorici⁶ kojom se potvrđuje prvostepena presuda, pa su mu ostali nejasni razlozi na osnovu kojih je prvostepeni sud utvrdio povredu prava na privatnost. Navedeni podaci bi bili od značaja da bi se na osnovu konkretnih činjenica utvrdilo na koji način i na kom osnovu je došlo do kvalifikovanja krivičnog djela rasna i druga diskriminacija a ne prekršaja iz člana 19 Zakona o javnom redu i miru, odnosno na koji način je povrijeđen zaštitni objekat konkretnog krivičnog djela, a ne isključivo prekršaja. Ukoliko je u konkretnom slučaju došlo do kvalifikovanja krivičnog djela, a da se u radnji izvršenja nijesu našli elementi bića konkretnog krivičnog djela (*što se u konkretnom slučaju da pretpostaviti na osnovu radnje izvršenja* – vidi fusnotu 4) već prekršaja, sud je bio obavezan da donese oslobađajuću presudu primjenom nače-

4 „Ko javno izloži poruzi lice ili grupu zbog pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkog porekla ili nekog drugog ličnog svojstva, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do godinu dana“. Čl. 174, Krivični zakonik Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

5 „Sud je nesporno utvrdio da se okrivljeni oštećenom obratio riječima sa „pederčino“ i „što si se nakindurio“, te da je pozvao prolaznike da vide oštećenog govoreći im „Dodite momci da vidite kako izgleda Crnogorka koja je za glavu veća od mene“, zatim oštećenom skinuo šešir sa glave i udario ga nogom u zadnjicu“.

6 Viši sud u Podgorici, Kž 1275/2015.

la zakonitosti. Ovakvo postupanje bi u konačnom moglo rezultirati i zastarjelošću prekršajnog gonjenja usled apsolutnog protoka vremena od izvršenja prekršaja.

Nažalost, problem kaznenopravne zaštite od diskriminacije, kada je u pitanju crnogorsko zakonodavstvo, se ne iscrpljuje sa nedostatnosti kaznenog zakonodavstva u inkriminisanju kaznenih djela iz mržnje. Sa druge strane, problemi u primjeni različitih nivoa i mehanizama kaznenopravne zaštite od diskriminacije mogu da proizvedu i posledicu preklapanja zaštitnih objekata pojedinih zakona. Ovakva situacija će najčešće biti prouzrokovana nejasnom granicom u zaštitnim objektima konkretnih zakona ali i kao direktna posledica nedovoljnog poznavanja pojma diskriminacije/predrasude (što se može pretpostaviti i za prethodno navedeni primjer iz prakse). U konačnom, takva pravna situacija će se manifestovati kroz primjenu neadekvatnog mehanizma zaštite ili paralelne primjene dva nivoa zaštite, što sve može da prouzrokuje povredu procesnih prava lica koje se tereti za diskriminaciju ali po pravilu i prije svega, neadekvatnu zaštitu ugroženih ili povrijeđenih prava lica koja su diskriminirana konkretnim životnim događajem.

Često se vrši paralelna inkriminacija društveno opasnih ponašanja kroz navedena dva nivoa kaznenopravne zaštite. Upravo nepostojanje jasnog razgraničenja između krivičnog djela i prekršaja uz neprepoznavanje diskriminatornog ponašanja (često i procjena uspjeha u postupku, odnosno izglednost dokazivanja diskriminatornih pobuda) mogu prouzrokovati pogrešnu kvalifikaciju protivpravnog ponašanja kao prekršaja ili paralelno odnosno sukcesivno vođenje prekršajnog i krivičnog postupka (ovakva pravna situacije nije izuzetak samo kod diskriminatornog protivpravnog postupanja, a što je fokus ovog rada). Kod ovakve pravne situacije, može doći do povrede načela *ne bis in idem* odnosno primjena istog može predstavljati ograničenje u procesuiranju kaznenih djela učinjenih iz mržnje.

Primjer nedovoljno jasnog razgraničenja između prekršaja i krivičnog djela učinjenog iz mržnje može se vidjeti kod protivpravnog ponašanja „ugrožavanja sigurnosti“. Naime, Zakonom o javnom redu i miru propisuje se kao prekršaj kažnjiv novčanom kaznom do 1500 eura ili kaznom zatvora do 60 dana (što je najviša moguća zatvorska kazna za prekršaj) protivpravno ponašanje kojim *učinilac na javnom mjestu izazove osjećanje ugroženosti kod drugog prijetnjom da će napasti na život ili tijelo tog ili njemu bliskog lica* (čl. 8). Krivičnim zakoni-

kom se u članu 168 st.1 propisuje krivično djelo ugrožavanja bezbjednosti u slučaju kada učinilac *ugrozi sigurnost nekog lica prijetnjom da će napasti na život ili tijelo tog lica ili njemu bliskog lica*. Za ovo djelo je moguće izreći novčanu kaznu ili zatvor do jedne godine. Stavom 2 istog člana propisano je kao teži oblik ukoliko je *izvršeno iz mržnje* u kom slučaju se može izreći isključivo zatvorska kazna i to od tri mjeseca do tri godine. Dakle, kod ova dva kaznena djela radnja izvršenja je istovjetna *„prijetnja da će se napasti na život ili tijelo tog lica ili njemu bliskog lica“*, kao i posljedica kada je kod drugog lica konkretnom radnjom prouzrokovan *„osjećaj nesigurnosti“*. Ono što krivično djelo iz člana 168 KZ-a u težem obliku razlikuje od prekršaja iz člana 8 Zakona o javnom redu i miru jeste pobuda, odnosno izvršenje ovog protivpravnog ponašanja *iz mržnje*. Zakon o javnom redu i miru ne predviđa posebnu okolnost za odmjeraivanje prekršaja učinjenog iz mržnje, kao što to čini KZ. Nedovoljno jasno razgraničenje može se pretpostaviti i između krivičnog djela Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 399a KZ-a) kao i članova 6 i 7 Zakona o javnom redu i miru.

Kao što smo i ranije naveli, često nedovoljno poznavanje pojma diskriminacije i manifestacije mržnje kao pobude za izvršenje krivičnog djela, kao i poteškoće u dokazivanju ove kvalifikatorne okolnosti utiču da se organi otkrivanja i gonjenja odlučuju na podnošenje prekršajnog naloga i pokretanje prekršajnog postupka umjesto krivičnog postupka što za posledicu ima neadekvatnu zaštitu najznačajnijih društvenih vrijednosti. Da ne govorimo o mogućim zloupotrebama ove pravne situacije.

Ne postoje nedoumice u pogledu vođenja prekršajnog postupka kada je za isto kazneno djelo već započeo ili je okončan krivični postupak. U tom slučaju se primjenjuje odredba člana 100 st. 3 i 4 Zakona o prekršajima kojom se propisuje zabrana ponovnog suđenja. Naime, lice koje je u krivičnom postupku pravosnažno oglašeno krivim za djelo koje ima obilježje prekršaja neće se kazniti za prekršaj (stav 3). Ukoliko je protiv učinioca prekršaja započeo krivični postupak za krivično djelo koje ima obilježje prekršaja, za taj prekršaj ne može se pokrenuti prekršajni postupak, a ako je prekršajni postupak pokrenut obustaviće se (stav 4).

Sa druge strane, postavlja se pitanje u kojim slučajevima će se primijeniti načelo *ne bis in idem* kada je sproveden prekršajni postupak

i učinilac oglašen krivim, a kada je naknadno utvrđeno da u radnji za koje je sproveden prekršajni postupak ima obilježja krivičnog djela. U skladu sa odredbama člana 51 stav 3 KZ-a moglo bi se pretpostaviti nepostojanje smetnji i neprimjenjivost načela *ne bis in idem* kao mogućnost započinjanja i sprovođenja krivičnog postupka. Prema ovoj odredbi ne postoji dvostruka kažnjivost ukoliko se zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za prekršaj *uračuna u kaznu izrečenu za krivično djelo* čija obilježja obuhvataju i obilježja prekršaja.

Međutim, postavlja se pitanje da li se u tom slučaju krši načelo *ne bis in idem*? Ustav Crne Gore propisuje da se *nikome ne može ponovo suditi niti može biti ponovo osuđen za isto kažnjivo djelo*. Zakonik o krivičnom postupku razrađuje ovo načelo na način što propisuje da „*nikome ne može biti ponovo suđeno za krivično djelo za koje je pravosnažnom odlukom osuđen ili oslobođen optužbe*“. Da bi se utvrdilo da li postoji povreda ovog načela neophodno je kao prvi opredjeljujući kriterijum utvrditi da li je djelo za koje je prethodno vođen prekršajni postupak *kažnjivo djelo*. Kao drugo, nužno je utvrditi da li se radi o *istovjetnim kažnjivim djelima*.

Za utvrđivanje prvog opredjeljujućeg kriterijuma primjenjuje se praksa Evropskog suda za ljudska prava prije svega tkz. „mjerila Engel“. Dakle, da bi se utvrdilo da li se radi o optužbi za krivično (kažnjivo) djelo u smislu člana 6 ECHR potrebno je utvrditi tri mjerila: 1) pravna kvalifikacija djela prema domaćem zakonodavstvu, 2) priroda djela koja podrazumeva dva kumulativna podkriterijuma, i to obim prekršene norme i svrhu kazne i 3) priroda i stepen težine kazne. U datom primjeru, „ugrožavanja sigurnosti“ isti se prema kvalifikaciji ne bi mogao smatrati i krivičnim djelom jer je Zakonom o prekršajima određen kao prekršaj. Međutim, primjenom druga dva kriterijuma nesumnjivo se može utvrditi da se radi o kažnjivom djelu, odnosno o djelu za koje važe sve garancije koje važe za krivična djela propisana Krivičnim zakonom. Ovo je moguće utvrditi imajući u vidu prirodu ovog djela kojim se štiti ne samo interes konkretne žrtve već i šireg kruga građana neodređenog broja. U konačnom, priroda i stepen težine kazne, novčana kazna i kazna zatvora od 60 dana, što je maksimalna zatvorska za prekršaj, ukazuju da je svrha kazne kažnjavanje i odvracanje od ponavljanja istovjetnog ponašanja, što ovaj prekršaj čini *kažnjivim djelom* u smislu ECHR. Kada bi u pretpostavljenom slučaju bila izrečena

i blaža kazna po vrsti ne bi imalo uticaja na prirodu ovog prekršaja kao kažnjivog djela u kom slučaju se moraju primjenjivati sve procesne garancije a i načelo ne bis in idem, ukoliko je ispunjen drugi kriterijum *istovjetnosti kažnjivih djela*.

Istovjetnost kažnjivih djela utvrđuje se kroz subjektivni i objektivni identitet prekršajnog i krivičnog djela. Subjektivni identitet u praksi stvara najmanje problema dok se za utvrđivanje objektivnog identiteta kaznenih djela koriste opredjeljujući kriterijumi proizašli i kroz praksu Suda za ljudska prava u Strazburu. Bazični kriterijum za utvrđivanje objektivnog identiteta jeste činjenično stanje koji kao osnovni pretpostavlja utvrđivanje identičnosti na osnovu dopunskih kriterijuma kao što su identitet zaštićenog dobra, težina posledice i predviđena sankcija (kao što je to slučaj kod utvrđivanja da li se kod prekršaja radi o kaznom djelu).

Praksa ECHR je ustanovila standard da je zabranjeno procesuiranje za kazneno djelo u onoj mjeri u kojem ono proizilazi iz istog činjeničnog supstrata, odnosno identičnih ili bitno sličnih činjenica⁷. Ranije smo naveli da problem razgraničenja prekršaja i krivičnog djela po pravilu proizilaze iz nedovoljnog razgraničenja elemenata bića krivičnog djela i prekršaja. To za posledicu može imati da se u prekršajnom postupku činjenični opis proširi u mjeri kojim se obuhvata i činjenični opis krivičnog djela. U osnovnom primjeru „ugrožavanja sigurnosti“ zakonski opisi prekršaja iz člana 8 Zakona o javnom redu i miru i člana 169 KZ se u potpunosti preklapaju, što upravo može prozrokovati praksu dvostukog postupka za isto krivično djelo što čini povredu načela ne bis in idem. Što se može i očekivati i u slučaju težeg oblika krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti iz člana 168 stav 2 KZ kada je isto izvršeno iz mržnje, u kom slučaju bi se prekršajnom kvalifikacijom obuhvatio i ovaj teži oblik krivičnog djela.

Očigledan primjer jednog ovakvog postupanja državnih organa se može prikazati kroz slučaj pred ECHR, *Maresti* protiv Republike Hrvatske,⁸ a koji je imao značajne reprekusije na praksu postupanja državnih organa u Hrvatskoj ali i ukazao na problem preklapanja zakonskog opisa krivičnih djela i prekršaja.⁹ Podnosilac zahjete je u pr-

7 *Zolotukhin* protiv Rusije – predstavka 14939/03, presuda od 10. februara 2009.

8 *Maresti protiv Hrvatske*, predstavka 55759/07, presuda od 25. juna, 2009.

9 Donošenje ove presude je rezultiralo i donošenjem Privremenih uputa za postupanje državnih odvjetnika i policijskih službenika u kaznenim i prekršaj-

vobitnom, prekršajnom postupku oglašen krivim na osnovu Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira, nakon čega je osuđen i u krivičnom postupku zbog nanošenja teških tjelesnih povreda zato što je u alkoholisanom stanju vrijeđao i fizički napao oštećenog čime je prouzrokovao teške tjelesne povrede. Iako, zakonski opis prekršaja iz Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira ne sadrži posledicu nanošenje teških tjelesnih povreda, sud za prekršaje je utvrdio da je izvršilac ovog prekršaja kriv i za nanošenje teških tjelesnih povreda pa mu je sledstveno tome izrekao i kaznu zatvora od četrdeset dana. Kako je u oba postupka podnosilac predstavke osuđen za nanošenje tjelesnih povreda, ECHR je našao da su se obje odluke odnosile na isto djelo i utvrdio povredu člana 4 Protokola 7.

Dakle, u slučaju „materijalnog identiteta djela“, odnosno obuhvatom istog činjeničnog opisa u oba postupka povrijeđeno je načelo *ne bis in idem*. Ukoliko se radi samo o preklapanju zakonskog opisa krivičnog djela i prekršaja, tim prije će doći i do preklapanja činjeničnog opisa tj. identičnih ili bitno sličnih činjenica, paralelnim ili sukcesivnim vođenjem prekršajnog i krivičnog postupka, što će voditi načelu *ne bis in idem*.

Ključna prepreka koja može proizvesti prethodno opisane pravne situacije je preklapanje zakonskih opisa prekršaja i krivičnih djela, no u slučaju protivpravnog diskriminatornog postupanja to je dodatno uslovljeno i nepoznavanjem pojma diskriminacije i nepostojanja prakse u prepoznavanju ovakvog ponašanja. U tom kontekstu, dodatne zabune će proizvesti i dopuna KZ-a (uveden novi član 42a – Izmjene i dopune Sl. list 40/2013–59) kojom se sada izričito propisuje posebna okolnost za odmjeraivanje kazne za krivično djelo učinjeno iz mržnje, odnosno za bilo koje krivično djelo propisano KZ-om sada je posebno propisana mogućnost i definisana mogućnost kvalifikovanja kao krivičnog djela učinjenog iz mržnje.¹⁰ Naime, ovako definisana kvalifikatorna okolnost će zahtijevati aktivnu tužilačku i sudsku praksu kako bi

nim predmetima u kojima je izgledna povreda načela *ne bis in idem* O tome više: E. Ivičević Karas, D. Kos: „Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom kaznenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, broj 2/2012, 555–584.

10 Mada je ova mogućnost postojala i ranije kao dio opštih pravila za odmjeraivanje kazne zakonodavac je eksplicitno uveo ovu otežavajuću okolnost kako bi zaštitu od diskriminacije izdigao na veći nivo. U kojoj mjeri će ova izmjena doprinijeti i većem stepenu zaštite pokazaće vrijeme koje dolazi.

se uspostavili određeni standardi za primjenu iste. Do tada, ni tužioci niti sudije neće pribjegavati primjeni ove odredbe, što će kvalifikovanje kaznenog ponašanja usmjeravati u procesuiranju klasičnih krivičnih djela ili pak prekršaja.

Na ovo ukazuje i slučaj iz prakse Osnovnog suda u Nikšiću gdje je ODT podnio optužni predlog¹¹ za osnovni oblik krivičnog djela ugrožavanja sigurnosti iz člana 168 stav1 KZ-a, pri tome ne kvalifikujući protivpravno ponašanje za teži oblik ugrožavanja sigurnosti iz stava 2 nasuprot okolnostima slučaja koji nesumnjivo ukazuju da je krivično djelo motivisano pobudama mržnje prema pripadnicima LGBT populacije.

U cilju uspostavljanja uslova da se izbjegne neadekvatna zaštita važnih društvenih vrijednosti kao što je to slučaj sa zaštitom od diskriminacije, naročito u odnosu na krivična djela učinjena iz mržnje, neophodno je: sistemski pristupiti normiranju kaznenog zakonodavnog okvira kada su djela učinjena iz mržnje u pitanju i na taj način društvu pružiti sveobuhvatnu i adekvatnu zaštitu od diskriminacije; ovo podrazumijeva inskriminasanje svih pojava oblika diskriminacije čija zaštita zahtijeva kaznenopravni mehanizam i kroz buduću zakonodavnu aktivnost jasno razgraničiti prekršaje od krivičnih djela u njihovom zakonskom opisu; uspostaviti praksu postupanja, prije svega organa otkrivanja i gonjenja svih kaznenih djela da se prilikom podnošenja prekršajnih naloga i optužnih predloga jasno razgraniči činjenični opis prekršaja i krivičnog djela u pitanju. U ovu svrhu se mogu utvrditi i određena pravila postupanja u konkretnim slučajevima i to po uzoru na Hrvatsku.

No kada govorimo o gonjenju diskriminatornog ponašanja, naročito njegovog najdrastičnijeg pojavnog oblika, a kako bi organi otkrivanja i organi gonjenja postupali kako je to prethodno navedeno neophodna je edukacija kojom će se omogućiti prepoznavanje ovakvog protivpravnog ponašanja i diskriminacija u kontekstu kaznenog prava postati vidljiva u društvu.

11 Osnovni sud u Nikšiću, K 326/2014.

3. DOSTUPNOST PODATAKA O PREDMETIMA U VEZI KAZNENIH DJELA UČINJENIH IZ MRŽNJE ILI PRAKSA PRAVOSUDNIH ORGANA

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije¹² izmijenjen je član 33 i propisana obaveza prema kojoj su sudovi, državna tužilaštva, organi za prekršaje, organ uprave nadležan za policijske poslove i inspekcijski organi dužni da vode posebnu evidenciju o podnijetim prijavama, pokrenutim postupcima i donijetim odlukama iz svoje nadležnosti u vezi sa diskriminacijom. Nadležno Ministarstvo sa ljudska i manjiska prava je na osnovu ove odredbe u novembru 2014. godine donijelo Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja posebne evidencije o slučajevima prijavljene diskriminacije¹³ (u daljem tekstu Pravilnik). Iako značajno unaprijeđen u odnosu na pravilnik¹⁴ koji je stavio van snage i ovaj novi pravilnik nije sveobuhvatan u smislu obaveze vođenja evidencije o svim relevantnim podacima, a naročito sa aspekta krivičnih djela učinjenih iz mržnje.

Naime, iako se članom 3 precizira koji se podaci o predmetima u vezi sa diskriminacijom unose u posebnu evidenciju koju vode sudovi, istim se ne predviđaju oni podaci koji bi ukazivali na broj konačnih odluka u predmetima krivičnih djela učinjenih iz mržnje, odnosno ne predviđa se obaveza vođenja evidencije u slučaju izjavljivanja vanrednih pravnih sredstava. Navedenim izmjenama člana 33 Zakona o zabrani diskriminacije proširena je obaveza vođenja evidencije i na državna tužilaštva. U pogledu podataka koje u posebnim evidencijama državna tužilaštva moraju voditi ima određenih podataka koji se preklapaju sa podacima koje moraju evidentirati i sudovi što ne korespondira sa jednim od ciljeva IKT strategije¹⁵ kojim se predviđa jedinstveni informacioni sistem na nivou pravosuđa. Generalno posmatrano, ovakav normativni okvir može biti kvalitetan osnov za prikupljanje relevantnih podataka, no još uvijek ostaje problem primjene odredbi ovog

12 Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni list Crne Gore*, br. 18/2014.

13 Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja posebne evidencije o slučajevima prijavljene diskriminacije, *Službeni list Crne Gore*, br. 50/2014.

14 Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja posebne evidencije o slučajevima prijavljene diskriminacije, *Službeni list Crne Gore*, br. 23/11.

15 Strategija informaciono-komunikacionih tehnologija pravosuđa 2016–2020, <file:///C:/Users/User/Downloads/Strategija%20informaciono-komunikacionih%20tehnologija%20pravosu%C4%91a%202016-2020.pdf>.

pravilnika i upitno u kojoj mjeri i kada počne njihova primjena da li će dati realnu sliku diskriminatornog ponašanja koje bi moglo biti inkriminisano u krivičnom ili prekršajnom postupku. Ovdje se prije svega misli na stepen obučenosti za prepoznavanje i procesuiranje krivičnih djela učinjenih iz mržnje.

Ono što naročito zabrinjava jeste činjenica da posebna evidencija o predmetima u vezi sa diskriminacijom formirana kroz elektronsku bazu podataka još uvijek nije uspostavljena ni u sudovima niti u državnim tužilaštvima, iako je od donošenja pravilnika proteklo godinu i 9 mjeseci. U najavi je uvođenje¹⁶ IBM elektronske baze podataka na nivou državnih tužilaštava Crne Gore koja će sadržati i podatke koji će se odnositi na predmete krivičnih djela učinjenih iz mržnje ali ne kao posebne evidencije i samo u odnosu na RAE populaciju i LGBT osobe.

IKT strategija ne prepopoznaje problem evidencije predmeta krivičnih djela učinjenih iz mržnje pa ni u dijelu normativnog okvira koji treba da predstavlja osnov izrade jedinstvenog informacionog sistema. Ostaje očekivanje da će akcionim planom biti predviđene mjere kojim će se uspostaviti posebne evidencije predmeta krivičnih djela učinjenih iz mržnje na nivou sudova i državnog tužilaštva.

Kao posledica ovakvog stanja su i nedostatni godišnji izvještaji o radu Državnog tužilaštva i Vrhovnog suda Crne Gore, odnosno nepostojanje bilo kakvih pouzdanih podataka o krivičnim djelima učinjenim iz mržnje. Godišnji izvještaji o radu sudova su za razliku od prethodnih godina (2013 i ranije) ograničeni isključivo na opšte informacije o broju predmeta u radu, završenih predmeta, efikasnosti u radu sudova, itd. dakle, ne samo da ne postoje jasni i precizni podaci o predmetima krivičnih djela učinjenih iz mržnje, već se u godišnjim izvještajima ne nalazi niti statistika po krivičnim djelima koja bi kao takva dala određen stepen uvida u zastupljenost u radu sudova onih krivičnih djela koja su *per se* diskriminatorna.

Kada govorimo o godišnjim izvještajima Vrhovnog državnog tužilaštva Crne Gore razlika u odnosu na godišnje izvještaje sudova je u statističkim podacima o postupanju državnih tužilaštava u predmetima za izvršena krivična djela koja su *per se* diskriminatorna, jer se isti

16 Datum koji je prvobitno predviđen bio je avgust 2016. godine, ali Baza još uvijek nije u punoj funkciji.

objavljaju. Krivična djela kod kojih je diskriminacija propisana kao pobuda ili kvalifikovani oblik nisu klasifikovana kako bi se moglo utvrditi o kojem je broju konkretnih krivičnih djela učinjenih iz mržnje procesuirano i da li je uopšte to bio slučaj. Pa tako, za krivično djelo ugrožavanja sigurnosti (čl. 168 KZ-a) u 2015. godini državna tužilaštva u Crnoj Gori procesuirali su 169 lica, ali ista ova informacija ne sadrži i konkretan podatak koji je broj od ovih lica procesuirano za kvalifikovani oblik pobudom mržnje iz stava 2. Svakako, priroda i kvalitet dostupnih podataka ukazuju na zanemarljiv broj predmeta u kojima je pokretan krivični postupak, a u odnosu na krivična djela učinjena iz mržnje. Kao posledica ne vođenja posebnih evidencija o podacima u predmetima krivičnih djela učinjenih iz mržnje ovi izvještaji su takođe nedostatni u odnosu na posebnu kvalifikatornu okolnost iz člana 42a KZ-a.

Izvještaj Vrhovnog državnog tužilaštva¹⁷ za 2015. godinu upravo potvrđuje prethodno navedeno, pa je tako, zbog izvršenja krivičnih djela koja su per se diskriminatorna kao i nekih koja se najčešće čine iz mržnje ali se u svakom konkretnom slučaju to mora posebno utvrditi, podnijet sledeći broj optužnih predloga:

- * Rasna i druga diskriminacija iz člana 443 Krivičnog zakonika Crne Gore – podnijet je 1 optužni predlog
- * Povreda ravnopravnosti (čl. 159 KZ-a) – nije podnijet niti jedan optužni predlog
- * Povreda ravnopravnosti pri zapošljavanju (čl. 225 KZ-a) – podnijet je 1 optužni predlog
- * Povreda prava upotrebe jezika i pisma (čl. 158 KZ-a) – nema podataka
- * Povreda slobode izražavanja ili etničke pripadnosti (čl. 160 KZ-a) – nema podataka
- * Mučenje (čl. 167 KZ-a) – protiv 11 lica je podnijet optužni predlog – bez klasifikovanih pobuda
- * Ugrožavanje sigurnosti (čl. 168 st. 2 KZ-a) – 169 lica optuženo – bez klasifikovanih pobuda
- * Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje (čl. 370 KZ-a) – nije podnijet niti jedan optužni predlog

17 Dostupno na: <http://www.tuzilastvoscg.me/media/files/izvjestaj%20o%20radu%20vdt%20za%202015-compressed.pdf>, 15. 10. 2016.

- * Povreda ugleda naroda, manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica (čl. 199 KZ-a) – nije podnijet niti jedan optužni predlog
- * Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 399a) – podnijeto je 16 optužnih predloga – bez klasifikovanih pobuda

Dakle, prema podacima dostupnim u navedenom Izvještaju sa sigurnošću se može ustvrditi da su u 2015. godini državna tužilaštva podnijela samo dva optužna predloga za krivična djela učinjena iz mržnje. Sva druga krivična djela koja su imala elemente diskriminacije predstavljaju tamnu statističku brojku u radu sudova i državnih tužilaštava.

Prekršajni sudovi su u oktobru 2015. godine, donošenjem novih organizacionih zakona, postali dio redovnog sudskog sistema, što je očigledno kratak vremenski period da bi ukazali na nedostatke u dostupnosti informacija o radu kao i sudskoj praksi kada su u pitanju prekršaji koji kao motiv imaju predrasude. No, treba napomenuti da godišnji izvještaj Vrhovnog suda ne sadrži podatke o radu sudova za prekršaje, jer njihov način izvještavanja nije upodobljen sa Uputstvom o izradi statističkih izvještaja o radu sudova koji se oslanja na Smjernice za statističke podatke u pravosuđu usvojene od CEPEJ-a, a Viši sud za prekršaje nije objavio poseban izvještaj o radu. Sa druge strane, sudovi za prekršaje još uvijek nijesu počeli da objavljuju presude na zvaničnom sajtu.

Međutim, nužno je istaći da su se u Izvještaju o radu Zaštitnika ljudskih prava i sloboda Crne Gore, za razliku od podataka dostavljenih instituciji Zaštitnika od Vrhovnog suda i Vrhovnog državnog tužilaštva Crne Gore koji su na nivou podataka dostupnih u njihovim godišnjim izvještajima, našli precizni podaci koje je Viši sud za prekršaje Crne Gore dostavio o broju predmeta koje su sudovi za prekršaje imali u 2015 godini kao i osnovu diskriminacije u konkretnim predmetima. Prema ovim podacima u toku 2015. godine sudovi za prekršaje su imali u radu *21 predmet* iz oblasti Zakona o javnom redu i miru u kojima su prekršaji imali elemente diskriminacije, od čega u Sudu za prekršaje Podgorica *16 predmeta*, Sudu za prekršaje Bijelo Polje *tri* i Sudu za prekršaje Budva *dva predmeta*. Osnov diskriminacije u svim predmetima je seksualna orijentacija, dok se u dva predmeta pored seksualne orijentacije pojavljuje i nacionalna i vjerska pripadnost. U *10 predmeta*

zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka je podniet u toku 2015. godine, u devet predmeta je podniet u toku 2013. godine i u dva predmeta u toku 2014. godine. Postupak je okončan u 15 predmeta, dok je šest predmeta još uvijek u radu. Od ukupnog broja, u šest predmeta je postupak obustavljen, od čega u *pet predmeta zbog nastupanja zastare postupka*, u dva predmeta je donijeta oslobađajuća odluka, u šest predmeta je izrečena novčana kazna i u jednom predmetu je odbačen zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka. Ovi podaci ukazuju na izuzetno nizak procenat uspješnosti zahtjeva za pokretanje postupka za prekršaje sa elementima diskriminacije koji je rezultirao osuđujućom odlukom i to u svega 40% od završenih postupaka u 2015. godini. Ono što zabrinjava jeste činjenica zastare prekršajnih postupaka koja je bila na nivou od 33% od broja okončanih postupaka, uz koje je jedan zahtjev odbijen i donesene dvije oslobađajuće odluke, što ukupno sa zastarama prekršajnog postupka čini 60% okončanih predmeta. Jasno je da su sudovi u postupanju bili neažurni ali i da državna tužilaštva nijesu na kvalitetan način zastupali konkretne predmete.

Prema podacima dostavljenim Zaštitniku potvrđuje se da redovni sudovi i državna tužilaštva ne vode posebnu evidenciju o predmetima u vezi sa diskriminacijom. Sa druge strane, podaci dostavljeni od strane Višeg suda za prekršaje na prvi pogled mogu ukazati da je u 2015. procesuirano više predmeta sa elementima diskriminacije u sudovima za prekršaje nego li u krivičnim sudovima. No, nedostatni podaci dostupni od strane sudova i državnih tužilaštava onemogućavaju i ovu komparaciju.

Od velikog je značaja da metodologija prikuplja podataka u vezi predmeta krivičnih djela učinjenih iz mržnje bude jedinstvena za državno tužilaštvo, redovne sudove, u ovom slučaju krivične, kao i sudove za prekršaje kako bi statistika u ovim predmetima bila kvalitativno odgovarajuća za analizu stanja u ovoj oblasti. Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencije predviđa obavezu vođenja istovjetnih podataka (broj podnijetih optužnih predloga i optužnica, broj odbačaja...) i za sudove i za državna tužilaštva. Ovakav metodološki pristup je proizvodio suprostavljenje statističke podatke u godišnjim izvještajima sudova i državnih tužilaštava, a što je onemogućavalo kvalitetnu analizu stanja u pravosuđu. U relaciji postupanja krivičnih i prekršajnih sudova, kao i tužilaštva u postupanju pred isti, jedinstvena metodologija je značajna upravo sa aspekta preklapanja zaštitnih objekata krivičnog i prekršaj-

nih zakona i upoređivanja stepena procesuiranja sličnih ili „istovjetnih“ kaznenih djela.

Kao jedan od značajnijih izvora podataka o predmetima krivičnih djela učinjenih iz mržnje trebalo bi biti i objavljivanje sudskih odluka. Međutim, i ovaj izvor ne daje precizne i potpune informacije. U konkretnom bi se mogao navesti primjer objavljivanja presude¹⁸ Višeg suda u Podgorici po žalbi u predmetu za krivično djelo rasne i druge diskriminacije, a neobjavljivanje presude prvostepenog suda u odnosu na koju je ista žalba podnesena predstavlja ograničenje u sagledavanju konkretnog predmeta u kojem se utvrđuje povreda prava na privatnost LGBT osobe. Takođe, na zvaničnom sajtu se ne nalaze sve sudske odluke pa i sa statističkog aspekta informacije prikupljene na ovaj način (inače, ovaj način prikupljanja podataka i pronalaženja konkretnih sudskih odluka je izuzetno zahtjevan i dijelom ograničen bez prethodnih informacija koje bi bile dobijene kroz posebnu evidenciju) ne mogu biti u potpunosti relevantne.

Jasno je da dostupnost podataka u postupcima za kaznena djela učinjena iz mržnje nije na zadovoljavajućem nivou. Ne može ni biti, imajući u vidu činjenicu da niti sudovi niti državna tužilaštva ne vode posebnu evidenciju. Ovakvo stanje onemogućava realno sagledavanje stanja kaznenopravne zaštite od diskriminacije ali i sama činjenica nedostupnosti podataka i izvještavanja ukazuje na odnos društva prema problemu diskriminacije u svom najdrastičnijem obliku. Na neadekvatan odnos ukazuje i ono malo nestruktuiranih podataka iz izvještaja Vrhovnog državnog tužilaštva i Zaštinika ljudskih i manjinskih prava Crne Gore, predstavljenih u ovom radu, tj. zanemarljivo mali broj postupaka pokrenutih za krivična djela učinjena iz mržnje.

Imajući u vidu prethodno navedeno, neophodno je odmah uspostaviti posebnu evidenciju o slučajevima prijavljenih kaznenih djela učinjenih iz mržnje koja će biti jedinstvena za sudove (krivične i prekršajne) i državno tužilaštvo kako bi se omogućilo prikupljanje potpunih i preciznih podataka. Kao rezultat ovako vođene posebne evidencije potrebno je metodološki upodobiti način izvještavanja sudova i državnog tužilaštva.

18 Kž 1275/2015.

4. ZAKLJUČAK

U prethodnom periodu očigledno je nedostajao sistemski pristup u kaznenopravnoj zaštiti od diskriminacije i njegov nedostatak se osjeća kako u dijelu normativnih rješenja tako i u praksi pravosudnih organa. Ovo za posledicu ima nevidljivost diskriminacije u svom najtežem obliku. Nevidljivom u rezultatima rada pravosudnih organa što podrazumijeva njena neprepoznatljivost u crnogorskom društvu. Upravo je odgovornost zakonodavca ali i pravosudnih organa da štite društvene vrijednosti u punoj mjeri i na taj način iste izdignu na nivo koji će omogućiti cjelokupnom društvu da te društvene vrijednosti prihvati kao svoje. Do tada će kaznena djela učinjena iz mržnje ostati tamna brojka koju društvo neće prepoznavati kao povredu osnovnih ljudskih prava i sloboda i tamna „statistička“ brojka rada pravosudnih organa. U radu su dati konkretni zaključci i preporuke na koji način i u kom pravcu treba unaprijediti kaznenopravnu zaštitu od diskriminacije, no isti nijesu dovoljni i zahtijevaju dalja istraživanja i prije svega sistemski pristup države.

Milorad Marković, LL.M.

*Researcher at the Institute for Legal Studies, Podgorica,
Montenegro*

Ilija Vukčević, PhD

*Assistant Professor, Law School of University of Donja Gorica,
Podgorica, Montenegro*

CRIMINAL LEGAL PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION IN LAW AND PRACTICE – AN EXAMPLE OF MONTENEGRO

Summary

National criminal legal framework to protect against discrimination of Montenegro foresees incrimination of hate crimes through various heads of the Criminal Code and thus provides immediate criminal legal protection against discrimination through a range of offenses that are done only out of hatred. On the other hand, the legisla-

tive amendments to the Criminal Code in 2013 expanded the space of protection against discrimination in the manner prescribed by the special circumstances of sentencing for a criminal offense committed out of hatred. this amendment, gives the possibility of punishing the perpetrator of any criminal offense in case if it is motivated by prejudice on the grounds of race, religion, national or ethnic origin, gender, sexual orientation or gender identity of another person, and these circumstances the Court will value as aggravating unless it is defined as a characteristic of primary or severe forms of criminal offenses (Article 42a of the criminal Code). Although in most countries, excluding South Eastern Europe, anti-discrimination has been mostly protected through civil law, the first question that should be asked when we talk about Montenegro is to what extent does the criminal legal protection through the prosecution of hate crimes are effective and efficient. In what percent these crimes are covered by “dark (statistical) figure” and the causes of it. Annual reports on the work of the judicial authorities of Montenegro for 2014 and 2015 indicate that the criminal protection from discrimination, and the prosecution of hate crime have a small percentage of representation in the work of judicial authorities or statistics for certain crimes are not available. Author of this paper examine the criminal legal framework for protection against discrimination but above all the efficiency and effectiveness of the judicial authorities in the field of combating and punishing criminal offenses motivated by hatred.

Key words: *Discrimination. – Offenses motivated by hatred. – Criminal legal mechanisms of protection. – Ne bis in idem. – Sexual discrimination.*

*Dr Dejan Mickovik**

*Dr Angel Ristov***

THE REFORMS OF THE INHERITANCE LAW IN THE PROCESS OF CODIFICATION OF THE MACEDONIAN CIVIL LAW

In this text the authors present the analysis of the current Macedonian succession law, problems in the practice as well as an analysis of comparative inheritance law. Beside that, the authors are presenting the latest proposals for reforms of the Macedonian succession law contained in the Draft of Book 4 – Inheritance Relations of the Civil Code of Republic of Macedonia. Among them, the most important will be the reforms that improves the inheritance position of the spouse by predicting the right on usufruct of the Family home in second inheritance rank. The authors believe that proposals for protection of the creditors in the inheritance process will contribute to greater legal certainty. According to authors, of great significance are the reforms that will create a special regime of inheritance for agricultural land and farms as well as for company shares and stakes.

Key words: *Inheritance Relations. – Civil Code of Republic of Macedonia. – Protection of Creditors.*

In the beginning of 2011 in the Republic of Macedonia started the process of codification of the civil law.¹ The process of preparation of the first Macedonian Civil Code is still ongoing, given the fact that this will be one of the biggest reforms in the civil law area and in the legal system from its existence.² With the adoption of the Civil code

* Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Saints Cyril and Methodius” Skopje, dejanmickovic@yahoo.com.

** Assistant professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Saints Cyril and Methodius” Skopje, angelristov@yahoo.com.

1 Official gazette of Republic of Macedonia, no. 4/2011.

2 Until September 2016 are finished the Drafts of Book 3 – Obligations and Book 4 – Inheritance. Also the first version of the Draft Book 5 – Family re-

the Commission appointed by the Government to prepare the Civil Code expects to achieve two main goals: to improve the quality in the regulation of the civil law relations in the Republic of Macedonia and to overcome the existing legal gaps, problems and contradictions in the current law.³ This particularly applies to the Macedonian inheritance law that has not undergone significant changes for more than seven decades.⁴ Despite this, in the contemporary societies, in the beginning of this century inheritance law has undergone many dramatically changes.⁵ Several factors influenced the changes in the inheritance law.⁶ In some post-socialist countries, the reforms of the inheritance

lations is prepared. The Commission still has not prepared the first version of Book 1 – General part and Book 2 – Real property relations.

- 3 For thorough analyze of the current Macedonian Inheritance Law, the problems in the practice and the proposals in the first version the Draft Book 4 – Inheritance Relations see more: Dejan Mickovik, Angel Ristov, “Codification of inheritance law in Republic of Macedonia”, *Legal Life*, Association of lawyers in Republic of Serbia, Belgrade, 2013.
- 4 In the theory the neccessety for reforms in the inheritance law is located many years ago. However, it took very long time till the preparation of the civil code. More on this issue see: Dejan Micković, Angel Ristov, *Inheritance Law Reform in Republic of Macedonia*, Stobi Trejd, Skopje, 2016, 9–12; Dejan Micković, Angel Ristov, “Reforms in Inheritance Law proposed in the Draft Civil Code of the Republic of Macedonia”, *Lawyer*, Association of Lawyers of the Republic of Macedonia, Skopje, January 2014; Dejan Micković, Angel Ristov, *Law on inheritance*, Stobi Trejd, Skopje, 2015; Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *Inheritance Law in the Republic of Macedonia*, Cultural Institution “Shine”, Skopje, 2010.
- 5 One of the most important factors that have influenced on the changes in the Inheritance Law are the changes in the marital and family relations. See more: Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, “Modern Trends in the Inheritance Law”, *Proceedings of the Law Faculty “Iustinianus Primus” in Skopje in honor Nikola Matovski*, Law Faculty “Iustinianus Primus” in Skopje, 2011; Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, “Is There a Need for Changes in the Inheritance Law of the Republic of Macedonia”, *Proceedings of the Law Faculty “Iustinianus Primus” in Skopje in honor of prof. Ganzovski*, Law Faculty “Iustinianus Primus” in Skopje, 2011; Zaccaria Alessio, “The Basis and the Developement of European Private Law”, *China Law Review*, Volume 3, June 2006.
- 6 For the changes and reforms in inheritance law legislations in Europe see more Lapuente Cámara Sergio, “New Developments in the Spanish Law of Succession”, *Indret revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2007; Rauscher Thomas, *Recent Developements in German Succession Law*, Institute for Foereign and European Private and Procedural Law, University of Leipzig, p. 1 et alt.;

law were influenced by political, legal and economic changes. In other European countries those changes were necessary because of the social and cultural transformations that occurred as a result of integration processes.⁷ However, the greatest influences on inheritance law, in almost all European countries, were result of the radical transformations in the marital and family relations.⁸ With these challenges is faced and Macedonian Inheritance Law that will be regulated in Book 4 – Inheritance Relations of the Civil Code.

Several years passed since the first version of the Draft Book 4 – Inheritance Relations was published. In the meanwhile, the Commission didn't stop with its work.⁹ After a thorough analysis of many European inheritance law legislations the Commission prepared a second version

Reinhartz B. E., "Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands" On the Road towards a European Law of Succession?, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 1, May, 2007; Liin Urve, "Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading", *JURIDICA INTERNATIONAL*, VI/2001.

- 7 More about this see: A. Verbeke, Y.-H. Leleu, "Harmonisation of the Law of Succession in Europe", *Towards a European Civil Code*, The Hague, Kluwer, 1998; Angel Ristov, "European Civil Law – Utopia or Reality", Kopaonik School of Natural Law, *Legal Life*, Society of Lawyers in Serbia, Beograd, No. 12–2011; Angel Ristov, "Harmonization of the Inheritance Law in EU", *Revue for European Law*, Society for European Law, Kragujevac, 2012; Dejan Micković, Angel Ristov, "Harmonisation of the Family Law and Inheritance Law in European countries", *Harmonius*, Belgrade, 2013.
- 8 More about the changes in the family and their reflections on the inheritance law see: Dejan Micković, Angel Ristov, *Family Law Act*, Stobi Trejd, Skopje, 2015; Dejan Mickovik, Angel Ristov, "Les changements dans les rapports conjugaux et familiaux dans les pays européens et dans la République de la Macédoine", *Facta Universitatis*, Pravni fakultet Nis, 2014; Angel Ristov, "The New Challenges in the Regulation of Marriage and Non Marital Union", *Harmonius*, Belgrade, 2014; Angel Ristov, "Non Marital Union in the Macedonian Family Law", Ohrid School of Law, *Iuridica Prima*, Vol. 1, May 2015; Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Micković, Angel Ristov, *Succession in Europe*, Cultural Institution "Shine", Skopje, 2011; Vidić Jelena, "Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice", *Pravni život*, Udruženje pravnika Srbije, Belgrade, No. 11/2009; Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1989; Gokalp-Villeneuve Leridon, I. Thery, *Couple, fillation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.
- 9 Civil code, Draft Book 4 – Inheritance Relations, Commission for Family and Inheritance Law, Skopje, July 2013.

of the Draft Book 4 in which there were several new proposals for the reforms in the Macedonian inheritance law.¹⁰ In the previous version the Commission proposed several reforms: introduction of the inheritance agreement,¹¹ legal inheritance for the posthumous born child,¹² intestate inheritance for the non marital partners,¹³ predicting the right on forced share as obligation law, introduction of the notary testament and register of testaments, exclusively competence of the notaries for the inheritance law agreements.¹⁴ Given that they are already known, in this text the authors will present the newest proposals from the second version of the Draft Book 4 – Inheritance relations.

-
- 10 As a result of a thorough analyse of the current legislation and the analyze of more than 16 European inheritance law legislations, the members in the Commission prepared a monograph which consists the theoretical and legal dilemmas on the regulation of some legal institutes, contemporary solutions from the comparative inheritance law, judicial practice as well as the newest proposals for the reform in inheritance law. See more: Dejan Micković, Angel Ristov, *Inheritance Law Reform in Republic of Macedonia*, Stobi Trejd, Skopje, 2016.
- 11 Prediction of the inheritance agreement will be one of the crucial reforms in the Macedonian Inheritance Law. Given the positive characteristics of inheritance agreement, unstead the life maintenance agreement, from the aspect of creditors and forced heirs, it is expected to be achieved grater legal certainty in the inheritance relations. About the arguments pro inheritance agreement see more: Angel Ristov, "Is Inheritance Agreement necessary in the Macedonian Inheritance Law", *Notarius*, No. 19, Notary Chamber of the Republic of Macedonia, Skopje, December 2011.
- 12 According to the opinion of one of the members in the Commission for Family Law and Inheritance Law, the need for equal treateing of all children and the care to be realized their rights and interests obliges the legislator to make changes on this issue in the inheritance law. See more: Dejan Mickovik, "Posthumous reproduction and inheritance", *Proceeding of the Faculty of Law*, University of Zagreb, 2011.
- 13 In the contemporary societies marriage doesn't have exclusivity any more. In some European countries the number od couples that live in non marital union is grater than the number of marital couples. See more: Angel Ristov, "Non Marital Community", Scientific Conference for the 20th-et anniversary of the Law School in Veliko Turnovo, *Ius est ars boni et aequi*, Bulgaria, 14–16 April 2011.
- 14 See more on this issue: Dejan Mickovik, Angel Ristov, "*Codification of Inheritance Law*".

1. IMPROVEMENT OF THE INHERITANCE STATUS OF THE SPOUSE BY INTRODUCING THE RIGHT TO USUFRUCT OF THE FAMILY HOME

In the last decades, as a result of the revolutionary changes in the family relations and the reforms in the inheritance law, the position of the spouse in the inheritance law has undergone significant changes.¹⁵ Unlike in the past, in certain contemporary legislations marriage is more important factor than the kinship.¹⁶ The role of the marital relation is getting more important, bearing in mind the fact that older marital partners live together alone, without their children who have already formed their own families. As a result of this certain legislations predict bigger part of inheritance for the marital partner or prescribe the possibility for the marital partner to remain to live in the family home till the death. In Macedonia, despite the improvement of the inheritance position of the marital partner in many European legislations, the provisions for inheritance law position of the spouse haven't changed in the last seven decades. In the current law there are no provisions that regulate possibility for the surviving spouse to continue to live in the family home after the death of the principal. This situation creates problems in the practice, especially for the older persons who don't have children because the other successors, like brothers and sisters or their decedents almost always want division of the inheritance. Given the fact that the family home is part with the biggest value in the inheritance, very often it is sold for compensation of the other successors. In such cases the spouse is forced to leave the family home and to find another location for living.

15 See more: Dejan Micković, Angel Ristov, "The Position of the Spouse in the Macedonian and Comparative Inheritance Law", *Proceedings of the Faculty of Law "Iustinianus Primus" – Skopje in honor of prof. Todor Pelivanov*, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, 2012.

16 One of the significant transformations in the sphere of family legislation in all of the European countries in the past century is the legal equalization of the man and the woman. This dramatic transformation influenced on the improvement of the inheritance law position of the woman. More about this issue see: Dejan Mickovik, Angel Ristov, "The Position of the Spouse in the Macedonian and Comparative Inheritance Law", *Proceedings of the Faculty of Law "Iustinianus Primus" – Skopje in honor of prof. Todor Pelivanov*, Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje, 2012.

Unlike Macedonia, the trend of improvement the position of the spouse in the inheritance law is especially present in the Scandinavian countries.¹⁷ In Denmark the living spouse or registered partner have right to remain in possession of all the estate, regardless of the value of the estate and the will of the other successors. In case when the deceased spouse left children from other marriages or non marital unions, then their consent is necessary. In case of division of the inheritance one half of the inheritance belongs to the spouse. The spouse also have the right continue living in the family home. Similar solutions are predicted in the Swedish law.¹⁸ Except in the Nordic countries, the inheritance position of the spouse has been improved in France too. According to the last reforms in the French law, the living spouse has right to live in the family home until his death. If the family home is not in property of the deceased spouse, the living spouse has right to use it freely in a period of one year after the death of the spouse. Second novelty of the reform of the French in 2002 is the right of the spouse to choose whether to gain 1/4 of the inheritance in property, or to gain the right of usufructs on the whole inheritance, in case when he is inheriting in the first inheritance rank.

Beside France and the Nordic countries, the inheritance position of the spouse has been improved in other European countries. In the Netherlands the spouse gets the whole inheritance and the children have the right to demand their inheritance part in money when the spouse or the registered partner die, if something different is not predicted by the deceased spouse in his will.¹⁹ In English law the surviving spouse or registered partner, have right on property of all movable things and legally legacy in value of 125.000 pounds, as well as life time interest on the half of the inheritance. In German law, except that 1/4 of the inheritance belong to the spouse, it has priority right on the family home and the right on maintenance in the first 30 days of the death of the deceased spouse. The right of a spouse to continue living in the family home and the right on the house things is also predicted in the Italian law, if the family home and the house things were in property of

17 About the improvement of the inheritance law position of the spouse in the Scandinavian countries and other European legislations see more: Ljiljana Spirović Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov, *Succession in Europe*, Cultural Institution "Shine", Skopje, 2011, 169–180.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

the deceased spouse or if they were in joint property with the spouse. Swiss law prescribes even better solution for the surviving spouse. Namely, the spouse has a right to choose to gain the family home in property or in life time usufruct. And in some regional laws of Spain, such as Aragon, Basks and Catalonia, the spouse has right to keep living in the family home, while the Spanish civil code predicts the right of the spouse to inherit in usufruct. The right of the spouse to usufruct of the family home is predicted in the Serbian inheritance law.²⁰

After studying the solutions in comparative law, as well as the problems that arise in practice in Macedonia, the Commission for drafting the civil code of Macedonia considers that it is necessary to provide the right of a spouse to life time usufruct of the family home in the second rank of the intestate inheritance. With this reform the inheritance position of the spouse will be significantly improved in Macedonian legal system that is in line with the general trend of improving the position of the spouse in many European countries.

2. PRESCRIBING BETTER PROTECTION OF THE CREDITORS RIGHTS ON THE INHERITANCE

Macedonian inheritance law accepted the concept according to which the heirs inherit *ex lege* in the moment of death. They are responsible for the debts of the principal to the value of the inherited part. The legal provisions are very clear and precise, but in practice the heirs are interested just in inheriting the rights and avoiding paying the debts of the principal. This phenomenon of “dying without debts” is very common in Macedonia and it complicates the realization of the creditor’s rights with unnecessary lawsuits that cost time and money. In practice there are many cases when the debtor is heir who is renouncing from the inheritance with aim to fraud the creditors. In practice there are frequent cases when the courts are not beginning the inheritance process, despite their legal obligation to do so, and the heirs are waiting for years to do it when they know that the

20 About the regulation of the forced heir ship in the Serbian inheritance law see more: Oliver Antić, *Inheritance Law*, Narodna Knjiga, Belgrade, 2001, 156–160; Stojanović Nataša, Krstić Novak, “Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda”, *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2008.

deceased has left debts. On the other side, the creditors' do not have the right to initiate the beginning of the inheritance procedure. Beside this, in order to abuse the rights of the creditors, the heirs very often begin fictive lawsuits among them. All these goes in favor of the heirs' debtors, instead of the legal certainty and legal interest of the creditors. Although Law on Property and other real rights²¹ predicts possibility for the creditors of the deceased in a period of three months after his death to demand separation of inheritance from the estate of the heirs, in practice this provision is not functioning. Usually the heirs must wait the inheritance process (that may last for years) to be finished to realize their inheritance rights. Upon previously said it is not very hard to conclude that the position of the creditors in the inheritance process in Macedonia is very difficult.

In the comparative inheritance law there are thorough provisions for protection of the creditors in the inheritance process. German civil code predicts obligatory public invitation of the creditors to register their claims against the succession.²² Moreover, protection of the interests of the creditors in German civil code goes even further. If the heir has obtained knowledge of the insolvency or over indebtedness of the estate, he must without undue delay apply for the institution of estate insolvency proceedings.²³ In opposite, he is responsible to the creditor for all the damage as a cause of his inaction. In the Civil code of Lithuania it is prescribed that the creditors of a bequeather shall have the right within three months from the day of the opening of succession to make claims against the successors who accepted the succession, executor of the will or administrator of the inheritance, or bring an action in respect of the inheritable property.²⁴ Beside this, the creditors have also the right to participate during the compilation of the inventory or to authorize another person to participate during the compilation of the inventory.²⁵ Specific solution contains Spanish law upon which the creditors can ban the separation of the estate until their claims are paid or secured.²⁶ Even more, the creditors can take part in the process of separation of the succession to prevent possible

21 *Official gazette of Republic of Macedonia*, 18/01, 92/08 and 139/08.

22 See more on this: Art. 1965 of BGB.

23 See more: Art. 1980 of BGB.

24 Art. 5.63 of Civil code of Lithuania.

25 Art. 5.53.8 *Ibid*.

26 Art. 1082 of *Codigo civil*.

frauds and violation of their rights.²⁷ Similar solutions are predicted in the Swiss law which allows the creditors to demand liquidation of the inheritance with aim to settle their claims. In this sense, where the deceased's creditors have good cause to fear that their claims will not be met and such claims are not satisfied or secured at their request, within three months of the death of the deceased or the reading of the will they may demand the official liquidation of the estate.²⁸ The official liquidation is carried out by the competent authority or by one or more estate administrators acting at the authority's behest. It begins with the taking of an inventory and the attendant formal call to account. The estate administrator is under the authority's supervision and the heirs may appeal to the authority against any measures taken or planned by the administrator.²⁹

Provisions for protection of the creditors are integral part of the several recent civil codes in Europe. Civil code of Ukraine predicts that heirs shall inform the testator's creditor of opening of the inheritance if they are aware of the testator's debts. During six months after the day when the testator's creditor knew or could have known of the opening of the inheritance, he/she shall present the claims to the heirs who accepted the inheritance irrespective of the date when the claim is due. In case the creditor didn't know about this he can present his claims during one year after the date when the claim is due. The testator's creditor who failed to present claims to the heirs who accepted the inheritance shall be divested of the right to claim.³⁰ The heirs have an obligation to fulfill the claims of the creditors in the amount relevant to his/her share in the inheritance value of the inherited part. If the heirs refuse to make single payments, the court shall seize the property allocated to the heirs in kind by the creditor's claim.³¹ The new Hungarian civil code predicts obligation of informing the creditors. If there are reasonable basis that there are unknown debts of the dead, heirs shall be entitled to request the notary public to notify the estate creditors to announce their claims.³² A creditor who does not announce his claim within the period specified in the notice of the notary public shall not

27 Art. 1083 *Ibid.*

28 Art. 594 of Swiss civil code.

29 Art. 595 *Ibid.*

30 Art. 1281 of Ukraine civil code.

31 Art. 1282 *Ibid.*

32 Art. 681 of Hungarian civil code.

be entitled to raise objections to satisfactions effected before his announcement with regard to the order of satisfaction and the proportion of the satisfaction of creditors within the same category.³³

Certain legislations predict solutions that allow the creditors to nullify the statement of renunciation of the heir that is a debtor. In France, Code civil prescribes that the creditors of one who renounces to the detriment of their rights may be authorized by the court to accept the succession on behalf of their debtor, in his place and stead. In that case, the renunciation is avoided only in favor of the creditors and to the extent only of their claims: it is not so in favor of the heir who renounced.³⁴ Similar solution is predicted in the Spanish civil code, according to which If the heir rejects the inheritance to the detriment of his own creditors, the latter may request the Judge to authorize them to accept it on behalf of the former. The acceptance shall only benefit of the creditors to the extent sufficient to cover the amount of their credits. The excess, if any, shall in no event belong to the heir who has waived it, but shall be adjudicated to the relevant persons according to the rules set forth in this Code.³⁵ Same solution is predicted in the Dutch Civil code.³⁶

Taking into account the problems of payment of creditors of the legacy that arise in practice as well as decisions on this issue of comparative law, committee for drafting the civil code of Macedonia believes that civil law should provide for an obligation to issue a public invitation to the creditors to emphasize their claims before a notary. Beside this, it is necessary to be prescribed that the creditors have the possibility to begin the process of succession, as well as the possibility to ban the separation of the inheritance until their claims are not fulfilled. We think that for the protection of the creditors, it will be very useful to predict the provision in the Civil code that regulates the possibility for the creditors to accept the inheritance in the name of the heir debtor in case when he renounced from inheritance with aim to abuse their rights.

33 *Ibid.*

34 Art. 788 of Code civil.

35 Art. 1001 of Código civil.

36 See Art. 4:205 of the Dutch civil code.

3. PRECISE REGULATION OF THE PROVISIONS FOR ACCEPTING AND RENOUNCING FROM INHERITANCE

In the current Macedonian succession Law, the succession passes *ex lege* to the heirs in the moment of the death. That is why the statement of acceptance the succession has only a declarative character and it is not a presumption for one person to become heir. According to the Law on inheritance there are two kinds of negative renunciation statements. In this sense, the heir can renounce from inheritance in his name or he can renounce in his name and in the name of his descendants. In the comparative inheritance law, in the interest of the legal certainty, there are certain deadlines for the beginning of the inheritance process, as well as for the giving of heirs' statement. German civil code provides a solution according to which the heir cannot renounce from inheritance if it has accepted it, or if he has missed the deadline for renouncement of the inheritance. The deadline starts from the moment when the heir knew about the opening of the succession. If there is a will, than the deadline begins from the moment of declaration of the will. In case when the deceased had residence abroad, then the deadline is six months.³⁷ Civil code of Ukraine also predicts term of six months for acceptance of the succession that begins from the moment of opening of the succession, but in opposite way. If the successor had failed to make a statement for acceptance of the succession in the legally predicted term it is considered that he had renounced from the succession. By a written consent of the heirs who accepted the inheritance, the heir who let the time limit elapse may apply for the acceptance of inheritance to the notary office at the place of inheritance opening.³⁸ Civil code of Georgia also predicts provision upon which the succession should be accepted in the term of six mounts from the opening of the succession.

Given the fact that in the Macedonian inheritance law there is not a legally prescribed time frame for the successor to give a statement for accepting or renouncing the succession, which leads to problems in practice, the commission for drafting the Civil code considered that the Code should provide for a provision that would specify the period in which the successor should give the inheritance statement. If the heir

37 Art. 1944 BGB.

38 Art. 1272 Civil code of Ukraine.

did not give an inheritance statement in the predicted term, as it is in the German law, it will be considered that he had accepted the inheritance.

4. PREDICTION OF SUBJECTIVE CONDITIONS FOR REALIZATION OF THE RIGHT TO FORCED SHARE

In the comparative inheritance law in recent decades there are several tendencies in the regulation of the right of forced share.³⁹ Besides the change of the legal nature of the forced share, there is a tendency of reduction the size of the forced share, as well as the number of the forced heirs with a request to fulfillment of additional subjective criteria for becoming a forced heir. These changes are made with aim to allow a greater opportunity of the deceased to dispose with his estate *mortis causa*. According to some academics, the right on forced share is a historic category that derives from the Roman law, when the only source for existence was the inheritance.⁴⁰ By the influence of the Roman law, the concept of forced heir ship was kept in the middle age and in the contemporary societies. In the contemporary societies, the relation between the parents and the children has undergone dramatic changes in positive sense. Today, unlike in the past, parents are more dedicated to the child development and to the children's health, education and maintenance. In this sense, children acquire large part of the value of the estate during the lifetime of the parents, given the fact that education is expensive and that the parents are continuing with their financial support for the children even after their education is finished. Beside this, in contemporary societies life time expectancy is extended and when one of the parents die children have already formed their own families and are providing funds for their maintenance. That is the reason why the forced share does not have such importance for the children like in the past. In great number of cases the children have bigger estate than their parents, to whom the forced share is a serious

39 In the contemporary inheritance legislations more and more is accepted the concept of the forced share as a obligation right. As a result of this the forced share is considered as a debt of inheritance. On this issue see more Ljiljana Spirović Trpenovska, Angel Ristov, "The right to Legally Binding Part in the Macedonian and Comparative Law", *Lawyer*, Vol. 225, January 2011.

40 See more Kiril Chavdar, *Comment on the Law on Inheritance*, Akademik, Skopje, 1996, 67–76.

limitation of their will to dispose with estate in case of death. That is the reason why the parents are usually trying to avoid the forced share by disposing with their estate in the life time by giving donations or concluding the agreement for life time maintenance.

Upon mentioned facts, the Commission considers that in Macedonian Law, as a part of the continental law, the right on forced share should remain in the civil code. However, considering the recent changes in the family and the greater need for respecting the will of the testator, as well as the avoidance of the forced share in the practice, the Commission is of the opinion that it is necessary for the heir to fulfill certain conditions for becoming a forced heir. In this sense, instead of a present solution upon which the children of the deceased are becoming forced heirs *ex lege*, Commission propose fulfillment of additional conditions, such as inability to work and the necessity of finances for living. The purpose of this proposal is that the forced share should be obtained by heirs who have real necessity of it, like persons with special needs, social cases, etc.

5. MANDATORY SEPARATION OF THE PART IN THE JOINT PROPERTY FOR THE MARITAL AND NON MARITAL PARTNER

In the Macedonian Law on succession, if the deceased has marital or non marital partner, he had the right to separate his part from the joint property, gained for the duration of the marriage or non marital union. The legal presumption is that this estate belongs to the both partners, marital or non marital, equally.⁴¹ The fact the legislator didn't predict mandatory separation of this part in the joint property creates many problems and dilemmas for the lawyers in the practice.⁴² Very

41 More on this issue see: Dejan Micković, Angel Ristov, *Family Law*, Stobi Trejd, Skopje, 2015.

42 In the practice this provision is often abused when the creditor will demand a part of the joint property, because the sole property of one of the partners – debtor is not enough to fulfill the obligation. More on this issue see Angel Ristov, “Current Problems in the Enforcement of Creditors’ Claims in The Macedonian Family and Inheritance Law”, *Seminar on Bailiffs*, 30 May–2 June 2013 Durres Albania, Bailiffs Chamber of the Republic of Macedonia, 2013; Angel Ristov, “Actual questions and dilemmas connected with the realization of the

often, this legal gap leads to lengthy and unnecessary lawsuits. In the comparative succession law mandatory separation of the marital estate is explicitly regulated. Civil code of Netherlands contains a provision upon which when the deceased was in marriage and had a joint property, the court, on the request of the liquidator of the succession, will appoint liquidator that will divide the estate.⁴³ Similar provision contains the Civil code of Georgia according to which the right on inheritance of the spouse is not connected with the part that belong to him as a part of the joint property (that derives from the marriage).⁴⁴ With proposal of mandatory separation of the marital property, Commission for the preparation of the Macedonian Civil code expects to avoid unnecessary lawsuits and to achieve a greater legal certainty.

6. CREATING A SPECIAL REGIME OF INHERITANCE FOR AGRICULTURAL LAND AND FARMS

Although Macedonia is an agricultural country, the legislation does not contain special provisions on inheritance of agricultural land and farms. As a result of this, large areas of land are boundaries, land is fragmented and there are many small parcels of land. Because of small plots, much of the agricultural production is unprofitable. In the comparative law, there are many legislations that provide a special regime for the inheritance of agricultural land and farms. The Swiss civil code provides that when the tenant of an agricultural enterprise dies and one of his or her heirs continues the lease on his or her own, on request he or she may have the entire inventory (livestock, machinery, supplies, etc.) allocated to him or her and charged to his or her portion at its utility value.⁴⁵ Civil code of Georgia consist more thorough provisions. In this sense, if an owner devised by will agricultural land with a homestead farm established on it to several heirs, or if no will was made and there are several legal heirs, then the agricultural land and the homestead farm established on it may be distributed among the heirs, if the tract of land allocated to each heir in such a distribution

claims in the civil law relations in the Macedonian law”, *International Seminar of Bailiffs*, May 7–10, Sandanski Republic of Bulgaria, 2015.

43 See Art. 4:213 of Civil code of Netherlands.

44 See Art. 1339 of Civil code of Georgia.

45 See Art. 613 of Swiss civil code.

would be sufficient for the existence of a viable farm.⁴⁶ Division will be allowed only if the successors have intention to work and to manage the farm personally.⁴⁷ If none of the heirs is willing to manage the farm, then the agricultural land and the homestead farm established on it may be sold by their agreement, and the heirs shall receive their portions in money.⁴⁸ If the division is not possible, than this part will belong to the successor who has worked with the deceased.⁴⁹ If there isn't such a successor, the land will be given to the successor who is capable and ready to manage the farm.⁵⁰ If a homestead farm is the farm of a homestead commune and the last member of the commune died without a will, then the common property of the homestead commune shall pass to the legal heirs, on the condition that the farm of the homestead commune will not be dissolved.⁵¹ Russian civil code contains several provisions that regulates inheritance of agricultural land and farms. According to art. 1179, if the successor of the deceased who was the owner of the farm is not a member of the household, he shall be entitled to receive compensation pro rata to the share of the assets in share ownership of members of the farm he is entitled to.⁵²

Russian Civil code contains provisions on the issue of division of the agricultural land.⁵³ In this sense, the partition of a plot of land belonging to heirs by the right of common ownership shall be accomplished on the basis of the minimum size of plot of land set for the participants with a relevant purpose. If the plot of land cannot be divided in this manner, the plot of land shall pass to an heir having a preferential right of obtaining this plot of land as offsetting his share of the estate. If neither of the heirs has a preferential right of obtaining the plot of land or has exercised such his/her right the heirs shall possess, use and dispose of this plot of land by the right of share ownership.

Commission considers that Macedonian Civil code should contain special regime of inheritance for agricultural land and farms will achieve two topics. This will accomplish two main goals. First, this so-

46 Art. 1460 of Civil code of Georgia.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 Art. 1461 of Civil code of Georgia.

50 *Ibid.*

51 Art 1463 of Civil code of Georgia.

52 For more details see art. 1178–1181 of the Russian civil code.

53 See more art. 1182.

lution will prevent further dividing of the agricultural land. And second, this will secure the possibility that agricultural land belong to the successors that are capable to work on the land, with opportunity to compensate the others successors.

7. THOROUGH REGULATION ON INHERITANCE OF COMPANY SHARES AND STAKES

In the Macedonian Law on succession there are no provisions on inheritance of company shares and stakes. Such provisions are predicted in the Company Law Act.⁵⁴ Detailed provisions on this issue contains the Dutch Civil code which stipulates that one of the successors has a right to demand from the court, with paying a reasonable price, to obtain the shares or stakes in the company.⁵⁵ This right belongs to the child or nephew of the deceased or the spouse of a child or nephew with aim to continue with the professional practice or business of the deceased. The same provisions are applied in the case when the deceased was a director or one of the directors in the company if the statute of the company allows it. This right cease to exist one year after the death of the deceased. Russian civil code goes even further in regulation of this very important issue, predicting possibility of inheriting a company (firm).⁵⁶ In this context priority is given to heirs who are registered as entrepreneurs and who are entitled to inherit the company. If there isn't such a successor or he doesn't demands this right, than the company will became a joint property of the successors in case if they do not reach some other agreement. When it comes to the personal companies such as general partnership, limited partnership and Limited Liability Company, if the successor wants to inherit the share in these companies it is necessary to obtain the consent from others partners of the company, in compliance with the Law and constitutive

54 According to the theory inheritance of shares and stakes in the companies can be realized if the conditions predicted in the Company Law Act are fulfilled. Reason for this is the aim the personal character of the company to be kept. More on this issue see: Goran Koevski, Darko Spasevski, "Inheritance of stakes and shares upon positive law of Republic of Macedonia", *Proceedings of the Law Faculty "Iustinianus Primus" in Skopje in honor of prof. Ljiljana Spirović Trpenovska*, Law Faculty "Iustinianus Primus" in Skopje, 2012.

55 See more Art. 4:38 of the Civil code of Netherlands.

56 For more details see Art. 1176–1178 of the Civil code of Russia.

documents of the Company. If such consent has not been reached, then the successors have right to get the value of the share in the company.

By predicting special provisions on inheritance of company shares and stakes the Commission considers that Macedonian law will become closer to the contemporary legislations and that it will allow better conditions for continuing the family business.

8. REGULATING THE RIGHTS AND OBLIGATIONS THAT DO NOT ENTER IN THE SUCCESSION

Macedonian Law on successions provides that only objects and rights that belong to the individuals can be inherited. Although it is obvious that personal rights, like right on honor, dignity and family rights with a personal character cannot be inherited, Macedonian Law on successions contains no provision on this issue. Besides the personal rights – *intuitu personae*, in the inheritance are not included joint property of the marital and non marital partners, the objects of household, and the property of the persons who have worked with the deceased. According to the Law on successions this estate should be separated from the inheritance. Unlike Macedonian legislation, the newer civil codes in Europe usually contain explicit provisions that objects with a special emotional meaning, such as family photos, documents and diaries are not part of the succession. In this sense, the civil code of Georgia prescribes that ancestral books (or records), family chronicles, memorial and other cult objects, and the grave itself, shall not be included in the estate. These objects shall be transferred to an heir, with the ownership title thereto, in accordance with the established custom. The heir may receive these objects even if he renounces the estate.⁵⁷ The documents connected with the deceased, its family or the inheritance as a whole are considered as joint property.⁵⁸ According to the Swiss civil code items which by their nature belong together must not be separated if one of the heirs objects to such separation. Family documents and items of special sentimental value to the family must not be sold if any of the heirs objects.⁵⁹ If the heirs cannot reach agreement, the competent authority decides whether to sell such items or to allocate them, against the recipient's portion or otherwise, giv-

57 See Art. 1332 of Civil code of Georgia.

58 *Ibid.*

59 See Art. 613 of Swiss Civil code.

ing due regard to local custom and, in the absence of such custom, to the personal circumstances of the heirs.⁶⁰ More precise provisions regarding this issue are provided in the Civil code of Latvia, according to which family documents, as well as documents that relate to the whole of the estate, shall not be distributed and, if the heirs have not agreed otherwise they shall be given for safekeeping to the heir who receives the largest share of the estate, but if the shares are equal, to the oldest co-heir participating in the division.⁶¹ An heir who has received possession of the documents shall allow co-heirs to examine and copy them, when they so request. Documents which relate to a specific immovable property shall be given to the heir who receives that immovable property.⁶²

Commission considers that Macedonian Civil code, following the example of the said legislation, should contain precise provisions that will regulate the status and the inheritance of the objects with a special value and the rights that do not enter in the inheritance.

9. CHANGES IN THE REGULATION OF HANDWRITTEN WILL

In the practice we encounter the situations when the testator or other person make certain changes in the will, by amending or crossing certain parts of the will, that significantly changes the essence of the will. As a result there is a dilemma how to determine the true will of the testator. In the current Law on succession there is not a provision that regulates post factum intervention in the will. Unlike the Macedonian Inheritance law, many European legislations contain provisions regulating this issue. Greek civil code provides that amendments made on the margins of the will post scriptum must be signed by the testator; otherwise it shall be considered that they are not written. Circling, crossing and other changes in the text of the will, can lead to partial or complete nullity of the will by decision of the court.⁶³ In the Spanish Civil code it is provided that if the will contain words which have been crossed out, amended or written between the lines, the testator shall save such changes underneath his signature.⁶⁴ One of

60 *Ibid.*

61 See Art. 752 of Civil code of Latvia.

62 *Ibid.*

63 Art. 1721 par. 2 of Greek civil code.

64 Art. 688:3 of Civil code of Spain.

the newer civil codes in Europe, Civil code of Latvia, regulates this issue more thoroughly. According to Civil code of Latvia, amendments to a will shall not revoke its validity if it is proven that they have been made by the testator himself or herself with his or her own hand, or that they have been made in accordance with the intent of the testator and with his or her knowledge, and in addition, clearly and legibly. The testator himself or herself must indicate in the will all that has been intentionally crossed out or erased; but if that has not been done, then the unaltered parts of the will shall not lose their validity thereby. When the testator has, by mistake, crossed out some instruction and, in addition, in such a way that the crossed out part can no longer be read, then such instruction shall remain valid if its substance and the fact that it is crossed out only by mistake are proven.⁶⁵

Given that changes in the handwriting will are often present in practice, and following the example of other European civil codes, the Commission for preparation of the Macedonian Civil code proposes that Macedonia should foresee provisions that would regulate the issue of changes in handwritten will. This reform is expected to achieve greater legal certainty and greater respect for the last will of the testator.

10. INTRODUCTION AND REGULATION OF THE SECRET WILL

Macedonian Law on successions does not contain the form of secret will,⁶⁶ which exists in many European legislations.⁶⁷ Civil code of Georgia provides that the testator can give its will in a closed envelope to the notary (or other competent official person) in presence of three witnesses, who need to confirm the deposition of the will with their signatures on the paper connected with the envelope.⁶⁸ Civil code

65 See Art. 456 of Civil code of Latvia.

66 For the principle of autonomy of the will in the Macedonian inheritance law see more: Angel Ristov, "The Autonomy of the Will and its Borders in the Macedonian Inheritance Law", Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studiees and analyses Third Regional Conference, Tirana, Albania, organized by the German Foundation GIZ 2013.

67 See more: Lous Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004.

68 Art. 1365 of Civil code of Georgia.

of Ukraine provides that secret will is the will certified by the notary without reading its contents. The person who constructed the secret will shall submit it in a closed envelope to the notary. The envelope shall bear the testator's signature. The person that draw up a secret will must deliver it in a closed envelope on which must be put the sign of the testator. The notary shall make a notarial record, attach a seal on the envelope, put it in another envelope and seal in the testator's presence.⁶⁹ Greek civil code predicts that the secret will shall be valid when it is given to the notary in presence of three witnesses or in presence of second notary and one witness, followed by verbal statement of the testator that such document consists its last will.⁷⁰ Similar provisions for the secret will are provided in the French Code civil.⁷¹ With aim to improve the autonomy of the will and free disposition of the citizens, the Commission for the preparation of the Macedonian Civil code proposes that secret will should be regulated in the Civil code.

11. OTHER PROPOSALS FOR CHANGES IN THE LAW ON SUCCESSION

Except the above mentioned reforms, Commission proposed several other changes in Macedonian succession law for better definition or regulation of certain legal notions in the text. In this sense, following the example of the civil codes of Georgia,⁷² Spain,⁷³ Switzerland,⁷⁴ Ukraine⁷⁵ and Greece, Commission proposes introducing a provision governing cases when intestate succession is applying. Next proposal is thorough definition of a notion of kinship, lines and degrees of kinship upon the example of the French law⁷⁶ and Spanish law.⁷⁷ Commission considers that this will be useful reform, given the fact citizens and law-

69 Art. 1249 of the Civil code of Ukraine.

70 More about regulation of the secret testament see: Art. 1738–1748 of Greek civil code.

71 See Art. 976–980 from Code civil.

72 Art. 1306.2 of Civil code of Georgia.

73 Art. 912 of Civil code of Spain.

74 Art. 481.2 of Swiss civil code.

75 Art. 1261–1265 of Civil code of Ukraine.

76 Art. 741–750 of Code civil.

77 Art. 915–923 of Codigo civil.

yers are faced with problems when determining the degrees of kinship that is necessary for realization of the succession. Other proposals for reforms in succession law are relating to the definition of inheritance and its contents, and predicting the rights and obligations that cannot be part of the inheritance. Commission proposes rules for better regulation of the inheritance transmission as well as precise definition of the notion of a will. The Commission also proposes to introduce the obligation to state the exact reasons for exclusion from inheritance.

Dr Dejan Mickovik

*redovni profesor na Pravnom fakultetu „Iustinianus Primus“
Univerziteta „Sc. Cyril and Methodius“ Skoplje*

Dr Angel Ristov

*vanredni profesor na Pravnom fakultetu „Iustinianus Primus“
Univerziteta „Sc. Cyril and Methodius“ Skoplje*

REFORME NASLEDNOG PRAVA U PROCESU KODIFIKACIJE MAKEDONSKOG GRAĐANSKOG PRAVA

Rezime

U ovom tekstu autori pružaju analizu važećeg makedonskog naslednog prava, probleme u praksi i analizu uporednog naslednog prava. Pored toga, autori predstavljaju najnovije predloge za reformu makedonskog naslednog prava, koji su sadržani u Nacrtu Knjige 4 – Nasledni odnosi Građanskog zakonika Republike Makedonije. Između ostalog, najznačajnija će biti reforma koja unapređuje nasledni položaj supružnika, predviđanjem prava na uživanje koristi porodičnog doma u drugom naslednom redu. Autori veruju da će predlozi za zaštitu poverilaca u naslednom procesu doprineti većoj pravnoj sigurnosti. Prema autorima, od velikog značaja su reforme koje će stvoriti poseban režim nasleđivanja za poljoprivredno zemljište i farme, kao i za udele i akcije u društvima kapitala.

Ključne reči: *Nasledni odnosi. – Građanski zakonik Republike Makedonije. – Zaštita poverilaca.*

Dr Miloš Milošević, LL.M.*

USAGLAŠENOST ČL. 10, ST. 2, TAČ. 3 ZAKONA O POREZU NA DODATU VREDNOST SA KOMUNITARNOM REGULATIVOM**

Mehanizam obrnute naplate u oblasti građevinarstva prisutan je u komunitarnom i domaćem zakonodavstvu. Njegova implementacija u evropski propis inspirisana je anti-evazionim razlozima. Naime, ispostavilo se da je mehanizam obrnute naplate efikasna mera za suzbijanje evazionih poduhvata u sklopu kojih vršilac prometa izbegava da plati porez na dodatnu vrednost koji je iskazao u računu dok drugi učesnik u transakciji istovremeno koristi svoje pravo na odbitak prethodnog poreza. Sa druge strane, kod nas je ova mera uvedena isključivo u cilju zaštite likvidnosti poreskog obveznika. U predstojećem radu pokazaćemo da su drugačiji motivi srpskog zakonodavca uzrokovali delimično odstupanje pozitivnog od komunitarnog rešenja i razmotriti mogućnosti za poboljšanje postojećeg stanja.

Ključne reči: *Porez na dodatnu vrednost. – Mehanizam obrnute naplate. – Građevinarstvo. – Poreska evazija.*

1. UVOD

Izmenama i dopunama Zakona o porezu na dodatnu vrednost¹ (u daljem tekstu: ZPDV) iz 2012. godine u oblast građevinarstva uveden je mehanizam obrnute naplate² (engl. *reverse-charge*) koji podrazume-

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

** Ovaj rad je nastao u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: „Identitetski preobražaj Srbije“.

1 Zakon o porezu na dodatnu vrednost – ZPDV, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14 i 83/15.

2 Jedan deo stručne javnosti zalaže se za primenu termina „obrnuti obračun“ na ovom mestu. Navešćemo dva argumenta zbog kojih „obrnutu naplatu“ smatramo adekvatnijom odrednicom. U domaćoj literaturi se deceniju unazad izraz

va prelazak obaveze obračuna i plaćanja poreza na dodatu vrednost (u daljem tekstu: PDV) na primaoca dobara, odnosno usluga. Odredba čl. 10, st. 2, tač. 3) ZPDV revidirana je tri godine kasnije. Praktične teškoće svojstvene noveliranom rešenju ubrzo su privukle pažnju domaće stručne javnosti. U organizaciji Srpskog fiskalnog društva i Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 26. aprila 2016. godine održane su „Poreske večeri“ na temu „Primena mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva“.³ Tom prilikom su identifikovani najznačajniji problemi uočeni u domaćoj praksi i njihove implikacije na poslovanje privrednih subjekata koji obavljaju građevinsku delatnost. Takođe, istaknuta je neophodnost da se isti prevaziđu i ponuđena rešenja u tom cilju.

U želji da zaokružimo izlaganje s pomenutog skupa u predstojećem radu ćemo se baviti izvesnim aspektima koji tom prilikom nisu predloženi. Prikazaćemo pravila Direktive 2006/112/EZ⁴ koja regulišu primenu mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva u Evropskoj uniji i ispitati u kojoj je meri važeće rešenje srpskog zakonodavca usklađeno sa komunitarnim.

2. RAZLOZI ZA IMPLEMENTACIJU MEHANIZMA OBRNUTE NAPLATE U OBLASTI GRAĐEVINARSTVA U EVROPSKOJ UNIJI

Primena mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva predstavlja odstupanje od opšteg pravila iz čl. 193 Direktive 2006/112/EZ prema kojem je dužnik poreza obveznik koji vrši oporezivi promet dobara i usluga. Saglasno čl. 395 Direktive 2006/112/EZ, Savet

„chargeable event“ prevodi kao „naplativ događaj“, a reči „VAT shall become chargeable“ kao „PDV će postati naplativ“, vid. D. Popović, S. Aleksić, *Primena Zakona o porezu na dodatu vrednost*, Cekos in, Beograd 2006, 98. Sledstveno tome, čini se ispravnim „reverse-charge“ prevesti kao „obrnuta naplata“. Takođe, obveznik koji je primio dobra i usluge je dužan, naposljetku, da *plati* PDV iz transakcije, ako ne ispunjava uslove za odbitak prethodnog poreza.

3 Dr Miloš Milošević, LL.M. i Filip Kovačević, LL.M. (*Deloitte*) održali su uvodno izlaganje dok su koleginice Biljana Bujić (*KPMG*), Ivana Rotim (*TPA Horwath Serbia*) i Julijana Avramović (*Pricewaterhouse Coopers*) učestvovala u panelu i pružile stručan doprinos pri obradi navedene teme.

4 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of the value added tax, OJ L 347 of 11 December 2006.

može, na predlog Evropske komisije, jednoglasnom odlukom, ovlastiti državu članicu da uvede posebne mere, kojima se derogiraju odredbe Direktive u cilju pojednostavljenja procedura za naplatu poreza, odnosno prevencije određenih vidova zakonite i nezakonite evazije.

U sklopu opisane procedure primena mehanizma obrnute naplate u građevinskom sektoru odobrena je Austriji⁵ 2002. godine i Nemačkoj⁶ dve godine kasnije. U nemačkom slučaju su kao obrazloženje za uvođenje ove mere navedeni gubici poreskog prihoda u „razmerama koje se ne mogu tolerisati“. Oni su posledica izbegavanja plaćanja PDV koji je iskazan u računu od strane vršioca prometa uz istovremeno vršenje prava na odbitak prethodnog poreza drugog učesnika u transakciji. Počinilac evazije nije mogao biti identifikovan ili je do toga dolazilo sa zakašnjenjem koje bi osujetilo naplatu utajenog iznosa. Primećujemo, dakle, da je implementacija ove mere bila inspirisana isključivo anti-evazionim razlozima. Gotovo identična argumentacija prisutna je i u austrijskom slučaju.

Potom je Evropska komisija 2005. godine predložila⁷ izmene i dopune u to vreme važeće Direktive 77/388/EEZ.⁸ Cilj ovog poduhvata bio je da se kodifikuju izvesna odstupanja od komunitarnog zakonodavstva, koja su pojedinim državama članicama, saglasno čl. 27 Direktive 77/388/EEZ (sada čl. 395 Direktive 2006/112/EZ), odobrena u ranijem periodu. Radi se o odstupanjima koja su se *inter alia* pokazala efikasnim u rešavanju problema poreske evazije (među kojima je i obrnuta naplata u oblasti građevinarstva). Na taj način je državama

5 Council decision of 5 November 2002 authorising Austria to apply a measure derogating from Article 21 of Directive 77/388/EEC on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes, *OJ L* 306 of 8 November 2002.

6 Council decision of 30 March 2004 authorising Germany to apply a measure derogating from Article 21 of the Sixth Directive 77/388/EEC on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes, *OJ L* 94 of 31 March 2004.

7 European Commission, Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax evasion and avoidance, and repealing certain Decisions granting derogations, COM(2005) 89 final, Brussels 2005.

8 Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment, *OJ L* 145 of 13 June 1977.

članicama omogućeno da brzo (a ne u okviru mukotrpne procedure dobijanja saglasnosti za odstupanje) usvoje mere za suprotstavljanje evaziji u specifičnim i ciljanim sektorima.

Obrazloženje dokumenta kojim je inicirana izmena komunitarnog propisa svedoči o tome da su motivi za ovakvu intervenciju bili prevashodno anti-evazioni. Komisija ističe da je evazija PDV postala veoma rasprostranjena pojava u određenim sektorima tokom proteklih godina, usled čega je, pored manjka u budžetu, konkurentnost obveznika koji uredno ispunjavaju svoje obaveze ozbiljno narušena. Države članice sve češće se susreću sa veštačkim konstrukcijama koje uključuju niz transakcija i koje su organizovane isključivo u cilju sticanja „PDV prednosti“, bilo putem smanjenja dugovanog poreza, ili povećanja prethodnog poreza. Počinocu evazije omogućeno je da dobra i usluge ponudi po cenama nižim od onih po kojima posluju obveznici koji uredno ispunjavaju svoje obaveze.⁹ Iako je veštački karakter ovakvih prometnih ciklusa očigledan, pravne barijere sprečavaju njihovo efikasno ili brzo suzbijanje, budući da kontra-mere ili sudski procesi neizostavno iziskuju duži period. U međuvremenu, iskustvo u državama članicama pokazuje da su šeme za izbegavanje plaćanja poreza osmišljene od strane stručnjaka, pri čemu se uspešne nude na tržištu. Stoga je sporno da li je parcijalan pristup i dalje primeren, kada postoji dokaz da je reč o zajedničkom problemu država članica.

Povodom predloga Evropske komisije mišljenje je dao Evropski ekonomski i socijalni komitet koji mehanizam obrnute naplate smatra oruđem koje može biti neophodno za sprečavanje poreske evazije. On je posebno podoban u situaciji kada se vršilac prometa nalazi u finansijskim teškoćama usled kojih se može osnovano posumnjati u njegovu sposobnost da ispuni svoje poreske obaveze. Komitet, međutim, dodaje da je s obzirom na praktična iskustva (država članica) njegovu primenu poželjno razmotriti i u drugim oblastima (poput građevine).¹⁰

9 Na taj način drugi učesnik transakcije „indirektno“ profitira od evazije budući da dobra i usluge nabavlja pod pristupačnijim uslovima.

10 Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax evasion and avoidance, and repealing certain Decisions granting derogations', OJ C 65 of 17 March 2006, tač. 3.7, u vezi sa tač. 2.7.

Implementacija mehanizma obrnute naplate u građevinskom sektoru u komunitarno zakonodavstvo realizovana je Direktivom 2006/69/EZ.¹¹ Tač. 6 njene preambule kaže da državama članicama treba u posebnim slučajevima omogućiti da primaoca dobara i usluga odrede kao lice koje je odgovorno za obračun i plaćanje poreza zarad suprotstavljanja poreskoj evaziji u definisanim sektorima i kod određenih vrsta transakcija.

Analizom sadržaja u radu predloženih dokumenata dolazimo do nedvosmislenog zaključka da je *ratio* za uvođenje mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva u komunitarno zakonodavstvo bio isključivo anti-evazione prirode.

3. ANTI-EVAZIONI EFEKTI MEHANIZMA OBRNUTE NAPLATE

Mehanizam obrnute naplate eliminiše izvesne nedostatke vladajućeg sistema PDV koje koriste učesnici prevarnog poduhvata. Njegov anti-evazioni učinak je trenutni i ne stvara dodatne troškove.¹² Pogledajmo u čemu se sastoji.

11 Council Directive 2006/69/EC of 24 July 2006 amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax evasion or avoidance, and repealing certain Decisions granting derogations, OJ L 221 of 12 August 2006. Direktivom 2006/69/EZ je državama članicama dopušteno da mehanizam obrnute naplate primene i kod prometa nepokretne imovine, prometa sekundarnih sirovina, kao i na određene isporuke do kojih dolazi usled nesposobnosti isporučioaca da izmiri svoja dugovanja. Srpski zakonodavac je 2012. godine predvideo primenu mehanizma obrnute naplate u prva tri slučaja da bi 2015. godine istu proširio i na poslednju grupu transakcija. Opširno o Direktivi 2006/69/EZ, kao i kasnijim direktivama koje predviđaju primenu ove mere u anti-evazione svrhe, M. Milošević, *Nezakonita evazija poreza na dodatu vrednost*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 258–265.

12 Pored sistemskih anti-evazionih mera, koje otklanjaju uzroke za nastanak evazije, postoje i konvencionalne mere. One dejstvuju preventivno ili predstavljaju „oruđe“ za otkrivanje evazionog poduhvata i otklanjanje njegovih štetnih posledica, dok je njihova primena uglavnom povezana sa troškovima. Primera radi, utvrđivanje odgovornosti za tuđu poresku obavezu podrazumeva da je evaziono postupanje u konkretnom slučaju dokazano.

3.1. Odbitak pretpostavlja prethodnu „uplatu“ dugovanog poreza

Postojeći sistem PDV obavezu obračuna i plaćanja poreza i korespondirajuće pravo na odbitak prethodnog poreza pripisuje različitim subjektima. Učesnici transakcije samostalno istupaju prema poreškoj administraciji u međusobno nezavisnim odnosima. Pravo odbitka prethodnog poreza nije uslovljeno ispunjenjem obaveze vršioca prometa. Ono počiva na „poverenju“ da će budžet prihodovati u jednakom iznosu. Ovakav pristup izlaže fiskus opasnosti od pojave manjka u državnoj kasi u odnosu na stanje koje prethodi transakciji. On nastaje kada obveznik realizuje prethodni porez dok drugi učesnik transakcije ne ispuni svoju obavezu.

Mehanizam obrnute naplate otklanja opisanu bojazan. Drugim rečima, postaje nemoguće „profitirati“ na štetu fiskusa u visini prethodnog poreza koji nije plaćen od strane drugog učesnika transakcije. Obaveza obračuna i plaćanja poreza i korespondirajuće pravo na odbitak prethodnog poreza pripisuju se istom licu. Obveznik može ostvariti prethodni porez tek po „uplati“ dugovanog poreza za koji je sâm odgovoran.

Imajući u vidu navedeno, mehanizam obrnute naplate naročito je efikasan pri suzbijanju evazionog postupanja čija je suština u izbegavanju plaćanja PDV u kombinaciji s istovremenim vršenjem odbitka prethodnog poreza od strane drugog učesnika u transakciji. Takvi su npr. evazioni poduhvati u koje su involvirana fantomska preduzeća poput ozloglašanih „ringšpil“ transakcija.¹³ Svakako da građevinarstvo inspiriše ovakav oblik evazije s obzirom da visoka vrednost prometa, koja u ovoj delatnosti nije upadljiva, generiše visok iznos PDV i jača lukrativni potencijal prevare.¹⁴

13 European Commission, *Assessment of the application and impact of the optional 'Reverse Charge Mechanism' within the EU VAT System*, European Union 2014, 4.

14 Upravo je u oblasti građevinarstva česta pojava da se mali podizvođači i radnici-pojedinci okupljaju oko fantomskog preduzeća, koje potom igra ulogu ravnopravne strane u ugovornom odnosu sa nalogodavcem, dok se u realizaciji posla oslanja na kvalifikacije okupljenog personala. Takvi radnici angažuju se „na crno“, dok preduzeće svoje usluge fakturiše po bruto ceni, ali porez ne uplaćuje fiskusu. Posle nekog vremena ovakvo preduzeće „nestaje“, a na njegovom mestu dolazi drugo, koje ponovo okuplja isti personal, Bundesrechnungshof, *Bericht nach § 99 BHO: Steuerausfälle bei der Umsatzsteuer durch Steu-*

3.2. Iznos odbitka nikada ne može premašiti iznos prethodno „plaćenog“ poreza

Nije moguće, primera radi, s pozivom na lažnu fakturu prethodni porez istaći u iznosu koji prevazilazi prateću poresku obavezu. Međutim, mehanizam obrnute naplate ne pruža adekvatnu zaštitu od neosnovanog odbitka prethodnog poreza u granicama „plaćenog“. Obveznik koji ima pravo na srazmeran odbitak prethodnog poreza i dalje ga može odbiti u potpunosti, propuštajući da pozitivnu razliku uplati u korist budžeta. Isto tako, odbitak je moguć u odnosu na nabavke učinjene za potrebe krajnje potrošnje.

3.3. Obveznik ne može doći u poziciju da mu se prethodni porez isplaćuje

U najboljem slučaju (odbitak prethodnog poreza u celosti), njegova obaveza prema državi biće jednaka nuli. Fiskus će, u najgorem slučaju, ostati bez dodatnog prihoda (npr. porez iz transakcije sa krajnjim potrošačem ne bude plaćen od strane vršioca prometa). Prethodni porez ne može se pretvoriti u gotov novac,¹⁵ čime se eliminiše efekat „zarade“ kao motivaciona komponenta za organizovanje evazionog poduhvata.

3.4. Olakšava se kontrolna delatnost poreske administracije

Decentralizovano administriranje PDV olakšava prevaru u postojećem sistemu. Redovno će poverilac dugovanog poreza i dužnik prethodnog poreza biti različite filijale poreske administracije. Primenom mehanizma obrnute naplate prava i obaveze iz konkretne transakcije ostvaruju se pred istom jedinicom poreske administracije koja je u prilici da efikasnije sprovodi kontrolu.

erbetrug und Steuervermeidung – Vorschläge an den Gesetzgeber, BT-Drucks. 15/1495, 29. Podsećamo da je upravo takvim evazionim postupanjem opravdano uvođenje mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva u Nemačkoj još pre donošenja Direktive 2006/69/EZ.

15 G. Ammann, „Vorsteuerverrechnung verhindert Umsatzsteuerbetrug“, *Umsatzsteuer-Kongress-Bericht 2001/2002*, (Hrsg. Hans Nieskens), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2002, 82.

4. PRIMENA MEHANIZMA OBRNUTE NAPLATE U OBLASTI GRAĐEVINARSTVA U EVROPSKOJ UNIJI

4.1. Pravila predviđena Direktivom 2006/112/EZ

Direktiva 2006/112/EZ u čl. 199(1)(a) i (b) kaže da država članica može mehanizam obrnute naplate primeniti kod „isporuke građevinskih radova, uključujući popravke, čišćenje, održavanje, rekonstrukciju i rušenje u vezi sa nepokretnom imovinom, kao i predaju građevinskih radova koji se smatraju isporukom dobara u smislu čl. 14(3)¹⁶ i „stavljanja na raspolaganje osoblja uključenog u (ove) aktivnosti“. Shodno čl. 199(2) države članice slobodne su da definišu dobra i usluge kao i kategorije isporučilaca ili primalaca dobara i usluga na koje se ova mera primenjuje.¹⁷ Bitno je, međutim, da je primalac dobara i usluga poreski obveznik. Izuzetno, čl. 199(3)(a) dopušta državama članicama da poreskog obveznika koji obavlja i aktivnosti ili transakcije, koje se ne smatraju oporezivim prometom dobara ili usluga prema čl. 2, tretiraju kao obveznika u odnosu na sve isporuke primljene pod okriljem mehanizma obrnute naplate. Međutim, u čl. 199(3)(b) propisano je da se neoporezivi subjekti javnog prava¹⁸ (koji neretko istupaju u opisanom „dualnom kapacitetu“) mogu tretirati kao poreski obveznici u vezi primljenih isporuka navedenih u čl. 199(1)(e)(f) i (g), tj. onih koje su uzrokovane finansijskim teškoćama isporučioca.

Kao što vidimo, države članice uživaju diskrecionu slobodu po pitanju uvođenja i koncipiranja ove mere u nacionalnom zakonodavstvu. Država članica nije dužna primeniti meru ukoliko za istom ne postoji potreba, a njen obuhvat može prilagoditi imajući u vidu specifičnosti evazionih poduhvata s kojima se susreće. Evropska komisija smatra da je fleksibilna primena mere u propisanim okvirima najprimereniji odgovor na utvrđene opšte probleme koji iziskuju individualno skrojena rešenja.¹⁹

16 Reč je o odredbi čiji je pandan čl. 4, st. 3, tač. 6 ZPDV.

17 Pravo izbora postoji ne samo u odnosu na kategorije nabrojane u čl. 199(1), već i u odnosu na obuhvat izabrane kategorije. U tom smislu vid. ECJ, Case C-395/11 *BLV Wohn- und Gewerbebau GmbH v Finanzamt Lüdenscheid*, [2012] ECR I-00000, tač. 2 presude.

18 Radi se o subjektima u smislu čl. 13(1) Direktive 2006/112/EZ, odnosno čl. 9, st. 1 ZPDV.

19 European Commission (2005), 3–4.

4.2. Komunitarna rasprostranjenost

U Evropskoj uniji je zaključno sa 31. decembrom 2013. godine 18 država članica primenjivalo mehanizam obrnute naplate u oblasti građevinarstva. Austrija, Hrvatska, Kipar, Češka, Finska, Francuska, Nemačka, Mađarska, Irska, Italija, Letonija, Malta, Holandija, Portugalija, Slovenija, Španija i Švedska u skladu sa čl. 199(1)(a), a Belgija na osnovu čl. 394 Direktive 2006/112/EZ. Iste države članice, s izuzetkom Belgije, Kipra, Češke, Irske, Letonije i Malte, predvidele su primenu ove mere i pri obezbeđivanju osoblja koje je uključeno u građevinske aktivnosti, shodno čl. 199(1)(b). Od sektora obuhvaćenih čl. 199(1) mehanizam obrnute naplate najzastupljeniji je u oblasti prometa sekundarnih sirovina i primenjuje se u 23 države članice. U ostalim sektorima manje od polovine država članica implementiralo je ovu meru.²⁰

5. VAŽEĆA REGULATIVA U REPUBLICI SRBIJI

Shodno odredbi čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV poreski dužnik je primalac dobara i usluga iz oblasti građevinarstva, obveznik PDV, odnosno lice iz čl. 9, st. 1 ZPDV, za promet izvršen od strane obveznika PDV.

Podzakonskim aktom bliže je određeno šta se smatra „dobra i uslugama iz oblasti građevinarstva“.²¹ To su dobra i usluge čiji se promet vrši u skladu sa čl. 4, st. 1 i st. 3, tač. 6 i čl. 5, st. 1 i st. 3, tač. 3 ZPDV, u okviru obavljanja neke od taksativno nabrojanih delatnosti iz Uredbe o klasifikaciji delatnosti²² (sektor F – Građevinarstvo). Kada obveznik PDV obavlja neku od građevinskih aktivnosti, nezavisno od toga da li je registrovan za obavljanje tih aktivnosti u skladu sa zakonom, po nalogu naručioca, od sopstvenog materijala, pod uslovom da se ne radi samo o dodacima ili drugim sporednim materijalima, smatra se da obveznik PDV, u skladu sa čl. 4, st. 1 i 3, tač. 6 ZPDV, vrši promet dobara iz oblasti građevinarstva. Promet usluga u oblasti građevinar-

20 European Commission (2014), 7–8 i 11.

21 Pravilnik o utvrđivanju dobara i usluga iz oblasti građevinarstva za svrhu određivanja poreskog dužnika za porez na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 86/2015.

22 Uredba o klasifikaciji delatnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 54/10.

stva postojaće pod jednakim uslovima, kada se usluga pruža po nalogu i sa materijalom naručioca, u skladu sa čl. 5, st. 1 i 3, tač. 3 ZPDV.²³

Dakle, za primenu mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva moraju se ispuniti sledeći kumulativno propisani uslovi: da je vršilac prometa iz oblasti građevinarstva evidentirani obveznik PDV i da je primalac dobara ili usluga iz oblasti građevinarstva evidentirani obveznik PDV ili lice iz čl. 9, st. 1 ZPDV; da vršilac prometa obavlja građevinsku delatnost, nezavisno od toga da li je za to registrovan i da je reč o prometu dobara u smislu čl. 4, st. 3, tač. 6 ili prometu usluga iz čl. 5, st. 3, tač. 3 ZPDV.

Valja na ovom mestu napomenuti da su motivi za uvođenje ove mere u ZPDV bitno drugačiji od onih koje smo naveli kada je reč o komunitarnom zakonodavstvu. Predlog Zakona o izmenama i dopunama ZPDV iz 2015. godine primenu mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva obrazlaže sledećim rečima: „Predloženo rešenje smanjiće nelikvidnost privrednih subjekata u ovoj (građevinskoj) oblasti“. Time su potvrđeni motivi izneti 2012. godine pri inicijalnom uvođenju ove mere u ZPDV.²⁴ Cilj zakonodavca bio je, dakle, da zaštiti likvidnost izvođača građevinskih radova putem otklanjanja nedostataka oporezivanja prema načelu fakturisane realizacije, prema kome je obaveza plaćanja PDV po osnovu izvršenog prometa nezavisna od naplate ugovorene naknade, što može dovesti do predfinansiranja poreza od strane vršioca prometa.²⁵ Ne zaboravimo, pri tome, da se može raditi o značajnim iznosima imajući u vidu potencijalnu vrednost prometa u oblasti građevinarstva. U oba dokumenta, međutim, nema naznaka da je srpski zakonodavac spoznao i anti-evazioni potencijal ove mere.

23 Čl. 2 Pravilnika o utvrđivanju dobara i usluga u oblasti građevinarstva.

24 Predlog Zakona o izmenama i dopunama ZPDV iz 2012. godine kao isključivi razlog za uvođenje mehanizma obrnute naplate u oblast građevinarstva navodi „smanjenje nelikvidnosti privrednih subjekata – obveznika PDV koji su, kao izvođači građevinskih radova, angažovani od strane investitora – obveznika PDV, republičkih i pokrajinskih organa, organa lokalne samouprave i pravnih lica osnovanih u cilju obavljanja poslova državne uprave i lokalne samouprave tako što će investitori imati obavezu obračunavanja i plaćanja PDV za promet dobara i usluga koji im izvrše izvođači radova – obveznici PDV“.

25 Oporezivanje prema načelu fakturisane realizacije favorizuje neuredne platiše. Dok je vršilac prometa primoran da na uštrb svoje likvidnosti predfinansira iznos poreza, kupac ima pravo na odbitak prethodnog poreza i pored toga što nije platio cenu, u korist svoje likvidnosti.

6. O USKLAĐENOSTI REŠENJA IZ ČL. 10, ST. 2, TAČ. 3 ZPDV SA ČL. 199 DIREKTIVE 2006/112/EZ

Čl. 199(1), ponovimo, kao opšte pravilo predviđa da poreski dužnik može biti jedino poreski obveznik.²⁶ Čl. 199(2), u skladu s iznetim rezonovanjem Evropske komisije, treba tumačiti u propisanim okvirima iz čega proizlazi mogućnost da se primena mehanizma obrnute naplate ograniči na određene kategorije isporučilaca ili primalaca dobara i usluga koji su ujedno i poreski obveznici (npr. obveznika koji se mogu kvalifikovati kao izvođač radova i investitor u smislu zakona kojim se uređuje planiranje i izgradnja). I čl. 199(3)(a) govori o poreskom obvezniku. Jedino čl. 199(3)(b) dopušta primenu mehanizma obrnute naplate i na lica koja nisu poreski obveznici, konkretno, neoporezive subjekte javnog prava. Međutim, dikcija ove odredbe navodi na zaključak da je predviđena opcija rezervisana isključivo za transakcije iz čl. 199(1)(e)(f) i (g), a ne i oblast građevinarstva iz čl. 199(1)(a) i (b). Treba imati u vidu da je ovde reč o izuzetku od opšteg pravila koji treba usko tumačiti.²⁷ S druge strane, čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV eksplicitno propisuje da će se mehanizam obrnute naplate primeniti i kada je primalac dobara i usluga u oblasti građevinarstva lice iz čl. 9, st. 1 (koje nije obveznik),²⁸ u skladu sa čl. 199 Direktive 2006/112/EZ.

Nažalost, na osnovu dostupnih podataka nije nam pošlo za rukom da ustanovimo da li neka od država članica ima isti pristup. No, naišli smo na suprotna rešenja. U Letoniji se mehanizam obrnute naplate primenjuje u oblasti građevinarstva na neoporezive subjekte javnog prava isključivo ako su evidentirani kao obveznici. Ako primaju građevinske usluge po osnovu javnih nabavki ili u okviru sporazuma

26 Logično objašnjenje za ovakav pristup ogleda se u tome što je u transakcijama sa krajnjim potrošačima (a na isti način moguće je argumentovati i u odnosu na druga lica koja nisu obveznici) otežana kontrola ispunjenja obaveza.

27 Reč je o ustaljenom pravilu u jurisprudenciji ESP posvećenoj PDV, vid. ECJ, Joined Cases C-497/09, C-499/09, C-501/09, C-502/09, *Bog and Others*, [2011] ECR I-01457, tač. 84 presude. Opširnije o principu striktnog tumačenja, R. de la Feria, *EU VAT principles as interpretative aids to EU VAT rules: the inherent paradox*, WP 16/03, Oxford University Centre for Business Taxation, February 2016, 7–10.

28 Poreski dužnik uvek je lice iz čl. 9, st. 1 ZPDV, nezavisno od toga da li jeste ili nije obveznik, objašnjenje Ministarstva finansija o primeni čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV u oblasti građevinarstva, br. 011-00-1180/2015-04 od 10. 11. 2015. godine.

o javno-privatnom partnerstvu, dolazi do prenosa poreske obaveze, uz prethodnu obavezu primaoca da se evidentira za potrebe PDV. U Portugaliji će ovakvo lice biti poreski dužnik isključivo ako vrši oporézivi promet, dok u Sloveniji ne postoji obaveza primene mehanizma obrnute naplate ako se promet vrši za potrebe aktivnosti u odnosu na koje se ne smatraju poreskim obveznicima. Zanimljivo je holandsko rešenje koje uključuje lica iz čl. 9, st. 1 ZPDV na taj način što načelno ne zahteva da primalac dobara i usluga u oblasti građevinarstva ima status obveznika.²⁹

Što je još bitnije, naše rešenje otvara bojazan da PDV po osnovu izvršenog prometa uopšte ne bude plaćen. Naime, lica iz čl. 9, st. 1 duguju PDV iz transakcije u skladu sa čl. 10, st. 2, tač. 3, u vezi sa čl. 51, st. 3 ZPDV, koji ne mogu odbiti kao prethodni porez jer ne ispunjavaju uslove iz čl. 28, st. 5, tač. 2 ZPDV. Međutim, budući da se ne radi o obveznicima, diskutabilno je da li će ova lica uopšte biti kontrolisana od strane Poreske uprave s obzirom da poreska prijava prodavca, imajući u vidu njen sumarni karakter, ne pruža relevantne podatke o primaocima dobara i usluga pod okriljem mehanizma obrnute naplate, a upravo je kontrola primaoca dobara i usluga neophodna kako bi se utvrdilo da je dugovani PDV ispravno obračunat i plaćen.³⁰ Situacija će se u ovom pogledu poboljšati od 1. januara 2017. godine kada obveznik uz poresku prijavu bude dužan da podnese i pregled obračuna PDV.³¹ Moguće je predvideti i dodatne obaveze izveštavanja, poput onih iz čl. 51a, st. 2 ZPDV.³² Na slična rešenja nailazimo i u uporednoj praksi. Tako je, primera radi, u Finskoj predviđena obaveza da se u poreskoj prijavi posebno navedu podaci o isporukama i nabavkama u oblasti građevi-

29 European Commission (2014), 140, 155, 167, 176.

30 Upor. J. Swinkels, „Combating VAT Avoidance“, *International VAT Monitor* 4/2005, 242.

31 Čl. 50a, st. 1 ZPDV.

32 Tako je poreski obveznik dužan navesti podatke nazivu, odnosno imenu i prezimenu, adresi i PIB-u lica koje nije evidentirano za obavezu plaćanja PDV, a koje mu je od 1. januara do isteka poslednjeg poreskog perioda kalendarske godine, odnosno poslednjeg poreskog perioda u Republici izvršilo promet sekundarnih sirovina i usluga koje su neposredno povezane sa tim dobrima, kao i iznosu tog prometa. Isto važi i za poljoprivrednika koji je obvezniku izvršio promet poljoprivrednih i šumskih proizvoda i poljoprivrednih usluga. U našem slučaju poreski obveznik dostavio bi podatke o licu iz čl. 9, st. 1 kojem je izvršio promet dobara i usluga u skladu sa čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV i iznosu tog prometa.

narstva podložnim mehanizmu obrnute naplate. U Sloveniji je vršilac prometa dužan na mesečnom nivou dostaviti podatke o primaocima dobara i usluga i pojedinačnoj vrednosti prometa u odnosu na svakog od njih, koji je izvršen u odnosnom periodu. U Češkoj su slične obaveze propisane za oba učesnika transakcije, što omogućava unakrsnu proveru u sklopu kancelarijske kontrole.³³

7. ZAKLJUČAK

Odredba čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV načelno je usklađena sa relevantnim odredbama Direktive 2006/112/EZ. Države članice koje se opredele za primenu mehanizma obrnute naplate u oblasti građevinarstva mogu ga gotovo u potpunosti (kako u objektnom tako i u subjektnom smislu) koncipirati prema svom nahođenju. Slobodne su da definišu dobra i usluge kao i kategorije isporučilaca ili primalaca dobara i usluga na koje se ova mera primenjuje. Jedino ograničenje u tom pogledu predstavlja kvalifikacija poreskog dužnika. Mora se, naime, raditi o poreskom obvezniku. Fleksibilan pristup proizlazi iz *ratia* za implementaciju ove mere u komunitarni propis. Obrnuta naplata u oblasti građevinarstva zapravo je anti-evazionna mera koju treba prilagoditi specifičnostima evazionih poduhvata s kojima se pojedinačna država susreće. Proširenje njenog obuhvata i na lica koja nisu poreski obveznici (kao što su lica iz čl. 9, st. 1 ZPDV) u biti je protivno njenoj svrsi jer sa sobom nosi bojazan da PDV po osnovu izvršenog prometa uopšte ne bude plaćen.

Na ovom mestu zapažamo jedino pomena vredno potencijalno odstupanje čl. 10, st. 2, tač. 3 ZPDV od komunitarnog propisa. Pretpostavljamo da je neposredan razlog za uključivanje lica iz čl. 9, st. 1 ZPDV u opseg primene ove mere kod nas zaštita likvidnosti obveznika, s obzirom da su u praksi ova lica česti naručioci posla. Na to ukazuje i činjenica da je u ostalim slučajevima iz čl. 10, st. 2 ZPDV primena mehanizma obrnute naplate rezervisana za transakcije koje se odvijaju između obveznika. Ovakvim pristupom srpski zakonodavac je ili prevideo opasnost od evazije koje pozitivnopravno rešenje nosi sa sobom, ili je po cenu tog rizika ostao dosledan sopstvenim motivima za uvođenje ove mere u ZPDV.

33 European Commission (2014), 105, 113, 168.

Uočena neusaglašenost posledica je nemogućnost da se motivi za implementaciju ove mere u komunitarnu i domaću regulativu zadovolje izravno i istovremeno. Primena mehanizma obrnute naplate na lica iz čl. 9, st. 1 ZPDV adekvatnije štiti likvidnost drugog učesnika transakcije ali slabi anti-evazionni potencijal ove mere i *vice versa*. Poboljšanje preduslova za efikasniju kontrolu naplate PDV u ovom slučaju predstavlja kompromisan korak u pravcu ispunjenja oba cilja.

Miloš Milošević, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE COMPLIANCE OF ART. 10(2)(3) OF THE VALUE-ADDED TAX LAW WITH COMMUNAUTAIRE REGULATIONS

Summary

In the domain of construction industry, reverse-charge mechanism is present in both communautaire and domestic legislation. Its implementation in the European regulation is owed to anti-evasive reasons. Namely, it turns out that reverse-charge mechanism represents an effective measure to fight evasive conduct where the supplier avoids paying value-added tax previously invoiced while at the same time the other participant in the transaction uses their right of input tax deduction. On the other hand, in the Republic of Serbia this measure was introduced solely to protect the liquidity of tax payers. This paper shows that the differing motives of the Serbian legislator led to a partial discrepancy between the domestic and communautaire legal solution, and discusses potential improvements of the current situation.

Key words: *Value-added tax.– Reverse-charge mechanism.– Construction.– Tax evasion.*

Emilia Mišćenić, Dr. Iur., LL.M.*

CROATIAN CASE “FRANAK”: EFFECTIVE OR “DEFECTIVE” PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS?***

By using the example of the famous Croatian case “Franak”, the first collective redress proceeding in the Croatian court practice of protection of consumer rights, the author presents the struggles of Croatian courts when it comes to EU consistent interpretation and proper application of harmonized Croatian consumer protection law. In this case, concerning the use of unfair contract terms in consumer credit agreements, a whole variety of issues arose, such as determination of collective interest, distinction between national and harmonized notions of credit contract, determination of essential elements of consumer credit contracts and of legal consequences of unfairness etc. Whether some of these issues can be attributed to the EU consumer protection acquis itself remains to be analysed.

Key words: *Credit Agreements. – Swiss Franc. – Unfair Contract Terms. – Collective Redress Proceedings. – Principle of Effectiveness.*

1. INTRODUCTION

During the mid 90s and early 2000s, as in many Member States of the European Union or South East European countries, in Croatia also started a trend of concluding credit contracts denominated in a foreign currency that has continued until today.¹ This way of contract-

* The author is assistant professor at the Chair of European and Private International Law, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia, emiscenic@pravri.hr.

** The paper was presented by the author at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg on 1 June 2016 as part of the lectures on *South East Europe (and Beyond): Let's Talk About Law!*.

1 See the Report of the Croatian National Bank demonstrating the percentage of CHF credits within all credits during 2012 in Hungary (28,9 %), Po-

ing is allowed under the Croatian Obligations Act² and according to the latest statistics of the Croatian National Bank the percentage of credit contracts denominated in a foreign currency is 92 %.³ Back then, at the beginning of this trend, the preferred foreign currency was Swiss francs over euros, which was generally supported by banks and recommended to people when agreeing to contract details.⁴ One should also bear in mind that most of these contracts were mortgage loans, i.e. loans secured by real estate, a so-called hypothec, which was very often the only real estate and the home of contracting parties. According to the *supra* mentioned statistics, even today, 48 % of credit contracts are mortgage loans.⁵

Another important aspect of these contracts is that most of them contained a clause according to which the interest rate was not fixed, but variable.⁶ In practice, this variable interest rate was usually linked to an Interbank Offered Rate (IBOR), i.e. a reference rate based on the average interest rate according to which banks lend and borrow funds to each other on the interbank market, which was linked either to the euro (EURIBOR) or to the Swiss franc (CHF LIBOR).⁷

land (18,5 %), Austria (12,2 %), Croatia (10,3 %), Serbia (7,7 %) and Rumania (6,0 %). Hrvatska narodna banka (HNB), Izvješće o problematici zaduženja građana kreditima u švicarskim francima i prijedlozima mjera za olakšavanje pozicije dužnika u švicarskim francima temeljem zaključka Odbora za financije i državni proračun Hrvatskog sabora, September 2015, http://www.hnb.hr/prioipc/2015/hrv/hp15092015_CHE.pdf, last visited 6 July 2016, 5, 8.

2 Arg. ex Article 22(1) of the Obligations Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 35/05, 41/08, 125/11 and 78/15.

3 HNB, *op. cit.* fn. 1.

4 This conclusion has been drawn from numerous statements of consumers given as a testimony during the taking of evidence within the collective redress proceeding in the case “*Franak*”. See Judgment and Ruling of the Commercial Court in Zagreb, P-1401/12 of 4 July 2014; Judgment and Ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, Pž-7129/13-4 of 13 June 2014; Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14-2 of 9 April 2015.

5 HNB, *op. cit.* fn. 1.

6 P. Miladin, “Promjenjive kamate, devizna klauzula i klizna skala”, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 21–2014*, Organizator, Zagreb, 2014, 37. *et seq.*

7 According to a Decision of the Government on the Publication of Rules for the Determination of the Reference and Discount Rate (Odluka Vlade o objavljivanju pravila o utvrđivanju referentne i diskontne stope), *Official Gazette of*

Combined together, these two terms of credit contracts led to the worst possible scenario for thousands of Croatian consumers, allegedly 125.000. The appreciation of the Swiss franc resulted simultaneously in the significant increase of the amount of the loan and of the variable interest rate.⁸ All this culminated in the consumers' inability to repay the debt owed to banks and consequently in numerous proceedings of forced execution over their homes as well as other property.⁹ Many associations were formed trying to help the affected Croatian citizens, such as "The Blocked Ones" or "The Living Wall", whose goals were to stop forced execution proceedings, sometimes even by forming a wall of people standing in front of private homes on the day of repossession and eviction of whole families.¹⁰ Spurred by all these difficult events, the awareness of Croatian consumers about their rights started to grow and at one point in 2011 the newly formed association "*Franak*",¹¹ i.e. the Croatian synonym for a (Swiss) franc, initiated a collective redress proceeding in front of the Commercial Court in Zagreb (the capital city of Croatia) against seven commercial banks. However, their action was dismissed as inadmissible due to a lack of standing to initiate a collective redress proceeding. The reasons for this failure can be found unfortunately in a quite complex and scattered Croatian legislation on consumer protection.

2. LEGAL FRAMEWORK

Most of the above-mentioned credit contracts were consumer contracts, i.e. contracts concluded by natural persons for purposes outside their business, trade or professional activity. In the Croatian legal system, which does not contain a uniform or systematic approach re-

the Republic of Croatia, No. 114/08, which took over the rules contained in the Communication from the Commission on the revision of the method for setting the reference and discount rates, *OJ C 14/6*, 19.1.2008, IBOR was defined as "Inter-bank offered rate on the money market".

8 HNB, *op. cit.* fn. 1, 5.

9 More about this issue in G. Mihelčić, "Prisilno namirenje tražbine u svjetlu Direktive o hipotekarnim kreditima", *Javni bilježnik*, 42/2015, 15.

10 See Živi zid ("The Living Wall"), <http://zivi-zid.org/>, last visited 6 July 2016. See also Blokirani ("The Blocked Ones"), <https://blokirani.org/>, last visited 6 July 2016.

11 See Udruga Franak (Association "*Franak*"), <http://udrugafanak.hr/>, last visited 12 August 2016.

garding the protection of consumer rights, this means the involvement of various legal acts, which sometimes contradict each other.¹²

According to the current state of law in Croatia, if a contract is a consumer contract, it falls under the application of the Consumer Protection Act¹³ as a *lex specialis* for obligation law relations between consumers and traders.¹⁴ In case there are no special rules prescribed by the Consumer Protection Act, the Obligations Act as a more general act, i.e. *lex generalis*, applies.¹⁵ However, if a consumer contract is a credit contract, then an even more special act applies, i.e. the Consumer Credit Act,¹⁶ which actually transposes Directive 2008/48/EC on credit agreements.¹⁷ If a consumer credit contract has been concluded with a credit institution, such as a bank, then the Credit Institutions Act¹⁸ applies too. One should also recall the many different sub-statutory acts applicable in this case, such as the Decisions of the Croatian National Bank on the calculation of interest rates¹⁹ and on informing consumers

12 About various definitions of consumers and numerous sources of the Croatian consumer protection law consult E. Mišćenić, "Consumer Protection Law", in: T. Josipović (ed.), *Introduction to the Law of Croatia*, Kluwer Law International, 2014, 279 *et seq.*

13 Consumer Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 41/14 and 110/15.

14 The Consumer Protection Act that applies to *business-to-consumer* (B2C) relations defines a consumer in Article 5(15) as "any natural person who concludes the legal transaction or acts on the market outside of its trade, business, craft or professional activity", while a trader is defined in Article 5(27) as "any person who concludes the legal transaction or acts on the market within its trade, business, craft or professional activity, including a person acting in the name or on behalf of the trader".

15 *Arg. ex* Article 4(2) of the Consumer Protection Act.

16 Consumer Credit Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13 – *corrigendum*, 9/15, 102/15 and 52/16.

17 Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, *OJ* 2008 L 133/66, last amended by Directive 2014/17/EU. The *ratione personae* of the Consumer Credit Act corresponds to the one of the Directive and is applicable to relations between "consumers" (Article 2(1)(1)) and "creditors" (Article 2(1)(2)).

18 Credit Institutions Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 159/13, 19/15 and 102/15. This Act also contains a definition of a "consumer" in Article 300, in the Chapter XXIII on consumer protection.

19 Decision of the Croatian National Bank on the Annual Percentage Rate of Charge of Credit Institutions and of Credit Unions and on Contracting of Ser-

prior to the conclusion of banking services contracts²⁰, or the Order of the Ministry of Finance on the Duty to Inform Consumers also on Additional Presumptions for Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge,²¹ the Order of the Ministry of Finance on Charges in Consumer Credits²² etc.²³ Moreover, the Ministry of Finance announced the adoption of and published a Proposal on the new Residential Consumer Credit Act²⁴ for the purpose of implementing Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property²⁵ that shall *pro futuro* make the legislative framework even more complex regarding consumer mortgage credit contracts.²⁶ When it comes to judgments adopted in the case “Franak”, one should emphasize that these concern adjudication on credit contracts concluded between 2003–2008 and consequently involve the application of the relevant provisions of statutory and sub-statutory acts that were in force at the time of the conclusion of the contracts, i.e. of the revoked Consumer Protection Act from 2003, as well as the one from

vices with Consumers, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 1/09, 41/09 and 159/13. This Decision is still in force and applicable in the part that is not contradictory to Regulation (EU) No. 575/2013 and to the Credit Institutions Act.

- 20 Decision on the Content and the Form in which a Consumer is Given Information prior to the Contracting of an Individual Banking Service, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 2/15.
- 21 Order on Duty to Inform Consumers also on Additional Presumptions for Calculation of the Annual Percentage Rate of Charge, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 14/10 and 124/13.
- 22 Order on Charges to Consumer Credits, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 15/14.
- 23 More in detail: E. Miščenić, “Ugovor o potrošačkom kreditu”, in: Z. Slakoper (ed.), *Bankovni i finansijski ugovori*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 2016 (accepted for publication).
- 24 Ministry of Finance, <http://www.mfin.hr/hr/okoncana-savjetovanja>, last visited 7 July 2016.
- 25 Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No. 1093/2010 (Text with EEA relevance), *OJ L 60/34* of 28 February 2014, *corrigendum* – *OJ L 65/22* of 10 March 2015.
- 26 E. Miščenić, “Mortgage Credit Directive (MCD): Are Consumers Finally Getting the Protection They Deserve?”, in: Z. Slakoper (ed.), *Liber Amicorum in Honorem Vilim Gorenc*, Zagreb, 2014, 235 *et seq.*

2007,²⁷ and also of the revoked Banking Act,²⁸ their sub-statutory acts etc.

Therefore, it is not surprising that the association “*Franak*” actually missed the key Regulation determining the precise list of bodies in Croatia²⁹ entitled to initiate collective redress proceedings in consumer disputes. According to the provisions of the Consumer Protection Act, every qualified entity or person has a right to initiate proceedings for the protection of collective interests of consumers against a person, who acts against the in Article 106(1) of the Consumer Protection Act enumerated provisions of the Consumer Protection Act, Obligations Act, E-Commerce Act,³⁰ Consumer Credit Act etc. Article 107(1) of the Consumer Protection Act requires that qualified entities or person have a justified interest for the collective protection of consumers, such as consumer protection associations or state authorities competent for consumer protection do.³¹ On the list of then seven, now eight

- 27 As a consequence of fulfilling a duty to harmonize Croatian national law with the *acquis communautaire* set by Article 69 and more specifically for consumer protection in Article 74 of the Act on Confirmation of the Stabilisation and Association Agreement between the Republic of Croatia and the European Communities and their Member States, *Official Gazette of the Republic of Croatia – International Agreements*, Nos. 14/01, 15/01, 14/02, 1/05, 7/05, 9/05 and 11/06; the first Consumer Protection Act was published in the *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 96/03. The second Consumer Protection Act was adopted in 2007, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12 and 56/13. More in detail: E. Mišćenić, “Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj”, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 4/1 2013, 145–176.
- 28 Banking Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 84/02 and 141/06 was replaced in 2009 by the entrance into force of the Credit Institutions Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 117/2008, 74/09, 153/09, 108/12, 54/13 and 159/13. See E. Čikara, *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien*, LIT Verlag, Wien et al., 2010, 357.
- 29 At that time the Regulation on Determining of Persons Authorized to Initiate the Proceeding for Protection of Collective Interests of Consumers, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 124/09 was in force. The Regulation has been replaced by the Decision on Determining of Authorities and Persons Authorized to Initiate the Proceeding for the Protection of Collective Interests of Consumers, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 105/14.
- 30 E-Commerce Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 173/03, 67/08, 36/09, 130/11 and 30/14.
- 31 In cases of consumer protection collective redress proceedings Articles 502.a et seq. of the Civil Procedure Act on collective redress proceedings (*arg. ex*

entitled bodies, there were and still are “Consumer” – Croatian Union of the Consumer Protection Associations, as well as the Union of the Consumer Protection Associations of Croatia, while the others concern certain ministries and regulatory agencies. Consequently, the association “*Franak*” signed a cooperation agreement with the Union “Consumer”, which in April 2012 initiated the procedure for protection of collective interests of consumers before the Commercial Court in Zagreb.

3. CLAIMS IN THE CASE “FRANAK”

In the action for protection of collective interests of consumers submitted to the Commercial Court in Zagreb, the Union “Consumer” as a plaintiff raised two main claims against eight commercial banks as defendants. The plaintiff held the position that both the currency clause and variable interest rate clause contained in thousands of consumer credit contracts, mostly secured by real estate, were unfair contract terms according to the special provisions of the Consumer Protection Act.³² In its requests, the plaintiff took into account the manner in which consumer credit contracts were regularly concluded, i.e. by using standard contract terms and without thoroughly informing the consumers on the impact, effects as well as possible consequences of these contract terms on the rights and obligations of consumers.³³

For example, when dealing with the variable interest rate many credit contracts contained a clause stating that a “regular interest rate

Article 122 of the Consumer Protection Act) are applicable subsidiarily. When there are no special provisions, the rest of the provisions of the Civil Procedure Act apply. More in detail: V. Tomljenović, E. Miščenić, National Report for Croatia, in: European Commission, “An evaluation study of the impact of national procedural laws and practices on the free circulation of judgements and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU law”, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082.

32 Implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 095/29, 21.04.1993, last amended by Directive 2011/83/EU, which resulted in the transposition of the Directive into the Consumer Protection Act (Arts. 49–56) and in the approximation of the already existing provisions of the Obligations Act on general contract conditions (Articles 295–296).

33 Exhaustively on this issue: E. Miščenić, “Nepoštene odredbe u ugovorima o kreditu”, in Tomljenović, V. *et al.*, *Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba*, Pravni fakultet Rijeka, 2013, 113–164.

shall vary in accordance with changes of market conditions and on the ground of the Decision of the Bank”, without binding the possibility of variation or at least referring to a certain reference interest rate in the contract. Since the interest rate presents a key element in the calculation of the annual percentage rate of charge (APRC) expressing the “total cost of the credit for a consumer”, it is of particular importance to give consumers information on the reference rate upon which the variations of the interest rate depend.³⁴ However, despite the exhaustive Croatian legal framework about the duty of informing consumers on the conditions affecting an interest rate,³⁵ at the time of the conclusion of most of the above-mentioned contracts there was no legal duty for Croatian banks and credit institutions to link variations of interest rates to a certain reference rate. Nonetheless, as mentioned *supra*, in practice, when calculating interest rates of their clients’ credit agreements, banks usually used a basic reference rate based on CHF LIBOR or EURIBOR. In its claims, the plaintiff therefore stated that this failure to inform consumers on the key factor affecting interest rate as a price of a contract and the creation of a right of banks to unilaterally amend interest rates made the presented standard contract terms on the variable interest rate unfair.

Similar arguments were used regarding currency clauses, i.e. clauses according to which the credit capital is calculated based on the Croatian currency, i.e. Croatian kuna, in relation to a foreign currency, i.e. the Swiss franc in the case at hand.³⁶ As it follows from the testi-

34 According to Article 2(1)(9) of the Consumer Credit Act, the APRC demonstrates the “total cost of the credit for a consumer”, expressed as an annual percentage of the total amount of credit, including the costs referred to in Article 20(2) of this Act. The broad definition of “total cost of the credit for a consumer” in Article 2(1)(7) of the Consumer Credit Act encompasses *inter alia* interests, which can be calculated based on a fixed or variable interest rate (Article 2(1)(10) of the Consumer Credit Act).

35 Detailed analysis of relevant provisions of the Consumer Credit Act, Credit Institutions Act, Obligations Act and different substatutory acts requiring the referring in credit contracts of the conditions affecting interest rate, when available, of a reference or index rate etc. offered by E. Mišćenić, *op. cit.* fn. 30.

36 Article 22(1) of the Obligations Act prescribes that a “term of contract according to which a value of a contractual obligation in a currency of the Republic of Croatia is calculated on the ground of the price of gold or of the exchange rate of the currency of the Republic of Croatia in relation to a foreign currency is allowed”.

monies given by consumers during the collective redress proceeding, consumers had no idea and were not properly informed by the banks on the currency risks involved and were even convinced to accept the, at that time, convenient conditions related to credit contracts with currency clauses linked to the Swiss franc.³⁷

In order for these (standard) contract terms to be qualified as unfair terms and consequently made null and void, they had to fulfil the requirements taken over from Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts into the then applicable Article 81 of the Consumer Protection Act from 2003 and Article 96(1) of the Consumer Protection Act from 2007, which is now Article 49(1) of the Consumer Protection Act. They all prescribe that a contract term shall be regarded as unfair if it has not been individually negotiated and if contrary to the principle of conscientiousness and honesty, which is accepted as the Croatian equivalent to a “good faith” requirement from Directive 93/13/EEC,³⁸ it causes a significant imbalance in the contract parties’ rights and obligations to the detriment of the consumer.³⁹ Correspondent to Directive

37 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14-2 of 9 April 2015, 18.

38 According to Article 4 of the Obligations Act in the creation of obligation relations and realization of rights and obligations out of these relations, participants shall observe the principle of conscientiousness and honesty. Although this fundamental principle of Croatian obligations law is regarded as an equivalent to a ‘good faith’ principle, these are not identical concepts. See S. Šarčević, E. Čikara, ‘European vs. National Terminology in Croatian Legislation Transposing EU Directives’ in S. Šarčević (ed.), *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Nakladni zavod Globus, Zagreb 2009, 211.

39 One should not neglect that at the time of initiating a collective redress proceeding there was already a settled case law on this matter by Croatian ADR bodies. In the Judgment of the Court of Honour of the Croatian Chamber of Economy No. P-I-50/10 of 25 March 2011 it was established that the bank P.B.Z. d.d. was responsible for concluding an unclear and incomplete credit contract with the consumer A.D. because the parties were prevented to individually negotiate at the time of the contract conclusion as well as because the contract did not contain any exact parameters or a method of calculation of these parameters, which affected the bank’s Banks’ Decision on the alteration of contractual interest rates. Therefore, an imbalance between the parties’ rights and obligations based on unilateral augmentation of contractual interest rates occurred. The Court of Honour decided that the provisions of the pre-formulated contract on the alteration of the interest rate and on currency risks fulfil the prerequisites of ex Article 81 of the Consumer Protection Act

93/13/EEC, further provisions regulate a presumption on non-negotiation in case of standard contract terms and reverse the burden of proof in this respect to the trader, i.e. to the defendants in this case.⁴⁰

4. RULINGS IN THE CASE “FRANAK”

The proceeding in the case “*Franak*” that started in 2012 ended a year ago, in 2015, and resulted in three very important judgments in the first Croatian consumer protection collective redress procedure. Without the pretension of entering into a detailed analysis of the proceeding, the following text only emphasizes key conclusions of various court instances.

In the first instance judgment containing detailed and exhaustive explanations on more than 180 pages, the Commercial Court in Zagreb stated that the disputed clauses are unfair contract terms and declared them null and void.⁴¹ It also required the annulled contract terms to be amended and ruled the conditions for their amendments. The judge required the amendment of contract terms with a retroactive effect from the moment of the contract’s conclusion, and the amendment of the currency clause into a clause denominating the consumer credit in Croatian kunas (conversion), and of the variable interest rate into a fixed one.⁴²

on unfair contract terms. In the second instance Judgment of the Court of Honour of the Croatian Chamber of Economy No. PŽ-II-13/11 of 7 October 2011, the Court of Honour confirmed the conclusions from the first instance judgment.

40 E. Mišćenić, “Unfair Contract Terms in the Contract Law, Country Report for Croatia”, in: Ch. Jessel-Holst *et al.* (eds.), *Unfair Contract Terms in General Contract Law*, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of Studies and Analyses, 2012, 195–223.

41 Judgment and Ruling of the Commercial Court in Zagreb, P-1401/12 of 4 July 2014, 1–7.

42 *Ibid.*, 7: “It is ordered to all plaintiffs to stop with the above described actions and it is ordered to them within the period of 60 (sixty) days to offer to consumers amendment of a contract term determining that the amount of a capital of credit obligation is bound to Swiss Franc currency, and an interest rate is variable, in a manner that the capital shall be expressed in Kunas in the amount that was paid out in the stage of using the credit and with fixed interest rate, and in the percentage which was explicitly referred to in the concluded consumer contract

In the second instance judgment, the High Commercial Court confirmed the annulment of contract clauses on a variable interest rate, but denied the annulment of currency clauses and dismissed the part of the ruling on the amendment of contract terms by applying the civil law procedure principle *non ultra petita*, i.e. by saying that a judge cannot go beyond the parties' claims in the action and decide on matters not requested by the parties.⁴³ Regarding the currency clause, the Court established that a clause linking the capital of the credit to Swiss francs is a “*term on the subject matter of a contract*” and therefore excluded from the unfairness test presented above as regulated by the applicable Consumer Protection Acts from 2003 and 2007⁴⁴ as well as Article 4(2) of Directive 93/13/EEC.⁴⁵

In the last judgment brought upon request for a revision, the Supreme Court confirmed the findings of the second instance court that a currency clause cannot be the subject of an unfairness test and elaborated in detail why it considers that a currency clause should be comprehensible to an average consumer.⁴⁶

5. CHOSEN ISSUES

From the whole range of issues of both procedural as well as substantive law nature, which were part of the collective redress proceeding in the case “*Franak*”, this paper analyses three following important questions and wonders whether the causes of some of them can to a certain extent be attributed to the EU consumer protection *acquis*.

as valid rate of the regular interest on the day of conclusion of the contract, while otherwise their offer shall be replaced by this judgement”.

43 Article 2(1) of the Civil Procedure Act, *Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, Nos. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 and 35/91, incorporated into the Croatian legal system by *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 25/13 and 89/14.

44 Article 84 of the Consumer Protection Act from 2003; Article 99 of the Consumer Protection Act from 2007, i.e. Article 52 of the Consumer Protection Act currently in force.

45 Judgment and Ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, Pž-7129/13–4 of 13 June 2014.

46 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14–2 of 9 April 2015.

5.1. What is a “Consumer Credit Contract”?

The first issue, which came up during the second instance procedure, concerns the fundamental question of what “consumer credit contracts” are in the first place. During the proceeding, one of the accused banks claimed that most of the consumer credit contracts in the case at hand were secured by a hypothec or another real estate security and therefore in accordance with the provisions of Directive 87/102/EEC concerning consumer credits,⁴⁷ are not consumer credit agreements and are excluded from the protection offered by the Consumer Protection Act to consumer loans. Moreover, it claimed that consequently the order of the first instance judgment of the Commercial Court in Zagreb was not related to credit contracts intended for the purpose of acquiring or keeping the right of ownership on immovable property or credit contracts secured by a real estate lien. In this respect, it is interesting to notice that the judges deciding in a panel of the High Commercial Court did not go into the necessary analysis of the *ratione materiae* of the relevant provisions implementing Directive 87/102/EEC into the Chapter on Consumer Loan of the then in force Consumer Protection Acts.⁴⁸ Instead, they just dismissed the argument of the bank and continued paraphrasing the provisions of the Consumer Protection Act transposing the institute of the linked credit agreements,⁴⁹ which can be important in cases such as these, but have nothing to do with the invoked argument of the banks. The proper answer to such an allegation of the bank seems to be crucial, particularly when one party contests the matter of proper application of sub-

47 Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ L 42/48 amended by Council Directive 90/88/EEC and Directive 98/7/EG and repealed by Directive 2008/48/EC.

48 Directive 87/102/EEC was transposed into the first Croatian Consumer Protection Act of 2003 into Chapter 8, Consumer Loan (Articles 56–71), and the second Consumer Protection Act of 2007 into Chapter IX, Consumer Loan (Articles 71–86). Pursuant to Article 2(1)(a) of repealed Directive 87/102/EEC, she shall not apply to “(a) credit agreements or agreements promising to grant credit – intended primarily for the purpose of acquiring or retaining property rights in land or in an existing or projected building, – intended for the purpose of renovating or improving a building as such”.

49 More in detail on linked credit agreements: E. Mišćenić, “Povezani ugovori o kreditu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 32/1 2011, 155–189.

stantive law as well as the proper establishment of the facts.⁵⁰ Instead of the answer offered,⁵¹ it would have been necessary to explain that relevant provisions of the Chapter on Consumer Loan were applicable to both of the *supra* mentioned categories of consumer contracts, since the Croatian legislator decided to use the option contained in the minimum harmonization clause of Directive 87/102/EEC⁵² and to thus widen the material scope of the application of national harmonized provisions to them too. Moreover, since the bank also invoked the question of whether these contracts were consumer contracts, this seems to be a missed chance to explain the notion of “dual purpose contracts” by using the method of interpreting national law consistently to EU law. According to the definition of dual purpose contracts contained in the preamble of both Directive 2011/83/EU on consumer rights⁵³ and Directive 2014/17/EU, “*where the contract is concluded for purposes partly within and partly outside the person’s trade, business or*

50 According to the applicable provisions of the Civil Procedure Act, the second instance court examines the first instance judgment within the limits of the reasons stated in the appeal by observing *ex officio* certain essential violations of civil procedure rules and regular application of substantive law (Article 365(2)).

51 Judgment and Ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, Pž-7129/13–4 of 13 June 2014, 47: “*Allegation of the Z.B. that Article 2 paragraph 2 point a and b of the Directive of the European Parliament and of the Council 87/102/EEC of 22 December 1986 on consumer credit contracts (hereinafter: Directive) exclude explicitly from the application of the Directive contracts intended for the purchase of immovable or contracts by which the repayment of the debt is secured by a real estate lien is correct, but from that statement does not arise that these contracts are not consumer contracts, what the Z.B. also claims together with allegation that order of this judgment does not relate to consumer contracts. Unfounded is the allegation of the Z.B. that order of judgment relates to non-consumer contracts on credit too, because in the order of the judgment it is clearly stated that it is a matter of consumer credit contracts.*” The inadequate knowledge of the *acquis* is visible from the answer itself since the bank did not invoke and actually describe the content of the cited provisions of Directive 87/102/EEC, but of Directive 2008/47/EC, which the court confirmed as being correct. Moreover, even the name of the Directive was written wrongly.

52 According to Article 15 of Directive 87/102/EEC, this Directive did not preclude MS from retaining or adopting more stringent provisions to protect consumers consistent with their obligations under the Treaty.

53 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Directive 93/13/EEC and Direc-

profession and the trade, business or professional purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract, that person should also be considered as a consumer".⁵⁴ Interpretation consistent to the above-presented definition could have been of key importance for the proper application of substantive law to many credit contracts concluded for purposes of renovating or purchasing apartments, which are sometimes exclusively rented to tourists, but in other cases used predominantly as a private home.

Nonetheless, one cannot help but wonder whether these issues can be attributed to the EU consumer protection *acquis* itself. All Consumer Credit Directives, i.e. both the repealed Directive 87/102/EEC and Directive 2008/48/EC as well as recently Directive 2014/17/EU use the definition of "credit agreement" to regulate the material scope of application of the relevant Directive.⁵⁵ Moreover, these definitions have to be read and applied with the other provisions of these Directives on the exclusion of "certain" credit agreements from the previously widely set definition of "credit agreements".⁵⁶ The (non-) adoption of these exclusions at national level will again depend on the decision of MS' legislators to use one or another "option" contained in these Directives, either in minimum harmonization clauses or even provisions of preambles of Directives.⁵⁷ Consequently, when transpos-

tive 1999/44/EC and repealing Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC, OJ 2011 L 304/64, 22 November 2011.

54 Recital 17 of the preamble of Directive 2011/83/EU and recital 12 of the preamble of Directive 2014/17/EU.

55 Arg. ex Articles 1(2)(c) of Directive 87/102/EEC, Article 3(c) of Directive 2008/48/EC and Article 4(3) of Directive 2014/17/EU, according to which "credit agreement" is an agreement whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer a credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation, with the exception of agreements for provision on a continuing basis of services or for the supply of goods of the same kind, where the consumer pays for such services or goods for the duration of their provision by means of instalments".

56 Arg. ex Article 2(1) of Directive 87/102/EEC, Article 2 of Directive 2008/48/EC and Article 3(2) of Directive 2014/17/EU excluding a whole line of credit agreements from the in fn. 54 mentioned definition.

57 Arg. ex minimum harmonization clauses in Article 15 of Directive 87/102/EEC and Article 2(1) of Directive 2014/17/EU, or recital 10 of the preamble of Directive 2008/48/EC or recitals 13 and 14 of the preamble of Directive 2014/17/EU.

ing the definition of the “credit agreement” from the Consumer Credit Directives into the MS’ private laws, we are often faced with a direct conflict of this definition with a definition of the same term contained in many civil codes as well as other private law acts of MS, where a definition of a “credit agreement” concerns the substantive law definition of a credit contract⁵⁸ and not a provision on *ratione materiae* of an act. These are opposite approaches to definitions of certain civil law institutes or contracts, such as in the case at hand, where EU Directives use the same legal term corresponding to the one of national private laws in order to encompass not only credit contracts, but also financial leasing and other forms of credit agreements.⁵⁹ When it comes to the definition of “dual purpose contracts”, the problem lays, similarly as with the “options” on *ratione materiae* and *personae* of Directives, in the fact that these are contained in the Directives’ preambles instead of within the main normative text.⁶⁰ Although the principle of EU consistent interpretation requires interpretation of harmonized national law consistent to the text of the whole Directive, including the preamble, placing these key provisions and definitions into a normative text would have guaranteed their transposition into national harmonized provisions and facilitated the uniform interpretation and proper application of EU law at the level of MS.

58 E.g. Article 1021 of the Obligations Act defines a credit contract as a contract where “a bank undertakes an obligation to make available a certain amount of money funds to a borrower for a definite or indefinite period of time, for a certain purpose or without any certain purpose, and the borrower undertakes an obligation to pay the agreed interests to a bank and to return the used amount of money at a time and in a manner agreed upon”.

59 More on the consequences regarding legal certainty of the conflict between EU and national legal terms and their content: E. Mišćenić, “Legal Translation vs. Legal Certainty in EU Law”, in: E. Mišćenić, A. Raccach (eds.), *Legal Risks in EU Law*, Springer 2016, 88 *et seq.*

60 This issue was dealt with e.g. by the CJEU in C-602/10, *SC Volksbank România* of 12 July 2012, EU:C:2012:443, para. 40: “However, as is also clear from recital 10 in the preamble to Directive 2008/48, the Member States may, in accordance with European Union law, apply provisions of that directive to areas not covered by its scope. Thus they may, in respect of credit agreements not falling within the directive’s scope, maintain or introduce national measures corresponding to the provisions of the directive or to certain of them.”

5.2. What are the Legal Consequences of Unfairness of Contract Terms?

To the second important issue that arose during the first instance procedure belongs the adjudication on legal consequences of unfairness of contract terms. As mentioned *supra*, the first instance court ruled on the unfairness and nullity of both disputed contract terms and ordered the defendants to amend them into valid contract terms with a retroactive effect from the moment of conclusion of credit contracts. Such a ruling, which was removed by the second instance court applying the *non ultra petita* principle of civil procedure law, opens a Pandora's box of issues. Both the Consumer Protection Acts from 2003 and 2007 as well as the one currently in force transposed Article 6(1) of Directive 93/13/EEC by saying that an unfair contract term is null and void and by regulating that the nullity of one contract term shall not result in the nullity of the whole contract, if the contract can survive without such a term.⁶¹ Regarding all the other aspects and consequences of nullity, Articles 322 *et seq.* of the Obligations Act apply subsidiary.⁶² However, the latter provisions do not contain any rule on the preservation of permissible content of an unfair contract term or on the alteration, amendment and adjustment of unfair contract terms. Except in certain prescribed cases,⁶³ null and void contracts and their

61 Article 87 of the Consumer Protection Act from 2003, Article 102 of the Consumer Protection Act from 2007 and Article 55 of the Consumer Protection Act from 2014. The corresponding provision on partial nullity can be found in Article 324 of the Obligations Act.

62 More in detail: E. Mišćenić, "Legal Consequences of Unfairness of Contractual Terms", in: Jessel-Holst Ch. *et al.* (eds.), *Unfair Contract Terms in General Contract Law*, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of Studies and Analyses, 2012, 244–246.

63 Arg. *ex* Article 322(1) of the Obligations Act. These exceptions relate e.g. to Article 325 of the Obligations Act on the conversion of a null and void contract to another valid one, when the prior contract satisfies the conditions for the validity of some other contract. One could also use the provisions on usury contracts out of Article 329 of the Obligations Act according to which a damaged party can request from the court a reduction of a contractual obligation to a just amount within five years from the conclusion of a contract. See the Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Rev 749/2006–2 of 10 October 2006, where the Supreme Court revoked the judgments of lower court instances, which dismissed the plaintiffs' action on the ground of expired five years' time period. Regarding the plaintiffs' claim that

terms cannot be replaced with valid ones, while the nullity of essential contract terms leads to the nullity of the contract as a whole. Therefore, in order to avoid burdensome legal consequences of the nullity of disputed contract terms for consumers,⁶⁴ the judge tried to use the institute of *clausula rebus sic stantibus* out of Article 369 of the Obligations Act in order to remedy the established nullity of unfair contract terms on the denomination of a loan in a CHF currency and the variable interest rate.⁶⁵

The issue can, however, also be linked to Directive 93/13/EEC itself, which has never completely clarified the legal consequences of unfairness of contract terms. Article 6(1) of Directive 93/13/EEC stipulates a duty for MS to lay down that unfair terms used in B2C contracts, “*as provided for under their national law*”, shall not be binding on the consumer and “*that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair term*”. This provision left the regulation of many questions, e.g. concerning absolute or relative nullity, alteration, amendment or replacement of unfair contract terms, limitation period etc. to the MS. Over the years, the established ECJ/CJEU case law gave answers to some of them. For example, in the case *Banco Español de Crédito* concerning the use of unfair terms in credit contracts, the CJEU concluded that “*Article 6(1) of Directive 93/13 must be interpreted as precluding*

the agreed interest rate of 30 % (lowered to 15 %) is null and void, the Supreme Court concluded that the right to invoke nullity does not lapse pursuant to Article 328 of the Obligations Act.

64 Pursuant to Article 323 of the Obligations Act on the consequences of nullity in the case of nullity of a contract, every contract party has a duty to return to the other everything she obtained under such a contract, and if this is not possible or the nature of that which was fulfilled is in conflict with the returning, one should give appropriate monetary compensation according to the prices at the time of adopting the court decision, if the law does not prescribe anything else.

65 Judgment and Ruling of the Commercial Court in Zagreb, P-1401/12 of 4 July 2014, 1–7. Article 369(1) enables one contract party to request amendments or even the rescission of the contract due to extraordinary circumstances, which were not foreseeable at the moment of the contract’s conclusion, and make the fulfilment of a contractual obligation heavily burdensome or create an overly great loss for that party. It is the opinion of the author that this Article is not applicable in the case at hand since the first instance judge established the unfairness and consequently the nullity of the disputed contract terms *ex tunc*.

legislation of a Member State [...] which allows a national court, in the case where it finds that an unfair term in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is void, to modify that contract by revising the content of that term”.⁶⁶ This ruling is of particular importance for the Croatian case “*Franak*”, not only because the Obligations Act in principle does not allow such a contract modification, but also because Croatian courts are obliged to observe the uniform interpretation given by the CJEU case law when applying harmonized national law. This duty, which arises both from the Croatian Constitution and the EU law,⁶⁷ was explicitly confirmed by the Supreme Court in the case “*Franak*”. In the judgment rendered upon revision, the Supreme Court stated that the “*Republic of Croatia became a full Member of an European Union on 1 July 2013 from when on the European Union law forms a part of its legal system and must be applied, moreover, that law is superior to the national one*”.⁶⁸ Furthermore, regarding the legal relations and disputes, which had occurred prior of becoming a MS of the EU, the Court emphasized that “*there is however a duty of Croatian courts to interpret national law in the spirit of the law of the European Union and of her overall *acquis* (what includes among others also a practice of the Court of Justice of the European Union), to what the Republic of Croatia obliged itself by signing the Stabilisation and Association Agreement that was in force from 2005*”.⁶⁹ Nonetheless, the courts deciding in the Croatian case “*Franak*” did not observe the ruling on the interpretation of Article 6(1) of Directive 93/13/EEC given in the CJEU case *Banco Español de Crédito*.⁷⁰ The case they did observe, to a certain

66 C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, para. 89.

67 See Chapter VII.A. European Union of the Constitution of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14. See also the definition of a directive and a principle of loyalty and sincere cooperation contained in Article 288(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 4(3) of the Treaty on European Union, *OJ C* 326 of 26 October 2012.

68 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14-2 of 9 April 2015, 23.

69 *Ibid.*

70 The first instance court invoked only the case C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft v Rocher*, EU:C:1993:191, while the second instance court referred to C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, EU:C:2010:309 and to C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282. In

limited extent, was the CJEU case *Kásler and Káslerné Rábai*,⁷¹ which also concerned the use of unfair terms in credit contracts denominated in Swiss francs. In this case, the CJEU gave a further clarification of Article 6(1) of Directive 93/13, by saying that “*the substitution of an unfair term for a supplementary provision of national law is consistent with the objective of Article 6(1) of Directive 93/13, since, according to settled case-law, that provision is intended to substitute for the formal balance established by the contract between the rights and obligations of the parties real balance re-establishing equality between them, not to annul all contracts containing unfair terms*”.⁷² The reasoning behind such a decision of the CJEU lies in different factual circumstances between *Banco Español de Crédito* and *Kásler and Káslerné Rábai* that would consequently lead to different legal consequences for consumers. While the first case dealt with the use of an unfair and too highly set interest rate on late payments, the second one included an unfair currency clause, the annulment of which could eventually render the entire contract null and void, thus exposing the consumer to particularly unfavourable consequences. Whether the consumer would suffer burdensome consequences actually depends on the qualification of the above-mentioned unfair contract term as an *essentialia negotii*.

5.3. What are the *essentialia negotii* of Consumer Credit Contracts?

The answer to this question became “essential” for the destiny of consumer credit contracts in the case “*Franak*” and beyond. As mentioned *supra*, the first instance court came to quite favourable conclusions for consumers in establishing the unfairness and nullity of both disputed terms and in ordering their amendments. However, the High Commercial Court and the Supreme Court changed the first instance ruling by encompassing the currency clause and variable interest rate with an exception, according to which “*it is not allowed to evaluate the fairness of contract terms on subject matter of the contract and on adequacy of the price, if these terms are clear, easy understand-*

addition to the last two, the Supreme Court also invoked C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242.

71 C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282.

72 *Ibid.*, 82.

able and noticeable”. The provision, which was taken over from Article 4(2) of Directive 93/13/EEC⁷³ into the Croatian Consumer Protection Acts of 2003, 2007 and 2014, seemed to be clear and to exclude the subject matter and the price as *essentialia negotii* of contracts from the (un)fairness tests for obvious reasons.⁷⁴ Nonetheless, the interpretation of Article 4(2) of Directive 93/13/EEC given by the CJEU case law and by the European Commission in its Report on implementation of Directive 93/13/EEC⁷⁵ demonstrated differently. For example, though a prescribed exclusion, in the case *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*⁷⁶ concerning unfair terms in Spanish credit contracts, the CJEU established that it is not against Directive 93/13/EEC not to transpose Article 4(2) into the national law and therefore to cover contractual terms on the subject matter and adequacy of the price or remuneration by an (un)fairness test, even if these are drafted in a plain and intelligible language.⁷⁷ The arguments for this decision come from the minimum harmonization principle on which Directive 93/13/EEC is founded and which allows a more stringent protection of consumers at the national level of MS.⁷⁸ Regarding the case “*Franak*”, there was a controversy dealing with the question if this Article excludes only the subject matter, i.e. the capital of the credit, or also the contract terms related to the capital, such as the currency clause, or related to the adequacy of a price, such as the variable interest rate. In respect of the latter, the Commission’s Report stated that contract “*terms laying down the manner of calculation and the procedures for altering the price remain*

73 Article 4(2) of Directive 93/13/EEC regulates: “*Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language.*”

74 The CJEU clarified several times that Article 4(2) of the Directive concerns essential obligations of contracts concluded between a seller or supplier and a consumer. See C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, EU:C:2010:309, 34 and C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, 46.

75 Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000)248 final, Brussels, 27.04.2000.

76 C-484/08, *Cajade Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, EU:C:2010:309.

77 *Ibid.*, 50.

78 Arg. ex Articles 8 and 8a of Directive 93/13/EEC.

entirely subject to the Directive”.⁷⁹ This was also confirmed by the CJEU case law, e.g. in the cases *Invitel* and *Kásler and Káslerné Rábai* saying that this “exclusion does not apply to a term concerning a mechanism for amending the prices of the services provided to the consumer”.⁸⁰

When deciding in the case “*Franak*”, the Croatian courts qualified both disputed contract terms as *essentialia negotii*, thereby relying on the interpretation of the credit contract out of Obligations Act.⁸¹ Regarding the variable interest rate, the change of which was made conditional upon the decision of a bank, the High Commercial Court stated that this contract term is clear and noticeable, but not understandable to either an average consumer or anybody else.⁸² It also creates a significant imbalance in the rights and obligations of contracting parties to the detriment of a consumer because it leads to a situation where a creditor unilaterally determines the obligation of a debtor, who cannot foresee a change and check the regularity of a change because he/she has no exact parameters at their disposal.⁸³ Therefore, the defendants completely avoided the influence of the other contracting party on the price, which is against the provisions of the Obligations Act regulating that a contract is concluded when the contracting parties have agreed on the essential elements of a contract, and *interest rates are price*.⁸⁴ Contrariwise, the High Commercial Court established that a *clause binding the capital of a credit to a Swiss franc is a clause on a subject matter of the contract* and as such is clear, easily understandable and noticeable to consumers.⁸⁵ The Supreme Court confirmed the findings of the High Commercial Court and offered a detailed explanation of the institute of the currency clause as well as of the presented movements of the Croatian kuna in relation to other foreign currencies for the relevant period.⁸⁶

79 Report..., *op. cit.* fn. 75, 15.

80 C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242, 23 and C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, 56.

81 G. Mihelčić, E. Mišćenić, “*Credere ili kredit: Dva srodna ili suprotstavljena pojma?*”, *Zbornik PFR*, 73/1 2016, 336.

82 Judgment and Ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, Pž-7129/13–4 of 13 June 2014, 57.

83 *Ibid.*, 58.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*, 50 and 53.

86 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14–2 of 9 April 2015, 17 *et seq.*

Such an approach seems to confirm the certainty of Croatian courts regarding the qualification of the disputed contract terms as “subject matter” and “price” of consumer credit contracts. However, that which was an “undisputed fact” for Croatian courts, was not quite clear to the Hungarian *Kúria*, which in the preliminary ruling procedure explicitly asked whether a currency clause may fall within the ‘definition of the main subject matter of the contract’.⁸⁷ The CJEU stated that Article 4(2) of Directive 93/13 needs to be interpreted strictly in the sense that “contractual terms falling within the notion of the ‘main subject-matter of the contract’, within the meaning of that provision, must be understood as being those that lay down the essential obligations of the contract and, as such, characterise it”.⁸⁸ It left the final decision to the referring court, which has to determine, “having regard to the nature, general scheme and the stipulations of the loan agreement, and its legal and factual context, whether the term setting the exchange rate for the monthly repayment instalments constitutes an essential element of the debtor’s obligations”. By ruling that Article 6(1) of Directive 93/13 allows the substitution of an unfair term for a supplementary provision of national law in order to avoid the annulment of the whole contract, in the case *Kásler and Káslerné Rábai* the CJEU actually held the position that national courts could eventually qualify the currency clause as an *essentialia negotii*. In another request for a preliminary ruling, the Romanian *Tribunalul Specializat Cluj* asked the CJEU, whether Article 4(2) of Directive 93/13/EEC can be interpreted as meaning that “the main subject matter of the contract” and the “price” also cover the elements, which make up the consideration owed to the credit institution, i.e. the annual percentage rate of charge, which consist of the interest rate (whether fixed or variable), bank charges and other costs included in the credit agreement.⁸⁹ According to the interpretation given by the CJEU, the ‘main subject-matter of the contract’ and ‘adequacy of the price and remuneration’ do not, in principle, cover contract terms in B2C credit agreements, “which, on one hand, allow, under certain conditions, the lender unilaterally to alter the interest rate and, on the other hand, provide for a ‘risk charge’ applied by the lender”.⁹⁰ Nevertheless,

87 C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, 35.

88 *Ibid.*, 49.

89 C-143/13, *Matei*, EU:C:2015:127, 36.

90 *Ibid.*, 79.

the CJEU defers to the national courts to verify the classification of contractual terms by taking into account the nature, general scheme and stipulations of contracts, as well as the legal and factual circumstances of the case. The interpretation given by the CJEU in the case *Matei*, which is of crucial importance for the Croatian case “*Franak*”, was, however, not observed in the last judgment rendered by the Supreme Court.

6. CONCLUDING REMARKS

The Croatian case “*Franak*” presents an important milestone in the development of the Croatian consumer protection law. Although their analysis would go beyond the framework of this paper, one should also mention the numerous amendments of the Croatian legislation on consumer credit agreements that were the direct consequence of the case “*Franak*”. Key legal acts, such as the Credit Institutions Act and the Consumer Credit Act, went through many changes in order to strengthen the duty to inform consumers on various contract terms, in particular on those concerning the variable interest rate.⁹¹ For example, the duty to refer to the applicable reference rate or index in credit contracts (e.g. EURIBOR, LIBOR etc.) was introduced.⁹² Nonetheless, there is still a lot of room for improvement of the existing legislation on consumer credit agreements. This is confirmed by several constitutional complaints against amendments of the Consumer Credit Act before the Constitutional Court⁹³ and recently by the ‘letter of formal notice’ addressed on 6 June 2016 to Croatia by the European Commission.⁹⁴

91 A critique of the amendments: E. Mišćenić, E. Srdoč, “Studentski krediti kao sredstvo financiranja visokog obrazovanja”, in: G. Mihelčić *et al.* (eds.), *Proces preobrazbe hrvatskog visokoobrazovnog sustava*, Pravni Fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014, 111.

92 Article 11.a(2) of the Consumer Credit Act; see also Article 307(1) of the Credit Institutions Act.

93 See the Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Nos. U-I-3541/2015, U-I-2780/2015, of 4 May 2016 in which the Constitutional Court nullified part of Article 13(2) of the Act on Amendments of the Consumer Credit Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, Nos. 143/13 and 147/13.

94 European Commission, Infringement Decisions, http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.

The letter finds that the solution offered to Croatian consumers by the amendment of the Consumer Credit Act and of the Credit Institutions Act enabling the conversion of the capital denominated in Swiss francs into euros at an exchange rate predating the appreciation of the Swiss franc violates several Treaties' provisions, in particular those on fundamental freedoms.⁹⁵ Besides placing the costs of conversion predominately on the side of the banks as lenders, the consumer protection provisions introduced are also questionable for other reasons. Since they only regulate the conversion of credits denominated in Swiss francs, one could invoke the existence of inequality and discrimination regarding other consumers, who concluded their contracts denominated in some other foreign currency.⁹⁶ Another big issue is the introduction of the retroactive application of these statutory provisions, which is in direct conflict with Article 90 of the Constitution and can only be allowed exceptionally due to justifiable reasons.

Apart from legislation amendments, another consequence of the collective redress proceeding are the following individual civil law proceedings relying on the conclusions of the case "*Franak*".⁹⁷ The results of some of them demonstrate clearly that there is a strong disagreement between Croatian courts in respect of validity of disputed contract terms.⁹⁸ Moreover, the approach of Croatian courts taken in the case "*Franak*" seems also to demonstrate a disagreement regarding the comprehensibility of disputed clauses to consumers. While the first instance Commercial Court in Zagreb found the currency clause also to be incomprehensible to an average consumer, the High Commercial

cfm?lang_code=EN&r_dossier=&decision_date_from=16%2F06%2F2016&decision_date_to=16%2F06%2F2016&EM=HR&title=&submit=Search, last visited 10 August 2016.

- 95 Act on Amendments of the Consumer Credit Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 102/15 and Act on Amendments of the Credit Institutions Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No. 102/15.
- 96 E. Mišćenić, "The Impact of the Croatian Anti-discrimination Law on Private Law Relations", in: N. Bodiroga-Vukobrat *et al.* (eds.), *New Europe – Old Values? Reform and Perseverance*, Springer, 2015, 97.
- 97 E.g. Judgment of the Municipal Court in Osijek, P-135/2018–8 of 19 June 2015; Judgment of the Municipal Court in Osijek, P-788/2014–14 of 1 April 2015; Judgment of the Municipal Court in Rijeka, P-3196/2012 of 31 July 2014.
- 98 In the Judgment of the Municipal Court in Osijek, P-788/2014–14 of 1 April 2015, the judge found both contract terms to be null and void by applying the general principles of the Obligations Act.

Court and the Supreme Court concluded exactly the opposite. However, numerous arguments used by the Supreme Court to disqualify the variable interest rate could have been applied to the currency clause as well. The currency clauses were agreed upon in the same manner as variable interest rates, i.e. consumers were not adequately informed about the conditions because of which a currency clause could affect the capital of the credit and were even convinced to sign contracts denominated in Swiss francs. The latter fact was neglected during the court procedure although the preamble of Directive 93/13/EEC explains that such behaviour goes against good faith as one of the key elements of unfairness test.⁹⁹ Moreover, regarding the plaintiffs referring to the *Kásler and Káslerné Rábai* case during the revision, the Supreme Court concluded that “*factual content of described Hungarian and of this subject matter are not identical, and therefore can neither be compared to each other or be brought into relation*”.¹⁰⁰ Though of different factual circumstances, the author considers that the interpretation of transparency requirements from Directive 93/13/EEC given by the CJEU in the *Kásler and Káslerné Rábai* case could have also been applied by analogy in the Croatian case “*Franak*”. Therein, the CJEU concluded “*that it is of fundamental importance for the purpose of complying with the requirement of transparency, to determine whether the contract sets out transparently the reason for and the particularities of the mechanism (...), so that the consumer can foresee, on the basis of clear, intelligible criteria, the economic consequences for him which derive from it*”. However, this standard of transparency interpreted by the CJEU was set much lower in the Croatian case “*Franak*”. Here, the Supreme Court concluded that it should be clear to every full age, adult and averagely careful person that during a longer period of time on which such credit contracts have been concluded, one cannot expect for circumstances in the society to stay unchanged, in particular the economical ones, which unquestionably affect the value and therefore exchange rates both of the national kuna as well as of other world currencies such as euro, Swiss franc, Japanese yen, US dollar etc.¹⁰¹ There is a piece of truth in the last argument, since even if the Croatian consumer credit contracts would have

99 Arg. ex recital 16 of Directive 93/13/EEC.

100 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14–2 of 9 April 2015, 23.

101 Judgment and Ruling of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Revt-249/14–2 of 9 April 2015, 19.

contained a detailed explanation of the currency clauses mechanism, no Croatian or any other European average consumer would have expected from banks to manipulate the CHF LIBOR¹⁰² or understood the consequences arising from such unconscious behaviour.

Dr Emilia Mišćenić, LL.M.

Docent na Pravnom fakultetu, Univerziteta u Rijeci, Hrvatska

HRVATSKI SLUČAJ „FRANAK“: EFIKASNA ILI „MANLJIVA“ ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA?

Korišćenjem primera čuvenog hrvatskog slučaja „Franak“, kao prvog postupka kolektivne zaštite potrošačkih prava u hrvatskoj sudskoj praksi, autorka objašnjava dileme hrvatskih sudova u vezi sa doslednim tumečenjem prava Evropske unije i pravilnom primenom harmonizovanog hrvatskog prava zaštite potrošača. U ovom slučaju, u pogledu korišćenja nepravinih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima o kreditu, pojavili su se brojni problemi, poput utvrđivanja kolektivnog interesa, razlike između nacionalnog i harmonizovanog pojma ugovora o kreditu, definisanja bitnih elemenata ugovora o potrošačkom kreditu i pravnih posledica nepoštenosti, itd. Da li su neki od ovih problema uzrokovani samim komunitarnim pravom zaštite potrošača, ostaje otvoreno pitanje.

Ključne reči: *Ugovori o kreditu.– Švajcarski franak.– Nepoštene ugovorne odredbe. – Postupak kolektivne zaštite.– Princip efikasnosti.*

102 See the summaries of the Commission's Decisions of 21 October 2014 in Case AT.39924 — Swiss Franc Interest Rate Derivatives (CHF LIBOR) (notified under document C(2014) 7605) *OJ C* 72/9 and in Case AT.39924 — Swiss Franc Interest Rate Derivatives (Bid Ask Spread Infringement) (notified under document C(2014) 7602) *OJ C* 72/14 of 28.2.2015.

*Andrea Nikolić, master prava**

NEZAVISNOST I NEPRISTRASNOST ARBITARA U UPOREDNOM ARBITRAŽNOM PRAVU SA POSEBNIM OSVRTOM NA IBA ETIČKA PRAVILA**

Poštovanje etičkih normi je veoma značajno za ceo pravni sistem, tako da ne čudi činjenica da je ono nužno i za nesmetano odvijanje arbitražnog postupka. Naime, etički principi su u arbitražnom pravu iskazani kroz propisivanje obaveza arbitara, a neutralnost arbitra, odnosno nezavisnost i nepristrasnost arbitra su jedni od ključnih kvaliteta koje arbitar treba da poseduje. Kao glavni vid garancije nezavisnosti i nepristrasnosti mnoga prava predviđaju mogućnost izuzeća arbitra. Ono što se, međutim, često postavlja kao pitanje jeste koje relevantne okolnosti i činjenice za ocenu njegove nezavisnosti i nepristrasnosti potencijalni arbitar treba da iznese. Danas je u uporednom pravu doneto dosta propisa koji regulišu pomenuta etička pitanja u arbitraži, a jedni od najznačajnijih propisa te vrste su svakako oni doneti od strane Međunarodne advokatske komore (IBA) – IBA Etički propis, koji je zamenjen IBA Principima vladanja u obavljanju pravničke profesije, i IBA Uputstva o sukobu interesa u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Uputstva vrše nesporen uticaj na međunarodnu arbitražnu praksu i pomažu praktičnoj primeni u njima propisanih standarda za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti.

Ključne reči: *Nezavisnost i nepristrasnost arbitra. – Etika. – Arbitraža. – Imenovanje arbitra. – Izuzeće arbitra. – Sukob interesa. – IBA.*

* Autorka je master pravnik, andrea.nikolic@me.com.

** Ovaj rad je osvojio prvo mesto na konkursu za nagradu „Gašo Knežević“ za najbolji rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova i medijacije.

1. ETIKA I ARBITRAŽA

Arbitraža predstavlja jedan od alternativnih načina rešavanja sporova, koji je, zbog svoje brzine, fleksibilnosti i neutralnosti,¹ veoma popularan među učesnicima međunarodnih poslovnih odnosa. Međutim, da bi opravdala poverenje stranaka i potvrdila svoje prednosti u odnosu na sudsko rešavanje sporova, arbitraža mora da obezbedi poštovanje različitih principa, koji su ključni za pravilno vođenje arbitražnog postupka. Poštovanje tih principa ostvaruje se kroz propisivanje obaveza arbitara.

Glavni zadatak arbitara je, svakako, da se donese konačna odluka i da se time spor reši. Pored toga, njima se nalaže dugi niz obaveza koje moraju da ispoštuju. Tu obično spada obaveza da svoj posao obavljaju savesno i pošteno, da razmatranju predmeta spora posvećuju dovoljno vremena, da se ponašaju profesionalno, da postupak vode na fer i efikasan način imajući u vidu vremenski momenat i troškove koji će iz toga proizići.² Arbitar treba da ima jednak tretman prema obe stranke, da bude neutralan, odnosno da bude nezavisan i nepristrasan u ophođenju prema strankama i pri donošenju odluke. Neutralnost arbitra, odnosno obaveza nezavisnosti i nepristrasnosti koje predstavljaju izraz principa neutralnosti, su ujedno i jedni od najznačajnijih kvaliteta koje jedan arbitar mora da poseduje, te ćemo u nastavku objasniti šta se u doktrini i praksi podrazumeva pod ovim svojstvima.

Neutralnost, kao opšta kategorija, može imati dve dimenzije: ličnu (direktnu) i generalnu (indirektnu).³ U prvom smislu, zahteva se odsustvo bilo kakve porodične ili poslovne veze između arbitra i stranke, dok se, u drugom smislu, kao faktor koji može da utiče na neutralnost uzima nacionalnost, religija, politička pripadnost i dr. Nezavisnost i nepristrasnost su normativne kategorije, koje se određuju prema relevantnom pravnom propisu (pravu), a ne prema činjenicama.⁴ Ipak, generalno

1 Više o karakteristikama arbitraže, njenim prednostima i manama vid. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2013, 17–22.

2 Više o obavezama arbitara vid. C. Rogers, „The Ethics of International Arbitrators“, *Bocconi Legal Studies Research Paper no. 07/01*, 19–22; M. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York 2012, 145–147.

3 T. Várady, J. Barceló III, S. Kröll, A. Mehren, *International commercial arbitration – a transnational perspective*, St. Paul 2015, 375.

4 D. Babić, Z. Mustafa, „Challenge of Arbitrators under the 2011 Zagreb Arbitration Rules“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2015, 215.

govoreći, postoje široko prihvaćena mišljenja šta se smatra pod nezavisnošću, a šta pod nepristrasnošću.⁵ U tom smislu, nezavisnost ilustruje odnos arbitra i stranaka u sporu, odnosno ukazuje da je arbitar potpuno nezavisan od stranaka i da ne ostvaruje nikakvu korist od njih. To dalje znači da arbitar nema poslovnu, finansijsku ili kakvu drugu korist od spora, odnosno od njegovog ishoda.⁶ Nezavisnost je objektivna kategorija i zasniva se na relativno lako proverljivim činjenicama.⁷ Sa druge strane, nepristrasnost podrazumeva da arbitar nema subjektivne sklonosti ka jednoj od strana, odnosno da nema određene predrasude vezane za predmet spora. S obzirom da je ovo psihološka kategorija, može se desiti da neki arbitar bude nezavisan po gore propisanim objektivnim uslovima, ali da opet ima lične preference koje će ga učiniti pristrasnim u konkretnom sporu. Nasuprot tome, pristrasni arbitar se ne može smatrati nezavisnim. Takođe, za razliku od nezavisnosti, a s obzirom na njegov subjektivni karakter, nepristrasnost je teže ustanoviti i kontrolisati.

Kao što možemo videti iz izloženog, etički principi su jako bitni za nesmetano odvijanje arbitražnog postupka. To je i logično, s obzirom da etika predstavlja opštu nauku o moralu, koja se bavi proučavanjem osnovnih moralnih načela i vrednosti,⁸ a pravo i moral se međusobno prepliću i veoma je teško zamisliti pravo bez elementarne pravde i minimuma moralnosti.⁹ Određena etička, odnosno moralna pravila su opšteprihvaćena kako u društvu u celini, tako i u arbitraži. Ranije je sama ličnost arbitra bila dovoljna garancija da će se spor voditi po etičkim principima, odnosno pridržavajući se principa neutralnosti i da će se presuditi na pravičan način.¹⁰ Bavljenje arbitražom, između ostalog, predstavlja bavljenje „profesijom“, a iako ne postoji univerzalno prihvaćena definicija „profesije“, sam naziv ukazuje na izvestan prestiž.¹¹ Arbitar je, s toga obično, odgovorna i cenjena ličnost koja uživa

5 Više o standardu nezavisnosti i nepristrasnosti vid. npr. G. Born, *International Commercial Arbitration*, New York 2009, 1473–1475; T. Várady, J. Barceló III, S. Kröll, A. von Mehren, *op. cit.*, 375; G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 92.

6 M. Moses, *op. cit.*, 136.

7 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 92.

8 M. Mitrović, S. Bovan, *Osnovi sociologije i sociologija prava*, Beograd 2012, 251.

9 K. Čavoški, R. Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2011, 23.

10 J. Perović, „Nezavisnost i nepristrasnost arbitara u uporednom arbitražnom pravu“, *Pravo i privreda*, 5–8/1996, 265.

11 C. Rogers, „The vocation of the International Arbitrator“, *American University International Law Review*, 5/2005, 976.

poštovanje i uvažavanje, koja neće rizikovati da te kvalitete izgubi ponašajući se neprikladno u toku arbitražnog postupka. Ovde možemo izvesti i najočigledniju razliku između prava i morala, koja je izražena na polju njihove obaveznosti. Naime, pravna pravila su stroža i obaveznija od moralnih, a posledice njihovih kršenja se ogledaju u precizno utvrđenim sankcijama, dok prekršaj moralnih pravila često predstavlja *samo* gubitak reputacije u društvu.¹² U skladu sa tim, dugo se za arbitre smatralo da imaju „*osećaj dužnosti*“, odnosno svest o tome na koji način treba da izvrše svoju obavezu i odluče o predmetu spora.¹³ Tako su se za arbitre i birali ljudi poznati po svojoj pravičnosti, savesnosti, poštenju, objektivnosti, mudrosti i sl. To je bila dovoljna garancija da će arbitar biti neutralan i da će se postupak voditi na fer i pošten način.

Dakle, ranije se zbog same prirode ove profesije moglo očekivati da će arbitar biti nezavisan. To je i razumljivo, jer održavanje i očuvanje procesnog integriteta postupka treba da bude obaveza kako strana, tako i arbitara.¹⁴ Takođe, nezavisnost organa koji rešavaju sporove treba da bude problem opšte kulture, a ne prava, a zemlju koja nema obezbeđenu nezavisnost u tom pogledu ni ne možemo zvati kulturnom i civilizovanom državom.¹⁵ Danas, međutim, iz razloga pravne predviđivosti i veće sigurnosti, u svetu postoji veliki broj propisa koji za predmet ima regulisanje nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara. U nastavku ćemo argumentovati zašto je bilo neophodno doneti posebna arbitražna pravila koja bi uređivala ovu materiju (2), a zatim ćemo predstaviti izvore etičkih pravila u uporednom arbitražnom pravu (3), sa posebnim osvrtom na IBA propise, čijom analizom ćemo se detaljnije baviti (4).

2. POTREBA OZAKONJENJA ETIČKIH PRAVILA U ARBITRAŽNOM PRAVU

Laički se može reći da u okvirima nacionalnih prava ne postoji potreba da se u ovoj oblasti donesu posebni propisi koji bi se odnosili

12 K. Čavoški, R. Vasić, *op. cit.*, 24.

13 J. Paulsson, „Ethics, Elitism, Eligibility“, *Journal of International Arbitration*, 4/1997, 17.

14 M. Jovanović, U. Živković, „Sukob interesa kao osnov nepodobnosti za obavljanje dužnosti arbitra“, *Pravni život*, 11/2013, 339.

15 J. Perović, *op. cit.*, 266.

isključivo na arbitre, već da se mogu primeniti postojeći propisi, koji uređuju postupanje sudija. Međutim, iako je na prvi pogled, funkcija arbitra ista kao i funkcija sudije, njihov zadatak u načelu jednak – da reše spor i donesu konačnu odluku, njihova pozicija razlikuje se u više aspekta, a te se razlike, između ostalog, ogledaju i u obavezi nezavisnosti i nepristrasnosti.

Kada je reč o sudskoj nezavisnosti, ona je izražena u tri aspekta, te su sudovi nezavisni od stranaka, nezavisni od države i nezavisni od društva.¹⁶ Nezavisnost sudija se obezbeđuje načinom njihovog izbora, stalnošću i nepremestivošću sudija, obezbeđenjem njihove materijalne nezavisnosti, kao i obezbeđivanjem međusobne nezavisnosti. Kako ćemo videti, sudska nezavisnost mora biti bez svake sumnje, a kod arbitraže je situacija malo komplikovanija. Naime, dok arbitre, najčešće, biraju same stranke, sudije se biraju na drugi način.¹⁷ Takođe, arbitri mogu da biraju u kojim sporovima će odlučivati, dok sudije obično moraju da prihvate predmete koji im se slučajnim rasporedom dodele. Zatim, sud finansira država, a ne stranke.¹⁸ Obično se iz samog budžeta domaće države izdvajaju određena sredstva, iz čega se kasnije isplaćuju plate sudijama. Sa druge strane, same stranke arbitrima isplaćuju honorar, odnosno naknadu za njihov rad, koja može biti unapred dogovorena i određena u skladu sa vrednošću spora ili naknadno, u skladu sa brojem sati koji su arbitri izdvojili za rešavanje slučaja. Pored toga, sudijska funkcija je, po pravilu, stalna, dok se nadležnost arbitara temelji na poverenju stranaka, jer one arbitražnim ugovorom „*stvaraju i oživljavaju jednog arbitra*“.¹⁹ Tako, arbitar može biti i osoba koja se nalazi u nekom odnosu sa strankama ili sa jednom od njih i upravo je

16 A. Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2013, 108.

17 Na primer, u Srbiji, sudije bira i razrešava Narodna skupština Republike Srbije ili Visoki savet sudstva. Vid. čl. 147 Ustava Republike Srbije – US, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i čl. 10 Zakona o sudijama – ZS, *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, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – odluka US i 106/2015.

18 U Srbiji je, na primer, zakonom omogućeno korišćenje sredstava iz budžeta Republike Srbije, iz kojeg će sudijama biti isplaćivana plata, u visini koja je dovoljna da se očuva nezavisnost sudije i sigurnost njegove porodice. Vid. čl. 85 Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – dr. zakon i 13/2016 i čl. 4 ZS.

19 J. Perović, *op. cit.*, 266.

taj potencijalni lični odnos jedna od stvari koja najviše razlikuje odnos arbitara i sudija sa strankama postupka. Iz tog razloga je od krucijalnog značaja uspostaviti i kontrolisati nezavisnost organa koji odlučuje u arbitražnim postupcima, možda i više nego što je to slučaj u sudskim postupcima.²⁰

Zbog svega navedenog, bilo je potrebno razgraničiti nezavisnost sudija i nezavisnost arbitara i doneti posebne propise koji se tiču isključivo standarda nezavisnosti i nepristrasnosti u arbitražnim postupcima, jer je, zbog svih specifičnosti arbitraže, sistem garancija propisan za obezbeđivanje nezavisnosti sudija bilo nemoguće u celosti primeniti na arbitre.²¹ Šta više, nedoslednosti u arbitražnom postupku posebna su opasnost po integritet odlučivanja imajući u vidu da je arbitraža, po pravilu, jednostepena, te da ne postoji mogućnost da se protiv donete odluke uloži žalba. U tom smislu, strankama se mora garantovati potpuna procesna sigurnost, odnosno potpuna garancija da će se o predmetu spora odlučivati nezavisno i nepristrasno. To dalje znači da sama arbitraža mora da poseduje adekvatne mehanizme za sankcionisanje nepravilnosti postupka.

Pored toga, rast međunarodnog poslovanja i povećanje broja međunarodnih poslovnih transakcija, koje uključuju učešće velikog broja kompanija, kao i advokatskih kancelarija, su doveli do usložnjavanja problema sukoba interesa i pitanja nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara.²² Samim tim se povećala i potreba za izričitim propisivanjem karakteristika koje se očekuju od jednog arbitara i konkretnih obaveza

20 Vid. D. Babić, Z. Mustafa, *op. cit.*, 214.

21 Ranije su se, u većini zemalja, za izuzeće arbitara primenjivali isti standardi koji su bili propisani za izuzeće sudija. U našoj zemlji je ranijim Zakonom o parničnom postupku bilo propisano da se izuzeće arbitra može vršiti kada postoje razlozi koji su propisani za izuzeće sudija redovnog suda. Navedeno prema: J. Perović, *op. cit.*, 270. To je, takođe, bio slučaj u, na primer, Italiji i Portugalu, gde su se standardi za sudije primenjivali i na arbitre, dok se nije izvršila revizija arbitražnih pravila. Takođe, u Indoneziji i Japanu su se za izuzeće arbitra primenjivali isti standardi kao i za sudije, ali su obe zemlje kasnije prihvatile UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, pa se i u njima počeo primenjivati standard opravdane sumnje. Navedeno prema: C. Rogers (2007), *op. cit.*, 10.

22 Vid. više: J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The secretariat's guide to ICC arbitration*, Paris 2012, 117; M. Moses, *op. cit.*, 136; D. Freyer, J. Bédard, „The concept of ethical rules or the new IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration“, *ADR & the Law*, vol. 21, 2004, 226.

koje se zahtevaju tokom vođenja arbitražnog postupka. Iz tog razloga su počeli da se donose različiti propisi koji regulišu ovu materiju, pa danas ozakonjena etička pravila igraju veliku ulogu u oblikovanju standarda ponašanja arbitara u toku postupka.

3. IZVORI ETIČKIH PRAVILA U UPOREDNOM ARBITRAŽNOM PRAVU

U uporednom pravu, može se sresti mnoštvo pravila koja teže da obezbede nezavisnost i nepristrasnost tokom vođenja arbitražnog postupka. Sadržina tih pravila varira, te neki propisi zahtevaju od arbitara samo nezavisnost,²³ dok drugi zahtevaju samo nepristrasnost,²⁴ a neki propisuju obavezu i nezavisnosti i nepristrasnosti²⁵. Međutim, svi propisi, na neki način, od arbitra zahtevaju da zadovolji kvalitet neutralnosti. Izvori koji određuju etičke obaveze arbitara doneti u uporednom pravu se mogu podeliti u više kategorija, koje će biti opisane u nastavku.

Pre svega, postoje etički kodeksi, koji predstavljaju propise koji direktno i detaljno regulišu pitanja etičkih pravila, odnosno obaveza u arbitraži. Te kodekse donose različite renomirane institucije i oni, po pravilu, ne predstavljaju obavezujuće akte. Prvo ćemo pomenuti IBA Etička pravila za međunarodne arbitre (*IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*),²⁶ koje je donela Međunarodna advokatska komora (*International Bar Association – IBA*), koji su predstavljali reper u ovoj oblasti dok nisu zamenjeni IBA Principima vladanja u obavljanju pravničke profesije (*IBA Principles on Conduct for the Legal Profession*)²⁷. Pored toga, Međunarodna advokatska komora je donela i

23 Vid. npr. čl. 180 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske, dostupan na: www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf, 15. 9. 2016.

24 Vid. npr. čl. 24 engleskog Zakona o arbitraži, dostupan na: www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf, 15. 9. 2016.

25 Vid. npr. čl. 12 UNCITRAL Model zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, dostupan na: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, 15. 9. 2016.

26 IBA Etička pravila od 1987. godine su dostupna na: www.trans-lex.org/701100, 15. 9. 2016.

27 IBA Principi vladanja u obavljanju pravničke profesije su dostupni na: www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#collapseOne, 15. 9. 2016.

IBA Uputstva o sukobu interesa u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*).²⁸ Ovi propisi će detaljno biti izloženi u nastavku rada, sa naglaskom na standarde za ocenu nepristrasnosti i nezavisnosti arbitara, koji su u njima propisani. Dalje, najobuhvatniji i najdetaljniji etički kodeks doneli su Američko arbitražno udruženje (*American Arbitration Association*) i Američka advokatska komora (*American Bar Association*). Ovaj AAA/ABA Etički kodeks za arbitre u trgovinskim arbitražama (*AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*) je donet 1977. godine, a revidiran je 2004. godine.²⁹ Pored ova dva značajna etička kodeksa, svoja etička pravila su donele i Milanska arbitražna komora (*Chamber of Arbitration of Milan*), koja je donela Etički kodeks za arbitre (*Code of Ethics of Arbitrators*),³⁰ Singapurski međunarodni arbitražni centar (*Singapore International Arbitration Center*), koji je doneo Etički kodeks za arbitre (*Code of Ethics for an Arbitrator*)³¹ i dr.

Iako nemaju sve međunarodne arbitražne organizacije svoje posebne etičke kodekse, svaka od njih u svojim arbitražnim pravilnicima sadrži barem neke odredbe koje se tiču određenih etičkih obaveza arbitara.³² To su, najčešće, pravila koja regulišu nezavisnost i nepristrasnost, prihvatanje imenovanja za arbitra, obavezu prijavljivanja određenih okolnosti i činjenica od značaja i sl. U tom smislu, član 11 Arbitražnog pravilnika Međunarodne privredne komore u Parizu (*Arbitral Rules of International Chamber of Commerce – ICC Arbitral*

28 IBA Uputstva o sukobu interesa u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži su dostupna na: www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#collapseOne, 15. 9. 2016.

29 AAA/ABA Etički kodeks je dostupan na: www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867, 15. 9. 2016.

30 Etički kodeks za arbitre, koji je donela Milanska arbitražna komora je dostupan na: www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Arbitration+Rules/Code+of+ethics.php?id=104, 15. 9. 2016.

31 Etički kodeks za arbitre, koji je doneo Singapurski međunarodni arbitražni centar je dostupan na: www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator, 15. 9. 2016.

32 Zahtev za nezavisnošću arbitra postavlja se kako u institucionalnim, tako i u *ad hoc* arbitražama, s tim što skoro sve institucionalne arbitraže u svojim pravilnicima u određenoj meri regulišu ova pitanja i na propisani način proveravaju da li ih se arbitri i stranke pridržavaju. G. Brnini, „Report on Neutrality, Impartiality, and Independence“, *The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, 1991, navedeno prema: T. Várady, J. Barceló III, S. Kröll, A. von Mehren, *op. cit.*, 385.

Rules) propisuje da svaki arbitar treba da bude nezavisan u odnosu na stranke.³³ Slično propisuje i Pravilnik Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (*Rules of London Court of International Arbitration – LCIA Rules*).³⁴ Takođe, i pravilnik Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije sadrži odredbe koje sadrže određene etičke propise,³⁵ kao i pravilnik Beogradskog arbitražnog centra³⁶. Međutim, ono što je specifično kad su u pitanju pravilnici institucionalnih arbitraža, jeste da oni predstavljaju samo shvatanja institucije koja ih je donela, uzimajući u obzir njihovu praksu, običaje, pravnu kulturu i sl.

Zatim, etička pravila se mogu naći i u mnogim nacionalnim zakonima. U Srbiji je, na primer, donet Zakon o arbitraži, koji, između ostalog, izričito propisuje da arbitar mora biti nepristrasan i nezavisan u odnosu na stranke i predmet spora, te da je arbitar dužan da savesno i efikasno obavlja dužnost arbitra i da izuzeće arbitra može da se traži samo ako postoje činjenice koje opravdano izazivaju sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost ili ako nema svojstva koja su stranke sporazumom utvrdile.³⁷ U Austriji se, na primer, arbitražna pitanja regulišu u okviru Građanskog zakonika u posebnom delu koji se bavi pitanjima arbitražnog prava (*Austrian Arbitration Act*), gde se mogu naći slične odredbe.³⁸

Kako se može zaključiti, pitanjima nezavisnosti i nepristrasnosti su nacionalni pravni sistemi i međunarodne organizacije posvetile dosta pažnje i kodifikovale etička pravila u posebnim propisima. Ovi izvori se između sebe razlikuju po stepenu detaljnosti kojim pristupaju uređenju datih pitanja, kao i po obaveznosti primene. U nastavku će se govoriti o propisima koje je donela Međunarodna advokatska komora.

33 ICC Arbitražni pravilnik je dostupan na: www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/, 15. 9. 2016.

34 Vid. čl. 5 Pravilnika Londonskog međunarodnog arbitražnog suda, koji je dostupan na: www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx, 15. 9. 2016.

35 Vid. npr. čl. 19, čl. 20, čl. 22 pravilnika Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik*, br. 58/2016.

36 Vid. npr. čl. 19 i čl. 21 pravilnika Beogradskog arbitražnog centra, koji je dostupan na: www.arbitrationassociation.org/wp-content/uploads/2015/02/Pravilnik-Beogradskog-Arbitraznog-Centra.pdf, 15. 9. 2016.

37 Čl. 19, čl. 22 i čl. 23 Zakona o arbitraži – ZA, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

38 Vid. sekcije 587 i 588 Građanskog zakonika Austrije, koji je dostupan na: www.viac.eu/en/materials/83-recht/gesetze/200-zpo-as-amended-2013, 15. 9. 2016.

Ti propisi su dosta korišćeni u praksi, a veoma su značajni, upravo iz razloga što se baziraju na praktičnim iskustvima, te predstavljaju pravi vodič za rešavanje pitanja sukoba interesa.

4. IBA ETIČKA PRAVILA

Sa idejom poboljšanja pravnih standarda, Međunarodna advokatska komora,³⁹ organizacija koja od 1947. godine povezuje pravnike širom sveta, radila je i na sastavljanju kodeksa etike i time dala veliki doprinos na polju nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara. Nakon velike prihvaćenosti IBA Etičkih pravila od 1987. godine, usvojena su i IBA Uputstva o sukobu interesa u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (u daljem tekstu: Uputstva). Uputstva su doneta 2004. godine (a 2014. godine su revidirana), od strane posebno оформljene Radne grupe.⁴⁰ U međuvremenu su IBA Etička pravila zamenjena opštim principima propisanim u IBA Principima vladanja u obavljanju pravničke profesije. Zanimljivo je primetiti da su IBA Uputstva doneta u periodu kada je problem sukoba interesa sve više počeo da se razvija u svesti pravnika i kada je potreba za ozakonjenjem tog polja postala sve zapaženija.⁴¹ Ona se sastoje iz dva dela, od čega se prvi deo tiče opštih principa, a drugi deo predstavlja svojevrsni vodič za praktičnu primenu propisanih opštih standarda.

U nastavku će biti predstavljena (ne)obaveznost primene IBA Uputstva, kao i odnos nekadašnjeg IBA Etičkog propisa i IBA Uputstva (4.1), te će biti više reči o potencijalnom sukobu interesa koji se može pojaviti već u fazi imenovanja arbitra (4.2), zatim će se pojasniti koje su to okolnosti i činjenice od značaja za ocenu nezavisnosti i nepristra-

39 Međunarodna advokatska komora predstavlja vodeću međunarodnu organizaciju koja okuplja pravnike praktičare, članove advokatskih komora i drugih pravnih institucija. U nju je učlanjeno preko 80.000 advokata i preko 190 advokatskih komora i pravnih organizacija iz preko 160 zemalja. Više o Međunarodnoj advokatskoj komori vid. na sajtu komore: www.ibanet.org, 15. 9. 2016.

40 Radnu grupu je činilo 19 pravnika praktičara i teoretičara iz 19 zemalja sveta. Vid. više D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 226; L. Trakman, „The impartiality and independence of arbitrators reconsidered“, *International Arbitration Law Review*, vol. 10, 2007, 1, dostupan na <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=unswwps-flrps>, 15. 9. 2016.

41 Tome svedoči i činjenica da su revidirani AAA/ABA Etički kodeks i inicijalna IBA Uputstva doneta u skoro isto vreme (2004. godine).

snosti, koje (ne) moraju da se saopšte (4.3) i na kraju će biti predstavljene moguće kritike IBA Uputstva (4.4).

4.1. *Primena IBA Uputstva o sukobu interesa*

Kako IBA nije telo nadležno da donosi opšteobavezujuće akte, Uputstva nemaju obezbeđujuću snagu *per se*, već će se primenjivati samo ukoliko ih stranke uvrste u svoj ugovor. To znači da se ona mogu smatrati samo preporukom koja ne obavezuje stranke ukoliko se ne pozovu na njih. Stoga, Uputstva ne uživaju prednost u odnosu na neki nacionalni zakon ili arbitražni propis koji stranke odaberu. Ipak, kako autori pravila u uvodnom delu Uputstva navode, poželjno je da se stranke pozivaju na njihovu primenu, jer je svrha njegovog donošenja da pomogne strankama, arbitrima, advokatima, sudovima i drugim institucijama u rešavanju značajnih pitanja nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara.⁴²

Ovde je, pre svega, zanimljivo pitanje mogućnosti inkorporisanja IBA Uputstava u ugovor stranaka, koje nekada može da izazove određene probleme u smislu primene ovih pravila. Naime, nesporno je da se Uputstva mogu inkorporisati u ugovor u slučajevima kada se spor rešava pred *ad hoc* arbitražom. Međutim, postoje određene nedoumice oko primene IBA Uputstava kada se spor rešava pred institucionalnim arbitražama. Te nedoumice se neće javiti u slučaju primene drugih IBA propisa, na primer IBA Pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (*IBA Rules on the Taking Evidence in International Commercial Arbitration*). Naime, stranke njih mogu inkorporisati u svoj ugovor ili mogu ugovoriti da se ta pravila primene posle nastanka spora, bez obzira na to pred kojom se arbitražom spor vodi. Suprotno, kada se spor vodi po pravilnicima neke institucionalne arbitraže, na primer ICC ili AAA pravilima arbitraže, arbitri neće biti voljni da primene Uputstva o sukobu interesa.⁴³ Opravdanje za ovaj stav leži u činjenici da mnoga arbitražna pravila, obično, izostavljaju regulisanje izvođenja dokaza u svojim pravilnicima, te dopuštaju strankama i arbi-

42 Vid. paragraf 6 Uvodnog dela IBA Uputstava o sukobu zakona, gde članovi Radne grupe izražavaju i veru da će Uputstva biti široko prihvaćena i da će se primenjivati kako je predviđeno.

43 D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 232; T. Webster, M. Buhler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, London 2014, 178.

trima da svojom voljom urede to pitanje. Sa druge strane, mnogi arbitražni pravilnici sadrže odredbe o sukobu interesa, te će arbitri obično odlučiti da na diskrecioni način presude u skladu sa odredbama tih pravilnika, a ne drugih propisa, pogotovo u slučaju kada je taj propis inkonzistentan sa odredbama u relevantnim pravilnicima.⁴⁴ U praksi se čak mogu naći i slučajevi u kojima ICC nije želeo da prihvati nadležnost dok se stranke ne odreknu odredbe kojom se pozivaju na primenu IBA Uputstva.⁴⁵ Ipak, ICC arbitraža načelno podržava razvitak IBA Uputstva i preporučuje njegovo korišćenje kao sekundarnog izvora, ali se naglašava i da Uputstva mogu da naruše fleksibilan pristup ovom pitanju, koji je propisan u ICC Pravilniku.⁴⁶ Stroža pravila bi, na primer, mogla da dovedu do toga da se zaobilaznim putem suzi mogućnost izbora arbitara koji bi presuđivali u konkretnom slučaju.

Još jedno od značajnih pitanja kod primene IBA Uputstva je bio i njihov odnos sa IBA Etičkim pravilima. Naime, umesto da sačini jedan sveobuhvatan propis, Radna grupa je napravila dodatni akt – Uputstva, čije se polje regulisanja preplitalo sa pitanjima uređenim u prvobitno donetim etičkim propisima. Ipak, kako su IBA Etička pravila pokrivala više materije od Uputstava, njihovo važenje nije prestalo donošenjem Uputstava. IBA Uputstva su samo zamenjivala IBA Etička pravila, ali ne u potpunosti, već samo u onom delu koji su Uputstva regulisala,⁴⁷ dok se za ostala pitanja primenjuju ranije doneta pravila. Lakše bi bilo da su se opšte odredbe o imenovanju arbitra i obavezi saopštavanja relevantnih okolnosti obrisale iz IBA Etičkih pravila, te da su Uputstva onda samo dopunila odredbe koje nedostaju. Ovo iz razloga što je problem nastajao usled toga što su široko prihvaćena IBA Etička pravila

44 U smislu odnosa IBA Uputstava i ICC Pravilnika vid. D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 232. Ipak, smatramo da su razlike između IBA Uputstva i ICC Pravilnika redukovane posle izmena ICC Pravilnika učinjenih 2012. godine. Tim izmenama se dodaje obaveza arbitra da bude nepristrasan i obavezuje se da saopšti sve okolnosti koje mogu da izazovu razumnu sumnju u njegovu nepristrasnost.

45 Navedeno prema: *Ibid.*

46 Vid. J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *op. cit.*, 118, gde se navodi da je zelena lista u IBA Uputstvima inkonzistentna sa subjektivnim kriterijumom predviđenim u članu 11 ICC Pravilnika, koji kaže da arbitar treba da saopšti sve okolnosti koje mogu da izazovu sumnju u njegovu nezavisnost u očima stranaka.

47 IBA Uputstva o sukobu interesa se bave samo detaljnom analizom člana 3 i člana 4 IBA Etičkih propisa, koji se tiču imenovanja arbitra i obaveze saopštavanja okolnosti od značaja za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti.

iz 1987. godine sadržala model klauzulu kojom bi se ta pravila uvrstila u sporazum između strana.⁴⁸ Naime, koristeći model klauzulu, koja predviđa primenu onih pravila koja su na snazi u trenutku pokretanja arbitraže, stranke su mogle biti i nesvesne mogućnosti postojanja IBA Uputstva i njihove primene u konkretnom slučaju,⁴⁹ što svakako nije poželjno i narušava pravnu predvidivost i sigurnost. Na sreću, taj problem je sada prevaziđen, jer IBA Etička pravila više nisu na snazi.

4.2. Imenovanje arbitra i prihvatanje dužnosti

IBA pravila zahtevaju da svaki arbitar bude nepristrasan, nezavisan, kompetentan, diskretan i da sa pažnjom pristupa slučaju. Kako se do konačnog određivanja arbitra dolazi kroz nekoliko stadijuma, u svakom od njih može da se postavi pitanje mogućeg sukoba interesa, odnosno postojanja zavisnosti i pristrasnosti. Pre svega, sukob interesa može da bude relevantan već prilikom kontaktiranja potencijalnog arbitra od strane stranaka u sporu, zatim prilikom njegovog saopštavanja okolnosti od značaja za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti i na kraju, prilikom prihvatanja dužnosti arbitra.

IBA Uputstva dodatno pojašnjavaju standarde koji su bili propisani u IBA Etičkim pravilima. Tako Uputstva uređuju ko je sve i kako dužan da istraži potencijalni sukob interesa, te će to sada biti obaveza i stranaka i arbitara.⁵⁰ Naime, i svaka strana je dužna, a ne samo arbitri, da saopšti sve relevantne okolnosti i činjenice, kao i da informiše arbitra, arbitražni tribunal ili drugu stranu o mogućem sukobu interesa. Arbitar je sa druge strane dužan da istraži sve sumnjive okolnosti, a ukoliko to ne učini, ne može se opravdati tvrdnjom da nije znao za njih.

Apsolutna nepristrasnost je, obično, retko moguća, a naročito se kod arbitara imenovanih od strane neke od strana u sporu, može pojaviti sumnja u njihovu nepristrasnost. Naime, izbor arbitra je, pre svega, znak poverenja i sama stranka sa arbitrom, pre prihvatanja te dužnosti, može da dogovori čitav niz pitanja od značaja za njegovo pri-

48 Model klauzula sadržana u IBA Etičkim pravilima je glasila: „Stranke su saglasne da će se etička pravila za međunarodne arbitre, donete od strane Međunarodne advokatske komore, koja su na snazi na dan pokretanja bilo koje arbitraže, primeniti na arbitre u toj arbitraži“.

49 Vid. više M. Moses, *op. cit.*, 142.

50 Vid. sekciju 7 u prvom delu IBA Uputstava (Opšti principi).

hvatanje, što će nekada uključivati i dogovor o naknadi koja će mu biti isplaćena, pa je posle svega prirodno da će izabrani arbitar osećati „*bar neku vrstu moralne obaveze da brani stranku koja ga je izabrala*“.⁵¹ Ipak, IBA Uputstva propisuju da se standardi nezavisnosti i nepristrasnosti primenjuju i na arbitre kojeg su stranke imenovala, odnosno koga je imenovala jedna od njih, kao i na predsednika arbitražnog veća i na arbitra pojedinca.⁵² U slučaju da stranka kontaktira arbitra pre njegovog imenovanja, to mora biti poznato drugoj strani. Takođe, i u kasnijim stadijumima postupka, bilo koji vid jednostrane komunikacije između arbitra i jedne od strana se treba izbegavati, a ukoliko do toga dođe, druga strana o tome mora biti obaveštena.

Za razliku od IBA pravila, u ranijem AAA/ABA Etičkom kodeksu, donetom 1977. godine, važila je pretpostavka da arbitar imenovan od strane jedne od stranaka u postupku neće biti neutralan. To dalje znači, ne samo da su ti arbitri bili slobodni da se ponašaju kao zastupnici strane koja ih je imenovala, već se to od njih i očekivalo.⁵³ Ipak, i u slučaju da je dozvoljeno da arbitar ne bude neutralan, on mora da poštuje principe savesnosti i poštenja,⁵⁴ te da obezbedi vođenje postupka na fer i efikasan način. Međutim, revidiran AAA/ABA Etički kodeks od 2004. godine predviđa pretpostavku neutralnosti svih arbitara.

Što se tiče prihvatanja imenovanja arbitara, IBA propisuje da arbitar može prihvatiti dužnost samo ukoliko je potpuno siguran u svoju stručnost, znanje, sposobnost da spor adekvatno vodi na jeziku arbitraže, kao i da je siguran u svoju nezavisnost i nepristrasnost.⁵⁵ Takođe se navodi da je neprimereno kontaktirati stranku sa željom da se bude arbitar u određenom sporu.

4.3. Obaveza otkrivanja okolnosti od značaja za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara

IBA propisi regulišu obavezu arbitra da saopšti sve činjenice i okolnosti koje mogu da izazovu opravdanu sumnju u njegovu nepri-

51 J. Perović, *op. cit.*, 268.

52 Vid. sekciju 5 u prvom delu IBA Uputstva (Opšti principi).

53 B. Meyerson, J. Townsend, „Revised Code of Ethics for Commercial Arbitrators Explained“, *Dispute Resolution Journal*, 2004, navedeno prema: T. Várady, J. Barceló III, S. Kröll, A. von Mehren, *op. cit.*, 429.

54 G. Bernini, *op. cit.*, 385.

55 Vid. čl. 2 IBA Etičkih pravila.

strasnost i nezavisnost. Dužnost arbitra da to čini se odnosi na trenutak prihvatanja spora, ali traje i posle tog momenta – tokom čitavog arbitražnog postupka. Obaveza saopštavanja relevantnih okolnosti je od naročitog značaja u međunarodnim arbitražama gde stranke nemaju uvek pristup svim relevantnim činjenicama, uključujući reputaciju arbitra iz strane zemlje, njegov odnos sa trećim licima i sl.⁵⁶

Propisivanje ove obaveze nije strano ni drugim arbitražnim pravilima, koja, bez izuzetka, poseduju odredbu kojom se arbitri obavezuju da pri prihvatanju spora, i kasnije, tokom njegovog trajanja, navedu okolnosti i činjenice koje mogu biti relevantne za ocenu njihove nezavisnosti i nepristrasnosti. Ono što se u tim propisima razlikuje jesu formulacije kojima se ta obaveza propisuje, te se postavlja pitanje koje su to okolnosti od značaja koje arbitri moraju obelodaniti pri prihvatanju spora.

U UNCITRAL Model zakonu o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) se propisuje da arbitar treba da prijavi svaku okolnost koja verovatno može izazvati opravdanu sumnju u pogledu nezavisnosti ili nepristrasnosti („...*shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence*“).⁵⁷ Naš Zakon o arbitraži reguliše da treba saopštiti činjenice koje mogu opravdano da izazovu sumnju u nepristrasnost i nezavisnost.⁵⁸ AAA/ABA Etički kodeks govori o dužnosti saopštavanja bilo kog interesa ili odnosa koji bi mogao da utiče na nepristrasnost ili da stvori privid pristrasnosti („...*should disclose any interest or relationship likely to affect impartiality or which might create an appearance of partiality*“).⁵⁹ Za razliku od ostalih propisa, AAA/ABA Etički kodeks navodi i moguće primere okolnosti od značaja, kao što su: direktni ili indirektni finansijski ili lični interes ishoda spora, nekadašnja ili sadašnja finansijska, poslovna, profesionalna ili lična veza sa strankama i dr. Na kraju, neki izvori propisuju da je arbitar dužan da navede sve okolnosti koje u očima stranaka mogu izazvati sumnju u njegovu nezavisnost, kao i okolnosti koje mogu da izazovu razumnu sumnju u njegovu nepristrasnost, kao što je slučaj sa ICC Pravilnikom („*shall disclose ... any facts or circumstances which*

56 D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 243.

57 Vid. čl. 12 UNCITRAL Model zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.

58 Vid. čl. 21 ZA.

59 Vid. Canon II AAA/ABA Etičkog kodeksa.

*might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality").*⁶⁰

Pored propisivanja različitih standarda u arbitražnim pravilnicima i drugim propisima, problem može da predstavlja i činjenica da se subjektivna predstava stranaka o tome šta se smatra sumnjom u nezavisnost i nepristrasnost razlikuje, odnosno da varira u zavisnosti od pravnog sistema iz kojeg stranka potiče, različitih običaja koji se u njoj primenjuju, kulture i sl.⁶¹ Upravo je u cilju sprečavanja različitih tumačenja okolnosti od značaja za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti, Međunarodna advokatska komora donela Uputstva, čija je svrha da identifikuju situacije u kojima arbitar može da očekuje da bi određena okolnost mogla da izazove opravdanu sumnju u nezavisnost i nepristrasnost. Ova pitanja treba detaljnije urediti i zbog toga što nekada same stranke zbog ličnih interesa mogu da budu zainteresovane za izuzeće arbitra na osnovu njegove navodne nezavisnosti i nepristrasnosti, na primer, da bi odugovlačile sa postupkom.⁶²

U prvom delu Uputstava, propisan je i subjektivni i objektivni standard za saopštavanje okolnosti od značaja. Tako se reguliše da svaki arbitar treba da odbije prihvatanje dužnosti ukoliko sumnja u svoju nezavisnost i nepristrasnost (subjektivni standard), kao i ukoliko se kod razumne osobe može pojaviti osnovana sumnja u njegovu nezavisnost i nepristrasnost (objektivni standard). Kada arbitar saopšti određene okolnosti i činjenice koje smatra relevantnim za ocenu njegove nezavisnosti i nepristrasnosti, stranke, u nekim slučajevima, imaju mogućnost da stave primedbu na njegovo imenovanje. Iz tog razloga je veoma korisna lista, koja se nalazi u drugom delu Uputstava o sukobu interesa, jer propisuje u kojim slučajevima je strankama to zapravo dopušteno, a u kojima nije. Lista navedenih primera nije iscrpna, već samo predstavlja neke od različitih situacija, koje se najčešće sreću u praksi i predstavlja pojednostavljenje kompleksnih situacija iz prakse.⁶³ Dakle, predložene liste predstavljaju samo primer koji se treba rukovo-

60 Vid. čl. 11 ICC Pravilnika.

61 D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 239.

62 M. Moses, *op. cit.*, 136.

63 O. L. O de W. Wijnen, N. Voser, N. Rao, „Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration“, *Business Law International* 3/2004, 435.

diti prilikom ocene sukoba zakona u konkretnom slučaju. Ona se sastoji od tri posebne kategorije, koje su simbolično nazvane po bojama na semaforu – crvena, narandžastva i zelena, te su navođene u skladu sa intenzitetom mogućeg sukoba.⁶⁴

Crvena lista sadrži primere nedvosmislenog i ozbiljnog sukoba interesa. Ona ima dve podkategorije, jedna je „*waivable*“, a druga je „*non-waivable*“ crvena kategorija. Na „*non-waivable*“ crvenoj listi su predstavljene one situacije koje su veoma ozbiljne u kontekstu postojanja sukoba interesa, te je arbitar, kada se nađe u nekoj od tu propisanih situacija, u obavezi da odbije prihvatanje imenovanja. Kod tih situacija, saopštavanje činjenica i okolnosti koje su relevantne za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti nije ni potrebno, jer je, u svakom slučaju, arbitar dužan da odbije imenovanje. To će biti slučajevi kada je arbitar menadžer, direktor ili na neki drugi način ima značajan interes, odnosno kontrolu na jednu od strana, kada je arbitar istovremeno i zastupnik stranke i sl. U situacijama navedenim na crvenoj „*waivable*“ listi sukob interesa je, takođe, veoma ozbiljan, međutim, arbitar ipak može prihvatiti imenovanje, ukoliko stranke budu u *potpunosti upoznate* sa tim i ukoliko se sa tim *izričito saglase*, pa se zato ova lista smatra i ublaženom verzijom crvene, te je neki nazivaju i roze listom.⁶⁵ Primeri sadržani na ovoj listi su sledeći: arbitar poseduje akcije ili udeo u pravnom licu koje je stranka u sporu, arbitar je ranije bio na neki način upoznat ili povezan sa slučajem, bliski član porodice arbitra ima interes u zavisnosti od ishoda spora i dr.

Na narandžastoj listi su navedene situacije u kojima može doći do potencijalnog sukoba interesa. Na primer, to će se, po mišljenju Radne grupe, desiti kada dva arbitra rade u istoj advokatskoj kancelariji, kada je arbitar zastupao jednu od strana u sporu u protekle tri godine, a u trenutku imenovanja nema nikakav odnos sa njom i sl. Za situacije koje su naznačene na narandžastoj i na crvenoj „*waivable*“ listi, saopštavanje relevantnih činjenica i okolnosti mora da se učini, jer u tim slučajevima, same stranke odlučuju o stepenu potencijalnog sukoba interesa. Ono što čini razliku između ovih lista jeste činjenica da

64 Inicijano ove liste su nazvane: crna, siva i bela. Međutim, posle raznih diskusija sa pravnicima praktičarima i arbitražnim organizacijama, Radna grupa IBA Uputstva je odlučila da je prikladnije da se ove kategorije nazovu po opštepoznatim i prihvaćenim bojama na semaforu. *Ibid.*, 453.

65 M. Moses, *op. cit.*, 138.

kod crvene „*waivable*“ liste, stranke moraju da se saglase sa imenovanjem arbitra kod koga potencijalno može da dodje do sukoba interesa, dok u slučaju narandžaste liste, stranke moraju da ulože primedbu na mogući sukob interesa u roku od 30 dana nakan saopštavanja relevantnih okolnosti.

Na kraju, zelena lista predstavlja „sigurnu luku“ („*safe harbor*“),⁶⁶ odnosno predstavlja situacije koje, po mišljenju Radne grupe, obično ne izazivaju sumnju u nezavisnost i nepristrasnost arbitara. Iz tog razloga, u slučajevima navedenim na zelenoj listi, nije potrebno saopštavanje okolnosti od značaja. To su, na primer, sledeće situacije: arbitar i zastupnik jedne od stranaka su ranije bili koarbitri ili su ranije zajedno zastupali neku treću stranku, arbitar je ranije pisao pravna mišljenja o pitanjima koje se pokreću i u predmetu tekućeg spora i sl.

Pored toga, IBA Uputstva odeduju da u nekim slučajevima kultura i običaji neke zemlje mogu biti odlučujući faktor za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti. Naime, nije potrebno saopštavanje činjenica i okolnosti ukoliko su strankama poznati običaji da se u specijalizovanim arbitražama, npr. robnim i pomorskim, pretežno biraju isti specijalizovani arbitri.⁶⁷ Takođe, veoma bitno opšte pravilo, koje je prihvaćeno u skoro svim etičkim kodeksima jeste pravilo da u sumnji da li treba saopštiti neku okolnost, odnosno činjenicu ili ne, uvek treba presuditi u korist saopštavanja.⁶⁸ To pravilo je doneto nasuprot stanovištu da će saopštavanje manje značajnih činjenica i okolnosti dovesti do talasa bezrazložnih zahteva za izuzećem arbitra.⁶⁹

Kao što je već objašnjeno, IBA Uputstva ne dozvoljavaju strankama da ostanu pasivne u smislu saopštavanja relevantnih okolnosti, ukoliko su im one poznate. U tom smislu se odgovornost za nepostojanje nezavisnosti i nepristrasnosti deli između arbitara i stranaka, te se može smatrati da se time pravi izvesni balans i da se povećava sigurnosti i verovatnoća da će sve relevantne okolnosti od značaja za ocenu sukoba interesa biti iznete.

66 *Ibid.*, 139.

67 Vid. narandžastu listu u IBA Uputstvima, fn. 5.

68 Ovo pravilo je propisano i u IBA Uputstvima, i u AAA/ABA Etičkom kodeksu, kao i u drugim pravilnicima.

69 D. Freyer, J. Bédard, *op. cit.*, 240.

4.4. Kritika IBA Uputstva o sukobu interesa

Iako je primarni cilj donošenja IBA Uputstva bio da se donesu uniformni standardi na polju ustanovljavanja i ocene nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara, kao i da se ustanove konkretni primeri primene standarda, ova Uputstva trpe i izvesne kritike na račun toga da stvaraju mogućnost potencijalnih zloupotreba. Naime, postoje shvatanja da IBA Uputstva ohrabruju praksu taktičkih zahteva za izuzeće arbitara i time prkose cilju donošenja ovog propisa.⁷⁰

Kada se ocenjuje nezavisnost i nepristrasnost arbitra, mnogo faktora treba uzeti u obzir, kao i činjenice konkretnog slučaja, te tek onda suditi. Svaka situacija koja se odnosi na arbitra i njegov odnos sa strankama je specifična, te je teško sve ih podvesti pod slučajeve propisane u IBA Uputstvima. Na primer, kod ponovnog imenovanja arbitra, IBA Uputstva uopšte ne vode računa o okolnostim u kojima to ponovno imenovanje može da se desi, na primer, ukoliko je u pitanju jako cenjen arbitar u malom mestu ili ukoliko je neko tzv. profesionalni arbitar,⁷¹ te mu je to jedina delatnost kojom se bavi i predstavlja mu jedini izvor prihoda.

Propisani slučajevi na listama u IBA Uputstvima su, navodno, navedeni prema sudskoj praksi, ali se, međutim, ne navodi ni jedna referenca na konkretan slučaj iz prakse. Šta više, neki navedeni primeri ne odgovaraju realnosti, odnosno nekim slučajevima se u realnosti neće pripisati tolika ozbiljnost sukoba interesa koja je propisana u IBA Uputstvima. Tako se, na primer, dovodi u pitanje da li je moguće uopšte uspešno tražiti izuzeće arbitra na osnovu nekih razloga propisanih na narandžastoj listi.⁷² Takođe, upoređujući IBA Uputstva i AAA/ABA Etički kodeks, možemo videti da bi se za mnoge situacije propisane na zelenoj listi (IBA Uputstva) zahtevalo saopštavanje okolnosti od značaja prema AAA/ABA kodeksu.⁷³ Pored toga, na narandžastoj listi su navedene situacije koje su se desile u poslednje tri godine, gde vremenski trenutak od tri godine predstavlja odlučujući faktor. Iz te odredbe se može zaključiti da su veze između arbitra i stranke koje su postojale pre više od tri godine i događaji koji su se desili pre više od

70 Vid. npr. L. Trakman, *op. cit.*, 3.

71 T. Webster, M. Buhler, *op. cit.*, 178.

72 *Ibid.*

73 Vid. više M. Moses, *op. cit.*, 143.

tri godine (na primer, pre pet godina) potpuno beznačajni, te se mogu pripisati zelenoj listi. Međutim, te situacije neće uvek biti beznačajne, već u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja treba ocenjivati stepen potencijalnog sukoba interesa.

Pored toga, pojedini slučajevi iz prakse su, moglo bi se reći, obesmislili liste navedene u IBA Uputstvima. Kao primer, navešćemo nedavno vođen slučaj pred Višim sudom u Engleskoj,⁷⁴ za koji se kaže da ima veliki značaj u međunarodnoj arbitražnoj praksi. Naime, u ovom slučaju tužilac je želeo da dokaže nepostojanje nezavisnosti i nepristrasnosti arbitra pozivajući se na situaciju navedenu u IBA Uputstvima od 2014. godine – da arbitar ili njegova firma redovno savetuju jednu od strana u sporu i da od toga ostvaruju značajne finansijske prihode. Dakle, nesporno je da konkretni slučaj potpada pod „*non-waivable*“ crvenu listu.⁷⁵ Međutim, sud je stao na stanovište da je konkretna situacija, u više pogleda, manje ozbiljna nego što to mogu da budu neke od situacija navedene na „*waivable*“ crvenoj listi, te je diskreciono odlučio da u konkretnom slučaju nema povrede nezavisnosti i nepristrasnosti. Ovim su, kako sam sud naglašava, konstatovane slabosti IBA Uputstava. Smatramo da ovaj slučaj lepo pokazuje koliko rigidni pristup Uputstava može da bude nepraktičan u konkretnom slučaju i da vodi nepravičnom ishodu spora. U tom smislu, smatramo da treba poraditi na fleksibilnijem pristupu Uputstava i da ih treba konsultovati samo kao vid mogućih smernica, koje će se uzeti u obzir u zavisnosti od oklnosti konkretnog slučaja.

Ipak, i pored navedenih kritika koje se mogu uputiti IBA Uputstvima, ona su na jedan uniforman način pokušala da reše problem različitih tumačenja stepena sukoba interesa i da ustanove standarde za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti, a propisati univerzalne standarde koji će se univerzalno primenjivati i koji će prkositi različitim tradicijama, praksama, nacionalnim i drugim propisima je veoma teško. Kako neki autori ispravno navode, ne može se svima u svemu ugoditi, pa ni u slučaju IBA Uputstava ne može da bude drugačije (u

74 Slučaj *W Limited v M SDN BHD*, broj EWHC 422 od 02. marta 2016. godine, dostupan na: www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/422.html, 15. 9. 2016.

75 To ne bi bio slučaj sa IBA Uputstvima od 2004. godine, jer je u izmenama učinjenim 2014. godine dodato da i redovno savetovanje od strane firme arbitra, a ne samo samog arbitra, predstavlja ozbiljan sukob interesa, u kom slučaju je arbitar dužan da odbije imenovanje („*non-waivable*“ crvena lista).

originalu: „...no drafting team can hope to serve as all things to all people: and the IBA guidelines are surely no exception“).⁷⁶ Smatramo da su IBA Uputstva veoma obuhvatna i da je ideja da se napravi sistematizacija mogućih slučajeva u praksi, u osnovi, jako dobra. IBA Uputstva zapravo predstavljaju spoj teorijskih stavova i praktičnog aspekta na polju sukoba interesa. Uz malo fleksibilniju primenu, odnosno uz dobro obrazložena odstupanja, IBA Uputstva mogu doprineti još uniformnijoj praksi na polju utvrđivanja i ocenjivanja stepena nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara, te i pored izloženih kritika smatramo da IBA Uputstva vrše nesporen uticaj na međunarodnu arbitražnu praksu. Argument koji potkrepljuje naš stav jesu brojke, koje nekad govore više od reči. Naime, rezultati nedavno urađene anketa pod nazivom „Poboljšanja i inovacije u međunarodnoj arbitraži“ (2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*) pokazuju da čak 71% arbitra i pravnika praktičara zna za postojanje IBA Uputstava i da ih koristi u praksi, a 60% njih misli da je ovaj instrument veoma koristan za rešavanje potencijalnog sukoba interesa.⁷⁷

5. ZAKLJUČAK

Danas, etička pitanja, izražena kroz propisivanje karakteristika i obaveza arbitara, predstavljaju veoma bitan segment arbitražnog prava, koji sve više zaokupira pažnju pravnika, kako teoretičara, tako i advokata, arbitara, zakonodavaca. Bez poštovanja etičkih normi, arbitražni postupak se ne može odvijati na propisani način, te će se bez sigurnosti u instituciju nezavisnosti i nepristrasnosti, smanjiti značaj same arbitraže kao alternativnog načina rešavanja sporova. Ovo iz razloga što se arbitražna zasniva na autonomiji volje stranaka, te ukoliko stranke ne budu imale poverenje da će se postupak odvijati bez sukoba interesa i neutralnosti arbitara, one se neće ni opredeliti za ovakav način rešavanja sporova. Upravo iz razloga povećanja pravne sigurnosti i predviđivosti, u uporednom pravu je doneto dosta propisa koji regulišu pitanja sukoba interesa. Izdvajamo propise koje je donela Međunarodna advokatska komora. Pre svega, to su IBA Etička pravila, koja su predstavlja-

76 L. Trakman, *op. cit.*, 3.

77 Anketa doneta 2015. godine od strane *Queen Mary University of London*, a uz pomoć advokatske kancelarije *White & Case* je dostupna na: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>, 15. 9. 2016.

la reper u ovoj oblasti dok nisu zamenjena IBA Principima vladanja u obavljanju pravničke profesije. Pored toga, Međunarodna advokatska komora donosi i Uputstva o sukobu interesa u međunarodnim trgovačkim arbitražama. Cilj Uputstava je bio da se uspostave uniformni standardi koji će se primenjivati za ocenu nezavisnosti i nepristrasnosti i koji će sprečiti različita tumačenja prilikom rešavanja problema sukoba interesa bazirana na različitim rešenjima u nacionalnim pravima, arbitražnim pravilnicima, kulturama i običajima. Ona na jedan slikovit način pomažu praktičnoj primeni propisanih standarda u praksi. I pored mogućih kritika, ona predstavljaju koristan izvor informacija i značajan vodič za pravnike, baziran na praktičnim iskustvima. Iako je domašaj ovih pravila ograničen, s obzirom na neobaveznost primene Uputstava, ona se često koriste. Upravo zbog velike prihvaćenosti i korišćenja u praksi, treba preispitati rigidnost Uputstava, jer njihova rigidna primena bez uzimanja u obzir okolnosti konkretnog slučaja može dovesti do određenih nerazumnih rešenja. Smatramo da je bolje koristiti IBA Uputstva samo u kontekstu dobrog vodiča, koji pomaže pravnicima u rešavanju pitanja sukoba interesa, a ne kao definitivnog rešenja koje obavezno treba primeniti, čak i kada se stranke pozovu na njihovu primenu.

Andrea Nikolić, Mag. iur. (Belgrade)

INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF ARBITRATORS IN COMPARATIVE ARBITRATION LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO IBA RULES OF ETHICS

Summary

Ethical principles are very important for the entire legal system, so it is not surprising that they represent main prerequisite for fair and efficient arbitral proceeding. In that sense, the neutrality, *i.e.* the arbitrator's independence and impartiality are one of the key qualities that an arbitrator should possess. In many legal systems, the main form of safeguard relating to independence and impartiality of arbitrators is the procedure of challenge of arbitrators. The question, that usually rises, is which relevant circumstances and facts an arbitrator needs to disclose. Today there are a lot of laws in comparative legal systems

that regulate these issues. Certainly, one of the most important among them are the ones made by International Bar Association (IBA) – IBA Ethical Rules, which were replaced with IBA Principles on Conduct for the Legal Profession, and IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration. IBA Guidelines has an undeniable impact on the practice of international arbitration and their aim is to help the application of the provided standards in the practice.

Key words: *Independence and impartiality of arbitrators.* – *Ethics.* – *Arbitration.* – *Appointment of arbitrators.* – *Challenge of arbitrator.* – *Conflict of Interest.* – *IBA.*

*Dr Mirjana Radović, LL.M. (Humboldt)**

TEKSTUALNA FORMA („PISMENO, NA PAPIRU ILI DRUGOM TRAJNOM NOSAČU PODATAKA“) U SRPSKOM I UPOREDNOM PRAVU**

U ovom radu autor analizira tekstualnu formu kao novu vrstu forme izjava u srpskom i uporednom pravu. Tekstualna forma je u srpsko pravo uvedena pod uticajem prava Evropske unije, a u zakonskim tekstovima se propisuje upotrebom formulacije da određena izjava mora da bude data „pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“. Prvi deo rada je posvećen analizi pojma i funkcije tekstualne forme, uz isticanje osnovnih razlika u odnosu na dosadašnje, klasične vidove forme (pismene, elektronske, notarske i svečane). Potom su izloženi primeri zakonskog propisivanja tekstualne forme. Sledeći deo rada obrađuje uslove u vezi sa davanjem i prijemom izjave, koji su neophodni da bi zahtev tekstualne forme bio ispunjen. Konačno, autor istražuje pravne posledice nepoštovanja zahteva tekstualne forme, i analizira mogućnost zamene tekstualne forme drugim vrstama forme (na primer, pismenom ili elektronskom formom) i obratno – mogućnost zamene drugih vrsta forme tekstualnom formom.

Ključne reči: *Tekstualna forma. – Trajni nosač podataka. – Pismena forma. – Nepotpisana pismena izjava.*

1. UVOD

U poslednjih nekoliko godina srpski zakonodavac kod uređivanja forme određenih izjava u brojnim slučajevima koristi formulaciju „pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“. Na taj način

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

** Rad predstavlja prilog projektu „Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

se uvodi novi modalitet forme, pored do sada poznatih vrsta: pismene, elektronske, svečane, notarske i realne forme.¹ Nažalost, pomenuta nova vrsta forme još uvek nije dobila jasne zakonske okvire, budući da ne postoje opšta pravila o uslovima za njenu primenu. Trenutno je propisivanje da pojedine izjave moraju da budu date „pismeno, na trajnom nosaču podataka“ rasuto po brojnim posebnim zakonima, koji u tom pogledu za potrebe primene sopstvenih pravila jedino definišu pojam trajnog nosača podataka. Iz tog razloga u Srbiji još uvek ne postoji jedinstvena regulativa ovog tipa forme, kao ni opšteprihvaćeni termin za njeno označavanje. U tom pogledu se u ovom radu predlaže upotreba izraza „tekstualna forma“, s obzirom na to da se njime u prvi plan ističu upravo osnovne karakteristike ove forme, pri čemu se istovremeno na jednostavan način omogućava njeno terminološko razlikovanje u odnosu na pismenu, elektronsku, svečanu, odnosno notarsku formu.

2. POJAM TEKSTUALNE FORME I RAZGRANIČENJE U ODNOSU NA DRUGE VRSTE FORMI

Tekstualna forma podrazumeva pismenu izjavu na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka. Iako se na prvi pogled čini da ovako formulisan pojam tekstualne forme u stvari predstavlja samo drugačiji način izražavanja zahteva pismene ili elektronske forme, zapravo je reč o potpuno novoj varijanti forme. Naime, tekstualna forma se od pismene i elektronske suštinski razlikuje, jer postoji uvek kada je pismena izjava sadržana na trajnom nosaču podataka, iako nije praćena ni svojeručnim, odnosno kvalifikovanim elektronskim potpisom,² niti drugim načinom legitimacije njenog davaoca. Nasuprot tome, uslov pismene forme je ispunjen samo kada je pismena izjava snabdevena svojeručnim potpisom davaoca,³ dok elektronska forma

1 O vrstama forme u srpskom pravu više vid.: D. Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Dosije, Beograd 2014, 23 i dalje; S. Perović, *Obligaciono pravo – Knjiga prva*, Službeni list SFRJ, Beograd 1990, 342 i dalje.

2 M. Junker, „§ 126b BGB Textform“, u: K. Vieweg (Hrsg.), *Herberger/Martinek/Rußmann/Weth, juris PraxisKommentar BGB: Allgemeiner Teil, Band 1*, juris, Saarbrücken 2014, Rn. 1; D. Leenen, *BGB – Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, de Gruyter, Berlin – Boston 2015, Rn. 183.

3 V. V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union/Službeni glasnik, Beograd

pretpostavlja davanje izjave zajedno sa kvalifikovanim elektronskim potpisom.⁴

Iz izloženog se zaključuje da tekstualna forma pre svega obuhvata nepotpisane pismene izjave.⁵ Otuda se brojne izjave, koje ne ispunjavaju uslov pismene ni elektronske forme, uklapaju u zahtev tekstualne forme. Reč je o izjavama datim putem mejla, faksa, SMS-a, ili u skeniranom, odnosno kopiranom dokumentu, na CD-u, i sl.⁶ Osim toga, ovde spadaju čak i izjave, koje su mašinski izrađene, bez ljudske intervencije (na primer, potvrda o transakciji na bankomatu). Pomenute pismene izjave mogu da budu svojeručno potpisane u originalu, ali ipak ne ispunjavaju zahtev pismene forme, jer bi u skladu sa teorijom prijema takav originalni svojeručni potpis morao da postoji u vreme i u mestu prijema izjave od strane lica kome je ona upućena.⁷ Isto važi i za elektronski date pismene izjave (poput mejla), koje usled nedostatka kvalifikovanog elektronskog potpisa ne zadovoljavaju kriterijume elektronske forme, ali su sasvim dovoljne za postojanje tekstualne forme.

Usled značajno blažih uslova koji moraju da budu ispunjeni kod tekstualne forme u poređenju sa pismenom i elektronskom formom,

2012, 453; J. Radišić, *Obligaciono pravo – Opšti deo*, Nomos, Beograd 2000, 116; S. Perović, *op. cit.*, 342.

4 K. M. Brisch, „Textform und elektronische Form“, *Computer und Recht*, 1999, 537; D. Đurđević, *op. cit.*, 24; D. Hettenbach, *Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Verwendung elektronischer Mitteilungen bei internationalen Verträgen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 119 i 120.

5 H. Heinrichs, „§ 126b“, u: O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, München 2006, 107; K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 1; C. Hertel, „BGB § 126b Textform“, u: N. Habermann (Red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Sellier/de Gruyter, Berlin 2012, Rn. 1 i 26; A. Arnold, „§ 126b Textform“, u: H. P. Westermann (Hrsg.), *Erman BGB, Kommentar*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2014, Rn. 1; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119.

6 B. Boemke, B. Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 196; D. Einsele, „§ 126b Textform“, u: F. J. Sacker (Red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240; ProStG; AGG*, Verlag C. H. Beck, München 2012, 1319; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 26; H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107.

7 Teorija prijema se primenjuje na momenat nastupanja pravnih dejstava neke izjave. Prema tome, izjava proizvodi pravna dejstva od momenta kada je primljena od strane lica kome je upućena. Stoga se upravo u tom momentu ceni ispunjenost svih uslova punovažnosti izjave, uključujući i ispunjenost zahteva forme.

ona se u pravnoj teoriji s pravom tretira kao najniži stepen forme.⁸ Stoga, pojedini autori čak pežorativno govore o tekstualnoj formi kao tzv. neformalnoj formi („formi koja to nije“),⁹ ističući da ona predstavlja svojevrsnu „kvalifikovanu neformalnost“.¹⁰ Uprkos tome, zakonodavac sve češće pribegava propisivanju upravo ove vrste forme, što stvara potrebu za njenom produbljenom analizom.

3. FUNKCIJE TEKSTUALNE FORME

Propisivanjem forme neke izjave se tradicionalno ostvaruju tri osnovne funkcije.¹¹ Sa jedne strane, pomoću zahteva forme se upozorava davalac izjave na značajna pravna dejstva preduzetog posla (funkcija upozorenja).¹² Sa druge strane, davanje izjave u određenoj formi omogućava dokaz o preduzimanju i sadržini određenog posla (dokazna funkcija).¹³ Najzad, tradicionalne vrste forme (pismena, elektronska, svečana, odnosno notarska) olakšavaju utvrđivanje identiteta davaoca izjave, jer zahtevaju njegovu odgovarajuću legitimaciju (na primer, putem svojeručnog potpisa ili kvalifikovanog elektronskog potpisa), koja postaje sastavni deo njegove izjave (funkcija utvrđivanja identiteta).¹⁴ Međutim, tekstualna forma ne ispunjava nijednu od navedene tri klasične funkcije.¹⁵ Imajući u vidu jednostavnost uslova za ispunjenost ove

8 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 1; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 1; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 183.

9 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 1.

10 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319; R. Janal, „Die Errichtung und der Zugang einer Erklärung in Textform gem. § 126b BGB“, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2006, 368.

11 Upor. V. V. Vodinelić, *op. cit.*, 453 i 454.

12 R. Janal, *op. cit.*, 368; D. Đurđević, *op. cit.*, 30; N. Tešić, „O značaju forme za promet nepokretnosti – analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo“, u: V. Radović (ur.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2014)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 485; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 149.

13 R. Janal, *op. cit.*, 368; D. Đurđević, *op. cit.*, 32; N. Tešić u: V. Radović (ur.), *op. cit.*, 485; J. Radišić, *op. cit.*, 112; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 149.

14 N. Tešić u: V. Radović (ur.), *op. cit.*, 509; ova funkcija se u srpskoj pravnoj teoriji označava i kao autentifikaciona funkcija, vid.: D. Đurđević, *op. cit.*, 28; uz to notarska forma može da ima i funkciju savetovanja, vid. R. Janal, *op. cit.*, 368; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 149.

15 H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107; R. Janal, *op. cit.*, 368; upor. M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 4; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*,

forme, ona sama po sebi ne predstavlja dovoljno upozorenje davaocu na pravni značaj date izjave.¹⁶ Takođe, s obzirom na to da nije praćena dovoljno sigurnom legitimacijom davaoca izjave, tekstualna forma ne može da služi ni kao iole pouzdan oslonac za utvrđivanje njegovog identiteta, a stoga ni kao nesporan dokaz da izjava potiče upravo od njega.¹⁷

Pošto tekstualna forma ne omogućava ostvarenje klasičnih funkcija forme, postavlja se pitanje čemu ona uopšte služi. U fazi razvoja ove vrste forme, koja je prethodila njenom uključivanju u zakonske propise, pojedini autori su čak smatrali da ona ne služi ničemu, te da za njenim propisivanjem nema potrebe. Ipak, takvo shvatanje nije naišlo na šire prihvatanje. Nasuprot tome, danas se smatra da tekstualna forma ima odgovarajuću svrhu, iako je ona, doduše, različita u odnosu na druge, tradicionalne tipove forme. Osnovna funkcija tekstualne forme se ogleda u obezbeđivanju čitljivosti podataka koji čine datu izjavu (*funkcija dokumentovanja izjave*).¹⁸ Prema tome, izjava u tekstualnoj formi pruža mogućnost primaocu da njenu sadržinu na miru pročitati, odnosno da je po potrebi naknadno ponovo pročitati.¹⁹ U tom smislu tekstualna forma ima očigledne prednosti u odnosu na potpuno neformalne (usmene) izjave.

Uz to, kako je izjava u tekstualnoj formi punovažna i bez svojeručnog potpisa, odnosno drugog načina legitimacije davaoca, time se olakšava pravni promet u poređenju sa bitno složenijim zahtevima pismene ili elektronske forme (*funkcija pojednostavljenja prometa*).²⁰ Pritom, pojednostavljenje pravnog prometa kao funkcija tekstualne forme može da bude dovoljan razlog za njeno propisivanje isključivo u situacijama u kojima nema potrebe za zaštitnim funkcijama klasičnih vidova forme.²¹ Iz tog razloga je propisivanje tekstualne forme ume-

Rn. 5; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 1; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119.

16 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 6.

17 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319.

18 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1317 i 1319; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 4; H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107; R. Janal, *op. cit.*, 368; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 1; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119.

19 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 10.

20 Upor. C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 8.

21 Upor. M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 9; D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1317; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 9.

sto pismene, elektronske, svečane, odnosno notarske forme opravdano samo kod izjava manjeg pravnog značaja, u odnosu između lica, koji karakteriše dovoljan stepen pravne sigurnosti i izvesnosti. Sledstveno tome, tekstualna forma je primerena vrsta forme izjava koje nisu naročito bitne iz ugla dokazivanja,²² ili koje ne izazivaju značajna pravna dejstva, odnosno nakon kojih je na jednostavan način moguće izvršiti povraćaj u predašnje stanje.²³ Takođe, ova forma je odgovarajuća za izjave, koje ni davalac, ni primalac, a ni treća lica nemaju ozbiljnog interesa da falsifikuju.²⁴

4. ZAKONSKO PROPISIVANJE TEKSTUALNE FORME

Ograničene funkcije tekstualne forme su dovele do toga da je njeno propisivanje u pojedinim državama članicama Evropske unije isprva bilo sporno.²⁵ Međutim, pod uticajem direktiva Evropske unije, tekstualna forma je postepeno prodirala u nacionalna zakonodavstva država članica, pa je tako pronašla put i do srpskog prava. Otuda i srpski zakonodavac u brojnim slučajevima propisuje da određena izjava mora biti data „pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“. Pored toga, u srpskim zakonima se susreću i formulacije „u pisanoj formi, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“, što može navesti na pogrešan zaključak da zakonodavac ovde zahteva pismenu formu koja treba da bude sadržana na bilo kojoj vrsti nosača podataka. Ipak, jasno je da originalan svojeručan potpis, kao jedna od osnovnih pretpostavki postojanja pismene forme, može da bude dat samo na papiru, ali ne i na bilo kom drugom trajnom nosaču podataka. Iz tog razloga navedenu zakonsku formulaciju, takođe, treba shvatiti kao propisivanje tekstualne forme, kod koje je bitno da izjava bude data pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka.²⁶

22 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1317; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 9.

23 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 9; K. M. Brisch, *op. cit.*, 537.

24 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 10.

25 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 1 i 3.

26 Pomenuta nejasna formulacija u pojedinim srpskim zakonima je uzrokovana podjednako nepreciznim pravilima direktiva Evropske unije, koja koriste engleski izraz „*in writing*“, čije je značenje dvosmisleno, a može da se shvati kao „(na)pismeno“ ili kao „u pismenoj formi“.

Poseban problem predstavljaju slučajevi, u kojima su prilikom propisivanja obavezne forme određenih izjava korišćene zakonske formulacije „na trajnom nosaču zapisa/podataka“, „na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“ ili „u pismenoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka“. Ključna razlika između ovakvog načina propisivanja i prethodno navedenih primera tekstualne forme se ogleda u tome što ovde zakonodavac nije naglasio da izjava mora biti data pismeno, odnosno u pisanoj „formi“, bez obzira na vrstu izabranog trajnog nosača podataka. S obzirom na to da na trajnom nosaču podataka mogu da budu pohranjeni ne samo pisani (tekstualni), nego i audio zapisi,²⁷ ovakav regulatorni pristup otvara pitanje da li i takve audio poruke, koje su snimljene, primera radi, na telefonskoj sekretarici ili govornoj pošti, ispunjavaju predviđeni zahtev forme. Čini se da u većini slučajeva to ne bi odgovaralo nameri zakonodavca, imajući u vidu, pre svega, sadržinu konkretne izjave, koja po pravilu obuhvata brojne, često složene informacije, i potrebu za omogućavanjem njihove čitljivosti, odnosno dokumentovanja date izjave. Iz tog razloga bi i u ovim situacijama zakonska pravila trebalo tumačiti u pravcu zahtevanja tekstualne forme,²⁸ iako neujednačenost i nepreciznost upotrebljenih formulacija ostavlja prostor i za suprotnu argumentaciju.

Neprepoznavanje finih razlika između tekstualne forme i davanja izjave na trajnom nosaču podataka u bilo kom obliku (u vidu pismenog, audio ili video zapisa) u srpskim propisima je samo posledica, takođe, nedoslednih i nedovoljno jasnih pravila komunitarnog prava.²⁹ Upravo dileme oko tumačenja relevantnih pravila o formi izjava u direktivama Evropske unije su u nemačkom pravu podstakle usvajanje posebnih pravila o tekstualnoj formi u okviru Građanskog zakoni-

27 Upor. M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 11.

28 Takvo tumačenje sadrži i Direktiva o pravima potrošača: Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *Official Journal* L 304, 22.11.2011, Art. 7(1), 8(1).

29 Više vid. C. Twigg-Flesner, „Pre-contractual duties – from the *acquis* to the Common Frame of Reference“, u: R. Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier/European law publishers, Munich 2008, 117; H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (Eds.), *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier/European law publishers, Munich 2008, 492.

ka.³⁰ Na taj način, uvođenjem nove vrste forme, postignuta je potrebna pravna sigurnost, ali i ujednačenost u propisivanju i tumačenju brojnih zakonskih pravila o formi koja služi dokumentovanju određenih izjava, uz istovremeno ublažavanje strogih zahteva pismene, odnosno elektronske forme, budući da se oni u tim slučajevima smatraju preteranim.³¹ Postupanje nemačkog zakonodavca bi u ovom pogledu moglo da posluži kao uzor i srpskim zakonopiscima koji u sklopu pripreme novog Građanskog zakonika imaju priliku da jedinstveni pojam tekstualne forme postave u jasne pravne okvire.³²

U uporednom pravu se tekstualna forma predviđa umesto pismene, odnosno elektronske forme, kada se proceni da potpisivanje izjave nije neophodno ili da otežava obavljanje delatnosti, pri čemu usled brojnih, detaljnih informacija ne bi bila adekvatna ni potpuna neformalnost (usmena izjava).³³ Otuda, osnovni slučaj primene tekstualne forme postoji kod ispunjavanja obaveze informisanja, naročito u vezi sa zaključenjem standardizovanih masovnih poslova,³⁴ poput potrošačkih ugovora, bankarskih ugovora, ugovora o osiguranju, ugovora o špediciji, ugovora o prevozu, i sl. Pored toga, tekstualna forma se koristi i u svrhe zaštite potrošača, kojima se omogućava davanje određenih izjava u cilju ostvarenja zahteva iz potrošačkih ugovora upravo u ovoj pojednostavljenoj formi.³⁵ Nadalje, propisivanje tekstualne forme je prisutno i u uporednom kompanijskom pravu, gde se vezuje za davanje i opoziv punomoćja za glasanje,³⁶ upućivanje poziva na sedni-

30 Nemački Građanski zakonik (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBI.* I S. 42, 2909; 2003 I S. 738; sa poslednjim izmenama iz 2015. godine, *BGBI.* I S. 2018), § 126b; K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; upor. M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 6.

31 K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 5; upor.: C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 8; pravila o tekstualnoj formi su u nemačkom pravu izmenjena 2013. godine, vid. A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 2; M. Höreth, „Neufassung der Textform: Eine inhaltliche Änderung ist nicht beabsichtigt?“, *Die Aktiengesellschaft*, 3/2015, R24.

32 Osim toga, predlog uvođenja tekstualne forme kao posebne, nove vrste forme sadrži i evropski *Draft Common Frame of Reference*, Art. I.-1-106(2), kao i *Principles of European Contract Law*, Art. 1-301(6).

33 Upor. H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107.

34 K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 12, 13 i 15; R. Janal, *op. cit.*, 368.

35 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 12 i 20; R. Janal, *op. cit.*, 369.

36 M. Höreth, R24; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 11, 19, 23.

cu određenih organa privrednog društva, sastavljanje njihovih odluka ili interno izveštavanje (na primer, izveštaj odbora direktora upućen nadzornom odboru).³⁷ Nasuprot tome, ova vrsta forme je zbog svojih ograničenih funkcija samo izuzetno pogodna da bude forma *ad solennitatem*, odnosno uslov za punovažno zaključenje nekog ugovora. Stoga su u uporednom pravu takvi slučajevi izrazito retki.³⁸

U srpskom pravu su zahtevi tekstualne forme propisani Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga, Zakonom o platnim uslugama, Zakonom o zaštiti potrošača i Zakonom o osiguranju. Shodno tim pravilima, moguće je izdvojiti tri grupe situacija u kojima zakonodavac predviđa tekstualnu formu kao primerenu (potrebnu, ali i dovoljnu) vrstu forme izjava. Prvu grupu čine izjave kojima jedno lice ispunjava svoju obavezu informisanja (obaveštavanja) druge strane. Ovde, primera radi, spada: 1) informisanje ugovarača osiguranja od strane društva za osiguranje pre i nakon zaključenja ugovora o osiguranju,³⁹ 2) informisanje korisnika od strane pružaoca platnih usluga u predugovornoj fazi i tokom trajanja ugovornog odnosa,⁴⁰ 3) obaveštavanje korisnika od strane davaoca finansijskih usluga pre i nakon zaključenja ugovora o finansijskoj usluzi,⁴¹ 4) informisanje potrošača od strane trgovca pre, prilikom i nakon zaključenja ugovora,⁴² i 5) informisanje putnika od strane organizatora putovanja, odnosno posrednika, pre i nakon zaključenja ugovora.⁴³ Tekstualna forma je u ovim slučajevima potrebna, budući da količina i složenost predviđenih informacija na-

37 Primeri tekstualne forme postoje i u uporednom radnom pravu, a tiču se obaveštavanja zaposlenih i izjava sličnih pravnom poslu. Vid. C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 17; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 14.

38 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 12 i 24; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 185. O dodatnim slučajevima propisivanja tekstualne forme vid.: K. M. Brisch, *op. cit.*, 538; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 14.

39 Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014, čl. 84 st. 1 i 2 u vezi sa čl. 82 i 83.

40 Zakon o platnim uslugama – ZPU, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014, čl. 16 st. 1 tač. 4(4), čl. 16 st. 5, čl. 17 st. 3, čl. 19 st. 3, čl. 22 st. 3, čl. 26 st. 2, čl. 27 st. 2, čl. 28 st. 2.

41 Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga – ZZKFU, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 139/2014, čl. 7 st. 1, čl. 10 st. 2, čl. 13, čl. 17 st. 4, čl. 28 st. 3, čl. 29 st. 1 i 2, čl. 31 st. 3 i 5, čl. 33 st. 3.

42 Zakon o zaštiti potrošača – ZZP, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, čl. 28 st. 5, čl. 30 st. 1 i 3, čl. 87 st. 1 i 2.

43 ZZP, 2014, čl. 96 st. 4, čl. 98 st. 1, čl. 109 st. 2, čl. 110 st. 1 i 2.

laže njihovo dokumentovanje, koje omogućava čitljivost, preglednost i ponovno čitanje od strane lica kome su namenjene. Istovremeno, ona je i dovoljna, jer nije nužno ostvarenje zaštitnih funkcija pismene, odnosno elektronske forme.

Druga grupa obuhvata izjave volje kojima jedno lice vrši svoje zakonom ustanovljeno preobražajno pravo,⁴⁴ ali i druge jednostrane izjave kojima se ostvaruje neko pravo. Tako je, na primer, tekstualna forma propisana za izjavu: 1) banke o otkazu ugovora o revolving kreditu;⁴⁵ 2) potrošača (odnosno korisnika finansijske usluge) o odustanku od određenih potrošačkih ugovora (odnosno ugovora o finansijskoj usluzi);⁴⁶ 3) potrošača, kojom se zahteva otpočinjanje pružanja određenih usluga pre propisanog, redovnog roka;⁴⁷ i 4) trgovca, kojom se zahteva plaćanje pojedinih rata kod obročne otplate.⁴⁸

Konačno, treća grupa se odnosi na situacije u kojima je tekstualna forma propisana kao uslov punovažnosti nekog pravnog posla. Sa jedne strane, srpsko pravo za punovažnost davanja garancije potrošaču zahteva tekstualnu formu garantnog lista.⁴⁹ Sa druge strane, tekstualna forma je predviđena kao forma *ad solemnitatem*, koja je neophodna za zaključenje brojnih ugovora, poput: 1) ugovora o finansijskoj usluzi;⁵⁰ 2) ugovora o turističkom putovanju;⁵¹ 3) ugovora o vremenski podeľjenom korišćenju nepokretnosti;⁵² 4) ugovora o trajnim olakšicama za odmor;⁵³ 5) ugovora o pomoći prilikom preprodaje;⁵⁴ i 6) ugovora o omogućavanju razmene.⁵⁵ U tom pogledu se srpsko pravo značajno razlikuje u odnosu na uporedno pravo, gde se tekstualna forma izrazito retko smatra pogodnom za zaključenje nekog ugovora.

44 V. V. Vodinelić, *op. cit.*, 213; J. Radišić, *op. cit.*, 42.

45 ZZKFU, čl. 33 st. 2.

46 ZZP, čl. 115 st. 1; ZZKFU, čl. 12 st. 3.

47 ZZP, 2014, čl. 30 st. 4.

48 ZZP, čl. 118 st. 4.

49 ZZP, 2014, čl. 54 st. 2.

50 Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, 2014, čl. 7 st. 1.

51 ZZP, čl. 96 st. 1.

52 ZZP, čl. 112 st. 1.

53 ZZP, čl. 112 st. 1.

54 ZZP, čl. 112 st. 1.

55 ZZP, čl. 112 st. 1.

Propisivanje tekstualne forme kao uslova punovažnosti brojnih ugovora pokazuje da srpski zakonodavac zapravo nije shvatio suštinu i funkcije ove vrste forme. U srpskom pravu se tekstualna forma predviđa kao forma *ad solemnitatem* upravo kod ugovora koji su posebno regulisani u cilju zaštite slabije ugovorne strane (na primer, korisnika finansijske usluge, putnika, potrošača). Ipak, u tim slučajevima ova vrsta forme nije adekvatna, što se najbolje uočava na primeru ugovora o kreditu. Naime, prema opštim pravilima Zakona o obligacionim odnosima ugovor o kreditu se obavezno zaključuje u pismenoj formi. Za razliku od toga, posebnim Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga je propisano da se svaki ugovor o finansijskoj usluzi između banke i korisnika finansijske usluge zaključuje u tekstualnoj formi. S obzirom na to da je kredit obuhvaćen pojmom finansijske usluge, jer predstavlja osnovni bankarski posao, ugovor o tzv. potrošačkom kreditu bi po navedenom posebnom zakonu, takođe, mogao i morao da bude zaključen u tekstualnoj formi. Na taj način se dolazi do paradoksalnog ishoda, po kome ugovor o tzv. potrošačkom kreditu može da se zaključi u tekstualnoj formi, dok svi ostali ugovori o kreditu (na primer, između banke i privrednog društva) i dalje moraju da ispunjavaju stroge zahteve pismene forme. Prema tome, srpski zakonodavac je uveo olakšice u pogledu forme ugovora o kreditu, kada takav ugovor zaključuje korisnik finansijske usluge (potrošač, preduzetnik ili poljoprivrednik) kao slabija ugovorna strana koju Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga treba posebno da štiti. Ovakvo rešenje je potpuno nelogično i neopravdano, imajući u vidu da su zaštitne funkcije tradicionalne pismene forme (funkcija upozorenja, dokazna funkcija i funkcija utvrđivanja identiteta) naročito potrebne upravo kada takav ugovor zaključuje potrošač ili drugi korisnik finansijske usluge.

5. USLOVI ZA ISPUNJENOST ZAHTEVA TEKSTUALNE FORME

Da bi zahtev tekstualne forme bio zadovoljen, potrebno je da već u trenutku davanja izjave budu ispunjeni određeni uslovi. Pored toga, u slučaju da izjava proizvodi dejstva tek od momenta prijema od strane lica kome je upućena, tekstualna forma će postojati samo ako i u trenutku prijema te izjave budu ispunjeni odgovarajući uslovi.

5.1. Davanje izjave u tekstualnoj formi

U srpskom pravu nisu bliže propisani uslovi za davanje izjave u tekstualnoj formi. Kada srpski zakonodavac predviđa da određena izjava mora da bude data pismeno, i to na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka, on jedino (eventualno) pojašnjava šta se podrazumeva pod trajnim nosačem podataka. Za razliku od toga u uporednopravnim sistemima koji poznaju tekstualnu formu kao posebno regulisanu, dodatnu vrstu forme, pravna teorija je identifikovala nekoliko uslova za davanje izjave u toj formi. Ovi uslovi se tiču: a) pismenosti (čitljivosti) izjave; b) trajnog nosača podataka; c) označenja davaoca izjave; d) prepoznatljivosti kraja izjave; i e) načina davanja izjave.

a) *Pismenost (čitljivost) izjave.* Izjava data u tekstualnoj formi mora da bude pisana, odnosno čitljiva.⁵⁶ To, drugim rečima znači, da ona treba da se sastoji od slova i drugih grafičkih znakova, koji predstavljaju simbole određenog jezika.⁵⁷ Navedeni uslov je svakako ispunjen kada je izjava ispisana, odnosno odštampana na papiru.⁵⁸ Pored toga, pismenost izjave postoji i kada je ona data elektronski uz korišćenje odgovarajuće računarske tehnologije i programa koji davaocu omogućava unošenje (elektronskih) slovnihi znakova direktno u računar.⁵⁹ Nasuprot tome, usmeno davanje izjave ne ispunjava zahtev tekstualne forme, čak ni kada je uz pomoć odgovarajućeg računarskog programa moguće pretvaranje takve usmene izjave u tekst.⁶⁰

b) *Trajni nosač podataka.* Osim pismenosti (čitljivosti), kod tekstualne forme se zahteva da izjava bude data na trajnom nosaču podataka. Pojam trajnog nosača podataka je na isti način definisan u brojnim direktivama Evropske unije, koje su izvršile odgovarajući uticaj i

56 K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 20; R. Janal, *op. cit.*, 369; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 4.

57 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 21; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 25; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 4; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119; B. Boemke, B. Ulrici, *op. cit.*, 196; J. M. Bech Serrat, „When the Package Holiday is Not Realised – A Piece of EU Consumer Law under Review“, *European Journal of Law Reform*, Vol. 12, No. 3–4, 2010, 395 fn. 36.

58 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 21.

59 Upor. M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 23.

60 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1317; R. Janal, *op. cit.*, 369; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 24; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 25.

na relevantne srpske zakone. Prema tim pravilima, pod trajnim nosačem podataka se podrazumeva svako sredstvo koje primaocu omogućava da sačuva informacije koje su mu upućene, tako da može i naknadno da im pristupi i da ih reprodukuje u neizmenjenom obliku u periodu koji odgovara njihovoj svrsi.⁶¹ Iz toga proizlazi da je smisao davanja izjave na trajnom nosaču podataka da se njena sadržina sačuva duže od neuhvatljive izgovorene reči, budući da ostaje na raspolaganju primaocu koji može i više puta ponovo da je pročita.⁶²

Trajni nosač podataka mora da bude podoban za to da se na njemu čuvaju pismene (čitljive) izjave. Pritom je dovoljno da je primalac imao mogućnost da sačuva sadržinu date izjave, dok nije relevantno da li je on tu svoju mogućnost i iskoristio.⁶³ Uz to, nije neophodno da se izjave na trajnom nosaču podataka čuvaju dugoročno,⁶⁴ već je potrebno da konkretno sredstvo omogućava čuvanje u odgovarajućem periodu koji je dovoljan za zaštitu interesa primaoca u odnosu na davaoca izjave.⁶⁵ Najzad, trajni nosač podataka mora da pruža primaocu trajnu mogućnost reprodukovanja date pismene izjave u neizmenjenom obliku. Prema tome, izjava je data na trajnom nosaču podataka ako

61 Directive 2011/83/EU, Art. 2(1)(10); Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, *Official Journal* L 133, 22. 5. 2008, Art. 3(1)(m); Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *Official Journal* L 33, 3.2.2009, Art. 2(1)(h); Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, *Official Journal* L 319, 5.12.2007, Art. 4(1)(25); Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, *Official Journal* L 271, 9.10.2002, Art. 2(1)(f); ZPU, 2014, čl. 2 st. 1 tač. 21; ZZKFU, čl. 2 st. 1 tač. 23; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 7; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 6; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 183; F. White, „Selling on-line: Business compliance and consumer protection“, *Hibernian Law Journal*, Vol. 5, 2005, 235.

62 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319.

63 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 29.

64 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1318.

65 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 7 i 31.

ubuduće jedino primalac može da utiče na njenu sadržinu.⁶⁶ Za razliku od toga, u situaciji kada treća lica (a pre svega, davalac izjave) još uvek imaju mogućnost da sadržinski izmene sačuvanu izjavu, neće biti ispunjen zahtev trajnog nosača podataka.⁶⁷

Imajući u vidu sve izložene karakteristike trajnog nosača podataka, uslov davanja izjave u tekstualnoj formi svakako ispunjavaju sredstva poput papira, CD-a, DVD-a, hard-diska određenog računara, USB memorije, memorije mobilnog telefona, i sl.⁶⁸ Štaviše, ovaj uslov ispunjava čak i poruka upućena putem mejla, s obzirom na to da se elektronska pošta čuva u memoriji računara primaoca ili na serveru, na način koji jedino primaocu omogućava stalni pristup i reprodukciju u neizmenjenom obliku.⁶⁹

c) *Označenje davaoca izjave.* Iako to u srpskom pravu nije izričito propisano, podrazumeva se da izjava može biti punovažno data u tekstualnoj formi samo ako je primaocu poznato ko je njen davalac. U tom pogledu je u ranijoj verziji nemačkog Građanskog zakonika čak bilo predviđeno da identitet davaoca izjave mora da bude naznačen u samoj pismenoj izjavi.⁷⁰ Međutim, ovaj zahtev nije tumačen strogo, zahvaljujući čemu je za označenje davaoca izjave bilo dovoljno navođenje makar i njegovog nadimka ili pseudonima, koji primaocu omogućava pripisivanje konkretne izjave određenom licu.⁷¹ Doduše, nakon poslednjih izmena iz 2013. godine, navedeni uslov za davanje izjave u tekstualnoj formi je u nemačkom pravu ukinut. Prema tome, oznaka davaoca izjave više nije nužni sastavni deo izjave date u tekstualnoj formi. Ipak, treba smatrati da je iz ugla zahteva tekstualne forme i nadalje neop-

66 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 33.

67 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 33.

68 Directive 2011/83/EU, Recital 23; Directive 2007/64/EC, Recital 24; Directive 2002/65/EC, Recital 20; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 6; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 35; D. Leenen, *op. cit.*, Rn. 183; F. White, *op. cit.*, 235; J. M. Bech Serrat, *op. cit.*, 395 fn. 36.

69 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 30; upor. K. Henderson, A. Poulter, „The Distance Selling Directive: Points for Future Revision“, *International Review of Law Computers & Technology*, Vol. 16, No. 3, 2002, 294; upor. F. White, *op. cit.*, 235; J. M. Bech Serrat, *op. cit.*, 395 fn. 36.

70 H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107; K. M. Brisch, *op. cit.*, 537; R. Janal, *op. cit.*, 369; D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1318; D. Hettenbach, *op. cit.*, 119; B. Boemke, B. Ulrici, *op. cit.*, 196.

71 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1318 i 1319; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 17; H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107.

hodno da primalac može iz same izjave ili načina njenog davanja da prepozna od kog lica ta izjava navodno potiče.⁷²

d) *Prepoznatljivost kraja izjave*. Izjava data u tekstualnoj formi mora da ima jasan početak i kraj.⁷³ Ovaj uslov je značajan da bi se primaocu omogućilo razgraničenje dela teksta koji čini izjavu davaoca, od ostatka teksta koji nije obuhvaćen tom izjavom.⁷⁴ Kod pismene forme funkciju označavanja kraja izjave vrši svojeručan potpis, koji se stavlja na kraju teksta (izjave volje). Za razliku od toga, pošto tekstualna forma podrazumeva nepotpisane pisane izjave, ulogu svojeručnog potpisa u ovom smislu može da zameni faksimil, formulacija „ova izjava se ne potpisuje“, označenje imena davaoca izjave (uz eventualni dodatak „s. r.“), datum, i sl.⁷⁵ U svakom slučaju, za tekstualnu formu nije nužno da na kraju izjave bude naveden bilo koji od pomenutih elemenata,⁷⁶ već je sasvim dovoljno ako primalac može nedvosmisleno da prepozna kraj izjave, imajući u vidu okolnosti, odnosno način njenog davanja.⁷⁷

e) *Način davanja izjave*. Izjava je „data“ u tekstualnoj formi samo ako je stavljena na raspolaganje primaocu, na način koji mu omogućava njeno trajno snimanje (čuvanje). Pored toga, na osnovu definicije trajnog nosača podataka, pojedini autori smatraju da je uslov davanja izjave ispunjen jedino u situaciji kada je takva izjava upućena (namenjena) konkretnom primaocu.⁷⁸ Shodno tom shvatanju, stavljanje određenih informacija na raspolaganje trećim licima u okviru internet stranice ne ispunjava zahtev tekstualne forme, jer takve informacije nisu upućene određenom primaocu, već neodređenom skupu korisnika interneta.⁷⁹ Osim toga, izjave date na internet stranici ne omogućavaju primaocu

72 Upor. C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 30; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 5.

73 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 16; D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319.

74 Upor.: D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319.

75 R. Janal, *op. cit.*, 369; D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 31 i 32; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 8; H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107; upor. B. Boemke, B. Ulrici, *op. cit.*, 196.

76 Upor. M. Höreth, *op. cit.*, R25.

77 A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 8.

78 Suprotno vid. R. Janal, *op. cit.*, 369.

79 A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 7; upor. D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1320.

trajnu reprodukciju u neizmenjenom obliku, budući da davalac i dalje može da izmeni njihovu sadržinu.⁸⁰

Na osnovu izloženih argumenata je jasno da objavljivanje određenih informacija na internet stranici samo po sebi ne može da se kvalifikuje kao davanje izjave u tekstualnoj formi. Međutim, zahtev tekstualne forme bi ovde ipak bio ispunjen, ako pristup tim informacijama preko interneta zahteva od korisnika (primaoca) da ih snimi na svom računaru.⁸¹ Prema tome, tekstualna forma bi postojala u slučaju da je u momentu prijema takve izjave od strane određenog primaoca ispunjen uslov trajnog nosača podataka. Drugim rečima, kada primalac na svom računaru zaista snimi ili odštampa pisanu izjavu sa internet stranice davaoca, takva izjava je primljena na trajnom nosaču podataka, te u tom pogledu ispunjava zahtev tekstualne forme.⁸²

5.2. Prijem izjave u tekstualnoj formi

Izjave za koje je propisana tekstualna forma po pravilu proizvode dejstva tek od momenta njihovog prijema od strane lica kome su upućene.⁸³ Iz tog razloga, objašnjeni uslovi za davanje izjave u tekstualnoj formi, moraju da postoje i u momentu prijema te izjave.⁸⁴ U suprotnom će se smatrati da propisani zahtev tekstualne forme nije ispunjen. Pritom je izjava primljena, ako je primaocu dostavljena na trajnom nosaču podataka, tako da se on zaista upoznao sa njenom sadržinom.⁸⁵ Međutim, u određenim situacijama prijem izjave postoji i kada primalac nije pročitao sadržinu izjave. Reč je o slučajevima u kojima je on unapred pristao da mu se dostavljanje izjava vrši na određenom, izabranom trajnom nosaču podataka (na primer, na konkretnu adresu elektronske pošte).⁸⁶ Pomenuta saglasnost sa odgovarajućim načinom pružanja informacija može da bude data ne samo izričito, nego i kon-

80 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 39; upor. B. Boemke, B. Ulrici, *op. cit.*, 196; upor. J. M. Bech Serrat, *op. cit.*, 395 fn. 36.

81 M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 43.

82 Upor. H. Heinrichs u: O. Palandt, *op. cit.*, 107; R. Janal, *op. cit.*, 370; D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319 i 1320; C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 34; upor. D. Hettenbach, *op. cit.*, 119.

83 R. Janal, *op. cit.*, 370.

84 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319.

85 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 33.

86 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 33.

kludentnom radnjom,⁸⁷ a može da obuhvati čitav odnos sa davaocem izjava ili da bude ograničena na jednu konkretnu izjavu u tekstualnoj formi. U slučaju postojanja takve saglasnosti primaoca, izjava se smatra primljenom već od trenutka kada je dospela u sferu uticaja primaoca, tako da on pod normalnim okolnostima može da se upozna sa njenom sadržinom, nezavisno od toga da li je to zaista i učinio.⁸⁸

S obzirom na to da izjava u tekstualnoj formi mora da bude primljena na trajnom nosaču podataka, primalac treba da ima mogućnost da tu izjavu sačuva i naknadno ponovo pročita, odnosno reprodukuje u neizmenjenom obliku. Stoga se kod izjava koje su date elektronski, preko računara, postavlja pitanje da li prijem u tekstualnoj formi postoji, ako primalac nema odgovarajući poseban program koji je neophodan za pretvaranje binarnih podataka u slova – grafičke znakove određenog jezika. Čini se da bi u tom pogledu trebalo smatrati da je izjava primljena, pod uslovom da je primaocu dostavljena u tipu dokumenta čija čitljivost na računaru pod normalnim okolnostima može da se očekuje.⁸⁹ To će uvek biti slučaj sa elektronskim dokumentima za čije je otvaranje potreban poseban program koji je besplatan i lako dostupan svim korisnicima interneta (na primer, *Adobe Acrobat Reader* za dokumente u *.pdf* formatu, *OpenOffice.org Writer* za dokumente u *.doc* formatu).⁹⁰

6. PRAVNE POSLEDICE NEPOŠTOVANJA ZAHTEVA TEKSTUALNE FORME

U retkim situacijama kada je tekstualna forma propisana kao uslov punovažnosti nekog pravnog posla, neispunjavanje tog zahteva načelno vodi ništavosti datog pravnog posla.⁹¹ Međutim, imajući u vidu ograničene funkcije tekstualne forme, treba smatrati da ništavost nije primerena sankcija nedostatka ove forme, ako su ciljevi zbog kojih je ona propisana mogli da budu ostvarni i na neki drugi način.⁹²

87 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1321; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 9.

88 R. Janal, *op. cit.*, 370.

89 R. Janal, *op. cit.*, 371.

90 Upor. R. Janal, *op. cit.*, 371.

91 C. Hertel u: N. Habermann (Red.), *op. cit.*, Rn. 36; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 3.

92 Upor. R. Janal, *op. cit.*, 372.

Prema tome, ugovor koji nije zaključen u propisanoj tekstualnoj formi ipak proizvodi pravna dejstva, ako je na drugi način obezbeđeno dokumentovanje sadržine postignutog sporazuma, jer je to osnovni cilj zbog koga se ova vrsta forme propisuje. Nasuprot pravnim poslovima, posledice neispunjenja zahteva tekstualne forme kod ostalih izjava koje po zakonu moraju da budu date u toj formi zavise od samog karaktera, odnosno svrhe date izjave. Pritom će se po pravilu smatrati da izjava koja nije ispunila zahtev tekstualne forme uopšte nije ni data,⁹³ ili će davalac izjave snositi teret dokaza informisanja primaoca na drugi odgovarajući način, kojim se postiže svrha pravila o formi.⁹⁴

7. ZAMENA FORME

Načelno, izjava mora da bude data u tekstualnoj formi samo ako je ta vrsta forme izričito zakonom propisana.⁹⁵ Pritom, kao što je već pomenuto, zakonske odredbe koje sadrže zahtev tekstualne forme su sadržane isključivo u zakonima novijeg datuma. Za razliku od toga, propisi, poput Zakona o obligacionim odnosima, koji su duže na snazi, jedino poznaju klasične tipove formi, zbog čega uglavnom predviđaju pismenu formu izjava. Iz tog razloga se postavlja pitanje, da li je dozvoljeno da se tekstualnom formom, kao novom, donedavno nepoznatom vrstom forme, u konkretnom slučaju zameni tradicionalno propisani zahtev pismene forme. Odgovor na ovo pitanje je nužno negativan, imajući u vidu da se funkcije tekstualne i pismene forme bitno razlikuju, te da pomoću tekstualne forme nikako ne može da bude ostvaren *ratio legis* propisane pismene forme.

Međutim, postoje situacije u kojima je zakonom predviđeno da određena izjava treba da bude data „pismeno“. Na osnovu dosadašnjeg nepoznavanja tekstualne forme, ovakva formulacija je uglavnom tumačena kao zahtev pismene forme. Ipak, nakon razvoja svesti o tekstualnoj formi kao novoj vrsti forme, propisivanje da izjava mora biti data „pismeno“ otvara mogućnost i drugačijeg tumačenja. Naime, postoje snažni argumenti u prilog tome da je izjava pismena, i ako je data u tekstualnoj formi, koja za razliku od pismene forme ne mora da bude

93 Upor. C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, 117 i 118.

94 Upor. R. Janal, *op. cit.*, 372.

95 A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 3.

praćena svojeručnim potpisom davaoca.⁹⁶ Prema tome, kada zakonodavac predviđa da određene izjave moraju da budu date „pismeno“, takav zahtev treba tumačiti u zavisnosti od utvrđene namere zakonodavca. U slučaju da je zakonodavac zahtevom pismenosti jedino hteo da isključi mogućnost davanja usmene izjave, onda je za ostvarenje cilja tog pravila dovoljna i tekstualna forma.⁹⁷

Iako tekstualna forma, kao najjednostavnija i najblaža vrsta forme, ne može da zameni druge propisane vrste forme, obrnuta situacija je moguća i dopuštena. Drugim rečima, uvek kada zakonodavac propisuje tekstualnu formu neke izjave, taj zahtev je ispunjen i ako se učesnici opredele za pismenu, elektronsku, svečanu, odnosno notarsku formu.⁹⁸ Razlog zbog koga tekstualna forma može da bude zamenjena nekom drugom vrstom forme se ogleda u činjenici da su uslovi za postojanje svih tih ostalih formi daleko stroži, te istovremeno ispunjavaju i značajno blaže uslove tekstualne forme.

Mirjana Radović, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

TEXTUAL FORM (“IN WRITING, ON PAPER OR ANOTHER DURABLE MEDIUM”) IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW

Summary

Over the past years, under the influence of the European Union law, the Serbian legislator introduced a new type of form by using the following wording in numerous laws: “in writing, on paper or another durable medium”. This type of form is still not recognized in the Serbian legal theory. Therefore, in this paper the author proposes the term “textual form” that can be used to describe the form of statements which should be given “in writing, on paper or another durable me-

96 Takvo tumačenje prihvata i evropski *Draft Common Frame of Reference*, Art. I.-1-106, kao i *Principles of European Contract Law*, Art. 1-301(6).

97 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1317.

98 D. Einsele u: F. J. Säcker (Red.), *op. cit.*, 1319; upor. M. Höreth, *op. cit.*, R25; M. Junker u: K. Vieweg (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 2; A. Arnold u: H. P. Westermann (Hrsg.), *op. cit.*, Rn. 10.

dium". Textual form comprises all kinds of unsigned legible statements, since it does not require a signature or a qualified electronic signature. Hence, it is the simplest type of form. Its main purpose is to enable documenting of certain statements. In addition to that, textual form can be used to simplify legal relations and their execution, in comparison to more stringent requirements of other, traditional types of form. When the law prescribes textual form of a statement, the giving of such a statement should fulfill several conditions. Namely, it should be: a) legible, b) on a durable medium, c) with a clear identification of a person that gives the statement, d) with a clear ending of the statement, and e) directed at the intended recipient. In this regard, posting of information on a web-page poses a specific problem, since such statements are not addressed personally to a certain recipient and are not given on a durable medium which enables the unchanged reproduction of its content by the recipient. All the conditions for giving a statement in textual form should in principle also be fulfilled at the time of receipt by the intended recipient. Moreover, in order for the statement to be considered received by the recipient, he or she needs to become aware of its content. Alternatively, if the intended recipient has agreed in advance that statements can be delivered to him or her on a chosen durable medium (e.g. on a certain e-mail address), a statement is considered received from the moment it arrives in the recipient's sphere of control, so that under normal circumstances he or she can be expected to become aware of its content.

The first part of the paper deals with the notion and functions of textual form, with a special emphasis on its main differences in comparison to classical types of form (e.g. in writing, electronic, notary form). Thereafter, the author gives concrete examples of legal rules that insist on textual form of certain statements. The next part of the paper explores the conditions with regard to giving and receiving a statement, without which the requirement of textual form cannot be satisfied. Finally, the author analyses the legal consequences of non-fulfillment of the legally prescribed textual form, as well as the possibility to satisfy such a requirement with other types of form (for example, with form in writing or electronic form) and vice versa – the possibility of satisfying the requirement for other types of form with textual form.

Key words: *Textual form. – Durable medium. – Form in writing. – Unsigned written statement.*

Dr Marko Stanković*

EKONOMSKA PRAVA U USTAVNOM SISTEMU SRBIJE: PRAVO NA RAD

Ovaj rad je posvećen analizi pravnog položaja prava na rad u Republici Srbiji. Pravo na rad je jedno od najznačajnijih ekonomskih prava i preduslov za ostvarivanje mnogih ekonomskih i socijalnih prava. Jedan deo rada posvećen je materijalnopravnom regulisanju prava na rad, a drugi je posvećen procesnopravnim aspektima položaja tog prava. Na kraju, dati su predlozi za poboljšanje položaja prava na rad u Republici Srbiji.

Ključne reči: *Ekonomska prava. – Pravo na rad. – Ustav Republike Srbije od 2006. – Zakon o radu. – Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova.*

1. RAZGRANIČENJE EKONOMSKIH OD SOCIJALNIH PRAVA

Ekonomska prava spadaju u tzv. drugu generaciju prava čoveka, zajedno sa socijalnim i kulturnim pravima i definišu se kao pozitivna prava, za razliku od građanskih i političkih kao negativnih prava.¹ Prava druge generacije nastala su u XX veku, mada su se kao predmet ustava afirmisala još u preambuli Ustava Francuske od 1848. (ustav tzv. Druge republike). Dok se prva generacija ljudskih prava bavi prevashodno ograničenjem zloupotrebe vlasti, samovolje vladara, a ne pri-daje se neka, gotovo nikakva važnost ulozi države i ostvarivanju društvenog blagostanja, upravo je to glavna karakteristika druge generacije ljudskih prava. Države su, naročito posle Drugog svetskog rata, bile oprezne u vezi sa pravnim uokvirenjem ekonomskih i socijalnih prava u formi ustavnih normi. To je bilo izazvano uništenim ekonomijama, uzrokovanim razaranjima u ratnim godinama, kompletnom društve-

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *stankovicm@ius.bg.ac.rs*. Rad je nastao u okviru projekta „Identitetski preobražaj Srbije“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

1 M. Paunović, *Osnovi ljudskih prava – izvornik i pojmovnik*, Beograd 2002, 16.

nom skepsom. Ipak, nakon određenog vremena, usledila je prava ekspanzija razvitka socijalnih sistema i pridavanja važnosti ekonomskim i socijalnim pitanjima i pravima.

Ekonomska i socijalna prava su, osim što su „generacijski“ povezana, i sadržinski neraskidivo spojena, pa nije iznenađenje što se često izlažu kao jedna grupa prava, pod nazivom „ekonomsko-socijalna“ ili „socijalno-ekonomska“ prava. To se neretko čini i u međunarodnim sporazumima, univerzalnim i regionalnim, kojima se reguliše njihova materija. No, ipak je neophodno razgraničiti socijalna od ekonomskih prava, odnosno odrediti koja su ekonomska prava u užem smislu. Za tu svrhu, kako bi se izbegla eventualna nedoslednost prilikom razgraničenja ove dve srodne grupe prava, verovatno je najuputnije prihvatiti podelu koju je između ove dve grupe ljudskih prava napravio jedan od najvećih autoriteta naše ustavnopravne nauke, Ratko Marković. Prema toj koncepciji, u grupu ekonomskih prava spadaju pravo svojine, pravo nasleđivanja, pravo na rad, pravo na socijalno osiguranje i pravo na štrajk.² S druge strane, socijalna prava u užem smislu su pravo na zaštitu zdravlja, pravo na zdravu životnu sredinu, pravo na zaštitu porodice, majke, samohranog roditelja i deteta, pravo na socijalnu zaštitu i pravo na školovanje (obrazovanje).³

2. PRAVO NA RAD – POJAM I NAČELA

Pravna priroda prava na rad je specifična. „To pravo ne znači obavezu države da obezbedi zaposlenje svakom radno sposobnom građaninu, s jedne, niti subjektivno pravo na zaposlenje takvog građanina, s druge strane, nego je to pre svega pravo da se radi, pravo na sigurnost radnog odnosa i pravo na materijalno obezbeđenje za vreme nevoljne nezaposlenosti.⁴“ U vezi sa pravom na rad neophodno je pre svega pomenuti i osnovna načela koja se tiču prava na rad: 1) načelo slobode rada, koja se javlja kao antipod prinudnom radu (danas, nakon dugotrajnog i mukotrpnog razvitka prava na rad u svim zemljama postoji zabrana prinudnog rada u svim svojim oblicima – kao sredstva za posticanje ekonomskog razvoja, kao disciplinska mera nad licima na izdržavanju kazne lišenja slobode, kao sredstvo političkog prisiljavanja);

2 R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 480–482.

3 *Ibid.*, 482–484.

4 *Ibid.*, 475.

- 2) načelo jednakosti šansi i postupanja; 3) načelo slobode udruživanja; 4) zabrana dečjeg rada.⁵

Tek kada se u jednoj zemlji ostvare ova načela definisana još Deklaracijom o osnovnim načelima i socijalnim pravima od 1998. i sprovedu mere protiv diskriminacije ima mesta govoriti o pravu na rad.

Dakle, pravo na rad podrazumeva da lice ima slobodu da izabere zanimanje, da ima jednaku dostupnost radnog mesta pod jednakim uslovima, kao i obavezu države da stvori uslove za zapošljavanje.⁶ Kako navodi Lubarda, „to znači da je država dužna da preduzme aktivnosti radi omogućavanja slobodnog izbora zanimanja, pune zaposlenosti, pristupa besplatnim službama za zapošljavanje, profesionalnu orijentaciju i profesionalno obrazovanje. Poseban značaj prava na rad je u tome što je je pretpostavka za ostvarivanje niza drugih individualnih i kolektivnih prava: prava na zaradu, prava na štrajk...”⁷

3. PRAVO NA RAD U USTAVU SRBIJE OD 2006.

Ustav Republike Srbije od 2006. godine nosi značajno bogatiji i bolji katalog ljudskih prava u odnosu na svog prethodnika, Ustav od 1990. godine. Deo Ustava Srbije koji nosi naziv „Ljudska i manjinska prava i slobode“ (čl. 18–81) svojevrsna je mešavina ljudskih prava predviđenih u najznačajnijim međunarodnim aktima (Evropskoj povelji o ljudskim pravima od 1950, međunarodnim paktovima UN od 1966 itd) i manjinskih prava predviđenih u Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope od 1995. Veoma je širok spektar

5 Navedena načela, normativno su uokvirena konvencijama Međunarodne organizacije rada: Konvencijom br. 29 o prinudnom radu, Konvencijom br. 105 o ukidanju prinudnog rada, Konvencijom br. 138 o minimalnim godinama života, Konvencijom br. 182 o najgorim oblicima dečjeg rada, Konvencijom br. 87 o sindikalnoj slobodi i zaštiti sindikalnih prava, Konvencijom br. 98 o primeni načela prava organizovanja i kolektivnog pregovaranja, Konvencijom br. 100 o jednakom nagrađivanju i Konvencijom br. 111 o diskriminaciji. Republika Srbija je izvršila ratifikaciju svih navedenih konvencija, a Deklaracijom MOR-a o osnovnim principima i pravima na radu (1998) navedenih osam konvencija priznato je za osnovne konvencije ove organizacije. Opširnije kod: B. Šunderić, *Pravo MOR-a*, Beograd 2001, 159–201; A. Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Niš 2009, 96–281.

6 M. Pajvančić, *Ustavno pravo – Ustavne institucije*, Novi Sad 2007, 148–149.

7 B. Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Beograd 2015, 97.

prava koja pokriva, jasno naglašavajući usklađenost sa međunarodnim ugovorima. Ustavom se takođe definiše položaj stranaca i njihova prava i dužnosti.

Ono što predstavlja osetno poboljšanje u odnosu na prethodni Ustav jeste postojanje odredbe koja omogućava ispravljanje eventualnih nedostataka kataloga ljudskih prava. To je stav 3 člana 18, koji predviđa da se norme o ljudskim i manjinskim pravima interpretiraju u korist unapređenja „vrednosti demokratskog društva“, i to u skladu sa međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, ali i praksom međunarodnih institucija zaduženih za nadzor nad njihovim sprovođenjem. Dakle, prilikom tumačenja odredbi ljudskih prava u obzir se moraju uzeti stavovi npr. Evropskog suda za ljudska prava ili stavovi nekih tela u okviru UN. Iz tog razloga se može pretpostaviti da obaveza tumačenja ovih stavova ide u korist unapređenja ljudskih prava.

Pravo na rad i druga prava u vezi sa radom definisana su čl. 60 Ustavom. Ta odredba propisuje sledeću sadržinu prava na rad: „Jemči se pravo na rad, u skladu sa zakonom. Svako ima pravo na slobodan izbor rada. Svima su, pod jednakim uslovima, dostupna sva radna mesta. Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći. Ženama, omladini i invalidima omogućuju se posebna zaštita na radu i posebni uslovi rada, u skladu sa zakonom.“

4. PRAVO NA RAD U MATERIJALNOM ZAKONODAVSTVU

Materija prava na rad je u najvećoj meri uređena Zakonom o radu,⁸ kojim su precizirana prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, odnosa po osnovu rada. Ovaj zakon se primenjuje na zaposlene na teritoriji Republike Srbije, bez obzira da li su zaposleni kod domaćeg ili stranog pravnog ili fizičkog lica, a takođe i na zaposlene koji su upućeni na rad u inostranstvo od strane poslodavca, i na strana lica koji su zaposleni na teritoriji Republike Srbije. Najnovije izmene zakona su stupile na snagu 29. jula 2014. i treba da doprinesu sprovođenju

8 *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

mera fiskalne politike u cilju unapređenja investicija, smanjenju rada na crno i smanjenju nezaposlenosti.

Zakon o radu definiše opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, koji se odnosi na starosnu dob, odnosno minimalni uzrast za zapošljavanje, te sledstveno navedenom radni odnos može da se zasnjuje sa osobom koje ima najmanje 15 godina života, ali ispunjava i druge, posebne, uslove za rad na određenim poslovima, utvrđene zakonom, odnosno pravilnikom samog poslodavca o organizaciji i sistematizaciji poslova.⁹ Pravilnikom se utvrđuju organizacioni delovi kod poslodavca, vrsta poslova, vrsta i stepen stručne spreme i drugi posebni uslovi za rad na tim poslovima.¹⁰ Radni odnos sa licem mlađim od 18 godina života može da se zasnjuje uz pismenu saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca, ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako takav rad nije zabranjen zakonom. Kandidat je dužan da prilikom zasnivanja radnog odnosa poslodavcu dostavi isprave i druge dokaze o ispunjenosti uslova za rad na poslovima za koje zasniva radni odnos, utvrđenih pravilnikom. Poslodavac ne može od kandidata da zahteva podatke o porodičnom, odnosno bračnom statusu i planiranju porodice, odnosno dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos. Poslodavac ne može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće, osim ako nisu u pitanju poslovi kod kojih postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta, ako to utvrdi nadležni zdravstveni organ. Poslodavac ne može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa prethodnim davanjem izjave o otkazu ugovora o radu od strane kandidata, iako se to u praksi čini.

Poslodavac je dužan da pre zaključivanja ugovora o radu kandidata obavesti o poslu, uslovima rada, pravima i obavezama iz radnog odnosa. Radni odnos se zasniva potpisivanjem ugovora o radu. Ugovor o radu zaključuju zaposleni i poslodavac, a smatra se zaključenim kad ga potpišu zaposleni i direktor, odnosno preduzetnik. Može da se zaključi na neodređeno ili određeno vreme. Ugovor u kome nije utvrđeno vreme na koje se zaključuje smatra se ugovorom o radu na neodređeno vreme.

9 Opširnije o opštim i posebnim uslovima za zasnivanje radnog odnosa vidi kod: B. Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Beograd 2015, 100–105.

10 Opširnije o pravnoj prirodi pravilnika o organizaciji i sistematizaciji poslova vidi kod: Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd 2013, 169–171.

Poseban značaj Zakon o radu posvećuje zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, jer su se upravo u Srbiji ranije često dešavale povrede radnika, pa je sada ta oblast detaljno regulisana. Pored toga, usvojen je i poseban Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu.¹¹ Zakonom je regulisana zarada, naknade zarade i druga primanja, zatim radno vreme i odsustva, stručno osposobljavanje, usavršavanje i napredovanje na radu, disciplinska odgovornost, odgovornost za štetu, prestanak radnog odnosa (koji u praksi najčešće dovodi do radnih sporova), kao i zaštita iz radnog odnosa.¹²

Pored definisanja normi koje obuhvataju individualna prava zaposlenih, Zakon o radu u velikoj meri reguliše i kolektivna prava zaposlenih, i to pre svih pravo na udruživanje zaposlenih i poslodavaca. Sindikat je profesionalno udruženje radnika zasnovano na vrlini solidarnosti, u cilju unapređenja kolektivnih – socijalnih, ekonomskih, moralnih interesa i dostojanstva na radu, socijalnog blagostanja, zaštite individualnih i kolektivnih prava članstva, razvoja socijalnog dijaloga i regulisanja uslova rada, kao i razvoja socijalne demokratije. Način formiranja i delovanja sindikata uređen je statutom samog sindikata i zakonom. Sindikati se mogu udruživati u granske, sektorske, u nacionalnim i međunarodnim okvirima, na nivou federacije, pa čak i konfederacije (vertikalano sindikalno organizovanje). Sindikati su suštinski bitni jer učestvuju u socijalnom dijalogu, tripartitnom – sa udruženjima poslodavaca i predstavnicima državne vlasti. U Srbiji način upisa u registar sindikata radnika i udruženja poslodavaca propisuje ministar. Da bi jedan sindikat mogao da postane reprezentativan treba da ispuni određene materijalnopravne i formalnopravne uslove, koji su definisani u Zakonu o radu.

Od propisa koji uređuju oblast prava na rad treba izdvojiti Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu,¹³ Zakon o platama u državnim organima i javnim službama,¹⁴ Zakon o štrajku,¹⁵ Zakon o socijalno-eko-

11 Službeni glasnik RS, br. 101/2005 i 91/2015.

12 P. Jovanović, „Pravni sadržaj opšte zaštite zaposlenih u radnoj sredini“, *Pravna riječ*, 35/2013, 539–543.

13 Službeni glasnik RS, br. 36/2010.

14 Službeni glasnik RS, br. 34/2001, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 116/2008 – dr. zakoni, 92/2011, 99/2011 – dr. zakon, 10/2013, 55/2013, 99/2014 i 21/2016 – dr. zakon,

15 Službeni list SRJ, br. 29/96 i Službeni glasnik RS, br. 101/2005 – dr. zakon i 103/2012 – odluka US.

nomskom savetu,¹⁶ Zakon o volontiranju,¹⁷ Zakon o zaštiti građana SRJ na radu u inostranstvu,¹⁸ Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom¹⁹ dok postoje i posebni zakoni u oblasti radnih odnosa u državnoj administraciji i javnom sektoru. Pored ovih zakona treba napomenuti i važnije pravilnike, a posebno Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu,²⁰ kojim se regulišu pravila ponašanja poslodavca i zaposlenih, odnosno drugih radno angažovanih lica, a u vezi sa prevencijom zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom, a takođe i prevenciju seksualnog uznemiravanja na radu ili u vezi sa radom.

Ministarstvo nadležno za rad, zapošljavanje i socijalnu politiku, kao i sva reprezentativna udruženja zaposlenih i poslodavaca u Srbiji, u saradnji sa MOR-om doneli su program koji predstavlja strateško planiranje saradnje MOR-a sa Republikom Srbijom za period od 2013–2017. godine. Program ima za cilj promovisanje dostojanstvenog rada u Republici Srbiji, odnosno promovisanje najviših međunarodnih standarda u domenu rada, zapošljavanja i socijalne politike i njihovo ugrađivanje u zakonodavstvo i praksu u našoj zemlji. Označena su tri glavna prioriteta koji će odrediti pravac i cilj delovanja pomoći MOR u periodu do 2017. godine, a to su: jačanje kapaciteta državnih institucija i socijalnih partnera radi unapređenja upravljanja tržištem rada, povećanje mogućnosti zapošljavanja i jačanje sistema socijalne zaštite. Potpisujući dokument, strane učesnice odobrile su program dostojanstvenog rada i istakle su svoja zajednička nastojanja ka ostvarivanju njegovih ciljeva.

5. POSEBNA PROCESNA ZAŠTITA PRAVA NA RAD

Pored brojnih propisa koji regulišu materijalnopravni aspekt ljudskih prava, važno je i pitanje njihove zaštite. Ta zaštita je jedan širok pojam, počev pre svega od javnopravne zaštite – međunarodne i regionalne zaštite socijalnih prava, do zaštite unutar same Republike Srbije. Pored toga, važna je i zaštita pravatnopravnog karaktera. Javnopravna

16 *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.

17 *Službeni glasnik RS*, br. 36/2010.

18 *Službeni list SRJ*, br. 24/1998.

19 *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009.

20 *Službeni glasnik RS*, br. 62/2010.

i privatnopravna zaštita ljudskih prava dovode do pluralizma u zaštiti koji je veoma delotvoran.

Osim „opšte“ zaštite, koja je na raspolaganju za povrede svih ljudskih prava garantovanih Ustavom (u krivičnom, upravnosudskom, prekršajnom, ustanovnosudskom i drugim postupcima), u pravnom sistemu Republike Srbije postoji i „posebna“ zaštita prava na rad. Ona se ogleda pre svega u posebnom postupku za rešavanje radnih sporova, koji je regulisan u nekoliko zakona.

Osnovni propis u vezi sa rešavanjem radnih sporova je Zakon o radu, a postoje i posebna dva postupka u okviru Zakona o parničnom postupku za njihovo rešavanje. Zakon o radu se u XVII delu bavi isključivo ostvarivanjem i zaštitom prava zaposlenih, gde je definisano da o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa odlučuje: 1) u pravnom licu – nadležni organ kod poslodavca, odnosno lice utvrđeno zakonom ili opštim aktom poslodavca ili lice koje oni ovlaste; 2) kod poslodavca koji nema svojstvo pravnog lica – preduzetnik ili lice koje on ovlasti. Zaposlenom se u pisanom obliku dostavljaju sva rešenja o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti, sa obrazloženjem i poukom o pravnom leku. Sam zakon navodi da se opštim aktima poslodavca i ugovorom o radu može predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. U slučaju da to ne uradi poslodavac, sam zakon uređuje da sporna pitanja rešava arbitar. Arbitra sporazumno određuju strane u sporu, i to iz reda stručnjaka iz oblasti koja je predmet spora. Rok za pokretanje ovog postupka je tri dana od dana dostavljanja rešenja zaposlenom. Arbitar je dužan da odluči u roku od deset dana od dana podnošenja zahteva. Dok traje postupak pred arbitrom zbog otkaza ugovora o radu, zaposlenom radni odnos miruje. Ukoliko arbitar u navedenom roku ne odluči, rešenje o otkazu ugovora o radu postaje izvršno. Odluka arbitra je konačna, što znači da obavezuje i zaposlenog i poslodavca. Ovakav vid rešavanja radnog spora naziva se „unutrašnja arbitraža“ jer se spor rešava na relaciji poslodavac – zaposleni.

Zaposlenom uvek ostaje mogućnost da pokrene spor pred nadležnim sudom, u roku od 60 dana od dana dostavljanja rešenja, odnosno saznanja za povredu prava. Zaposleni moraju da paze na rok, jer sva novčana potraživanja iz radnog odnosa zastarevaju u roku od tri godine od dana nastanka obaveze.

Sporovi iz radnih odnosa rešavaju se u građanskom sudskom postupku primenom Zakona o parničnom postupku koji u svom trećem delu, među posebnim postupcima, kao prvi od posebnih postupaka uređuje upravo postupak u parnicama iz radnih odnosa, a odmah zatim i postupak u parnicama povodom kolektivnih ugovora (osim radnih sporova u toku stečaja, koje rešavaju privedni sudovi, po atrakciji nadležnosti).

Kada se pokrene sudski individualni radni spor, koji je hitan, u prvom stepenu sudi sudija pojedinac, a pred višim instancama u veću od troje sudija. Sud može po službenoj dužnosti da odredi privremene mere u skladu sa zakonom o izvršenju i obezbeđenju, kako bi sprečio nasilno postupanje ili otklonio nenadoknadivu štetu. Odluka o određivanju privremene mere se donosi u roku do osam dana od dana podnošenja predloga. Protiv rešenja o određivanju privremene mere nije moguća posebna žalba. Ukoliko uredno pozvan tuženi ne dođe na ročište za glavnu raspravu, ročište će se održati i sud će odlučiti na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja. O posledicama izostanka sa ročišta sud upozorava tuženog u pozivu za ročište. Rok za izvršenje neke činidbe utvrđene presudom je osam dana. U sporovima o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa dozvoljena je revizija. Ovaj postupak se u ostalim pitanjima vodi po pravilima uobičajenog parničnog postupka. Kod individualnih radnih sporova u prvom stepenu nadležan je osnovni sud, koji je takođe nadležan i za krivična dela iz radnih odnosa.

I postupak povodom kolektivnih radnih sporova, ako spor nije rešen mirnim putem ili putem arbitraže se vodi po specifičnim pravilima. U postupku o kolektivnim ugovorima, koji je takođe hitan, sud može da zastane sa postupkom najduže do 30 dana kako bi stranke pokušale da spor reše mirnim putem. Presudom u sporovima povodom kolektivnih ugovora sud izriče kako glasi odredba u kolektivnom ugovoru kojom se uređuje sporno pitanje, a izreka presude postaje sastavni deo kolektivnog ugovora sve dok je taj ugovor na snazi. Sud u presudi kojom se utvrđuje izvršenje neke činidbe određuje rok za to izvršenje, dok je rok za žalbu osam dana. Rok za rešavanje o žalbi je 60 dana. I u parnicama povodom kolektivnih ugovora je dozvoljena revizija. Na ovaj postupak se primenjuju opšta pravila parničnog postupka. Kod kolektivnih radnih sporova (povodom kolektivnih ugovora, prava na štrajk...) u prvom stepenu nadležan je Viši sud.

O žalbama na odluke osnovnih i viših sudova odlučuje Apelacioni sud. Jedini izuzetak je u sporovima po žalbama u radnim sporovima proisteklim iz stečaja ili likvidacije, gde je nadležan Privredni apelacioni sud. Vrhovni kasacioni sud odlučuje u radnim sporovima po reviziji i zahtevu za preispitivanje pravosnažne presude. Moguće je čak i nakon odluke Vrhovnog kasacionog suda ponoviti pravosnažno okončan postupak ako Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdi povredu ili uskraćivanje prava zaposlenog, ili ako je zaposleni stekao mogućnost da upotrebi odluku ESLjP.

Problem kod sudova u Srbiji je što i pored brojnih ideja, planova i reformi, još uvek ne postoje specijalizovani radni sudovi. Problem bi bio umnogome manji da bar postoje prvostepeni radni sudovi. Činjenica je da je poseban postupak regulisan u ZPP doprineo nekom „posebnom“ rešavanju radnih sporova, ali to ni izbliza nije dovoljno za neophodnu specijalizaciju radnih sudova i naravno sudija. Interesantno je da je „specijalizovano sudstvo“ imalo svoj začetak u Srbiji još 1910. sa donošenjem Zakona o radnjama, a u SFRJ su u periodu samoupravljanja postojali sudovi udruženog rada, koje je po logici stvari samo trebalo transformisati u specijalizovane sudove rada (kao u Sloveniji) – što nažalost nije učinjeno, čime je na neki način prekinuta dobra tradicija.²¹ Pri tome, radni sudovi su neophodni kako zbog mnoštva izvora radnog prava tako i zbog potrebe za efikasnošću zbog izražene socijalne dimenzije ovih sporova.

Specifičnost radnih sporova prepoznaje se i u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, gde je regulisano izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad. Za odlučivanje o predlogu za izvršenje i sprovođenje izvršenja na osnovu izvršne isprave po kojoj je poslodavac dužan da zaposlenog vrati na radno mesto, mesno je nadležan sud na čijem se području nalazi sedište poslodavca, a sam predlog se može podneti u roku od 60 dana od dana kada je izvršni poverilac stekao pravo da predlog podnese. Zakonom je regulisan i način sprovođenja izvršenja, kao i naknada izgubljene zarade u slučaju vraćanja zaposlenog na rad. Izvršenje na osnovu izvršne isprave po kojoj je poslodavac dužan da zaposlenog vrati na rad ili da ga rasporedi na odgovarajuće radno mesto, sprovodi se izricanjem novčane kazne poslodavcu i odgovornom licu, koje se ponavlja sve dok izvršni dužnik ne izvrši svoju obavezu.

21 B. Lubarda, *Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd 2012, 768–772.

Zaposleni koji je podneo predlog da bude vraćen na rad, može predložiti da sud donese rešenje kojim će odrediti da mu izvršni poslodavac isplati na ime zarade mesečne iznose dospele od pravnosnažnosti presude do ponovnog vraćanja na rad i odrediti izvršenje radi naplate utvrđenih iznosa. Rešenje kojim se predlog za naknadu usvaja ima dejstvo rešenja o izvršenju. Naknada mesečne zarade određuje se u iznosu koji bi zaposleni ostvario da je bio na radu, sa porezima i doprinosima koji se plaćaju iz zarade.

Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova,²² preciziran je način i postupak rešavanja radnih sporova. Ovim zakonom je uređen izbor prava po kome se određeni radni spor ima rešavati, izbor miritelja i arbitara, kao i njihove obaveze i druga pitanja od značaja za mirno rešavanje radnih sporova. Ovim zakonom precizirani su način i uslovi za pokretanje i vođenje postupka mirnog rešavanja radnog spora, ali samo ako o istom sporu već nije odlučeno primenom pozitivno-pravnih propisa o radu. Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova uređuje rešavanje radnih sporova mirnim putem i arbitražom izvan poslodavca. Tu tzv. „spoljnu arbitražu“ sprovodi Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova. Ona rešava kako kolektivne, tako i individualne radne sporove, a sprovodi i postupak mirenja i postupak arbitraže. Ako o spornom pitanju teče sudski postupak, sud će zastati sa postupkom i sačekati rezultat postupka mirnog rešavanja spora. Arbitar zakazuje raspravu, obaveštava strane, o datumu rasprave i dr. Raspravi prisustvuju arbitar i strane u sporu, ako neka strana izostane, arbitar može održati raspravu u njenom odsustvu. Arbitar rukovodi raspravom, uzima izjave, a kada smatra da je predmet spora dovoljno raspravljen i da može doneti odluku, zaključuje raspravu. Rešenje spora sadrži uvod, izreku, obrazloženje, uputstvo o pravnom sredstvu, ime i prezime arbitra, broj i datum rešenja i pečat Agencije. Protiv ovog rešenja nije dozvoljena žalba i postaje izvršno danom dostavljanja.

Mirenje je postupak u kome miritelj pruža pomoć stranama u kolektivnom sporu sa ciljem da zakluče sporazum o rešenju spora ili u kome miritelj daje strankama preporuku kako da reše nastali spor (a arbitraža je, kao što je rečeno, postupak u kome arbitar odlučuje o predmetu individualnog radnog spora). Postupak se pokreće pod-

22 Službeni glasnik RS, br. 125/2004 i 104/2009.

Opširnije o mirnim metodama rešavanja kolektivnih radnih sporova vidi kod: B. Lubarda, *Rešavanje kolektivnih radnih sporova, metodi i institucije*, Beograd 1999, 80–120.

nošenjem predloga Republičkoj agenciji za mirno rešavanje sporova. Miritelja strane sporazumno biraju iz imenika miritelja i arbitara koji vodi agencija. Učesnici u kolektivnom pregovaranju mogu Agenciji za mirno rešavanje spora da podnesu predlog za učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju. Predlog sadrži vrstu kolektivnog ugovora, učesnike, mesto i vreme, ime prezime i adresu miritelja. Ovim se može uspešno smanjiti potreba za štrajkom, što je od velikog značaja. Izabrani miritelj prisustvuje u postupku pregovaranja i ima dužnost da bude nepristrastan. Postupak mirenja se vodi pred odborom za mirenje koga čine po jedan predstavnik strana i miritelj. Miritelj zakazuje, vodi raspravu mirenja, i van rasprave samostalno prikuplja informacije itd. Po okončanju postupka mirenja, miritelj zaključuje raspravu i članovima odbora donosi preporuku o načinu rešavanja spora, koja ne obavezuje strane. Ali ako je one prihvate, onda zaključuju sporazum o rešavanju spora. Ako se postupak mirenja ne okonča zaključivanjem sporazuma o rešavanju spora, miritelj raspušta odbor i nastavlja postupak mirenja neposrednim kontaktom sa stranama u sporu. Cilj Agencije je da promoviše i ističe prednosti mirnog rešavanja sporova, s obzirom na karakteristike koju takvo rešavanje spora ima u odnosu na klasični sudski postupak, i njeno postojanje bar delimično rešava problem nepostojanja specijalizovanih radnih sudova.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu reguliše pitanje mobinga: sprovođenje zabrane zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, mere za sprečavanje zlostavljanja i unapređenje odnosa na radu, postupak zaštite lica izloženih zlostavljanju na radu i u vezi sa radom i druga pitanja.

Postupak zaštite kod poslodavca je obavezan za sve slučajeve zlostavljanja, osim kada je zlostavljač sam poslodavac (direktor). Tada se ovaj postupak preskače i pokreće se postupak direktno pred sudom. Postupak se pokreće zahtevom. Poslodavac je dužan da u roku od tri dana ponudi posredovanje. Ono je zatvoreno za javnost, a može da prisustvuje predstavnik sindikata i drugi predstavnici zaposlenih. Rok za sprovođenja postupka posredovanja iznosi osam radnih dana, a rok u kome posrednik mora okončati postupak posredovanje iznosi 30 dana. Ako posredovanje ne uspe, pokreće se postupak utvrđivanja odgovornosti zaposlenog. Rok zastarelosti iznosi šest meseci od poslednjeg zlostavljanja.

Mere za sprečavanje zlostavljanja do okončanja spora prema zlostavljaču su: opomena, udaljavanje do 30 dana bez zarade, premeštaj

na drugo radno mesto (a ako ponovi radnju u roku od šest meseci, onda otkaz ugovora o radu). Zakon propisuje i sudsku zaštitu u slučaju zlostavljanja na radu. Pravo zaposlenog da podnese tužbu u bilo kom momentu trajanja postupka, a najkasnije 15 dana od prekidanja medijacije. Nadzor vrši inspekcija ministarstva rada. Nadzor predviđen ovim zakonom odnosi se samo na procedure poštovanja zakonom propisanih obaveza zaposlenih i poslodavca, ne ulazeći u određivanje da li je došlo do zlostavljanja ili ne. To utvrđivanje prepušteno je stručnjacima – veštacima. Izuzetno je važno postojanje kaznenih odredbi, jer time zakonodavac daje na znanje prekršiocima da će se kazneno sankcionisati svako vršenje zlostavljanja. Posebne materijalne nadoknade za zlostavljanog su predviđene u drugom postupku po zakonskim procedurama (onih zakona koji se bave nematerijalnom i materijalnom štetom nastalom zlostavljanjem).

Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom zlostavljanja na radu, bliže objašnjava pravila koja bi trebalo da posluže kao preventiva, da do zlostavljanja uopšte i ne dođe. Ovim pravilnikom su opisana ponašanja koja bi mogla da ukažu na postojanje raznih vidova zlostavljanja. Takođe sadrži i odredbe koje govore o tome koje ponašanje se neće smatrati zlostavljanjem.

Zaštiti radnih odnosa umnogome doprinosi i inspeksijski nadzor. Inspeksijski nadzor u oblasti rada, bezbednosti i zdravlja na radu i radnih odnosa sprovodi Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike i od prvorazrednog je značaja u oblasti radnog i socijalnog prava. Inspektorat za rad obavlja poslove inspeksijskog nadzora u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu i radnih odnosa nad primenom Zakona o radu, Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakona o zabrani pušenja u zatvorenim prostorijama, Zakona o privatnim preduzetnicima, Zakona o privrednim društvima u delu koji se odnosi na bezbednost i zdravlje na radu, Zakona o štrajku, opšteg kolektivnog ugovora, posebnih i kolektivnih ugovora kod poslodavca, opštih akata i ugovora o radu kojima se uređuju prava obaveze i odgovornosti zaposlenih u organizacijama, pravnim licima i drugim oblicima organizovanja kao i ustanovama. On treba pre ostalih da obezbedi adekvatnu primenu pobrojanih zakona svojim konstantnim i temeljnim kontrolama, i postupanjima po prijavama. Inspeksijska kontrola može biti redovna ili vanredna. U redovnu kontrolu inspektori dolaze na osnovu godišnjih planova rada, a u vanrednu po nečijoj prijavi. Posle obavljene kontrole inspektor mora da sastavi zapisnik, u kojem će navesti šta je sve našao

prilikom kontrole, koje je mere preduzeo i šta je naredio firmi koju je kontrolisao. U zapisniku se može ostaviti rok u kojem kontrolisana firma mora da otkloni nedostatke u poslovanju koje je uočio inspektor. U tom slučaju, ako firma u propisanom roku postupi po nalogima inspektora, neće biti donošeno zvanično rešenje o kaznenim merama. Pre zaključenja, inspektor mora da pročita zapisnik svim osobama koje učestvuju u postupku ili su dale izjave. Svako od njih ima pravo da stavi primedbe na sadržaj zapisnika, a inspektor u taj isti zapisnik mora da unese i te primedbe. Na kraju postupka kontrole, svi koji su dali izjave treba da potpišu zapisnik, uključujući i inspektora. Ako neko od učesnika odbije da potpiše zapisnik, inspektor mora i to da upiše i da navede razlog. Svaka dopuna već zaključenog zapisnika mora se potpisati i overiti. Onaj ko je uložio prigovor zadržava pravo da se žali i na rešenje inspekcije koje je doneto na osnovu zapisnika. U nekim slučajevima dozvoljeno je podneti prigovor na zapisnik. Tada je inspekcija dužna da u određenom roku (obično 15 ili 30 dana) preispita zapisnik i odgovori na prigovor. Inspektor je obavezan da dostavi primerak zapisnika firmi nad kojom je obavio kontrolu. Inspektor rada može da preduzima korektivne, represivne ili mandatne kazne u zavisnosti od težine učinjene povrede.

6. UMEŠTO ZAKLJUČKA: PREDLOZI ZA UNAPREĐENJE POLOŽAJA EKONOMSKIH PRAVA U REPUBLICI SRBIJI

Radi unapređenja ostvarivanja svih ekonomskih prava u Republici Srbiji potrebno je preduzeti niz koraka. Jedan od njih je da se u Srbiji uspostave standardi ljudskih prava EU, koje je naša država već velikim delom usvojila, a sada treba da organizuje adekvatnu pripremu i mehanizme zaštite, što je svakako usko vezano sa podizanjem opšteg nivoa kulture socijalnih prava. Ekonomska prava u Srbiji su u vrlo specifičnoj situaciji, jer je Srbija decenijama bila u sistematskom ugrožavanju građanskih i političkih prava, pa je glavna pažnja nakon demokratskih promena bila usredsređena na zaštitu ovih prava, dok su ekonomska i socijalna prava ostala u drugom planu. Srbija treba sada da ekonomska prava poštuje, štiti i ispunjava.

Zatim, trebalo bi posvetiti značajnu pažnju rešavanju problema rada „na crno“, koji za sobom vuče jednu potpunu nesigurnost radnog

mesta, koji, nažalost, dovodi do nezavidne i ponižavajuće pozicije radnika u ovom trenutku u Srbiji.

Reforma pravosuđa bila je i ostaje važan prioritet Republike Srbije u cilju unapređivanja nezavisnosti pravosudnog sistema, nepristrasnosti i kvaliteta pravde – unapređenja stručnosti, odgovornosti i efikasnosti pravosuđa.²³ Analizom sumiranih rezultata postignutih u okviru prethodno sprovedene reforme, kao problemi pravosuđa čije je rešavanje najurgentnije izdvojili su se: reintegracija u pravosudni sistem sudija i javnih tužilaca koji su vraćeni na funkciju na osnovu odluke Ustavnog suda i preispitivanje pravosudne mreže; rešavanje zaostalih predmeta; rešavanje predmeta u razumnim rokovima; unapređenje statusa Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca i normativno regulisanje odgovornosti ova dva tela; ujednačavanje sudske prakse; uspostavljanje jedinstvenog sistema e-pravosuđa.

Marko Stankovic, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

ECONOMIC RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF SERBIA: RIGHT TO WORK

Summary

This paper is devoted to an analysis of the legal position of the right to work in the Republic of Serbia. The right to work is one of the most important economic rights and a precondition for the realization of many economic and social rights. One section of the paper is devoted to substantive regulation of the right to work and the other is dedicated to the procedural aspects of the protection of this right. Finally, suggestions for improving the situation of the right to work in the Republic of Serbia are given at the end.

Key words: *Economic rights. – Right to work. – Constitution of the Republic of Serbia from 2006. – Labor law. – Law on the peaceful settlement of labor disputes.*

23 Opširnije: M. Stanković, „Sudska vlast u ustavu Srbije od 2006. – kritički pogled“, *Sudije u pravnom sistemu – izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, Sarajevo 2013, 81–83.

Lidija Šimunović, LL.M.*

CESIJA IZNOSA IZ AKREDITIVA

Cesija iznosa iz akreditiva specifičan je instrument ustupanja novčanih sredstava iz akreditiva koji pobuđuje niz materijalnopравnih i procesnopравnih pitanja u akreditivnom poslovanju. Unatoč univerzalnoj međunarodnoj prihvaćenosti, ovaj institut nije bio predmetom sustavne analize niti u domaćoj niti u poredbenoj pravnoj doktrini. Cilj rada je ukazati na nelogičnosti u domaćem normativnom okviru i dati rješenja za učinkovitu provedbu instituta cesije iznosa iz akreditiva u domaćem pravu. U prvom dijelu rada daje se kronološki pregled nastanka i razvoja ovoga instituta. Potom se analizira normativni okvir i razgraničenje cesije iznosa iz akreditiva od drugih srodnih instituta. Središnji dio rada bavi se problematikom odnosa sadržaja akreditiva i cesije iznosa iz akreditiva. Utvrđuje se uzročna veza i ukazuje na moguće probleme u praksi u pogledu opsega ustupljenih prava i učinkovite provedbe cesije iznosa iz akreditiva. Razmatra se mogućnost primjene posebnih vrsta cesije iz domaćeg obveznog prava na cesiju iznosa iz akreditiva. Na kraju se iznosi ocjena postojećeg stanja i daju smjernice za učinkovitu primjenu ovoga instituta u domaćem pravu u skladu s međunarodnom standardnom bankarskom praksom.

Ključne riječi: *Akreditiv. – Cesija. – Cesija iznosa iz akreditiva. – UOP 600 pravila. – Međunarodna standardna bankarska praksa.*

1. UVOD U PROBLEMATIKU

Cesijom, kao institutom obveznog prava, domaća i međunarodna pravna doktrina rijetko se sustavno bavila.¹ Stoga i ne čudi da je

* Autorica je asistentica na Katedri trgovačkog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Osijeku, Hrvatska, lisimun@gmail.com.

1 Cf. H., Markovinović, *Ugovor o cesiji* (doktorska disertacija), Zagreb 2005, 5. Engl. *assignment*, njem. *Abtretung*, fr. *Cession*. Izraz cesija potječe od latinskog glagola *cedo*, 3., *cessi*, *cessum* (cf. M., Žepić, *Latinsko-hrvatski rječnik*, Zagreb

sustavna analiza cesije iznosa iz akreditiva u potpunosti ignorirana u pravnoj doktrini. Za potrebe ovoga rada pod izrazom „cesija iznosa iz akreditiva“ misli se na ustupanje novčanog iznosa iz akreditiva gdje se pomoću cesije prenosi dio ili cijeli iznos iz akreditiva sa osobe koja je originalno označena kao korisnik akreditiva (prodavatelj) na treću osobu koju korisnik (prodavatelj kao cedent) odredi.² Ovaj oblik prijenosa dozvoljen je čak iako je riječ o neprenosivom akreditivu jer se njime prenosi samo iznos koji se ima isplatiti po akreditivu, a ne i ostala prava iz akreditiva kao što su pravo na podnošenje dokumenata, pravo na postavljanje zahtjeva na naplatu itd. Svrha ovog oblika prijenosa očituje se u namjeri korisnika akreditiva da cediranjem iznosa iz akreditiva financira svoje dobavljače bez angažiranja vlastitih novčanih sredstava.

Etimologija naziva „cesija iznosa iz akreditiva“ navodi na zaključak da je riječ o institutu cesije iz obveznog prava. Takav zaključak nije u potpunosti točan, jer iako je riječ o izvedenici cesije koja svoju pravnu osnovu temelji na cesiji, međunarodna bankarska zajednica stvorila je specifična pravila u odnosu na ovaj oblik cesije koja u mnogočemu ne odgovaraju tradicionalnom poimanju instituta cesije u obveznom pravu³. Ishođenje spomenutog posebnog tretmana cesije iznosa iz akreditiva u odnosu na pravila obveznog prava koja reguliraju institut cesije bio je dugotrajan. U prošlosti su se vodile brojne rasprave o tome je li uopće moguće prenositi akreditive građanskopravnim institutom cesije s obzirom da akreditivi nisu vrijednosni papiri nego vrsta neprenosivih

1991). Za njemačko pravo cf: G. H. Roth i dr., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: (BGB), Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2a, 4. izd., München 2003., 2504. Za austrijsko pravo cf. M. Schwimanni dr., *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen*, 7. dio, 2., izd., Beč 1997, 467.

- 2 U radu se koristi izraz „cesija iznosa iz akreditiva“ koji se nomotehnički najbolje uklapa u domaću pravnu terminologiju. Isti izraz koristi B. Vukmir, *Pravo međunarodnih plaćanja Instrumenti osiguranja plaćanja*, Zagreb 2007, 149–151 (dalje u tekstu: Vukmir). Suprotno tomu u brošuri Hrvatske gospodarske komore, u službenom prijevodu Ujedačenih pravila i običaja za dokumentarne akreditive, Revizija 2007. godine, koristi se izraz „ustupanje prihoda“ koja nije najspretniji semantički prijevod.
- 3 Međunarodna trgovačka komora donijela je Međunarodnu standardnu bankarsku praksu (engl. International Standard Banking Practice, ISBP 745, 2013 Edition). Sadržaj dostupan u elektroničkom obliku: <http://store.iccwbo.org/Content/uploaded/pdf/ICC-International-Standard-Banking-Practice-2013-Revision-for-UCP-600.pdf>, 21. 7. 2015.

ugovora. Nakon što je sudska i poslovna praksa potvrdila pravnu valjanost ovoga instituta, uslijedila je i konačna potvrda uvrštavanjem ove odredbe o cesiji iznosa iz akreditiva u Ujedinjene običaje i praksu za dokumentarne akreditive (dalje u tekstu: UOP pravila).⁴

Unatoč takvoj univerzalnoj prihvaćenosti ovoga instituta, u praksi su se pojavila brojna nerazjašnjena pitanja oko njegove provedbe u domaćem pravu jer niti jedan od srodnih oblika prijenosa prava i obveza (kao što su cesija, subrogacija, prijenos ugovora, preuzimanje duga, pristupanje dugu ili preuzimanje ispunjenja) u potpunosti ne odgovaraju odnosima koji su prisutni kod cesije iznosa iz akreditiva. Situaciju dodatno otežava i sadržaj novonastalih prava i obveza između postojećih sudionika u akreditivnom aranžmanu i osobe kojoj je ustupljen iznos iz akreditiva. Postavlja se pitanje u kojem opsegu korisnik može prenijeti svoja prava i obveze iz akreditiva, a da pri tome ne ugrozi interese ostalih stranaka iz akreditivnog aranžmana?

Izloženi razlozi utjecali su i na koncepciju ovoga rada. Cilj je ovog rada analizirati razvoj i postojeću autonomnu poslovnu praksu u pogledu cesije iznosa iz akreditiva, ukazati na probleme u praksi, te ponuditi rješenje za učinkovitu primjenu ovog instituta u domaćem pravu. Prvi dio rada bavi se povijesnim razvojem instituta cesije iznosa iz akreditiva. Potom se analizira normativni okvir i razgraničenje cesije iznosa iz akreditiva od drugih srodnih instituta. Središnji dio rada bavi problematikom odnosa sadržaja akreditiva i cesije iznosa iz akreditiva. Razmatra se primjena odredbi o posebnim vrstama cesije iz obveznog prava na cesiju iznosa iz akreditiva. U zaključku se ocjenjuje postojeće stanje i daju smjernice za buduće normativne aktivnosti u domaćem pravu.

Kako je već navedeno sustavna analiza cesije iznosa iz akreditiva nije moguća bez da se osvrnemo na okolnosti u kojima je ovaj institut nastao i razvijao se. Dobro poznavanje povijesnih prilika u pogledu cesije iznosa iz akreditiva doprinosi i boljem razumijevanju njegove važnosti i svrhe. Stoga se u nastavku daje opsežan kronološki pregled ovog instituta.

4 *Infra*, fn. 16.

2. O NASTANKU I RAZVOJU INSTITUTA CESIJE IZNOSA IZ AKREDITIVA

Institut cesije iznosa iz akreditiva nastao je u američkom bankarskom pravu gdje se u nedostatku zakonske odredbe o ovoj vrsti prijenosa prava iz akreditiva godinama raspravljalo o njegovoj osnovanosti i opsegu u kojoj prodavatelj može ustupiti svoja prava iz akreditiva trećoj osobi. Takav stav temeljio se na prvotnom vjerovanju da prodavatelj ne smije cedirati iznos iz akreditiva jer je to njegovo strogo osobno pravo. Smatralo se da su prodavateljeva prava i obveze iz temeljnog ugovora o kupoprodaji i akreditiva strogo osobne naravi i da ih je prodavatelj dužan osobno ispuniti i osobno preuzeti iznos iz akreditiva.⁵

Potreba ujednačavanja zakonodavstva u ovoj materiji bila je predmet mnogih kontroverzi. Najviše se rasprava vodilo na američkom kontinentu gdje prvotna verzija *Uniform Commercial Code* nije sadržavala odredbe o cesiji iznosa iz akreditiva, a velike američke međunarodne banke protivile su se usvajanju zakonodavnih propisa jer su smatrale da je bankarska praksa dovoljno razvijena i dovoljno fleksibilna da dozvoli daljnji razvoj ovog instituta.⁶

5 Preteča akreditivnog načina poslovanja pojavila se u praksi američkih i engleskih banaka koje su sredinom 19. stoljeća akceptirale mjenice prodavatelja u zamjenu za stjecanje prava raspolaganja robom iz akceptiranih mjenica. Nakon Prvog svjetskog rata uslijed potrebe povezivanja trgovaca na nesigurnom postranom tržištu akreditiv je postao omiljen način plaćanja u međunarodnoj trgovini, dok se u današnjem smislu ustalio tek tridesetih godina 20. stoljeća pod utjecajem Međunarodne trgovačke komore donošenjem UOP pravila. Akreditiv je u svojim ranijim oblicima dugo predstavljao vrstu zahtjeva od strane kupca upućenog banci kojim joj se nalaže da plati određeni iznos novca točno određenom prodavatelju uz jamstvo da će kupac banci u potpunosti nadoknaditi iznos koji je isplatila prodavatelju. O razvoju akreditivnog načina plaćanja približe B. Vukmir, *op. cit.*, 8.

6 Isticalo se da postojeći sporovi nisu posljedica nefunkcioniranja akreditivnog poslovanja nego kršenja odredbi iz temeljnih ugovora o kupoprodaji. Banke su smatrale da se nad akreditivima treba provoditi sudski nadzor jedino u slučaju kada je riječ o kršenju odredbi iz temeljnih trgovačkih transakcija, a da nema potrebe za sudskim procesima u povodu prava i obveza iz akreditiva jer bi to moglo dovesti do toga da stranke biraju mjerodavno pravo koje im najbolje odgovara i tako oštete i banke i njihove korespondente. Cf. C., W. Ufford, „Transfer and Assignment of Letters of Credit Under the Uniform Commercial Code“, *Wayne Law Review*, vol. 7, br. 2, 1960, 268–269.

U vezi s tim u pravnoj doktrini nastala je podjela na opće i posebne akreditivne.⁷ S jedne strane, opći akreditiv je vrsta akreditiva koji glasi na ime točno određenog korisnika/prodavatelja, ali je obvezu iz temeljnog ugovora o kupoprodaji osim prodavatelja ovlašten obaviti i netko treći (dobavljači i podisporučitelji) pod uvjetom da su radnje trećega u skladu s uvjetima iz ugovora o kupoprodaji i uvjetima akreditiva.⁸ S druge strane, zagovornici „posebnih akreditiva“ tvrdili su da obveze iz temeljnog ugovora o kupoprodaji može ispuniti samo prodavatelj koji ga je i sklopio i u čiju je korist otvoren akreditiv. Isticalo se da bi cesijom iznosa iz akreditiva prodavatelj mogao osloboditi osobnog ispunjenja obveza iz temeljnog ugovora o kupoprodaji čime bi obveza ispunjenja prešla na treću osobu što bi predstavljalo zlouporabu osobnog izvršenja obveze. Takvim ustupanjem kupac bi bio lišen osobnog jamstva da će točno određeni prodavatelj poslati robu te bi tada u slučaju spora morao tražiti ispunjenje od siromašnjeg dobavljača. Ovaj stav temeljio se na tumačenju da kupac ne bi smio, bez svog osobnog pristanka, stavljen u lošiji položaj od onog koji je ugovorio i na koju je pristao. Smatralo se da bi ustupanjem iznosa iz akreditiva kupac izgubio pravo na prijebor međusobnih tražbina s prodavateljem, kao i pravo na stavljanje prigovora protiv prodavatelja i jamstvo da će prodavatelj zahvaljujući svojim sposobnošću i ugledu najbolje ispuniti temeljni ugovor o kupoprodaji. Slijedom navedenog, prevladavalo je stajalište da se akreditiv ne može prenijeti ustupanjem osim ako to izrijekom nije dozvoljeno. Prevladavao je stav da je kupac u prednosti ako sklopi ugovor o kupoprodaji s točno određenim uglednim prodavateljem jer u slučaju da prodavatelj pošalje prazne kontejnere robe, kupcu ostaje mogućnost tužbe protiv poznatog prodavatelja s kojom je pregovarala, a ne protiv potpunog stranca nepoznatog i kupcu i akreditivnoj banci.⁹

7 O podjeli na opće i posebne akreditivne: S. Mentschikoff, „Letter of credit: The Need for Uniform Legislation“, Vol. 23, br. 4, *The University of Chicago Law Review*, 1956, 571– 601.

8 C., W. Ufford, *op. cit.*, 272.

9 *Ibid.*, 271–272. U konkretnom slučaju to bi značilo da kupac nema pravo zahtijevati isporuku visokokvalitetne vune od uglednog proizvođača vune iz njegovih vlastitih zaliha već bi tu obvezu mogao preuzeti bilo koji prodavatelj dobavljač koji je možda prevarant i uopće nema iskustva u međunarodnom poslovanju i transakcijama.

Unatoč tomu u SAD-u¹⁰ su banke posredovale u postupcima prilikom ustupanja iznosa iz akreditiva čime bi prodavatelj došao do novčanih sredstava kojim je mogao financirati vlastite kupnje, a prodavateljeva banka je akceptirane mjenice iz akreditiva prosljeđivala akreditivnoj/kupčevoj banci koja je preuzela obvezu plaćanja po otvorenom akreditivu.¹¹

Prodavateljeve banke su otkupljivanjem mjenica od prodavateljevih dobavljača zapravo kreditirale prodavače pa je stoga takav način poslovanja bio vrlo praktičan za prodavatelja koji je propustio u temeljnom ugovoru o kupoprodaji ugovoriti pravo na cesiju iznosa iz akreditiva zbog čega se našao u situaciji da nema dovoljno sredstava za nabavljanje robe koju je dužan isporučiti kupcu.¹²

10 *Ibid.*, 270–275. U SAD-u se umjesto s novcem više poslovalo s vrijednosnim papirima gdje su banke akceptirale mjenice dobavljača nakon čega bi prodavatelj vukao svoje mjenice na banku u svojoj zemlji, a ona bi ih zajedno s mjenicama i dokumentima dobavljača dalje odnosila na naplatu akreditivnoj banci čime se obveza plaćanja na taj način ponovno vratila na akreditivnu banku. U provođenju ovakvog postupka kod ustupanja iznosa iz akreditiva banka snosila je rizik da bi prodavatelj mogao umrijeti i tako biti spriječen vući mjenice iz akreditiva. Za prevladavanje ovoga rizika, banka bi mogla uzeti punomoć od prodavatelja u vrijeme ustupanja iznosa iz akreditiva i omogućiti si da u tom slučaju sama može vući mjenice. Takva punomoć bi bila valjana i neopoziva s obzirom da je sklopljena u vrijeme prije smrti prodavatelja i može se slobodno izvršavati i nakon njegove smrti.

11 *Ibid.*, 270. Postupak se provodio na način da bi dobavljačima banka poslala obavijest da je u njihovo ime izvršen prijenos određenog novca iz akreditiva koji će dobiti nakon što „vuku mjenicu na banku“. Banka je otkupljivala mjenice dobavljača jer je bila sigurna da će prodavatelj te iste mjenice platiti ili akceptirati ukoliko želi preuzeti iznos iz akreditiva otvoren u njegovo ime. Ovaj postupak je bio preteča cesije iznosa iz akreditiva, u kojem je prodavatelj prenosio novčani iznos koji se ima isplatiti iz vučene mjenice.

12 U praksi se s ovim načinom paralelno razvijalo i poslovanje s tzv. „*back to back*“ akreditivima. Prodavateljeva banka je prihvaćala iznos iz akreditiva otvorenog u ime prodavatelja kao polog za izdavanje novog akreditiva koji je sada otvarao prodavatelj u korist svojih dobavljača „*back to back*“ akreditivi su se koristili u slučajevima kada je prodavatelj bio samo preprodavač, a ne i proizvođač robe pa su u tom slučaju dokumenti koje je dostavljao dobavljač biti identični s onima koji su se tražili u uvjetima iz akreditiva otvorenog u korist prodavatelja pa je samo trebalo izmijeniti imena u dokumentima i kupac nije znao da je riječ o preprodaji. Prodavateljeva banka je s druge strane imala osiguranje da će prodavatelj akceptirati mjenice jer u suprotnom prodavatelj neće imati potrebne dokumente koji mu trebaju za naplatu iznosa iz akreditiva. C., W. Ufford, *op. cit.*, 271.

Unatoč spomenutoj poslovnoj i bankarskoj praksi, u slučaju spora kod takvih transakcija nastajali su veliki problemi jer se sudska praksa dugo vremena opirala priznanju cesije kao valjanog instrumenta prijenosa iznosa iz akreditiva. U poznatoj presudi američkog suda *Eriksson v. Refiners Export Co*¹³ potvrđeno je stajalište da je kod „posebnih akreditiva“, obveza prodavatelja strogo osobna i da zbog toga prodavatelj nije ovlašten ustupiti iznos iz akreditiva na treću osobu. U navedenom slučaju kupac Swedish Marine Board je naručio pogonsko gorivo od prodavatelja Refiners Export Company. Plaćanje je bilo ugovoreno putem akreditiva koji je kupac Swedish Marine Board otvorio u korist prodavatelja Refiners u akreditivnoj banci New York Trust Company, a prodavatelj Refiners je iznos iz spomenutog akreditiva ustupio Cities Service Oil Company, koji su zapravo bili stvarni dobavljači goriva. Uslijed ratnih previranja za vrijeme isporuke goriva do kupca, Vlada SAD-a je zaplijenila gorivo i kupac je ostao bez robe koju je platio. U tužbi koju je pokrenuo kupac Swedish Marine Board za poništaj ustupanja Cities Service Oil Company sud je utvrdio da je ustupanje iznosa iz akreditiva nevaljano jer je bila riječ o posebnom akreditivu koji je bio izdan isključivo u korist Refiners-a pa se isti nije smio ustupiti Cities Service Oil Company.¹⁴

Takav stav potvrđen je i u presudi *Kingdom of Sweden v. New York Trust Co.*¹⁵ U kojem je kupac Kingdom kupio gorivo koje je kasnije bilo zaplijenjeno od strane Uprave za ratnu proizvodnju. Akreditiv je otvorila akreditivna banka Swedish Bank, a potvrdila ga je New York Trust Company korist Refiners Export Company, a Refiners su poslali zahtjev New York Trust Company za otvaranjem drugog akreditiva u korist njihovog njemačkog klijenta na dio iznosa iz primarnog akreditiva na što je New York Trust Company pristala. Sud je smatrao da je ovakvo plaćanje valjano s obzirom da je riječ o „back to back“ akreditiva kod kojih je prijenos dozvoljen čak iako nije bilo pristanka kupca na ustupanje. U obrazloženju presude sud se nije pozivao na raniju presudu iz slučaja *Eriksson v. Refiners Export Company* nego je svoje stajalište temeljio na činjenici da je riječ o općenitom akreditivu pa se odredba članka 49 Uniform Customs o zabrani ustupanja akreditiva ne

13 Cf. W. Ufford, *Ibid*, 271; S. Mentschikoff, *op. cit.*, 7.

14 Cf. W. Ufford, *Ibid.*, 273. Sud je temeljio svoju odluku na općoj zabrani koja je tada bila propisana čl. 49 u *Uniform Customs*.

15 S. Mentschikoff, *op. cit.*, 272.

može izjednačiti s pravom na otkup mjenice iz akreditiva (čak i prije dospjeća), a što je u konkretnom slučaju bila riječ.

Nakon ovih presuda u SAD-u je uočeno da politički i ekonomski pritisci mogu proizvesti štetne efekte pa je odlučeno u korist uvođenja instituta cesije akreditiva u članku 5 *Uniform Commercial Code*. U međunarodnim sporovima je pritisak američkog prodajnog tržišta vrlo lako mogao prouzročiti partikularizam i pravnu nesigurnost prilikom cediranja iznosa iz akreditiva. U prilog uvođenja ovoga instituta išla je neujednačena sudska praksa iz spomenutih slučajeva *Eriksson i Kingdom of Swedish*, kao i to da postavljanje jasnih zakonskih odredbi ide u prilog poticanju izvoznika.

Nakon što je cesija iznosa izrijekom dozvoljena u američkom *Uniform Commercial Code* i MTK je uvrstila odredbu o cesiji iznosa iz akreditiva u svoje Ujednačene običaje i praksu u poslovanju s dokumentarnim akreditivima (dalje u tekstu: UOP pravila).¹⁶ Iako se odredba o cesiji iznosa iz akreditiva u UOP u praksi pokazala nedostatnom, rasprave oko osnovanosti ovoga oblika prijenosa iznosa iz akreditiva postale su stvar prošlosti što je bio vjetar u leđa za afirmaciju i razvoj ovoga instituta u praksi.

3. NORMATIVNI OKVIR U MEĐUNARODNOM I DOMAĆEM PRAVU

Određenje pravnog okvira za materiju dokumentarnih akreditiva i odnosa koji proizlaze iz akreditivnog poslovanja u znatnoj su mjeri olakšani zbog globalnog prihvaćanja UOP koje objavljuje Međunarodna trgovačka komora u Parizu. Ova pravila omogućila su

16 Međunarodna trgovačka komora u Parizu (dalje u: MTK) 1933. izradila je Ujednačeni običaji i praksa u poslovanju s dokumentarnim akreditivima (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (UCP). UCP su do danas šest puta revidirane (1933, 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 i 2007). Trenutno su na snazi Jedinstvena pravila i običaji za dokumentarne akreditive (dalje u tekstu eng. kratica: UCP 600) u primjeni od 1.7.2007. godine obuhvaćaju 39 članaka te predstavljaju trenutno važeću reviziju na koju se poziva ZOO. Jedinstvena pravila i običaji za dokumentarne akreditive UCP 600 predstavljaju najuspješnija privatna pravila koja se primjenjuju u akreditivnom poslovanju prilikom financiranja svjetske trgovine jer su prihvaćena u cijelom svijetu bez obzira na razlike u pravnim i gospodarskim sustavima.

ujednačeno međunarodno poslovanje s akreditiva s minimalnim uplitanjem nacionalnih pravnih sustava.¹⁷

Unatoč visokom stupnju ujednačenosti međunarodnih pravila za dokumentarne akreditive za sveobuhvatnu analizu cesije iznosa iz akreditiva potrebno analizirati institut cesije iznosa iz akreditiva u skladu s prisilnim propisima mjerodavnog nacionalnog prava, ugovorenoj volji stranaka, odredbama UOP pravila koja su vrijedila na dan otvaranja akreditiva, a za ostala tumačenja odgovor treba potražiti u odredbama mjerodavnog nacionalnog prava. Slijedom navedenog, u slučaju nepostojanja ugovorene volje stranaka ili nekog drugog autonomnog pravnog vrela koje bi imalo prednost pred dispozitivnim propisima, cesija iznosa iz akreditiva se i dalje prosuđuje prema odredbama nacionalnog prava kojima je regulirana cesija.¹⁸

U tom slučaju treba voditi računa da sukladno domaćoj tipologiji ugovora, akreditivi spadaju u vrstu imenovanog ugovora koji su regulirani Zakonom o obveznim odnosima i to u samo dva članka u kojima se definira pojam akreditiva (ZOO, čl. 1028), a za slučaj da stanke nisu što drugo ugovorile ponovno upućuje na primjenu ujednačenih pravila i prakse MTK koje objavi MTK na dan otvaranja akreditiva slučaju (ZOO, čl. 1029).¹⁹

Osim domaćeg prava moguća je i primjena drugih nacionalnih prava sukladno pravilima međunarodnog privatnog prava. Mjerodavno

17 B., Vukmir, *op. cit.*, 9.

18 Ovakva situacija bi mogla izazvati dosta problema u pogledu tumačenja prava i obveza iz cesije iznosa iz akreditiva jer se poimanje instituta cesije u domaćem obveznom pravu ne preklapa s poimanjem cesije iznosa iz akreditiva sukladno UOP 600 pravilima. Osim ZOO-a u obzir bi valjalo uzeti i neke prisilne odredbe kao što je odredba u Zakonu o platnom prometu o zabrani namirivanja dugovanja cesijom za vrijeme dok je blokiran poslovni račun subjekta, *cf.* V. Gorenc, „Ustupanje potraživanja (cesija) kao sredstvo podmirenja duga“, *Pravo i porezi*, br. 11, 2000, 22.

19 Definicija pojma akreditiva određuje da banka prihvatom zahtjeva nalogodavca za otvaranjem akreditiva preuzima obvezu prema nalogodavcu da će otvoriti akreditiv korisniku uz uvjete sadržane u prihvaćenom nalogu za otvaranjem akreditiva (čl. 1028 st. 1 ZOO). Otvoreni akreditiv je neopoziva i konačna obveza banke da će korisniku akreditiva isplatiti određeni novčani iznos isti u roku podnese zahtjev za isplatom u skladu s uvjetima sadržanim u akreditivu (čl. 1028 st. 2 ZOO). U članku 1029 upućuje se na primjena običaja i prakse ako ugovorne strane nisu predvidjele što drugo, na poslovanje s akreditivima primjenjuju se ujednačeni običaji i praksa koje objavi Međunarodna trgovačka komora u Parizu koji su na snazi na dan otvaranja akreditiva.

pravo kod cesije iznosa iz akreditiva primarno se određuje u ugovoru, a tek podredno zakonom.²⁰ Iako se u praksi mjerodavno pravo najčešće ugovora, u slučaju da su stranke to propustile ugovoriti, primjenjivalo bi se nacionalno pravo koje ovisi o kolizijskim pravilima i o pravnom karakteru odnosa.

Ako uzmemo za primjer hrvatski Zakon o rješavanju sukoba zakona²¹ u slučaju da nije što drugo ugovoreno, na cesiju iznosa iz akreditiva primjenjivalo bi se pravo države koja ima karakteristični slučaj.²² Mjesto plaćanja²³ je karakterističan slučaj za cesiju iznosa iz akreditiva, a s obzirom da je određivanje mjesta plaćanja bitan sastojak ugovora o akreditivu mjerodavno pravo kod cesije iznosa iz akreditiva se može relativno lako odrediti. Obično će to biti mjesto sjedišta akreditivne, potvrđujuće ili neke treće imenovane banke.²⁴ Načelno govoreći nalogodavac ne mora brinuti za dostupnost akreditiva u zemlji korisnika, ali je uobičajeno o mjestu plaćanja postići dogovor u temeljnom ugovoru o kupoprodaji između nalogodavca i korisnika, a koje je obično mjesto

- 20 UCP 600 pravila u samom uvodu definiraju polje primjene navodeći da se primjenjuju na sve akreditive i standby akreditive (u mjeri u kojoj je to moguće) kada se u tekstu akreditiva izrijekom navodi da im isti podliježe i kao takva obvezujuća su za sve sudionike, osim ako njihova primjena nije izrijekom promijenjena ili isključena. (cf. čl. 1 UOP 600).
- 21 Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *Narodne novine* 53/91, 88/01.
- 22 Cf. cit. N. Katičić, *Ogledi o međunarodnom privatnom pravu*, Zagreb 1971, 160.
- 23 Engl. *available*. Osim mjesta ispunjenja kao karakterističan slučaj za određivanje mjerodavnog prava kod cesije iznosa iz akreditiva može se pojaviti mjesto sklapanja ugovora pa bi u tom slučaju mjerodavno pravo bilo mjesto sjedišta banke (čl. 252 ZOO). Za odnose između banka npr. akreditivne i druge banke mjerodavno je pravo druge banke jer u većini slučajeva obveza akreditivne banke nije karakteristična činidba jer se njezina obveza sastoji iz plaćanja provizije i naknade troškova drugoj banci dakle riječ je o običnoj novčanoj obvezi. S druge strane, obveza druge banke odgovara pojmu naturalne obveze koja se uzima kao karakteristična činidba jer obilježava svrhu i smisao samog odnosa. N. Katičić, *Ibid*, 160–161.
- 24 Cf. čl. 78 i 179 ZOO. Kako će u nastavku biti više riječi o ovoj temi za potrebe određivanja mjerodavnog prava za sada se napominjemo da je kod cesije ugovora o akreditivu vjerovnik i dalje korisnik tj. cedent, a ne treća osoba tj. cesionar. Ovo naizgled jednostavno određivanje mjerodavnog prava kod cesije iznosa iz akreditiva može biti problematično iz razloga što se ne može sa sigurnošću utvrditi tko je vjerovnik kod cesije iznosa iz akreditiva, korisnik kao cedent ili treća osoba kao cesionar.

u zemlji korisnika. To nužno nameće potrebu angažiranja najmanje još jedne banke ili više drugih banaka.²⁵ U slučaju da je određena neka druga banka kao mjesto plaćanja, a ne akreditivna banka prema redoslijedu trebalo bi se prvo ići na naplatu drugoj banci, osim u slučaju da se nalazi u vremenskoj stisci s rokovima oko akreditiva.²⁶

4. RAZGRANIČENJE CESIJE IZNOSA IZ AKREDITIVA OD DRUGIH SRODNIH OBLIKA PRIJENOSA PRAVA IZ AKREDITIVA

4.1. Pojam cesije iznosa iz akreditiva

Institut cesije iznosa iz akreditiva specifična je vrsta prijenosa novčanog iznosa iz akreditiva u pravu dokumentarnih akreditiva gdje se pomoću cesije prenosi dio ili cijeli iznos iz akreditiva s osobe koja je originalno označena kao korisnik akreditiva (prodavatelj) na treću osobu koju korisnik (prodavatelj kao cedent odredi).²⁷ Riječ je o institutu kojim je moguće prenijeti dio ili sav postojeći ili budući iznos iz akreditiva čak iako je riječ o neprenosivom akreditivu jer se tim pre-

25 U slučaju da ni mjesto plaćanja nije određeno voljom stranaka, ZOO propisuje da je dužnik dužan ispuniti svoju novčanu obvezu, a vjerovnik primiti ispunjenje u mjestu u kojem vjerovnik ima sjedište, odnosno prebivalište, a u nedostatku prebivališta, boravište. Ako se plaća virmanom, novčane obveze ispunjavaju se u sjedištu pravne osobe kod koje se vode vjerovnikova novčana sredstva. Ako je vjerovnik promijenio mjesto u kojem je imao svoje sjedište, odnosno prebivalište u vrijeme kad je obveza nastala te su zbog toga povećani troškovi ispunjenja, to povećanje pada na teret vjerovnika. S obzirom na činjenicu da kod cesije iznosa iz akreditiva korisnik i dalje ostaje aktivna stranka u odnosu s bankom proizlazi da je on i dalje vjerovnik u odnosu pa se mjerodavno pravo prosuđuje prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta korisnika, dakle cedenta.

26 O izbjegavanju mjesta plaćanja tzv. *bypassing*, tj. naplate mimo redoslijeda određenog u akreditivu kao i općenito o mjestu plaćanja i prezentiranju dokumenata vidi: B. Vukmir, *op. cit.*, 33.

27 Na cesiju iznosa iz akreditiva primjenjuju se i pravila obveznog prava koji uređuju institut cesije. U tom smislu za domaće pravo vidi: H. Markovinović, *op. cit.*, 5; M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, 5. izd., Zagreb 2001, 428. O cesiji u njemačkom obveznom pravu vidi u: K., Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 1. dio, 14. Izd., München, 1987, 575.; u austrijskom pravu vidi: A. Ehrenzweig, *Privatrecht, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 3. izd., Beč, 1986, 471.

nosi samo iznos koji se ima isplatiti po akreditivu, a ne i ostala prava iz akreditiva kao što su pravo na podnošenje dokumenata, pravo na postavljanje zahtjeva na naplatu itd.

UOP 600 pravila u čl. 39 izrijeком dopuštaju ovakav način prijenosa propisujući da činjenica da u akreditivu nije navedeno da je prenosiv, ne utječe na korisnikovo pravo ustupanja svakog iznosa na koji bi mogao imati ili bi mogao steći pravo iz akreditiva, sukladno odredbama mjerodavnog prava. Osim toga izrijeком je navedeno da se spomenuta odredba odnosi samo na cesiju iznosa, a ne i na ustupanje prava na korištenje akreditiva.²⁸

Iako se u svakodnevnom govoru ne pravi razlika između cesije iznosa iz akreditiva, prenosivih akreditiva i cesije akreditiva u specifičnoj terminologiji akreditiva se pojmovi međusobno razlikuju i nepodudaraju s tradicionalnim poimanjem ovih instituta u obveznom pravu. Stoga se u slučaju primjene hrvatskog materijalnog prava mogu pojaviti nejasnoće u tumačenju prava i obveza iz akreditiva jer niti jedan od srodnih oblika prijenosa prava i obveza u potpunosti ne odgovara odnosima koji su prisutni kod prijenosa akreditiva. Radi otklanjanja ovih nejasnoća u nastavku se ukazuje na temeljne sličnosti i razlike između spomenutih instituta.

4.2. *Prenosivi akreditivi*

Akreditivi nisu vrijednosni papiri već vrsta ugovora koji nisu prenosivi sami po sebi. Prijenos akreditiva stoga je moguć samo ako je u samom akreditivu predviđena mogućnost prijenosa čime prvi korisnik stječe pravo zatražiti od banke koja je ovlaštena platiti, akceptirati ili otkupiti mjenicu, da u cijelosti ili djelomično prenese akreditiv na neku treću osobu i time omogućiti korištenje akreditiva jednoj ili više drugih stranka (drugom korisniku/-icima).²⁹ Riječ je dakle o vrsti akreditiva u kojem prvi korisnik može prenijeti sva prava iz akreditiva samo ako isti sadrži klauzulu o prenosivosti i pod uvjetom da akredi-

28 B. Vukmir, *op. cit.*, 150. Cf. čl. 39 UOP 600. Ova transakcija se u praksi odvija na način da prodavatelj financira nabavku robe koju će dalje preprodavati kupcu i to bez angažiranja vlastitih novčanih sredstava. Prodavatelj ne riskira da će kupac doznati od koga je i po kojoj cijeni nabavio robu koju mu prodaje. S druge strane niti prodavatelj kojim se ustupa iznos neće saznati tko je u stvarni kupac i koja je preprodajna cijena.

29 *Ibid.*, 255.

tivna banaka pristane na takav prijenos.³⁰ Zahtjev za djelomičnim ili cjelovitim prijenosom akreditiva može dakle postaviti samo prvi korisnik akreditiva u kojem je naznačeno da je prenosiv.³¹

Suprotno tomu, drugi korisnik po primitku prenesenog akreditiva nije ovlašten dalje postavljati zahtjeve za prenošenjem akreditiva na sljedeće korisnike (UCP 600, čl. 38 t. d.). Glavna posljedica prenosivosti u pogledu stečenih prava iz akreditiva očituje se u činjenici da drugi korisnik na koga je akreditiv prenesen ulazi u izravan odnos s bankom. U odnosu između transferne banke kao novog dužnika i drugog korisnika kao novog vjerovnika, nastaju izmijenjena prava i obveze od onih koje ima prvi korisnik, a da ispunjenje obveze transferne banke ovisi o novom ispunjenju obveza drugog korisnika. Dakle, uloga cesionara u okviru ustupa (cesije) je relativno pasivna iz razloga što, kada je u pitanju isplata sredstava iz dokumentarnog akreditiva, cesionar mora čekati dok sredstva iz dokumentarnog akreditiva budu dostupna, dok stjecatelj kod prijenosa može preuzeti aktivnu ulogu kod povlačenja sredstava iz dokumentarnog akreditiva. U navedenom slučaju prenosi sva prava i obveze na drugog korisnika i izlazi iz odnosa.

Korisnik akreditiva može ustupiti sva ili dio sredstava iz akreditiva trećoj strani (cesionaru). Međutim, za razliku od prenesenog potraživanja iz kredita, korisnik zadržava isključiva prava na sredstva iz

30 Tu se radi o jednom akreditivu, ali o dva ugovora. Prvi nalogodavac ostaje nepoznat za drugog korisnika, a za drugog korisnika prvi korisnik je nalogodavac. To znači da je korisnik prenosivog akreditiva ovlašten prenijeti cijeli ili dio iznosa na raspolaganje drugom korisniku. Osim toga u prenesenom akreditivu se skraćuju rokovi kako bi bilo dovoljno vremena za zamjenu dokumenata kod banke koja je izvršila prijenos. Ukoliko prvi korisnik ne podnese svoje dokumenta banka ima pravo akreditivnoj banci proslijediti dokumente drugog korisnika ukoliko su spomenuti dokumenti usklađeni. U trenutku prijenosa prvi korisnik odlučuje da li će se i u kojoj mjeri prosljeđivati izmijene drugom korisniku. Drugi korisnik ima pravo da zahtijevati izmjene budu u cijelosti poznate. B. Vukmir, *op. cit.*, 150. Engl. *transferable*. U praksi se dosta raspravljalo o problemu prijenosa i cesije akreditiva. S obzirom na činjenicu da akreditivi nisu vrijednosni papiri, već je prijenos prava iz akreditiva je moguć samo ako je riječ o prenosivom akreditivu u kojem je to izrijekom i navedeno ili putem cesije prava na primanje iznosa iz akreditiva. Stoga pa se tako postavilo pitanje je li ih moguće prenositi akreditiv pomoću cesije. Činjenica da u nekom akreditivu nije navedeno da je prenosiv ne bi morala nužno značiti da ga korisnik ne može prenijeti prema pravilima onoga prava koje se primjenjuje na akreditiv.

31 Cf. čl. 38 b UOP 600.

akreditiva te je isključivo odgovoran za poštivanje njegovih odredbi i uvjeta. Za cesionara, ustupanje označava samo da se banka plaćanja, kada primi obavijest o ustupu, obvezuje slijediti upute o ustupu, ako i kada je plaćanje izvršeno. Cesionar je ovisan o korisniku za poštivanje, a time je i ovaj aranžman rizičniji od prenesenog potraživanja. Prije pristanka na ustup sredstava iz ovog aranžmana, cesionar bi trebao pažljivo pregledati izvorni dokumentarni akreditiv.

4.3. Cesija akreditiva³²

Cesija akreditiva nije dozvoljena jer podrazumijeva ustupanje svih prava iz akreditiva, a koja prava sadrže pravo na podnošenje dokumenata, pravo na korištenje akreditiva, pravo na primanje iznosa.³³ Ovakvo poimanje je logično sa stajališta da se prilikom cesije iznosa iz akreditiva prenosi samo iznos gdje novi vjerovnik ulazi u odnos s bankom i time nikoga ne oštećuje time se štiti kupac koji je otvorio akreditiv i stoga opravdano očekuje ispunjenje od točno određene osobe.

Kod razgraničenja cesije akreditiva i cesije iznosa iz akreditiva u pravnoj doktrini se dosta raspravljalo o tome je li pravo na podnošenje dokumenata isto što i dozvoljavanje prijenosa samog akreditiva te da bi se na taj način zaobišla odredba prema kojoj se neprenosivi akreditiv ne može prenijeti. Zauzeto je stajalište da pravo na podnošenje dokumenata ostaje isključivo pravo korisnika pa čak i kada je on prenio pravo na primanje iznosa iz akreditiva koje je potvrđeno u odluci austrijskog suda poznatoj pod imenom *American Accord*.³⁴

Spomenuta odluka nije ostala bez zamjerki jer se ističe da ako se ne može prenijeti pravo na podnošenje dokumenata na cesionara već to može učiniti samo cedent tada cedent može ucjenjivati cesionara na način da jednostavno ne podnese dokumente na naplatu te time spriječiti cesionara da dođe do svog novca. Drugi opet ističu da se odluka i u njoj sadržajno načelo valjani jer bi u suprotnom netko tko je izdao

32 B. Vukmir, *op. cit.*, 149.

33 Cesija akreditiva je vrsta prijenosa cjelokupnog ugovornog položaja jedne osobe na koji dolazi druga osoba. Kod cesije iznosa iz akreditiva prenosi se samo tražbina, dok bi se kod cesije akreditiva prenosila sva prava i obveze jedne stranke odnosno, cjelokupni ugovorni položaj koji stranka ima u ugovoru o akreditivu. U tom smislu za razlikovanje cesije od prijenosa ugovora vidi više u: H. Markovinović, *op. cit.*, 71.

34 B. Vukmir, *op. cit.*, 149.

neprenosivi akreditiv bio suočen s nekim tko mu nije poznat a to bi moglo stvoriti mogućnost da prijevarni prodavatelj prenese akreditive na treće osobe i na taj način pravo na naplatu potpuno udalji od temeljnoga akreditivnog odnosa.³⁵

Osim spomenutih načina prijenosa kod akreditiva se ponekad umjesto cesije prava na primanje iznosa iz akreditiva naplatu između cedenta i cesionara ugovara i tzv. neopozivi nalog na plaćanje.³⁶ Takav nalog izdaje cedent kao nalogodavac i o tome obavještava banku. Međutim niti taj nalog ne predstavlja garanciju plaćanja budući da banke nisu obvezne prihvatiti takav nalog i mogu ne postupiti u skladu s uputom koja je u njima sadržana.

Ovo je posebna vrsta akreditiva gdje je iznos iz jednog akreditiva pokriva za izdavanje i plaćanje po drugom akreditivu.³⁷ Tu se radi o dva akreditiva i dva ugovora, dok se kod cesije akreditiva radi o jednom akreditivu i dva ugovora. Banke takve akreditive prihvaćaju samo kada su strane ugledne jer je naplata po jednom akreditivu u riziku jer ovaj aranžman predstavlja financijsku podlogu za drugi akreditiv po kojem je akreditivna banka u obvezi izvršiti plaćanje za usklađenu prezentaciju, ali nije sigurna hoće li će se naplatiti po drugom akreditivu jer ne zna hoće li će joj biti podneseni uredni dokumenti po kojima se treba naplati.³⁸

5. ODNOS UGOVORA O AKREDITIVU I UGOVORA O CESIJI IZNOSA IZ AKREDITIVA

Za sveobuhvatnu analizu sadržaja prava i obveza koja proizlaze iz cesije iznosa iz akreditiva potrebno je analizirati cjelokupni akreditivni aranžman. Usklađenost svih transakcija koje prate akreditiv s uvjetima iz akreditiva, nužna je pretpostavka i kod cesije iznosa iz akreditiva, jer se time doprinosi sigurnosti svih sudionika u akreditivnom aranžmanu.³⁹

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, 150.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 Akreditivni aranžman širi je pojam od samog ugovora o akreditivu jer pretpostavlja sklapanje spleta ugovora koji se međusobno isprepleću u svrhu naplate korisnika putem akreditiva. Tipična akreditivna transakcija započinje kada kupac i prodavatelj u svom temeljnom ugovoru o kupoprodaji dogovaraju uvjete

Temelj za sva prava, obveze i odnose koja proizlaze iz cjelokupnog akreditivnog aranžmana je ugovor o akreditivu i on na neki način predstavlja polaznu točku za sve druge ugovore koji se potencijalno mogu sklopiti s trećim osobama koji mogu i ne moraju biti dio višestrukih akreditivnih odnosa.⁴⁰ U tom pogledu potrebno je analizirati uzročnu vezu između sadržaja akreditiva i cesije iznosa iz akreditiva.⁴¹

S jedne strane, ugovor o akreditivu određen je vrstom akreditiva i uvjetima sadržanim u prihvaćenom nalogu za otvaranjem akreditiva gdje se detaljno i precizno definiraju prava i obveze ugovornih strana. Iako sadržaj ugovora o akreditivu ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja određene odredbe su se ustalile u poslovnoj praksi i manje više su uvijek prisutne.

S druge strane, sadržaj ugovora o cesiji ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja.⁴² Po svojoj pravnoj prirodi cesija iznosa iz akre-

akreditiva, koje zatim kupac kao nalogodavac javlja banci, sa zahtjevom da akreditivna banka u korist druge strane (prodavatelja) otvori dokumentarni akreditiv. Pretpostavka za otvaranje akreditiva je akreditivna klauzula u temeljnom ugovoru o kupoprodaji kojom se predviđa plaćanje putem akreditiva i koji je temelj za uređenje odnosa između prodavatelja i kupca. Odnos između akreditivne banke i kupca kao nalogodavca temelji se na zahtjevu za otvaranjem akreditiva čijim prihvatom od strane akreditivne banke nastaje pravni odnos između kupca – sada u ulozi nalogodavca – i akreditivne banke. Ako je akreditiv „potvrđen“ nastaje još jedan odvojen pravni odnos – između akreditivne i potvrđujuće banke. Svaki od ovih pravnih odnosa je nezavisan jedan od drugoga i ugovorne se strane u jednom ugovornom odnosu ne mogu pozivati na druge ugovorne odnose, iako su svi sklopljeni ugovori dio jednog jedinstvenog poslovnog odnosa koji služi ispunjenju istog gospodarskog cilja. B. Vukmir, *op. cit.*, 255.

40 S obzirom da sadržaj ugovora o akreditivu u većini slučajeva odgovara zahtjevu nalogodavca za otvaranjem akreditiva koji upućuje akreditivnoj banci u nastavku ugovor o akreditivu uključuje i sadržaj zahtjeva za otvaranjem akreditiva.

41 Po svojoj pravnoj prirodi ugovor o akreditivu je vrsta standardiziranog bankarskog formulara kojim akreditivna banka prihvaća nalog nalogodavca (kupca iz temeljnog ugovora o kupoprodaji) za otvaranjem akreditiva. Time se banke žele ograditi od potencijalnih rizika i odgovornosti i ostaviti što manje slobodnog prostora za eventualne sporove koji bi mogli proizaći iz ugovora o akreditivu. Takav ugovor je perfektan tek prihvatom naloga za otvaranjem akreditiva kojim akreditivna banka preuzima konačnu i neopozivu obvezu da će u slučaju sukladne prezentacije dokumenata od strane korisnika isplatiti iznos iz akreditiva.

42 Cf. čl. 80 ZOO.

ditiva vrsta je konsenzualnog ugovora o cesiji⁴³ kojim korisnik akreditiva prenosi novčana sredstva na treću osobu. Bez obzira je li riječ o prenosivom ili neprenosivom akreditivu cesija iznosa iz akreditiva je uvijek dozvoljena osim u slučaju gdje je u uvjetima akreditiva izrije-
kom zabranjena ili se traži izričiti pristanak banke ili nalogodavca za valjanost cesije iznosa iz akreditiva.⁴⁴

Pravna osnova za prijenos iznosa iz akreditiva može biti ugovor o cesiji, zakon ili odluka nadležnog tijela. Prijenos sredstava iz akreditiva ima oblik neopozive upute od strane korisnika banci sa zahtjevom da banka plati dobavljaču iz sredstava akreditiva što je dužna učiniti kada je prezentirana dokumentacija u skladu sa uvjetima akreditiva. Za taj ugovor nije propisan neki poseban oblik, osim ako to ne zahtijevaju okolnosti slučaja. U bankarskoj praksi se ustalilo tipizirani postupak posredstvom banke koji je karakterističan za prijenos iznosa iz akreditiva s korisnika akreditiva na treću osobu u kojem se obično traži izričiti pristanak akreditivne i/ili potvrđujuće banke. Banke prilikom notifikacije često traže dokaz o prijenosu prava na primanje iznosa iz akreditiva pa iz praktičnih razloga poželimo takav ugovor sklopiti u pisanom obliku.

Ugovor o cesiji je perfektan u trenutku postignute suglasnosti između korisnika akreditiva i treće osobe i u tom trenutku iznos iz akreditiva prelazi s korisnika akreditiva na cesionara, ali samo u pogledu glavnice i sporednih prava koja se tiču iznosa iz akreditiva (kamate). Obavijest o prijenosu iznosa iz akreditiva naziva se notifikacija. Za perfekciju cesije nije potreban pristanak banke, ali je cedent dužan obavijestiti banku o izvršenom ustupanju i pravodobno podnijeti uredne dokumente u skladu s uvjetima iz akreditiva. Ona je bitna jer se od nje računa trenutak od kada je banka dužna ispuniti obvezu cesionaru, a ne cedentu. Ispuni li banka svoju obvezu cedentu nakon ustupa tražbine, ali prije notifikacije, oslobađa se obveze samo ako banka nije zna-

43 Cf. M. Vedriš, P. Klarić, *op. cit.*, 428.

44 Cf. čl. 80 ZOO. Cesija je u domaćem pravnom pravu regulirana odredbama ZOO (čl. 436–445) u kojima se propisuje više oblika ustupa potraživanja ovisno od pretpostavljene namjere stranaka i svrhe koja se pojedinom cesijom želi postići. Riječ je o redovitoj cesiji, cesiji umjesto i radi ispunjenja i cesiji radi osiguranja. Svaka od spomenutih oblika cesije ima različite pravne posljedice pa je vođeno voditi računa prilikom ugovaranja pojedinih oblika. Domaći zakonodavac kod redovite cesije propisuje da se ne smiju se ustupiti tražbine čiji je prijenos zabranjen zakonom, koje su strogo osobne naravi, koje se po svojoj naravi protive prenošenju na drugoga.

la za cesiju iznosa. U suprotnom, obveza banke se ne gasi ispunjenjem obveze cesionaru, čak i u slučaju da banka ne primi notifikaciju. Iako je načelno notifikacija neobavezna, ona je vrlo praktičan instrument i može spriječiti razne probleme u praksi.⁴⁵ U slučaju da je korisnik akreditiva prijevorno ustupio isti dio ili cijeli iznos iz akreditiva raznim osobama, taj iznos pripada cesionaru kome je korisnik akreditiva prvo obavijestio banku, odnosno onom cesionaru koji se prvi javio banci.⁴⁶

Cedirani akreditiv se ne može mijenjati na inicijativu cesionara. U slučaju promjene koju predlaže korisnik akreditiva, potrebno je cesionaru javljati sve promjene koje bi mogle nastati u samom akreditivu i koje su dogovorene između korisnika akreditiva i banke. Kako je u odnosu na sadržaj sporednih prava koja prelaze na cesionara proizlazi da na njega ne prelazi niti jedno drugo pravo osim prava na primanje iznosa iz akreditiva.⁴⁷ Stoga je zabranjen prijenos drugih sporednih prava iz akreditiva kao što su pravo na podnošenje dokumenata, pravo na stavljanje zahtjeva što bi inače po redovitom tijeku stvari bio slučaj.⁴⁸ Cesija je neopoziva pa je za njezin opoziv potrebna suglasnost cedenta kao i za svaku izmjenu akreditiva.⁴⁹

45 *Ibid.* Cf. čl. 82 ZOO. U slučaju da je izrijekom ugovoreno da se traži pristanak banke na ustupanje iznosa iz akreditiva potrebna je prethodna notifikacija banke i njezin pristanak.

46 Cf. čl. 83 ZOO.

47 Temeljni ugovor o kupoprodaji između kupca i prodavatelja sadržava akreditivnu klauzulu temeljem koje kupac preuzima obvezu da će pronaći akreditivnu banku koja će otvoriti akreditiv u iznosu kupoprodajne cijene u korist prodavatelja. Nakon prihvata kupčevog zahtjeva za otvaranjem akreditiva, akreditivna banka (u zemlji kupca) otvara akreditiv u korist prodavatelja na određeni iznos novca i kontaktira korespondentnu banku u zemlji prodavatelja. Nakon što prodavatelj prezentira korespondentnoj banci dokumente u skladu s uvjetima iz akreditiva korespondentna banka mu je dužna isplatiti iznos iz akreditiva. Otvaranjem akreditiva, akreditivna banka preuzima samostalnu i neopozivu obvezu da će isplatiti iznos iz akreditiva nakon što joj on prezentira uredne dokumente kojima dokazuje da je poslao robu kupcu.

48 Čl. 81 ZOO: (1) *S tražbinom prelaze na primatelja sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, založno pravo, prava iz ugovora s jamcem, prava na kamate, ugovornu kaznu i sl.; (2) Ipak, ustupitelj može predati založenu stvar primatelju samo ako zalagodavac pristane na to, inače ona ostaje kod ustupitelja da je čuva za račun primatelja.; (3) Smatra se da su dospjele a neisplaćene kamate ustupljene s glavnom tražbinom.*

49 U nekim zemljama banke traže da cesija bude neopoziva i da sadrži dan isteka, te da se cesionar pridržava određenog postupka prije cediranja. B. Vukmir, *op. cit.*, 152.

Specifičnost odnosa kod cesije iznosa iz akreditiva ima za posljedicu da se sadržaj novonastalih prava ne može do kraja poistovjetiti s klasičnim institutom cesije u obveznom pravu.⁵⁰ Za cesiju iznosa iz akreditiva ne traži se potvrda akreditivne banke niti nalogodavca, ali u praksi će se gotovo uvijek takav prijenos obavljati posredstvom banke čime ona zapravo daje svoj pristanak. Korisnik akreditiva je dužan samo obavijestiti banku o izvršenoj cesiji. Od tog trenutka banka je u slučaju da korisnik akreditiva pravodobno i uredno prezentira dokumente dužna iznos iz akreditiva isplatiti cesionaru, a ne korisniku akreditiva.

Korisnik akreditiva je kao cedent dužan predati cesionaru obveznicu ili drugu ispravu o dugu, ako ih ima, te druge dokaze o pravu na iznos iz akreditiva kao i druge dokaze o sporednim pravima.⁵¹ Ako je korisnik prenio na primatelja samo jedan dio iznosa iz akreditiva, dužan je predati mu ovjеровljeni prijepis obveznice ili koje druge isprave kojom se dokazuje postojanje ustupljenog iznosa iz akreditiva, osim toga korisnik akreditiva je dužan na zahtjev cesionara izdati mu ovjеровljenu potvrdu o ustupanju iznosa iz akreditiva.

Kad je iznos iz akreditiva ustupljen naplatnim ugovorom, korisnik akreditiva odgovara cesionaru za postojanje iznosa iz akreditiva u vrijeme ustupanja⁵² dok za naplativost iznosa iz akreditiva korisnik odgovara samo ako je to bilo ugovoreno i to do visine onoga što je primio od cesionara. S druge strane odgovornost savjesnog korisnika

50 Tipična akreditivna transakcija sastoji se od minimalno četiri osobe: prodavatelja (nalogodavaca), kupca (korisnika akreditiva), akreditivne banke (u zemlji kupca) i korespondentne banke (u zemlji prodavatelja). Kada prodavatelj odluči poduzeti korake kako bi samostalnu i neopozivu obvezu banke na plaćanje prenio na treću osobu, akreditivnom aranžmanu u širem smislu pristupa i cesionar. Stranke u ugovoru su korisnik iz akreditiva sada postaje cedent, a primatelj iznosa je cesionar, dok je akreditivna odnosno potvrđujuća banka cesus tj. dužnik. Iako kod cesije iznosa iz akreditiva susrećemo tri osobe, ovaj ugovor je dvostran, a ne trostran pravni posao. Korisnik akreditiva i dalje ostaje aktivna stanka u akreditivnom aranžmanu, a cesionar je samo pasivna stranka koja stječe samo pravo na primanje iznosa iz akreditiva. Stoga u pogledu višestrukih odnosa koji nastaju prilikom cesije iznosa iz akreditiva nije do kraja jasan sadržaj prava i obveza koji nastaju između treće osobe kojoj je korisnik ustupio pravo na primitak iznosa i akreditivne/potvrđujuće banke koje mu je dužna platiti iznos iz akreditiva.

51 Npr. pravo na ugovorene kamate, zatezne kamate.

52 Cf. čl. 86 ZOO.

akreditiva se ne može ugovoriti za naplativost kamata, troškova oko ustupanja i troškova postupka protiv banke.⁵³

Osnovno pravilo je da se kod cesije cedent ne smije staviti u gori položaj. To znači da cesus ima prava prema cesionaru isti položaj tj. iste dužnosti koje je imao i prema starom vjerovniku, ali samo u pogledu prava na novčani iznos.⁵⁴ U odnosu između banke i cesionara, cesionar ne stječe prava koja je imao korisnik akreditiva u odnosu prema banci do ustupanja iznosa iz akreditiva, a s druge strane niti banka ne može isticati prigovore prema cesionaru koje je mogla istaknuti korisniku akreditiva do časa saznanja za cesiju iznosa iz akreditiva.⁵⁵ Ovakva situacija je sa stajališta banke prihvatljiva jer banka nije stavljena u gori položaj nego što je bila prije cesije iznosa iz akreditiva već i dalje može isticati prigovore korisniku⁵⁶ i kao i prigovore strogo osobne prirode.⁵⁷

Ako je banka u trenutku obavijesti o nastaloj cesiji iznosa iz akreditiva priznala cesionaru da ima prvo na predmetni iznos tj. ako je priznala veritet iznosa iz akreditiva, ne može više staviti cesionaru one prigovore koje bi mogao staviti da nije bilo priznanja (npr. prigovor zastare, isplate itd.).

6. VRSTE CESIJE IZNOSA IZ AKREDITIVA

Uz tipizirane dijelove koje sadrži svaki ugovor o cesiji takav ugovor određen je različitim razlozima koji su motivirali korisnika kao cedenta za prijenos iznosa iz akreditiva. U akreditivnom poslovanju sredstva iz dokumentarnog akreditiva najčešće se ustupaju kupnjom ili su u funkciji pokrića za otvaranje drugog akreditiva tzv. *back to back* akreditiva.⁵⁸ Suprotno tomu u domaćem pravu zakonodavac razliku-

53 Cf. čl. 87 ZOO.

54 M. Vedriš, P. Klarić, *op. cit.*, 439.

55 Cf. čl. 84 ZOO.

56 Npr. prigovor neusklađene prezentacije, prigovor zastare, zakašnjenja s rokovima.

57 Npr. prigovor da cedent može poslije izvršene cesije izgubiti poslovnu sposobnost pa prema tome pravo na prezentaciju dokumenata stječe cedentov zakonski zastupnik, a ne cesionar

58 Jedna od pogodnosti ustupanja sredstava je da glavna stranka i dalje zadržava pristup bilo kojem dijelu sredstava koja nisu preusmjerena na treću stranu, učinkovito omogućuje oba subjekta da koriste isti dokumentarni akreditiv

je cesiju umjesto ispunjenja duga, radi naplaćivanja i radi osiguranja.⁵⁹ Stoga je u nastavku potrebno ispitati mogućnost učinkovite primjene pravila o posebnim vrstama cesije na cesiju iznosa iz akreditiva.

6.1. *Cesija iznosa iz akreditiva umjesto ispunjenja duga*⁶⁰

Kada korisnik akreditiva kao dužnik umjesto ispunjenja svoje obveze koju ima prema svome vjerovniku ustupi cijeli ili dio iznosa iz akreditiva, sklapanjem ugovora o cesiji, korisnikova obveza prema njegovom vjerovniku se gasi do iznosa ustupljenog dijela akreditiva.

Cesija umjesto ispunjenja duga poseban oblik ustupanja iznosa iz akreditiva kod kojeg je korisnik (cedent) dužnik. Stoga se takav ugovor i zaključuje upravo iz razloga namirenja cesionarevog potraživanja prema korisniku (cedentu). U praksi je većina ugovora o cesiji iznosa iz akreditiva ovakva vrsta cesije. Najčešći razlozi zbog kojih se prodavatelji odlučuju na prijenos iznosa iz akreditiva su slučajevi u kojima prodavatelj kao korisnik dokumentarnog akreditiva nije stvarni dobavljač cijelog ili dijela robe iz dokumentarnog akreditiva pa kada traži od banke da isplati njegove dobavljače iznosom iz akreditiva. Motiv za takvo postupanje leži u činjenici da prodavatelj ne želi od kupca zahtijevati da mu izda prenosivi dokumentarni akreditiv kako bi kupca održao u neznanju i stvorio privid da je on jedini dobavljač (isporučitelj) robe.

kada je to potrebno. Na primjer, matična tvrtka može biti glavna stranka koja odluči ustupiti dio sredstava iz dokumentarnog akreditiva podružnici kao sredstvo za osiguranja rezervnih sredstava za neki projekt koji poduzima podružnica. Ovaj način učinkovito kreira izvor sredstava na koji se podružnica može osloniti ako je potrebno, sve pod pokroviteljstvom glavnog društva.

59 Osim toga valja spomenuti i prikrivenu cesiju gdje cedent svoja potraživanja prema cesusu ustupa samo radi naplate. Ova cesija nije fiducijarna cesija jer kod nje cesionar nije imao potraživanje od cedenta, a koje potraživanje bi naplaćivao kroz opisane mehanizme fiducijarne cesije, u oba oblika. Stoga je ovu cesiju potrebno razmatrati s aspekta odredbi redovite cesije kao konsenzualnog (perfektan u trenutku postizanja suglasne volje stranaka), ali i neformalnog ugovora te također s aspekta utvrđenja prave volje stranaka. U tom smislu bi, za slučaj eventualnog sudskog spora između cedenta i cesionara, valjalo utvrđivati i razloge za raskid takvog ugovora o cesiji – no ovo pitanje zahtijeva posebnu analizu. Cf. M. Maržić, *Ustup potraživanja (cesija) s aspekta prava na zateznu kamatu i odgovornosti cedenta za naplatu*, dostupno na: <http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/USTUP.pdf>, (21. 7. 2016), 1–7.

60 Njem. *Abtretung an Erfüllungsstatt*, za hrvatsko pravo cf. čl. 88 st. 1 ZOO.

Pri njoj valja voditi računa da se zaključenjem ovakvog ugovora o cesiji ne prekrše odredbe Zakona o platnom prometu o zabrani namirivanja dugovanja cesijom za vrijeme dok je blokiran poslovni račun subjekta⁶¹. Iako je, za slučaj eventualnog spora, sud ovlašten, kao zasebno pitanje, ocjenjivati karakter cesije (redovita ili umjesto ispunjenja), poželjno bi bilo sugerirati da stranke samim pisanim ugovorom o cesiji definiraju pravnu narav i svrhu cesije iznosa iz akreditiva. Kod cesije umjesto ispunjenja duga ugovor je perfektan zaključenjem te od tog trenutka iznos iz akreditiva prelazi s cedenta na cesionara. Ovdje je propisano jedno odstupanje od odredbi koje propisuje doći zakonodavac. Naime, kod akreditiva se istog trenutka ne bi ugasila i korisnikova (cedentova) obveza prema cesionaru jer bi i dalje cesionar bio u neizvjesnosti dok korisnik ne podnese dokumente na prezentaciju. Tek tada se gasi korisnikova obveza prema cesionaru. Za razliku od redovite cesije kod koje cedent može ustupiti cijeli iznos iz akreditiva u ovom posebnom obliku cesije cedent ustupa potraživanje samo do vrijednosti njegova (ukupnog) duga prema cesionaru, dok je „višak naplaćenog“ cesionar dužan vratiti cedentu.

6.2. Cesija iznosa iz akreditiva radi naplaćivanja⁶²

Osobitost cesije radi naplaćivanja očituje se u namjeri cesionar, a ne korisnik akreditiva, naplati iznos iz akreditiva od banke, ali je svrha i ta da cesionar tom naplatom od banke naplati svoje potraživanje koje ima prema korisniku akreditiva. Za razliku od cesije umjesto ispunjenja kod koje se korisnikova cedentova obveza gasi trenutkom zaključenja ugovora o cesiji, kod cesije radi naplate iznosa iz akreditiva cedentova se obveza gasi tek nakon što cesionar naplati ustupljeni iznos iz akreditiva od banke. No i kod ovog posebnog oblika cesionar je dužan korisniku cedentu vratiti višak naplaćenog iznosa iz akreditiva koji prelazi iznos korisnikovog ukupnog duga prema cesionaru. Za razliku od redovite cesije i cesije umjesto ispunjenja, kod cesije radi naplate banka je uvijek ovlaštena svoj dug ispuniti i korisniku.

Ovaj način ustupanja zapravo ima oblik kupoprodaje duga sklopljenog između korisnika dokumentarnog akreditiva i cesionara gdje

61 V. Gorenc, *op. cit.*, 22.

62 Njem. *Abtretung an Zahlungsstatt, Inkassoession*; za hrvatsko pravo cf. čl. 88 st. 2 ZOO.

cesionar kupuje dug (tj. potraživanja iz dokumentarnog akreditiva) od korisnika akreditiva. Sredstva iz dokumentarnog akreditiva nakon ustupanja su vlasništvo cesionara, ali je cedent i dalje stranka u akreditivnom odnosu.⁶³

6.3. Cesija iznosa iz akreditiva radi osiguranja⁶⁴

U slučaju da cesionar daje zajam cedentu koji je ujedno i korisnik akreditiva kao sredstvo osiguranja vraćanja toga zajma može se ugovoriti da sredstva iz dokumentarnog akreditiva budu osiguranje za pozajmicu. Sredstva iz akreditiva ostaju i dalje u vlasništvu korisnika, ali su u funkciji osiguranja cesionara.

Osim toga može se pojaviti slučaj kada će prodavatelju iznos iz akreditiva služiti kao pokriće za izdavanje dokumentarnog akreditiva koji će on otvoriti u ime svojih dobavljača (isporučitelja). ZOO, je cesija kod koje cesionar, kao korisnikov vjerovnik, prima od korisnika njegov iznos iz akreditiva od banke samo radi osiguranja svoje tražbine prema korisniku/cedentu. Teško je za očekivati da bi cesionar ovdje mogao postupati s pažnjom dobrog gospodarstvenika i voditi brigu o naplati iznosa iz akreditiva od banke u pogledu utuživanja prije zastare, utuženja kamata i drugih troškova jer cesionar nije u aktivnom odnosu s bankom. Ipak nakon naplate, a nakon zadržavanja iznosa potrebnog za namirenje vlastite tražbine prema korisniku, cesionar je dužan korisniku isplatiti preostali iznos.⁶⁵

7. ZAKLJUČAK

Postojeća međunarodna (autonomna) poslovna praksa i nacionalni propisi ne nude cjelovita rješenja za uređenje materije cesije iznosa iz akreditiva. Glavni problem očituje se u šturom i nedovoljno reguliranom normativnom okviru i u UOP 600 pravilima i u domaćem

63 Iako se ova vrsta ustupanja obično obavlja putem kupnje, može biti strukturirano tako da je kupnja može biti riječ i o potraživanju na ime regresa za nastanak određenih štetnih događaja korisniku dokumentarnog akreditiva (npr. nelikvidnost banke izdavatelja).

64 Njem. *Abtretung an Sicherheitstatt*, za hrvatsko pravo cf. čl. 89 ZOO.

65 Svrha cesije radi osiguranja i radi naplate iznosa je osiguranje cesionareva potraživanja i naplata duga od cesusa, a radi podmirenja cedentova duga, pod izravnim nadzorom cesionara. M. Maržić, *op. cit.*, 2.

ZOO. UOP 600 pravila sadrže samo jednu odredbu u čl. 39 kojom se dozvoljava ustupanje iznosa iz akreditiva (čak iako je riječ o neprenosivim akreditivima), dok se za ostala pitanja upućuje na mjerodavno nacionalno pravo. S druge strane, ZOO uopće ne regulira ovaj institut već sadrži samo dva članka u kojima definira pojam akreditiva i upućuje na primjenu pravila Međunarodne trgovačke komore o dokumentnim akreditivima.

Problem se dodatno produbljuje u slučaju primjene domaćeg materijalnog prava kao mjerodavnog prava za prosuđivanje cesije iznosa iz akreditiva jer se u domaćem pravnom poretku tradicionalan institut cesije ne podudara sa sadržajem prava i obveza koji nastaje kod cesije iznosa iz akreditiva. Naime, komparacijom domaćeg i međunarodnog pravnog okvira utvrđeno je da postoje određena odstupanja u odredbama ZOO u odnosu na smisao instituta cesije iznosa iz akreditiva i relevantnu odredbu čl. 39 UOP 600 pravila.

Stoga se upućivanjem na domaće mjerodavno pravo u praksi mogu pojaviti razni problemi u pogledu cesije iznosa iz akreditiva zbog nepodudarnosti s redovitom cesijom pa bi sastajališta hrvatskog pozitivnog zakonodavstva bilo dobro regulirati cesiju prava na primanje iznosa iz akreditiva po uzoru na regulaciju koju nalazimo kod bankarskih garancija na prvi poziv gdje se u čl. 1043 ZOO regulira prijenos prava na plaćanje iz garancije i time otklanjaju nejasne posljedice ustupanja.

Ovakvo rješenje preveniralo bi pravne nejasnoće i mogućnost primjene posebnih odredbi o cesiji iz domaćeg prava. To bi dovelo do prihvaćanja ne samo unificiranog normativnog okvira, već i do ujednačenog tumačenja ovog instituta u skladu s međunarodnom standardom bankarskom praksom.

Lidija Šimunović, LL.M.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Osijek

AN ASSIGNMENT OF PROCEEDS FROM A LETTER OF CREDIT

Summary

An assignment of proceeds from a letter of credit is a specific instrument of the transfer of monetary means from letters of credit which raises various substantive and procedural issues in the business of letters of credit. Despite universal international recognition, this institute has not been the subject of a systematic analysis in neither domestic nor comparative legal doctrine. The goal of this article is to demonstrate the lack of logic in the domestic normative framework and to provide solutions for the effective implementation of the institute of the assignment of proceeds under the domestic law. The first section of this article provides a chronological overview of the origins and development of this institute. Thereafter, there is an analysis of the normative framework and the differentiation between the assignment of proceeds and other similar institutes. The central section of the article deals with the issue of the relationship between the content of the letters of credit and the assignment of proceeds contained therein. There is a determination of the causal link and reference to the possible problems in practice regarding the scope of the transferred rights and the effective implementation of the assignment of proceeds. There is also a deliberation of the possibility of the application of the special types of assignment provided by the domestic Law on Obligations on the assignment of proceeds from letters of credit. Finally, there is an assessment of the current state of affairs and guidelines for the effective implementation of this institute in domestic law in accordance with the international standard banking practice.

Key words: *Assignment. – Assignment of proceeds. – International standard banking practice. – Letter of Credit. – UCP 600.*

Dr Nenad Tešić*

O „IZUZETNOSTI“ DUGA ZA STRUJU**

*Debita sequuntur personam debitoris.*¹

Autor u središte pažnje postavlja ugovorne odnose koji predstavljaju osnov za isporuku električne energije krajnjem potrošaču. Uskraćivanje električne energije savremenom čoveku oduzima mogućnost da osvetli stambeni i poslovni prostor, da se zagreje, pripremi hranu, napuni svoj mobilni telefon i računar. Otuda, nije teško primetiti da je korišćenje električne energije odavno postalo, ako ne nasušna potreba, onda makar jedna od onih navika bez kojih nam se život čini nazamislivim. Autor, upravo iz ovog ugla, preispituje odnos načela autonomije volje, koje dominira obligacionim pravom i jednog izuzetka od ovog pravila – obaveze javnog preduzeća da sa potrošačem koji ispunjava propisane uslove zaključi ugovore koji omogućavaju isporuku električne energije. Naročit interes autora pobudila je Uredba o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom koja za pristup električnoj energiji, pored ostalog, nameće potencijalnom potrošaču obavezu da dostavi dokaz o tome da su plaćeni svi računi za potrošenu električnu energiju na tom mernom mestu. Ova norma je bila predmet brojnih incijativa za ocenu ustavnosti i zakonitosti, ali ih je Ustavni sud odbacio s pozivom na čl. 452 Zakona o obligacionim odnosima.

Autor još jednom podvrgava naučnoj analizi argumente na kojima je takvo odbacivanje zasnovano s naročitim akcentom na stav Ustavnog suda da dug za struju pravnog prethodnika prati nepokretnost i prelazi na pribavioca bez obzira da li je ovaj nepokretnost stekao singularnom ili univerzalnom sukcesijom i da li je reč o skrivenom dugu za čije postojanje pribavilac nije mogao saznati iz javnih knjiga.

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, nenad.tesic@ius.bg.ac.rs.

** Ovaj naučni članak je rezultat istraživačkog rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2016. godinu.

1 „Dugovi prate ličnost dužnika“, pri čemu se ova maksima slobodno može nazvati delom univerzalne pravne tradicije (nem. *Schulden folgen der Person des Schuldners*, engl. *debts follow the person of the debtor*).

Ključne reči: *Snabdevanje električnom energijom. – Operator sistema. – Snabdevač odnosno javni snabdevač. – Imovinska celina. – Sukcesija u pravima i obavezama. – Tuđi dug.*

1. DUG JE ZAO DRUG

O aktuelnosti odabrane teme govori podatak da su opomene pred isključenje električne energije, sredinom 2016. godine, stigle na adrese 372.000 potrošača u Republici Srbiji. „Među nesavesnim platišama su daleko zastupljenija domaćinstva – 334.000. Od privrednika koji se snabdevaju od Elektroprivrede Srbije za isporučenu struju duuguje njih 38.000. Ukupna dugovanja domaćinstava i privrede na garantovanom snabdevanju iznosila su 19,6 milijardi dinara, s tim da je dug domaćinstava 12,5 milijardi dinara“.²

Postavlja se pitanje šta su stvarni razlozi takve „epidemije neplaćanja“, da li su uzroci ove pojave sasvim u ekonomskoj sferi ili je odlaganje obaveze plaćanja struje više sociološko-psihološki fenomen.

1.1. *Nemar, navika ili nemaština*

Građani se priključuju grupi neplatiša iz različitih razloga. Neki jednostavno dozole da im se dugovi nagomilaju i onda „vape za reprogramom“³ i plaćanjem duga na rate.⁴ Drugi opet propuste i ovu mogućnost, pa dozvole sebi da im na vrata redovno kucaju javni izvršitelji.⁵ Neplaćanje struje je u nekim slučajevima više navika,⁶ neka vrsta sve-

2 „Dug za struju ima oko deset odsto kupaca“, 05.07.2016, <http://rs.n1info.com/a174285/Biznis/Dug-za-struju-ima-oko-deset-odsto-kupaca.html>, 12. 9. 2016.

3 EPS je dužnicima ponudio mogućnost da stara dugovanja mogu da, zavisno od visine duga, izmire u rasponu od 12 do 120 rata, sa otpisom dela duga zavisno od opcije za koju se opredele. „EPS: Ugovore o reprogramu potpisalo oko 70 odsto, izostali najveći dužnici“, *Beta*, 03.12.2013, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/eps-ugovore-o-reprogramu-potpisalo-oko-70-odsto-izostali-najveci-duznici/csbne9m>, 12. 9. 2016.

4 „Dug za struju na 120 rata“, 26. 7. 2013, <http://www.kt.gov.rs/sr/news/arhiva-vesti/dug-za-struju-na-120-rata>, 12. 9. 2016.

5 M. P. Janković, „Izvršitelji stižu na 150.000 adresa zbog dugova za struju“, *Večernje Novosti*, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/izvrstitelji-stizu-na-150000-adresa-zbog-dugova-za-struju/jqrj8t8>, 12. 9. 2016.

6 „Među dužnicima ima čak 12.000 imućnih građana, koji žive u velikim kućama na periferiji grada i vlasnici su restorana i splavova.“ G. Svilar, *Najviše*

snog opredeljenja da se raspoloživa sredstva rasporede prema prioritetima. Pritom, ovi donosioci odluka nisu racionalni, niti su potpuno informisani.⁷ Oni često ne plaćaju naivno verujući da će dug da zastari⁸ ili da će biti otpisan kao što je to bio slučaj sa dugom za TV pretplatu. Pored onih kojima je izbegavanje plaćanja *modus vivendi* postoje i oni građani koji su ostali bez prihoda ili „žive na minimalcu“⁹, pa je redovno izmirenje računa za njih istinska „naučna fantastika“.¹⁰ Da ni kod plaćanja računa nije sve u parama pokazuje okolnost da su najrevnosnije platiše uglavnom penzioneri koji iako misle o svakom dinaru ipak čekaju u redu na šalterima da prvo izmire svoje obaveze prema javnom snabdevaču električne energije.

1.2. Kilovati u sudskoj praksi

Povodom električne energije u našoj pravnoj praksi najčešće su se otvarala pitanja u vezi štete koja je njome prouzrokovana, kada se uskraćivanje električne energije može smatrati smetanjem državine, te kada se njena samovlasna upotreba smatra krađom.

duguju bogati građani, 7. 2. 2011, <http://www.blic.rs/vesti/beograd/najvise-duguju-bogati-gradani/5zdbgk5>, 12. 9. 2016.

7 Opširnije o normativnom i deskriptivnom pristupu u teoriji odlučivanja, Kaja Damjanović, Ivana Janković, „Normativna i deskriptivna teorija donošenja odluka u uslovima rizika“, *Theoria* 4, 2014, 27.

8 „Ne morate da plaćate račune starije od 12 meseci“, <http://www.naslovi.net/>, 4. 9. 2016. Nažalost, i neki subjekti u javnoj sferi su vodili takvu kampanju. „Pokrajinski ombudsman saopštila je da građani mogu da se pozovu na zastarenje pojedinih dugovanja, kao što su računi za struju, grejanje, vodu i RTV pretplatu. Ombudsman je navela da dugovanja građana postaju zastarela nakon godinu dana, ali da bi izbegli prinudnu naplatu zaostalih potraživanja dužnici moraju istaći takozvani prigovor zastarelosti.“ „Dugovi potrošača postaju zastareli nakon godinu dana“, *Vesti 24 Sata*, 30. 8. 2012, www.naslovi.net, 12. 9. 2016. Takve nedovoljno odmerene izjave zanemaruju okolnost da u poslednjih nekoliko godina sva javno-komunalna preduzeća imaju odgovarajuće softvere koji na vreme signaliziraju da se predlog za izvršenje podnese pre isteka roka od godinu dana, tako da je mala verovatnoća da neko takvo potraživanje zastari.

9 O razmerama siromaštva u urbanim sredinama koje uslovlja neplaćanje duga za struju. Vid.: „Dimensions of Urban Poverty in the Europe and Central Asia Region“, *World Bank Policy Research Working Paper* 3998, August 2006, 52.

10 Takvo zabrinjavajuće stanje otvara prostor za dobrotu. Vid.: „Porodica Panajotov iz Pasi Poljane uz pomoć komšija i dobrih ljudi prikupila novac da isplati dug za struju“, <http://jugmedia.rs/>, 4. 9. 2016.

1.2.1. Opasna stvar

Za štetu nastalu od električne energije odgovara se po principima objektivne odgovornosti. Električna energija je opasna stvar, te proput na održavanju elektromreže stvara odgovornost za naknadu štete koja nastane zbog takvog ponašanja.¹¹ Štetnik se ne može osloboditi od odgovornosti dokazivanjem da nije kriv što je do štete došlo. Tako u jednoj situaciji sud ističe da preduzeće za elektrodistribuciju odgovara za štetu koja je nastala na objektima oštećenih lica usled požara koji je nastao zbog neispravnih instalacija u susednom poslovnom prostoru, ako po prijavi vlasnika objekta u kome je izbio požar nije izvršilo isključenje tog prostora iz električne mreže.¹²

1.2.2. Smetanje državine

Naročito brojni u našoj sudskoj praksi su i sporovi u kojima je licu koje se koristi električnom energijom ona iz različitih razloga uskraćena. Sudovi su u takvim slučajevima usvajali ili odbijali zahteve za smetanje državine, u zavisnosti od toga da li u konkretnom slučaju ova radnja uskraćivanja pristupa struji bila protivpravna. „Imajući u vidu navedeno, tj. da je tuženi isključenje električne energije izvršio pod uslovima i na način regulisan odredbama Zakona o energetici, to u njegovom postupanju nema protivpravnosti, a što je uslov da bi se moglo utvrditi smetanje poseda“.¹³ „Međutim ako je tuženi isključio struju tužiocu bez uručivanja pisane opomene i nije ostavio korisniku rok od tri do trideset dana za izmirenje duga, tužilac uživa sudsku zaštitu po osnovu tužbe za smetanje državine“.¹⁴

11 Presuda Okružnog suda u Prokuplju, Gž. 927/2004 od 24. 12. 2004. godine, *Paragraf Lex*.

12 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3206/2005 od 8. 2. 2006. godine, *Paragraf Lex*.

13 Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 10915/2010 od 12. 5. 2011. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, Bilten br. 1/2012, *Paragraf Lex*.

14 Rešenje Višeg suda u Kragujevcu, Gž 2551/2011 od 2. 11. 2011. godine, *Paragraf Lex*. „Isporučilac električne energije je u obavezi da pre obustave isporuke električne energije pošalje obaveštenje licu sa kojim ima ugovor o isporuci struje u kojem roku može da izmiri svoje obaveze, a kupac ima obavezu da prijavi promenu prava korišćenja električne energije. Bez zaključenja ovog ugovora, tužilac, prema čl. 78. st. 2. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, ne bi imao pravo na zaštitu u odnosu na tuženog, jer bi to značilo da je u

1.2.3. Krađa bestelesne stvari

U grupi onih kojima je izbegavanje dugova vrsta životnog opredeljenja nalaze se i tzv. „kradljivci struje“.¹⁵ Nisu za pohvalu podaci da se u Srbiji godišnje ukrade električne energije u vrednosti od 60 miliona evra. Samo na području našeg glavnog grada otkriveno je 5.000 krađa struje i to na 52 različita načina.¹⁶ Pod neovlašćenim korišćenjem električne energije podrazumeva se: 1) korišćenje električne energije u objektu koji je priključen na sistem bez odobrenja za priključenje; 2) korišćenje električne energije samovlasnim priključenjem objekta nakon izvršene obustave isporuke električne energije; 3) korišćenje električne energije bez mernog uređaja ili mimo mernog uređaja; 4) korišćenje električne energije preko mernog uređaja na kome je onemogućeno pravilno registrovanje električne energije.¹⁷

Tako se u našoj sudskoj praksi ističe da „postoji krivično delo samovlašća kada se, nakon obustave električne energije od strane ovlašće-

odnosu na njega stekao pravo korišćenja električne energije potajno.“ Rešenje Višeg suda u Kragujevcu, Gž 20/2013 od 8. 1. 2013. godine, *Paragraf Lex*.

- 15 „EPS je prošle godine otkrio više od 12 miliona evra nelegalne potrošnje. U krađi struje prednjače imućniji građani. Zabrinjava i to što su među dve trećine uhvaćenih u krađi struje najčešće vlasnici pekara, mesara, restorana i kafića. Često i poznate ličnosti. „Zbog krađe struje EPS je prošle godine podneo 11.500 krivičnih prijava. Krađa struje, EPS uzvraća udarac“, 28. 5. 2016, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/ekonomija/2333192/kradja-struje-eps-uzvraca-udarac.html>, 12. 9. 2016.
- 16 „I magnet krađe struju“, 4. 12. 2010, [http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/teme/teme.97.html:tema-73-Kradja-struje](http://www.novosti.rs/vesti/naslovna teme/teme.97.html:tema-73-Kradja-struje), <http://srbin.info/>, 12. 9. 2016.
- 17 Pored već pomenutih Uredba navodi još neke načine neovlašćenog korišćenja električne energije: 5) korišćenje električne energije preko mernog uređaja na kome su oštećene plombe operatora sistema, odnosno ovlašćenog tela za overavanje merila, pod uslovom da se u kontroli mernog uređaja utvrdi nepravilnost registrovanja utrošene električne energije; 6) nenamensko korišćenje električne energije po povoljnijim tarifama iz kategorije kojoj krajnji kupac ne pripada u skladu sa metodologijom za određivanje cene električne energije za javno snabdevanje; 7) samovlasna zamena glavnih osigurača i drugih uređaja za ograničenje snage, odnosno struje kojom se utiče na tačnost merenja preuzete električne energije; 8) samovlasna zamena glavnih osigurača i drugih uređaja za ograničenje snage, odnosno struje kojom se ne utiče na tačnost merenja preuzete električne energije; 9) korišćenje električne energije preko mernog uređaja na kome su oštećene plombe operatora sistema, odnosno ovlašćenog tela za overavanje, pri čemu korisnik sistema nije obavestio operatora o oštećenju. Vid.: Uredba o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom, *Sl. glasnik RS*, br. 63/2013 (dalje: Uredba), čl. 54.

nih službenih lica, okrivljeni samovlasno priključi na elektroenergetski objekat¹⁸. „Kada je potrošač, bez saglasnosti isporučio, umesto monofazne struje u svoju kuću uveo trofaznu struju koju je koristio preko trofaznog brojila, radi se o neovlašćenom korišćenju električne energije.¹⁹ Pritom je „lice koje neovlašćeno koristi električnu energiju, dužno je da snosi sve pravne posledice nastale obustavom dalje isporuke električne energije zbog neovlašćenog korišćenja električne energije“.²⁰ Tako se u jednom slučaju tuženi naknadno neovlašćeno priključio na elektroenergetsku mrežu i u leji napravio etažno grejanje pa je pravno-snažnom presudom oglasen krivim za krivično delo krađe struje.²¹

Smatramo da će učestalim krađama struje teško doći kraj, posebno s obzirom na dosadašnje stalno „gledanje kroz prste“ takvim prestupnicima od strane nadležnih organa.²²

2. DUG KAO NIJEDAN DRUGI

2.1. Logika „brojila“

Pored već pomenutih dilema isporuka električne energije generiše i pitanje šta se dešava u situaciji promene vlasnika nepokretnosti, ako lice koje je zaključilo ugovor o prodaji električne energije i ugovor o pristupu sistemu u pogledu određene nepokretnosti prestane biti

-
- 18 Presuda Višeg suda u Užicu, Kž 333/2015 od 23. 11. 2015. godine, *Paragraf Lex*.
- 19 „Utrošena električna energija se tada utvrđuje prema članu 37. Odluke o opštim uslovima za isporuku električne energije, bez obzira na činjenicu što je potrošnja električne energije za sve vreme neovlašćene potrošnje bila registrovana na brojilu.“ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1250/2005 od 27. 10. 2005. godine, *Paragraf Lex*.
- 20 Prema Krivičnom zakoniku Republike Srbije u grupu krivičnih dela protiv imovine spada i priključenje objekta koji je izgrađen bez građevinske dozvole. Lice koje priključi objekat ili odgovorno lice u pravnom licu koje dozvoli priključenje objekta, koji se gradi ili je izgrađen bez građevinske dozvole, na elektroenergetsku, termoenergetsku ili telekomunikacionu mrežu, vodovod i kanalizaciju kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine i novčanom kaznom. Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014, čl. 219b.
- 21 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2833/2007 od 20. 12. 2007. godine, *Paragraf Lex*.
- 22 Jasna Petrović-Stojanović, „Kradljivcima struje umesto zatvora ponudili plaćanje na rate“, 15. 10. 2013, <http://www.politika.rs/>, 12. 9. 2016.

njen vlasnik, ali ne izmiri svoj dotadašnji dug za struju. Operator sistema i snabdevači ne dozvoljavaju novom vlasniku da stupi u ugovorni odnos, odnosno prenese račun za struju na svoje ime, pre nego što izmiri dugove svog pravnog prethodnika. Odatle proizilazi da dugovi za električnu energiju *via facti* opterećuju svakodobnog vlasnika nepokretnosti, a ne korisnika usluge. „Na ovaj način se neodovoljna organizovanost javnih preduzeća prebacuje na savesne građane. Prema tim uslovima, pre zaključenja ugovora o prodaji i pristupu sistemu, novi vlasnik mora da dostavi dokaze o promeni vlasništva i izmirenju prethodnih računa na brojilu za taj objekat“.²³ Naročitu pažnju javnosti izazvali su slučajevi kada su nekim licima vraćene oduzete nepokretnosti kroz restituciju, ali sa njima i dugogodišnji nagomilani dugovi.²⁴

Kada je reč o potraživanjima ostalih javno-komunalnih preduzeća, ona očigledno nemaju poseban status kao dugovi za struju. Beogradski „Infostan“ naplaćuje dugove za grejanje, vodu, odnošenje smeća – onome ko ih je i napravio. „U slučaju kupoprodaje kada u objekat ulazi novi vlasnik, on je dužan da donese overen ugovor o kupovini nepokretnosti i time sa sebe skida sve zaostale obaveze prethodnika.“²⁵ „I u slučaju restitucije, dugovi idu na starog vlasnika, odnosno onoga ko je i odgovoran za neplaćene račune. Novom vlasniku bilo koje nepokretnosti, kada se prijavi sa vlasničkim listom, Infostan pravi novi „ident broj“ (šifru korisnika), a „prethodni vlasnik“ se goni za napravljene dugove“.²⁶

2.2. Logika „ocene ustavnosti“

Pomenuta posebnost duga za struju zasnovana je podzakonskim aktom i to Uredbom o uslovima isporuke i snabdevanja električnom

23 Jelica Antelj, Ivana Albunović, „Šta sa dugovima kada kupite ili nasledite nekretninu“, *Politika*, 23. avgusta 2016, <http://www.vaseljenska.com/>, 12. 9. 2016.

24 Iako se svi ostali zaostali računi naplaćuju od onoga ko ih je napravio, u EPS terete – onoga od koga mogu da naplate. Ekstreman je slučaj jedne beogradske porodice kojoj su vraćene podrumske prostorije od ukupno 12 kvadrata, ali uz njih idu i troškovi za neplaćenu električnu energiju „teški“ 300.000 dinara. „Uz stan dobijate i dugove za struju“, *Večernje novosti* 9. 5.2016, <http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php>, 12. 9. 2016.

25 U „Infostanu“ naglašavaju da je vrlo bitno da se svaka promena njima prijavi, pošto oni nemaju saznanja o tome da li je neka nepokretnost prodana. J. Antelj, I. Albunović, <http://www.vaseljenska.com/>, 12. 9. 2016.

26 „Uz stan dobijate i dugove za struju“, <http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php>, 12. 9. 2016.

energijom.“ Takva Uredba je bila predmet brojnih inicijativa za ocenu ustavnosti i zakonitosti koje je Ustavni sud odbacio.²⁷ Podnosioci ovih inicijativa su smatrali da se odredbama čl. 62, st. 1, 2 i 5 i čl. 63 povređuje Ustavom garantovano pravo na imovinu iz čl. 58, st. 3 Ustava, na način što se uslovljavanjem ovog prava obligacionim obavezama onemogućava da vlasnik nepokretnosti koji nema dugovanja prema isporučiocu uživa, odnosno koristi nepokretnost u skladu sa njenom namenom, budući da mu je uskraćeno pravo da obezbedi električnu energiju. Po mišljenju inicijatora Uredbom se ne može ograničiti način korišćenja imovine, jer je Ustavom normirano da se to može učiniti samo zakonom. Isto tako inicijatori su smatrali da se čl. 62, st. 2 i 6 Uredbe smanjuje dostignuti nivo ljudskih prava (u konkretnom slučaju prava na imovinu) što je suprotno čl. 20 Ustava. Takođe inicijatori ističu da je osporenim odredbama čl. 62 i 63 povređuje zakonsko načelo relativnog dejstva ugovora iz čl. 143 Zakona o obligacionim odnosima, kao i odredbe čl. 222 Zakona o nasleđivanju, jer se obim odgovornosti za tuđi dug nezakonito proširuje na sve sukcesore u pravu na nepokretnosti za koju su vezana brojila po kojima je nastao dug za električnu energiju i bez ograničenja visine odgovornosti. Vlada je na zahtev Ustavnog suda dostavila odgovor u kome je iznela mišljenje da osporene odredbe navedene Uredbe nisu u suprotnosti sa Ustavom i odredbama Zakona o energetici i Zakona o obligacionim odnosima, navodeći između ostalog da obaveze u vidu neplaćenih računa za električnu energiju prate imovinu na koju se odnose, te da nikakve promene na strani krajnjeg kupca (pa i kada je stekao imovinu opterećenu dugom) ne mogu biti na štetu operatora sistema, snabdevača ili javnog snabdevača, što znači da novi titular nepokretnosti ima obavezu da plati račune prethodnog vlasnika.

Ustavni sud gotovo u celosti usvaja argumente iz izjašnjenja Vlade pa zaključuje da je čl. 62 Uredbe o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom po svemu ustavan i zakonit. Pritom se naglašava da je odredbom člana 452 Zakona o obligacionim odnosima izričito propisano da lice na koje pređe na osnovu ugovora neka imovinska celina fizičkog ili pravnog lica, ili jedan deo te celine, odgovara za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, pored dotadašnjeg imaoa i solidarno s njim, ali samo do vrednosti njene aktive, pa iz navedenog po mišljenju suda proističe da *neizmirene obaveze*

27 Zaključak Ustavnog suda IUo 354/213 od 19. 4. 2016. godine.

prate imovinu na koju se odnose, a promene na strani krajnjeg kupca, uključujući i situaciju kada je stečena imovina opterećena dugom ne mogu biti na štetu operatora sistema, snabdevača ili javnog snabdevača.

2.3. Logika „građanskopravnih argumenata“

Pitanje da li zaostali dug za struju opterećuje novog vlasnika nepokretnosti ili samo onog potrošača kome je na osnovu ugovora već isporučena električna energija u praksi se uglavnom i ne otvara kada se radi o ugovornom raspolaganju nepokretnostima. Većina takvih ugovora (o prodaji, razmeni i sl.) sadrži klauzulu da je prenosilac dužan da izmiri sva zaostala dugovanja za telefon, struju, internet, poreze i druge dažbine i o tome pre zaključenja ugovora dostavi dokaz pribaviocu nepokretnosti. Nešto češće se ovo pitanje nameće u situacijama dobroćinog raspolaganja nepokretnostima kada se svojina prenosi na osnovu ugovora o poklonu, s tim da se gotovo uvek otvara kod prinudne prodaje nepokretnosti u izvršnom postupku. Izvršni dužnik čija se nepokretnost prodaje, obično duguje ne samo izvršnom poveriocu, već većem broju lica među kojima su po pravilu i javno-komunalna preduzeća.

Odredba Uredbe čiju je ustavnost i zakonitost već cenio Ustavni sud glasi:

Ukoliko novi vlasnik podnese dokaze o promeni vlasništva na objektu i dokaz o izmirenju računa na ime obaveza do dana očitavanja stanja na brojilu električne energije, može da zaključi ugovor o prodaji i ugovor o pristupu sistemu.²⁸

Smatramo da citiranu odredbu pre donošenja sopstvenog zaključka o njenoj pravnoj valjanosti treba još jednom „prosejati kroz građanskopravno rešeto“: Vodeći pre svega računa o:

- jedinstvu pravnog poretka,²⁹
- principu zabrane stvaranja, odnosno zloupotrebe monopol-skog položaja,³⁰
- ravnopravnosti svih oblika svojine.³¹

28 Uredba, čl. 62, st. 6.

29 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006 čl. 4 st. 1 i čl. 194 st. 1.

30 Ustav Republike Srbije, čl. 84.

31 Ustav Republike Srbije, čl. 90.

U praksi ova odredba znači da dug za *struju prati nepokretnost (brojilo)*, odnosno da lice koje je novi vlasnik nepokretnosti ne može sa operatorom sistema, snabdevačem odnosno javnim snabdevačem zaključiti ugovor o prodaji električne energije i ugovor o pristupu sistemu, sve dok ne bude izmiren zaostali dug po osnovu prodaje električne energije prethodnom potrošaču – pređašnjem vlasniku ili zakupcu nepokretnosti.

2.3.1. Narušavanje jedinstva pravnog poretka

Načelo jedinstva pravnog poretka jedno je od primera doktrinar-nog pristupa Ustavnog suda. Ustavni sud je razvio ovo načelo tako da iz njega proizlazi:

- da bez obzira što pozitivni pravni sistem ne poznaje kategoriju tzv. organskih (sistemskih, osnovnih) zakona i što Ustavni sud, saglasno čl. 167 Ustava i svojoj praksi nije nadležan da ceni međusobnu saglasnost zakona, osnovni principi i instituti moraju biti ispoštovani i u posebnim zakonima, osim ukoliko sistemskim zakonom nije propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja;³²
- da međusobna usklađenost svih pravnih propisa u okviru pravnog sistema Republike Srbije, isključuje mogućnost da se zakonom kojim se uređuje jedna pravna oblast mogu menjati, odnosno dopunjavati pojedina zakonska rešenja sadržana u zakonu kojim se uređuje druga pravna oblast;³³
- zatim, da bi određeni zakon sadržavao posebna pravila i pravne izuzetke u odnosu na sistemske zakone u određenoj oblasti (...), zakonodavac sa stanovišta Ustava i pravnog poretka Republike Srbije mora preispitati u postupku propisivanja tih posebnih pravila i pravnih izuzetaka ispunjenost određenih preduslova.³⁴

2.3.1.1. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji reguliše zaključenje ugovora

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može zahtevati da se

32 Odluka I Uz 231/2011 od 22. jula 2010. godine.

33 Odluka I Uz 17/2011 od 23. maja 2013. godine.

34 Odluka I Uz 27/2011 od 3. oktobra 2013. godine.

takav ugovor bez odlaganja zaključi,³⁵ s tim da postoji odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora. Lice koje je po zakonu obavezno da zaključi neki ugovor, dužno je da naknadi štetu ako na zahtev zainteresovanog lica bez odlaganja ne zaključi taj ugovor.³⁶

Zaključenje ugovora o prodaji električne energije i ugovora o pristupu sistemu je nesumnjivo izuzetak o načela autonomije volje.³⁷ Operator sistema i javni snabdevač ne mogu sasvim slobodno da donesu odluku da li će zaključiti ugovor o isporuci (prodaji) električne energije, s kim će zaključiti takav ugovor, po kojoj ceni će vršiti isporuku i sl.

Shodno Zakonu lica koja imaju prirodni monopolski položaj na tržištu su dužna da zaključe ugovor sa novim vlasnikom nepokretnosti ako ovaj to zahteva. Operator sistema i snabdevač električnom energijom ne mogu zaključenje novih ugovora o isporuci električne energije u pogledu neke nepokretnosti uslovljavati ispunjenjem obaveze iz starog ugovora zaključenog sa prethodnim vlasnikom nepokretnosti.³⁸

Od novog vlasnika nepokretnosti se Uredbom ne može zahtevati da plati tuđi dug. Dug za isporuku električne energije koji postoji na tom mernom mestu je nastao na osnovu ugovora o prodaji električne energije koji je zaključen sa prethodnim potrošačem, a ne sa novim vlasnikom.

Nametanjem obaveze licu koji nije zaključilo ugovor o prodaji električne energije da plati tuđi dug grubo se vređaju osnovna načela obligacionog prava.³⁹

35 ZOO, čl.27.

36 ZOO, čl. 183.

37 ZOO, čl. 10.

38 Prijava promene vlasništva koja zahteva zaključenje novog ugovora o prodaji električne energije ne može se podneti za objekat u kojem je izvršena obustava isporuke električne energije, dok se ne otklone razlozi za obustavu. Uredba, čl. 62, st. 2.

39 U susednoj sudskoj praksi ovo pitanje i nije sporno. Osoba koja koristi stan temeljem odluke o davanju stana na privremeno korištenje ne odgovara za dugove s osnova neplaćanja isporučene toplinske energije koji se odnose na stan od strane njezinog prethodnog korisnika (čl. 452 ZOO). (Žs u Zagrebu, Gž-2161/05 od 24. 5. 2005 i Gž-140/03 od 10.05.2005, IO 1/2006, odl. 15). H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *op. cit.* 1001.

Ono što dvojica uglave trećega ne veže

Obligacioni odnos postoji između dva određena lica. Novi vlasnik nepokretnosti nije zaključio ugovor po kome je nastao dug, niti je dobio isporuku električne energije da bi po bilo kom osnovu bio dužan da taj dug izmiri. Strane u obligacionom odnosu dužne su da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje.⁴⁰ Otuda se ne može voljom jedne ugovorne strane odgovornost za ispunjenje obaveze preneti na neko treće lice bez njene saglasnosti. Važi pravilo *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.⁴¹ Ovo nesumnjivo proizilazi iz relativne prirode obligacije koja predstavlja pravni odnos između dva ili više lica koja su jedna prema drugom obavezana na određenu prestaciju.⁴²

O ovom pitanju Ustavni sud je već odlučivao: „pravo investitora da te troškove nadoknadi od vlasnika, odnosno zakupca, nije u saglasnosti sa zakonom, jer prema odredbi člana 148 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima, *ugovor stvara prava i obaveze za ugovorne strane*. Pravo investitora da te troškove naplati od vlasnika ili zakupca može biti predmet slobodnog ugovaranja, a ne može biti predmet uređivanja propisom opštine.“⁴³

Povreda načela zabrane zloupotrebe prava

Shodno Zakonu o obligacionim odnosima zabranjena je *zloupotreba prava*, odnosno vršenje prava protivno njegovoj svrsi, odnosno cilju zbog koga je zakonom ustanovljeno.⁴⁴

Povreda načela zabrane prouzrokovanja štete

Odlaganjem zaključenja ugovora na zahtev novog vlasnika vređa se i načelo zabrane prouzrokovanja štete po kome je „svako dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta“.⁴⁵

40 ZOO, čl. 17, st. 1.

41 Za treća lica obligacija ne može doneti niti korist niti šteta. (C. J. 7, 56, 2).

42 Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 61.

43 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, IU broj 201/2002 od 5. juna 2003. godine, objavljena u *Sl. glasniku RS*, br. 66/2003 od 1. jula 2003. godine.

44 ZOO, čl. 13. Iscrpno o ovom institutu Vladimir Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd 1997.

45 ZOO, član 16.

Povreda načela jednake vrednosti uzajamnih davanja

Nametanje obaveze novom vlasniku nepokretnosti da plati tuđi dug narušava se i načelo jednake vrednosti davanja.⁴⁶ Ugovor o prodaji električne energije je dvostrani ugovor, a plaćanje starog duga za struju nema svoj ekvivalent u onome što novi vlasnik nepokretnosti dobija. Ona električna energija koju po Uredbi on mora da plati novom vlasniku nikada neće biti isporučena. Ona je već potrošena od prethodnog vlasnika nepokretnosti⁴⁷ i samo on duguje njenu protivvrednost.

Ako pitanje da li pribavilac nepokretnosti odgovara za zaostale dugove za struju na nepokretnosti stavimo u kontekst one situacije u kojoj se ono najčešće i problematizuje – prinudne prodaje nepokretnosti u izvršnom postupku, onda treba najpre pogledati kako glasi norma na koju se Ustavni sud ovde poziva.

Član 452 Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naziv „Pristupanje dugu u slučaju primanja neke imovinske celine“ glasi:

Lice na koje pređe na osnovu ugovora neka imovinska celina fizičkog ili pravnog lica, ili jedan deo te celine, odgovara za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, pored dotadašnjeg imaoca i solidarno s njim, ali samo do vrednosti njene aktive.

Ovaj član se primenjuje:

a) Samo ako na osnovu *ugovora* pređe na pribavioca neka imovinska celina ili njen deo.

U slučaju kupovine u izvršnom postupku, ugovor nije osnov sticanja, već je osnov sticanja zaključak o predaji.⁴⁸

Prema stanovištu sudske prakse „Sticanje svojine kupovinom u postupku izvršenja ne predstavlja derivativno sticanje – sticanje na osnovu pravnog posla za koje je zakonom predviđen način sticanja predajom stvari u državinu. Ono predstavlja posebnu vrstu originarnog sticanja, pa kupac u postupku izvršenja stiče pravo svojine na osnovu sudske odluke...“

46 U zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja, ZOO čl. 15.

47 Struja je više kao usluga koja se konzumira u trenutku kada je proizvedena. Petri Mäntysaari, *EU Electricity Trade Law: The Legal Tools of Electricity Producers in the Internal Electricity Market*, Springer, 2015, 38.

48 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/2015, čl. 193.

„Ugovor o prodaji u postupku izvršenja se zaključuje između kupca i sudskog izvršitelja koji ugovor zaključuje u ime i za račun izvršnog poverioca, odnosno preko komisionog preduzeća koji ugovor zaključuje u svoje ime, a za račun izvršnog poverioca. Ni u jednom slučaju takav ugovor ne zaključuje izvršni dužnik koji je inače vlasnik stvari (što je preduslov da se na njoj sprovede izvršenje), a čija se stvar prinudno prodaje, pa proizlazi da kupac stvari u izvršnom postupku svoje pravo ne izvodi iz prava svojine prethodnog nosioca.“⁴⁹ S obzirom da kupac svoje pravo ne izvodi iz prava svojine prethodnika, jasno je da na kupca nepokretnosti ne mogu preći ni bilo kakve prethodnikove obaveze.

b) Samo ako na osnovu ugovora pređe na pribavioca neka *imovinska celina ili deo imovinske celine*.

Pojedinačna nepokretnost nije imovinska celina (*universitas iuris*), koja predstavlja zbir prava i obaveza, u nekom izvršnom postupku – to bi bilo privredno društvo kao celina. Ako se ne radi o izvršenju na udelima, predmet izvršenja nije ni deo imovinske celine, što bi na primer bio udeo od 50 posto u privrednom društvu. Prodaja nepokretnosti se pravno može okarakterisati samo kao prodaja individualno određene stvari, koja je kao prenos tačno određenog prava svojine sa prenosioca na pribavioca po svojoj prirodi singularna sukcesija. Prodaja individualno određene nepokretnosti nikako ne može predstavljati univerzalnu sukcesiju. O toj razlici prof. Vodinelić kaže: „Kada je ono što se stiče pojedinačno određeno reč je o singularnoj sukcesiji, a ako su prava, obaveze ili prava i obaveze koje menjaju titulara određene kao neka celina, na opšti način, a ne pojedinačno, individualno, reč je o univerzalnoj sukcesiji... Za univerzalnu sukcesiju ne važi, a za singularnu sukcesiju važi pojedinačna određenost onoga što prelazi sa prethodnika na sledbenika – princip specijalnosti.“⁵⁰ Profesori Stojanović i Antić naglašavaju da je singularna sukcesija pravilo u građanskopravnom prometu, a univerzalna izuzetak. Univerzalna sukcesija postoji samo u onim slučajevima koje zakon predviđa iz razloga što imovina koja univerzalnom sukcesijom prelazi na drugo lice i dalje odgovara za obaveze koje su je teretile.⁵¹

49 Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 6321/2007(1) od 10. 4. 2008. godine, *Paragraf Lex*.

50 Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo*, Beograd 2012, 285–286.

51 Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, 304–305.

c) Samo do vrednosti njene *aktive* za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, pored dotadašnjeg imaoa i solidarno s njim.

Ovaj uslov, kao i prethodni, pokazuje da je pomenuti član neprimenjiv u slučaju kupovine nepokretnosti u izvršnom postupku iz razloga što pojedinačna nepokretnost ne može imati aktivu, niti pasivu. Opštepoznato je da bilanse sa levom i desnom stranom, aktivom i pasivom, može imati samo privredno društvo kao takvo, koje kao što smo već istakli ovde nije predmet prodaje ni sticanja.

Do univerzalne sukcesije kada na pribavioca prelaze prava i obaveze dolazi nasleđivanjem ili prenosom imovinske celine među živima na osnovu ugovora. Čl. 452 ZOO reguliše univerzalnu sukcesiju na osnovu ugovora među živima. Ona se u savremenom pravu najčešće dešava usled statusnih promena kod privrednih društava: pripajanje, spajanje, podela, izdvajanje.⁵² Zakonodavac zato upotrebljava sintagmu *primanje* imovinske celine ukazujući tako da se ovde ne radi o prenosu pojedinačnog prava. Imovinska celina može biti, na primer, neka zanatska radnja koju dotadašnji sopstvenik ugovorom prenese na drugo lice.⁵³

U takvim slučajevima se ne može ugovorom isključiti odgovornost za dugove, već sticalac solidarno sa prenosiocem odgovara za postojeće dugove do vrednosti aktive. Pojedinačna nepokretnost ne može biti imovinska celina, niti deo imovinske celine koji ima aktivu, pa istu ne može pratiti dug prethodnog vlasnika, naročito ne u slučaju kupovine u izvršnom postupku.

52 Vid.: Zakon o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015, čl. 485–489. Pravo je svakog preduzeća da osnuje novo preduzeće, pa i ulaganjem znatnog dela svoje imovine. Tom imovinom osnivač odgovara za svoje obaveze dospеле do osnivanja i bilo bi protivno osnovnim načelima obligacionog odnosa, kada bi novnoosnovano preduzeće preuzelo imovinu bez obaveza, a osnivaču ostale obaveze bez imovine kojom bi se poverioci izmirili. Stoga u ovom slučaju odredbu čl. 452 ZOO treba shvatiti kao izraz principa da obaveze prate imovinu na koju se odnose, jer nikakve promene u organizovanju dužnika ne mogu biti na štetu trećih savesnih lica. Vps u Beogradu Pž-2310/99. Navedeno prema: Hajrudin Hajdarević, Haso Tajić Vladimir Simović, *Zakon o obligacionim odnosima*, Tri decenije sudske prakse, Knjiga I, 1000.

53 Borislav Blagojević, Vrleta Krulj, (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I knjiga*, Savremena administracija, 1249.

Ukratko, do preuzimanja duga po samom zakonu, shodno ZOO, može doći samo ako su kumulativno ispunjeni pomenuti uslovi:

- da se radi o prenosu na osnovu ugovora,
- da se radi o prenosu imovinske celine ili dela imovinske celine;
- da imovinska celina koja se prenosi ima aktivu do čije vrednosti pribavilac može da odgovara za dugove (pasiva).⁵⁴

U slučaju kupovine nepokretnosti u izvršnom postupku nije ispunjen niti jedan od ovih uslova, pa dug za struju ne može pratiti nepokretnost. Ako kupovina u izvršnom postupku po svojoj prirodi nije derivativno sticanje u kome vlasnik izvodi svoje pravo iz prava prethodnika, onda na pribavioca ne mogu preći niti bilo kakve dužnikove obaveze. Drugim rečima, norma po kojoj dug za struju opterećuje nepokretnost iako nije upisan u javne knjige, mada se odgovarajućim zaključkom o predaji u izvršnom postupku brišu svi tereti upisani u javne knjige (na primer, pravo hipotekarnog poverioca drugog po rangu bez obzira da li je njegov dug namiren), rezultat je pravne proizvoljnosti i ne može opstati u pravnom poretku zasnovanom na vladavini prava.

2.3.1.2. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji uređuje oblast stvarnih prava

Dug za struju je po svojoj prirodi obligaciono pravo sa relativnim dejstvom (*inter partes*) između određenih ugovornih strana dužnika i poverioca.⁵⁵ Potraživanje ne može pratiti nepokretnost i delovati *erga omnes*, osim ako kažemo da je dug za struju po svojoj prirodi stvarno pravo. Međutim, takav iskaz se kosi sa načelom *numerus cla-*

54 Pritom se u sudskoj praksi ističe da za pristupanje dugu u slučaju primanja neke imovinske celine nije bitno da li je novi imalac bio savestan ili ne, jer razlog za ustanovljenje odgovornosti lica na koje je nekim pravnim poslom prešla imovinska celina leži u činjenici da postoji tesna veza između te imovine i dugova kojima pristupa novi imalac, zato što su ti dugovi i nastali u poslovanju sa tom imovinom... Iz Rešenja Vrhovnog suda Srbije, Prev. 460/02 od 15 januara 2003. godine. Zdravko Petrović, Vladimir Kozar, *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*, I, Beograd 2009.

55 Opširnije o obligaciji kao pravnoj vezi relativne prirode koja ne utiče na treća lica, ni u smisu koristi ni u smislu tereta. Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2012, 63.

usus, ograničenog broja stvarnih prava.⁵⁶ Sva stvarna prava su poznata manje više od rimskog prava.⁵⁷ Tvrdnja Ustavnog suda da „neizmirene obaveze prate imovinu na koju se odnose“ ne može od duga za struju načiniti stvarno pravo⁵⁸ kod koga postoji pravo sledovanja, iz razloga što je lista stvarnih prava propisana matičnim zakonom koji uređuje oblast svojine i drugih stvarnih prava. Otuda je odredba Uredbe koju ovde preispitujemo u suprotnosti i sa Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa, pošto dug za struju, nije u ovom Zakonu ni u bilo kom drugom zakonu naznačen kao stvarno pravo.

2.3.1.3. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji uređuje nasleđivanje

Prema Zakonu o nasleđivanju „naslednik odgovara za ostaviočeve dugove do visine vrednosti nasleđene imovine“.⁵⁹ Međutim, ovaj Zakon poznaje i slučajeve nasleđivanja kada je odgovornost za dugove ostavioca isključena. Tako nužni naslednik, iako je reč o univerzalnoj sukcesiji, ne odgovara za ostaviočeve dugove, do visine vrednosti nužnog dela.⁶⁰ Dodatno, zakonodavac izričito naglašava da isporukoprimac (legatar) ne odgovara za dugove zaveštaoca,⁶¹ što je, kao što smo već naglasili, i opšta odlika singularne sukcesije. Ustavni sud odlučujući

56 Dodatno, stvarna prava moraju na neki način biti objavljena, a dugu za struju takav publicitet nedostaje. Opširnije o načelu publiciteta kod stvari prava. Nikola Gavella, Tatjana Josipovic, Vlado Belaj, Igor Gliha, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, Redaktor Nikola Gavella, Zagreb Svezak 1, 34.

57 Opširnije o razvoju pravne vlasti na stvari od starog do postklasičnog prava. Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2011, 218–223.

58 Stvarna prava koja deluju *erga omnes* za svoj neposredni objekat imaju stvar. Ponašanje koje se nameće trećim licima se uvek sastoji u nečinjenju, u pasivnosti u odnosu na datu stvar i ne može se sastojati u plaćanju tuđeg duga. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, 1.

59 Zakon o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015 (dalje: ZON), čl. 222. U našem pravu važi načelo dobrovoljnosti, a ne obaveznosti nasleđivanja, a prema članu 222 Zakona o nasleđivanju, naslednik odgovara za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđene imovine. Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 126/2014 od 28. 10. 2014. godine, *Paragraf Lex*. Obaveza je suda da, pre nego odluči o zahtevu koji je usmeren prema nasledniku glavnog dužnika, utvrdi kako visinu nasleđene imovine, tako i visinu obaveze za koju se odgovara. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 2237/2015 od 4. 6. 2015. godine, *Paragraf Lex*.

60 ZON, čl. 41, st. 2.

61 ZON, čl. 147, st. 1.

o ustavnosti osporene Uredbe svrstava celokupno nasleđivanje u isti koš, ne praveći bilo kakvu razliku između različitih oblika sukcesije za slučaj smrti.

2.3.1.4. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji uređuje zakonsko založno pravo na nepokretnostima

Dug za struju je po svojoj prirodi obligaciono, a ne stvarno pravo. On bi mogao pratiti nepokretnost samo ako bi se radi obezbeđenja takvog potraživanja zakonom propisalo zakonsko založno pravo u korist snabdevača. U našem novijem zakonodavstvu je zauzeto stanovište, uglavnom pod uticajem stranih investitora, da na nepokretnostima ne može biti skrivenih tereta. Tako da i založna prava koja nastaju na osnovu zakona prema trećim licima deluju od trenutka njihovog upisa u javne knjige.

Shodno Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji „zakonsko založno pravo u korist Republike ustanovljava se upisom u odgovarajući registar“.⁶²

Otuda je neprihvatljiv stav Ustavnog suda da dug za struju prati nepokretnost i da pribavilac nepokretnosti u tom pogledu ne može biti savestan, bez obira što ne postoji zakonsko založno pravo, niti bilo kakav drugi teret upisan u javne knjige. Ako Republika Srbija za sebe nije zadržala privilegiju po kojoj poreski dug prati nepokretnost iako nije upisan u javne knjige, onda to ne može biti slučaj ni sa dugom za struju. Osim ako Ustavni sud Republike Srbije posle toliko vekova njenog postojanja ne želi da negira latinsku izreku „*Fiscus ante omnes*“ (potraživanja poreza pre svih).

62 Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Sl. glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015 i 15/2016, čl. 87, st. 7. Slično je i kod pokretnih stvari: „Za potraživanja poreza i drugih dažbina red prvenstva određuje se prema vremenu njihovog upisa u Registar zaloge.“ Vid.: Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, *Sl. glasnik RS*, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – ispr. i 99/2011 – dr. zakon, čl. 34.

2.3.1.5. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji uređuje stečaj

U jednom odgovoru na konkretan zahtev za zaključenje ugovora o snabdevanju električnom energijom⁶³ od strane kupca nepokretnosti u izvršnom postupku, Javno preduzeće „Elektroprivreda Srbije“, Ogranak „EPS Snabdevanje“ Beograd, s pozivom na čl. 62 Uredbe, naglašava sledeće: „Uredbom nisu utvrđeni izuzeci odnosno slučajevi (povraćaj nekretnina po pravnosnažnim sudskim odlukama u postupcima restitucije protivpravno oduzete imovine od vlasnika, izvršnim postupcima i dr.) koji bi oslobodili novog kupca obaveze da dostavi dokaz o izmirenim obavezama na mernom mestu. Jedini izuzetak predviđen je Zakonom o stečaju – prodaja nekretnina u stečajnim postupcima (čl. 133)“.

Ovih nekoliko redova sročeni od strane „pravnih električara“ još jednom pokazuju da „pravo i struja uglavnom ne idu ruku pod ruku“. Ukratko, u srpskom pravnom jeziku se koristi izraz nepokretnost,⁶⁴ a ne „nekretnina“,⁶⁵ o restituciji se ne odlučuje sudskom odlukom, već po zahtevu za vraćanje imovine postupak vodi Agencija za restituciju, a u skladu sa Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak.⁶⁶

U stečaju se ne prodaju „nekretnine“ nego se stečaj sprovodi bankrotstvom ili reorganizacijom, a pod bankrotstvom se podrazumeva namirenje poverilaca prodajom celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica. Otuda je zakonodavac osetio potrebu da kupca takve imovine izričito oslobodi obaveza nastalih pre izvršene kupoprodaje, uključujući i poreske obaveze i obaveze prema privrednim subjektima pružaocima usluga od opšteg interesa koje se odnose na kupljenu imovinu.⁶⁷ To, međutim, ne znači

63 Br. 18.00–342879/6–16 od 14. 10. 2016. godine.

64 Tako videti: Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015; Zakon o posredovanju u prometu i zakupu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 95/2013, i dr.

65 Tako videti: Zakon o posredovanju u prometu nekretnina, *Narodne novine*, 107/7, 144/12, 14/14.

66 Vid: Zakon o vraćanju oduzete imovine, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 108/2013, 142/2014 i 88/2015 – odluka US, čl. 40, st. 1.

67 Prema Zakonu o stečaju, „kada kupac isplati cenu, na kupca se prenosi pravo svojine na kupljenoj imovini bez obzira na ranije upise i bez tereta, kao i

da u svim drugim slučajevima kada se prodaju individualno određene nepokretnosti, dug za struju prati nepokretnost.⁶⁸ Ključno pravilo koje pravnici iz ovog javnog preduzeća, namerno ili slučajno, zaboravljaju je krajnje jednostavno, a kaže da su u hijerarhiji pravnih akata zakoni iznad uredbe, tako da svaka uredba, pa i ova koja se odnosi na snabdevanje električnom energijom, mora biti usklađena sa zakonima, a ne zakoni sa uredbom. Savremena demokratija zasnovana na podeli vlasti nije zamišljena tako da zakonodavna vlast juri izvršnu kako bi u zakonima propisala izuzetke u odnosu na „opšte pravilo sadržano u uredbi“, već upravo obrnuto sve norme slabije pravne snage moraju biti usaglašene sa zakonima, a ovi sa ustavom.⁶⁹ Ako to nije slučaj zadatak ustavnog suda je da takve norme kao „strano telo“ odstrani iz pravog poretka.

bez ikakvih obaveza nastalih pre izvršene kupoprodaje, uključujući i poreske obaveze i obaveze prema privrednim subjektima pružaocima usluga od opšteg interesa koje se odnose na kupljenu imovinu. Stečajni sudija će rešenjem konstatovati da je prodaja izvršena i naložiti po pravnosnažnosti rešenja odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje tereta nastalih pre izvršene prodaje, odnosno upis drugih prava stečenih prodajom“. Zakon o stečaju, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US i 83/2014, čl. 133, st. 12.

68 Po ovoj svojoj osobini kupovina u stečaju ne može se razlikovati od kupovine u izvršnom postupku jer se u oba slučaja radi o originarnom sticanju. „Prodaja imovine stečajnog dužnika vrši se u stečajnom postupku – sudskom postupku, te je odluka suda – rešenje stečajnog sudije iz člana 133. stav 12. (odluka državnog organa) pravni osnov za prenos prava svojine i svih drugih prava stečenih prodajom, te je stoga ovakvo sticanje prava svojine originarni način sticanja prava svojine. Naime, sticalac svoje pravo ne izvlači iz prava prethodnika, jer prethodni vlasnik može preneti samo svojinu kakvu ima sa svim eventualnim teretima i ograničenjima... Dakle, u postupku stečaja prenosi se svojina različitog kvaliteta od svojine prethodnika“. Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 26. 11. 2014. i 27. 11. 2014. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj dana 3. 12. 2014. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, Bilten br. 4/2014.

69 Prema Ustavu Republike Srbije Vlada donosi uredbe i druge opšte akte radi izvršavanja zakona. Čl. 123, st. 1 tačka 3. Prema Zakonu o vladi Vlada uredbom detaljnije razrađuje odnos uređen zakonom, u skladu sa svrhom i ciljem zakona. Zakon o vladi, čl. 42, st. 1, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2005, 71/2005 – ispr., 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012 – odluka US, 72/2012, 7/2014 – odluka US i 44/2014.

2.3.2. Povreda načela zabrane iskorišćavanja monopolskog položaja

Prema Ustavu Republike Srbije (čl. 84) svi imaju jednak pravni položaj na tržištu. Nametanjem obaveze plaćanja tuđeg duga prilikom zaključenja ugovora o prodaji struje operator sistema (zbog nemogućnosti bežičnog prenosa)⁷⁰ i javni snabdevač (zbog netržišnih cena)⁷¹ iskorišćavaju svoj (prirodni) monopolski na tržištu, što je izričito zabranjeno ne samo Ustavom, već i Zakonom o obligacionim odnosima.⁷² Novi vlasnik nepokretnosti može da zaključi ugovor o kupovini električne energije, sa više snabdevača, ali samo ako rasčisti račune sa prethodnim snabdevačem.⁷³ Ako operator sistema i snabdevači odbijaju isporuku električne energije potencijalnom potrošaču, ovaj kao novi vlasnik trpi značajnu štetu s obzirom da od korišćenja električne energije zavisi ostvarivanje mnogih drugih ustavom garantovanih prava vlasnika nepokretnosti kao što je sloboda preduzetništva⁷⁴ i pravo na

- 70 Jedna od specifičnosti struje je i ta da mora biti isporučena preko pouzdane prenosne mreže, dakle neophodna je određena infrastruktura kako bi se struja dopremila tamo gde je to potrebno, ali i da bi potrošači mogli da joj pristupe. Opširnije o razlozima za postojanje prirodnog monopola (engl. *natural monopoly*) u sferi elektrodistributivnih mreža. Rick Mattoon, „The Electricity System at the Crossroads – Policy Choices and Pitfalls“, *Economic Perspectives, Fourth Quarter*, 2002, 11.
- 71 „Razlog zašto građani nemaju šta da očekuju je više nego jasan. Elektroprivreda Srbije kao monopolista prodavala je i do sada struju po nerealnim, često socijalnim cenama tako da se za građane praktično ništa neće promeniti, jer se u ovom trenutku ne može očekivati da i jedan snabdevač ponudi cenu nižu od cene javnog snabdevača“. Vid.: „Mnogo trgovaca – malo vajde za potrošače“, 20. 4. 2014, <http://www.politika.rs/scc/clanak/290429/Mnogo-trgovaca-malo-vajde-za-potrosace>, 12. 9. 2016.
- 72 „U zasnivanju obligacionih odnosa strane ne mogu ustanovljavati prava i obaveze kojima se za bilo koga stvara ili iskorišćava monopolski položaj na tržištu“. Član 14. ZOO.
- 73 „Onaj ko ipak želi da „napusti“ EPS, moraće pre toga da raščisti račune sa EPS Snabdevanjem. Od 1. januara 2015. liberalizacija tržišta električne energije u Srbiji je stigla i do građana kao potrošača. Struja sada prema zakonu može da se kupuje i od privatnika. Prema novom Zakonu o energetici, pravo na javno snabdevanje uz domaćinstva moći će da ostvare i mali kupci, odnosno preduzeća sa do 50 zaposlenih i manje od 10 miliona evra prihoda godišnje i sa potrošnjom do 30.000 kilovat sati godišnje.“ Georgi Mitev Šantek, „Sada ste potpuno slobodni da ostanete kod EPS-a“, <http://mondo.rs/a758501/Info/Ekonomija/Gradjani-od-sada-mogu-da-biraju-prodavca-struje.html>, 12. 9. 2016.
- 74 Ustav Republike Srbije, čl. 83.

mirno uživanje imovine.⁷⁵ Shodno našem Ustavu, samo se Zakonom može ograničiti način korišćenja imovine, a kod osporene odrebe čl. 62, st. 6, to je učinjeno Uredbom. Uskraćivanje pristupa električnoj energiji u 21 veku, savesnom pribaviocu neke nepokretnosti je *de facto* eksproprijacija. Ovo naročito ako je reč o nepokretnosti u kojoj vlasnik nepokretnosti obavlja svoju preduzetničku delatnost. Nesumnjiv je imovinski interes vlasnika nepokretnosti da obavlja svoju poslovnu delatnost koristeći električnu energiju. Ako mu je mogućnost da pristupi mreži i kupuje električnu energiju uskraćena usled monopolskog položaja operatora sistema i snabdevača, posredno je povređeno i pravo vlasnika nepokretnosti na mirno uživanje imovine.

2.3.3. Ravnopravnost svih oblika svojine

Osporenim članom Uredbe propisuje se da dug za struju u korist javnog preduzeća prati nepokretnost, a jasno je da ostali dugovi u korist privatnika ne slede nepokretnost. Ako uzememo za primer, dug prema majstoru koji je popravio krov na prodatoj nepokretnosti, u situaciji kada mu stari vlasnik ne plati izvedene radove, majstor nema mogućnost da dug za opravku krova naplati od novog vlasnika, pre svega zato što sa novim vlasnikom nema bilo kakav ugovor. Ako su svi oblici svojine ravnopravni, kako onda dug za struju koji pripada preduzeću u javnoj svojini, može biti privilegovan u odnosu na dugove u korist privrednog društva u privatnoj svojini. Osporena norma Uredbe je nesumnjivo suprotna ustavnoj garanciji po kojoj svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu.⁷⁶

2.3.4. Zaštita potrošača

Ugovor o prodaji električne energije i ugovor o pristupu sistemu zaključuju, s jedne strane, privredna društva koja imaju prirodni monopol, a sa druge strane potrošač električne energije kao ekonomski daleko slabija strana.⁷⁷ U Republici Srbiji potrošači uživaju takvu

75 Ustav Republike Srbije, čl. 58.

76 „Ekonomsko uređenje u Republici Srbiji počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine.“ Ustav Republike Srbije, čl. 82, st. 1.

77 O potrebi zaštite slabije strane kojom se koriguje prirodna razlika u raspodeli moći među ugovornicima. Mindy Chen-Wishart, *Contract law*, 3rd edition, Oxford [u.a.] 2010.

zaštitu da su zabranjene sve nečasne radnje na tržištu.⁷⁸ Uskraćivanje novom vlasniku nepokretnosti zaključenja ugovora o prodaji električne energije i ugovora o pristupu sistemu sve dok prethodni vlasnik ne izmiri svoju obavezu često i bez pokušaja prinudne naplate u odnosu na ovog potrošača, odnosno primoravanje novog vlasnika da u stanju nužde zbog nemogućnosti ostvarivanja osnovnih životnih i poslovnih funkcija (bez struje) plati dug starog vlasnika, svakako spada u nečasnju radnju na tržištu, koja vređa Ustav. Prema Zakonu o zaštiti potrošača distribucija i javno snabdevanje električnom energijom je u grupi *usluga od opšteg ekonomskog interesa*,⁷⁹ Trgovac može da obustavi pružanje usluga od opšteg ekonomskog interesa, ako potrošač⁸⁰ ne izmiri svoje tekuće obaveze za pružene usluge u roku od dva meseca od dana dospelosti obaveze.⁸¹ Međutim, ako potrošač ospori postojanje ili visinu obaveze za pružanje takvih usluga i nastavi da uplaćuje račune za tekuće obaveze, trgovac ne može da isključi potrošača sa distributivne mreže i obustavi pružanje usluge od opšteg ekonomskog interesa do okončanja sudskog postupka, pokrenutog po zahtevu trgovca čiji je predmet osporavana obaveza.⁸² Zabranjeno je trgovcu da, u slučaju isključenja potrošača sa distributivne mreže, odnosno obustave pruža-

78 Republika Srbija štiti potrošače. Posebno su zabranjene radnje usmerene protiv zdravlja, bezbednosti i privatnosti potrošača, kao i sve nečasne radnje na tržištu. Ustav Republike Srbije, čl. 90.

79 „Usluga od opšteg ekonomskog interesa je usluga čiji kvalitet, uslove pružanja, odnosno cenu, uređuje ili kontroliše državni organ ili drugi imaoci javnog ovlašćenja, naročito, zbog velike vrednosti početnih ulaganja, ograničenosti resursa neophodnih za njeno pružanje, održivog razvoja, društvene solidarnosti i potrebe za ujednačenim regionalnim razvojem, a u cilju zadovoljenja opšteg društvenog interesa, a naročito elektronske komunikacione usluge, distribucija i javno snabdevanje električnom energijom, distribucija i snabdevanje gasom, distribucija i snabdevanje toplotnom energijom, snabdevanje pijaćom vodom, odvodnjavanje i prečišćavanje atmosferskih i otpadnih voda, prevoz putnika u javnom prevozu, poštanske usluge, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, upravljanje i održavanje groblja, pogrebne usluge, održavanje čistoće na površinama javne namene, održavanje javnih zelenih površina i obavljanje dimničarskih poslova.“ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon, čl. 5, st. 1, tačka 24.

80 „Petrošač je fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu ili usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti.“ Zakon o zaštiti potrošača, čl. 5, st. 1, tačka 1.

81 Zakon o zaštiti potrošača, čl. 86, st. 1.

82 Zakon o zaštiti potrošača, čl. 86, st. 3.

nja usluga od opšteg ekonomskog interesa, uslovljava ponovno uključanje, odnosno nastavak pružanja usluge plaćanjem zastarelih dugova potrošača.⁸³ Ukratko, i ovaj Zakon uređuje dužnost potrošača da izmiri „svoje tekuće obaveze za pružene usluge“, ali ne pominje bilo kakvu dužnost potrošača da izmiri tuđe obaveze za usluge pružene nekom drugom potrošaču.

Dug za struju nije pravo, niti teret koji se tiče nepokretnosti. Kupac električne energije odgovara za svoje dugove koji uključuju i dug za struju, celokupnom svojom imovinom. Sagledano iz drugog ugla, prodavac električne energije može da namiri svoje potraživanje iz vrednosti onih stvari i prava koje se nalaze u kupčevoj imovini. Stvari koje su napustile imovinu kupca električne energije ne mogu odgovarati za njegove dugove. Pojednostavljeno rečeno, *duguju ljudi, a ne stvari*.

3. ZAKLJUČAK

Struja je moderna potreba.⁸⁴ Uredba koja zainteresovanom potrošaču uskraćuje pristup električnoj energiji *via facti*, zahtevajući od njega da pre zaključenja ugovora plati tuđi dug, suprotna je duhu evropskih propisa iz ove oblasti.⁸⁵ Proces liberalizacije tržišta struje u Evropskoj Uniji se zasniva na ideji o pravu potrošača da izaberu svog snabdevača (engl. *right to choose their supplier*).⁸⁶ Pored promocije energetske efi-

83 Zakon o zaštiti potrošača, čl. 86, st. 8.

84 Na neki način struja nije kao druge robe, ona je postala moderna potreba. Svi naši aparati od nje zavise, tako da je ona danas slična kao i voda. R. Mattoon, 11.

85 „The freedoms which the Treaty guarantees European citizens – free movement of goods, freedom to provide services and freedom of establishment – are only possible in a fully open market, which enables all consumers freely to choose their suppliers and all suppliers freely to deliver to their customers.“ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity.

86 Pri čemu se opasnost od tržišne dominacije (engl. *risks of market dominance*), ograničava kroz pravo na pristup mreži (engl. *third-party access rights*). Directive 2009/72/EC, Article 32. „Third party access policies require owners of natural monopoly infrastructure facilities to grant access to those facilities to

kasnosti zgrada⁸⁷ i obnovljive energije⁸⁸ uspostavljanje veće konkurencije na jedinstvenom evropskom tržištu ima u vidu pre svega pogodnosti za krajnje korisnike⁸⁹ i to tako da su države članice naročito dužne da pruže zaštitu malim i ranjivim potrošačima (engl. *ensuring that the rights of small and vulnerable customers are protected*).⁹⁰

Ceneći valjanost argumenata onih pravnika koji dug za struju smatraju različitim od svih drugih, zapažamo da to što su operator sistema i snabdevač električnom energijom, u skladu sa Uredbom, ovlašćeni da odbiju zaključenje ugovora sa novim vlasnikom nepokretnosti, zbog zaostalog duga, još uvek ne znači da je pravno utemeljena tvrdnja po kojoj bilo koji dug kao obligaciono pravo prati nepokretnost. Preispitujući ovu pravno-logičku grešku, *argumentum ad baculum*, dokazali smo da se član 452 Zakona o obligacionim odnosima očigledno ne odnosi na sticanje nepokretnosti u izvršnom postupku. Ovo iz razloga što se ne radi o sticanju na osnovu ugovora, zato što nije u pitanju univerzalna sukcesija i zato što se pojedinačna nepokretnost ne može smatrati imovinskom celinom (*universitas iuris*) koja ima svoju aktivu.⁹¹ Ako se čl. 452 ZOO pouzdano ne odnosi na sticanje nepokretnosti u izvršnom postupku, onda nije pravno utemeljena ni tvrdnja

parties other than their own customers, usually competitors in the provision of the relevant services...” Aleksander Kotlowski, „Third-Party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective“, *Utilities Law Review*, Vol. 16, No. 3, 2007, SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1073962>.

87 Direktiva o energetskeim svojstvima zgrada zahteva od zemalja članica da nove zgrade i postojeće velike zgrade ispune minimalne energetske uslove i pre prodaje prođu proces izdavanja energetskeg pasoša (engl. *energy certification*). Directive 2010/31/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the energy performance of buildings, *Official Journal of the European Union* L 153/13.

88 Tim Maxian Rusche, *EU Renewable Electricity Law and Policy: From National Targets to a Common Markets*, Cambridge University Press, 2015, 3.

89 Ricardo Serena, *The European Electricity Market Liberalization, Motives, problems and benefits for the consumers*, Tilburg University 2014, 1.

90 Treći energetskei paket EU se upravo odnosi na zaštitu krajnjeg potrošača (engl. *final consumer protection*, R. Serena, *op. cit.* 14.

91 Ova odredba ZOO se ne odnosi na sticanje tačno određenog prava svojine na nekoj nepokretnosti (singularnu sukcesiju), već ona uređuje sticanje neke imovinske celine (*universitas iuris*) ili nekog dela imovinske celine, sa pravima, ali i obavezama (univerzalnu sukcesiju). Dok Zakon o nasleđivanju uređuje univerzalnu sukcesiju i odgovornost za dugove ostavioca do visine nasleđene aktive za slučaj smrti (*mortis causa*), član 452 ZOO reguliše univerzalnu suk-

Ustavnog suda da u svim slučajevima otuđenja nepokretnosti zaostali dugovi prate imovinu na koju se odnose.

Drukčije kazano, čl. 62 st. 6 Uredbe o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom je neustavan i nezakonit. Kao takav on narušava jedinstvo pravnog poretka i u očiglednoj je suprotnosti sa odredbama sistemskih zakona koji regulišu materiju zaključenja ugovora, oblast stvarnih prava, nasleđivanje i zakonsko založno pravo na nepokretnostima. Naslućujući da je norma po kojoj dug za struju prati merno mesto neka vrsta *ultima ratio*, poslednjeg sredstva protiv izigravanja javnog interesa, ipak smatramo, da takav pristup narušava načelo pravne sigurnosti i ne može opstati u pravnom poretku zasnovanom na vladavini prava. Takva pravna proizvoljnost nije prihvatljiva. Ovo iz razloga što bilo kakav pokušaj kreiranja sveobuhvatnog sistema normi bez unutrašnje protivrečnosti podrazumeva strogo poštovanje hijerarhije domaćih i međunarodnih pravnih akata.

Ako moralni imperativ pretočen u zakon glasi *debito redde sua*,⁹² onda onaj koji plaća svoj dug, postupa ispravno, intuitivno odbijajući da mu (sve)moćni normotvorac nametne plaćanje tuđeg duga kao opšte pravilo.

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

ON “UNIQUE NATURE” OF ELECTRICITY DEBT

Summary

Using the benefits of electricity has become one of those habits without which human life seems unimaginable. Starting from that initial premise, the author examines the relationship between the principle of party autonomy, which is dominant in the law of obligations and one of the exceptions to this rule – duty of Public Electricity Corporation to conclude an electricity supply contract with the final consumer who meets the prescribed requirements.

cesiju i odgovornost za dugove prenosioca do visine aktive među živima (*inter vivos*).

92 *Maksiminianus*, El. 5, 52.

The author shows a particular interest for the art. 62(6) of the Serbian “Regulation on conditions for delivery and supply of electricity” that for access to electricity imposes a potential consumer obligation to provide evidence that all bills for past consumption of electricity in relation to acquired real estate have been paid. This provision has been the subject of initiatives to review its constitutionality, but the Constitutional Court has rejected them all with reference to Art. 452 (1) of the Serbian Obligations Code. The above mentioned rule states that a person to whom the whole or a part of some property of an individual or corporate body is transferred on the ground of contract, shall be liable for debts relating to such property or its part, alongside the former owner, and jointly with him, but only up to the value of its assets.

The author made a lot of convincing arguments in order to prove that art. 452 (1) of the Serbian Obligations Code cannot refer to the acquisition of individual real estate assets in the enforcement procedure. Therefore, unacceptable is decision of the Constitutional Court that in case of real estate alienation to another person, the outstanding (electricity) debt follows the immovable property.

If the moral imperative embedded in legal order states *debito redde sua*, then the one who pays his own debt is doing the proper thing, unwilling to pay someone else’s debt, regardless of the lawmaker’s attempt to impose this extremely unjust norm.

Key words: *Power transmission grid. – Electricity supply contract. – Electricity provider. – Household customer. – Final consumer protection.*

Dr Igor Vuković*

KRIVIČNA ODGOVORNOST UZBUNJIVAČA

Uzbunjivanje podrazumeva otkrivanje informacije o kršenju prava ili drugoj nezakonitoj ili nemoralnoj aktivnosti poslodavcu (unutrašnje uzbunjivanje), ovlašćenom organu (spoljašnje uzbunjivanje) ili javnosti (mediji, internet). Nakon usvajanja Zakona o zaštiti uzbunjivača 2014. godine, uzbunjivač je postao zaštićen od otkaza i drugih vidova odmazde poslodavca. Iako je zloupotreba uzbunjivanja izričito zabranjena, prema srpskom pravu ne predstavlja uslov da uzbunjivanje bude učinjeno u dobroj veri. Uzbunjivač može imati motiv da naškodi poslodavcu, da naruši njegov poslovni ugled ili da od njega iznudi neku novčanu korist. Osim toga, ne može se isključiti da uzbunjivač lažno prijavi drugo lice da je učinilo neko krivično delo. U radu se razmatraju mogućnosti odgovornosti uzbunjivača za različita krivična dela i daju određene preporuke de lege ferenda.

Ključne reči: *Uzbunjivači. – Neprijavljivanje krivičnog dela ili učinio-
ca. – Odavanje tajne. – Lažno prijavljivanje. – Narušava-
nje poslovnog ugleda.*

Uzbunjivanje poslednjih decenija predstavlja jedan vrlo aktuelan fenomen, o kojem se dosta piše i govori. Pod uzbunjivanjem se uobičajeno razume otkrivanje neke nezakonite, nemoralne ili nelegitimne aktivnosti pod kontrolom poslodavca, od strane zaposlenog, licima ili subjektima koji na ove procese mogu da utiču.¹ Neretko se naime događa da poslodavac vrši odmazdu prema licu koje prijavljuje nezakonita postupanja, pa često oni koji u javnom interesu ukazuju na nepravilnosti zbog toga trpe neprijatnosti, disciplinski se kažnjavaju, a nekada dobijaju i otkaz. Donošenjem Zakona o zaštiti uzbunjivača² uređena su prava uzbunjivača i obaveze poslodavaca, državnih i drugih organa i

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *igor.vu@ius.bg.ac.rs*.

1 Janet P. Near, Marcia P. Miceli, „Organizational dissidence: The case of whistle-blowing“, *Journal of Business Ethics* 1/1985, 4.

2 Zakon o zaštiti uzbunjivača – ZZU, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014.

pravnih fizičkih lica u vezi sa uzbunjivanjem. Ovaj propis obezbeđuje sudsku zaštitu uzbunjivača i utvrđuje pravo na naknadu štete, u slučaju da je prema njemu zbog uzbunjivanja preduzeta neka štetna radnja.

U brojnoj literaturi koja se bavi uzbunjivanjem, najveća pažnja, razumljivo, posvećuje se pravima uzbunjivača i redovnim situacijama u kojima jedno lice, koje pokreću etički ispravni motivi zaštite pravnog poretka i njegove zakonitosti, reaguje na uočeno kršenje propisa. Međutim, ne može se isključiti da uzbunjivač vrši prijavu i iz drugih motiva. ZZU zabranjuje zloupotrebu uzbunjivanja, ali ne propisuje posebnu kaznenu odgovornost za povredu ove zabrane. Zakon izdvaja dva vida zloupotrebe uzbunjivanja: dostavljanje informacije uz saznanje da je neistinita i traženje protivpravne koristi u vezi sa zahtevom za postupanje u pogledu informacije u pogledu koje se vrši uzbunjivanje (član 11 ZZU). Može se pretpostaviti da je zakonodavac, polazeći od mogućih štetnih posledica takvih akata, potencijalnog uzbunjivača želeo da upozori na načelnu neprihvatljivost lažnog uzbunjivanja ili uslovljavanja odavanja informacije izvesnom korišću. To je i razumljivo, jer propis koje hoće objektivno da uvaži sve interese upletene u postupak uzbunjivanja – mora zaštititi i legitimne interese onih lica na koja se informacija odnosi. Iako ideja ovog instituta po prirodi stvari naglasak stavlja na zaštitu uzbunjivača i utvrđivanje naročitih obaveza državnih i drugih organa, kao i pravnih i fizičkih lica u vezi sa uzbunjivanjem, ne bi se smelo dozvoliti da interesi drugih subjekata, a naročito poslodavaca, ostanu zanemareni. Stoga propisivanje zabrane zloupotrebe uzbunjivanja ima funkciju apela, kojim se svim učesnicima u ovom postupku daje na znanje da uzbunjivanje rukovođeno nezakonitim ciljevima neće ostati nekažnjeno. Drugo je pitanje, međutim, da li je označavanje ove pojave kao zloupotrebe, bez propisivanja pravnih dejstava u slučaju kršenja ove zabrane, doprinosi ostvarivanju utiska da su na odgovarajući uvaženi svi angažovani interesi.³

3 Kako nam se čini, izričito ukazivanje da zloupotreba uzbunjivanja povlači krivičnu odgovornost imalo bi nezanemarljiv odvraćajući efekat. U svakom slučaju, označavanje da dostavljanje informacije uz saznanje o njenoj neistinitosti predstavlja vid zloupotrebe, onemogućava pozivanje lažnog uzbunjivača na pravnu zabludu, koja bi isključila njegovu eventualnu krivičnu odgovornost. Za postojanje krivice u krivičnom pravu se i ne traži aktuelna predstava da je zabranjeno ponašanje koje se ostvaruje predviđeno baš kao krivično delo; dovoljna je opšta predstava da je ovo ponašanje pravom

U literaturi se pitanje propisivanja zabrane zloupotrebe uzbunjivanja uglavnom dovodi u vezu samo sa pravima koja garantuje ZZU. U tom smislu, ako se ustanovi da je uzbunjivač učinio zloupotrebu, njemu se uskraćuje pravo na zaštitu po ovom osnovu, pa će se tužba za zaštitu u vezi uzbunjivanja odbiti.⁴ Sličan pristup odlikuje i međunarodne dokumente koji se odnose na ovu materiju. Tako Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o zaštiti uzbunjivača⁵ od 2014. godine krivičnopravnu problematiku uzbunjivanja posmatra isključivo iz ugla zaštite uzbunjivača, a ne i iz ugla zloupotrebe uzbunjivanja. U ovoj preporuci se, naime, samo potcrtava neophodnost zaštite uzbunjivača od krivičnog gonjenja za klevetu, kao što se zagovara i da otkrivanje informacije u skladu sa nacionalnim pravom omogući uzbunjivaču odbranu od eventualne krivične odgovornosti (princip 23). Zaista, u većini zakonodavstava koja poznaju krivično delo klevete, svesno iznošenje neistinitih informacija o drugima, koje mogu škoditi njihovoj časti ili ugledu, može ostvariti opis ovog krivičnog dela. Takva bi npr. bila lažna tvrđenja uzbunjivača da je neko lice npr. korumpirano, ili da je učinilo neko krivično delo.⁶ U srpskom krivičnom zakonodavstvu, međutim, nakon što je krivično delo klevete 2012. godine dekriminalizovano, nije moguća krivična odgovornost za lažno uzbunjivanje po ovom osnovu. To ipak ne znači da uzbunjivač ne može ostvariti obeležja nekih drugih krivičnih dela. U tom smislu, predmet naših razmatranja tiće se pretpostavki moguće krivične odgovornosti uzbunjivača.

zabranjeno (vid. Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2016⁵, 155).

4 Mirjana Martić, Marijana Šarić, *Komentar Zakona o zaštiti uzbunjivača*, Službeni glasnik, Beograd 2015, 39.

5 Recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014 (vid. [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)).

6 Treba reći da se učinilac prema srpskom pravu mogao osloboditi odgovornosti, ako se informacija odnosila na tvrđenje da je učinjeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, i kada slične pravnosnažne presude nije bilo, ako bi učinilac dokazao da je imao osnovanog razloga da poveruje u istinitost onoga što je iznosio ili pronosio (vid. član 96 stav 2 Krivičnog zakona Srbije od 1977. godine). Krivični zakonik od 2005. godine ovaj osnov isključuje nja kažnjivosti nije bio predvideo.

1. UZBUNJIVANJE KAO NEPRIJAVLJIVANJE PRIPREMANJA KRIVIČNOG DELA (ČLAN 331 KZ) ILI KRIVIČNOG DELA I UČINIOCA (ČLAN 332 KZ)

U savremenoj doktrini koja se bavi materijom uzbunjivanja neretko se tvrdi da zaposleni nemaju dužnost da prijave nezakonita postupanja koja su uočili u svom radnom okruženju, ili da je ta dužnost više moralna.⁷ To ne treba da iznenadi, s obzirom na to da se smatra da ova dužnost ne sme biti u konfliktu sa dužnošću vernosti (lojalnosti) zaposlenog poslodavcu. Kako se uzbunjivanje najčešće odnosi na nepravilnosti u načinu poslovanja ili organizaciji rada u pravnom licu, ili na zloupotrebe viših menadžera, njihovo prijavljivanje, naročito eksternim subjektima (državnim organima ili javnosti) može narušiti poslovni ugled preduzeća i naneti mu ekonomske gubitke.⁸ Ipak, budući da je pod određenim uslovima neprijavljivanje krivičnog dela ili njegovog pripremanja kažnjivo, zaposleni prema srpskom pravu nekada ima i obavezu da nadležnim državnim organima prijavi uočenu nezakonitost. Ova dužnost nije po svojoj prirodi garantna (karakteristična samo za zaposlenog) već opšta, i, ako se radi o težim uočenim krivičnim delima – pogađa sve građane. Utoliko, svaki zaposleni je obavezan da prijavi da je učinjeno krivično delo za koje se po zakonu može izreći zatvor od 30 do 40 godina, ili njegovog učinioa (član 332 stav 1 Krivičnog zakonika).⁹ U ovoj situaciji se realno može naći i zaposleni, iako će visina propisane kazne (od 30 do 40 godina), koja je u našem pravu predviđena samo kod manjeg broja krivičnih dela, čije vršenje i

7 Vid. npr. Wim Vandekerckhove, Eva E. Tsahuridu, „Risky Rescues and the Duty to Blow the Whistle“, *Journal of Business Ethics* 3/2010, 378. Pojedine države (npr. Kipar, Holandija ili Južna Koreja) sličnu dužnost ustanovljavaju samo u odnosu na zaposlene u javnom sektoru, dok se u drugim državama (npr. Nemačkoj), slično Srbiji, ustanovljava opšta dužnost prijavljivanja težih krivičnih dela (vid. Gregor Thüsing, Gerrit Forst, „Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries“, *Whistleblowing – A Comparative Study* (eds. G. Thüsing, G. Forst), Springer, Heidelberg et al. 2016, 23).

8 Tako može doći do smanjenja vrednosti akcija na berzi, ili do smanjenja interesovanja potencijalnih investitora.

9 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.

nije toliko karakteristično za radni ambijent,¹⁰ u najvećem broju slučajeva isključiti obavezu uzbunjivanja. Dužnost na uzbunjivanje postoji i ukoliko se uoči pripremanje nekog krivičnog dela (za koje se može izreći kazna zatvora od najmanje pet godina zatvora), ali je neprijavlivanje u ovom slučaju kažnjivo samo ukoliko bi prijava onemogućila izvršenje krivičnog dela, a delo bude pokušano ili izvršeno (član 331 KZ). Iako je propisana kazna od najmanje pet godina zaprećena kod mnogih krivičnih dela, do uzbunjivanja u praksi češće dolazi kada se delo već desilo, tako da će zbog stadijuma pripremanja i ove situacije dužnog uzbunjivanja predstavljati retkost.

Ipak, stvari stoje drugačije ako uzbunjivač ima svojstvo službenog ili odgovornog lica. Službena i odgovorna lica koja svesno propuste da prijave krivična dela za koja saznaju u vršenju svoje dužnosti i sama krivično odgovaraju, ako ne prijave delo za koje je propisana kazna zatvora od najmanje pet godina (član 332 stav 2 KZ).¹¹ Budući da se ovo krivično delo nečinjenja ostvaruje u vršenju dužnosti, jasno je da se ovde prevashodno misli na dužnosti na radu. Otuda krivična odgovornost zaposlenog, koji, protivno ustanovljenoj dužnosti, propusti da uzbuni u slučaju uočenog vršenja krivičnog dela zaprećenog kaznom od pet ili više godina, zavisi još samo od toga da li ono ima svojstvo službenog ili odgovornog lica. Prema članu 112 KZ, službenim licem smatra se: lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti; izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima; javni beležnik, izvršitelj i arbitar; lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu, kojem je povereno vršenje javnih ovlašćenja, lice kojem je faktički povereno vršenje pojedinih službenih dužnosti ili poslova; kao i vojno lice (član 112 stav 3). Krug navedenih subjekata, iako ne obuhvata nameštenike (lica koja u državnom organu obavljaju prateće pomoćno-tehničke poslove) i neprecizno je definisan,¹² ipak je vrlo širok, i obuhvata ne samo državne službenike ili vojna lica, već i druge nosioce javnih ovlašćenja

10 Ova kazna propisana je kod teškog ubistva i jednog broja krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti zemlje, odnosno čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

11 Štaviše, u tom slučaju službena i odgovorna lica se kažnjavaju zatvorom od šest meseci do pet godina.

12 Tako se, primera radi, ne pominju izabrana, imenovana ili postavljena lica u organima autonomnih pokrajina.

(profesore, lekare itd.). Stoga veliki broj zaposlenih u tzv. javnom sektoru ima krivičnim pravom ustanovljenu dužnost uzbuñivanja, ako je uočeno vršenje težih krivičnih dela. Imajući u vidu da je za najveći broj krivičnih dela protiv službene dužnosti, o kojima, primera radi, zaposleni u javnoj upravi mogu dobiti saznanje, propisana kazna zatvora od najmanje pet godina (npr. davanje i primanje mita, zloupotreba službenog položaja, pronevera, prevara u službi itd.), jasno je da domašaj ove dužnosti nije nezanemarljiv. Neprijavljivanje lakših krivičnih dela, ili drugih kršenja propisa i ljudskih prava koja ne ostvaruju obeležja krivičnih dela, ne mogu zasnovati krivičnu odgovornost službenog lica po ovom osnovu.

Pojam odgovornog lica KZ postavlja još šire, i takođe ne bez izvesnih nepreciznosti. Odgovornim licem u pravnom licu smatra se pre svega lice koje (na osnovu zakona, propisa ili ovlašćenja) vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz delatnosti pravnog lica, lice kome je faktički povereno obavljanje tih poslova, kao i službeno lice, ako se radi o krivičnom delu izvan glave XXXIII KZ (član 112 stav 5). Kako odgovorno lice može obavljati bilo koje poslove iz delatnosti pravnog lica, na prvi pogled nema smetnji da se po potrebi gotovo svako zaposleno lice smatra licem koje odgovara za poslove koje obavlja. Ipak, KZ daje pojašnjenje koje ograničava takvo tumačenje. Naime, kada je kao izvršilac nekog krivičnog dela označeno odgovorno lice, ova opšta definicija biće primenjena samo ukoliko iz obeležja pojedinog dela ili iz pojedinog propisa ne proizilazi da izvršilac može biti samo neko određeno odgovorno lice (član 112 stav 7). Zaista, kod velikog broja krivičnih dela protiv privrede (glava XXII KZ), gde dela sa ličnim svojstvom odgovornog lica preovlađuju, biće krivičnog dela, opisujući radnju izvršenja i druge okolnosti, bliže upućuje na konkretno odgovorno lice kao izvršioca.¹³ Međutim, u slučaju krivičnog dela iz člana 332, slična smisljena teleološka redukcija obeležja odgovornog lica nije moguća, jer zakonski opis ovog krivičnog dela govori o delu sazmatom „u vršenju svoje dužnosti“, pod šta se može podvesti gotovo svaki zaposleni koji u vršenju svoje dužnosti sazna za neku ozbiljniju kriminalnu aktivnost. Tumačenje prema kojem bi dužnost prijavljivanja imala samo određena odgovorna lica (npr. isključivo

13 Tako, primera radi, zloupotrebu monopolističkog položaja (član 232 KZ) ili prouzrokovanje stečaja (član 235 KZ) ne može učiniti neki zaposleni koji nema upravljačku funkciju u privrednom društvu.

izvršni direktori akcionarskog društva) po nekom odredivom osnovu (npr. kriterijumu koji je organ društva poslovodni) zahtevalo bi ipak da propisi koji uređuju nadležnosti pojedinih organa privrednih društava i drugih pravnih lica posebno propišu sličnu nadležnost.

Treba pomenuti da KZ poznaje još jedan oblik neprijavlivanja krivičnog dela i učinioca. Ovaj (teži) oblik činilo bi službeno ili odgovorno lice koje svesno propusti da prijavi krivično delo svog podređenog, koje je ovaj učinio pri vršenju svoje službene, vojne ili radne obaveze, ako se za to delo po zakonu može izreći zatvor od 30 do 40 godina. Zbog malog broja krivičnih dela zaprečenih kaznom zatvora od 30 do 40 godina zatvora i činjenice da se mora raditi o delu hijerarhijski podređenog zaposlenog učinjenog u vršenju dužnosti, ovaj vid neuzbunjivanja nije previše verovatan.

2. UZBUNJIVANJE KAO LAŽNO PRIJAVLJIVANJE KRIVIČNOG DELA (ČLAN 334 KZ)

Uzbunjivanje predstavlja „otkrivanje informacije o kršenju propisa, kršenju ljudskih prava, vršenju javnog ovlašćenja protivno svrsi zbog koje je povereno, opasnosti po život, javno zdravlje, bezbednost, životnu sredinu, kao i radi sprečavanja štete velikih razmera“ (član 2 tačka 1 ZZU). Utoliko, prema samoj sadržini nezakonitog postupanja na koje se ukazuje, informacija može sadržati navod da je učinjeno izvesno krivično delo.¹⁴ Većina okolnosti koje zakon podvodi pod mogući sadržaj informacije tiču se povrede ili ugrožavanja izvesnih dobara koja primarno ili supsidijarno štiti krivično pravo, preko svojih grupnih objekata zaštite (slobode i prava građana, službena dužnost, zdravlje ljudi, životna sredina, bezbednost ljudi i imovine),¹⁵ tako da se realno može postaviti pitanje odgovornosti uzbunjivača za krivično delo lažnog prijavljivanja (član 334 KZ). Ovo krivično delo u osnovnom obliku ostvaruje onaj ko prijavi određeno lice da je učinilo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, iako zna da to lice nije učinilac tog dela (stav 1). U obzir bi došla i primena lakšeg oblika ovog

14 Ako navodi ukazuju da je učinjen privredni prestup ili prekršaj, podnošenje lažne prijave ne bi ostvarilo obeležja ovog krivičnog dela (Z. Stojanović, *op. cit.* fn. 3, 929).

15 Čak se i u pogledu „kršenja propisa“ može pretpostaviti da bi se radilo o nekom nezakonitom postupanju koje bi podrazumevalo krivičnu odgovornost.

dela, ako je uzbunjivač u okviru dostavljene informacije samo naveo da je učinjeno izvesno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, ne navodeći određeno lice kao njegovog izvršioca, ali znajući da to delo nije učinjeno (stav 4).

Kad je reč o ostvarenju obeležja krivičnog dela lažnog prijavljivanja, na prvi pogled ne postoji smetnja da se delo lažnog uzbunjivanja podvede pod zakonski opis iz člana 334 KZ, bar imajući u vidu subjektivnu stranu prijavioca. ZZU kao prvi vid zloupotrebe navodi upravo situaciju kada se dostavlja informacija za koju njen autor zna da nije istinita, što odgovara subjektivnom obeležju krivičnog dela, čiji izvršilac takođe treba da zna da prijavljeno lice nije učinilac, ili da prijavljeno delo nije učinjeno. Može biti sporno kako tumačiti zahtev „znanja“ da informacija nije istinita, naročito imajući u vidu da uzbunjivanje nije dopušteno jedino kada učinilac ima saznanje da postoji kršenje propisa, kršenje ljudskih prava, ili neka od drugih povreda na koje upućuje član 13 stav 1 ZZU. Između saznanja da je informacija istinita i znanja da je informacija neistinita postoji čitav spektar predstava koje mogu biti različito vrednovane. Pri tome, uzbunjivač pravo na zaštitu prema ZZU može ostvariti pod uslovom da bi, na osnovu raspoloživih podataka, u istinitost informacije u trenutku uzbunjivanja poverovalo lice sa prosečnim znanjem i iskustvom kao i uzbunjivač (član 5 tačka 3 ZZU).¹⁶ Drugim rečima, uzbunjivač pravo na zaštitu može ostvariti i ako se njegova prijava pokaže kao neosnovana, ako je prijava učinjena na temelju dokaza u čiju verodostojnost bi poverovao i drugi prosečan građanin.¹⁷ Dakle, nije isključeno da ni sam uzbunjivač nije posve siguran u tačnost podataka koje iznosi. Viši interes obelodanjivanja takve neproverene informacije, u cilju mogućeg sprečavanja ozbiljnih posledica kojima može voditi ugrožavanje ili povreda koja se u prijavi ističe,

-
- 16 Uostalom, za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog uzbunjivanja, dovoljno je da tužilac učini samo *verovatnim* da je prema njemu preduzeta neka štetna radnja u vezi sa uzbunjivanjem, kada na tuženog prelazi teret dokazivanja da štetna radnja ipak nije u uzročnoj vezi sa uzbunjivanjem (član 29 ZZU). Iako to ne utiče na krivičnopravno vrednovanje davanja lažne informacije, može se pretpostaviti da ovaj niži stepen uverenosti u istinitost informacije i prebacivanje dela tereta dokazivanja može motivisati potencijalno veći broj fizičkih lica u pravcu uzbunjivanja.
- 17 U tom slučaju se polazi od toga da je i uzbunjivač razumno mogao da pretpostavi da je informacija koju prijavljuje istinita, i da ne treba da trpi posledice svoje eventualne pogrešne procene.

nadomešćuje nedostatak izvesnosti u smislu nesumnjivog postojanja činjenica na koje se ukazuje.

Drugačije je, međutim, ukoliko uzbunjivač pouzdano zna da je informacija koju daje lažna. Zloupotrebu prava na uzbunjivanje i obeležja krivičnog dela lažnog prijavljivanja ostvaruje samo onaj ko *zna* da je informacija koju daje neistinita. U krivičnopravnoj literaturi se ovo subjektivno obeležje tumači tako da prijavilac mora biti *ubeđen* da prijavljuje nevino lice, odnosno da upućuje na krivično delo koje nije izvršeno.¹⁸ Drugim rečima, ovo delo može se učiniti samo sa direktnim umišljajem. Ako uzbunjivač na temelju raspoloživih okolnosti smatra da je samo moguće da je informacija koju navodi lažna, neće odgovarati za krivično delo lažnog prijavljivanja. Pored subjektivne predstave učinioca da lažno uzbunjuje, neophodno je da ono na šta se ukazuje i objektivno bude neistinito. Stoga ne bi postojala krivična odgovornost uzbunjivača za lažno prijavljivanje ako bi se ispostavilo da je i pored njegove uverenosti da je informacija koju daje lažna, prijavljeno lice zaista učinilac tog krivičnog dela, odnosno da je takvo krivično delo učinjeno.¹⁹

U prilog krivične odgovornosti lažnog uzbunjivanja govori i to što lažna prijava ne mora da sadrži krivičnopravno kvalifikovanje navodnog kršenja propisa, ljudskih prava ili drugog nezakonitog postupanja na koje se ukazuje; dovoljno je da je lažno u informaciji navedeno činjenično stanje, na temelju kojeg će javni tužilac zaključiti da postoje osnovi sumnje da je učinjeno određeno krivično delo, odnosno da ga je učinilo određeno lice, i da je prijava lažna. Činjenica da je uzbunjivanje bilo anonimno ne bi uticalo na postojanje krivičnog dela.²⁰ Iako ZZU propisuje da poslodavac ne sme preduzimati mere u cilju otkrivanja identiteta anonimnog uzbunjivača (član 14 stav 3), to ne znači da organi krivičnog gonjenja nemaju ovo ovlašćenje u slučaju lažne prijave. Izvršilac krivičnog dela ne mora biti neposredno označen imenom i prezimenom u prijavi; dovoljno je da na osnovu navedenih podataka nadležni organ može izvesti zaključak koje lice se prijavljuje kao izvršilac krivičnog dela.²¹ Ako se, međutim, u podnetoj prijavi ni

18 Božidar Kraus, u: *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (red. N. Srzentić), Savremena administracija, Beograd 1986, 649.

19 B. Kraus, *op. cit.* fn. 18, 649; Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Union, Beograd 2011², 968.

20 B. Kraus, *op. cit.* fn. 18, 646; Lj. Lazarević, *op. cit.* fn. 19, 967.

21 Lj. Lazarević, *op. cit.* fn. 19, 967.

posredno ne ukazuje na mogućeg učinioa krivičnog dela, postojaće lakši oblik lažnog prijavljivanja iz člana 334 stav 4 KZ.

Osnovni problem eventualnog podvođenja lažnog uzbunjivača pod zakonski opis nekog od oblika lažnog prijavljivanja tiče se pitanja da li radnja ovog krivičnog dela podrazumeva podnošenje prijave isključivo nekom od državnih organa koji po zakonu sprovode krivično gonjenje, ili bi zakonski opis krivičnog dela ostvarilo i dostavljanje informacije poslodavcu. Naime, ZZU razlikuje unutrašnje uzbunjivanje, spoljašnje uzbunjivanje i uzbunjivanje javnosti; unutrašnje uzbunjivanje podrazumeva otkrivanje informacije poslodavcu, spoljašnji karakter ima obraćanje ovlašćenom organu, dok uzbunjivanje javnosti podrazumeva otkrivanje informacije javnim putem, preko sredstava javnog informisanja, interneta, javnih skupova ili na drugi sličan način. Nema nikakve sumnje da spoljašnje uzbunjivanje može ostvariti obeležja lažnog prijavljivanja. Kako se „ovlašćenim organom“ smatra organ Republike Srbije, teritorijalne autonomije, jedinice lokalne samouprave ili nosilac javnih ovlašćenja *nadležan da postupa* po informaciji kojom se vrši uzbunjivanje (član 2 tačka 6 ZZU), može se pretpostaviti da bi se na uočena nezakonita postupanja najpre ukazalo javnom tužilaštvu, kao zakonom ovlašćenom samostalnom državnim organu koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela. Nejasno je, međutim, da li bi lažno informisanje drugih organa (npr. Agencije za borbu protiv korupcije) ili samog poslodavca takođe moglo ostvariti obeležja ovog krivičnog dela.

Protiv ove mogućnosti moglo bi se, između ostalog, navesti to da zakonodavac u ZZU ne govori o „prijavljivanju“ već o „otkrivanju informacije“ poslodavcu. Drugim rečima, moglo bi se tvrditi da postoji razlika između prijavljivanja krivičnog dela i otkrivanja neke informacije o njemu. Međutim, iako „otkrivanje informacije“ možda više naglašava činjenicu da se iznošenje podataka o nezakonitim radnjama nadređenih subjekata često čini u atmosferi koja takvo postupanje ne posmatra blagonaklono ili bar ne podržava, ipak se teško može sporiti da prijavljivanje i otkrivanje informacije imaju sličnu sadržinu. Uostalom, značaj krivične prijave ima svaka informacija o počinjenom krivičnom delu, nezavisno od forme u kojoj je to učinjeno.²² I informi-

22 Razlog nepropisivanja naročite sadržine krivične prijave nalazi u nastojanju da se ne ograničava inicijativa prijavioca suvišnom formom (Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Projuris, Beo-

sanje i prijavljivanje po svojoj suštini znače obaveštavanje o učinjenom krivičnom delu i eventualno njegovom izvršiocu. Zbog toga pismeno u kojem se sadrže navodi o tobože učinjenom krivičnom delu kao „načelno neformalni akt“²³ ni ne mora biti naslovljeno kao „krivična prijava“. Odnosno, i „otkrivanje informacije“ određenom subjektu o navodnim nezakonitim radnjama koje predstavljaju krivično delo, bar iz ugla ovog formalnog argumenta, može imati značaj krivičnopravno relevantnog prijavljivanja u smislu krivičnog dela iz člana 334 KZ.

U literaturi je podeljeno mišljenje o tome da li je lažno prijavljivanje moguće samo u odnosu na one organe koje Zakonik o krivičnom postupku²⁴ označava kao primaocce krivičnih prijava (policija, javno tužilaštvo ili sud), ili bi delo bilo ostvareno podnošenjem prijave i drugim subjektima. Načelno, prema ZKP krivična prijava se podnosi nadležnom javnom tužiocu, pismeno, usmeno ili drugim sredstvom (npr. putem elektronske pošte). Ako je krivična prijava podnesena policiji, nenadležnom javnom tužiocu ili sudu, oni će prijavu primiti i odmah je dostaviti nadležnom javnom tužiocu (član 281 ZKP). Iako procesna pravila prave razliku između dostavljanja prijave licu nadležnom za postupanje po njoj (nadležnom javnom tužiocu) ili drugim nenadležnim subjektima (policiji, nenadležnom javnom tužiocu ili sudu), ovo razlikovanje nema značaj u pogledu krivične odgovornosti za ovo delo, jer su svi navedeni organi nadležni za krivični progon i suđenje, pa se lažnim prijavljivanjem pravosuđe u svakom slučaju pogrešno usmerava. Momentom podnošenja lažne prijave navedenim subjektima, delo iz člana 334 stav 1 KZ bilo bi formalno dovršeno.

Kada se pak radi o podnošenju lažne prijave drugim subjektima, prema prvom stanovištu takva situacija bi predstavljala samo pokušaj lažnog prijavljivanja, koji bi zbog zaprećene kazne ostao nekažnjiv.²⁵ Prema suprotnom, većinskog tumačenju, lažno prijavljivanje trebalo

grad 2014¹³, 512). Pretežniji je interes pribavljanja obaveštenja o učinjenom krivičnom delu, nego da se zbog formalnog razloga nepropisno sačinjene prijave – ista odbacuje.

23 Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2007, 762.

24 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

25 Načelno, kažnjiv je pokušaj krivičnog dela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna (član 30 stav 1 KZ), dok je u slučaju dela iz člana 334 stav 1 KZ propisana kazna od tri meseca do tri godine.

bi da postoji i kada se lažna prijava podnosi *posredno* – subjektu koji ima naročito propisanu zakonsku dužnost da prijavu prosledi nadležnom državnom organu.²⁶ U tom smislu, Zakon o krivičnom postupku od 2001. godine²⁷ je ustanovljavao naročitu dužnost svih državnih organa, organa teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, javnih preduzeća i ustanova da prijave krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, o kojima su obavešteni ili za njih saznaju na drugi način (član 222 stav 1), dok u odnosu na druga fizička i pravna lica (tačnije odgovorna lica u pravnom licu) slična obaveza nije bila posebno ustrojena. Ona je nastupala tek pod uslovima krivične odgovornosti za pomenuta dela neprijavljivanja pripremanja krivičnog dela (član 331 KZ) ili neprijavljivanja krivičnog dela i učinioca (član 332 KZ). U nekom ranijem periodu ova dužnost je bila postavljena još šire, pa se odnosila i na „organizacije udruženog rada ili druge samoupravne organizacije ili zajednice“. U takvim okolnostima, smatralo se kriminalno-politički neprihvatljivim da se nekažnjivim smatra posredno lažno prijavljivanje krivičnih dela navedenim subjektima, ako su oni bili u obavezi da ovu prijavu dalje proslede nadležnom tužiocu,²⁸ jer je cilj lažnog podnošenja prijave u obe situacije bio isti – da se u odnosu na oklevetanog povede krivični postupak. U tim okolnostima, lažno unutrašnje uzbunjivanje u javnom sektoru moglo se tumačiti kao vid kažnjivog posrednog lažnog prijavljivanja u okvirima člana 334 KZ.

Međutim, aktuelni ZKP (od 2011. godine) više ne pravi navedenu razliku, utvrđujući za sve subjekte, osim onih kojima takvo postupanje nalaže profesionalna dužnost, samo *moralnu* obavezu,²⁹ opet razume se do granice kada neprijavljivanje i inače povlači krivičnu odgovornost. U ovim okolnostima unutrašnje uzbunjivanje, bilo u privatnom bilo u javnom sektoru, zaista bi predstavljalo samo vid nekažnjivog pokušaja lažnog prijavljivanja. Kako državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, javna preduzeća i privatni privredni subjekti više nemaju ustanovljenu obavezu prijavljivanja učinjenih krivičnih dela, prekršaja, privrednih prestupa, i drugih nezakonitih

26 B. Kraus, *op. cit.* fn. 18, 646; Lj. Lazarević, *op. cit.* fn. 19, 967.

27 Zakon o krivičnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 70/2001 i 68/2002, i *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon i 72/2009.

28 B. Kraus, *op. cit.* fn. 18, 646.

29 Miodrag Majić, u: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku* (red. G. P. Ilić), *Službeni glasnik*, Beograd 2014⁷, 675.

postupanja – ne bi se moglo tvrditi da bi lažno prijavljivanje makar apstraktno povredilo pravilno funkcionisanje pravosuđa, kao opšti objekt zaštite krivičnog dela iz člana 334 KZ. Prema sadašnjem rešenju bi na prvi pogled svaki uzbunjivač mogao ciljano i svesno da odabere da učini neistinito prijavljivanje poslodavcu, a ne nadležnom javnom tužiocu, jer bi takvim postupanjem izbegao rizik od potencijalnog krivičnog gonjenja.³⁰

S druge strane, preostaje da se razmotri i pitanje eventualne odgovornosti uzbunjivača u slučaju lažnog unutrašnjeg otkrivanja informacije poslodavcu, ako i ovoga pogađa nesporna, pravom zasnovana dužnost da informaciju prosledi organima krivičnog gonjenja, mimo navedene odredbe krivičnog procesnog zakonodavstva. Naime, kako smo već videli, službeno ili odgovorno lice koje svesno propusti da prijavi krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora od najmanje pet godina, za koje je saznalo u vršenju svoje dužnosti, čini posebno krivično delo neprijavljivanja krivičnog dela i učinioca (iz člana 332 stav 2 KZ). Realno je očekivati da će organi krivičnog gonjenja i u tim slučajevima biti neosnovano angažovani, tim pre što ZZU izričito propisuje da je poslodavac dužan da odredi lice ovlašćeno za prijem informacije i vođenje postupka u vezi sa uzbunjivanjem (član 14 stav 5). Otuda bi ovo pitanje bilo aktuelno i u pogledu uzbunjivanja u javnom i u privatnom sektoru. Ovlašćeno lice koje pogađa dužnost prijema uzbunjujućih informacija za učinjeno delo u svakom slučaju saznaje „u vršenju svoje dužnosti“, tako da se može pretpostaviti da će lažno unutrašnje uzbunjivanje (u vezi kršenja propisa, kršenja ljudskih prava, vršenja javnog ovlašćenja protivno svrsi zbog koje je povereno, opasnosti po život, javnog zdravlja, bezbednosti, životne sredine, sprečavanja štete velikih razmera), koje se odnosi na vršenje težih krivičnih dela – takođe naći svoj put do ovlašćenih državnih organa. Bilo bi nelogično da krivična odgovornost za lažno prijavljivanje bude izbegnuta na temelju formalnog obraćanja pogrešnom primaocu, ako ovaj ima nesumnjivu pravnu dužnost da po toj prijavi dalje postupa i da je dostavi javnom tužiocu. Isto bi važilo i u slučaju da se otkrivena informacija odnosi na pripremanje krivičnog dela, s tim što bi se u tom slučaju moralo raditi o najtežim krivičnim delima, za koja je propisana kazna zatvora od 30 do

30 Nekim organima (npr. inspekcijama) je dužnost prijavljivanja uočenih nezakonitih postupanja pravno utvrđena po posebnom osnovu (vid. član 42 stav 1 Zakona o inspekcijskom nadzoru), tako da bi u tim slučajevima lažno prijavljivanje i dalje moglo biti ostvareno posrednim podnošenjem.

40 godina. Osim ovog formalnog razloga, u prilog zaključku da i unutrašnje lažno uzbunjivanje (uzbunjivanje poslodavca) pod navedenim okolnostima može dovesti do krivične odgovornosti govori i osnovna ideja na kojoj je uzbunjivanje zasnovano. Nije smisao ovog instituta omogućavanje da se na koloseku unutrašnjeg uzbunjivanja – u slučaju otkrivanja informacije poslodavcu – prijavi „zagubi trag“, već upravo suprotno, da se i mehanizmi unutrašnjeg uzbunjivanja pokažu delotvorni – sposobni da istovremeno zadovolje i interese poslodavca, i interese zaposlenog i javnog poretka u celini. Čini nam se da se takav cilj teško može ostvariti bez zauzimanja stava da i lažno unutrašnje uzbunjivanje pod navedenim uslovima ostvaruje obeležja krivičnog dela iz člana 334 KZ. Ipak, nismo sigurno da je takvo tumačenje u granicama sadašnjeg normativnog okvira primenjivo. Njime bi se, naime, podigao prag kažnjivosti u odnosu na obeležja zakonskog opisa iz člana 334 KZ, pa bi pretpostavke odgovornosti uzbunjivača bile drugačije nego one koje važe za druge lažne prijaviocce. Krivično delo lažnog prijavljivanja podrazumeva naime samo da se radi o delu za koje se *goni po službenoj dužnosti*, a ne i da se radi o deliktu određene težine. Ovu nedoslednost moguće je stoga valjano nadomestiti samo dopunom oblikâ ovog dela, koja bi, ako zakonodavac proceni takvu opravdanost, ustanovila poseban oblik lažnog prijavljivanja u slučaju neistinitog unutrašnjeg uzbunjivanja poslodavca. Do tog momenta, ostaje da se vidi kako će sudska praksa tumačiti eventualne situacije sličnih lažnih prijava.

3. UZBUNJIVANJE KAO NARUŠAVANJE POSLOVNOG UGLEDA (ČLAN 239 KZ) POSLODAVCA

Uzbunjivanjem se može ostvariti i zakonski opis krivičnog dela narušavanja poslovnog ugleda i kreditne sposobnosti iz člana 239 KZ. Ovo krivično delo čini onaj, ko u nameri narušavanja poslovnog ugleda ili kreditne sposobnosti drugog, o njemu iznosi neistinite podatke ili neistinito prikazuje njegovo poslovanje. Ako narušavanje poslovnog ugleda bude praćeno teškim posledicama, može postojati i teži oblik dela.³¹ Kako je kao jedna od mogućih radnji ovog dela propisano

31 Za osnovni oblik zaprećena je novčana kazna ili zatvor do jedne godine, dok je za teži oblik propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine. U oba slučaja gonjenje se preduzima po privatnoj tužbi. Imajući u vidu uzdržanost naše

i iznošenje neistinitih podataka o drugome, davanje neistinite informacije od strane uzbunjivača može ostvariti i ovaj zakonski opis. Lice o kojem se iznose neistine može biti i fizičko i pravno.³² Iako zakonodavac govori samo o radnji iznošenja, a ne i radnji pronošnja, ne čini nam se smislenim da se ovde primeni razlikovanje koje je između ova dva pojma bilo uobičajeno kod dekriminalizovanog dela klevete. Naime, dok je iznošenje u smislu klevete podrazumevalo saopštavanje nekih ličnih saznanja, pronošnje se odnosilo na prenošenje izjava trećih lica. Utoliko bi ovo delo postojalo i ako su podaci saznati od drugog lica, pa ih uzbunjivač iznosi kao vlastita činjenična tvrđenja,³³ i ako ih lice iznosi kao svoje neposredno saznanje.

Iako je kriminalno-politički zamislivo i drugačije rešenje, ovo krivično delo zahtevalo bi postojanje direktnog umišljaja na strani uzbunjivača; činjenica da se delo mora vršiti u nameri narušavanja poslovnog ugleda (ili kreditne sposobnosti) isključuje eventualni umišljaj. To znači da bi krivično delo postojalo samo kada učinilac zna da je informacija koju iznosi neistinita, a ne i kada samo sumnja u ovu mogućnost. Premda se može zamisliti da bi ga i tada mogla pokretati težnja da naruši ugled poslodavca, proširivanje krivične odgovornosti i na situacije kada uzbunjivač samo sumnja u neistinitost onoga što informacijom otkriva imalo bi ograničavajući efekat na domašaj prava na uzbunjivanje. Ovo tim pre što, kako smo videli, otkrivena informacija prema ZZU može omogućiti pravo na zaštitu i ako se u ishodu pokaže kao neistinita, ako bi, na osnovu raspoloživih podataka, u istinitost informacije u trenutku uzbunjivanja poverovalo i drugo lice, sa prosečnim znanjem i iskustvom koje ima uzbunjivač (član 5 stav 2). Istovremeno, rešenje iz ZZU, suprotno mnogim drugim zakonodavstvima,³⁴ ne is-

sudske prakse u pogledu prihvatanja tužbenih zahteva za naknadu nematerijalne štete zbog narušavanja poslovnog ugleda pravnog lica, eventualna krivična odgovornost za narušavanje poslovnog ugleda ima još veći značaj. Dok Zakon o obligacionim odnosima kriterijume naknade nematerijalne štete prvenstveno vezuje za fizičko lice (pretrpljeni fizički ili duševni bolovi, naruženost, povreda ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrt bliskog lica, strah), Zakon o trgovini, iako dopušta naknadu nematerijalne štete zbog narušavanja poslovnog ugleda, to vezuje isključivo za institut nelojalne konkurencije. To uvek podrazumeva odnos dva trgovca, a ne i odnose poslodavca-trgovca i njegovog zaposlenog.

32 Z. Stojanović, *op. cit.* fn. 3, 745.

33 Slično i Lj. Lazarević, *op. cit.* fn. 19, 767–768.

34 Vid. detaljnije G. Thüsing, G. Forst, *op. cit.* fn. 7, 19.

ključuje pravnu zaštitu uzbunjivača ni u slučaju da ovaj ne postupi „u dobroj veri“. Stoga se može desiti da uzbunjivač uživa zaštitu i ako ga pokreću moralno sumnjivi motivi, pa bi bilo nelogično da ono ponašanje koje omogućava naknadu štete i obustavljanje štetne radnje poslodavca istovremeno povlači i krivičnu odgovornost za narušavanje njegovog ugleda. Ipak, imajući u vidu da saznanje o neistinitosti informacije i prema ZZU predstavlja zloupotrebu uzbunjivanja, koja isključuje građanskopravnu i radnopravnu zaštitu, iznošenje neistinitih podataka o poslodavcu, uz znanje o ovoj okolnosti, može opravdano pokrenuti krivičnu odgovornost za narušavanje poslovnog ugleda poslodavca.

Pod ugledom se u krivičnopravnoj literaturi uobičajeno podrazumeva samo tzv. spoljašnja čast, uvažavanje i poštovanje koje jedno fizičko ili pravno lice uživa u društvu (ne i mišljenje koje ono ima samo o sebi),³⁵ pa delo u svakom slučaju podrazumeva saopštavanje predmetne informacije drugima. Nejasno je međutim da li bi ovo delo moglo biti ostvareno u slučaju svakog uzbunjivanja, ili samo ako bi se radilo o uzbunjivanju javnosti. Kako se u slučaju poslovnog ugleda po pravilu radi o privrednim subjektima, od značaja je i kako ovaj pojam utvrđuju pravila kompanijskog i građanskog prava. Tako se među povredama poslovnog ugleda koje nabroja Kodeks poslovne etike³⁶ kao moguće povrede naročito izdvajaju: saopštenje informacije kojom se degradira ili omalovažava poslovno ime, poslovne aktivnosti, proizvodi ili usluge privrednog subjekta i neosnovano saopštenje o nepodobnosti ili opasnosti proizvoda ili usluga privrednog subjekta (član 74). Iako se ove odredbe prvenstveno odnose na saopštavanje neistina o drugom privrednom subjektu, one se teoretski mogu odnositi i na saopštavanje neistina o poslodavcu kod kojeg je uzbunjivač zaposlen. Ipak, čini nam se da kriminalnom zonom ne bi trebalo da bude obuhvaćeno unutrašnje uzbunjivanje. Ako ugled i inače prevashodno podrazumeva spoljašnju čast, to odgovara predstavi koju o pravnom licu imaju subjekti koji se nalaze izvan njega, a ne njegovi zaposleni ili uprava. Osim toga, pravno lice može svojim internim pravilima kanalisati dostupnost uzbunjujuće informacije i onemogućiti nastupanje štete po njegove interese.

35 Vid. B. Kraus, *op. cit.* fn. 18, 285.

36 Kodeks poslovne etike, *Službeni glasnik RS*, br. 1/2006.

4. UZBUNJIVANJE KAO KRIVIČNO DELO ODAVANJA TAJNE (ČL. 141, 240, 315, 316, 369 I 415 KZ)

U zavisnosti od karaktera tajnih podataka, uzbunjivanjem se mogu ostvariti i obeležja krivičnih dela neovlašćenog otkrivanja tajne (član 141 KZ), odavanja poslovne (član 240 KZ), državne (član 316 KZ), službene (član 369 KZ) ili vojne tajne (član 415 KZ), ili špijunaže (član 315 KZ), iako će se po pravilu, zavisno od toga da li se uzbunjuje u privatnom ili u javnom sektoru, uglavnom raditi o poslovnoj ili službenoj tajni. Zakon o radnim odnosima u državnim organima³⁷ nalaže da su zaposleni u državnom organu dužni da podatke koji predstavljaju državnu, vojnu ili službenu tajnu čuvaju i posle prestanka radnog odnosa u ovom organu, dok je dužnost čuvanja poslovne tajne od strane zaposlenih ustanovljena Zakonom o privrednim društvima³⁸ (vid. član 72), i bliže uređena Zakonom o zaštiti poslovne tajne³⁹. Slične odredbe postoje i u mnogim drugim propisima.⁴⁰ Navedenim krivičnim delima inkriminisano je neovlašćeno saopštavanje, predaja ili na drugi način činjenje drugome dostupnim podataka koji predstavljaju poslovnu ili službenu tajnu, kao i pribavljanje tih podataka u nameri njihove predaje nepozvanom licu. U definisanju poslovne i službene tajne KZ polazi od njihovog formalno-materijalnog određenja, zahtevajući ne samo da odnosni podatak ili dokument bude formalno na odgovarajući način proglašen tajnim (uz odgovarajuću oznaku tajnosti), već i da je njegovo odavanje prouzrokovalo (odnosno da bi moglo da prouzrokuje) štetne posledice za službu odnosno za preduzeće ili drugi subjekt privrednog poslovanja. Treba primetiti da ove zakonske opise ostvaruje samo ono lice koje podatke koji predstavljaju tajnu drugima odaje „neovlašćeno“. Stoga, naročito u konstelacijama internog uzbunjivanja, neće biti ostvaren opis navedenih krivičnih dela ako i adresat uzbunjivanja ima pri-

37 Zakon o radnim odnosima u državnim organima, *Službeni glasnik RS*, br. 48/91 i 66/91.

38 Zakon o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015.

39 Zakon o zaštiti poslovne tajne – ZZPT, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011.

40 Vid. npr. član 47 Zakona o bankama (*Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015), član 57 Zakona o javnom beležništvu (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 121/2014, 6/2015 i 106/2015) ili član 46 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti (*Službeni glasnik RS*, br. 97/2008 i 107/2012).

stup otkrivenim podacima. Osim toga, protivpravnost krivičnih dela sa obeležjem odavanja tajne može biti isključena i na temelju nekog od opštih osnova isključenja protivpravnosti predviđenih krivičnim zakonodavstvom, gde bi u obzir naročito došlo odavanje tajne u krajnjoj nuždi, to jest radi otklanjanja neke istovremene neskrivljene opasnosti (vid. član 20 KZ).

Međutim, ZZU uvodi poseban osnov isključenja protivpravnosti krivičnih dela sa elementom odavanja tajne.⁴¹ Naime, prema ovom zakonu, otkrivena informacija može sadržati podatke koji su u skladu sa propisima o tajnosti podataka prethodno označeni kao tajni (član 20 st. 1 i 2). U tom slučaju, uzbunjivač ima obavezu da se najpre obrati poslodavcu (licu ovlašćenom da postupa po informaciji odnosno rukovodiocu, ako se informacija odnosi na ovlašćeno lice), a ako poslodavac ni u roku od 15 dana ne postupi ili ne preduzme odgovarajuće mere iz svoje nadležnosti, uzbunjivač se sa istom tajnom informacijom može obratiti i ovlašćenom državnom organu (npr. javnom tužiocu). Pritom, svi navedeni subjekti obavezni su da se pridržavaju mera zaštite koje predviđaju propisi koji uređuju tajnost podataka, pre svih Zakon o tajnosti podataka i Zakon o zaštiti poslovne tajne. U pogledu podataka koji su oglašeni tajnim, uzbunjivanje javnosti nije dozvoljeno.

Ovaj osnov isključenja protivpravnosti nije komplementaran sa drugim osnovima opravdanja krivičnih dela odavanja tajne, sadržanim u krivičnom i drugom posebnom zakonodavstvu. Najpre, kada se radi o poslovnoj tajni, ZZPT i ZPD takođe isključuju povredu dužnosti čuvanja tajne pod određenim uslovima. Tako ZZPT propisuje da se poslovnom tajnom ne smatra informacija koja je označena kao poslovna tajna radi prikrivanja krivičnog dela, prekoračenja ovlašćenja ili zloupotrebe službenog položaja ili drugog nezakonitog akta ili postupanja domaćeg ili stranog fizičkog i pravnog lica. S obzirom na to da i u ovom propisu, slično ZZU, do isključenja protivpravnosti odavanja poslovne tajne može doći u slučaju bilo kog nezakonitog akta ili postu-

41 U nemačkom pravu ne postoji sličan poseban osnov isključenja protivpravnosti. Stoga većinsko stanovište smatra da i u slučaju da se otkrivena informacija odnosi na vršenje neke kriminalne aktivnosti – uzbunjivač može krivično odgovarati za odavanje poslovne tajne. Učinilac bi se eventualno mogao pozvati na krajnju nuždu kao opšti osnov isključenja protivpravnosti (vid. Arnd Koch, „Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 10/2008, 503).

panja domaćeg ili stranog poslodavca, možemo zaključiti da su i pored neujednačenosti osnova ovi izuzeci slično postavljeni.⁴² To se međutim ne može reći i u pogledu ZPD. Između drugih nabrojanih osnova, ZPD ne smatra povredom dužnosti čuvanja tajne ako je saopštavanje učinjeno nadležnim organima ili javnosti isključivo u cilju ukazivanja na postojanje dela kažnjivog zakonom. Ako se i zanemari to što je lestvica uzbunjivanja sa uočenih „nezakonitih“ postupanja podignuta na prijavljivanje kažnjivih delikata, problematično je to što je ovom odredbom, iako se radi o podacima koji predstavljaju poslovnu tajnu, posredno omogućeno i uzbunjivanje javnosti. To je potpuno suprotno rešenju prisutnom u ZZU, koje uzbunjivanje javnosti podacima koji su označeni kao tajni – načelno smatra nedopuštenim.

U slučaju odavanja službene tajne, krivični zakonodavac predviđa osnov isključenja protivpravnosti koji nalikuje osnovu predviđenom u ZZU, propisujući da se službenom tajnom ne smatraju podaci ili dokumenti koji su upravljani na teške povrede osnovnih prava čoveka, na ugrožavanje ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije, kao i podaci ili dokumenti koji za cilj imaju prikrivanje učinjenog krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći zatvor od pet godina ili teža kazna. Time se odavanje službene tajne opravdava ne u pogledu svakog zamislivog kršenja propisa, kako to, videli smo, u članu 13 stav 1 omogućava ZZU, već samo u pogledu težih krivičnih dela. ZZU polazi naime *a priori* od pretpostavke da svako uzbunjivanje, pod uslovom da sadržina informacije pogađa dobra nabrojana u članu 13 stav 1, isključuje protivpravnost krivičnih dela odavanja tajne, nezavisno od toga da li interesi uzbunjivanja pretežu nad interesom čuvanja tajne. Međutim, pored odavanja poslovne ili službene tajne, koje bi ovde verovatno češće dolazili u obzir, odavanje se može odnositi i na podatke čije bi odavanje moglo da prouzrokuje štetne posledice za bezbednost, odbranu, ili za političke, vojne ili ekonomske interese zemlje. Drugim rečima, odredba člana 20 ZZU isključuje protivpravnost i odavanja državne (član 316 KZ) ili vojne tajne (član 415 KZ) ili špijunaže (član 315 KZ). Ova okolnost, na prvi pogled, ne izgleda nesaglasna osnovu opravdanja predviđenom kod odavanja državne i vojne tajne, koji takođe, slično odavanju službene tajne, isključuje karakter tajnosti onih podataka ili

42 Može se eventualno prigovoriti da sadržina uzbunjujuće informacije prema ZZU može da se odnosi na kršenje „svakog propisa“, nezavisno od njegove pravne snage, dok odavanje poslovne tajne isključuje samo ukazivanje na akte ili postupanja koji su „nezakoniti“.

dokumenata koji su upravljani na teške povrede osnovnih prava čoveka, na ugrožavanje ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije, ili podataka i dokumenata koji za cilj imaju prikrivanje učinjenog krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći zatvor od najmanje pet godina. I nezavisno od člana 20 ZZU, dakle, ne može se formalnim označavanjem nekog podatka kao državne ili vojne tajne (uz uslov da sadržani podatak zaista pogađa ili može da pogodi vitalne interese zemlje) izbeći otkrivanje teških povreda ljudskih prava i drugih grubih nezakonitosti. Ipak, između dva osnova opravdanja postoji kvantitativna razlika, jer se osnov iz člana 20 ZZU ne ograničava samo na „teške“ povrede osnovnih prava čoveka ili na prikrivanje težih krivičnih dela; u obzir dolazi svako kršenje propisa.

U uporednom pravu nalazimo različita rešenja u pogledu mogućnosti da se uzbuđivanjem odaju podaci koji predstavljaju državnu tajnu. Tako je u Velikoj Britaniji kažnjivo otkrivanje informacija saznatih u vezi sa zaposlenjem u službama bezbednosti (Official Secrets Act),⁴³ dok je u SAD i dalje na snazi Espionage Act od 1917 još šireg domašaja. Slične propise poznaju i mnoge druge države (npr. Indija, Novi Zeland, Republika Irska).⁴⁴ Čak se i u slučaju drugih država, u kojima je učinjen korak na planu ozakonjenja mogućnosti da se pod određenim uslovima javno obelodane informacije koje dotiču pitanja nacionalne bezbednosti, priznaje da je zbog nedovoljne određenosti ovog izuzetka takva mogućnost faktički malo verovatna.⁴⁵ U svakom slučaju, nema ni govora o mogućnosti da se ove informacije mogu odavati nepozvanim državnim organima, bez obzira na to da li su ovi obavezni da se pridržavaju opštih propisa o tajnosti podataka. Taj problem je u pogledu srpskog rešenja još očigledniji u slučaju špijunaže. Najvažnija razlika između špijunaže i odavanja državne tajne je u tome što se kod špijunaže podaci, koji bi mogli da prouzrokuju štetne posledice za bezbednost, odbranu ili za političke, vojne ili ekonomske interese zemlje, koji

43 James Gobert, Maurice Punch, „Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998“, *Modern Law Review* 1/2000, 36. Vid. Employment Rights Act od 1996., član 193.

44 Einar Thorsen, Chindu Sreedharan, Stuart Allan, „WikiLeaks and Whistleblowing: The Framing of Bradley Manning“, *Beyond WikiLeaks. Implications for the Future of Communications, Journalism and Society* (eds. Brevini, Hintz, McCurdy), New York, Palgrave Macmillan 2013, 104.

45 Slično A. J. Brown, „Towards ‘Ideal’ Whistleblowing Legislation? Some Lessons from Recent Australian Experience“, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies* 3/2013, 179.

su proglašeni tajnim, saopštavaju, predaju ili čine dostupnim stranoj državi, stranoj organizaciji ili licu koje im služi.⁴⁶ Međutim, za razliku od odavanja državne tajne, u slučaju špijunaže nije u krivičnom zakonodavstvu propisan nikakav osnov koji pod bilo kojim uslovima omogućava dostupnost ovih podataka nepozvanim inostranim subjektima. Iako nije verovatno da bi u postupku obelodanjivanja osjetljive informacije u postupku uzbunjivanja postojao značajniji rizik njenog saznavanja od strane stranih činilaca, izvesna verovatnoća takvog ishoda ne može se isključiti, pa bi i ovu okolnost trebalo uzeti u obzir.

S druge strane, ako bi se neprotivpravnost otkrivanja informacije usloвила zahtevom da interes otkrivanja tajne bude pretežniji od interesa njenog čuvanja, na način na koji je krivični zakonodavac to npr. uradio kod krivičnog dela neovlašćenog otkrivanja tajne (član 141 KZ), može se pretpostaviti da bi rizik od omaške u vrednovanju ovih interesa, koje bi vršio sud, mogao značajno umanjiti verovatnoću da će se imalac sporne informacije odvažiti da pristupi njenom otkrivanju.⁴⁷ Rešenje bi moglo predstavljati i ograničavanje isključenja protivpravnosti isključivo na odavanje poslovne ili službene tajne. U svakom slučaju, odredbe ZZU o uzbunjivanju koje se odnosi na podatke koji sadrže oznaku tajnosti morale bi biti preispitane, i usaglašene sa drugim propisima koji regulišu tajnost podataka.

5. UZBUNJIVANJE KAO IZNUDA (ČLAN 214 KZ) ILI UCENA (ČLAN 215 KZ)

Već smo konstatovali da ZZU kao vid zloupotrebe uzbunjivanja definiše i uslovljavanje otkrivanja informacije dobijanjem protivpravne koristi. Ovaj vid zloupotrebe nije tako nesporan kao svesno dostavljanje neistinite informacije. U mnogim zakonodavstvima prijavljivanje nezakonitih postupanja, naročito ako se odnosi na rad državnih organa, želi se motivisati upravo obećanjem novčane nagrade donosiocu informacije. Tako, primera radi, američki federalni zakon False Claims Act omogućava da lice, koje otkrije informaciju da neki savezni dobavljač (po pravilu u oblasti zdravstvene zaštite ili odbrane, gde su javne nabavke i potencijalne uštede u budžetu milionske) postupava prevarno,

46 Z. Stojanović, *op. cit.* fn. 3, 897.

47 Slično i William de Maria, „The British whistleblower protection bill. A shield too small?“, *Crime, Law & Social Change* 2/1997, 142.

polaze pravo na nemali udeo (15–30%) od svakog povraćenog iznosa.⁴⁸ Nagrađivanje kao vid podsticanja uzbunjivanja po ovom osnovu doveo je do izvanrednih rezultata na planu ušteda u budžetu, u iznosima koji se mere milijardama dolara. Iako je ovaj vid motivisanja uzbunjivanja bio uglavnom izbegavan u evropskom zakonodavstvu, sa idejom da novčani poticaj može stvoriti atmosferu nepoverenja i potkazivanja,⁴⁹ koja podseća na mračne stranice Drugog svetskog rata ili komunističkih režima, ni evropski zakonodavac nije mogao da odoli uvođenju sličnih novčanih podsticaja u materiji finansijskih službi i tržišta.⁵⁰

Zahtevanje koristi u vezi sa otkrivanjem obaveštenja o uočenim nezakonitim postupanjima, može imati još jedan aspekt, ali u jednom obrnutom smislu – kao uslovljavanje neotkrivanja informacije dobijanjem neke koristi. Naime, otkrivanje informacije o eventualnim nezakonitostima koje se tiču poslovanja pravnog lica u kojem je uzbunjivač zaposlen može poslodavcu stvoriti značajne probleme i troškove. Utoliko bi ono moglo predstavljati i vid pretnje, stavljanjem u izgled pravnom licu da informacija može biti otkrivena, i gde bi ostvarivanje tog zla (uzbunjivanje) zavisilo od volje lica koje preti (uzbunjivača). Od težine uočenog propusta na strani pravnog lica i procene mogućih ekonomskih gubitaka zavisila bi spremnost poslodavca da plati traženi iznos, kako bi uzbunjivanje (po pravilu državnih organa ili javnosti) izostalo. U zavisnosti od toga da li bi se pretnja otkrivanjem informacije odnosila na nešto što bi moglo da škodi (poslovnom) ugledu preduzeća, ili na neko drugo zlo, ponašanje uzbunjivača moglo bi se okvalifikovati kao delo ucene (u prvom slučaju, član 215 KZ) ili iznude (u drugom slučaju, član 214 KZ).⁵¹

48 Shawn Marie Boyne, „Financial Incentives and Truth-Telling: The Growth of Whistle-Blowing Legislation in the United States“, *Whistleblowing – A Comparative Study* (eds. G. Thüsing, G. Forst), Springer, Heidelberg *et al.*, 2016, 287. Sličan mehanizam predviđa i Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act od 2010. godine.

49 G. Thüsing, G. Forst, *op. cit.* fn. 7, 27.

50 Vid. član 32 stav 4 Uredbe 596/2014 Evropskog parlamenta i Saveta o zloupotrebi tržišta (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596>).

51 Za postojanje navedenih krivičnih dela nije od značaja da li se obaveštenje kojim se ucenjuje odnosno iznuđava korist odnosi na nešto istinito ili neistinito (vid. Lj. Lazarević, *op. cit.* fn. 19, 718; Z. Stojanović, *op. cit.* fn. 3, 676), ali će se po prirodi stvari redovno raditi o istinitim informacijama.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U poslednjoj deceniji u Srbiji je došlo do umnožavanja propisa koji se odnose na prijavljivanje protivpravnih ponašanja uočenih na službi ili uopšte na radu, često uz odredbe koje na određeni način štite zaposlenog od odmazde poslodavca zbog prijave. Tako Zakon o državnim službenicima od 2009. uvodi obavezu državnih službenika ili nameštenika da pismeno obaveste neposredno pretpostavljenog ili rukovodioca ako u vezi sa obavljanjem poslova radnog mesta dođe do saznanja da je izvršena radnja korupcije od strane funkcionera, državnog službenika ili nameštenika u državnom organu u kojem radi (član 23a). Ovaj propis, bez posebnih pojašnjenja, samo konstatuje da od momenta podnošenja pismenog obaveštenja državni službenik ili nameštenik uživaju zaštitu „u skladu sa zakonom“. Zakon o agenciji za borbu protiv korupcije od 2008. takođe propisuje da državni službenik, odnosno zaposleni u organima Republike Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave i organima javnih preduzeća, ustanova i drugih organizacija čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, odnosno organima privrednih društava čiji je osnivač, odnosno član Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, koji u dobroj nameri Agenciji podnese prijavu ako opravdano veruje da postoji korupcija u organu u kome radi, ne može zbog toga da trpi štetne posledice. Zaštitu prema ovom zakonu obezbeđuje sama Agencija, koja prijaviocu „pruža neophodnu pomoć“. Osim što zabranjuje primenu štetnih radnji prema uzbunjivaču i nalaže mu da „preduzme mere radi otklanjanja utvrđenih nepravilnosti u vezi sa informacijom“, poslodavcu ni u javnom ni u privatnom sektoru po pravilu nije neposredno naloženo da nadležnom organu dostavi informaciju, ako se ona odnosi na neko učinjeno krivično delo. Kada se na to nadoveže činjenica da Zakonik o krivičnom postupku od 2011. godine, za razliku od ranijeg rešenja, ne propisuje da su „državni organi, organi teritorijalne autonomije ili organi lokalne samouprave, javna preduzeća i ustanove dužni da prijave krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, o kojima su obavesteni ili za njih saznaju na drugi način“, dolazimo do zaključka da i pored uvećanja broja propisa koji utvrđuju obavezu prijavljivanja nezakonitih postupanja i unapređene zaštite prijavioca – nije obezbeđen neprekinuti lanac dužnosti, koji obezbeđuje da inicijalna informacija uvek nađe put do organa krivičnog gonjenja. To se naročito odnosi na organe Republike

Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave i organe javnih preduzeća, ustanova i drugih organizacija čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, kao i organe privrednih društava čiji je osnivač ili član Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave.

S druge strane, treba imati u vidu da propisivanje obaveze određenih subjekata da prijave krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti može imati značajne krivičnopravne posledice, i izvan granica krivičnih dela neprijavljivanja iz čl. 331–332 KZ. Tako predstavlja zloupotrebu službenog položaja ako službeno lice nevršenjem svoje službene dužnosti (npr. neprijavljivanjem dela za koje se goni po službenoj dužnosti) drugom nanese kakvu štetu ili teže povredi prava drugog (član 359 KZ). Zakonsko ustanovljenje slične dužnosti državnih organa, organa teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave i drugih navedenih organa moralo bi uzeti u obzir i ovu moguću posledicu, što može biti i razlog za i razlog protiv ponovnog propisivanja naročite opšte dužnosti državnih službenika i drugih zaposlenih u javnom sektoru da prijavljuju krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti.

Ideja uzbunjivanja počiva na pretpostavci da se obraćanjem zaposlenog poslodavcu mogu izbeći nepovoljna dejstva okretanja uzbunjivača javnosti. To ima smisla ukoliko se informacija tiče nekog kršenja propisa ili etički neprihvatljivog postupanja u radnoj sredini koje ne povlači krivičnu odgovornost. Tada se zaista može prepustiti da poslodavac, uz zaštitu interesa uzbunjivača, razreši uočenu nepravilnost u internom postupku. Međutim, stvari stoje drugačije ako kršenje propisa ostvaruje obeležja nekog delikta. Koncept unutrašnjeg uzbunjivanja postaje obesmišljen ako na strani pravnog lica, u čijem okrilju je nezakonitost nastala, nema obaveze da informaciju, ako je ona takve prirode da zahteva dalje angažovanje nadležnih organa, dalje prosledi. Prosleđivanje informacije Zakon o zaštiti uzbunjivača propisuje samo u slučaju spoljašnjeg uzbunjivanja. Ako naime organ kojem je dostavljena informacija nije nadležan za postupanje u vezi sa uzbunjivanjem, proslediće informaciju nadležnom organu u roku od 15 dana od dana prijema, i o tome istovremeno obavestiti uzbunjivača (član 18 stav 4). U slučaju unutrašnjeg uzbunjivanja – slične odredbe nema. Iako se i u tom slučaju mogu primeniti odredbe krivičnog zakonodavstva o granicama dužnosti prijavljivanja koje pogađa službena lica i odgovorna lica u pravnim licima, poželjnije je da matični ZZU preciznije utvrdi granice ovih dužnosti.

Nije prihvatljivo da ZZU ne ograničava slobodu uzbunjivanja i u situacijama kada se ono odnosi na poverljive informacije, a preteže javni interes da ovi osetljivi podaci, sadržani u navodima uzbunjivača, ne budu otkriveni nepozvanim licima. Iako u slučaju tajnosti podataka nije moguće uzbunjivanje javnosti (član 20 stav 6 ZZU), može se postaviti pitanje da li bi i u toj situaciji uzbunjivanje trebalo dozvoliti u pogledu svakog kršenja propisa (vid. član 13 ZZU). I ovde bi prag isključenja protivpravnosti morao biti komplementaran sa sličnim odredbama sadržanim u krivičnom zakonodavstvu, prema kojima se tajnom ne mogu smatrati podaci ili dokumenti upravljani na teške povrede osnovnih prava čoveka, ugrožavanje ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije, ili na prikrivanje učinjenog krivičnog dela zaprećenog zatvorom od pet godina ili težom kaznom,⁵² i gde bi se moralo voditi računa o izvesnoj usklađenosti propisa o pretpostavkama odavanja tajni.

Na kraju, čini nam se da bi, polazeći od sadržine uzbunjujuće informacije i imajući u vidu i obavezu lojalnosti zaposlenog poslodavcu, pravni položaj uzbunjivača bilo smisljeno postaviti na dva odvojena koloseka. Sadržinu uzbunjujuće informacije nije opravdano *ab initio* vezivati sa svako kršenje propisa, kršenje ljudskih prava ili vršenje javnog ovlašćenja protivno svrsi zbog koje je ono povereno, kako to trenutno uređuje član 13 stav 1 ZZU. Bezuslovnu pravnu zaštitu potrebuje samo onaj uzbunjivač koji otkriva informaciju da je (u vezi sa radnim angažovanjem, postupkom zapošljavanja ili korišćenjem usluga državnih i drugih organa, nosilaca javnih ovlašćenja ili javnih službi) učinjeno (ili da će biti učinjeno) delo kažnjivo zakonom (krivično delo, privredni prestup ili prekršaj)⁵³, ili da je nastupila (odnosno da će nastupiti) opasnost po život, javno zdravlje, bezbednost, životnu sredinu, ili opasnost od štete velikih razmera. Kad je reč o informacijama o drugim protivpravnim postupanjima, безусловnu zaštitu bi zasluživalo prijavljivanje samo kršenja propisa učinjenih u nekom organu *javne vlasti*, to jest u javnoj upravi (državnom organu, organu teritorijalne autonomije ili

52 Moglo bi se, primera radi, slično britanskom zakonodavstvu (Employment Rights Act od 1996, član 43b stav 3), u ZZU uneti odredba prema kojoj je uzbunjivanje zabranjeno ako se otkrivanjem informacije čini krivično delo (vid. David Lewis, „Ten Years of Public Interest Disclosure Legislation in the UK: Are Whistleblowers Adequately Protected?“, *Journal of Business Ethics* 2/2008, 499).

53 Treba imati u vidu da su pojedini privredni prestupi i prekršaji utvrđeni uredbama ili odlukama, a ne zakonom.

lokalne samouprave, ustanovi, organizaciji ili službi kojoj je povereno vršenje javnih ovlašćenja, ili pravnom licu koje u celini ili pretežno finansiraju navedeni subjekti), javnom tužilaštvu ili sudstvu. U slučaju svih drugih kršenja propisa u drugim pravnim licima, koja ne ostvaruju obeležja nekog kažnjivog delikta, odnosno nisu učinjena u nekom organu javne vlasti, *spoljašnje* obraćanje (uzbunjivanje nadležnih organa ili javnosti) bi trebalo omogućiti samo pod uslovom da javni interes otkrivanja informacije *nesumnjivo preteže* nad interesima lica na koje se informacija odnosi i dužnošću lojalnosti prema poslodavcu.⁵⁴ U slučaju sumnje da javni interes otkrivanja informacije preteže nad interesima lica na koje se odnosi, a ne radi se o prijavljivanju učinjenih ili pripremanih kažnjivih delikata – uzbunjivaču bi na raspolaganju preostao samo model unutrašnjeg obraćanja poslodavcu. U tom slučaju postoji značajan rizik da bi eksterno iznošenje uočenih kršenja propisa ili etički sumnjivih postupanja, naškodivši poslodavcu, premašilo koristi od otkrivanja informacije, pa bi načelo lojalnosti zaposlenog poslodavcu zasluživalo prednost. Razume se, i u ovom slučaju bi u slučaju da poslodavac zbog internog uzbunjivanja prema uzbunjivaču preduzme štetnu radnju važila pravna zaštita koju garantuje ZZU.

54 Vid. slično Severin Glaser, Peter Komenda, „Whistleblowing in Österreich – Gefahren, Probleme und Lösungsmöglichkeiten“ *Journal für Rechtspolitik* 3/2012, 220. U delu naše literature se takođe smatra da „uzbunjivanje može biti opravdano samo ako se zaposleni nalazi pred izazovom ispunjenja obaveze odbrane vrednosti koje su važnije od lojalnosti (javno zdravlje, životna sredina, itd.)“ (Ljubinka Kovačević, „Cilj i smisao radnopravne zaštite ‘uzbunjivača’“, *Kaznena reakcija u Srbiji* [prir. Đ. Ignjatović], Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 226).

Dr Igor Vuković, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR WHISTLEBLOWING

Summary

Whistleblowing includes disclosure of information about the violation of law or some other illegal or immoral activity to the employer (internal whistleblowing), an authorized body (external whistleblowing) or to the public (media, the Internet). After the adoption of the Law on Protection of Whistleblowers in 2014, whistleblower became protected against dismissal and other forms of reprisal. Although abuse of whistleblowing is expressly prohibited, according to Serbian law it is not a condition that whistleblowing must be done in good faith. Whistleblower may have a motive to harm the employer, to undermine his business reputation or to extort some pecuniary benefit from him. In addition, it cannot be excluded that whistleblower falsely reports another person of committing a crime. The paper discusses the possibilities of whistleblowers responsibility for various criminal offenses and gives some recommendations *de lege ferenda*.

Key words: *Whistleblowers. – Failure to report a criminal offense or offender. – Disclosure of secret. – False reporting. – Bringing the employer into disrepute.*

MEĐUNARODNA SARADNJA

*Kremena Ehrmann**

*Dr. Stefan Pürner***

*Patrick Schneider****

THE IRZ: INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN EUROPE, NORTH AFRICA AND BEYOND

1. INTRODUCTION

The German Foundation for International Legal Cooperation (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. or IRZ for short) is well-known in the area in which *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South-East Europe* – is distributed. The dynamic activity in this region often means that attention is drawn away from the fact that the IRZ is also active in a number of other countries, as far away as central Asia and Vietnam.

The following article informs readers of the activities of the IRZ in Bulgaria and North Africa. It provides an insight into the relevant activities in Bulgaria as another country in South-East Europe and in the North African countries of Tunisia and Morocco. It also provides information on the various approaches, which have been adapted to the particularities of the partner country. This makes it particularly clear that the IRZ does not have a „one size fits all policy” but instead works very closely with its partners to develop approaches that fit in with the relevant framework conditions, both political and otherwise.

* Author of II “Bulgaria”.

** Author of I “Introduction”.

*** Author of III “North Africa”.

IRZ ACTIVITY REPORT – WIRO JOURNAL DECEMBER 2015

II. BULGARIA

Long-term investment in the future generation of the civil society – Law and Democracy course organised by the IRZ for sixth form students at German-language high schools in Bulgaria.

The German Foundation for International Legal Cooperation (Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. or IRZ for short) has been providing courses in law and politics for young people at select Bulgarian schools for three years now. The „Law and Democracy” courses provide students with a basic understanding of how democracy works as a form of government and how it is possible to participate in democratic processes. The objective of this series of events is to promote a strong and courageous civil society, in which individuals have a political opinion and take responsibility for their actions in society and in the state. At first glance, education is not one of the core activities of the IRZ. Yet when it comes to better legal cooperation between countries, it certainly makes sense for there to be a general consensus amongst the population about how a state governed by the rule of law works and about the importance of, for example, the independence of the judiciary or human rights. Mutual respect and understanding are enhanced if both sides are not only members of the European Union, but are also equally familiar with the values of this Union and with the rights of individuals within the Union. Cooperation also works better if the countries involved and their institutions are politically stable. In order to improve these perspectives, it was important to us to approach the young generation.

At the end of 2012, the Vice-President of the Republic of Bulgaria, Margarita Popova, asked for the support of the IRZ when she announced the start of the „Democracy course” initiative. There has been a close cooperation between the IRZ and the Vice-President for more than 10 years. As head of department for the Public Prosecutor’s Office in Sofia, she took part in IRZ seminars and later initiated bilateral events when she was Minister of Justice. So it was only logical for her to look to the IRZ to provide the necessary expertise and support for her ideas. This resulted in the joint „Law and Democracy course” project.

Important topics covered by the course include the basic structures of the law and its origins, state organisation and opportunities for individuals to participate in decision-making within the state, the nature of democracy and its roots in the constitution, legislative procedures, fundamental and human rights, children's rights and youth protection, the European Union and European law. The state monopoly of power and the role of the courts are also discussed. Working in groups and with the help of role plays, the students devise their own laws and try to convince others with their arguments. In some locations, the regional courts also get involved. Judges invite the students during or after the course to a court hearing and discuss the case with them afterwards.

Because of the domestic political situation in Bulgaria at the time, the importance of this course has been clear right from the start. When the IRZ received the request at the end of 2012, there was growing resentment of the state and its institutions amongst the general public. The Bulgarians were massively disappointed in their representatives; there were high levels of dissatisfaction with the political elite. The majority of the population still declared themselves in favour of democracy, but not in the way in which it was operating in Bulgaria. There was clear mistrust in the parliament, government and the justice system.¹ However, there was a widespread feeling of resignation, since their experiences over the past few years meant that most people felt that they had no power to change anything or even to initiate a change. There was practically no participation in social processes and decision-making. Over the next few months, the political activity of the country's citizens increased. There were many protests and so, during the two-year period from the beginning of 2013 to the end of 2014, there were five changes of government, two of which were provisional. In spite of this, turnout for elections continued to drop, with a new low being reached in the most recent elections. At the same time, the nation's young people showed no interest in getting involved in politics and expressing their opinions. On the contrary, the constant refusal to vote was seen as a particular form of protest. It was therefore especially

1 This change was also becoming noticeable in other areas of the cooperation with Bulgaria. For example, the Supreme Judicial Council (SJC) asked for support with measures to increase society's trust in the judiciary and to enhance its image. This led to a series of joint events and support from the IRZ in setting up a PR strategy for the SJC.

important to provide support, at least for the young people who were participating in courses during this time.

The project continues to meet the needs of society, as is proven by the results of a public opinion survey on democracy and citizen involvement carried out by the „Otvoreno Obshtestvo” Institute in May 2015.² This establishes that: the majority of Bulgarian citizens are convinced that democracy is the best form of government administration for Bulgaria, but they are dissatisfied with the way in which democratic institutions operate and laws are introduced and applied. Large groups of the population are isolated from society and do not take part in decision-making processes. They feel that they are not represented by regional and national governing bodies. In its conclusions to this study, the Institute considers it appropriate to increase the importance placed on social studies in schools. Other authors have also established an insufficient political socialisation of young people in Bulgaria.³

After five successful course units, we can establish that the objectives of the IRZ and of Vice-President Popova for the students involved have been achieved. Evaluations show that the students were satisfied and that they enjoyed the courses. Not only that – many of the students said that, following the courses, they were ready to engage in society and, amongst other things, vote in the next elections. The courses have ensured that students have a better understanding of democracy. At the end of the course, students said that they had learned the following: the potential to play a part in democracy as a free person; human rights and the importance of recognising these; the potential of individuals to campaign for justice. Here are a few quotes from individual students: „So at last we know precisely how we can defend our human and personal rights.”; „The fact that as individuals we are responsible for the future of our country and can – and indeed should – initiate changes.”; „At last I understand what the terms ‘rights’ and ‘democracy’ really mean”. The students appreciated the many discussions about actual incidents and the group work, as well as the presentation style during the course.

2 www.osi.bg, ODWP2015/1-BG, Public Opinion and Social Attitudes in Bulgaria, April 2015.

3 Mitev, Stoicheva, *Mladite hora v evropeiska Balcaria* (Young People in European Bulgaria), published by: Friedrich Ebert Foundation Sofia

Following on from the events we organise, the initiative should lead to improvements in social and political education at Bulgarian schools and some kind of social studies will become a definitive part of the curriculum. Foreign language high schools, which enjoy a good reputation in the country, should take over the lead role. At the opening of the course in Razgrad in September 2015, Vice-President Popova spoke of the need for the course to be available for all students. Those responsible in the country need to make a decision, however, on making it part of the curriculum.

The project began at the foreign language high school in Lovech. 150 students in years 9, 10, and 11 were taught in courses appropriate for their ages over the course of a week. The next event was held in Blagoevgrad in South-West Bulgaria. There, 100 students in years 10, 11, and 12 took part. Later on, in autumn 2014, it was the turn of the Prof. Konstantin Gelabov high school in Sofia. This year, high schools in Pazardzhik in the south and Razgrad in the north-east of the country were able to benefit. The course programme is based on legal studies at the Ministry of Justice for the North Rhine-Westfalia region and was adapted especially to suit the circumstances and the constitution in Bulgaria. The speaker was until recently a senior professor at the department for German and European Constitutional and Administrative Law and International Law at the Open University of Hagen and played a major role in the development of legal studies in the North Rhine-Westfalia region. She has taught at schools in North Rhine-Westfalia and trained teachers in the subject. The Ministry of Justice for North-Rhine Westfalia and the Regional Centre for Political Education support the project by supplying books and informative material for the participating students.

There is increasing interest in the course at Bulgarian schools. Some schools have already registered their requirements. The President's office also wants to continue the cooperation with the IRZ in this area. Two further courses are therefore planned for next year at two schools in the country.

III. NORTH AFRICA

The IRZ has been active in North Africa for five years now. The focus of this rule of law cooperation continues to be on partnerships with Tunisia, whilst Morocco also became an open-minded cooperation partner in 2014. Before we start looking at the details of the cooperation with these two countries, one particular concept is worth mentioning above any other and that is sustainability. Within the framework of this international rule of law cooperation, care is understandably taken to ensure that the agreed measures – which are after all financed by tax money – are developed in such a way as to ensure they have the longest possible effect. In order to achieve this, a thorough analysis of the prevailing conditions and corresponding spheres of influence is required. At the same time, there is also a requirement for an ongoing focus on content over time. In real terms, this means that areas of activity that were once thought to make sense should be maintained, rather than rushing to open up new fields of activity and prematurely declaring others to be completed because of often rapidly changing legal and political priorities.

1. Tunisia

When it comes to rule of law cooperation with Tunisia, the ongoing stamina of the IRZ (and of the German Federal Foreign Office, which has been financing the activities of the IRZ in North Africa since 2012) is gradually paying off. Clear progress has been made, in particular in the areas of administrative jurisdiction, constitutional jurisdiction and the penal system. Of course this does not mean that positive changes are suddenly taking place practically overnight, but with regard to the implementation of sustainability it can be concluded that „good things come to those who wait.” Even if more rapid progress would in some cases be desirable, at least a clear strategic direction is emerging in Tunisia when it comes to the penal system. A clear sign of the systematic reform in this area is the fact that the Tunisian government has adopted a four-year plan (2015–2019) for the reform of the judiciary and of the penal system. The plan for the penal system reforms was influenced considerably by IRZ events held in Tunisia and Germany. The strategic approach of the IRZ involving inviting only select and leading representatives of the relevant authorities and

institutions to seminars and events has resulted in a direct and comprehensive effect on legislation. Over the next few years, the reform plan will focus on the priority areas of the social reintegration of offenders, the separation of those on remand from those serving prison sentences, the placement and deradicalisation of terrorist detainees, the legal status of juvenile offenders, alternative forms of punishment and the appropriate response to prison protests and other irregularities in the penal system. All the events are devised according to the reform plan mentioned above, which the IRZ helped to put together. This means that both the topical relevance of the ongoing reform and legislation process, as well as the above-mentioned sustainability, can be guaranteed. In the field of constitutional jurisdiction, the IRZ benefits from the active support of the German Federal Constitutional Court (BVerfG). In 2015, practising judges at the BVerfG in Karlsruhe took time on several occasions to offer personal advice to members of the Tunisian Commission for the drafting of constitutional court law. The constitutional court law was adopted by a large majority at the Tunisian parliament in November 2015, which means that in accordance with the Tunisian constitution of 2014, the new constitutional court will soon be able to start its work. In future, events organised by the IRZ will concentrate on the implementation of this law in the everyday operation of the constitutional court. Fortunately, the German Federal Constitutional Court has also promised to continue to support this process. The IRZ also has a similarly high level of judicial support from the German Federal Administrative Court (BVerwG). During repeated visits by Tunisian delegations to Leipzig, Tunisian administrative judges and leading officials from the Ministry of Justice were given the opportunity to draw inspiration for the upcoming reforms in Tunisia during on-site discussions with judges at the German Federal Administrative Court. The reforms of the Tunisian administrative jurisdiction can essentially be summed up using two key words: on the one hand, the reforms concern the decentralisation of the Tunisian administrative court system and, on the other hand, its specialisation. With regard to the latter in particular, the advice and expertise shared by the Germans is very much appreciated in Tunisia. A reform commission set up in November 2015 is particularly interested in familiarising itself with the German system for specific administrative law (and the corresponding administrative jurisdiction). The standard division

into various specialist areas in Germany (foreigners-police-municipal-building law etc.) was met with great interest in Tunisia, as it is believed that introducing such a system would lead to a more effective administrative court system, which would also be in the position to guarantee improved justice in individual cases.

2. Morocco

A referendum on constitutional reform held in 2011 resulted in a great majority voting to spare the Kingdom of Morocco from revolutionary transformation and, according to many Moroccans, the chaos being seen in some Arab nations. Even though the constitutional changes have been much criticised – both in Morocco and internationally – as insufficient, a new, emancipatory mood can be ascertained in some areas of state and society. In the key area of the rule of law, the independence of the judiciary, which is now guaranteed by the constitution (art. 107), represents an important new development. Even though there has been criticism directed at the fact that, according to article 115 of the Moroccan constitution, the King presides over the Supreme Judicial Council, resulting in certain restrictions to the newly established independence, there is a self-confident, courageous spirit within Moroccan judicial circles, which is ready to defend the independence of the judicial system in particular against the executive authority. The Moroccan Ministry of Justice itself is also taking part in the debate, for example by organising in the near future a series of events on the role of the judiciary, to which speakers from various countries, including Germany, will be invited. In the situation outlined above, the programme of events devised by the IRZ in consultation with the Moroccan Supreme Court is proving to be extremely relevant, since the „Independence of the Judiciary” topic represents a priority area. An initial visit made by a delegation of Moroccan judges to Berlin in December 2015 led to open and interesting discussions between the Moroccan guests and representatives of the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (BMJV), the President of the German Association of Judges, Christoph Frank, and the former Vice-President of the Constitutional Court of the Berlin district, Michael Hund, amongst others. The guests were particularly interested in the position of the Ministry of Justice in relation to the judiciary in Germany and in the rights of ministers to instruct public prosecutors, which also led

to lively discussions in Germany in 2015. Other focal points of the co-operation programme, which is set to run for an initial period of three years, are the areas of organised crime, the legal status of young people in the law on immigration and asylum and legislative procedures. To conclude, it remains to be hoped that, in accordance with the basic principle of sustainability, the developments and reform efforts in the Arab world will continue to attract the attention of German politicians and the general public for a long time to come. Particularly in view of the current situation, it is becoming clear that wide-ranging and long-term support for improvements represents a good investment in our own German and European interests, as well as in Arab countries.

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 (bujnakova@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 skraćenica „fn.“.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Povlakić, „Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSR)*, 1/2003, 196.

3. Ukoliko postoji **više autora knjige ili članka** (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje

skraćenice reči *et alia* (*et al.*) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: N. Gavella *et al.*

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, **kod ponovljenog citiranja** tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi *op. cit.* i broj strane.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23.

Ukoliko se citira **više radova istog autora**, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid.*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 23.

7. Kada se citira **članak u zborniku radova**, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds.“ pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.“, odnosno odgovarajuća skraćenica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.“, na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja „ur.“) pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Propisi** se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi 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 (*bujnakova@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. Povlakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1 2003, 196.

3. If there is **more than one author** of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

If there are more than three authors, only the first name should be cited, followed by the abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: N. Gavella *et al.*

If there is more than one place of publication, a dash is used to separate the places.

Example: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkomentar 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.*, and the page number.

Example: M. Povlakić, *op. cit.*, 23.

If two or more references to the same author are cited, the year of publication should be provided in brackets. If two or more references to the same author published in the same year are cited, these should be distinguished by adding a, b, c, etc. after the year:

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. If **more than one page is cited from a text** and the pages are specified, they should be separated by a dash, followed by a period. If more than one page is cited from a text but without specification, *et seq.* should follow the number which notes the first page.

Example: M. Povlakić, *op. cit.*, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 *et seq.*

6. If the **same page of the same source was cited in the preceding footnote**, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but not the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 23.

7. When an article that has been published in a **collection of articles** or an edited monograph is being published after reference to the name of the author and the title of the article is being made, the title of the monograph should be written in verso and the names of the editors should follow in brackets as well as the reference to their editorship

(eds., Hrsg. or ur.), publisher, place and year of publication and page numbers.

Example: A. Buchanan, "Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. Statutes and other regulations should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the official publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 97/08.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 58/04, 85/05 and 115/05.

9. Articles of the cited statutes and regulations should be denoted as follows:

Example: Art. 5 (1) (3); Arts. 4–12.

10. Citation of court decisions should contain the most complete information possible (category and number of decision, date of decision, the publication in which it was published).

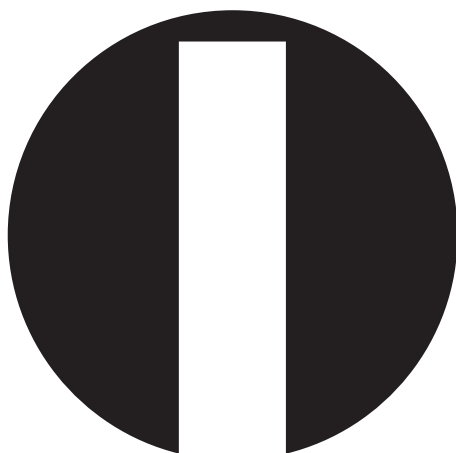
11. Latin and other foreign words and phrases as well as **internet addresses** should be written in verso.

12. Citations of webpages, websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

Example: J. Basedow *et al.*, "Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?", <http://faz.net/-019m8q>, last visited 24 May 2007.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137

HARMONIUS : Journal of Legal and Social
Studies in South East Europe / glavni urednik
Bettina Mia Bujnakova. – God. 1, br. 1
(2012)– . – Београд : Harmonius, 2012–
(Београд : Dosije studio). – 23 cm
Годишње.
ISSN 2334-6566 = Harmonius
COBISS.SR-ID 195094540



ISSN 2334-6566



9 772334 656000