

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 59/2019

Година XVI

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2019.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 59/2019.

Година XVI

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2019.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске
ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:

Академик проф. др Снежана Савић,
академик проф. др Рајко Кузмановић,
академик проф. др Миодраг Симовић,
проф. др Валерија Шаула, проф. др Миле Дмичић,
проф. др Никола Мојовић,
проф. др Душко Медић, проф. др Енес Хашић

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

Проф. др Витомир Поповић,
проф. др Марко Рајчевић, проф. др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић, Ирена Мојовић, Церард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић, Милош Комљеновић

НАУЧНИ ОДБОР:

Академик проф. др Рајко Кузмановић, предсједник Удружења правника Републике Српске, Академија наука и умјетности Републике Српске (БиХ), предсједник; академик проф. др Слободан Перовић, Удружење правника Републике Србије (Србија), члан; академик Игор Леонидович Трунов, Руска академија природних наука (Русија), члан; академик проф. др Владо Кам-бовски, Академија наука и умјетности Македоније (Македонија), члан; академик проф. др Снежана Савић, Уставни суд Републике Српске (БиХ), члан; академик проф. др Миодраг Симовић, Уставни суд Босне и Херцеговине (БиХ), члан; академик проф. др Витомир Поповић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (БиХ), члан; проф. др Жељко Мирјанић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (БиХ), члан; проф. др Миле Дмичић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (БиХ), члан; проф. др Душко Медић, Уставни суд Републике Српске (БиХ), члан; проф. др Никола Мојовић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (БиХ), члан; проф. др Мирјана Рађеновић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (БиХ), члан; проф. др Марко Рајчевић, Уставни суд Републике Српске (БиХ), члан; проф. др Љубинко Митровић, Омбудсман Босне и Херцеговине (БиХ), члан; проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду (Србија), члан; проф. др Добросав Миловановић, Правни факултет Универзитета у Београду (Србија) члан; проф. др Маринко Учур, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци (Хрватска), члан; проф. др Жељко Бартуловић, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци (Хрватска), члан; проф. др Драгана Дамјановић, Економски факултет Беч (Аустрија), члан; проф. др Драго Радуловић, Правни факултет Подгорица (Црна Гора), члан; проф. др Вид Јакулин, Универзитет у Љубљани (Словенија), члан
Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука, телефон/факс: 051/212-320
www.udruzenjepravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске основано је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено је и утемељено као стручна, самостална, нестра-начка организација правника у Републици Српској.

„Правна ријеч“, часопис за правну теорију и праксу, установљен је као гласило Удружења правника Републике Српске, које доприноси оства ривању заједничких програмских интереса правника, професионалном унапређивању правне струке и развијању највиших моралних вриједности, правне етике и правне културе.

Часопис објављује чланке научног и стручног карактера из свих области права, те теоријска истраживања и студије из упоредног права и нашег права, као и материјале са научних, стручних и консултантских јавних расправа и других скупова правника. Часопис ће објављивати реферате, саопштења и дискусије са традиционалног савјетовања „Октобарски правнички дани“, под називом „Изградња и функционисање правног система“. У њему ће бити поклоњена пажња свему ономе што се збива у нашем правном животу и друштву у цјелини, а што доприноси стварању владавине права и модерне правне државе и изграђивању и нормалном функционисању нашег правног система. На његовим странама објављују се и одабране одлуке из судске, управне и арбитражне праксе, осврти и прикази нових књига из правне књижевности, као и разноврсни прилози из свакодневне правничке праксе.

Као гласило Удружења правника Републике Српске, часопис прати дјеловање правничке организације и о њој обавјештава читаоце и укупну јавност.

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Бранко Мораит ОПУС АКАДЕМИКА ПРОФ. ДР СЛОБОДАНА ПЕРОВИЋА – ЗАЛОГА ЗА БУДУЋНОСТ ТЕОРИЈЕ И ЗАКОНОДАВСТВА ПРАВЕДНОГ ПРАВА	13
Prof. dr Duško Medić NOVINE U STVARNOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE	23
Dr. sc. DRAGAN BOLANČA SUDAR BRODOVA (USPOREDBA BOSANSKONERCEGOVAČKOG I HRVATSKOG PLOVIDBENOG ZAKONODAVSTVA)	47
Др Илија Бабић КАУЗА, МОТИВ И ПРАВНИ ОСНОВ	61
Prof. dr. sc. Silvija Petrić CHF I HRK/CHF KREDITI U PRAKSI HRVATSKIH SUDOVA	77
Prof. dr. Abedin Bikić НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УГОВОРА У КОРИСТ ТРЕЋЕГ ЛИЦА	99
Проф. др Владимир Чоловић КЛАУЗУЛЕ КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ОСИГУРАВАЧА	111
Др Гордана Станковић ПРОЦЕСНОПРАВНА СУКЦЕСИЈА	129
Dr Ranka Račić NOTARSKA IZVRŠNA ISPRAVA	141

Родна Живковска, Тина Пржеска УПОРЕДНОПРАВНА АНАЛИЗА ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА	157
Prof. dr. Genc Trnavci NOVA DEŠAVANJA – „STARA PRIČA“ U RJEŠAVANJU SPOROVA PO VALUTNIM KLAUZULAMA INDEKSIRANIM U ŠVICARSKIM FRANCIMA U BIH I U REGIONU .	175
Проф. др Дарко Радић СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ СУПРУЖНИКА	205
Prof. dr Slobodan Stanišić ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG USKRAĆIVANJA NEOPHODNE POMOĆI	225
Проф. др Раденко Јотановић СТИЦАЊЕ ЗАКОНСКЕ ХИПОТЕКЕ НА ОСНОВУ НАЧЕЛА ПОУЗДАЊА У ЈАВНУ ЕВИДЕНЦИЈУ НЕПОКРЕТНОСТИ	235
Предраг Трифуновић КОНВЕРЗИЈА УГОВОРА са посебним освртом на „швајцарце“	253
Доц. др Срђан Радуловић (ПРЕ)ФОРМУЛАЦИЈА ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА	267
Доц. др Новак Крстић Асист. др Тамара Ђурђић ТАЧКЕ РАЗГРАНИЧЕЊА ИЗМЕЂУ УГОВОРА О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА И <i>PATTO DI FAMIGLIA</i>	281
Доц. др Јелена С. Миленковић ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ У ГРАЂАНСКИМ СПОРОВИМА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	301

Никола Алексић
ИНСТИТУТ ОДГОВОРНОСТИ ЗА НЕМАТЕРИЈАЛНУ
ШТЕТУ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ШТЕТУ НАСТАЛУ
У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 323

Dr sc. Belma Bajrić
FORMA UGOVORA O
OSIGURANJU IMOVINE 341

Doc. dr. sc. Arif Nanić
Anes Nanić, BA prava
HIPOTEKA I REALIZACIJA HIPOTEKE
U SUDSKOM IZVRŠNOM POSTUPKU 351

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Мирко Васиљевић
ПРЕДЛОГ РЕГУЛИСАЊА НОВИХ
ПРАВНИХ ФОРМИ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА 381

Др Дијана Марковић Бајаловић
БАЛАНСИРАЊЕ ИНТЕРЕСА ПОВЕРИЛАЦА
И ВЛАСНИКА КАПИТАЛА У ПОСТУПКУ
РЕСТРУКТУРИРАЊА И РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ 397

Др Мирјана Кнежевић
ЈАЧАЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ УЧЕСНИКА НА
ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ КРОЗ ДОНОШЕЊЕ
ЗАКОНА О ФИНАНСИЈСКОМ ОБЕЗБЕЂЕЊУ 421

Мр Драган Балтић
ОГРАНИЧЕЊА У ПОГЛЕДУ ОБУСТАВЕ ПРУЖАЊА
УСЛУГА ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ
ИНТЕРЕСА И ЗАШТИТА СОЦИЈАЛНО
УГРОЖЕНИХ ПОТРОШАЧА 435

Dr sc. Katica Tomić
INSURTECH DRUŠTVA I INDUSTRIJA OSIGURANJA 453

Виши асистент Ђорђе Перишић, мр
НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ОСНИВАЊЕМ
ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ
У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 467

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др Витомир Поповић
Дејан Пилиповић, мр
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ НА МЕЂУНАРОДНОМ
ПЛАНУ ПРОУЗРОКОВАНУ НАТО БОМБАРДОВАЊЕМ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 487

Проф. др Јелена С. Перовић Вујачић
СЕДИШТЕ АРБИТРАЖЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ
ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ 509

Akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović
JUDICIJALIZACIJA MEĐUNARODNIH
INVESTICIONIH ARBITRAŽA 525

Проф. др Драган Батавељић
Академик проф. др Митар Лутовац
ПРАВО НА ИСТИНУ ЗА ГРАЂАНЕ
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 541

Академик, проф. др Борис Кривокапић
УЛОГА НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА ДРЖАВА
У МИРНОМ РЕШАВАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА 565

Проф. др Александар Ћирић
ПРАВНА РЕГУЛАТИВА ЈАВНО-ПРИВАТНОГ
ПАРТНЕРСТВА (ЈПП) 581

Prof. dr Predrag Cvetković TEORIJA IGARA I MEĐUNARODNO TRGOVINSKO PRAVO: POLAZNA RAZMATRANJA	597
Проф. др Љиљана Мијовић НЕКЕ ОД КАРАКТЕРИСТИКА ПОСТУПКА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА	617
Проф. др Славко Ђорђевић ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ	635
Др Јелена Ђеранић Перишић КА РЕФОРМИ РЕЖИМА ОДГОВОРНОСТИ ИНТЕРНЕТ ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ ЖИГА – ПРЕДМЕТ GUCCI V. ALIBABA	651
Мр Радмила Драгишић ПОЛОЖАЈ, СТРУКТУРА И ОРГАНИЗАЦИЈА СУДА ПРАВДЕ У МОНТАН УНИЈИ И РИМСКИМ УГОВОРИМА	669

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

**ОПУС АКАДЕМИКА ПРОФ. ДР СЛОБОДАНА ПЕРОВИЋА
– ЗАЛОГА ЗА БУДУЋНОСТ ТЕОРИЈЕ И ЗАКОНОДАВСТВА
ПРАВЕДНОГ ПРАВА**

Проф. др Бранко Мораит

***Апстракт:** Чланак посвећује дужно поштовање изузетном и неуморном раду академика проф. др Слободана Перовића на пољу развоја праведног права. Као оснивач, организатор и руководилац Школе природног права на Копаонику, током тридесет и једне године свог рада успио је да отвори врата бројним ауторима из свих крајева бивше југословенске заједнице, као и из иностранства. То је било могуће захваљујући шестоуглу природних права, која су се, према његовим речима, састојала од шест стубова: живота, слободе, интелектуалног стварања, државе у којој влада закон, правде и имовине. У овом чланку смо покушали да осветлимо и приближимо огроман допринос професора Слободана Перовића кодификацији грађанског права, од Закона о обавезама до Грађанског законика.*

***Кључне ријечи:** Грађански законик, правни принципи, кодификација, природни закон, правда.*

О прегалаштву професора Перовића

Дана 17. фебруара 2019. године напустио је овоземаљску заједницу племенити и уважени академик професор др Слободан К. Перовића.

Професор Перовић рођен је 1932. године. Дипломирао је на Правном факултету Универзитета у Београду 1956. године, на којем је и докторирао 1963. године. Током дугогодишње универзитетске каријере биран је у сва наставничка звања. Аутор је многих вриједних писаних дјела, уџбеника и монографија, чланака и др., како из облигационог права, тако и из сусједних области: грађанског права, компаративног права и филозофије права.

Био је предсједник Удружења правника Југославије, предсједник Савеза удружења правника Србије и Републике Српске, оснивач и водитељ Копаоничке школе природног права, предсједник Суда СЦГ и предсједник Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије. Бирао је у чланство словеначке, црногорске, и македонске академије наука, као и у АНУРС. Никада није био члан ниједне политичке партије.

Оно што остаје као задужбина његовим савременицима и поштованицима, јесте његов лик који је служио за примјер, јер је зрачио научном чашћу и непоколебљивом вјером у право и правну науку. Отуда његово цјелокупно дјело, стваралачки опус, сагледавамо у три димензије: научно-наставној, организаторско-саборној и кодификаторској.

Као дугогодишњи универзитетски професор облигационог права, како је с поносом истицао, остварио је највише научно-наставне стандарде у раду са студентима, постдипломцима, докторандима и постдокторандима. Служећи свом животном позиву објавио је и своје најбоље уџбеничко дјело *Облигационо право* (Београд, 1981, 792. стр., с предговором и регистром појмова). Ово капитално дјело обухвата: опште појмове и подјелу облигација, опште појмове и подјелу уговора, закључење уговора, дејства уговора, престанак уговора и поједине уговоре. Професорово *Облигационо право* и даље је престижан уџбеник како на додипломским тако и на постдипломским студијама и стални подсјетник свим нашим правницима. Упркос знатном обиму изложене грађе представља приступачан литерарни извор, због јасноће језика и љепоте стила излагања, тако да остаје непревазиђен образац за сваког будућег правног писца.

Међу професоровим монографским дјелима издваја се студија: *Ретроактивност закона и других опитних аката – теорија сукоба закона у времену*. Овом научном монографијом професор Перовић је поставио темеље једној цјеловитој теорији сукоба закона у времену, чиме је попунио празнину у југословенској правној теорији која, до појаве овог дјела, није на одговарајући начин пратила рјешења у законодавству и пракси.

Најзад, професор Перовић је дао огроман допринос реafirмацији дјела класика југословенског права, као предсједник уређивачког одбора истоимене едиције у издању „Службеног листа СРЈ“, откривши нам своје богатство мисли почивших правних теоретичара, као што су били Лазар Марковић, Живојин Перић и др.

На пољу кодификаторског рада професор Перовић дао је немјерљив допринос приликом доношења југословенског Закона о облигационим односима из 1978. године, као наставак сарадње са професором др Михаилом

Константиновићем, чија је Скица за законик о облигацијама и уговорима послужила као темељ Закон о облигационим односима и коју је, до последњег дана, бранио и поштовао и настојао да реafirмише приликом израде Преднацрта Грађанског законика Републике Србије као књигу о облигацијама. Закон о облигационим односима, са предговором професора Перовића и регистром појмова, који је објављен у више десетина издања, са измјенама и допунама, био је и остао незаобилазан приручник свих правника на бившим југословенским подручјима за тумачење и примјену правила облигационог права. Као круну кодификаторског рада, на подручју грађанског права, професор Перовић је оставио завршен пројекат Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чије усвајање, од стране законодавних органа Републике Србије, нажалост није дочекао.

На подручју које смо означили као организационо-саборно поље дјеловања професора Перовића горостасна је његова Копаоничка школа природног права. Покренувши ову школу 1987. године, окренуо се плодносној, правно-филозофској екскурзији, изабравши филозофију природног права као правно-филозофски метод за критичко сагледавање правога стања нашег позитивног права. Професорова замисао је прихваћена и остварена кроз све досадашње сусрете хиљада правника из свих крајева бивше Југославије, данашњег региона и свијета на врху величанствене планине Копаоника у периоду од 13. до 17. децембра сваке године, тако да се, за живота оснивача и водитеља ове школе навршила 31. година успјешног рада и дјеловања Копаоничке школе природног права. Цјелокупно дјеловање Школе професор Перовић је издијелио према хексагону, који се састојао од природно-правних вриједности: права, живота, правде, људскости, слободе и имовине. Сваке године професор Перовић је отварао Сусрете Школе, претходно одредивши оквирну тему Сусрета, а сам рад школе је отварао на пленарном засједању, у присуству више хиљада учесника Школе, својом ненадмашном, надахнутом, наизуст изговореном бесједом, коју су слушаоци, сваки пут изнова, са дивљењем и одобравањем одушевљено поздрављали. Све своје бесједе изговарао је без папира у једном даху. Својим инспиративним дјеловањем професор Перовић је покренуо једну живу школу мишљења која је била драгоцјен и неочекиван отклон од свакодневне владавине егзегезе, бирократске примјене позитивног права. Неуморно је истицао да није сагласно са добрим и праведним да се једним законом дерогирају сви закони једне државе и да на мјесто друштвене својине и политичких установа, невјешто заогрнутих плаштом правних института, мора доћи до реafirмације основних правних вриједности грађанског права – својине и уговора. Копаоничка

школа се, упркос враћању својине и уговора, и даље суочавала са негативним последицама које је донијела транзиција, приватизација и корупција и наставила своје критичко дјеловање с позиција филозофије природног права. Копаоничка школа природног права професора Перовића постала је линија одбране одлучно супротстављена промашеним реформама на нашим правним факултетима „примата праксе без теорије“, школовања „извршилаца“, а не свестрано образованих правника са озбиљном правно-филозофском обуком. Професор Перовић је страсно и неуморно заговарао примат правне науке као „организоване сумње“ коју могу слиједити само свестрано образовани правници са критичким потенцијалом, свијешћу и савјешћу, а не политички изабраници, прости „извршиоци“ правничких радова.

Кодификаторски радови професора Слободана Перовића

У историји кодификовања југословенског облигационог права најзначајније мјесто припада двојници великана, проф. др Михаилу Константиновићу и академику проф. др Слободану Перовићу.¹ Како је назначио професор Перовић у свом предговору уз Закон о облигационим односима,² који објашњава основну концепцију Закона о облигационим односима, кодификација увеличава богатство правне заједнице, шири хоризонте унутрашњег права, тежи проналажењу заједничке тачке једног наднационалног права, учвршћује изграђене односе преко кохерентне правне цјелине, доприносићи успостављању и поштовању начела правне сигурности, али да истовремено подстиче еволуцију права.³ Начело правне сигурности, употпуњено неспутаном и нужном еволуцијом права, јесте „околност о којој свака успјешна кодификација мора водити рачуна“.⁴ Рад на кодификовању југословенског имовинског права професор Перовић, у наведеном предговору, прати од 1951. године, када је израђен Нацрт закона о накнади штете, преко *Скице за законик о облигацијама и уговорима* професора Константиновића, затим публикованог зборника радова са савјетовања под заједничким насловом *Садржина*

¹ У даљем тексту: професор Перовић.

² Написан маја 1978. године и објављиван уз Закон о облигационим односима, од првог до седмог издања.

³ Према: Закон о облигационим односима, с регистром појмова, дванаесто, измењено и допуњено издање, с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, ЈП „Службени лист СРЈ“, Београд, 2001, 4.

⁴ Ibid.

Законика о облигацијама као дела цивилног кодекса⁵ од стране Заједничке комисије свих вијећа Савезне скупштине, преко израде два нацрта [1973. и 1974. године, Приједлога (марта 1974. године), нацрта од 1975. и 1976, до Приједлога закона о облигационим односима (децембра 1977. године)], који је Савезно вијеће Скупштине СФРЈ усвојило 30. марта 1978. године и који је ступио на снагу 1. октобра 1978. године.⁶

Професор Перовић сматрао је да се нормирањем начела Закон о облигационим односима везао за оне напоре да се „чврста“, односно „крута“ правна норма ублажи и коригује извјесним правилима и критеријумима, као што су, правичност, савјесност и поштење, морал и добри обичаји.⁷

Важан је допринос професора Перовића Измјенама и допунама Закона о облигационим односима од 16. јуна 1993. године, које је назвао, „ослобођење Закона од политичко-идеолошке терминологије“.⁸ То професор Перовић образлаже тиме да је Закон о облигационим односима садржавао у одредбама чл. 3–9, начела која у била израз идеолошко-политичких флоскула свога времена, као што је несвојински концепт друштвене својине, самоуправно споразумијевање и договарање, друштвено планирање, сарадња друштвених правних лица и јединства југословенског тржишта. Овај читав идеолошко-политички композит, накалемљен је на одредбе *Скице* професора Константиновића, што је у кондензованом облику наведено у члану 1. Циљ и садржај закона.⁹ Из тих разлога су одредбе чл. 1, 3–9. Закона брисане Измјенама и допунама Закона о облигационим односима од 16. јуна 1993. године, чији је редактор био професор Слободан Перовић.

Подвижништво Копаоничке школе природног права

Копаоничка школа природног права, настала под окриљем Удружења правника Србије, 1987. године, као Школа цивилног права, у личности про-

⁵ Загреб, јануара 1970. године.

⁶ Закон о облигационим односима, с регистром појмова, дванаесто, измењено и допуњено издање с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, оп. цит., 6.

⁷ Ibid., 72.

⁸ Ibid., 97.

⁹ „Ради стварања услова за слободан промет робе и вршење услуга на јединственом југословенском тржишту у условима социјалистичке робне производње и за задовољавање материјалних и других потреба радних људи и грађана, као и ради обезбеђивања одговорности организација удруженог рада и других учесника у правном промету за извршавање њихових обавеза, а тиме и за остваривање и за развој социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа, овим законом уређују се основи облигационих односа (општи део) и уговорни и други облигациони односи у области промета робе и услуга.“

фесора Перовића имала је свог великог инспиратора и неуморног прегаоца. Сваки сусрет започињао је инспиративном бесједом о основној теми сусрета која је давала тон петодневном раду по катедрама и у пленуму. Мото је био да Школа, путем универзалних вриједности, врати вјеру у оно право чији је смисао да служи правди, а не вољи и самовољи владајуће класе.¹⁰ Школа је, по ријечима професора Перовића, поставила свој „научни титулус“ као брану од агресија од егзегезе и апологетике права као израза револуционарне свијести.¹¹ То је значило да се дјелатност Школе одбрани од правног позитивизма који смисао права налази у интерпретацији законских параграфа и у апологији права као воље владајуће класе коју штити држава као апарат физичког насиља.¹² Школа је имала да отвори пут објашњењу феномена права путем филозофије природног права и да отвори врата самосвјесној, слободној, научној и стручној мисли.¹³ За наше излагање посебан значај има бесједа из 1993. – „Моћ и немоћ уговора“.¹⁴ Снагу уговора видио је у његовом извршењу, односно, када је у питању уговор, све зависи од његовог извршења.¹⁵ Професор Перовић је надахнуто истицао да је уговор синтеза два културна добра: права и морала, и да појединачна воља може да се рашири све док не повриједи општа правила и општа добра друштва у којем је настала и у којем настоји да се реализује.¹⁶

О установи јавног поретка речено је како је то скуп принципа једне правно организоване заједнице, исказаних кроз одређена правна и морална правила које уговарачи морају поштовати у односу на предмет и каузу уговорне обавезе.¹⁷ Када говори о моралној трипартицији права, указује на еволуцију од принципа одмазде – учини зло, преко принципа хришћанске цивилизације – не учини зло, до савременог права, надахнуто рационалном концепцијом природног права уграђеном у међународне документе људских права које наређује – учини добро.¹⁸ Од посебног значаја је Двадесет шести сусрет Копачичке школе природног права, посвећен општој годишњој теми „Право и достојанство“. Достојанство се одређује

¹⁰ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2017, 8.

¹¹ Ibid., 9.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., 81.

¹⁵ Ibid., 87.

¹⁶ Ibid., 89.

¹⁷ Ibid., 93.

¹⁸ Ibid., 173.

као „свеобухватна установа људских врлина“ која са слободом чини јединствену цјелину људскости, јер једно без другог не иде. Достојанство нема цијену, оно је изван промета, узвишеније је од сваке цијене, не одговара му никакав еквивалент, а човјек губи достојанство ако га прода или ако не поштује достојанство другог човјека.¹⁹ На крају, професор Перовић поручује да је достојанство основно право личности.²⁰

Двадесет седми сусрет Копаоничке школе природног права посвећен је општој годишњој теми „Право и начело савесности и поштења“. Професор Перовић је у пригодној беседи дефинисао савесност и поштење као људску врлину која омогућава субјективну процјену шта је добро а шта лоше понашање, на основу важећих стандарда свога времена и простора заштићених нормама природног и позитивног права.²¹ Начело савјесности и поштења најдрастичније се крши понашањем када се одређено субјективно право врши противно његовој сврси, што је означено као злоупотреба права.²² Најзад, посебан значај током читавог трајања Копаоничке школе природног права, професор Перовић је посветио слободи, као природном праву човјека да својим вољним радњама обавља своје дјелатности не вријеђајући праведну општу норму нити једнаку слободу других људи.²³ Општи појам слободе сматра у органској цјелини с аутономијом личности.²⁴

Сви поменути и непоменути сусрети Копаоничке школе природног права, резултирали су настанком Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (2015), „који врлину правде и достојанства поставља на предсједавајуће мјесто“.²⁵ Припреме за овај замашан подухват вршене су у окриљу сусрета Копаоничке школе природног права, што се види из завршних докумената (2002–2014).²⁶ Преднацрту, као што је случај и са Законом о облигационим односима, предсједавају одредбе које прожимају цијели Законик. Циљ Законика је да се сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима и да свим својим одредбама Законик тежи остварењу врлине правде. Осим тога, Законик прокламује једнаку законску заштиту цјелокупности људских права у свим областима које су

¹⁹ Ibid., 936.

²⁰ Ibid., 1018.

²¹ Ibid., 978.

²² Ibid., 999.

²³ Ibid., 1010.

²⁴ Ibid., 1009.

²⁵ Ibid., 1021.

²⁶ Ibid.

предмет његова регулисања, без дискриминације у погледу разлика расе, боје, пола, језика, вјероисповијести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног поријекла, имовине, рођења или других околности.²⁷ Преамбула истиче основну оријентацију Законика, остварење и јачање владавине праведног права, јер је правда темељ Школе природног права.²⁸ Као начела Законика, професор Перовић истиче: начело савјесности и поштења, начело аутономије воље, начело забране злоупотребе права, начело забране проузроковања штете.²⁹ Посебан значај професор Перовић придаје правној сигурности, неопходној за остварење правде као један елеменат правне државе који осигурава да једно право не може за тили час постати неправо, што је онда негација владавине права.³⁰

Резиме

Академик проф. др Слободан Перовић био је оснивач и водитељ Копаоничке школе природног права и идејни творац Хексагона природних права, као заштитног знака и симбола Школе. Кроз неуморно, тридесетједногодишње предсједавање Школи, одржао је исти број незаборавних усмених бесједа, које су биле најљепши узлети правничке реторике. У читавом свом радном опусу слиједио је идеју правде. Да би је оживотворио, у условима владавине воље владајуће класе и самовоље законодаваца, афирмисао је метод Школе природног права као основу научне критике неправедног права. Упоредо са наставно-научном дјелатношћу, ширио је значај и ауторитет Школе, како у земљи тако и далеко ван граница јужнословенских простора. Преко највиших домета теоријске мисли лако је прелазео на кодификаторску дјелатност, у којој је постигао завидне резултате. Неуморно радећи и дјелујући, почев од доношења југословенског Закона о облигационим односима, каснијих измјена и допуна које су га ослободиле од идеолошко-политичких појмова, до финализације Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, који је у завршној фази очекиваног доношења од стране надлежних законодавних тијела, професор Слободан Перовић дао је немјерљив допринос изградњи праведног права.

²⁷ Ibid., 1026.

²⁸ Ibid., 1027.

²⁹ Ibid., 1027–1030.

³⁰ Ibid., 1058.

**ACADEMICIAN PROF. DR. SLOBODAN PEROVIĆ'S BODY OF
WORK PLEDGE FOR THE FUTURE
THE JUST LAW THEORY AND LEGISLATION**

Prof. Dr. Branko Morait

Abstract

The Article pays due respect to the exceptional and tireless work of Academician Prof. Dr. Slobodan Perović in the field of just law development. As the founder, organizer and manager of the Kopaonik School of Natural Law, in the course of thirty-one years of his work he succeeded in opening doors to numerous authors from all corners of the former Yugoslav community as well as from abroad. This was possible thanks to the hexagon of natural rights, which according to him consisted of six pillars: life, freedom, intellection creation, state ruled by law, justice and property. In this article we tried to shed more light on and bring closer Professor Slobodan Perović's huge contribution to the codification of civil law, from the Law of Obligations to the Civil Code.

Key words: *Civil Code, legal principles, codification, natural law, justice*

NOVINE U STVARNOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Prof. dr Duško Medić*

***Apstrakt:** Donošenjem Zakona o stvarnim pravima u Republici Srpskoj izvršena je kodifikacija stvarnog prava i definitivno ukidanje socijalističkih svojinskih odnosa. Novo stvarnopravno uređenje donijelo je korjenite promjene i stvorilo zakonski okvir za nove odnose u uslovima tržišne ekonomije. U radu se analiziraju neke od novina koje su propisane u osnovnim i prelaznim odredbama, te odredbama koje propisuju predmet i sadržaj stvarnih prava i prava stranih lica. Ove novine imaju dalekosežne posljedice po mnoge institute stvarnog prava.*

***Ključne riječi:** stvarno pravo, reforma, jednovrsnost prava svojine i pravnih subjekata, načelo superficies solo cedit, pravno jedinstvo nepokretnosti.*

Uvod

Donošenjem Zakona o stvarnim pravima (ZSP)¹ u Republici Srpskoj je izvršena kodifikacija stvarnog prava² i definitivno ukidanje socijalističkih svo-

* Sudija Ustavnog suda Republike Srpske

¹ „Službeni glasnik RS“ br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15.

² Izraz kodifikacija potiče od latinske riječi *codex* koja označava knjigu, pravni zbornik, zbornik zakona, zakonik. Kodifikacija je zakonski akt (ili više akata) koji potpuno i sveobuhvatno reguliše sva važnija pitanja jedne pravne oblasti. Određena oblast može biti uređena sa više zakona koji predstavljaju kodifikaciju ili sa jednim zakonom, što predstavlja kodifikaciju u užem smislu. Prednosti kodifikacije donošenjem jednog zakonika su u sistematizovanju normi rasutih po mnogobrojnim zakonima i drugim izvorima prava u jedinstven zakonik. Time se postiže usklađenost normi i popunjavanje pravnih praznina. U Republici Srpskoj, osim ZSP-a, postoje i drugi (manje značajni) zakoni koji uređuju određena pitanja iz stvarnog prava. Međutim, ZSP je temeljni zakon, *lex generalis* koji reguliše sva bitna pitanja iz ove oblasti, pa se slobodno može reći da je njegovim donošenjem izvršena kodifikacija stvarnog prava na ovim prostorima.

jinskih odnosa.³ Ustavni osnov za njegovo donošenje utvrđen je u Amandmanu XXXII tačka 6 na Ustav Republike Srpske, kojim je propisano da Republika uređuje i obezbjeđuje svojinske i obligacione odnose i zaštitu svih oblika svojine.⁴ Ovaj zakon sadrži brojne novine u odnosu na raniji Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) iz 1980. godine.⁵ One su uslovljene suštinskim promjenama u društveno-ekonomskim odnosima, prelasku od centralizovane, planske ka tržišnoj privredi, a posebno ukidanjem do tada dominantne društvene svojine.⁶ Novi pravni, tržišni i politički ambijent uslovio je potrebu za regulisanjem mnogih pitanja koja uopšte nisu bila uređena⁷ ili su pak bila uređena neadekvatno. Osnovna namjera zakonodavca bila je da se pravni poredak Republike Srpske u ovoj oblasti vrati u kontinentalnoevropski pravni krug, gdje građansko (privatno) pravo zauzima centralno mjesto. Da bi se to postiglo, bilo je potrebno vratiti se tradicionalnim institutima i sadržajima, imajući pri tome u vidu evropske pravne standarde.⁸ Javnopravni segmenti tog poretka, koji su u socijalizmu bili dominantni,⁹ trebalo je da svoje mjesto prepuste građansko-pravnim i služe kao njihov nužni korektiv. No, tranzicija stvarnopravnog uređenja primjerenog tržišnoj privredi je težak i dugotrajan proces. Ona zahtijeva bitne promjene ne samo u stvarnopravnim odnosima, već i u drugim odnosima u društvu. Sigurno je da će na tom putu biti dosta prepreka i problema.¹⁰ Zbog

³ Prije donošenja ZSP-a za materiju stvarnog prava posebno značajno je bilo donošenje zakona koji su regulisali registarsku zalogu, zemljišnoknjižno pravo i oblast građevinskog zemljišta.

Takođe, za ovu oblast su interesantne i odredbe Porodičnog zakona Republike Srpske („Službeni list RS“ br. 54/02 i 41/08) koje propisuju pravila za rješavanje imovinskih odnosa između bračnih supružnika i lica iz vanbračne zajednice, te roditelja i djece – članovi 269–288.

Vid. D. Radić, *Imovinski odnosi u braku*, Banja Luka, 2016.

⁴ U BiH su entiteti i Brčko distrikt BiH nadležni za regulisanje stvarnog prava. U Brčko distriktu BiH stvarno pravo regulisano je Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ br. 11/01, 8/03, 40/04 i 21/05), a u Federaciji BiH Zakonom o stvarnim pravima („Službene novine Federacije BiH“ br. 67/13 i 102/13).

⁵ ZOSPO bivše SFRJ („Službeni list SFRJ“ br. 6/80 i 36/90) sadržavao je samo 90 članova, jer je u nadležnosti savezne države bilo samo regulisanje osnova svojinsko-pravnih odnosa (član 281 tač. 4 Ustava SFRJ iz 1974. godine). Sadržaj ovog zakona odudarao je od kontinentalnoevropske pravne tradicije.

⁶ O tome: N. Kovačević, *Zakon o stvarnim pravima u Republici Srpskoj*, ZIPS, br. 1166/09, str. 13–18.

⁷ Zakonima se ne regulišu samo postojeći odnosi, već se uređuju i odnosi čije se nastajanje tek očekuje.

⁸ Život dugo izgrađuje institute stvarnog prava, a kontinentalno pravo svoj izvor ima u rimskom pravu.

⁹ Vid. N. Gavella, „Stvarnopravno uređenje u SFRJ u odnosu privatnoga i javnoga“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 953–965.

¹⁰ Donošenju ZSP-a trebalo je da prethode propisi o restituciji. Nema sumnje da protekom vremena osnov za restituciju postaje sve uži. Zbog toga će eventualno buduće vraćanje ranije oduzete imovine kao ispravka istorijske nepravde biti suočeno sa brojnim problemima. Inače, u Republici Srpskoj su još 1996. godine bili doneseni zakoni iz ove oblasti (Zakon o vraćanju oduzetog zemljišta i Zakon o vraćanju oduzetih nepokretnosti). Ti zakoni su stupili na snagu i počela je njihova primjena. Oni su

toga u provođenju ovog procesa treba biti uporan i dosljedan, jer će samo tako ova tranzicija biti uspješno provedena i usklađena sa ustavnim poretkom i željama i potrebama svih građana.

Novo stvarnopravno uređenje donijelo je korjenite promjene i stvorilo zakonski okvir za nove odnose u uslovima tržišne ekonomije. Kao što smo već istakli, ZSP je donio mnogo novina u odnosu na ranije propise. U radu ćemo analizirati neke od novina koje su propisane u osnovnim i prelaznim odredbama, te odredbama koje propisuju predmet i sadržaj stvarnih prava i prava stranih lica. Ove novine imaju dalekosežne posljedice po mnoge institute stvarnog prava. U njima su izražena suštinska opredjeljenja reforme stvarnog prava u Republici Srpskoj.

Jednvrstnost prava svojine i pravnih subjekata, predmet i sadržaj stvarnih prava, opšta i javna dobra i dobra od opšteg interesa, novi pojam nepokretnosti, načelo *superficies solo cedit*, pravno jedinstvo nepokretnosti, prava stranih lica

Novo stvarno pravo koncipirano je na individualističkom modelu, nema više nejednakosti pravnih subjekata i njihovih prava, uklonjen je dotadašnji dualizam pripadanja stvarima, fragmentacija prava svojine i njen kolektivistički model. Pravo svojine je dominantno subjektivno građansko pravo koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njom raspolaže, a svakoga od tog prava isključuje u granicama određenim zakonom.¹¹ Sva tri navedena prava čine sadržinu prava svojine. Predmet prava svojine je individualno određena nepokretna ili pokretna stvar, osim onih koje nisu za to podobne ili je zakonom drukčije određeno.¹² Načelna opredjeljenja zakona u ovom dijelu su garancija prava svojine, jednvrstnost prava svojine i pravnih subjekata i socijalna vezanost prava svojine. Jedna od suštinskih novina je da je uspostavljena jednvrstnost prava svojine, bez obzira na titulara.¹³ Jednvrstnost

stavljene van snage 2000. godine donošenjem Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, kojim je bilo riješeno pitanje restitucije svih oduzetih stvari i prava. Međutim, ovaj zakon je stavljen van snage odlukom tadašnjeg visokog predstavnika za BiH, g. V. Petriča, sa obrazloženjem da ta oblast mora biti uređena jedinstveno za čitavu državu. Zakonom o građevinskom zemljištu samo je u većem dijelu izvršena denacionalizacija gradskog građevinskog zemljišta.

¹¹ Član 17 st. 1 ZSP-a.

Prema članu 1015 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, „kažeš li o kakvoj stvari da je moja, to je najviše što kazati možeš“.

¹² Član 6 st. 1 ZSP-a.

¹³ Član 3 st. 2 ZSP-a. Ovu odredbu treba posmatrati u vezi sa prelaznim odredbama o uspostavljanju

prava svojine znači da postoji samo jedna vrsta prava svojine.¹⁴ Ovo je jedna od najvažnijih reformskih odredaba. Pravo svojine je jedno i treba da bude podvrgnuto istim pravilima bez obzira na titulara. Radi potpune uspostave jednovrsnosti prava svojine prelazne odredbe zakona uredile su pretvaranje društvene svojine u pravo svojine. Bilo je nužno pravo upravljanja, korišćenja i raspolaganja pretvoriti u pravo svojine na tim stvarima. Svojina nije neograničeno pravo. To je samo najviša pravna vlast koja može postojati na nekoj stvari. U zakonu nedostaje odredba da svojina obavezuje, ali je na neki način kompenzuj u odredbe o ograničenju stvarnih prava, a posebno svojine,¹⁵ i zabrani zloupotrebe prava.¹⁶ Pravo svojine i druga stvarna prava mogu se protiv volje vlasnika oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu sa principima međunarodnog prava. ZSP je usvojio objektivnu teoriju zloupotrebe stvarnih prava. Zabranjeno je vršenje prava suprotno cilju zbog kojeg su ta prava ustanovljena ili priznata. Socijalna vezanost svojine kao najpotpunijeg stvarnog prava ograničava izvršavanje ovog prava. Vlasnik ima obavezu da korišćenjem svoje stvari povećava bogatstvo u društvenoj zajednici odnosno da doprinosi opštem dobru. U socijalnoj državi, koja se zasniva na vla-

jednovrsnosti prava svojine (v. član 324).

Vid. E. Hašić, L. Velić, G. Nezirović, I. Velić i H. Tajić, *Praktikum za stvarna prava*, I dio, Sarajevo, 2015, str. 14.

Osim što je jednovrsno, važno je istaći i da je pravo svojine, pored ostalog, i jedinstveno. Jedinственost se očituje u pogledu sadržaja i u pogledu subjekta ovog prava. Sadržaj prava svojine je jedinstvena cjelina. Tipična ovlašćenja u sadržaju prava svojine su, kao što smo naveli, držanje, korišćenje i raspolaganje. Ovaj sadržaj nije moguće dijeliti. Nijedno od tih ovlašćenja se ne može osamostaliti odnosno izdvojiti iz sadržaja prava svojine na način da postoji kao samostalno subjektivno pravo. Naravno, ovo ne znači da vlasnik ne može u pogledu predmeta svog prava svojine osnovati za drugo lice neka subjektivna prava koja do tada nisu postojala, čiji bi sadržaj bio identičan sa nekim od vlasničkih ovlašćenja. No, na taj način on nije prenio na to lice neko od svojih vlasničkih ovlašćenja, nije ih izdvojio iz prava svojine, već je osnovao novo (ograničeno) stvarno pravo koje do tada nije postojalo. Vlasnikovo pravo svojine je ostalo isto i ono traje i dalje u svom jedinstvenom, uvijek istom sadržaju. On samo to pravo ne smije da izvršava na način kojim bi vrijeđao pravo drugog lica na njegovoj stvari, dok to pravo postoji. Time se sprečava izvršavanje onih ovlašćenja vlasnika koje su u suprotnosti sa sadržajem prava ovog lica. Kada pravo tog lica prestane, vlasnikovo pravo svojine ponovo ima isti, prvobitni obim (elastičnost – rekadentnost prava svojine). Pravo svojine je jedinstveno i u pogledu subjekta, jer je skup vlasničkih ovlašćenja vezan za jednog subjekta. Kod susvojine i zajedničke svojine suvlasnici i zajedničari se smatraju kao jedno lice i između njih se svojina ne dijeli po sadržaju odnosno po pojedinim ovlašćenjima.

Prema angloameričkoj koncepciji, s obzirom na njeno porijeklo iz feudalnog prava, svojina je podijeljeno pravo u smislu funkcionalnog cijepanja ovlašćenja koja sadrži prema mogućnosti njihovog pripadanja različitim titularima. Stoga u ovom pravnom sistemu postoje razni oblici svojine na istoj stvari, pa nema ograničenih stvarnih prava kontinentalnog tipa, jer se ova prava tretiraju kao jedna vrsta svojine.

¹⁴ Feudalni pravni sistemi su poznavali više vrsta prava svojine. Oni su omogućavali da na istoj stvari za jedno lice postoji viša svojina (vrhovna), a za drugo niža, drukčijeg sadržaja (koristovna).

¹⁵ Član 2 ZSP-a.

¹⁶ Član 4 ZSP-a.

davini prava, individualni interesi ne uživaju bezuslovnu prednost u odnosu na opšte interese. Svojina ne utiče samo na interese vlasnika nego ona ima uticaja i na interese drugih koji su upućeni na tu stvar. Stoga pravo svojine podliježe raznim ograničenjima koja mogu biti građanskopravnog i javnopravnog karaktera.¹⁷ Naravno, ograničenja prava svojine moraju biti u granicama garancija koje daju ustavne norme i Prvi protokol uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Naše ranije pravno uređenje s jedne strane je razlikovalo pravo svojine, a sa druge strane društvenu svojinu sa više vrsta specifičnih prava kojima je dat značaj samostalnih prava. Ta prava su postojala kao surogat svojinskih ovlašćenja. Društvena svojina kao fenomen svojinskih odnosa u socijalističkom pravnom sistemu¹⁸ bila je negacija svojine i potpuna suprotnost privatnoj. Ustavne reforme iz 1971. i 1974. godine u bivšoj državi su donijele suštinske promjene u koncepciji ove svojine.¹⁹ Vlasnički koncept društvene svojine pretvoren je u tzv. nevlasnički koncept²⁰ koji je bio uobličen u Zakonu o udruženom radu (ZUR).²¹ Društvena svojina je prestala biti pravna kategorija i smatrala se ekonomskom kategorijom. Predmeti u društvenoj svojini su izuzeti od redovnog svojinskog režima i podvrgnuti su posebnom javnopravnom režimu. Stvari u društvenoj svojini su bile “svačije i ničije” i služile su “udruženom radu” za zadovoljavanje opštih potreba građana. Dakle, one više nisu u građanskopravnom smislu pripadale nikome. Takvo regulisanje dovelo je do neefikasnosti društvene svojine i njene nedovoljne pravne zaštićenosti. Pravo raspolaganja je bio pravni institut koji je zamijenio prava upravljanja i korišćenja, a predstavljao je pravni osnov za obavljanje prometa društvenim sredstvima, odnosno pravo određenog društveno-pravnog lica da u pravnom prometu društvenim sredstvima sklapa pravne poslove u okviru svoje pravne sposobnosti.²² U procesu reforme stvarnopravnog uređenja trebalo je sva prava koja su bila imovinski izraz društvene svojine (pravo upravljanja, pravo korišćenja, pravo raspolaganja) pretvoriti u prava koja su primjerena novom stvarnopravnom uređenju, u skladu sa izmijenjenom koncepcijom prava svo-

¹⁷ O tome: N. Gavella, *Ograničenja prava vlasništva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 19, br. 2/98, str. 351–362.

¹⁸ Značenje ovog pojma se mijenjalo u zavisnosti od važećeg koncepta svojine.

¹⁹ Vid. M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 19–30.

²⁰ Vid. kritiku nevlasničkog koncepta društvene svojine kod: D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 390–397.

²¹ Službeni list SFRJ br. 53/76, 57/83, 85/87, 40/89.

²² Vid. D. Radonjić, *Pravno raspolaganje stvarima u društvenoj svojini*, Beograd, 1983.

jine.²³ Pravo svojine se dijelilo na lično, zadružno i privatno, a sadržaj tog prava na nekoj stvari se razlikovao od sadržaja na drugoj. Zbog toga je u reformi stvarnog prava bilo neophodno uvesti jednovrsnost prava svojine i ukloniti dotadašnji dualizam uređenja prava na stvarima da bi se vratili kontinentalnom pravnom krugu.

Došlo je i do izmjene pravnog statusa pravnih subjekata i pretvaranja tzv. društvenosvojinskih subjekata, koji su bili nosioci prava na društvenim sredstvima, u subjekte koji su sposobni biti nosioci prava svojine. Na taj način je nužno uspostavljena i jednovrsnost (jednakost) pravnih subjekata. Sada svako fizičko i pravno lice može biti nosilac prava svojine i drugih stvarnih prava.²⁴ Jednaka pravna sposobnost svih subjekata je temelj savremenih pravnih uređenja.

Svojina pravnih lica javnog prava često se naziva javna svojina.²⁵ Ona se kao složen svojinski oblik po svom predmetu i sadržaju ne razlikuje od svojine privatnopravnih subjekata. Sve stvari koje mogu biti objektom prava svojine mogu biti i u svojini pravnih lica javnog prava. Posebno je naglašeno da republika, jedinica lokalne samouprave, javno preduzeće, javna ustanova i druge javne službe kao nosioci prava svojine javnog prava imaju kao vlasnici u pravnim odnosima isti položaj kao i drugi vlasnici,²⁶ ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.²⁷ Jednak tretman javne i privatne svojine je bio neophodan. Dakle, položaj javnopravnih vlasnika se razlikuje od položaja privatnih samo ako je to posebnim zakonom nedvosmisleno određeno. Ovi subjekti se razlikuju od drugih vlasnika, jer vrše javnopravnu vlast (*imperium*). Ona omogućava da se ostvari javna svrha u obavljanju javnih djelatnosti i obezbje-

²³ Transformacija prava svojine ima centralnu ulogu u procesu ove reforme.

²⁴ Član 3 st. 1 ZSP-a.

²⁵ U Republici Srbiji Ustav iz 2006. godine je uveo pojam javne svojine, kao složeni oblik za državnu svojinu, svojinu autonomne pokrajine i svojinu jedinica lokalne samouprave. Kasnije je donesen i Zakon o javnoj svojini („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/11).

Vid. V. Lakićević i S. Lakićević Stojačić, „Javna svojina i promene u strukturi svojinskih odnosa“, u: *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 7–21; I. Babić, „Zaštita javne svojine“, u: *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 55–70; Lj. Slavnić, „Ustavni koncept javne svojine“, u: *Zlatiborski dani prava*, april 2010, str. 85–110; D. Lazarević, *Komentar Zakona o javnoj svojini*, Beograd, 2011; R. Jelić, *Javna svojina i srodni oblici*, Beograd, 2013.

O javnoj svojini u Republici Hrvatskoj v. T. Josipović, „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 95–153; M. Jelušić, „Javno vlasništvo u pravnom sustavu Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91), Split, 2009, str. 151–165.

²⁶ Ustav Republike Srpske (Ustav RS) u članu 54 propisuje da svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu.

²⁷ Član 22 st. 1 ZSP-a.

đu je javne interese. Niz propisa uređuju specifične pravne režime za pojedine stvari u javnoj svojini kao što su npr. šume i šumska zemljišta,²⁸ javno vodno dobro,²⁹ poljoprivredno zemljište,³⁰ građevinsko zemljište,³¹ itd. Ostvarivanje svojinskih ovlaštenja na tim stvarima podvrgnuto je nekad posebnim pravilima javnopravne prirode. Time se ugrožava jedinstvenost stvarnopravnog uređenja. Ona sa građanskopravnim uređenjem koegzistiraju u svojevrsnom „jedinstvu suprotnosti“.³² Norme građanskog prava ovdje djeluju ako određena pitanja nisu uređena pravilima posebnog uređenja. Smatramo da bi i te stvari trebalo što više podvrgnuti opštem stvarnopravnom režimu, a iznimke u pogledu njih propisati samo u izuzetnim slučajevima kada je to zaista neophodno potrebno.

ZSP sadrži i odredbe o opštim dobrima, javnim dobrima i dobrima u opštoj upotrebi koja imaju poseban pravni tretman.

Javna dobra su stvari koje su po zakonu namijenjene da služe svima pod jednakim uslovima (javni putevi, ulice, trgovi i sl.).³³ Ovaj pojam vuče svoju genezu iz rimskog prava (*res communes omnium*). Ta dobra služe ostvarivanju posebne vrste opšteg interesa, a to je zadovoljavanje opštih potreba građana.³⁴ Opšta upotreba je osnovni oblik korišćenja javnog dobra i njegova osnovna javna svrha. Ova dobra potpadaju pod poseban pravni režim upotrebe, raspolaganja i zaštite. Niko ne može onemogućavati ili ometati drugoga u korišćenju tog dobra ako se taj drugi njime služi na uobičajen način. Pravo je svih pripadnika društvene zajednice da ga koriste prema njegovoj namjeni kako bi time zadovoljili svoje potrebe. Osnovni razlog zbog kojeg je namjena nekog dobra određena kao javna jeste javni interes koji društvo ima po pitanju njegovog korišćenja.³⁵ Ova dobra su rezultat aktivnosti čovjeka i javni interes se izražava u tome što služe javnim svrhama. Ona su izuzeta iz građanskopravnog prometa i uživaju status vrlo sličan onome koji imaju *res extra commercium*.³⁶ Korišćenje takvog dobra treba ići u korist svih građa-

²⁸ Zakon o šumama, „Službeni glasnik RS“ br. 75/08 i 60/13.

²⁹ Zakon o vodama, „Službeni glasnik RS“ br. 50/06, 92/09, 121/12 i 74/17.

³⁰ Zakon o poljoprivrednom zemljištu, „Službeni glasnik RS“ br. 93/06, 86/07, 14/10 i 5/12.

³¹ Zakon o uređenju prostora i građenju („Službeni glasnik RS“ br. 40/13 i 106/15 (članovi 67–85)).

³² N. Gavella, „Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, No 5-6, prosinac 2012, str. 1451.

³³ Član 7 st. 2 ZSP-a.

³⁴ Vid. S. Pehar, *Pojam javnog dobra u teoriji i praksi*, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2011, str. 238–250.

³⁵ A. Popovski, „Zaštita javnog interesa u raspolaganju javnim dobrom u općoj upotrebi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 38, br. 1/17, str. 275–276.

³⁶ U uporednom pravu razlikuju se dva načina uređenja javnih dobara. U francuskom pravu, javno

na i drugih subjekata prava. Međutim, interesantno je da zakonodavac samo spominje javna dobra u opštoj upotrebi, dok se ne bavi javnim dobrima u javnoj upotrebi koja služe za izvršavanje funkcija Republike Srpske i drugih javnopravnih subjekata i nisu namijenjena svima na upotrebu.³⁷ Zakonom se, primjera radi, određuje koje se stvari smatraju javnim dobrima i uslovi za njihovu opštu upotrebu. Ovdje nema odredbe da li bi ova dobra mogla biti predmetom prava svojine. Međutim, nema sumnje da su javna dobra u svojini države i drugih subjekata javnog prava koji štite javni interes. Oni njima upravljaju i imaju obavezu da održavaju njihovu supstancu. Razumljivo je da treba da postoje bitna ograničenja njihovih svojinskih ovlašćenja, naročito u kontekstu raspolaganja tim dobrom. Javna dobra su objekti stvarnih prava za koja su uspostavljena posebna pravna uređenja. Ona su stavljena pod poseban pravni režim koji uređuje posebna pravila iskorišćavanja i upotrebe tih stvari i njihovu zaštitu. Subjekti privatnog prava nemaju instrumente da zaštite javni interes. Javna dobra treba razlikovati od opštih dobara. No, u zakonu se za to ne daju odgovarajući kriterijumi.³⁸

Opšta dobra po svojoj namjeni i prirodi služe opštoj upotrebi. To su stvari koje ne mogu biti objekat prava svojine i drugih stvarnih prava i koje po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti fizičkog ili pravnog lica već su na upotrebi svima pod jednakim uslovima (vazduh, voda u rijekama, izvorima, jezerima i morima).³⁹ Ona nisu podobna da budu u režimu svojine niti bilo kojeg drugog stvarnog prava. U tome je i značajna razlika između ovih dobara i javnih dobara. Opšta dobra se, u pravilu, ne mogu prostorno ograničiti niti potčiniti nečijoj isključivoj faktičkoj vlasti. Njihovo bitno obilježje je njihova opšta dostupnost. Prema tome, iako su dijelovi materijalnog svijeta, sa stanovišta stvarnog prava to nisu stvari, pa ne potpadaju pod stvarnopravno uređenje. To su dobra koja je stvorila priroda. Uslovno rečeno, opšta dobra su ničija i svačija, niko nema isključivo pravo na njih i dostupna su svima pod jednakim uslovima.⁴⁰ Takve stvari mogu biti samo predmet upotrebe svih. Niko u

dobro u opštoj upotrebi je izuzeto od primjene normi privatnog prava i podvrgnuto je javnoj svojini. S druge strane, u njemačkom pravu javno dobro u opštoj upotrebi je načelno objekat privatne svojine, a njegov pravni režim je uređen kako normama privatnog, tako i normama javnog prava.

O javnim dobrima u francuskom i njemačkom pravu v. R. Jelić, op. cit., str. 41–43.

³⁷ O razlici između javnih dobara u opštoj upotrebi i javnih dobara u javnoj upotrebi v. V. Dabetić Trogrlić, *Stvarno pravo*, Bijeljina, 2013, str. 7–8.

³⁸ Ranije su javna i opšta dobra bili sinonimi, kao i dobra u opštoj upotrebi.

³⁹ Član 7 st. 1 ZSP-a.

O opštim dobrima v. N. Gavella i I. Gliha, *Uvod u stvarno pravo*, Zagreb, 1991, str. 99–100.

⁴⁰ I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić i L. Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike*

svojoj vlasti ne može imati opšte dobro kao cjelinu. Naravno, njima upravlja subjekt javne vlasti koji se u ovim slučajevima pojavljuje kao subjekt javnog prava i garant i zaštitnik opšteg interesa čija je dužnost da omogući njihovu nesmetanu upotrebu.

Međutim, pravni subjekti na izdvojenim dijelovima opšteg dobra mogu sticati neka stvarna prava na osnovu dozvole ili koncesije nadležnog organa. Zakonodavac, primjera radi, navodi rudna bogatstva, vode, divljač, ribe i druge slobodne dijelove prirode. Izdvajanjem iz opšteg dobra nastaje posebna pokretna stvar. Ona je *res nullius* (ničija stvar) i ko je uzme za sebe postaće njen vlasnik okupacijom, ako su za to ispunjeni svi potrebni uslovi. Ukoliko se na opštem ili javnom dobru izgrade zgrade, građevine ili naprave koje su od njih odvojene koncesijom, one postaju svojina nosioca koncesije za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji.⁴¹ Koncesija ih pravno odvaja od opšteg ili javnog dobra. Dakle, one ne postaju priraštaj nepokretnosti na kojoj su izgrađene i to je način na koji se može pravno odvojiti izgrađeni objekat od zemljišta na kome se nalazi.⁴² Možemo reći da je ovo narušavanje principa pravnog jedinstva nepokretnosti i dejstva načela *superficies solo cedit*. Poslije prestanka koncesionog ugovora ovi objekti postaju priraštaj opštem ili javnom dobru i prestaju biti objekti stvarnih prava.⁴³ Posebnim zakonom se uređuje korišćenje i upravljanje opštim i javnim dobrima.⁴⁴ Ova dobra su podvrgnuta javnopravnom režimu. Ovdje je primjena ZSP-a samo supsidijarna, što dovodi do značajnih odstupanja od opšteg stvarnopravnog uređenja.⁴⁵ Nažalost, kao što smo već naveli, zakonodavac ne daje jasnu granicu za razlikovanje tih dobara, što može predstavljati problem u primjeni. No, bitno je da su ona podvrgnuta istom pravnom režimu.⁴⁶ Posebna upotreba, kao individualizovani oblik korišćenja, može biti neznatna, ali može biti i takva da u određenom periodu onemogućava opštu upotrebu. Zbog toga može da bude ugrožen i javni

Srpske, Sarajevo, 2011, str. 145.

⁴¹ Član 7 st. 3 i 4 ZSP-a.

⁴² Pored toga, ovo se dešava kod izgradnje objekta na zemljištu na kome postoji pravo građenja i kod prava službenosti koje ovlašćuje nosioca da ima dio svoje zgrade i naprave na poslužnoj nepokretnosti.

⁴³ Ovako nešto postoji i kod prava građenja.

⁴⁴ Član 7 st. 5 ZSP-a.

O korišćenju opštih dobara i javnih dobara u opštoj upotrebi u Republici Hrvatskoj v. D. Aviani, „Zasebno korišćenje opće uporabljivih dobara u Hrvatskoj: dometi i ograničenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91), Split, 2009, str. 123–150.

⁴⁵ D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske* (3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Banja Luka, 2018, str. 14.

⁴⁶ Nažalost, ne postoje propisi koji bi na uopšten način ovo pitanje uređivali.

interes, pa bi ovim kompleksnim pitanjima *de lege ferenda* trebalo posvetiti naročitu pažnju.

Opšta dobra treba razlikovati i od dobara od opšteg interesa koja mogu biti objekat svih oblika prava svojine i drugih stvarnih prava (građevinska zemljišta, poljoprivredna zemljišta, šume i šumska zemljišta, zaštićeni dijelovi prirode, biljni i životinjski svijet, stvari od kulturnog, ekološkog i istorijskog značaja). Dakle, dobra od opšteg interesa su stvari u građanskopravnom smislu. Nosioци prava svojine i drugih stvarnih prava na dobrima od opšteg interesa dužni su da ostvaruju svoja prava u skladu sa načinom upotrebe i korišćenja propisanim posebnim zakonima. Samo zakonodavac je ovlašćen da ih stavi pod posebne pravne režime. To su dobra koja nisu od značaja samo za njihove vlasnike, već i za širu društvenu zajednicu.⁴⁷ Ona su zbog svojih osobina, prirode i namjene koju imaju izuzeta iz opšteg stvarnopravnog uređenja. Zbog toga je dispozicija njihovog vlasnika ograničena i ona treba da se upotrebljavaju na način koji je društveno i ekonomski cjelishodan. Moguća su različita ograničenja u pogledu upotrebe i raspolaganja ovim dobrima. Tako se ostvaruje njihova racionalna upotreba i drugi opšti interesi. U ovome se ogleda socijalna vezanost svojine. Ipak, posebna pravna uređenja ne smiju vrijeđati garanciju prava svojine. I Ustav Republike Srpske propisuje da se upotreba i iskorišćavanje stvari od posebnog kulturnog, naučnog, umjetničkog ili istorijskog značaja ili od značaja za zaštitu prirode i čovjekove okoline mogu na osnovu zakona ograničiti uz punu naknadu vlasniku.⁴⁸ Naknadom se uspostavlja narušena imovinska ravnoteža. Za svaku pojedinu stvar potrebno je seriozna analiza da li zaista postoji potreba za uspostavljanjem posebnog pravnog uređenja ili se društveni interes može dovoljno zaštititi i ostvarivati primjenom pravila opšteg stvarnog uređenja. Ovdje je bitno na pravi način zadovoljiti i privatnopravne i javnopravne interese kako bi na adekvatan način bile zaštićene sve najviše vrijednosti našeg pravnog uređenja. Uticaj javnopravnih normi tu ne bi smio biti veći nego što je to neophodno s obzirom na karakter ovih stvari. Dobra od opšteg interesa uživaju posebnu zaštitu.⁴⁹

Inače, veoma značajno je da ZSP daje potpuno uređenje stvari kao obje-

⁴⁷ O opštim dobrima, javnim dobrima i dobrima od opšteg interesa šire: R. Jotanović, „Posebno pravno regulisanje za određene vrste stvari u pravu Republike Srpske“, *Pravna riječ*, br. 43/15, str. 191–205.

⁴⁸ Amandman LXXIV kojim je brisan član 59 Ustava RS.

⁴⁹ Vid. član 8 ZSP-a.

Ovu odredbu treba posmatrati zajedno sa odredbom člana 19 koja govori o posebnim ograničenjima prava svojine.

kata (predmeta) stvarnog prava,⁵⁰ što je do sada u našem pravu nedostajalo.⁵¹ Stvari su *conditio sine qua non* stvarnog prava. Subjektivna stvarna prava nastaju i postoje na stvarima. Stvar postoji dok zadržava svoj identitet. Kada stvar koja je predmet nečijeg stvarnog prava prestane postojati, automatski prestaje postojati i to stvarno pravo. Stvarna prava postoje samo na pojedinačno određenim i postojećim stvarima.⁵² To su, u smislu ovog zakona, materijalni dijelovi prirode⁵³ koji mogu biti u vlasti fizičkog ili pravnog lica, osim ako zbog svojih prirodnih svojstava ili ograničenja na osnovu posebnog zakona nisu podobne da budu objekat prava svojine i drugih stvarnih prava. Ovdje spadaju i skup stvari i prava koja su zakonom izjednačena sa stvarima.⁵⁴ Ovo su stvari u stvarnopravnom smislu riječi.⁵⁵ Između tog pojma i fizičkog pojma stvari razlika je u tome što neke stvari iz određenih razloga ne mogu da budu u stvarnopravnoj vlasti. Ako se određena stvar ne može podvrgnuti ljudskoj vlasti i nije podobna za aprehenziju, ona ne može da bude objekat stvarnih prava. Ograničenja mogu postojati i zbog zakonskih odredaba. Prema tome, pored fizičkog uslova, da bi se radilo o stvari, mora da bude ispunjen i pravni uslov da ona može da bude objekat prava svojine i drugih stvarnih prava. Stvari koje ne ispunjavaju ovaj uslov su izvan djelovanja stvarnopravnog uređenja. Predmet stvarnih prava mora da ima svojstvo prometnosti (*res in commercium*). Svako pojedino stvarno pravo ima svoj određeni predmet. On se može manifestovati u najrazličitijim konkretnim oblicima. Predmet stvarnih prava, kao što smo naveli, može da bude samo individualno određena stvar, stvar koja je pojedinačno određena, shodno načelu specijalnosti stvarnih prava. Generičke stvari zadovoljavaju ovaj uslov kada se individualizuju i izdvoje ili obilježe. Ne može se zamisliti pravna vlast nad cijelim rodом stvari. Titular prava svojine ili drugog stvarnog prava na stvari ima to pravo i na svim dijelovima stvari na svemu što je sa njom trajno spojeno (prirast),

⁵⁰ Članovi 5–14 ZSP-a.

⁵¹ U pravnom poretku bivše SFRJ nedostajalo je uređenje opšteg dijela građanskog prava koji bi regulisao, pored ostalog, i pitanje objekata subjektivnih građanskih prava.

⁵² Kod obligacionih prava predmet obaveze može biti i generička i buduća stvar.

⁵³ Materijalni dio prirode je ono što stvarno postoji u prirodi i može se spoznati ljudskim čulima.

⁵⁴ Član 5 ZSP-a.

Njemački građanski zakonik propisuje da su stvari u pravnom smislu riječi jedino tjelesni predmeti (par. 90). Prema Austrijskom građanskom zakoniku, sve što nije lice, a služi za upotrebu ljudima, to je stvar u pravnom smislu (par. 285). Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima propisuje da su stvari tjelesni dijelovi prirode, različiti od ljudi, koji služe ljudima za upotrebu i sve drugo što je zakonom s njima izjednačeno (član 2 st. 2).

⁵⁵ O tome v. N. Gavella i I. Gliha, op. cit., str. 80–83.

na neodvojenim plodovima, kao i na pripacima,⁵⁶ ako zakonom nije drugačije određeno.⁵⁷ Svi dijelovi stvari se nalaze u međusobnoj funkcionalnoj vezi. Kad neko ima stvarno pravo na stvari, ima ga i na svim njenim pripadnostima. Oni zajedno sa stvari čini jednu cjelinu i jedinstven objekat prava. Cijela stvar ima isti pravni status. Svaka stvar se sastoji od dijelova. Neki su bitni, a neki nebitni. Bitni dio stvari je onaj koji se od nje ne može fizički odvojiti bez uništenja ili oštećenja stvari. On ne može biti samostalan objekat prava svojine ili drugih stvarnih prava. Ostali dijelovi su nebitni i oni mogu biti i predmet prava drugog lica.⁵⁸ Prema tome, od mogućnosti odvajanja zavisi mogućnost da pojedini dijelovi stvari imaju pravnu autonomiju. Odvajanjem dijela stvari ne prestaju prava koja su na njoj postojala, osim ako se posebnim zakonom ne odredi drugačije.

Stvari se mogu dijeliti po raznim kriterijumima. Osnovna podjela tjelesnih stvari je na pokretne i nepokretne.⁵⁹ Ona se zasniva na tome da li stvar može mijenjati položaj u prostoru bez promjene njene suštine. Dakle, podjela je izvršena na osnovu prirode same stvari odnosno njenih fizičkih osobina. Pravni značaj te podjele je višestruk. Tendencija je da se pravima na pokretnim stvarima osigura lakša i jednostavnija prometljivost. Osim toga, dat je i pojam pripatka i plodova što je svakako korisno.⁶⁰ Pripadak je pokretna stvar koju je vlasnik namijenio da kao sporedna trajno služi namjeni glavne stvari, a koja stoji u takvom prostornom odnosu prema glavnoj stvari da omogućava ispunjenje te namjene. On dijeli pravnu sudbinu glavne stvari, ako nije drugačije određeno. Između pripatka i glavne stvari mora postojati funkcionalna veza u smislu toga da je upotreba glavne stvari bez pripatka nemoguća ili bitno otežana. Plodovi su stvari koje jedna stvar daje prirodno ili posredstvom nečijeg rada, kao i sve drugo što ona daje prema svojoj namjeni. To su koristi koje nastaju od neke stvari. Oni se dijele na prirodne i civilne (kamate, kirije, zakupnine itd.)⁶¹ i pripadaju licu kome pripada stvar ili pravo koje ih donosi, ako se ne odredi drugačije. Od osobina stvari zavisi i vrsta plodova. Kod prirodnih plodova bitnu ulogu ima momenat odvajanja, jer je plod do tada dio plodonosne stvari, a

⁵⁶ Ovdje se ne radi o pripatku stvari iz člana 11 ZSP-a.

⁵⁷ Član 9 ZSP-a.

⁵⁸ Član 10 st. 1 i 2 ZSP-a.

⁵⁹ Vid. D. Lazarević, „Pokretne i nepokretne stvari“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7-8/04, str. 36–52; B. Kačer i D. Pivac, „Podjela stvari i pravno značenje tih podjela (u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)“, u: *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Zakon o zemljišnim knjigama, hrvatsko stvarno pravo de lege lata i de lege ferenda*, Zagreb, prosinac 2017, str. 135–136.

⁶⁰ Vid. članove 11–13 ZSP-a.

⁶¹ Civilni plodovi proizlaze iz nekog pravnog odnosa, a ne iz same stvari.

kod civilnih plodova momenat dospelosti. Trenutkom odvajanja od matične stvari plod postaje samostalna stvar i ima vlastitu pravnu sudbinu. Plodovi životinje i sve koristi od nje pripadaju njenom vlasniku. Zakonom mogu biti određene vrste prava ili netjelesne stvari koje mogu biti izjednačene sa stvarima i tada se ubrajaju u pokretne stvari. Ovdje se fingira da su i one stvari i tada se tretiraju poput stvari. Samo ako su spojene sa svojinama nepokretnih stvari ili su njihov teret ili su zakonom proglašene za nepokretne,⁶² te stvari imaju status nepokretnosti. Ako postoji sumnja da li je nešto pokretna ili nepokretna stvar, smatra se da se radi o pokretnoj stvari. Životinje nisu stvari, ali za njih vrijedi sve što vrijedi i za stvari, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. One, naravno, mogu biti objekat prava svojine i svojina na njima se prenosi kao i na drugim objektima.

Pokretnosti su stvari koje se mogu premjestiti sa jednog mjesta na drugo bez promjene njihove suštine.⁶³ Njihova sposobnost je da mijenjaju svoje mjesto u prostoru i da im uprkos tome suština ostaje ista.⁶⁴ Pravni režim u pogledu pokretnih stvari je liberalniji nego u pogledu nepokretnosti. Ovdje postoje određeni izuzeci. Neke pokretne stvari su u izvjesnim pravnim odnosima izjednačene sa nepokretnostima (avioni, brodovi). Stvari koje su po svojoj prirodi pokretne smatraju se u pravnom smislu nepokretnim stvarima ako pripadaju nepokretnosti ili ih zakon izjednačava sa njima (nepokretnosti po namjeni).⁶⁵ One mogu izgubiti to svojstvo i postati samostalne stvari na osnovu dispozicije vlasnika. Nepokretnosti su stvari koje ne mogu da mijenjaju svoj položaj u prostoru, a da pri tome ne dođe do povrede dotadašnje strukture u pogledu oblika i sadržine. Kod njih je karakteristična situacija nepomičnosti. Položaj i identitet nepokretnosti je određen prostorom. Ne postoje dvije pravno identične nepokretnosti. Nepokretnost je neponovljivo dobro: uvijek određena i nikada generička stvar.⁶⁶ Prava koja postoje u korist neke nepokretnosti njima i pripadaju. Pojam nepokretnosti određen je na novi način⁶⁷ i to je jedna od suštinskih konceptijskih novina.⁶⁸ Sada se samo zemljišta smatraju ne-

⁶² Npr. pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno sa nepokretnošću.

⁶³ Član 6 st. 3 ZSP-a.

⁶⁴ U rimskom pravu se smatralo da pokretne stvari nemaju svoje sjedište (*mobilia non habent situm*) i da su manje vrijedne.

⁶⁵ S druge strane, nije moguće da stvar koja je po svojim osobinama nepokretna vrši funkciju pripatka pokretne stvari.

⁶⁶ P. Simonetti, „Nekretnine kao objekt prava vlasništva i prava građenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30, br. 1/09, str. 38.

⁶⁷ Nepokretnosti su čestice zemljišne površine, zajedno sa svim onim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini i ispod nje, ako zakonom nije drugačije određeno – član 6 st. 2 ZSP-a.

Vid. i član 14 stav 1 ZSP-a.

⁶⁸ O nepokretnostima kao objektima prava vlasništva i prava građenja v. P. Simonetti, „Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 515–549.

pokretnostima sa svim što je sa njima iznad ili ispod površine povezano. Sve ono što se sa zemljištem trajno spoji jeste njegov priraštaj.⁶⁹ Primjera radi, građevinski objekti, drveće i ostalo rastinje. Samo zemljište je izvorni dio prirode. Zemljište, u pravilu, ne propada i zbog toga je pravo svojine na njemu uporišni stub pravne sigurnosti.⁷⁰ Pored zemljišta, posebna nepokretnost je i pravo građenja, koje ima dvostruku pravnu prirodu. S jedne strane, to je stvarno pravo na tuđoj stvari, a s druge strane u pravnom pogledu je izjednačeno sa nepokretnošću.⁷¹ Pravo svojine na zemljištu je prostorno neograničena vlast. Sve ono što je čovjek izgradio na zemljištu sa zemljištem čini pravno homogenu nepokretnost. Zemljište je glavna stvar, a sve ono što mu je priraslo gubi svoju pravnu autonomiju i više ne može biti samostalan objekat prava. Na njima prestaju dotadašnja stvarna prava, a postojeća stvarna prava sa zemljišta se protežu i na te sporedne stvari.⁷² Pokretne stvari su autonomne stvari i nisu pripadnost zemljišta, jer nisu sa njim trajno spojene i mogu se premještati sa jednog mjesta na drugo bez oštećenja. Privremeni objekti koji nisu trajno spojeni sa zemljištem i koji se mogu premjestiti s mjesta na mjesto smatraju se pokretnim stvarima. Time je došlo do povratka dejstva starog rimskog načela superficies solo cedit⁷³ i ponovo je uspostavljeno pravno jedinstvo nepokretnosti⁷⁴ sa dalekosežnim posljedicama po stvarnopravne institute.⁷⁵ U rimskom pravu ovo načelo je odražavalo suštinu svojine na zemljištu. Ono u sukobu interesa dva lica favorizuje vlasnika zemljišta (zemljište se smatralo kao glavna stvar, a pokretne stvari

⁶⁹ Sve što se nalazi na zemljištu ili ispod zemljišta i što je sa zemljištem trajno spojeno dijeli njegovu pravnu sudbinu i pripada vlasniku zemljišta – načelo jedinstvenosti nepokretnosti.

⁷⁰ P. Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, str. 171–172.

⁷¹ Član 286 st. 1 i 2 ZSP-a.

⁷² A. Jurić, *Stjecanje priraštaja u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Mostar, 2017, str. 19.

⁷³ Načelo superficies solo cedit postojalo je u našem pravnom sistemu sve do donošenja Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta („Službeni list FNRJ“ br. 52/58, 3/59, 24/61 i 1/63). O pravilu superficies solo cedit v. I. Puhan, „Odrednica Superficies solo cedit“, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom treći, Beograd, 1978, str. 230–233; P. Simonetti, Građenje na tuđem zemljištu, Sarajevo, 1982, str. 47–67.

⁷⁴ Šire o tome: P. Simonetti, „Reintegracija načela pravnog jedinstva nekretnine u Bosni i Hercegovini (u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj)“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 53–86; P. Simonetti, „Pravno jedinstvo nekretnine“, *Pravni život*, br. 11/07, str. 429–447; E. Hašić, „Uspostava pravnog jedinstva nekretnine i izvršavanje ovlaštenja u pogledu cijele nepokretnosti u prelaznom periodu prema Zakonu o stvarnim pravima“, u: *Problemi primjene prelaznih i završnih odredaba Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009, str. 29–44; A. Jurić, *Stjecanje priraštaja u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Mostar, 2017, str. 17–19.

⁷⁵ Ovo načelo je u socijalizmu bilo napušteno, jer je razbijanje pravnog jedinstva nepokretnosti omogućilo uspostavljanje različitih pravnih vlasti na pojedinim dijelovima, što je dovelo do visokog stepena pravne nesigurnosti. Sada je jedini izuzetak od ovog načela predviđen u situaciji kada postoji pravo građenja. Inače, trajna, a ne čvrsta veza je zakonska pretpostavka pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i svih drugih stvari koje su trajno spojene sa zemljištem. Zbog toga privremene zgrade nisu sastavni dio zemljišta bez obzira na to koliko su sa njim čvrsto spojene.

sjedinjene sa zemljištem kao sporedna stvar) i prihvaćeno je u najvažnijim građanskim zakonicima uz određene izuzetke. Prestankom društvene svojine prestala je i potreba za pravnim odvajanjem zemljišta od zgrada. Zato je paralelno sa pretvaranjem društvene svojine u pravo svojine sprovedena i uspostava pravnog jedinstva nepokretnosti u svim slučajevima u kojima su do tada zemljište i zgrada bili pravno odvojeni. Sada je objekat pravnih odnosa u pravnom prometu zemljište zajedno sa svim onim što je sa njim trajno spojeno. Jedinstvo nepokretnosti stvara uslove za pravno jedinstvo i cjelovitost knjižnih tijela. Ovo ima veliki značaj za pravni promet nepokretnosti, kao i za uređenje njihove javne evidencije. Isto tako, to je od značaja i za institut etažne svojine, pravila o sticanju svojine građenjem na tuđem zemljištu, pravila u situaciji kada neko dogradi, nadogradi ili preuredi nečiju zgradu, pravila o sađenju i sijanju na tuđem zemljištu i tome slično. Na taj način stvarnopravno uređenje u Republici Srpskoj ponovo je usklađeno sa tradicionalnim načelima na kojima se ono bazira u savremenim evropskim državama i opet slijedi opšta načela cjelokupnog građanskog prava. Nesumnjivo je da je to veoma značajno, jer živimo u vremenu veće uloge i značaja stvarnih prava nego što je to bilo ranije, pogotovo dok je institut svojine bio podijeljen.

Prelazne odredbe

Prelazne odredbe su izuzetno važne za primjenu ovog zakona i po svom značaju premašuju standardne okvire ovakvih odredaba.⁷⁶ One, između ostalog, sadrže odredbe o pretvaranju društvene svojine⁷⁷ i uspostavljanju pravnog jedinstva nepokretnosti⁷⁸ Njima se uspostavljaju i sprovode suštinska načela zakona,

⁷⁶ Članovi 324–343 ZSP-a.

Ove odredbe su donesene po uzoru na hrvatsko pravo, mada je u polaznim pozicijama bilo određenih razlika (npr. Republika Hrvatska je prethodno donijela propise koji regulišu pitanja denacionalizacije i naknade za oduzetu imovinu – v. P. Simonetti, *Denacionalizacija*, Rijeka, 2004, dok nije imala propis o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu itd.).

⁷⁷ Članovi 324–326 ZSP-a.

Već sam naziv ovog poglavlja nije sasvim adekvatan. Naime, u Republici Srpskoj je ranije donesen Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu („Službeni glasnik RS“ br. 4/93, 29/94, 31/94, 8/96 i 74/07) i od tada je pojam društvena svojina zamijenjen pojmom državna svojina. Ovaj zakon nije promijenio suštinu te svojine, mada je određen subjekt društvenog kapitala s obzirom na raniju nevlasničku koncepciju. O tome: M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 44–47; N. Kovačević, *Zakon o stvarnim pravima u Republici Srpskoj*, ZIPS, br. 1166/09, str. 14–15.

U pravnom životu su, doduše, ostala određena prava koja su nastala iz društvene svojine (pravo upravljanja, pravo raspolaganja i pravo korištenja) i ove odredbe regulišu pitanja vezana za pretvaranje ovih prava u pravo svojine. Vid. E. Hašić, *Pretvorba prava korištenja, raspolaganja i upravljanja u pravo vlasništva shodno Naertu Zakona o stvarnim pravima*, u: Zbornik radova “Sigurnost prava vlasništva kao osnova ekonomskog razvoja”, Banja Luka, 2006, str. 16–25.

⁷⁸ Članovi 330–336 ZSP-a.

posebno ona o jednovrsnosti prava svojine i uspostavi pravnog jedinstva nepokretnosti. Svaku promjenu stvarnopravnog uređenja neminovno prati stanje tranzicije stvarnopravnih odnosa. Ti odnosi se transformišu i usklađuju sa pravilima novog uređenja. Tek kada ova tranzicija završi, može se konstatovati da je dotadašnje stvarnopravno uređenje prestalo postojati.

Pretvaranje prava na stvarima je pojava da ona prava koja su postojala na stvarima u bivšem pravnom poretku, a u postojećem ne ulaze u krug zatvorenih stvarnih prava (npr. specifična prava na stvarima u društvenoj odnosno državnoj svojini), mijenjaju po sili zakona svoj sadržaj, pretvarajući se u prava takve vrste koja postoje u savremenom pravnom poretku.⁷⁹ Ova promjena se dešava u onim pravnim sistemima koji se nalaze u tranziciji, dok se to rijetko događa u tradicionalnim sistemima.

Pretvaranje društvene (državne) svojine u pravo svojine proizvodi vrlo krupne društvene i ekonomske implikacije. To je posljedica sloma cjelokupnog sistema zasnovanog na udruženom radu sa sredstvima za proizvodnju u društvenoj svojini, kojim se htjelo negirati pravo svojine na kome počiva cjelokupna struktura građanskog društva.⁸⁰ Pravni sistem bivše SFRJ zasnivao se na preferiranju društvene svojine u odnosu na tradicionalno pravo svojine.⁸¹ Društvena svojina je oblik svojine karakterističan za socijalističke društvene sisteme i to kao specifičan oblik prisvajanja društvenih dobara od strane društvenopravnih subjekata i u ranijem sistemu je predstavljala osnovni oblik svojine.⁸² Ona je, u stvari, kao što smo istakli, bila negacija svojine, jer nije imala titulara u pravom smislu te riječi. To je pružilo gotovo neograničene mogućnosti političkog odlučivanja i intervencije u društveno-ekonomskim odnosima.⁸³

Prelazne odredbe ZSP-a imaju za cilj ukidanje ranijih socijalističkih odnosa i namjera je da se sva prava, koja izvire iz društvene (državne) svojine i koja su kao takva upisana u javnoj evidenciji, smatraju pravom svojine.⁸⁴ Ovo je veoma

⁷⁹ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb, 2007, str. 116.

⁸⁰ Vid. P. Simonetti, „Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 367.

⁸¹ O društvenoj svojini u bivšoj SFRJ v. R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine u SRJ*, Beograd, 1998, str. 146–154; D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 369–425.

⁸² I. Velić, *Zakon o stvarnim pravima – prelazne i završne odredbe*, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2006, str. 477.

⁸³ O tome: Komisija za izradu Građanskog zakonika, Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izvještaj Komisije o otvorenim pitanjima, Beograd, 2007, str. 313.

⁸⁴ O prelaznim odredbama opširno: L. Velić, „Prelazne odredbe Zakona o stvarnim pravima RS“, u: *Problemi primjene prelaznih i završnih odredbi Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje,

značajno, jer svojinski odnosi determinišu i društveno-ekonomske odnose i imaju bitan uticaj na regulisanje i svih drugih odnosa u svakom društvu. Na taj način se domaći pravni sistem usklađuje sa tradicionalnim načelima sistema stvarnog prava i vrši njegova harmonizacija sa pravom članica Evropske unije.⁸⁵ Opredjeljenje za koncept jednog oblika svojine je veoma važno za pravnu sigurnost, ali ono donosi i mnogo dilema u pogledu postupka buduće transformacije.

Osnovna namjera zakonodavca bila je da omogući završetak pretvaranja odnosno transformacije prava upravljanja, korišćenja i raspolaganja u pravo svojine. Ta prava su, na neki način, bila surogat stvarnopravnih ovlašćenja.⁸⁶ Ona nisu imala imovinskopravni karakter.⁸⁷ Promjena koncepta i naziva oblika društvene svojine, u pravilu, nije provedena u javnim registrima, a do toga je dolazilo po sili zakona. Pravo upravljanja je zamijenjeno pravom korišćenja, a ono pravom raspolaganja.⁸⁸ Dakle, ta prava nisu postojala paralelno nego je jedno pravo zamjenjivalo drugo pravo. Iz toga bi proizlazilo da je na kraju moglo postojati samo pravo raspolaganja, bez obzira na to šta je bilo upisano u javnoj evidenciji. Imajući u vidu nesređeno stanje u pogledu upisa, zakonodavac je spomenuo sva tri prava. ZSP propisuje da se upisi prava upravljanja, korišćenja ili raspolaganja smatraju upisima prava svojine (titular je subjekt koji je bio njihov nosilac), ako društvena svojina nije pretvorena u svojinu drugog lica. U situaciji kada je upisano samo jedno od pomenutih prava u javnoj evidenciji nema posebnih problema. Međutim, teškoće mogu da nastanu kada je na nekim nepokretnostima upisano više vrsta izvedenih prava u korist različitih titulara. Tada se postavlja pitanje

Sarajevo, 2009, str. 7–26.

⁸⁵ Stvarno pravo, istina u vrlo malom dijelu, predstavlja sastavni dio pravnih tekovina Evropske unije. Ugovor o funkcionisanju Evropske unije ne dira u pravo država da samostalno uređuju svojinske odnose (član 345), ali nacionalni propisi ne mogu vrijeđati osnovne slobode ili ograničiti konkurenciju. Stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira u ovoj oblasti nakon zaključivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju svakako je nužnost na putu ka evropskim integracijama.

⁸⁶ M. Povlakić, „Pretvorba poljoprivrednog zemljišta koje koriste zemljišnoradničke zadruge“, *ZIPS*, br. 1318, male stranice, str. 3.

⁸⁷ P. Simonetti, „Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama“... str. 370.

O teorijama o pravnoj prirodi društvene svojine v. D. Stojanović, „Društvena svojina“, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom prvi, Beograd, 1978, str. 258–264.

⁸⁸ Pravo upravljanja bilo je imovinskopravni izraz opštenarodne imovine odnosno državne svojine. Ono se oblikovalo nakon donošenja Osnovnog zakona o upravljanju privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva („Službeni list FNRJ“, broj 43/50). Ovo pravo je sadržavalo i ovlašćenje raspolaganja. Pravo korišćenja (1953–1971) je imovinskopravni izraz društvene svojine u fazi posrednog samoupravljanja, a uvedeno je na osnovu Ustavnog zakona od 13.1.1953. godine, pa ono zamjenjuje pravo upravljanja privrednih preduzeća i drugih društvenopravnih lica. Za pravo korišćenja se upotrebljavala sintagma pravo korišćenja i raspolaganja. Pravo raspolaganja je pripadalo svim društvenopravnim licima prema Zakonu o udruženom radu. O tome opširno: M. Povlakić, „Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini“... str. 25–30.

koje od ovih prava se pretvara u pravo svojine kada se ima u vidu snaga tih prava i vrijeme nastanka i koji od njihovih titulara postaje titular prava svojine. Zakon na ovo pitanje ne daje odgovor. Očito je da će se o tome morati izjasniti praksa ili zakonodavac na način da se utvrde određena pravila i kriterijumi. Prema nekim mišljenjima, treba imati u vidu genezu nastanka određenog prava i da bi pravo sa konkretnijim ovlašćenjima, koje prati faktička vlast na nepokretnosti, trebalo da bude podobnije za pretvaranje u pravo svojine od prava sa ovlašćenjima generalnog karaktera, koja ne prati faktička vlast.⁸⁹ Smatramo da u ovakvim slučajevima treba voditi računa o genezi nastanka određenog prava i utvrditi sve relevantne činjenice da bi se donio pouzdan zaključak koje od tih prava je zaista postojalo u vrijeme donošenja ovog zakona. Pravo svojine koje zakon obezbjeđuje titularima prava upravljanja, korišćenja i raspolaganja, garantovano je i njihovim pravnim sljednicima.

Pretvaranje prava korišćenja na gradskom građevinskom zemljištu koje do stupanja na snagu ZSP-a nije postalo svojina drugog lica u pravo svojine predstavlja završni korak u transformaciji ovog zemljišta koja je počela donošenjem zakona o građevinskom zemljištu iz 2003. i 2006. godine.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima propisano je da organ uprave nadležan za imovinskopravne poslove sprovodi postupak i donosi rješenje o pretvaranju navedenih prava u pravo svojine, a da se uknjižba sprovodi po pravnim pravilima kojima je regulisan upis prava u javne evidencije o nepokretnostima i prava na njima.⁹⁰ Pretpostavke za ovo pretvaranje su da je stvar bila u društvenoj svojini i da je sposobna biti objektom prava svojine, te da je pravo koje se time pretvara u pravo svojine bilo stečeno na valjanom pravnom osnovu.

Kao što smo već istakli, u Republici Srpskoj je još 1993. godine donesen Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu kojim je izvršeno pretvaranje sredstava društvene u državnu svojinu,⁹¹ ali nije propisano da se uknjižba prava upravljanja, korišćenja i raspolaganja ima smatrati kao upis prava državne svojine. Narodna skupština Republike Srpske je 2007. godine donijela autentično tumačenje odredbe člana 3 ovog zakona, u kome je navedeno da će se tako nastala državna svojina upisati u zemljišnim knjigama kao svojina Republike Srpske i da će se ta uknjižba vršiti po službenoj dužnosti.⁹² Ovdje se kao sporno može

⁸⁹ Vid. npr. I. Velić, „Pretvorba stvarnih prava sa posebnim osvrtom na prelazne i završne odredbe Zakona o stvarnim pravima F BiH“, *ZIPS*, br. 1290, male stranice, str. 12.

⁹⁰ Član 4 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima („Službeni glasnik RS“ br. 95/11).

⁹¹ Član 3 Zakona o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu.

⁹² Član 1 Autentičnog tumačenja Zakona o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu („Službeni glasnik RS“ br. 4/93).

postaviti pitanje da li se ovakvim tumačenjem mogu zakonu dodati nove odredbe, kao što je to primjer u konkretnom slučaju.

Prestankom društvene svojine prestala je i potreba za pravnim odvajanjem zemljišta od zgrada. Zato je paralelno sa pretvaranjem društvene svojine u pravo svojine sprovedena i uspostava pravnog jedinstva nepokretnosti u svim slučajevima u kojima su do tada zemljište i zgrada bili pravno odvojeni. Zemljište i zgrada sada postaju jedinstvena nepokretnost. Vlasnik zgrade koji je pribavio odobrenje za građenje ili odobrenje za upotrebu zgrade stiče pravo svojine na gradskom građevinskom zemljištu u društvenoj odnosno državnoj svojini koje služi za redovnu upotrebu te zgrade u skladu sa regulacionim planom koji je važio u trenutku izgradnje te zgrade. Ako tada nije postojao regulacioni plan, zakon propisuje da vlasnik zgrade stiče pravo svojine na zemljištu ispod zgrade. Uspostavljanje pravnog jedinstva zemljišta i zgrade u ovim slučajevima je u nadležnosti organa uprave za imovinskopravne poslove.⁹³ Uređenje stvarnopravnih odnosa na nepokretnostima po načelu pravnog jedinstva nepokretnosti ima veliki značaj za pravni promet i za pravno uređenje javne evidencije. U ovim odredbama je regulisan i postupak legalizacije bespravno izgrađenih objekata,⁹⁴ te uspostavljanje jedinstva nepokretnosti i posebnih dijelova zgrade u skladu sa načelom *superficies solo cedit*.⁹⁵ Svojina posebnog dijela nepokretnosti proizlazi i neodvojivo je povezana sa odgovarajućim suvlasničkim dijelom nepokretnosti na kojem je uspostavljena.⁹⁶

Prava stranih lica

Stranci su fizička i pravna lica koja nemaju domaće državljanstvo.⁹⁷ Pitanje pravnog položaja stranaca sve više dobija na značaju. Ova oblast regulisana je unutrašnjim i međunarodnim pravnim izvorima. Prema ZOSPO-u, strana lica su bila u mnogo nepovoljnijem položaju od domaćih državljana.⁹⁸ Promjene u

⁹³ Član 330 ZSP-a.

⁹⁴ Član 330 a ZSP-a.

⁹⁵ Članovi 334–336 ZSP-a.

⁹⁶ Vid. član 80 st. 1 ZSP-a.

⁹⁷ Većina zakonodavstava definiše strance na ovakav način, a to znači da su pod tim pojmom obuhvaćeni ne samo strani državljani, nego i lica bez državljanstva.

O pojmu stranca v. V. Šaula, *Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske*, Banja Luka, 2008, str. 130–131.

⁹⁸ Vid. članove 82–85 ZOSPO-a.

O tome: D. Kitić, *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1991, str. 38–47; M. Powlakić, *Pravo svojine stranaca u SFRJ*, u: Zbornik radova “Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine”, Sarajevo, 1990, str. 143–157.

O položaju stranaca ranije v. M. Bartoš i B. Nikolajević, *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1951.

njihovom svojinskom režimu omogućile su ustavne promjene iz 1988. godine i kasnije izmjene tog zakona, donesene zbog privlačenja stranog kapitala. ZSP u ovu materiju unosi značajnu liberalizaciju i bitne novine približavajući se ideji nacionalnog tretmana, imajući u vidu unapređenje tržišne privrede i nova društvena opredjeljenja. Odredbama o pravima stranih lica pokušao se postići kompromis između izjednačenja položaja stranaca i domaćih državljana i zaštite interesa društvene zajednice u vezi sa raspolaganjem nepokretnostima na njenoj teritoriji. To je posljedica okolnosti da su nepokretnosti važne za svaku državu zbog svoje ekonomske i sigurnosne komponente.⁹⁹

Za razliku od ZOSPO-a i Zakona o politici direktnih stranih ulaganja,¹⁰⁰ koji je donio značajne promjene u svojinskom režimu stranih lica ukidajući za strane investitore sva ograničenja, ali i otvorio mnogo spornih pitanja, sada ograničenja u pogledu sticanja svojine za strance imaju karakter izuzetka.¹⁰¹ Prije svega, odredbe ZSP-a primjenjuju se i na strana fizička i pravna lica, bez obzira na to da li se pojavljuju kao investitori i bez obzira na to da li su ovdje stalno nastanjeni, osim ako je zakonom ili međunarodnim ugovorom drugačije određeno.¹⁰² Stranci mogu sticati svojinu po svim zakonom predviđenim osnovama,¹⁰³ nema restrikcije ni u pogledu vrste nepokretnosti koje ta lica mogu da stiču, a isto tako ni u pogledu njihove namjene. Svako strano lice može sticati bilo koju nepokretnost bez obzira na njegovo svojstvo, što smatramo dobrim rješenjem. Ovakva liberalizacija je pozitivna i sa aspekta ispunjavanja uslova za buduće evropske integracije Bosne i Hercegovine kao države.

Ono što je bitno za sticanje prava svojine na nepokretnostima jeste postojanje reciprociteta,¹⁰⁴ koji se pretpostavlja (dok se ne dokaže suprotno). Prema tome, reciprocitet nije potrebno dokazivati u svakom slučaju, a ako postoji spor, odluku o tome donosi nadležni organ (ministarstvo pravde). Mislimo da se kod ovog propisivanja moglo i bez „labavog“ reciprociteta i da

⁹⁹ V. Tomljanović, „Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 530. Vid. T. Deskoski, „Stvarna prava stranaca na nepokretnostima u Makedoniji“, u: *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 241–268.

¹⁰⁰ „Službeni glasnik BiH“, br. 17/98 i 13/03.

¹⁰¹ Šire o tome: M. Povlakić, „Stranci i stjecanje vlasništva na nekretninama u BiH“, *Pravna riječ*, br. 16/08, str. 270–275.

¹⁰² Član 15 st. 1 ZSP-a.

¹⁰³ Vid. član 23 st. 1 ZSP-a.

¹⁰⁴ Član 15 st. 2 ZSP-a.

Radi se o situaciji u kojoj organi jedne države priznanje nekog prava stranim licima uslovljavaju istim ili sličnim ponašanjem njihove države prema domaćim državljanima.

time interesi Republike Srpske ne bi bili ugroženi, a da bi to bilo korisno u cilju postizanja veće zaštite ljudskih prava na ovim prostorima. Formalni reciprocitet, čije postojanje treba eventualno da pomogne popravljajući položaja domaćih državljana u nekoj stranoj državi, u ovom slučaju je samo puka forma koja u stvarnosti nema razumnu svrhu.¹⁰⁵ Ograničenje u ovom pogledu može biti samo u tome što se ovo može drugačije urediti zakonom ili međunarodnim ugovorom. Zakonska pravila se neće primjenjivati ukoliko su u suprotnosti sa međunarodnim ugovorom, jer je međunarodni ugovor jači pravni izvor od zakona. Ipak, teško je pretpostaviti da bi se sa nekom zemljom međunarodnim ugovorom ugovarao restriktivniji režim za strance. Posebnim zakonom je moguće odrediti i drukčije uslove za strance iz pojedinih zemalja ili za nepokretnosti sa posebnim svojstvima, što bi tek predstavljalo diskriminaciju pojedinih stranaca bez opravdanog razloga, a to bi bilo u suprotnosti i sa pravom Evropske unije i sa obavezama države Bosne i Hercegovine iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

U pogledu stranih lica predviđena je i mogućnost za ograničavanje sticanja prava svojine na nepokretnostima na području koje je radi zaštite interesa i bezbjednosti zakonom proglašeno područjem na kome ta lica ne mogu imati pravo svojine.¹⁰⁶ Ovo je razumljivo i odnosi se na sve vrste nepokretnosti na toj teritoriji. Zaštita bezbjednosti predstavlja važan javni interes i smatramo da takvo rješenje nije u suprotnosti sa Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije. Dakle, radi se o odredbama koje su zaštitnog karaktera. Ukoliko je strano lice steklo pravo svojine na nepokretnosti prije nego što je područje na kome leži nepokretnost proglašeno ovakvim, propisano je da mu prestaje pravo svojine, a da to lice ima pravo na naknadu prema propisima o eksproprijaciji. Kada se ima u vidu da Ustav Republike Srpske propisuje da se svojinska i druga prava stranog ulagača stečena na osnovu uloženog kapitala ne mogu ograničiti ili oduzeti zakonom ili drugim propisom,¹⁰⁷ može se postaviti pitanje ustavnosti ove zakonske norme.¹⁰⁸ Pravo na ovu naknadu pripada i stranom licu koje bi nasljeđivanjem steklo takve nepokretnosti. Posebnim zakonom se određuje na kojim nepokretnostima stranci ne mogu

¹⁰⁵ Tako i D. Medić i N. Planojević, „Stranci kao vlasnici nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj“, *Pravni život*, br. 5-6/13, str. 30.

¹⁰⁶ Razlozi bezbjednosti uticali su u mnogim zemljama na donošenje restriktivnih mjera radi isključenja ili ograničenja stranaca u pogledu uživanja svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnostima. O tome: D. Kitić, op. cit., str. 31.

¹⁰⁷ Član 57 st. 2 Ustava RS.

¹⁰⁸ Slično i I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Powlakić i L. Velić, op. cit., str. 166.

sticati pravo svojine.¹⁰⁹ Već smo naveli da bi propisivanje drukčijih uslova za strana lica predstavljalo njihovu diskriminaciju bez razumnog razloga. Ova norma je u koliziji sa pravom Evropske unije i sa obavezama države prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju i kao suvišnu je treba ukinuti. Pozitivno je da Republika Srpska nije iskoristila tu mogućnost i da nije donijela ovakav zakon.

Navedena ograničenja ne diraju u sposobnost stranaca da budu vlasnici pokretnih stvari ili da budu titulari drugih stvarnih prava na pokretnim i nepokretnim stvarima, što smatramo prikladnim rješenjem.

Prema tome, i pored određenih nedostataka, nova rješenja u poređenju sa ranijim propisima znače radikalnan zaokret i dobru osnovu za privlačenje stranih investitora. Jedino opravdano ograničenje za strana lica je u pogledu sticanja nepokretnosti na područjima koja su značajna za bezbjednost zemlje, dok ostala ograničenja kao suvišna treba ukinuti.

Zaključak

Zakonom o stvarnim pravima u Republici Srpskoj konačno je izvršena kodifikacija stvarnog prava i njegova reinTEGRACIJA u kontinentalnoevropski pravni krug. Zakon ima izuzetan značaj, jer je imao pretenziju da na jednom mjestu reguliše sva pitanja koja su značajna za stvarnopravne odnose koji se moraju uskladiti sa novim odnosima u društvu i procesom tranzicije sistema. Nesumnjivo je da je upravo reforma svojinskog poretka ključna u procesu ove transformacije. Novo stvarnopravno uređenje donijelo je velike promjene i stvorilo zakonski okvir za nove odnose u uslovima tržišne ekonomije. Veoma značajno je da zakon daje potpuno uređenje stvari kao objekata (predmeta) stvarnog prava, što je do sada u našem pravu nedostajalo. Pored ostalog, stvarno pravo, a posebno pravo svojine, koncipirano je na individualističkom modelu, naglašena je jednovrsnost prava svojine i jednakost pravnih subjekata, pojam nepokretnosti je određen na novi način, ponovo je uspostavljeno pravno jedinstvo nepokretnosti, došlo je do povratka starom rimskom načelu *superficies solo cedit*, a značajno je poboljšan i položaj stranih lica. Da bi se sve to moglo shvatiti na pravi način, potrebno je poznavati i ranije uređenje koje je bilo uspostavljeno ZOSPO-om bivše SFRJ (koji se primjenjivao i u Republici Srpskoj), a zasnovano na Ustavu SFRJ iz 1974. godine i ZUR-u iz 1976. godine, te na nekim ranijim propisima koji su uveli društvenu svojinu i samoupravljanje kao osnovne vrijednosti tadašnjeg državnog uređenja. Prelaznim odredbama utvr-

¹⁰⁹ Vid. član 16 ZSP-a.

đena su pravila koja treba da omoguće konačno pretvaranje prava upravljanja, korišćenja i raspolaganja u pravo svojine. Pretpostavke za ovo pretvaranje su da je stvar bila u društvenoj svojini i da je sposobna biti objektom prava svojine, te da je pravo koje se time pretvara u pravo svojine bilo stečeno na valjanom pravnom osnovu. Ispunjenjem tih pretpostavki na osnovu zakona je nastupio pravni učinak ovog pretvaranja. Prestankom društvene svojine prestala je i potreba za pravnim odvajanjem zemljišta od zgrada. U ovim odredbama je propisano i da se uspostavlja pravno jedinstvo nepokretnosti zemljišta i zgrade ako do stupanja na snagu ovog zakona ono nije uspostavljeno. Sada je objekat pravnih odnosa u pravnom prometu zemljište zajedno sa svim onim što je sa njim trajno spojeno. Pošto je nesporno da svojinski odnosi značajno utiču na društveno-ekonomske odnose u svakom društvu, nesumnjivo je da nova zakonska rješenja imaju bitnu ulogu u procesu tranzicije i ostvarivanju pravne sigurnosti u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini uopšte. Promjena stvarnopravnog uređenja je težak i dugotrajan proces, a primarni zadatak je ponovna afirmacija građanskopravnih sadržaja koji treba da dobiju centralno mjesto, što će svakako najviše doprinijeti usklađenosti našeg prava sa pravnim sistemima razvijenih evropskih zemalja. Za dalji razvoj stvarnog prava na ovim prostorima neophodno je provesti restituciju i u potpunosti završiti proces privatizacije, te konačno ažurirati stanje u javnim knjigama u pogledu nepokretnosti, jer je značaj njihove pouzdane evidencije u ovoj oblasti od izuzetne važnosti.

INNOVATIONS IN THE PROPRIETARY LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Prof. Dr Duško Medić*

Abstract

By adopting the Proprietary law in the Republic of Srpska, the codification of the proprietary right and the definitive abolition of socialist property relations. New real estate regulation brought about radical changes and created a legal framework for new relations in the conditions of a market economy. The paper analyzes some of the innovations that are prescribed in the basic and transitional provisions, and the provisions that prescribe the subject and content of the proprietary rights and rights of foreign persons. These innovations have far-reaching consequences for many institutes of proprietary law.

Key words: *proprietary law, reform, equality of property rights and legal entities, principle of superficies solo cedit, legal unity of real estate*

* Judge of the Constitutional Court of the Republic of Srpska

UDK 347.79(497.6)(497.5)(094.5)
doi 10.7251/PR5919047B
Originalni naučni članak

SUDAR BRODOVA (USPOREDBA BOSANSKOHERCEGOVAČKOG I HRVATSKOG PLOVIDBENOG ZAKONODAVSTVA)

Dr. sc. DRAGAN BOLANČA*

***Apstrakt:** Sudar brodova na moru ili unutrašnjim vodama sadržajno predstavlja jednu od najvažnijih nezgoda u plovidbenom pravu, a dijeli se na direktni i indirektni sudar. U ovom radu autor uspoređuje hrvatska zakonodavna rješenja (Pomorski zakonik iz 2004. god., Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007. god.) i ona u bosanskohercegovačkoj legislativi (Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi BiH iz 1992, Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god., Zakon o unutaršnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god. i Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine iz 2008. god.). U zaključku naglašava specifične razlike analiziranih rješenja.*

***Ključne riječi:** brod, sudar, vlasnik broda, brodar, odgovornost za štetu, Republika Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, Republika Hrvatska.*

1. Uvod

Pomorsku i unutarnju (unutrašnju) plovidbu karakteriziraju različite plovidbene nezgode (nesreće) kao što su npr. sudar brodova (engl. *collision*), nasukanje (engl. *stranding*), potonuće broda (engl. *sinking*) i brodolom (engl. *shipwreck*). Svaka od njih ima vlastite sastavnice i značajke koje ih međusobno razlikuju i svrstavaju u tipizirane oblike nezgoda (nesreća) s jedinstvenom činjeničnom i pravnom fizionomijom. Ovdje se ne navode sve moguće nezgode (nesreće),

* redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

nego samo one koje su u praksi najčešće, po negativnom učinku najznačajnije, a praktično su i pravno najsloženije. Među njima posebnu pažnju privlači sudar brodova, jer rijetko neka druga nezgoda (nesreća) može u tolikoj mjeri utjecati na financijsku stabilnost plovodbenog poduzetnika kao sudar brodova. Tehnološki visoko usavršena, automatizirana i kompjutorizirana navigacijska oprema umnogome je smanjila rizik sudara. Usprkos tome, i u suvremenim uvjetima dolazi do sudara brodova. Iskustvo pokazuje da u sudaru najviše pridonose nedovoljno promatranje, velika brzina, pogrešna procjena situacije, propust pravovremenog poduzimanja radnje za izbjegavanje sudara, prolaz ili pretjecanje na nedovoljnoj razdaljini od drugog broda, propust u poznavanju regulacije prometa, pogrešna upotreba svjetala i signala, mehaničke greške, nepažljivo rukovanje i navigacija brodom, vremenske prilike. Ni najsuvremenija oprema ne može ukloniti element pogrešivosti osoba kojima je povjereno vođenje broda, jer statistički podaci pokazuju da je tzv. ljudski faktor glavni uzrok sudara. Stoga, neovisno o daljnjem tehnološkom usavršavanju navigacijske opreme, taj će element i dalje postojati i ostati glavnim uzročnikom sudara brodova. Pravno reguliranje instituta sudara brodova ima dvostruku svrhu. U prvom redu nastoji se u što je moguće većoj mjeri izbjeći sudare brodova, a ako ipak do sudara dođe, normiraju se imovinsko-pravni odnosi naknade štete prouzročene sudarom.¹ Stoga ćemo se u ovom radu fokusirati na slučaj izvanugovorne odgovornosti za sudar brodova.

2. Imovinskoppravna vrela koja uređuju materiju sudara brodova

U Republici Hrvatskoj *Pomorski zakonik* (dalje – PZRH)² propisuje pomorsku plovidbu,³ dok *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* (dalje – ZPLUVRH)⁴ uređuje unutarnju plovidbu.⁵ Zakonske odredbe o sudaru nalaze se u Dijelu osmom (Pomorske nesreće), glavi I. PZRH (čl. 748–759) odno-

¹ Tako Branko Jakaša, *Udžbenik plovodbenog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1979, str. 318.

² Vidi „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15 i 17/19 (dalje – „NNRH“).

³ **Pomorska plovidba** je plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga Jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane (čl. 5, toč. 1 PZRH) – više o toj plovidbi vidi Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovodbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 11. i dalje.

⁴ Vidi „NNRH“ br. 109/07, 132/07, 51A/13 i 151/14.

⁵ **Unutarnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama, a to su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka Jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba (čl. 4, toč. 1 i 2 ZPLUVRH) – detaljnije Dragan Bolanča, *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine – osnovne značajke*, Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu“, Istočno Sarajevo, 2013, str. 235–252.

sno u Dijelu šestom (Plovidbene nesreće), Glava I. ZPLUVRH (čl. 182–192). Regulirajući materiju sudara, hrvatski je zakonodavac za obje vrste plovidbe slijedio rješenja *Međunarodne konvencije za ujednačavanje nekih pravila o sudaru brodova* (engl. *International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Collision between Vessels*) iz 1910. god.⁶ Međutim, za utvrđivanje imovinskopravne odgovornosti za sudar, u pomorskoj plovidbi bitan je i *Pravilnik o sigurnosti pomorske plovidbe u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske, te načinu i uvjetima obavljanja nadzora i upravljanja pomorskim prometom*.⁷ Tim se pravilnikom propisuju pravila o izbjegavanju sudara na moru, signali i oznake, sustav javljanja pomorskih objekata i uvjeti sigurnosti pomorske plovidbe (čl. 2, st. 1). **Pravila za izbjegavanje sudara** (čl. 4–22)⁸ obuhvaćaju pravila za plovidbu i kormilarenje koja se odnose na *upravljanje brodovima pri bilo kojem stanju vidljivosti* (izviđanje, sigurnosna brzina, rizik sudara, radnja kojom se izbjegava sudar, uski kanali, sheme odvojenog prometa), *upravljanje brodovima koji su na vidiku jedan drugome* (jedrenjaci, pretjecanje, brodovi u protukursu, križanje kursova, postupak broda koji ustupa put, postupak broda s pravom puta, međusobne obveze brodova), te *na upravljanje brodovima pri smanjenoj vidljivosti*.⁹ S druge strane,

⁶ U Republici Hrvatskoj je na snazi od 8. listopada 1991. god. (vidi *Odluku o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republike Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji*, „Narodne novine RH – Međunarodni ugovori“, br. 1/92), o konvenciji vidi Dragan Bolanča, Rajko Naprta, *More naše plavo, Sigurnost plovidbe (Zbirka propisa)*, Nading d.o.o., Zagreb–Split, 2013, str. 652, Drago Pavić, *Imovinsko pomorsko pravo*, Književni krug, Split, 2006, str. 414, Ivo Grabovac, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005, str. 44.

⁷ Vidi „NNRH“, br. 79/13, *ibid*, str. 400–415.

⁸ Ništa što je propisano ovim dijelom Pravilnika ne može osloboditi pomorski objekt ili vlasnika ili zapovjednika pomorskog objekta ili njegovu posadu od posljedica bilo kakva propusta u primjeni ovog dijela Pravilnika ili mjera opreznosti što ih zahtijevaju uobičajeno iskustvo pomoraca ili osobite okolnosti slučaja (čl. 5, st. 1). U posebnim okolnostima radi izbjegavanja neposredne opasnosti od sudara, u slučaju ograničenih mogućnosti, brod može odstupiti od odredaba ovog dijela Pravilnika (čl. 5, st. 2).

⁹ Ovaj dio Pravilnika o sigurnosti plovidbe temelji se na *Konvenciji o međunarodnim pravilima izbjegavanja sudara na moru* (engl. *Convention on International Regulations for Preventing Collisions at Sea*) iz 1972. god. (tzv. COLREG ‘72). U Republici Hrvatskoj je na snazi od 8. listopada 1991. god. (*Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republike Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji*, „NNRH – Međunarodni ugovori“, br. 1/92.), o konvenciji vidi Axel Luttenberger, *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005, str. 21, Ivo Grabovac, Ranka Petrinović, *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006, str. 58–59, Branka Milošević Pujo, *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006, str. 116–117, Marula Vujasinović, *Dokumentacija (Pregled međunarodnih instrumenata uz hrvatski prijevod, datume potpisivanja i stupanja na snagu za Republiku Hrvatsku)*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 160, 2006, str. 116, Dorotea Čorić, Sandra Debeljak Rukavina, *Međunarodni i nacionalni propisi iz područja pomorskog prava*, „Pomorski glasnik“, Zagreb, 2007, str. 17.

za unutarnju plovidbu važan je *Pravilnik o plovidbi na unutarnjim vodama*¹⁰ koji u Glavi 6 sadrži **pravila plovidbe** (mimoilaženje, pretjecanje i presijecanje pravaca kretanja), dok se Glava 7 bavi **pravilima stajanja** (čl. 7.01–7.08).

U Bosni i Hercegovini postoji više zakonskih propisa koji čine strukturu plovidbenog zakonodavstva, kako upravnopravnog, tako i imovinskopravnog karaktera. S jedne strane je *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine* iz 1992. god. (dalje – ZPUPBiH) kao opći propis,¹¹ dok s druge strane *Zakon o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine* iz 2005. god. (dalje – ZUPPFBiH),¹² *Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske*¹³ iz 2001. god. (dalje – ZUPRS) i *Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine*¹⁴ iz 2008. god. (dalje – ZUPBDBiH) predstavljaju posebne propise. Dok ZPUPBiH i ZUPPFBiH reguliraju pomorsku i unutrašnju plovidbu,¹⁵ preostala dva zakonska akta (ZUPRS i ZUPBDBiH) odnose se samo na unutrašnju plovidbu.¹⁶ Odredbe o sudaru brodova sadrže ZPUPBiH (čl. 753–766), ZUPRS (Dio jedanaesti – Plovidbene nezgode,¹⁷ Glava I, čl. 113–119) i ZUPBDBiH (Dio dvanaesti – Plovidbene nezgode, Glava I, čl. 107–111). ZUPPFBiH nema takvih odredaba, ali u Glavi III.

¹⁰ Vidi “NNRH”, br. 138/15. Stupio je na snagu dana 1. siječnja 2016. god. (čl. 13.03) kada je prestao važiti istoimeni pravilnik (“NNRH”, br. 138/08, 8/10, 74/10, 8/11 i 39/12.) – čl. 13.02.

¹¹ Vidi „Službeni list Republike BiH“, br. 2/92, „Službeni list SFRJ“, br. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89 i 29/90. – pobliže Ivo Grabovac, *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – poredba i nužnost zakonodavne reforme*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 1, 2003, str. 7–13, Hilmija Šemić, *Saobraćajno pravo*, Sarajevo, 1996, str. 138–139.

¹² Vidi “Službene novine Federacije BiH”, br. 73/05.

¹³ Vidi “Službeni glasnik RS” br. 58/01, 113/05, 33/06 i 1/08.

¹⁴ Vidi “Službeni glasnik BDBiH” br. 28/08.

¹⁵ **Plovidba** je vještina vođenja brodova, plovila, koja se obavlja na unutarnjim vodama, unutarnjim plovnim putovima i pomorskom plovnom putu (čl. 2, toč. 2 ZUPPFBiH). **Pomorska plovidba** je plovidba koja se obavlja na moru, na kojem su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koji je proglašen kao plovni put, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 4 ZUPPFBiH). **Unutarnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama (uzdužna i poprečna), na kojima su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koje su proglašene kao plovni putovi, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 3 ZUPPFBiH). **Unutarnje vode Federacije BiH** su prirodne rijeke, vještačka akumulacijska i prirodna jezera, kanali i obalno Jadransko more (čl. 2, toč. 1 ZUPPFBiH) – vidi detaljnije Dragan Bolanča, Mara Baruntu, *Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 5, 2007, str. 68–69.

¹⁶ **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Republike Srpske (čl. 5, st. 1, toč. 2 ZUPRS). **Unutrašnje vode Republike Srpske** su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 5, st. 1, toč. 1 ZUPRS). **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Distrikta (čl. 2b ZUPBDBiH). **Unutrašnje vode Distrikta** su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 2a ZUPBDBiH).

¹⁷ „Plovidbena nezgoda je vanredni događaj na unutrašnjim vodama nastao u plovidbi ili iskorišćavanju plovnog i plutajućeg objekta, plovnog puta ili objekta na njemu, pri kojem je došlo do ljudskih žrtava ili telesnih oštećenja, materijalne štete ili zagađivanja životne sredine“ – čl. 114 ZUPRS.

(Sigurnost plovidbe) spominje da se u pomorskoj plovidbi primjenjuju propisi o izbjegavanju sudara na moru, koji su u skladu sa međunarodnim konvencijama i međunarodnim ugovorima (čl. 15, st. 3).¹⁸

3. Pravni pojam sudara brodova

Nijedan od naprijed navedenih zakona nije definirao pojam sudara, ali se analizom njihovih tekstova može zaključiti da tom pojmu daju šire pravno značenje, jer se razlikuju dvije vrste sudara: *direktni (materijalni)* i *indirektni (nematerijalni)*.

a) Direktni (materijalni) sudar¹⁹

Direktni (materijalni) sudar podrazumijeva materijalni sraz dvaju ili više brodova, koji ima za posljedicu nastanak štete barem na jednom brodu, stvarima ili osobama na brodu (čl. 749, st. 1 toč. 1 PZRH, čl. 183, st. 1, toč. 1 ZPLUV, čl. 754, st. 1, toč. 1 ZPUPBiH, čl. 115, st. 1, toč. 1 ZUPRS, čl. 108, st. 1, toč. a) ZUPBDBiH). Materijalni sraz podrazumijeva fizički dodir jednog broda s drugim. Kao dodir jednog broda s drugim ne smatra se samo dodir s trupom drugog broda, nego i s bilo kojim njegovim dijelom ili pripatkom. Tako će se npr. dodir jednog broda sa sidrom ili sidrenim lancem drugog broda također smatrati sudarom brodova (čl. 749, st. 3 toč. 1 PZRH, čl. 183, st. 1, toč. 3 ZPLUV, čl. 754, st. 1, toč. 3 ZPUPBiH, čl. 115, st. 1, toč. 3 ZUPRS, čl. 108, st. 1, toč. c) ZUPBDBiH). Također nije odlučno je li brod u koji je udario drugi brod plovio, bio usidren, privezan uz obalu ili uz neki drugi brod. Nadalje, da bi se radilo o sudaru brodova, mora doći do fizičkog dodira plovila koja imaju pravno svojstvo broda. Ako objekti u sudaru nemaju pravno svojstvo broda, ne može se govoriti o sudaru brodova. Stoga materijalni sraz broda s obalom, plutačom, plutajućom stvari, santom leda i sl. (dakle, s vanjskim fiksnim objektom koji nije brod), s pravnog stajališta nije sudar brodova, nego **udar broda** (engl. *allision of ship*).²⁰

¹⁸ Opširnije Bolanča–Barun, *op. cit.*, str. 72. Vidi *supra* fusnote br. 8 i 9.

¹⁹ Detaljnije o direktnom (materijalnom) sudaru vidi Drago Pavić, *Pomorsko pravo*, knjiga treća (Pomorske nezgode – Pomorsko osiguranje), Visoka pomorska škola, Split, 2000, str. 108, Borislav Ivošević, Časlav Pejović, *Pomorsko pravo (uporednopravna studija)*, Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik, Beograd, 2019, str. 623–625, Ivo Grabovac: *Sudar brodova*, Enciklopedija pojмова pomorskog prava, Književni krug, Split, 1991, str. 211.

²⁰ Slučaj udara broda u operativne obale, lukobrane, lučke (pristanišne) uređaje i postrojenja, plutajuće objekte, te druge objekte u luci (pristaništu) ili na moru (vodi) spada u poseban slučaj izvanugovorne odgovornosti vlasnika broda i brodarka – vidi čl. 811, st. 1 PZRH, čl. 837 ZPUPBiH, čl. 144, st. 1 ZUPRS i čl. 133, st. 1 ZUPBDBiH. O pravnom pojmu udara vidi Branko Jakaša, *Udar*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 6, 1983, str. 653, Ivo Grabovac: *Odgovornost brodarka za štetne posljedice udara i osiguranje*, „Osiguranje i privreda“, Zagreb, br. 1-2, 1970, str. 26.

b) Indirektni (nematerijalni) sudar²¹

Jedan brod može uzrokovati štetu drugom brodu, a da među njima nije došlo do kontakta. Npr. zbog prevelike brzine jednog broda može nastati šteta drugom brodu (koji udari u neki sljedeći brod ili obalu, ili se prevrne zbog pomicanja tereta, ili potone ako je manjih dimenzija), brod se namjerno nasuče da izbjegne sudar s drugim brodom koji nije plovio na propisani način. Takve su situacije vrlo bliske direktnom (materijalnom) sudaru, pa zakonodavac ističe da se zakonske odredbe o sudaru primjenjuju na odgovornost za štetu koju jedan brod prouzroči drugom brodu zbog obavljanja manevra ili propuštanja da obavi manevar ili zbog nepridržavanja propisa o sigurnosti plovidbe, iako do sudara (direktnog) između brodova nije došlo (čl. 749, st. 1 toč. 2 PZRH, čl. 183, st. 1, toč. 2 ZPLUV, čl. 754, st. 1, toč. 2 ZPUPBiH, čl. 115, st. 1, toč. 2 ZUPRS, čl. 108, st. 1, toč. b) ZUPBD-BiH). Takvi se slučajevi nazivaju indirektni (nematerijalni) sudari.

4. Pravni pojam broda u slučaju sudara

Kako je već istaknuto, da bi se radilo o sudaru brodova (direktnom ili indirektnom), u njemu moraju sudjelovati plovila koja imaju pravno svojstvo broda. Što jest, a što pravno nije brod ocjenjuje se prema plovidbenim propisima mjerodavnog prava.

U hrvatskom pravu za potrebe primjene odredaba o sudaru brodova, pojmu brod se daje šire značenje. Naime, PZRH izričito naglašava da se njegove odredbe o sudaru primjenjuju na svaki plovni objekt²² bez obzira na njegovu namjenu, te hidroavion na vodi (čl. 748).²³ U odnosu na pomorski zakonski akt, ZPLUVRH je još širi, jer se njegove odredbe o sudaru u unu-

²¹ Vidi Pavić, *op. cit.*, str. 109, Ivošević–Pejović, *op. cit.*, str. 624.–625, Grabovac, *op. cit.*, str. 211–212.

²² To uključuje jahte i brodice, a PZRH izričito navodi da se odredbe o sudaru odnose i na ratni brod (čl. 759). **Plovni objekt** jest pomorski objekt namijenjen za plovidbu morem, a može biti brod, ratni brod, podmornica, jahta ili brodica (čl. 5, toč. 3 PZRH). **Brod** (osim ratnog broda) jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem, čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15, ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika (čl. 5, toč. 4 PZRH). **Jahta** jest plovni objekt za sport i razonodu, neovisno koristi li se za osobne potrebe ili za gospodarsku djelatnost, a čija je duljina veća od 12 metara i koji je namijenjen za dulji boravak na moru, te koji je pored posade ovlašten prevoziti ne više od 12 putnika (čl. 5, toč. 20 PZRH). **Brodica** jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem koji nije brod ili jahta, čija je duljina veća od 2,5 metara, ili ukupne snage porivnih strojeva veća od 5 kW (čl. 5, toč. 15 PZRH) – o vrstama plovni objekata vidi Dragan Bolanča: *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016, str. 64–65.

²³ PZRH ne definira što je hidroavion na vodi. Njegovu definiciju nalazimo u *Pravilniku o aerodromima* („NNRH“, br. 35/11) po kojoj je to vrsta zrakoplova s ugrađenim aerodinamički oblikovanim plovcima umjesto podvozja s kotačima (čl. 2, st. 1, toč. 14).

tarnjoj plovidbi primjenjuju na svako plovilo,²⁴ plutajući objekt²⁵ i plutajuće tijelo²⁶ bez obzira na njegovu namjenu, te hidroavion na vodi (čl. 182).²⁷ Ovdje je razumljivo da se zakonske odredbe o sudaru primjenjuju na plovila i plutajuća tijela, jer se radi o objektima koji su sposobni za plovidbu. Ali, nije jasno zašto se spominju plutajući objekti, jer oni ne mogu ploviti, niti se uopće micati, pa dodir s njima spada u slučajevne udara broda, a ne sudara.

U bosanskohercegovačkom plovidbenom pravu, ZPUPBiH sadrži identična rješenja kao i PZRH (čl. 753),²⁸ dok se zakonska rješenja ZUPRS i ZUPBDBiH neznatno razlikuju. Naime, odredbe zakona o sudaru brodova

²⁴ **Plovilo** je svaki objekt unutarnje plovidbe namijenjen za plovidbu (čl. 4, toč. 5 ZPLUVRH). Plovilo može biti vojno i javno (kriterij ovlasti države u pogledu plovila), motorno i nuklearno (kriterij pogona), teretno i plovilo u gradnji. Nadalje, razlikuje se domaće plovilo, strano plovilo i EU plovilo (kriterij državne pripadnosti). Zakonodavac u plovila uključuje brodove, čamce, skele i plutajuća postrojenja (čl. 4, toč. 5 ZPLUVRH). Dakle, prema ZPLUVRH plovilo je širi pojam od broda. **Brod** je plovilo namijenjeno isključivo ili pretežno za plovidbu unutarnjim plovnim putovima, duljine (L) 20 metara ili više; plovilo čiji je umnožak duljine (L), širine (B) i gaza (T) zapremina od 100 m³ ili više, plovilo namijenjeno za prijevoz više od 12 putnika; tegljač; potiskivač; plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koji se ne sastoji isključivo od čamaca bez obzira na njihovu duljinu, širinu i zapreminu (čl. 4, toč. 6 ZPLUVRH). **Čamac** je plovilo namijenjeno za plovidbu unutarnjim vodama, koje nije brod, plutajuće postrojenje ili skela, a čija je duljina veća od 2,5 metara ili ukupne snage porivnih strojeva veće od 5 kW (čl. 4, toč. 17 ZPLUVRH). **Skela** je plovilo namijenjeno prijevozu osoba i stvari s jedne na drugu obalu unutarnjih voda i koja je kao takva klasificirana od strane nadležnog tijela. Plovila koja obavljaju takav prijevoz i koja ne plove slobodno moraju se u svakom slučaju klasificirati kao skele (4, toč. 19 ZPLUVRH). **Plutajuće postrojenje** je plutajuća konstrukcija koja nosi radni uređaj za obavljanje radova na unutarnjim vodama kao što su dizalica, elevator, oprema za jaružanje, stroj za zabijanje stupova (pilona, talpi i sl.) – čl. 4, toč. 7 ZPLUVRH. Odredbe o sudaru odnose se i na vojna plovila (čl. 192) – detaljnije vidi Bolanča, *op. cit.*, str. 265–267.

²⁵ **Plutajući objekt** je svaka plutajuća konstrukcija koja, u pravilu, nije namijenjena za pomicanje, kao što je pristan, gat, bazen, kućica na vodi, stambena lađa, pontonski most, pontonska marina, plutajući ugostiteljski objekt, plutajući dok i sl. (čl. 4, toč. 15 ZPLUVRH).

²⁶ **Plutajuće tijelo** je splav ili druga konstrukcija sposobna za plovidbu, a koja nije plovilo ili plutajući objekt (čl. 4, toč. 16 ZPLUVRH).

²⁷ Niti ZPLUV ne daje pojam hidroaviona na vodi, vidi *supra* fusnotu br. 23.

²⁸ ZPUPBiH iz definicije plovnog objekta isključuje plutajuće objekte – vidi Vladislav Brajković, Iļa Čolović, Velimir Filipović, Branko Jakaša, Natko Katičić, Emilio Pallua, Veljko Tomašić, Siniša Triva, *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (s napomenama i komentarskim bilješkama)*, Narodne novine, Zagreb, 1981, str. 322.

odnose se ne samo na brod,²⁹ nego i na svaki plovni³⁰ ili plutajući objekt³¹ (čl. 113, st. 1 ZUPRS, čl. 107, st. 1 ZUPBDBiH), ali se u odnosu na hrvatsko pravo ne spominje hidroavion na vodi. Nadalje, uočljivo je da ZUPRS naglašava da odredbe o sudaru brodova važe i „za ratne brodove u mirnodopskim uslovima“ (čl. 113, st. 2), dok ZUPBDBiH nema takvo rješenje. U pogledu navedenih zakonskih rješenja i ovdje smatramo da je zakonodavac pogriješio kada je naveo da se odredbe o sudaru primjenjuju i na plutajuće objekte. Naime, dodir bilo kojeg plovnog objekta sa plutajućim objektom smatra se udarom, a ne sudarom.

5. Vrste sudara

Sve sudare s obzirom na **uzrok njihova nastanka** možemo razvrstati na sudare: a) *nastali zbog više sile ili slučajno*, b) *skrivljene sudare*, c) *dvojbene sudare* (uzrok sudara nije moguće utvrditi). Prema **kriteriju krivnje**, sve sudare možemo podijeliti na *neskrivljene* i *skrivljene*. Skrivljeni sudari mogu nastati *jednostranom krivnjom* (samo krivnjom jednog broda) ili *zajedničkom krivnjom*.

a) Neskrivljeni sudari

O neskrivljenom sudaru govorimo ako ni jedan brod nije kriv za sudar. Dvije su kategorije neskrivljenih sudara: a) *sudari nastali višom silom ili slučajem*, b) *dvojbeni sudari*.

aa) Sudari nastali višom silom ili slučajem – da li je sudar posljedica više sile ili slučaja, utvrđuje se prema pravilima obveznog prava. **Viša sila** je

²⁹ **Brod unutrašnje plovidbe** je plovilo dužine trupa od 15 metara i više, širine trupa od 3 metra i više ili čija je ča istisnina 15 tona i više, ili osposobljeno za prevoz više od 12 putnika kao i tegljač odnosno potiskivač bez obzira na njegovu dužinu, širinu i istisninu (čl. 5, st. 1, toč. 3 ZUPRS; čl. 2, st. 1c ZUPBDBiH).

³⁰ U plovne objekte, osim broda, spadaju čamac, jahta, skela i splav. **Čamac unutrašnje plovidbe** je plovni objekat, osim tegljača i potiskivača bez obzira na njihovu dužinu, širinu i istisninu registrovan za plovidbu na unutrašnjim vodama ako mu je dužina trupa manja od 15 metara, širina trupa manja od tri metra ili najveća istisnina manja od 15 tona (čl. 56, st. 1 ZUPRS; čl. 2, st. 1n ZUPBDBiH). **Jahta** je *brod* koji služi u neprivredne svrhe (za razonodu, sport, rekreaciju) ako je dužine trupa do 15 metara i više, širine trupa od tri metra i više ili čija je najveća istisnina 15 tona i više (čl. 63, st. 1 ZUPRS). **Jahta** je *čamac* koji služi u neprivredne svrhe (za razonodu, sport, rekreaciju) ako ne ispunjava uslove o dužini, širini i istisnini za brod (čl. 63, st. 2 ZUPRS). ZUPBDBiH sadrži skoro identične definicije (čl. 61, st. 1 i st. 2). **Skela** je plovni objekat namijenjen za prevoz lica i stvari sa jedne na drugu obalu unutrašnjih voda (čl. 64, st. 1 ZUPRS; čl. 2, st. 1p ZUPBDBiH). **Splav** je plovni objekat sastavljen od uporedno vezanih greda i oblica drveta namenjenih za transport građe ili za turističke prevoze (čl. 65, st. 1 ZUPRS) – detaljnije o spomenutim plovnim objektima vidi Dragan Bolanča, *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovodbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 87–100.

³¹ **Plutajući objekt** je sposoban za plutanje odnosno upotrebu na određenim dijelovima unutrašnjih voda i za određenu namjenu ako ispunjava zakonom predviđene uslove (čl. 67, st. 1 ZUPRS, čl. 63, st. 1 ZUPBDBiH).

vanjski događaj koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti (npr. iznenadno olujno nevrijeme otrgnulo je brod s veza u luci ili sidrišta i uzrokovalo sudar s drugim brodom).³² **Slučaj** je događaj koji se ne može štetniku pripisati u krivnju (npr. sudar je uzrokovan neskrivljenim kvarom kormilarskog uređaja).³³

ab) Dvojbeni sudar – to je onaj sudar kod kojeg se ne može ustanoviti uzrok njegovog nastanka, jer nije moguće utvrditi krivnju ni jednog broda.

Za sve slučajeve neskrivljenog sudara propisana je ista pravna posljedica: *svaki sudionik u sudaru snosi svoju štetu* tj. svi oštećenici snose svoju štetu (čl. 755 PZRH, čl. 188 ZPLUV, čl. 762 ZPUPBiH, čl. 117, st. 3 ZUPRS, čl. 110, st. 3 ZUPBDBiH).

b) Skrivljeni sudari

Za štete nastale zbog sudara brodova (plovila) odgovara brod (plovilo) ako se dokaže da je njihovom krivnjom šteta prouzročena (čl. 750, st. 1 PZRH, čl. 185, st. 1 ZPLUVRH).³⁴ Pod odgovornošću broda (plovila) razumijeva se odgovornost **vlasnika broda**³⁵ (**plovila**)³⁶ i **brodara**³⁷ (čl. 750, st. 2 PZRH, čl. 185, st. 2 ZPLUVRH). S obzirom na to da se mora dokazati krivnja vlasnika broda (plovila) ili brodara, slijedi da je pravni temelj njihove odgo-

³² O pojmu više sile vidi detaljnije Dragan Bolanča, *Odgovornost brodara za izuzete slučajeve*, Pravni fakultet, Split, 1996, str. 51–52.

³³ O pojmu slučaja opširnije *ibid*, str. 55–56.

³⁴ Navedeni zakoni operiraju s pojmom odgovornosti broda. To međutim nipošto ne znači da se brod kao takav čini odgovornim, što je u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu nemoguće, jer imovinskopravno može biti odgovorna samo fizička ili pravna osoba. Budući da brod nije pravna osoba, on ne može biti odgovoran. Kada se navodi brod, radi se u stvari o skraćenom načinu izražavanja, a pritom se misli na osobe koje za sudar odgovaraju – detaljnije Branko Jakaša, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, Četvrta knjiga (Plovidbene nezgode), 2. svezak (Sudar brodova, spašavanje, vađenje potonulih stvari, ostali slučajevi vanugovorne odgovornosti), Narodne novine, Zagreb, 1990, str. 27.

³⁵ **Vlasnik broda** je ovlaštenik prava vlasništva na brodu i ima među ostalim, pravo *posjedovanja* (lat. *possidere*), *uporabe* (lat. *uti*), *korištenja* (lat. *frui*) i *raspolaganja* (lat. *abuti*). Njegova su prava pune privatne pravne vlasti ograničena samo zakonom ili pravima neke druge osobe na tom brodu. Vlasnik broda upisuje se u upisnik brodova u list B (čl. 200, st. 1 PZRH) – detaljnije Dragan Bolanča, *Prometno pravo*, Veleučilište, Šibenik, 2016, str. 145.

³⁶ **Vlasnik plovila** je osoba koja je kao vlasnik upisana u odgovarajući upisnik, odnosno očevidnik plovila (čl. 4, toč. 32 ZPLUVRH).

³⁷ **Brodar** jest fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog pothvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda (čl. 5, toč. 32 PZRH). **Brodar** je svaka osoba koja je kao posjednik plovila nositelj plovidbenog pothvata, s tim da se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u odgovarajući upisnik upisana kao vlasnik plovila (čl. 4, toč. 33 ZPLUVRH).

vornosti **dokazana krivnja**. Navedena rješenja PZRH sadrži i ZPUPBiH (čl. 755, st. 1), dok isti temelj odgovornosti predviđaju ZUPRS (čl. 115, st. 1) i ZUPBDBiH (čl. 108, st. 1) pri čemu naglašavaju da su u slučaju sudara odgovorni **brodar**³⁸ odnosno **vlasnik broda**.³⁹

Krivnja broda za nastanak sudara utvrđuje se prema objektivnim mjerilima (pravilima za izbjegavanje sudara),⁴⁰ neovisno o krivnji osoba koje su upravljale brodom, Međutim, uzroci sudara najčešće su subjektivne naravi, jer su posljedica krivnje osoba koje su upravljale brodom (zapovjednik, časnik, član posade broda). Navedene osobe na brodu mogu izazvati sudar **namjerno ili nepažnjom** koja može biti *krajnja* ili *obična*. Neovisno o vrsti njihove nepažnje, pravne su posljedice iste. Za štete nastale u sudaru brodova bit će odgovoran brodar ili vlasnik broda koji je kriv za sudar.⁴¹ Za djela i propuste zapovjednika i članova posade broda u upravljanju brodom odgovara brodar kao za svoja djela i propuste. Međutim, za štete iz sudara brodova može biti odgovoran i brodovlasnik ili brodar osobno (npr. brod nije bio sposoban za plovidbu, a to je brodovlasniku bilo poznato). Između skrivljenog ponašanja i sudara mora postojati uzročna veza, jer se u suprotnom ne može govoriti o skrivljenom sudaru.

ba) Sudari nastali jednostranom krivnjom – ako je sudar uzrokovan krivnjom samo jednog broda, brodar (vlasnik) toga broda snosi sve štetne posljedice. To znači da je dužan drugom brodu ili brodovima nadoknaditi cjelokupnu štetu uzrokovanu sudarom prema pravilima koja vrijede za naknadu štete iz sudara brodova. Budući da je on isključivo kriv za sudar, nema tražbinu prema drugom brodu za svoju štetu, pa je u cijelosti snosi sam.

bb) Sudari nastali zajedničkom krivnjom – o zajedničkoj krivnji govorimo kada je sudar uzrokovan krivnjom dvaju ili više brodova. Njihova krivnja, premda je zajednička, ne mora biti jednaka. Jedan brod može biti kriv više od drugog, a mogu biti i podjednako krivi. Njihova se krivnja ne mora ogledati

³⁸ **Brodar** je fizičko ili pravno lice koje je kao držalac broda, nosilac plovidbenog poduhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se protivno ne dokaže da je brodar lice koje je u Upisnik brodova upisano kao vlasnik broda (čl. 5, st. 1, toč. 15, ZUPRS; čl. 2, st. 1q ZUPBDBiH). I brodar se upisuje u list B uloška glavne knjige upisnika brodova – više o tome Dragan Bolanč, *Upisnici (registri) plovidbe u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 92.

³⁹ U list B. uloška glavne knjige upisnika brodova upisuje se vlasnik broda, što je vidljivo iz broskog svjedočanstva (svjedodžbe) – Dragan Bolanč, *Brodске isprave i knjige u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 404.

⁴⁰ Vidi *supra* fusnote br. 8 i 9.

⁴¹ Stupanj krivnje osoba koje su upravljale brodom može imati značenje samo za ocjenu prava brodarka da zahtijeva od njih naknadu iznosa plaćenog trećim osobama, kao i za ocjenu prava treće osobe da zahtijeva naknadu štete neposredno od tih osoba – Drago Pavić, *Pomorske havarije i osiguranje*, Pomorski fakultet, Split, 2003, str. 125.

u istom propustu (npr. jedan brod nije poštiavao propise o manevriranju, a drugi odredbe o svjetlima). Stupanj krivnje izražava se u postocima, a moguće su sve kombinacije u okviru brojke sto (npr. 50% – 50%, 90% – 10%, 45% – 55%). Odgovornost brodova za štete nastale zbog zajedničke krivnje utvrđuje se prema posebnom pravilu, jer svaki brod odgovara **razmjerno svojoj krivnji** (čl. 752, st. 1 PZRH, čl. 184, st. 1 ZPLUV, čl. 757, st. 1 ZPUPBiH, čl. 116, st. 1 ZUPRS, čl. 109, st. 1 ZUPBDBiH). Ako se u slučaju zajedničke krivnje (krivice) brodova opseg (obim) krivnje (krivice) ne može ustanoviti, njihova se odgovornost za štetu dijeli na **jednake dijelove** (čl. 752, st. 2 PZRH, čl. 184, st. 2 ZPLUV, čl. 757, st. 2 ZPUPBiH, čl. 116, st. 2 ZUPRS, čl. 109, st. 2 ZUPBDBiH). To je rješenje potpuno logično, jer dok god se ne utvrdi omjer krivnje svakog broda, valja pretpostaviti da su jednako krivi. ZUPRS i ZUPBDBiH sadrže i jednu bitnu razliku u odnosu na hrvatsko rješenje, jer ističu da je odgovornost brodova **solidarna** i dijeli se na jednake dijelove.

bc) Slučajevi solidarne odgovornost brodova – za štete prouzročene smrću ili tjelesnim povredama osobama (licima), brodovi čijom je krivnjom došlo do sudara odgovaraju **solidarno** (čl. 754, st. 1 PZRH, čl. 187, st. 1 ZPLUV, čl. 759 ZPUPBiH, čl. 116, st. 5 ZUPRS, čl. 109, st. 5 ZUPBDBiH). U hrvatskom pravu brodovi uključeni u sudar za fizičke štete ne odgovaraju solidarno, nego samostalno prema omjeru krivnje. Međutim, ZUPRS (čl. 116, st. 6) i ZUPBDBiH (čl. 109, st. 6) propisuju da za naknadu štete prouzrokovanu na brodu koji nije kriv za sudar, kao i stvarima na njemu, odgovaraju **solidarno** brodovi čijom je krivicom došlo do sudara. U svim slučajevima solidarne odgovornosti, kao logična posljedica slijedi pravilo o pravu broda koji je isplatio naknadu na regres od drugih brodova odgovornih za sudar. Brodar (vlasnik broda) koji je kao solidarni dužnik platio na ime naknade štete više nego što iznosi naknada razmjerno njegovoj krivnji, ima pravo zahtijevati od drugog broda da mu od isplaćene svote namiri onoliko koliko bi na taj brod otpalo na ime naknade štete određene razmjerno njegovoj krivnji (čl. 754, st. 2 PZRH, čl. 187, st. 2 ZPLUV, čl. 761, st. 1 ZPUPBiH, čl. 117, st. 1 ZUPRS, čl. 110, st. 1 ZUPBDBiH).⁴²

⁴² Brod koji, iz razloga koji ne zavise o njemu, ne može naplatiti od drugog broda ili drugih brodova svotu na koju ima pravo, može naplatu te svote zahtijevati od ostalih brodova čijom je krivnjom šteta nastala, razmjerno krivnji svakog od tih brodova (čl. 754, st. 3 PZRH, čl. 187, st. 3 ZPLUV, čl. 117, st. 2, čl. 761, st. 2 ZPUPBiH, čl. 117, st. 2 ZUPRS, čl. 110, st. 2 ZUPBDBiH).

6. Zaključak

Usporedba različitih zakonskih rješenja u Republici Hrvatskoj (PZRH i ZPLUVRH) i u Republici Bosni i Hercegovini (ZPUPBiH, ZPUPFBiH, ZUPRS, i ZUPBDBiH) u pogledu reguliranja nekih pitanja u vezi sa materijom sudara brodova, ukazuju s jedne strane na uobičajene logične sličnosti i unificiranost plovidbenog prava, jer bi bez toga plovidbeni promet bio gotovo nemoguć, poglavito kod međunarodne plovidbe. S druge strane, uočavaju se i neke specifične razlike, prvenstveno kao posljedica činjenice radi li se o pomorskoj ili unutrašnjoj plovidbi. Sva zakonodavstva prihvaćaju šire pravno značenje pojma sudara i razlikuju dvije vrste sudara: direktni (materijalni) i indirektni (nematerijalni). Također se i pojmu brod pridaje šire pravno značenje, jer se odredbe o sudaru primjenjuju na svaki plovni objekt, pa čak i na hidroavion na vodi (samo u hrvatskom pravu), što se može smatrati dobrim rješenjem. Međutim, nisu prihvatljiva ona rješenja (ZPLUVRH, ZUPRS, i ZUPBDBiH) koja pod pojam sudara supsumiraju i plutajuće objekte, jer se u tom slučaju radi o tzv. udaru, a taj institut ima drugačiju pravnu fizionomiju u odnosu na sudar. Zakonska rješenja za neskrivljene sudare su identična, a tako je i kod skrivljenih sudara, gdje se govori o krivnji broda, ali se kao odgovorne osobe (štetnici) smatraju vlasnik broda ili brodar. Temelj odgovornosti odgovorne osobe je subjektivna odgovornost (dokazana krivnja), jer oštećenik mora dokazati da je sudar uzrokovan krivnjom broda (odgovorne osobe) tj. namjerno ili nepažnjom (krajnjom ili običnom). U pogledu solidarne odgovornosti brodova čijom je krivnjom došlo do sudara, hrvatski je zakonodavac predviđa samo za tjelesne štete, dok ih ZUPRS i ZUPBDBiH proširuju na još dva slučaja: za fizičke štete i za slučaj zajedničke krivnje kada se odgovornost dijeli na jednake dijelove. Inače, u sve zakone je uključena odredba o regresnom pravu broda koji je isplatio naknadu od drugih brodova odgovornih za sudar.

LITERATURA

Bolanča Dragan, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015.

Bolanča Dragan, *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine – osnovne značajke*, Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu“, Istočno Sarajevo, 2013.

Bolanča Dragan, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016.

Bolanča Dragan, *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013.

Bolanča Dragan, *Odgovornost broдача za izuzete slućajeve*, Pravni fakultet, Split, 1996.

Bolanča Dragan, *Brodске isprave i knjige u bosanskohercegovaćkom plovidbenom zakonodavstvu*, "Pravna rijeć", Banja Luka, br. 40, 2014.

Bolanča Dragan, Rajko Naprta, *More naše plavo, Sigurnost plovidbe (Zbirka propisa)*, Nading d.o.o., Zagreb–Split, 2013.

Bolanča Dragan, Barun Mara, *Osnovne znaćajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH iz 2005. godine*, Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovaćkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, br. 5, 2007.

Brajković, Vladislav; Ćolović, Ilija; Filipović, Velimir; Jakaša, Branko; Katićić, Natko; Pallua, Emilio; Tomašić, Veljko; Triva, Siniša, *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (s napomenama i komentarskim bilješkama)*, Narodne novine, Zagreb, 1981.

Ćorić, Dorotea, Debeljak Rukavina, Sandra, *Međunarodni i nacionalni propisi iz područja pomorskog prava*, „Pomorski glasnik“, Zagreb, 2007.

Grabovac Ivo, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005.

Grabovac Ivo, *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – poredba i nužnost zakonodavne reforme*, Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovaćkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, br. 1, 2003.

Grabovac Ivo, *Odgovornost broдача za štetne posljedice udara i osiguranje*, „Osiguranje i privreda“, Zagreb, br. 1-2, 1970.

Grabovac Ivo, *Sudar brodova*, Enciklopedija pojmova pomorskog prava, Književni krug, Split, 1991.

Grabovac, Ivo, Ranka Petrinović, *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006.

Ivošević, Borislav, Pejović Ćaslav, *Pomorsko pravo (uporednopravna studija)*, Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Jakaša, Branko, *Udžbenik plovidbenog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1979.

Jakaša, Branko, *Udar*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 6, 1983.

Jakaša, Branko, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, Ćetvrta knjiga (Plovidbene nezgode), 2. svezak (Sudar brodova, spašavanje, vađenje potonulih stvari, ostali slućajevi vanugovorne odgovornosti), Narodne novine, Zagreb, 1990.

Luttenberger, Axel, *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005.

Milošević Pujó, Branka, *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006.

Pavić, Drago, *Imovinsko pomorsko pravo*, Književni krug, Split, 2006.

Pavić, Drago, *Pomorsko pravo*, knjiga treća (Pomorske nezgode – Pomorsko osiguranje), Visoka pomorska škola, Split, 2000.

Pavić, Drago, *Pomorsko pravo*, knjiga treća (Pomorske nezgode – Pomorsko osiguranje), Visoka pomorska škola, Split, 2000.

Vujasinović, Marula, *Dokumentacija (Pregled međunarodnih instrumenata uz hrvatski prijevod, datume potpisivanja i stupanja na snagu za Republiku Hrvatsku)*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 160, 2006.

Šemić, Hilmija, *Saobraćajno pravo*, Saobraćajni fakultet, Sarajevo, 1996.

COLLISION OF SHIPS (THE COMPARASION AMONG THE NAVIGATIONAL LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND CROATIA)

Dragan Bolanča, PhD, Professor*

Summary

Collision of ships at sea or inland waters is the structural one of particular importance of accidents in law of navigation. The author of this article deals with the legal solutions in four law acts in Bosnia and Herzegovina: The Maritime and Inland Navigation Act of Bosnia and Herzegovina (1992) as lex generalis and Inland Navigation Act of Republic of Srpska (2001), Inland and Maritime Navigation Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina (2005) and Inland Navigation Act in District of Brčko of Bosnia and Herzegovina (2008) as leges specialis. Secondly those acts are compared with Croatian Maritime Code (2004) and Croatian Inland Waterway Ports Act (2007) In conclusion the specific differences of mentioned law solutions are enacted.

Key words: *ship, collision, shipowner operator, civil liability for damage, Republic of Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, District of Brčko of Bosnia and Herzegovina, Republic of Croatia*

* Full Professor at the Faculty of Law of the University in Split

КАУЗА, МОТИВ И ПРАВНИ ОСНОВ

Др Илија Бабић*

Апстракт: Појам каузе појављује се у одговору на питање *siur debetur?*, то јест зашто су стране засновале правни посао (најчешће уговор). На ово питање правни писци нуде различите одговоре.

Теорија каузе истиче да је обавеза једне стране у уговору и кауза обавезе друге стране, а обавеза друге стране кауза обавезе једне стране. Код реалних уговора кауза је предаја ствари – једна страна се обавезује другој због тога што је од ње већ примила ствар. Код добротичних уговора кауза уговора је субјективна – једна страна се обавезује мотивисана намером добротичности – да се друга страна ослободи свог давања.

Теорију каузе оспорили су антикаузалисти. Истичу да је појам каузе уговора погрешан, лажан и некористан те да ништа не објашњава. Изједначава се предмет уговора са сагласношћу воља и каузом уговора. Кад се истиче ништавост уговора због тога што нема каузе или што је кауза недопуштена, он је, у ствари, ништав због непостојања предмета уговора или недопуштеног предмета уговора

О каузи су истакнуте три основне теорије: 1) објективна, 2) субјективна и 3) субјективно-објективна (усвојена је у Закону о облигационим односима – ЗОО¹ и Преднацрту Грађанског законика Србије – Преднацрт ГЗ²).

Мотив (побуда) представља намеру да се постигне правни циљ (кауза) уговора и по правилу не улази у садржину уговора.

Правни основ (*titulus iuris*) настаје изјавом воље учесника у правном

* Редовни професор Факултета правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“, Бања Лука
e-mail: babic.ilija@yahoo.com

¹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ“, број 31/93.

² Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Београд 29. маја 2015.

послу (сагласне, ако је закључен уговор), за разлику од каузе (*causa finalis*) која представља правни циљ који стране желе постићи.

Преднацрт ГЗ израз „основ“ преузео је из ЗОО и Скице за Законик о облигацијама и уговорима (Скица).³ Уместо израза „основ“ који је непрецизан, примереније је усвојити, у правној литератури већ уобичајен, израз „кауза“.

У чл. 201 и 202 Преднацрта ГЗ остали су реликти ЗОО (и Скице) о неутемељеној подели уговора на непостојеће и ништаве (осим рушивих).

Кључне речи: кауза, основ, правни основ, мотив, кауза уговора, теорије каузе, антикаузалисти.

I. Уопште

Кауза јесте непосредни правни циљ обавезивања стране у правном послу (најчешће у уговору). Постоји у правним пословима који имају за циљ отуђење ствари и осталих имовинских права. Појам каузе појављује се у одговору на питање *cur debetur?*, то јест зашто су стране засновале правни посао. На ово питање правни писци нуде различите одговоре. Сви они разликују блиски разлог (*causa proxima*) од удаљених разлога за настанак правног посла.⁴

Закон о облигационим односима прописује да „свака уговорне обавеза мора имати допуштен основ“ – тј. каузу (члан 51 став 1 ЗОО). Одредбе ЗОО које се односе на уговоре „сходно се примењују и на друге правне послове“ (члан 25 став 3 ЗОО). Кауза уговора (правних послова) регулисана је чл. 51–53 ЗОО под насловом „Основ“. Супротно томе, у делима правних писаца уобичајено је да се уместо „основа“ користи реч „кауза“. Израз „основ“ у ЗОО, међутим, означава и друге правне односе, што у пракси, али и теорији, изазива недоумице.

Преднацрт ГЗ израз „основ“ преузео је из ЗОО и Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

II. Кауза и Мотив

1. Појам каузе

Закон о облигационим односима, а ни Француски грађански законик (ФГЗ) који му је био узор за овај институт, не дефинишу каузу. У

³ Константиновић, М., *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Савремена администрација, Београд 1969.

⁴ Fabre-Magnan, M., *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilateral*, Themis droit, Paris 2007, стр. 426.

француском праву, у којем је настала, кауза је многозначан појам и међу каузалистима, док антикаузалисти оспоравају каузу као погрешан појам.

Кауза се дефинише и као разлог постојања правног посла у одговору на питање „зашто је то потребно“.⁵ Са гледишта једне стране, кауза уговора је иста у истој врсти уговора – одређена је објективно, осим код добротних уговора. Различити уговори имају и различиту каузу. Код двострано обавезног уговора, „обавеза једне стране има за основ обавезу оне друге стране“.⁶ У уговору о продаји непосредни правни циљ обавезивања сваког купца јесте стицање права својине на ствари, а продаваца на новцу. Истиче се и појам каузе уговорне обавезе која укључује субјективне елементе – побуде једне стране да закључи одређени уговор, циљ ради кога се стране обавезују у уговору (*cur debetur*).⁷

Уговорне стране имају различите циљеве и према томе различиту каузу уговорне обавезе. У уговору о закупу закуподавац ствар издаје у закуп да би стекао право својине на новчаном износу – закупнини, а купац да би стекао право употребе ствари итд. Ова правила, међутим, сходно се примењују и на друге правне послове (члан 25 став 3 ЗОО).

2. Ставови о каузи

Појам каузе је предмет супротстављених расправа које су старије од два века. Та расправа није окончана ни данас. Она је само потврдила оправданост каузалистичког становишта које је у својим делима у XVII веку креирао француски правник Domat (Дома).⁸ Дома је истакао прву теорију каузе као један чисто апстрактни појам. Његове идеје прихватио је и обогатио Потје (Pothier), што је било интегрисано од стране редактора у ГЗФ, који ипак нису дали никакву дефиницију каузе.⁹ У члану 1108 тачка 4 ФГЗ, кауза је наведена као једна од претпоставки за пуноважност уговора. Обавеза једне стране у уговору јесте и кауза обавезе друге стране. Такође, обавеза друге стране је кауза обавезе једне стране. Код реалних уговора кауза је предаја ствари – једна страна се обавезује другој због тога што је од ње већ примила ствар. Код добротних уго-

⁵ Porchy, S. S., *Droit civil – les obligations*, Dalloz, Paris 2010, стр. 108.

⁶ Исто.

⁷ Дудаш, А., *Кауза облигационих уговора* (докторска дисертација), Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад 2011, стр. 16.

⁸ Перовић, С., *Облигационо право*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд 1981, стр. 323–332.

⁹ Porchy, S. S., *н. д.*, стр. 108.

вора нема економског циља. Уколико је закључен уговор о поклону, кауза уговора није објективна него субјективна – једна страна се обавезује мотивисана намером добротинства – да се друга страна ослободи свог давања.¹⁰

Теорију каузе оспорили су антикаузалисти. Најпознатије мишљење саопштио је Планиол (Planiol). Истакао је да је појам каузе уговора био погрешан, лажан и некористан те да ништа не објашњава.¹¹ Изједначава се предмет уговора са сагласношћу воља и каузом уговора. Кад се истиче ништавост уговора због тога што нема каузе или што је кауза недопуштена, он је, у ствари, ништав због непостојања предмета уговора или недопуштеног предмета уговора.¹²

Код синалагматичних уговора логички је немогућно да обавеза једне стране буде кауза другој страни, с обзиром на то да у двострано обавезним уговорима обавезе и једне и друге стране настају истовремено. Каузалисти сматрају да је у реалним уговорима кауза предаја ствари. Антикаузалисти одговарају да предаја ствари не може бити кауза јер је то битан састојак настанка самог реалног уговора. Каузалисти одбацују овај аргумент и истичу да, упркос две истовремене обавезе, свако се може обавезати из разлога што се други обавезује у мери у којој обе стране знају да ће, када се уговор закључи, оба обавезивања бити истовремено пуноважна. На тај начин се и потврђује разлог обавезивања.¹³

Код добротиних правних послова каузалисти сматрају да је кауза намера чињења поклона, док антикаузалисти истичу да је она битан садржај воље.¹⁴

Ослањајући се на каузалистичко становиште, у савременом праву истакнуте су три основне теорије: 1) објективна теорија, 2) субјективна теорија и 3) субјективно-објективна (мешовита) теорија.¹⁵

Према *објективној (класичној) теорији*, у којој доминира економско становиште, кауза је непосредан имовински (економски) циљ који

¹⁰ Коментар Закона о облигационим односима, књига I (редактори: Благојевић, Б. и Круљ, В.), Савремена администрација, Београд 1980, стр. 163; Милошевић, Љ., *н. д.*, стр. 79.

¹¹ Fabre-Magnan, M., *н. д.*, стр. 427; Porchy, S. S., *н. д.*, стр. 108.

¹² Porchy, S. S., *н. д.*, стр. 108.

¹³ Fabre-Magnan, M., *н. д.*, стр. 427.

¹⁴ Klarić, P., Vedriš, M., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб, 2009, стр. 148 и 149

¹⁵ Упоредити: Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000, стр. 101–103; Салма, Ј., *Облигационо право*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 288–303. и Перовић, С., *н. д.*, стр. 323–338.

стране желе да остваре у уговору. Непосредна кауза је квалификована као објективна или апстрактна или кауза облигације. Она је иста у истој врсти уговора¹⁶ и нема у виду психолошке разлоге који мотивишу стране него се односи уопштено на њихове активности. То је одговор на питање „зашто дужник испуњава своју обавезу“.¹⁷ Кауза двострано обавезних уговора је економски еквивалент који обезбеђује имовинску равнотежу између уговорних страна.¹⁸ Ово мишљење се ослања на учење Доме, који је истицао да је кауза обавезе једне стране предмет обавезе друге стране и израз међузависности облигације. Кауза обавезе купца у уговору о продаји јесте предаја ствари од продавца, а продавца исплата цене; у уговору о закупу кауза обавезе закупца јесте предаја на коришћење закупљене ствари, а закуподавца стицање износа закупнине итд.¹⁹ У добротним пословима економски циљ једне стране, према мишљењу неких правних писаца, јесте да се смањи активни део имовинске масе. Уговор који нема било какав (економски) привредни значај, према мишљењу ове теорије, ништав је, а стране се у уговору не обавезују да би постигле правни циљ. Сходно томе, и уговор чије је закључење законом забрањено био би пуноважан ако је купац исплатио цену, а продавац предао ствар, независно од чињенице што се не може пренети право својине на купца.

Субјективна теорија назива се и модерним схватањем каузе. По овом схватању, кауза узима у обзир мотиве или покретаче (посредна кауза – *cause lointaine*) који опредељују уговорне стране да закључе уговор, због чега је названа импулсивна или одлучујућа. То је кауза уговора која може варирати од једног уговора до другог.²⁰ Кауза се налази у мотиву страна, односно у њиховим намерама које су их определиле на закључење уговора.²¹ Дефинише се као одређени мотив који подстиче дужника на испуњење престације. Мотив је покретачка снага уговорних страна и одговара на питање „зашто је уговарач закључио уговор“.²² Кауза се, тако, своди на психолошке разлоге који су одлучујући за закључење уговора. Побуђујућа и одлучујућа кауза уговора мора, међутим, бити позна-

¹⁶ Canin, P., *Droit civil, Les obligations*, Hachett livre, Paris 211, стр. 54.

¹⁷ Canin, P., н. д., стр. 54; Porchy S. S., н. д., стр. 108.

¹⁸ Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1977, стр. 79.

¹⁹ Porchy, S. S., н. д., стр. 109.

²⁰ Canin, P., н. д., стр. 54.

²¹ У Француском грађанском законнику кауза има упориште у чл. 1131–1133. Један део француске правне науке ову теорију назива „кауза уговора или одређени мотив“ – Porchy S. S., н. д., стр. 112.

²² Porchy, S. S., н. д., стр. 112.

та другој страни.²³ Она је нужно субјективна – тражи се у психологији уговорних страна, док је кауза облигације (на пример, плаћање продајне цене) објективни основ и налази се у самој економији уговора – да би продавац извршио испоруку купац је прихватио тај уговор.²⁴

Психолошки разлози који су једну страну определили на закључење уговора, међутим, могу бити бројни и разноврсни, постојати у време закључења уговора, а касније отпасти. Оправдано се тврди да субјективан основ никада није исти у истој врсти уговора. У уговору о продаји субјективан основ продавца да прода ствар може бити потреба за новцем, сеоба у други град, жеља да се купи већа кућа итд. „Ако је сваки мотив из уговора прихваћен као кауза, право би могло бити исцрпљено психолошким истраживањима без краја. Због тога само одређени мотив може бити квалификован као кауза“²⁵ и није исти ни у истом типу уговора.²⁶

Крајности субјективне и објективне теорије ублажене су, чини се успешно, *субјективно-објективном (дуалистичком) теоријом основа*. У француском праву највећи део правне науке и судске праксе прихвата дуалистичку концепцију каузе.²⁷ Њен најзначајнији представник је *Capitant* (Капитан) који сматра да је код двострано обавезних уговора релевантна (приликом одређивања циља уговора) престација која се очекује од друге стране, а код добротних уговора намера (циљ) за закључење уговора.²⁸

За добротине уговоре релевантна је намера (мотив) да друга страна добије неку корист, односно поклон (*intentio liberalis, animus donandi*). Кауза је сама намера даровања, *animus donandi*. Намера даровања јесте субјективан појам. У случају спора испитује се одлучујући мотив који је на чињење поклона определио поклонодавца. Ако одлучујући мотив не постоји (лажан је), поклонодавац није имао разлога да поклон учини и његова престација је без каузе. У добротном уговору суд ће оценити да ли је одлучујући мотив неморалан или незаконит. У француској судској пракси као пуноважан оцењен је уговор о поклону учињен ванбрачном другу који

²³ Hess-Fallon, Anne-Marie, S., *н. д.*, стр. 246.

²⁴ Benabent, A, *Droit civil, Les obligations*, Paris 1989, стр. 75.

²⁵ Исто, стр. 112 и 113.

²⁶ Коментар Закона о облигационим односима, књига I (редактори: Благојевић, Б. и Круљ, В.), стр. 168.

²⁷ Исто.

²⁸ Porchy, S. S., *н. д.*, стр., стр. 109; Nikšić, S., „Kauza obaveze i srodni instituti u poredbenom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 54 (4), 2006, стр. 1069; Коментар Закона о облигационим односима I, стр. 167.

није наследник, с обзиром на то да се поклон сматра као извршење моралне, дакле, законске дужности. Супротно томе, као неморалан оцењен је уговор о поклону инспирисан жељом да се успостави ванбрачни однос или да се он одржи, јер се на тај начин купује слобода поклонопримца.²⁹

3. Мотив (побуда)

Мотив (побуда³⁰) је лични, скривени, психолошки процес, побуда која опредељује једну страну да предузме радње давања, чињења или да у облигационом односу не чини оно што би могла, односно да трпи. Он није првенствени циљ којем стране теже. По правилу и не улази у садржину уговора. Представља намеру да се постигне правни циљ – кауза уговора. „Док основ објашњава обавезу уговорника, мотив даје објашњење за сам основ“³¹, који може бити садржан у облигацији.

Ако купујем стан за становање то мора бити усељив стан. Али ако купујем стан у одређеном граду где сам очекивао да ћу добити посао, а не добијем га, то су лични мотиви које суд неће узети у обзир.³² Према једном мишљењу, кауза је економски циљ које стране хоће да постигну правним послом. Овај циљ се, у одређеној фази процеса хтења, појављује и као мотив. Кауза је посебан економски мотив који је стереотипан³³ за поједину врсту уговора. Стога се разликује од каузе која је правни циљ обавезивања једне стране. Кауза је саставни део уговора без које он није пуноважан, док мотив, као скривена побуда за његово закључење, по правилу је изван садржине уговора. За разлику од каузе мотив није битан услов за постојање уговора. Мотиви су и код уговора исте врсте најчешће различити.³⁴ На пример, у сваком уговору о продаји најчешће су различити мотиви који опредељују продавца и купца на закључење уговора. Кауза је, међутим, иста у сваком уговору о продаји (продавца да стекне право својине на одређеној своти новца, а купца да стекне право

²⁹ Venabent, A., *Droit civil, Les obligations*, Paris 1989, стр. 80.

³⁰ Закон о облигационим односима говори о побуди из којих је уговор закључен. *Речник српског језика* (Матица српска, Нови Сад 2007, стр. 732) одређује да је мотив оно што представља основни емотивни подстрек, унутрашњи подстицај за нечију активност, делатност, поступак и сл., главни подстицајни разлог, побуда, повод“

³¹ Радишић, Ј., н. д., стр. 86.

³² Hess-Fallon, Anne-Marie, S., *Droit civil*, Dalloz, Paris 2010, стр. 245.

³³ Гамс, А., „Кауза и правни основ“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1959, стр. 169.

³⁴ Радишић, Ј., н. д., стр. 86.

својине на ствари или праву која је предмет уговора) и представља његово објективно својство. Због тога је позната другој уговорној страни.

По правилу, мотив због којег је двострано обавезни уговор закључен не утиче на његову пуноважност и у случају да је недозвољен. Када је мотив унесен у садржину уговора као његов састојак, тада може утицати на његову пуноважност.

3. Кауза у ЗОО и судској пракси

У одредбама ЗОО и судској пракси прихваћена је субјективно-објективна теорија. Свака уговорна обавеза мора имати по речима ЗОО допуштен „основ“ (каузу). „Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав“ (члан 51 став 1 и члан 52 ЗОО).³⁵

Кауза обавезе битан је услов постојања сваког уговора и представља разлог и циљ обавезивања стране у уговору. У теретном уговору мотив за његово закључење, по правилу, не узима се у обзир. Мотив за закључење уговора постаће релевантан ако је уговорен као битан услов за његову пуноважност. Код уговора без накнаде мотив (побуда) је релевантна и када међу странама није утврђена као услов пуноважности уговора („али је дародавцу послужила као једини разлог даровања“).³⁶ Уговор је ништав ако кауза не постоји (каузални уговори).³⁷ Изузетно, обавеза може постојати и кад кауза није видљива јер се њено постојање претпоставља (апстрактни уговори).³⁸

У двострано обавезним уговорима једна уговорна страна се оба-

³⁵ Такав став недвосмислено прихвата и судска пракса: „Од општих услова за настанак облигационог уговора је постојање каузе и њене допуштености. Свака уговорна обавеза мора имати допуштени основ, а основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав“ (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 330/2009 од 10. јуна 2009, *Paragraf Lex*). Члан 1325 тачка 2 ИГЗ прописује да је постојање основа један од општих услова за настанак уговора. Члан 17 ШвЗО одређује да је признање дуга пуноважно и без назначења основа обавезе. Из ове одредбе произлази да се постојање основа обавезе и уговора претпоставља.

³⁶ Перовић, С., *н. д.*, стр. 334.

³⁷ Тако је у једном случају заузет став да: „Уговарање враџбина је ништаво због одсуства правног основа, па се примљени износ мора вратити“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5113/2002 од 19. децембра 2002, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/2003, стр. 65).

³⁸ Такав је и став судске праксе: „Сходно одредби члана 51. ЗОО, кауза је непосредни разлог за закључење уговора. Притом, није од значаја да ли се кауза види или се она пак не види из закљученог уговора. Ако се кауза не види из закљученог уговора, тада је треба установити, и то не само из садржине уговора већ испитивањем околности које су довеле до закључења таквог уговора. При оцењивању да ли нека околност представља каузу, треба имати у виду како побуде, односно мотиве странака за закључење уговора, тако и обичаје у промету, као и општа морална

везује да испуни своју обавезу у очекивању испуњења обавезе друге стране. Тако се осленик у уговору о делу (члан 600 ЗОО) обавезује извођачу да ће му исплатити накнаду у очекивању да му извођач обави одређени посао.

Кауза обавезе битан је услов пуноважности и добротиних уговора, али има друкчију садржину. Основ обавезивања нпр. поклонодавца није мотивисан стицањем неких права од обдареног него намером да поклонопримцу пренесе право својине на некој ствари без накнаде (*animus donandi*) те је мотив саставни део основа добротиног уговора.³⁹

Ако је недопуштени мотив битно утицао на одлуку једног уговорача да закључи уговор, а други уговорач је то знао или могао знати, уговор је ништав (в. чл. 53 став 2 ЗОО). Исто дејство има и мотив који по споразуму страна или по природи посла утиче на судбину уговора. Код уговора без накнаде битном заблудом сматра се и заблуда о побуди (мотиву), која је била одлучујућа за преузимање обавезе (члан 62 ЗОО).

Ништав је говор без накнаде и кад прималац користи без накнаде није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог саговорача (чл. 53 ст. 3 ЗОО). На недопуштен мотив може се позвати само страна која за своја давања не прима никакву корист.

Мотиви (побуде) уговорача релевантни су у свим забрањеним уговорима. Основ уговора често није видљив али се и тада претпоставља „да обавеза има основ“ (чл. 51 став 3 ЗОО).

Да би уговорна обавеза била пуноважна, мора имати допуштену каузу. Она је недопуштена ако је противна принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 51 став 2 ЗОО).⁴⁰ Ништав је уговор у коме не постоји кауза⁴¹ или је она недопуштена (члан 52 ЗОО).⁴² Тако је без каузе обавезивање продавца да преда купцу индивидуално

начела. Ако суд утврди да кауза, односно основ за закључење уговора не постоји или је пак недопуштен, тада је уговор ништав сагласно одредби члана 52. ЗОО“ (Пресуда Савезног суда, Гзс. 15/2000 од 29. јуна 2000. – Судска пракса привредних судова, *Билтен*, бр. 4/2000, стр. 90).

³⁹ Исти став заузима и судска пракса: „Ништав је уговор о поклону због губитка основа ако је побуда због које је поклон учињен отпала или се није остварила“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1147/2005 од 1. децембра 2005, *Paragraf Lex*).

⁴⁰ Слични разлози ништавости уговора предвиђени су чл. 1131–1133 ФГЗ. О каузи уговора у француском праву видети нпр.: Venabent, A., *н. д.*, стр. 75–82.

⁴¹ У судској пракси је, у том смислу, заузет став: „Уговарање враџбина је ништаво због одсуства правног основа, па се примљени износ мора вратити“ (Пресуда ВСС Рев. 5113/02 од 12. децембра 2002, *Билтен ВСС*, бр. 1/2003, стр. 62).

⁴² У судској пракси ова законска одредба се тумачи екстензивно: „Незаконит и неморални мотив, односно побуда доводе до ништавости уговора ако је недопуштена побуда водила постизању

одређену ствар која је у време закључења уговора потпуно уништена.

Уговорне стране некада код трећих лица стварају привид као да су закључиле уговор с одређеном каузом иако тај уговор нису закључиле – фиктивна кауза, или прикривају стварну каузу истичући неку другу – симуловану каузу. Такви (привидни) уговори су ништави (чл. 66 ст. 1 ЗОО). Али када симулована кауза уговора прикрива другу допуштену каузу уговора, други уговор важи ако су испуњене претпоставке за његову правну ваљаност (чл. 66 ст. 2 ЗОО). Када уговорне стране спољњем свету прикажу да су закључиле уговор о поклону, а стварно су закључиле уговор о продаји непокретности, важи овај последњи, ако су испуњене претпоставке за његову пуноважност.

III. Кауза и Правни Основ

1. Појам. Порекло вишезначности појма каузе

Латинска реч *causa* (*causa*) преводи се као основ, узрок, повод, разлог, правни наслов.⁴³ У природним али и друштвеним наукама реч кауза означава узрочност, узрочну везу, однос узрока и последице, при чему су узрок и последица недељиви.⁴⁴ Према томе, реч *causa* имала је више значења. Њена вишезначност потиче из римског права, које је темељ и нашег грађанског права. Римљани су, уопште, каузом називали неку чињеницу која проузрокује неки догађај али и чињеницу због које се нешто није догодило.⁴⁵ Због тога се и данас кауза уговорне обавезе често изједначава са правним основом (титулусом, насловом) за стицање стварног или облигационог права.⁴⁶

Облигације, према Гају, настају из неког контракта (правног посла), из деликта и других разлога. То су разлози али и кауза настанка облигација. Јустинијанове Институције одређују да кауза облигације може

недопуштеног циља уговора, па је стога правилно утврђена ништавост уговора о располагању имовином задруге који је закључен с циљем избегавања намирења поверилаца из те имовине у случају отварања стечајног поступка“ (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 116/2007(1) од 13. децембра 2007, *Paragraf Lex*).

⁴³ Ђорђевић, Ј., *Латинско-српски речник* (репринт издања из 1886), Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1997, стр. 232; Ромас, А., *Рјечник римског права*, Informator, Zagreb 1989, стр. 55.

⁴⁴ *Filozofski rječnik* (u redakciji Vladimira Filipovića), Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984, стр. 167.

⁴⁵ Маленица, А., „О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-2/2008, стр. 188.

⁴⁶ Салма, Ј., „О каузи облигационих уговора“, *Правни живот*, број 4/85, стр. 424.

бити контракт, квазиконтракт, деликт или квазиделикт.⁴⁷

Causa у римском праву означавала је и правни разлог или правни основ облигационог или другог односа или одређене правне ситуације које зависе од каузе.⁴⁸ Истиче се да је најчешће овај појам коришћен да значи непосредни правни циљ који покреће стране да закључе неки уговор или предузму други правни акт. То може бити купопродајни уговор (*causa venditionis*), поклон (*causa donationis*), тестамент (*causa hereditaria*), легат (*causa legati*) и сл.⁴⁹ Појам *iusta causa*, с обзиром на последице које изазива, значајан је за државину, традицију и узукапију. Ако је државина ствари стечена законито протеком времена узукапијом (*iusta causa usucapionis*) на њој држалац стиче право својине. Право својине на ствари може се пренети на другога само ако постоји *iusta causa traditionis* – правни посао на основу којег је извршена традиција.⁵⁰

2. Разлике између каузе и правног основа

Кауза уговора разликује се од правног основа иако су ова два института повезана. Правни основ може се означити као титулус (*titulus iuris*) који заснива само облигациони однос (да би се стекло право својине на ствари нужен је и начин стицања – предаја покретне ствари или упис у катастар непокретности). Засновани облигациони однос ствара само захтев за стицање стварног права на ствар. Он је уједно правни основ (*titulus iuris*) да би се у будућности прибавило неко стварно право.⁵¹ Према томе, правни основ настаје изјавом воље учесника у правном послу (сагласне, ако је закључен уговор), за разлику од каузе (*causa finalis*) која представља циљ (ефекат) који стране желе постићи.⁵² Из облигационих односа проистиче субјективно облигационо право. Облигациони односи „настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница“ (члан 1 ЗОО). Ови формални извори субјективног облигаци-

⁴⁷ Маленица, А., н. д., стр. 188.

⁴⁸ Ромас, А., н. д., стр. 55.

⁴⁹ Бујуклић, Ж., *Forum Romanum*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, стр. 167.

⁵⁰ Ромас, А., н. д., стр. 55.

⁵¹ Vizner, B., „Da li je u pitanju pravni osnov (*titulus iuris*) ili glavni cilj (*causa finalis*) obveznog ugovora“, *Naša zakonitost*, број 8/1977, стр. 28.

⁵² Гамс, А., „Кауза и правни основ“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1959, стр. 171.

оног права у овом члану набројани су по редоследу који одсликава њихову важност у правном животу. Следом тога, уговор, као најважнији извор облигација, регулисан је најдетаљније у ЗОО (чл. 26–153). Сви ови извори облигација јесу правне чињенице (како то проистиче из члана 1 ЗОО) или правна основа (*titulus iuris*) облигационих односа и субјективног облигационог права.⁵³

У правној науци се правни основ одређује као једна или више чињеница за које грађанско право везује постанак, промену или престанак правног односа. Тако је уговор о продаји правни основ за настанак облигационог односа, а затим и правни основ за стицање права својине.⁵⁴

Повезаност али и мешање правног основа (титулуса) и каузе проистекло је из вишезначности каузе у римском праву.

Правни основ увек постоји пре настанка неког грађанскоправног односа – то је узрок који претходи (*causa efficiens*).⁵⁵ Он је претпоставка за настанак сваког правног односа и представља постојећу чињеницу. Кауза, циљ (*causa finalis*) јесте стање које стране желе да остваре и биће последица онда када буде остварено.⁵⁶ У случају спора постојање правног основа мора се доказати. За настанак грађанскоправног односа није довољно да постоји само правни основ, него да се остваре и друге чињенице (на пример: да је преносилац ималац стварног права и да постоји начин стицања – *modus acquirendi*). Ако се имовинска права (не само стварна или облигациона) стичу на деривативан начин, правни основ стицања јесте правни посао. Стицање наслеђа на основу тестаментa или легата јесте деривативно стицање јер је тестамент једностранни правни посао.

3. Основ (кауза) и правни основ у ЗОО

Пре доношења ЗОО, у правној науци је коришћен израз основ обавезе, циљ у значењу кауза или само кауза. Тако се истиче да „пуноважност и правна природа уговора зависи од његовог правног основа (*causa*) због кога контрахенти преузимају на себе обавезе који из уговора произлазе“,⁵⁷ да „циљ (*causa finalis, causa*) значи неко стање, које је предочено

⁵³ Vizner, Boris, *н. д.*, стр. 35.

⁵⁴ Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, knjiga I, Školska knjiga, Zagreb 1959, стр. 39.I

⁵⁵ Vedriš, M., „Osnova“ по Zakonu о obveznim odnosima, *Privreda i pravo*, број 1/1979, стр. 6.

⁵⁶ Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1972, стр. 170; Vuković, M., *н. д.*, стр. 46.

⁵⁷ Спаић, В., *Облигационо право*, Веселин Маслеша, Сарајево 1960, стр. 154.

и које ће бити посљедица тек онда, кад буде остварено⁵⁸ те да „основ или *causa* код уговора садржи ближу подлогу за примљену обавезу, и он у исто време одређује правни карактер закљученог посла“.⁵⁹ Осим тога, поједини истакнути правни писци су, такође пре доношења ЗОО, у својим радовима користили израз кауза.⁶⁰

Под насловом III. Основ ЗОО у члановима 51, 52 и 53 у ствари регулише каузу – правни циљ који стране желе постићи уговором, а не правни основ. Основу уговорне обавезе ЗОО није дефинисао исто као ни ФГЗ који му је, за овај институт, био узор. Због тога, али и различитих схватања о основу (каузи), Закон о обвезним односима Хрватске⁶¹ није преузео одредбе о основу из ЗОО. Преузео је само одредбе о побудама за закључење уговора формулисане у члану 273 Закона о обвезним односима, за које се сматра да остварују „циљ који је био намијењен институту основе“.⁶²

Основ (кауза) се, према члану 51 став 3 ЗОО, претпоставља да постоји и кад није изражена. Правни основ се не претпоставља. Мора се доказати његово постојање да би се стекло грађанско право. Кауза јесте битни објективни и саставни део уговора. Остварује се испуњењем уговорних обавеза јер је то правни циљ који су стране желеле да постигну. Она је, стога, правно формулисан циљ који се објективно постиже испуњењем уговорних обавеза (*causa finalis*).⁶³

Претпоставља се да уговор или друга облигација има каузу и кад није изражена. На основу ове особине уговори се деле на каузалне и апстрактне

Поједини правни писци оправдано разликују правни основ у ширем смислу и титулус као основ у ужем смислу. Правни основ у ширем смислу јесте пропис објективног права који дозвољава да тај правни посао буде извор права и обавеза страна – учесника у правном послу. Као основ у ужем смислу, титулус јесте изјава и сагласност воља која ствара правни однос.⁶⁴

Кауза има подлогу у правном основу (титулусу), а правни посао у

⁵⁸ Vuković, M., *н. д.*, стр. 45.

⁵⁹ Марковић, Л., *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, стр. 211; Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1977, стр. 78–84.

⁶⁰ Гамс, А., „Кауза и правни основ“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1959, стр. 156–175; Перовић С., „Теорија недозвољене каузе у практичној примени“, *Анали Правног факултета у Београду*, јануар-фебруар 1972, стр. 435–448.

⁶¹ „Narodne novine“ 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 и 29/18 (пречишћен текст закона).

⁶² Klarić Petar i Vedriš Martin, *н. д.*, стр. 148 и 150.

⁶³ Vedriš, M., „Osнова“ по Zakonu о obveznim odnosima, *Privreda i pravo*, број 1/1979, стр. 7.

⁶⁴ Гамс, А., „Кауза и правни основ“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/1959, стр. 172.

каузи уговорне обавезе.⁶⁵ Правни основ (титулус) означава шири појам, а кауза уговорне обавезе представља његов део.⁶⁶ Грађанско право се може стећи само ако постоји пуноважан правни основ.⁶⁷

Каузу (основ) од основа правног посла ЗОО ипак разликује. Ово произлази из одредаба чл. 210–219 ЗОО, које регулишу стицање без основа. Стицалац дела имовине неког лица дужан је да је врати: ако такво стицање „нема свој основ у неком правном послу или у закону“; ако је примљен „с обзиром на основ који се није остварио“ или с обзиром на основ „који је касније отпао“.

Правни основ за стицање, промену или престанак субјективног грађанског права јесте правни посао (најчешће уговор и тестамент), али и било која друга чињеница одређена законом – законско наслеђивање, судска одлука, одржај, стицање од невластника итд.

Кауза обавезе може утицати на настанак и пуноважност правног посла, док стицање без основа (*condictio sine causa*) не мора бити везано за непуноважни правни посао.⁶⁸ Стицање без основа настаје кад је део имовине једног лица прешло у имовину другог лица без правног основа (правног посла или чињеница прописаних законом), те и оног који се није остварио.

Одељак 3. Стицање без основа (чл. 210–219 ЗОО), не регулише каузу (основ), али се из ових одредаба запажа повезаност каузе и правног основа (кад не постоји ни правни основ а ни кауза).

IV. Преднацрт ГЗ и основ (кауза)

Преднацрт ГЗ преузео је у Одсеку 1 (чл. 201 и 202) израз „основ“ и наслов Основ те већину одредаба које регулишу само основ (чл. 51, 52 и 53 ЗОО) и у сада важећем чл. 63 (неспоразум) и чл. 66 (привидан уговор) ЗОО.⁶⁹

Одредбе чл. 201 и 201 Преднацрта ГЗ скоро у целини су преузеле решење Скице. Разлика је уочљива само у члану 201 став 1 Преднацрта, који предвиђа да је „ништава обавеза чији је основ противан принудним

⁶⁵ Cigoj, S., „Ulog i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu“, *Pravni život*, br. 10-12/88, стр. 1461.

⁶⁶ *Isto*, стр. 1467.

⁶⁷ Nikšić, Saša, „Kauza obaveze i srodni instituti u poredbenom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 56 (4), 2006, стр. 1081.

⁶⁸ Nikšić, Saša, *н. д.*, стр. 1097.

⁶⁹ Судбина привидног уговора (симулација) регулисана је у члану 242 Преднацрта ГЗ.

прописима, јавном поретку, добрим обичајима или моралу“, уместо синтагме наведене у члану 31 став 1 Скице, да је „ништава обавеза чији је основ противан закону, или јавном поретку или моралу“.

Члан 201 Преднацрта ГЗ има пет ставова, а регулисао је и правне ситуације настале неспоразумом страна (члан 63 ЗОО) и закључењем привидног уговора (члан 66 ЗОО). Због тога су у Одсеку 3 (Мане воље), на одговарајућим местима, ове одредбе оправдано изостављене.

Одредбе чл. 201 и 202 Преднацрта ГЗ, као ни чл. 51, 52 и 53 ЗОО, у делу који регулише санкцију због недозвољене каузе, кад она не постоји или кад је неистинита, нису усклађене са општим одредбама које регулишу неважност уговора. Управо у тим одредбама неки правни писци налазе недовољно чврсто упориште за одбрану категорије непостојећих уговора. Уговори могу бити ништави и рушиви. Тако је према члану 201 Преднацрта ГЗ: „ништава обавеза чији је основ противан принудним прописима, јавном поретку, добрим обичајима или моралу“ (став 1); „ако основ не постоји, обавеза је без дејства“ (став 2); „уговор је без дејства ако је један уговорник био у заблуди о основу“ (став 4). Такође, члан 202 ст. 2 и 3 Преднацрта ГЗ говори кад ће „уговор бити без дејства“ (став 2), односно кад неће производити „никаква правна дејства“ (став 3).

У свим овим случајевима уговор је ништав, што је требало и навести у предложеним одредбама Преднацрта ГЗ.⁷⁰

Уместо израза „основ“, који је непрецизан и изазива недоумице, примереније је усвојити, у правној литератури већ уобичајен, израз „кауза“. Кауза није институт који је настао у српском праву, него је преузет и преведен као основ. Низ латинских и старогрчких речи одомаћио се у српском језику (тестамент, легат, хипотека итд.) и није неуобичајено да се преузме и реч кауза.

⁷⁰ Види о томе детаљније: Бабић, И., „Неважећи правни послови“, *Архив за правне и друштвене науке*, број 4/2001.

CAUSE OF CONTRACT – MOTIVES AND THE TITLE OF RIGHT

Ilija Babić, PhD*

Conclusions

Cause (consideration) is a legal purpose of binding and the essential reason for a party to enter into a contract. From one point of view, it is the same in the same type of contracts, except gratuitous acts.

The doctrine of cause was introduced by a French jurist Jean Domat, but it was denied by anticausalist arguments. The best known is Planiol's opinion.

Based on the concept of cause in the contemporary law, three principal theories can be underlined: 1) objective, 2) subjective, and 3) subjective and objective (implemented in the Serbian Law of Contract and Torts and in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code).

Motives are not the primary purpose of parties while entering into the contract. It involves the intention to realize a legal purpose - cause of contract, and generally is not included in the contents of a contract. The title of acquiring right (titulus iuris) arises from a declaration of intent of a party creating legal relation (consent if contract is drawn up), contrary to the cause of contract (causa finalis) that represents a legal purpose of contracting parties.

The Serbian Law of Contract and Torts regulates the cause of contract in articles 51-53. untitled „Grounds“. Contrary to that solution, legal writers prefer to use the term of cause instead of grounds. However, the term of grounds adopted by the Serbian Law of Contract and Torts implies some other relations, which create new legal dilemmas in theory and practice.

In the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code (Draft) the term of grounds was taken from the Law of Contract and Torts and the Draft of the Law on Obligations and Contracts. Instead of the term of grounds, which is imprecise, it should be more appropriate to adopt the term of cause, already common in legal literature.

Keywords: *cause (consideration), grounds, title of right, motives, cause of contract, theories of cause, anticausalist writers.*

* Full Professor of the Law College at the Pan-European University “APEIRON” in Banja Luka

UDK: 336.717:347.97/.99(497.5)

doi 10.7251/PR5919077P

Оригинални научни чланак

CHF I HRK/CHF KREDITI U PRAKSI HRVATSKIH SUDOVA

Prof. dr. sc. Silvija Petrić*

***Apstrakt:** Praksa hrvatskih sudova potvrđuje da su u ugovorima o CHF i HRK/CHF kreditima korištene nerazumljive ugovorne odredbe o glavnici i kamatama. Takav način ugovaranja suprotan je zahtjevima ustaljene prakse Suda EU, koja zahtijeva ugovaranje sadržajno jasnih i razumljivih kriterija na temelju kojih potrošač može predvidjeti ekonomske posljedice koje za njega proizlaze iz ugovaranja valutne klauzule u CHF. Takve ugovorne odredbe ispunjavaju sva tri uvjeta testa nepoštenosti preuzetog iz Direktive 93/13/EEZ u hrvatsko pravo. Suprotno načelu savjesnosti i poštenja, banke su povrijedile kogentne odredbe propisa o kreditiranju i zaštiti potrošača stoga što su propustile ugovoriti i objasniti kriterije o kojima ovisi promjena predmeta i cijene kredita. To je rezultiralo znatnom pravnom i ekonomskom neravnotežom u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.*

***Ključne riječi:** potrošački ugovor o kreditu; valutna klauzula; zahtjev transparentnosti*

1. Uvodne napomene

O različitim pravnim aspektima potrošačkih ugovora o kreditu vezanim uz valutnu klauzulu u CHF, koji su se na hrvatskom tržištu kredita uglavnom sklapali u razdoblju od 2003. do 2008., jako je mnogo do sada napisano i rečeno. Ovaj rad ima za cilj sažeto prikazati razvoj stajališta hrvatskih sudova koji su odlučivali o zahtjevu za utvrđenje ništetnima odredaba CHF

* Prof. dr. sc. Silvija Petrić, redovita profesorica na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, spetric@pravst.hr

i HRK/CHF ugovora o kreditu o promjenjivoj kamatnoj stopi i o valutnoj klauzuli. Pri tome se najviše pozornosti pridaje odlukama donesenima u postupku povodom tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, ne samo zbog značaja tih odluka za zaštitu pojedinačnih potrošača u kasnijim individualnim parnicama, nego i zbog činjenice da je upravo ovaj postupak najbolje ilustrirao svu složenost pravnih pitanja proizašlih s jedne strane iz specifičnosti potrošačkog ugovornog prava (konkretno, pravila o nepoštenim ugovornim odredbama i o potrošačkim kreditima), a s druge strane zahtjeva da se navedeni pravni okvir tumači u skladu s europskim pravom, uključujući i obvezujuću praksu Suda EU.

2. Pravni okvir primjenjiv na sporne CHF i HRK/CHF ugovore o kreditu

U vrijeme sklapanja spornih ugovora o kreditu, dakle prije pristupanja RH Europskoj uniji (dalje: EU) 2013, na njih se primjenjivao relativno složeni pravni okvir čiji su dijelovi u hrvatsko pravo preuzeti iz prava EU u procesu usklađivanja hrvatskog prava s pravom EU, a na temelju obveza koje je RH preuzela potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 2001. (dalje: SSP).¹ Tako su za sklapanje spornih kredita relevantne bile odredbe *ex* Zakona o bankama (dalje: ZB) iz 2002.² i njegovih podzakonskih akata³. *Ex* čl. 80 ZB-a propisivao je dužnost bankama na odgovarajuće usklađivanje i preuzimanje odgovornosti za rizike radi promjene kamatnih stopa, tečajeva stranih valuta, cijene vrijednosnih papira i ostalih financijskih instrumenata ili ostalih tržišnih rizika, a *ex* čl. 172 st. 2 ZB-a obvezivao je banku u predugovornoj fazi predočiti i učiniti dostupnim potrošaču „sve bitne uvjete ugovora iz kojih su jasno vidljiva prava i obveze ugovornih strana.“ Isto tako, u vrijeme sklapanja spornih ugovor *ex* čl. 62 st. 1 Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. (dalje: ZZZP 2003)⁴ i *ex* čl. 77 st. 1 Zakona o zaštiti potrošača iz 2007. (dalje: ZZZP 2007)⁵ propisivali su dužnost zajmodavca

¹ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01, 15/01, 14/02, 1/05, 7/05, 9/05 i 11/06, stupio na snagu 1. veljače 2005.

² Zakon o bankama, NN br. 84/02, 141/06, 117/08 i 74/09.

³ Odluka o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite, NN br. 74/03 i 1/09. Iako u manjoj mjeri, s obzirom da je većina spornih kredita sklopljena do kraja 2008, relevantne su i odredbe Zakona o kreditnim institucijama, NN br. 117/08, 74/09, 153/09, 108/12, 54/13 i 159/13, koji je zamijenio ZB.

⁴ Prvi zakon o zaštiti potrošača donesen je u RH 2003. Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 96/03.

⁵ Drugi Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12 i 56/13. Danas

prije sklapanja ugovora u pisanom obliku obavijestiti potrošača o najvišem iznosu zajma, o nominalnoj godišnjoj kamatnoj stopi, te o pretpostavkama pod kojima se oni mogu promijeniti. Potrebno je napomenuti da ZZZP 2003. i ZZZP 2007. preuzimaju niz EU direktiva o zaštiti potrošača,⁶ a među njima za ovaj problem posebno značajne *ex* Direktiva 87/102/EEZ o potrošačkim ugovorima o kreditu⁷ i Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim ugovornim odredbama.⁸ Iako, za razliku od sada važećih propisa,⁹ ovi zakoni nisu izričito predviđali obvezu banke upozoriti potrošača na tečajne i valutne rizike, ta je obveza bila sadržana u navedenim normama. Naime, s obzirom na to da su valutna klauzula i promjenjiva kamatna stopa odredbe koje utječu na visinu dugovane glavnice i kamata, iz navedenih zakonskih obveza informiranja proizlazi da je potrošač u predugovornom stadiju morao biti informiran o njihovom utjecaju na njegove buduće obveze.¹⁰ Što se tiče oglašavanja, kogentne norme *ex* čl. 63 ZZZP 2003. i *ex* čl. 78 ZZZP 2007, za sve oblike oglašavanja obvezuju banke na iskazivanje kamatne stope, svih troškova zajma, te efektivne kamatne stope.

Osim toga, primjenjive su bile i odredbe ZZZP 2003. i ZZZP 2007. o zabrani zavaravajućeg oglašavanja i nepoštenih poslovnih prakse.¹¹ Odredbe kojima se zabranjuje nepoštena poslovna praksa od posebnog su značaja, budući da i Europska komisija i praksa Suda EU upozoravaju na potrebu uzimanja u obzir različitih vidova nepoštenih poslovnih praksi prilikom ocjene nepoštenosti odre-

je na snazi Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 41/14, 110/15 i 14/19 (dalje: ZZZP). Više kod Petrić, S., *Temeljna obilježja prava zaštite potrošača Republike Hrvatske u svjetlu novog Zakona o zaštiti potrošača*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70, 2015, str. 719–736

⁶ Čl. 69 SSP-a, tzv. *opća harmonizacijska klauzula*, obvezivao je RH na usklađivanje hrvatskih propisa s pravnim okvirom Unije i prije pristupanja EU. Čl. 74 SSP-a zahtijevao je poštovanje europske politike zaštite potrošača i usklađivanje hrvatskog prava s EU direktivama, kao pravnim aktima koji pretežno uređuju ovu materiju.

⁷ Direktiva 87/102/EEZ Vijeća od 22. prosinca 1986. o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica koji se odnose na potrošačke kredite, SL L 42/48, izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ Vijeća, SL L 61/14 i Direktivom 98/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 101/17.

⁸ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL L 95.

⁹ Zakon o potrošačkom kreditiranju, NN br. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13-*corrigendum*, 9/15. 78/15, 102/15, i 52/16; Zakon o stambenom potrošačkom kreditiranju, NN br. 101/17; Zakon o kreditnim institucijama, NN br. 159/13, 19/15, 102/15 i 15/18.

¹⁰ Praksa Suda EU u području potrošačkog kreditiranja zahtijeva da nacionalni sudovi po službenoj dužnosti paze na povrede obveza predugovornog informiranja, te da poduzimaju mjere propisane nacionalnim pravom za njihovo sankcioniranje. Vidi presudu od 21. travnja 2016, C-377/14, *Radlinger and Radlingerová*, EU:C:2016:283, para. 102.

¹¹ *Ex* čl. 3, 89–95 i 108 ZZZP iz 2003. preuzima se Direktiva Vijeća 84/450/EEZ od 10. rujna 1984. o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju, SL L 250. Dio III, čl. 107–115 ZZZP-a iz 2007. preuzimaju Direktivu 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. u vezi s nepoštenim poslovnim praksama poduzetnika prema potrošaču na unutarnjem tržištu, SL L 149.

daba ugovora o kreditu.¹²

U pogledu obveza vezanih za zaključenje ugovora o kreditu, iako propisi važeći u vrijeme zaključenja spornih ugovora ne predviđaju izričito dužnost davatelja kredita na objašnjavanje učinaka ugovaranja valutne klauzule i promjenjive kamatne stope, niti obvezu da se odredbe takvog sadržaja unesu u ugovor, one proizlaze iz *ex* čl. 59 iz ZZZP 2003. i *ex* čl. 74 ZZZP iz 2007, koji predviđaju¹³ da ugovor o potrošačkom zajmu mora, između ostaloga, sadržavati odredbu o iznosu zajma, o nominalnoj kamatnoj stopi i pretpostavkama pod kojima se može promijeniti, o EKS i pretpostavkama pod kojima se može promijeniti, o iznosu, broju i razdoblju ili datumu otplate pojedinih obroka zajma, kamate i ostale troškove zajma, ako je moguće, ukupan iznos tih uplata, te odredbu o ukupnom trošku zajma. Isto tako, *ex* čl. 173 st. 3 ZB određuje kako su u informacije koje se odnose na odobravanje kredita, uključeni i „iznos otplate glavnice i kamate (...) za pretpostavljeni iznos kredita, rokovi otplate, broj i visina otplatnih obroka.“¹⁴

Svakako najvažnija pravila za sporne odredbe CHF i HRK/CHF ugovora o kreditu su ona koja uređuju institut nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima. Tako ZZZP 2003. i ZZZP 2007,¹⁵ u skladu sa čl. 3 st. 1 Direktive 93/13/EEZ, zabranjuju korištenje nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima, te određuju da su takve klauzule ugovora ništetne.¹⁶ Prema ovim propisima, ugovorna odredba je nepoštena i posljedično ništetna ako

¹² O stavovima Komisije vidi: Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/ Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Brussels, 25.5.2016 SWD(2016) 163 final, str. 21: „*The Court has clarified certain elements of the relationship between these Directives in the Pereničová and Perenič case, which concerned a credit agreement where the annual percentage rate of charge indicated was lower than the actual rate. The Court concluded that such erroneous information provided in the contract terms is ‘misleading’ within the meaning of the Unfair Commercial Practices Directive if it causes, or is likely to cause, the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.*“ i str. 167: „*Traders should not exaggerate economic benefits, not omit information about financial risks to consumer and not over-rely on past performance on the financial product.*“

O stavovima Suda EU vidi: Presuda od 15. ožujka 2012, C-453/10 *Pereničová and Perenič*, EU:C:2012:144; presuda od 21. studenog 2002, C-473/00, *Cofidis* EU:C:2002:705.

Više vidi: Mišćenić, E., Mamilović, I., „Nepoštena poslovna praksa u hrvatskom pravnom sustavu: uređenje i provedba“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. X, br. 1, 2019; Durović, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2016, str. 56; Orlando, S. *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, ERCL, 1/2011, str. 25. *et seq.*

¹³ A preuzimajući odredbe čl. 4 st. 2 Direktive 87/102/EEZ o potrošačkim ugovorima o kreditu.

¹⁴ Obveza iskazivanja u ugovoru svih navedenih elemenata proizlazi i iz čl. 1022 st. 2 ZOO, prema kojemu se „*Ugovorom o kreditu utvrđuju (se) iznos te uvjeti davanja, korištenja i vraćanja kredita.*“

¹⁵ Glava 10 ZZZP 2003. (čl. 81–88); Glava XI. ZZZP 2007. (čl. 96–106). U danas važećem ZZZP isto je uređeno u čl. 49–55.

¹⁶ Isto je za sve građanskopravne ugovore propisano u čl. 296 st. 1 Zakona o obveznim odnosima, NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18 (dalje: ZOO).

kumulativno zadovoljava tri uvjeta: 1) o njoj se nije pojedinačno pregovaralo, te potrošač nije mogao utjecati na njen sadržaj; 2) suprotna je načelu savjesnosti i poštenja; 3) uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.

Prema tada i sada važećim propisima, stranke su slobodne ugovoriti da se „vrijednost ugovorne obveze u valuti Republike Hrvatske izračunava na temelju cijene zlata ili tečaja valute Republike Hrvatske u odnosu prema stranoj valuti.“¹⁷ Drugim riječima, dopušteno je ugovaranje valutne klauzule, i to od stupanja na snagu izmjena bivšeg Zakona o obveznim odnosima iz 1994.¹⁸ O ustavnosti instituta valutne klauzule izjasnio se Ustavni sud RH, tako što odbija prijedlog za ocjenu suglasnosti s Ustavom RH članka 22 ZOO-a, ističući: „...cilj članka 22. ZOO-a nije eventualnim porastom vrijednosti zlata ili ugovorene strane valute omogućiti vjerovniku da po dospijeću obveze ostvari uvećanu vrijednost u odnosu na vrijednost činidbe koju je sam ispunio dužniku. Svrha valutne klauzule je očuvati realnu vrijednost ispunjenja činidbe kako bi protučinidba o dospijeću imala istu vrijednost koju je činidba imala u vrijeme njezina ispunjenja.“¹⁹ Na isti se način o valutnoj klauzuli izjašnjava i pravna teorija²⁰ i sudska praksa.²¹

Što se tiče onih propisa *supra* navedenog pravnog okvira koji su preuzeti iz EU prava, potrebno je naglasiti da hrvatske sudove u njihovoj primjeni obvezuje tzv. načelo tumačenja sukladno pravu EU. To znači, dužnost svih tijela državne vlasti tumačiti odredbe nacionalnog prava, usvojenog prije ili nakon direktive, što je više moguće u skladu s odredbama i ciljevima direktive s kojima su nacionalne norme usklađene.²² Za tumačenjejmova iz EU direktiva nadležan je Sud EU, kao institucija koja jamči jedinstveno tumačenje i primjenu EU prava na čitavom

¹⁷ Čl. 22 ZOO-a.

¹⁸ Zakon o izmjenama i dopunama ZOO-a, NN 3/94, čl. 2 mijenja čl. 395 tadašnjeg ZOO-a, NN br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01.

¹⁹ Rješenje Ustavnog suda RH od 13. prosinca 2016, U-I-392/2011 i dr.

²⁰ Više vidi: Gorenc, V. i dr., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, 2014, str. 64; Akrap, I., Rodin, M., *Ograničenja u primjeni valutne klauzule načelima moralnog sadržaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, br. 2, str. 997–1024.

²¹ Presuda Vrhovnog suda od 12.2.1992, Rev - 2872/1991: „Valutnom klauzulom ugovorne stranke žele postići to da u vrijeme ispunjenja obveze vjerovnik dobije u novcu upravo onu vrijednost koju su stranke imale pred očima kada su sklapale ugovor, a to znači da nastoje ostvariti načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja.“

²² Tako vidi Presuda Suda od 14. srpnja 1994, C-91/92, Faccini Dori v Recreb, EU:C:1994:292, para. 26: „(...) kada se primjenjuje nacionalno pravo, bilo usvojeno prije ili nakon direktive, nacionalni sudovi koji moraju tumačiti to pravo, moraju to činiti na način, što je više moguće, u svjetlu izričaja i svrhe direktive, kako bi se postigao rezultat koji se je imao u vidu i time usuglasilo sa trećim stavkom članka 189. Ugovora.“

teritoriju Unije.²³ Stoga su nacionalni sudovi dužni primijeniti tumačenje dano u praksi Suda EU o značenju pojedinih pojmova koji su u domaće pravo preuzeti iz EU direktiva.²⁴ Praksa Suda EU je dužnost sukladnog tumačenja uzdigla na razinu posebnog načela prava Unije, koji su sudovi i druga tijela dužna primjenjivati.²⁵ U pogledu tumačenja danih u praksi Suda EU ova dužnost nije vremenski ograničena, tj. i kasnije usvojeno tumačenje Suda EU mora se primijeniti na pravne odnose nastale prije takvog tumačenja, a jednako tako i u postupcima koji su u tijeku u trenutku kada je Sud EU izrazio svoj stav. Dužnost sukladnog tumačenja u hrvatskoj se sudskoj praksi, povodom propisa usvojenih u procesu usklađivanja hrvatskog prava s EU pravom, priznavala i prije pristupanja EU, a temeljila se na Ustavom propisanoj dužnosti poštivanja obveza iz međunarodnih ugovora.²⁶ Tako u presudi iz 2015. u pogledu nepoštenih odredaba u CHF i HRK/CHF kreditima, zaključuje i Vrhovni sud RH: „(...) na pravne odnose i sporove proizašle iz njih a koji su nastali prije ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju, a na koje se dakle neposredno ne primjenjuje pravo Europske unije, postoji međutim obveza hrvatskih sudova da tumače nacionalno pravo u duhu prava Europske unije i sveopće njezine pravne stečevine (što uključuje uz ostalo i praksu Suda Europske unije), na što se Republika Hrvatska obvezala sklapanjem Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (...).“²⁷

3. Praksa hrvatskih sudova vezano za CHF i HRK/CHF ugovore o kreditu

Kako je već uvodno napomenuto, u hrvatskoj sudskoj praksi vezanoj za CHF i HRK/CHF ugovore o kreditu treba razlikovati praksu iniciranu individualnim tužbama pojedinih potrošača, od sudskih odluka (uključujući i odluku Ustavnog suda RH) koje su inicirane tužbom za zaštitu kolektivnih

²³ Čl. 19 para. 1 UEU (Ugovor o EU (UEU), SL C 202/1 od 7. lipnja 2016. (konsolidirana verzija)), određuje da Sud kao institucija EU osigurava da se u tumačenju i primjeni Ugovora poštuje pravo.

²⁴ Ova dužnost proizlazi iz definicije direktive iz čl. 288 st. 3 UFEU i načela lojalnosti iz čl. 4 st. 3 UEU: „Države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Ugovora ili akata institucija Unije“ (...) i „olakšavaju ostvarivanje zadaća Unije i suzdržavaju se od svake mjere koja bi mogla ugroziti postizanje ciljeva Unije.“

²⁵ Presuda Suda od 13. studenog 1990, C-106/89, *Marleasing v Comercial Internacional de Alimentación*, EU:C:1990:395, para. 6: „(...) treba imati u vidu da je (...) obveza država članica koja proizlazi iz direktive postići rezultat utvrđen direktivom i njihova dužnost prema članku 5. Ugovora poduzeti sve prikladne mjere, bilo opće ili posebne, kako bi se osiguralo ispunjenje te obveze, obvezujuća za sva tijela država članica, uključujući, za pitanja u njihovoj nadležnosti, za sudove.“

²⁶ Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14, čl. 134.

²⁷ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, RevT-249/14-2, str. 22.

interesa potrošača. Ne umanjujući značaj odluka donesenih u individualnim postupcima, iz *supra* navedenih razloga na ovom mjestu se pozornost prvenstveno usmjerava na ovu drugu kategoriju sudskih odluka.

3.1. O kolektivnoj zaštiti interesa potrošača u hrvatskom pravu

U hrvatskom pravu sustav sudske zaštite kolektivnih interesa potrošača uređen je u čl. 106–122 ZZZP-a.²⁸ Prema čl. 106 ZZZP-a, svako ovlašteno tijelo ili osoba ima pravo pokrenuti postupak za zaštitu kolektivnih interesa potrošača protiv osobe čije je postupanje u suprotnosti s određenim odredbama ZZZP-a, uključujući i odredbe o nepoštenim klauzulama potrošačkih ugovora (čl. 49–56 ZZZP-a).²⁹ Čl. 107 st. 1–4 ZZZP-a određuje da Vlada RH određuje tijela ili osobe ovlaštene za pokretanje ovog postupka.³⁰ Tužba se može podići protiv pojedinih trgovaca ili skupine trgovaca iz istoga gospodarskog sektora, komorskih i interesnih udruga trgovaca koje promiču protupravno postupanje, kao i protiv nositelja pravila postupanja trgovaca kojima se promiče korištenje nepoštenih poslovnih prakse u smislu pravila ZZZP-a (čl. 106 st. 2). Za suđenje je stvarno nadležan trgovački sud, a mjesno sud mjesta tuženika. Osim određenih iznimaka, ZZZP ne uređuje postupak povodom tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, već upućuje na primjenu pravila Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP).³¹ Ako sud utvrdi da je tužbeni zahtjev za zaštitu kolektivnih interesa potrošača osnovan, presuda mora sadržavati utvrđenje i definiranje čina povrede propisa o zaštiti potrošača, nalog tuženiku da prekine s takvim postupanjem, zabranu takvog ili sličnog ponašanja ubuduće, te ako je to moguće, određenje mjera potrebnih za uklanjanje štetnih posljedica protupravnih postupanja (čl. 116 ZZZP-a). Odnos kolektivne i individualne zaštite potrošača uređen je na način da su proširene subjektivne granice

²⁸ O uređenju kolektivne zaštite interesa potrošača u ZZZP 2003. i ZZZP 2007. više vidi: Baretić, M., *Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu*, u: Tomljenović, V., Čulinović Herc, E., Butorac Mahnar, V. (ur.), *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009, str. 255–275.

²⁹ Postupak kolektivne zaštite potrošača moguće je pokrenuti i radi povrede nekih odredaba ZOO-a, ZPK-a, te niza drugih normativnih akata čija pravila u cijelosti ili dijelom štite interese potrošača.

³⁰ U ovom trenutku na snazi je Odluka o određivanju tijela i osoba ovlaštenih za pokretanje postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, NN br. 105/14.

³¹ Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91, NN br. 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 i 89/14. Zakonom o izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2011. iza čl. 502 ZPP-a dodana je XXXII. glava pod nazivom: „Tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava“ (čl. 502a–502h), a ove su odredbe stupile na snagu danom ulaska RH u Europsku uniju, tj. 1. srpnja 2013.

pravomoćnosti sudske odluke kojom je utvrđena povreda kolektivnih interesa potrošača. Tako čl. 118 ZZZP-a³² predviđa da odluka donesena u postupku za zaštitu kolektivnih interesa potrošača kojom je utvrđeno postojanje povrede propisa iz čl. 106 st. 1 ZZZP-a obvezuje sudove u pojedinačnim postupcima koje potrošač pokrene radi naknade štete uzrokovane postupanjem tuženika.³³ Naravno, nema proširenja subjektivnih granica pravomoćnosti na druge trgovce koji se ponašaju na isti način, a nisu obuhvaćeni tužbom za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.³⁴ Proširenje subjektivnih granica pravomoćnosti presude iz postupka kolektivne zaštite odnosi se samo na presude u kojima je utvrđeno postojanje povrede. Suprotno, ako sud utvrdi da ne postoji povreda kolektivnih prava potrošača, takva odluka nije obvezujuća za sudove u individualnim postupcima, te oni mogu utvrditi da je postupanje konkretnog trgovca u konkretnom odnosu s potrošačem nedopušteno.³⁵

3.2. Prvostupanjska presuda u slučaju Franak

Postupak u slučaju *Franak* započinje podnošenjem tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača Trgovačkom sudu u Zagrebu 4. travnja 2012. od strane Hrvatskog saveza udruga za zaštitu potrošača „Potrošač“ protiv osam poslovnih banaka.³⁶ Prvi dio tužbenog zahtjeva odnosi se na utvrđenje nepoštenima i ništetnima odredaba o promjenjivim kamatnim stopama iz standardnih CHF i HRK/CHF ugovora o kreditu sklapanih u razdoblju od

³² Isto pravilo u odnosu na sve postupke kolektivne zaštite sadrži i čl. 502c ZZZP-a.

³³ Osim toga, i za razliku od općih pravila ZZZP-a, čl. 117 st. 2 ZZZP-a proširuje subjektivne granice pravomoćnosti presude donesene u postupku kolektivne zaštite i time što pravo zahtijevati ovrhu na temelju presude osim tužitelja ima i svaki potrošač.

³⁴ To stoga što bi se takvo rješenje protivilo temeljnim pravilima procesnog prava, te čl. 47 Povelje Europske unije o temeljnim pravima, koji uređuje pravo na djelotvoran pravni lijek i na pravično suđenje. Naime, tada bi presuda negativno djelovala i prema trgovcima koji nisu imali priliku sudjelovati u postupku i biti saslušani, a pravo biti saslušan smatra se u praksi Suda EU jednim od temeljnih načela EU prava. Vidi Mišljenje nezavisne odvjetnice *Verice Trstenjak* od 6. prosinca 2011, C-472/10, *Invitel*, EU:C:2011:806, para. 59 i 60.

³⁵ Ovo proizlazi iz temeljne razlike između individualne i kolektivne zaštite. Naime, kolektivna zaštita je apstraktna, a individualna konkretna. U postupku kolektivne zaštite sud odluku o tome je li određeno postupanje nezakonito mora temeljiti na generalnim i apstraktnim kriterijima, uzimajući u obzir prosječnog potrošača i generalnu praksu trgovca. Suprotno, u postupku individualne zaštite odlučujuće su konkretne okolnosti svakog slučaja pa tako ponašanje trgovca, koje s aspekta generalne procjene može biti od suda ocijenjeno kao dopušteno, u posebnim okolnostima slučaja može predstavljati povredu potrošačevih prava.

³⁶ To su: Zagrebačka banka d.d., Privredna banka Zagreb d.d., Erste & Steiermärkische Bank d.d., Raiffeisenbank Austria d.d., Hypo Alpe-Adria-Bank d.d., 6. OTP banka d.d., Société générale i Volksbank d.d.

2003. do 2008, a radi propusta tuženika u informiranju potrošača o ključnoj informaciji koja utječe na kamatu kao cijenu kredita, i radi davanja bankama prava na jednostrano mijenjanje kamatne stope bez valjanog razloga. Drugi dio tužbenog zahtjeva odnosi se na utvrđenje unaprijed formuliranih odredaba o valutnoj klauzuli nepoštenima i ništetnima, s obzirom na to da nisu sadržavale nikakve kriterije o načinu djelovanja valutne klauzule, kao ni o njenom utjecaju na druge ugovorne odredbe, a time ni o utjecaju na glavnica kao predmet ugovora.

Prvostupanjskom presudom od 4. srpnja 2013. Trgovački sud u Zagrebu³⁷ utvrđuje da su u pogledu obje navedene ugovorne odredbe ispunjene pretpostavke za njihovo utvrđenje nepoštenima i posljedično *ex tunc* ništetnima, a u skladu s odredbama u vrijeme sklapanja spornih ugovora vežećih čl. 81–88 ZZP 2003. i čl. 96–106 ZZP 2007. Tako sud utvrđuje da se o spornim ugovornim odredbama nije pojedinačno pregovaralo, te stoga potrošač nije mogao utjecati na njihov sadržaj.³⁸ Ispitujući je li potrošač razumio sadržaj spornih odredaba, sud utvrđuje povrede *supra* prikazanog pravnog okvira u svim stadijima, od oglašavanja do zaključenja ugovora. Na temelju analize svih oblika oglašavanja banaka zaključuje da je riječ o zavaravajućem oglašavanju,³⁹ a kojim su potrošači dovođeni u zabludu o predmetu i cijeni kredita kao uvjetima koji bitno utječu na odluku o sklapanju ugovora o kreditu, što ujedno predstavlja oblik nepoštene poslovne prakse zabranjene pravilima ZZP-a iz 2003. i 2007. Isto tako utvrđuje da su prekršene obveze predugovornog informiranja. U pogledu valutne klauzule banke su, prema stavu suda, potrošače trebalo da informišu o općim rizicima vezanim za svaku valutnu klauzulu, kao i o posebnim rizicima vezanim za CHF kao fluktuirajuću valutu, a te su informacije, koje su im bile poznate, sustavno i namjerno uskraćivale potrošačima.⁴⁰ U pogledu promjenjive kamatne stope utvrđuje da su odredbe prosječnom potrošaču u potpunosti nerazumljive budući da sadrže brojne nepovezane, visoko stručne i neobjektivizirane kriterije, a uz to u pravilu kreditor za sebe zadržava pravo da jednostranom odlukom, bez navođenja razloga, promijeni kamatnu stopu.⁴¹ Uz to sud utvrđuje brojne oblike nepoštene poslovne prakse banaka, kao što su neposredno ili posredno nagovaranje

³⁷ Presuda i rješenje Trgovačkog suda u Zagrebu od 4. srpnja 2013, P-1401/12.

³⁸ *Ibid.*, str. 113.

³⁹ *Ibid.*, str. 114–128, pod naslovom „Oglašavanje putem medija“.

⁴⁰ *Ibid.*, str. 133–147.

⁴¹ *Ibid.*, str. 147–156.

potrošača na sklapanje ugovora s valutnom klauzulom u CHF, uvjeravanje potrošača da je CHF „sigurna valuta“, neuručivanje općih uvjeta ugovora, nepristajanje na izmjenu ugovora iako su ispunjeni uvjeti za primjenu *clause rebus cis stantibus*, i sl. Posebno ističe da kumulativno ugovaranje valutne klauzule i promjenjive kamatne stope predstavljaju izuzetno veliki rizik za potrošača, a o tom riziku potrošač nije bio obaviješten.⁴² Na temelju svega sud zaključuje da je takva praksa banaka značila grubu povredu načelu savjestnosti i poštenja, ne samo kao jednog od kriterija iz testa nepoštenosti prema odredbama ZZP-a, nego i kao općeg načela obveznog, a posebno ugovornog prava. Takva praksa dovela je do znatne neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača. Sud zaključuje da su sporne odredbe ništetne zbog načina zaključivanja ugovora, te da bi bile ništetne i u slučaju da se rizik koji su potrošači preuzeli nije ostvario, tj. da nije došlo do značajne aprecijacije CHF-a. Sud utvrđuje sporne ugovorne odredbe nepoštenima i ništetnima, zahtijevajući od osam tuženih banaka da prestanu sa korištenjem takvih ugovornih odredaba, te da korisnicima kredita ponude izmjenu ugovornih odredaba.⁴³

3.3. Presuda Visokog trgovačkog suda RH iz 2014, presuda Vrhovnog suda RH iz 2015. i Odluka Ustavnog suda RH iz 2016.

Drugostupanjskom presudom i rješenjem od 13. lipnja 2014,⁴⁴ Visoki trgovački sud RH potvrđuje prvostupanjsku presudu u dijelu u kojem utvrđuje nepoštenost i ništetnost odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi.⁴⁵ No, u pogledu odredbe o valutnoj klauzuli preinačuje prvostupanjsku presudu i odbija tužbeni zahtjev za njeno utvrđenje nepoštenom i ništetnom, s obrazloženjem kako je odredba kojom se glavnica kredita veže uz CHF odredba o predmetu ugovora, koja je u spornim ugovorima jasna i lako razumljiva, i stoga isključena iz testa nepoštenosti, u skladu s odredbama čl. 84 ZZP 2003. i čl. 99 ZZP 2007.⁴⁶ Isto tako, ukida dio prvostupanjske presude kojim se nalaže

⁴² Rezultat takvog ugovaranja jest da su i glavnica kao glavni predmet dužnikove obveze i kamata kao cijena, neodredive u trenutku zaključenja ugovora.

⁴³ Presuda i rješenje Trgovačkog suda u Zagrebu od 4. srpnja 2013, P-1401/12, str. 7, točka 9.

⁴⁴ Presuda i rješenje Visokog trgovačkog suda RH od 13. lipnja 2014, Pž-7129/13-4.

⁴⁵ Osim u pogledu osmotuženika, za koga utvrđuje da je u ugovorima koristio odredbu o promjenjivoj kamatnoj stopi koja je lako razumljiva i stoga izuzeta iz testa nepoštenosti. Presuda i rješenje Visokog trgovačkog suda RH od 13. lipnja 2014, Pž-7129/13-4, toč. I.2. izreke.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 50 i 53.

tuženicima ponuditi potrošačima izmjenu ugovornih odredaba, primjenom načela *non ultra petita*, prema kojem „u parničnom postupku sud odlučuje u granicama zahtjeva koji su stavljeni u postupku“ (čl. 2 st. 1 ZPP).

Odlučujući u revizijskom postupku Vrhovni sud RH u presudi i rješenju od 9. travnja 2015. potvrđuje presudu Visokog trgovačkog suda u cijelosti.⁴⁷ Prema tome, što se tiče odredbe o valutnoj klauzuli, u obje presude ključna su dva pravna pitanja na koja su sudovi morali odgovoriti primjenjujući pravilo prema kojemu su iz testa nepoštenosti isključene odredbe o „...predmetu ugovora i cijeni (...) ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive.“⁴⁸ S obzirom na to da je Vrhovni sud RH potvrdio odluku Visokog trgovačkog suda RH, radi ograničenog prostora ovdje analiziramo prvenstveno stavove Vrhovnog suda RH.

Prvo je pitanje spada li odredba o valutnoj klauzuli u odredbe o „predmetu ugovora“. Hrvatska sudska praksa beziznimno zaključuje da je odredba o valutnoj klauzuli odredba o predmetu ugovora u smislu ovog pravila, pa čak takav stav ni na koji način posebno ne obrazlaže.⁴⁹ No, takvo je zaključivanje u suprotnosti s obvezujućom praksom Suda EU koja tumači ovaj pojam u smislu pravila iz čl. 4 st. 2 Direktive 93/13/EEZ. Naime, praksa Suda EU zahtijeva da se pojam „glavni predmet ugovora“ iz čl. 4 st. 2 Direktive, kao iznimke od pravila da su sve odredbe adhezijskih ugovora podložne testu nepoštenosti, tumači usko te da obuhvaća samo odredbe „koje određuju bitne obveze iz ugovora i kao takve ga karakteriziraju.“⁵⁰ Iako Sud EU prepušta nacionalnom sudu da primjenom nacionalnih pravila i „...uzimajući u obzir prirodu, opće postavke i stipulacije ugovora, kao i pravne i činjenične okolnosti slučaja...“⁵¹, u svakom konkretnom slučaju primjeni ovaj koncept, ipak inzistira na tome da su pojmovi „glavni predmet ugovora i primjerenost

⁴⁷ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt 249/14-2, str. 24.

⁴⁸ Čl. 52 ZPP-a, ex čl. 84 ZPP 2003., ex čl. 99 ZPP 2007, te čl. 296 st. 3 ZOO. Pravilo je preuzeto iz čl. 4 st. 2 Direktive 93/13/EEZ, no s tim da čl. 4 st. 2 Direktive isključuje odredbe o „glavnom“ predmetu ugovora, što ni u jednom od hrvatskih propisa nije izričito naglašeno.

⁴⁹ Presuda i rješenje Visokog trgovačkog suda RH od 13. lipnja 2014, Pž-7129/13-4, str. 50. Isti je zaključak potvrđen presudom i rješenjem Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 17 *et seq.*

⁵⁰ Presuda od 13. travnja 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, para. 49: „(...) članak 4(2) Direktive 93/13 predstavlja odstupanje i radi postojanja nužnosti za njegovim uskim tumačenjem, ugovorne odredbe koje su potpadaju pod pojam ‘glavni predmet ugovora’, u smislu te odredbe, moraju se razumjeti kao one koje utvrđuju bitne obveze ugovora i kao takve ga karakteriziraju.“ Presuda od 26. travnja 2012, C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242, para. 23: „No, ovo isključenje ne može se primijeniti na odredbu koja se odnosi na mehanizam izmjene cijene usluge koja se pruža potrošaču.“ Isto vidi presuda od 26. veljače 2015, C-143/13, *Matei*, EU:C:2015:127, para. 36 i 78.

⁵¹ Presuda od 13. travnja 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, para. 51.

cijene“ iz čl. 4 st. 2 Direktive, pojmovi europskog prava i stoga im se mora dati „...autonomno i jedinstveno tumačenje diljem Europske unije, koje mora uzeti u obzir kontekst te odredbe i svrhu zakonodavstva u pitanju.“⁵² Odredba o valutnoj klauzuli, iako je povezana s odredbama o predmetu ugovora, ne može se označiti kao odredba koja „karakterizira ugovor kao takav“. Dakle, odredbe o valutnoj klauzuli (kao i odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi) spadaju u one koje određuju mehanizme izračuna, odnosno izmjene glavnice i cijene, što znači da su akcesorne prirode u odnosu na one odredbe ugovora koje definiraju obvezu predaje glavnog predmeta ugovora (glavnice i cijene).⁵³ One jesu povezane s odredbama o glavnom predmetu ugovora, ali sve dok je glavni predmet ugovora određen ili odrediv i bez takvih ugovornih odredaba, u skladu s uskim tumačenjem iznimke, one ne mogu biti obuhvaćene isključenjem iz čl. 4 st. 2 Direktive 93/13/EEZ, odnosno čl. 84 ZZZP 2003 i čl. 99 ZZZP 2007 (danas čl. 52 ZZZP-a). Ali, hrvatski sudovi ne uvažavaju ovakvo stajalište Suda EU i stoga sužavaju polje primjene testa nepoštenosti,⁵⁴ što je protivno samom *ratu* tog isključenja.⁵⁵

Upravo zbog toga što utvrđuju da su sporne odredbe one koje podliježu isključenju iz testa nepoštenosti, Visoki trgovački sud i Vrhovni sud moraju odgovoriti na drugo pitanje, tj. ispunjava li odredba o valutnoj klauzuli zahtjev transparentnosti, odnosno je li jasna, lako razumljiva i uočljiva. Potvrđujući odluku Visokog trgovačkog suda u pogledu odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi, Vrhovni sud utvrđuje da su navedene odredbe bile uočljive, te na formalnoj razini jasne.⁵⁶ No, smatra da nije ispunjen treći element zahtjeva transparentnosti, tj. da odredbe nisu bile razumljive prosječnom potrošaču. Ispitujući razumljivost ovih odredaba, Vrhovni sud naglašava: „Terminologija koja je korištena u ovim odlukama banaka, uključujući i dio koji se odnosi na promjenljivu kamatnu stopu i način njezinog obračuna je visoko stručna i kao takva je ona razumljiva isključivo onim osobama koje imaju ekonomsku

⁵² Presuda od 26. veljače 2015, C-143/13, *Matei*, EU:C:2015:127, para. 50.

⁵³ Tako se za i odredbu o valutnoj klauzuli (*exchange rate*) izričito izjašnjava i pravna teorija. Vidi: Loos, B. M. W., *New International Perspectives in Standard Terms Legislation, An Introduction*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-46; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2016-10, str. 10.

⁵⁴ Dijelom se takav stav hrvatskih sudova može vjerovatno objasniti i propustom zakonodavca prilikom implementacije Direktive 93/13/EEZ. Naime, preuzimajući ovo pravilo Direktive u sva tri ZZZP-a, zakonodavac propušta odrediti da je riječ o „glavnom“ predmetu ugovora. No, bez obzira na to, sudovi su, u skladu s načelom sukladnog tumačenja, dužni primjenjivati tumačenja pojmova iz EU direktiva dana u praksi Suda EU.

⁵⁵ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 33.

⁵⁶ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 33.

naobrazbu te koje se bave bankarskim poslovanjem. Za prosječnog potrošača ovakva terminologija je apsolutno nerazumljiva.⁵⁷ Isto tako, Vrhovni sud uzima u obzir okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, odnosno činjenicu da službenici banaka prilikom pregovaranja i pri sklapanju ugovora korisnicima kredita „nisu na valjan i njima razumljiv način objasnili postupak formiranja kamatne stope, odnosno koji sve čimbenici utječe na njezino formiranje tijekom trajanja ugovorenog kreditnog razdoblja, a na temelju čega bi oni kao potrošači mogli spoznati učinke koji će za njih u budućnosti proizaći iz takvih ugovornih odredbi o promjenljivoj kamatnoj stopi, onda se nameće zaključak da potrošači nisu raspolagali osnovnim parametrima o kojima ovisi kretanje kamatne stope u budućem razdoblju.“ Isto tako, ukazuje na to da je ovakvim postupanjem došlo do povrede većine temeljnih načela obveznog prava, kao i do povrede pažnje dobrog gospodarstvenika.⁵⁸

Iz navedenog proizlazi da je Vrhovni sud prilikom ocjene razumljivosti odredaba o promjenljivoj kamatnoj stopi zapravo primjenjuje kriterije razvijene u praksi Suda EU, iako se na njih izričito ne poziva. Tako u predmetu *Kásler and Káslerné Rábai* Sud EU naglašava kako se zahtjev transparentnosti mora shvatiti u širem smislu, odnosno da se ne može svesti na formalnu i gramatičku razumljivost ugovornih odredaba,⁵⁹ već se mora tumačiti u značenju sadržajne razumljivosti. Odlučujući upravo o kriterijima za razumljivost valutne klauzule u CHF Sud EU objašnjava ovaj zahtjev na slijedeći način: „(...) od temeljne je važnosti u svrhu ispunjavanja zahtjeva transparentnosti, odrediti da li ugovor transparentno utvrđuje razloge za i posebnosti mehanizma konverzije strane valute i odnos između tog mehanizma i mehanizma utvrđenog drugim odredbama koje se odnose na otplatu zajma, tako da potrošač može predvidjeti, na temelju jasnih, razumljivih kriterija, ekonomske posljedice koje za njega iz toga proizlaze (...).“⁶⁰ U predmetu *Andriciuc and*

⁵⁷ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 33.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 34 i 35.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 71 i 72. Isto tako i presuda od 26. veljače 2015, C-143/13, *Matei*, EU:C:2015:127, para. 73.

⁶⁰ Presuda od 13. travnja 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, para. 73. Navedeni stav još je jasnije izražen u presudi od 9. srpnja 2015, C-348/14, *Bucura*, EU:C:2015:447, para. ⁶⁷: „U tom pogledu, treba provjeriti jesu li u predmetnom slučaju potrošaču priopćeni svi elementi koji mogu imati utjecaja na opseg njegove obveze, koji mu mogu omogućiti ocijeniti osobito ukupni iznos njegovog zajma. Odlučnu ulogu u toj ocjeni ima pitanje jesu li odredbe sastavljene jasno i razumljivo tako da prosječnom potrošaču, tj. uobičajeno obaviještenom i koji postupa s dužnom pažnjom i razboritošću, omogućuju ocijeniti takav iznos i, s druge strane, okolnost povezanu s nenavođenjem u ugovoru o potrošačkom kreditu informacija koje se smatraju, u odnosu na prirodu robe ili usluga koje su predmet tog ugovora, bitnima, a osobito one iz članka 4 Direktive 87/102, kako je izmijenjena.“

Others,⁶¹ Sud EU ističe „(...) da financijske institucije moraju korisnicima kredita pružiti dovoljno informacija kako bi mogli donositi razborite i informirane odluke, pri čemu te informacije moraju barem uključivati utjecaj koji na rate ima znatna deprecijacija zakonskog sredstva plaćanja u državi članici u kojoj korisnik kredita ima prebivalište i povećanje strane kamatne stope“, a u predmetu *OTP Bank and OTP Faktoring*, u pogledu zahtjeva transparentnosti kod ugovora o kreditima u CHF, uz već utvrđene stavove dodaje:⁶² „Konkretno, korisnik kredita mora, s jedne strane, biti jasno obaviješten o činjenici da se, sklapajući ugovor o kreditu u stranoj valuti, izlaže tečajnom riziku koji će gospodarski teško moći snositi u slučaju pada vrijednosti valute u kojoj ostvaruje svoj dohodak, u odnosu na stranu valutu u kojoj je nominiran zajam. S druge strane, pružatelj usluge, u ovom slučaju bankarska institucija, mora iznijeti moguće promjene deviznog tečaja i rizike svojstvene uzimanju zajma u stranoj valuti (...)“.

No, ocjenjujući razumljivost odredbe o valutnoj klauzuli, Vrhovni sud ne primjenjuje ove kriterije, štoviše izričito odbija i pozivanje tužitelja na predmet *SEU Kásler and Káslerné Rábai*,⁶³ s obrazloženjem da se radi o predmetu s različitim činjeničnim supstratom od onoga u glavnom predmetu. Sud ističe da je „(...) institut valutne klauzule općeprihvaćen od svih subjekata u ovom društvu i u svakodnevnoj je primjeni (...)“ te „zbog toga je neprihvatljiva argumentacija tužitelja da korisnicima kredita kao potrošačima, koji su sklapali ugovore o kreditu sa valutnom klauzulom sa bankama kao trgovcima, nije bio razumljiv njezin sadržaj i posljedice koje iz nje proizlaze za potrošača. Naprotiv, potrošačima je ova ugovorna odredba bila jako dobro poznata, uključujući i sve pravne posljedice koje ona proizvodi.“⁶⁴ Osim toga, Vrhovni sud ističe da kod dugoročnih ugovora uvijek postoji element aleatornosti, te da stranke s tim moraju računati.⁶⁵ Isto tako, Vrhovni sud ne prihvaća navode tužitelja kako su tužene banke imale saznanja o budućoj nestabilnosti CHF, a propustile o tome upozoriti potrošače, te odbacuje kao nedopušten

⁶¹ Presuda od 20. rujna 2017, C-186/16, *Andriuc and Others*, EU:C:2017:703, para. 51.

⁶² Presuda od 20. rujna 2018, C-51/17, *OTP Bank and OTP Faktoring*, EU:C:2018:750, para. 75.

⁶³ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 22.

⁶⁴ Presuda i rješenje Vrhovnog suda RH od 9. travnja 2015, Revt-249/14-2, str. 18.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 19: „Dakle pri sklapanju dugoročnog ugovora o kreditu potpuno je izvjesno, da po redovnom tijeku stvari unutar dužeg vremenskog razdoblja na koje je takav ugovor sklopljen, će izvjesno nastupiti određene, moguće i značajne promjene a koje će utjecati i odrediti konačnu cijenu iznosa tog kredita. Radi se o vrsti ugovora uz koje je uvijek prisutan znatni element aleatornosti, s kojim čimbenikom se uvijek mora računati prilikom sklapanja dugoročnog ugovora o kreditu, a to se odnosi i na ugovore o kreditu sklopljene sa tuženim bankama u spornim razdobljima obuhvaćenim ovim postupkom.“

dokaz tužitelja u reviziji brošuru Austrijske nacionalne banke od 31. siječnja 2006. o rizičnosti sklapanja ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u CHF.⁶⁶ Vrhovni sud odbacuje i navode tužitelja da su potrošači nagovarani na sklapanje ugovora s valutnom klauzulom u CHF. Na temelju svega zaključuje da je odredba o valutnoj klauzuli bile prosječnom potrošaču razumljive, te da su stoga isključene iz testa nepoštenosti.

Ovakva je argumentacija Vrhovnog suda problematična u više aspekata, od kojih ističemo samo najbitnije. Iz činjenica utvrđenih u prvostupanjskom postupku u slučaju *Franak* nesumnjivo proizlazi da sporne odredbe o valutnoj klauzuli u CHF nisu sadržavale nikakva objašnjenja mehanizma djelovanja klauzule,⁶⁷ odnosno utjecaja te odredbe na buduće obveze dužnika. Isto je tako utvrđeno da tuženici nisu u predugovornoj fazi takve informacije davali klijentima, čime su povrijeđene odredbe o obveznom sadržaju ugovora i predugovornom informiranju iz tada važećeg pravnog okvira.⁶⁸ Okolnost što je pojam valutne klauzule i način njenog djelovanja poznat i općeprihvaćen u poslovnoj praksi trgovaca, nikako ne znači da je institut razumljiv prosječnom potrošaču. Tada važeći propisi dužnost informiranja sa stupnjem razumijevanja stavljaju na teret jače ugovorne strane koja se profesionalno bavi djelatnošću kreditiranja, a što predstavlja izraz jedne od temeljnih paradigmi prava zaštite potrošača.⁶⁹ Od potrošača se ne zahtijeva da ima znanja o načinu djelovanja instituta valutne klauzule, te pravnim i ekonomskim posljedicama koje iz toga proizlaze. Propust Vrhovnog suda je i u tome što ne uzima u obzir element nagovaranja potrošača u predugovornom stadiju, a koji je prema Direktivi 93/13/EEZ jedan od ključnih kriterija prema kojem se ocjenjuje je li ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja.⁷⁰ Što se tiče argumentacije suda da banke nisu imale saznanja o budućim kretanjima tečajeva stranih valuta, čak i da je to točno, to ni na koji način nije relevan-

⁶⁶ *Ibid.*, str. 22.

⁶⁷ Nerijetko se nalaze raštrkane u različitim odredbama ugovora, a u pravilu nisu niti označene kao „valutna kluzula“.

⁶⁸ *Ex* čl. 84 i 85 ZZZP iz 2003. i *ex* čl. 99 i 100 ZZZP iz 2007, kao i *ex* čl. 6 ZZZP iz 2007.

⁶⁹ Vidi Durovic, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2016., str. 192: „(...) Europska politika potrošača je smatrala kako postojanje takve asimetrije informacija između trgovca i potrošača može biti izliječeno nametanjem obveze pružanja predugovornih informacija trgovcima, prema kojoj je trgovac obavezan razotkriti sve relevantne informacije potrošaču prije zaključenja ugovora. Kao posljedica takvog pristupa, dužnost informiranja postaje glavno regulatorno sredstvo u svim direktivama o potrošačkom ugovornom pravu od samog početka razvoja EU prava potrošača.“

⁷⁰ Tako recital preambule Direktive 93/13/EEZ: „Budući da u ocjeni dobre vjere posebnu pozornost treba posvetiti snaći pregovaračkih pozicija strana, da li je potrošač nagovan da prihvati odredbu (...)“.

tno za utvrđivanje propusta ispunjavanja zakonske dužnosti ugovaranja *lako razumljivih* odredaba u ugovoru o kreditu, što podrazumijeva objašnjavanje instituta i mehanizma djelovanja valutne klauzule na ugovor o kreditu, na način da potrošač može predvidjeti ekonomske posljedice koje ugovaranje valutne klauzule u CHF može imati za njega.⁷¹ Konačno, odbijanje Vrhovnog suda da uzme u obzir tumačenje zahtjeva transparentnosti u predmetu *Kásler and Káslerné Rábai* u suprotnosti je s obvezama koje hrvatskom sudovima nameće *supra* objašnjeno načelo sukladnog tumačenja. Naime, ova se dužnost ne odnosi isključivo na odredbe relevantnih direktiva EU-a, već i na praksu Suda EU koja ih tumači, te se proširuje na svaku presudu Suda EU kojom je određena sporna odredba EU direktive tumačena.⁷² Dakle, sasvim je jasna službena dužnost sudova odredbu članka *ex* čl. 84 ZPP 2003. i *ex* čl. 99 ZPP 2007. tumačiti u svjetlu i cilju članka 4 st. 2 Direktive 93/13/EEZ, i to na temelju kriterija određenih u praksi Suda EU koja tu odredbu tumači.⁷³

Odlukom od 13. prosinca 2016. Ustavni sud RH ukida onaj dio odluke Vrhovnog suda kojim se odbija revizija tužitelja u odnosu na tužbeni zahtjev za utvrđenjem nepoštenima i posljedično ništetnima ugovornih odredaba o valutnoj klauzuli u CFH i u tom dijelu vraća predmet Vrhovnom sudu na ponovni postupak.⁷⁴ Ustavni sud utvrđuje: „(...) da je Vrhovni sud pojam nerazumljivosti spornih ugovornih odredaba o valutnoj klauzuli, s jedne strane, i ugovornih odredaba o promjenjivoj kamatnoj stopi sukladno jednostranoj odluci banaka, s druge strane, protumačio različito“, te da je za nerazumljivost odredaba o promjenjivim kamatnim stopama primijenio tumačenje zahtjeva transparentnosti iz presude Suda EU *Kásler and Káslerné Rábai*:⁷⁵ U pogledu zahtjeva transparentnosti Ustavni sud ističe kako stajališta Suda EU u tumačenju i primjeni Direktive 93/13/EEZ: „(...) jasno naglašavaju važnost (informiranog, upućenog) obavještavanja potrošača prije sklapanja ugovora o ugovornim uvjetima i njihovim posljedicama. Takvo obavještavanje od bitne je važnosti za potrošača jer će samo na temelju prethodne, potpune i razumljive obavijesti potrošač biti u situaciji razumno shvatiti i predvidjeti

⁷¹ Tako presuda od 13. travnja 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, para. 73, presuda od 26. veljače 2015, C-143/13, *Matei*, EU:C:2015:127, para. 75, presuda od 23. travnja 2015, C-96/14, *Van Hove*, EU:C:2015:262, para. 51.

⁷² Što naglašava i sam Vrhovni sud RH u presudi i rješenju Revt-249/14-2 od 9. travnja 2015, str. 23.

⁷³ Presuda od 5. ožujka 1986, C-69/85, *Wünsche v Germany*, EU:C:1986:104, para. 12: „Kao što je Sud već ustanovio, cilj pravosudne suradnje između nacionalnih sudova i Suda prema članku 177 jest osigurati da se pravo Zajednice primjenjuje na jedinstveni način diljem država članica.“

⁷⁴ Odluka Ustavnog suda RH od 13. prosinca 2016, U-III – 2521 / 2015 i dr.

⁷⁵ *Ibid.*, toč. 17 i 18.

posljedice i ekonomske učinke koje za njega može imati sklapanje ugovora s takvim ugovornim odredbama.“⁷⁶ Zaključuje da je stoga „...nejasno kojim kriterijima se rukovodio Vrhovni sud kada je utvrdio da ugovorna odredba o valutnoj klauzuli, (...) ne podliježe testu poštenosti.“, te da je u postupku utvrđeno da „...ni u odnosu na ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli službenici banaka nisu objasnili potrošačima prirodu navedene klauzule i njezino značenje, odnosno nisu im uopće, a kamoli na primjeren, to jest jasan, razumljiv, pregledan i nedvosmislen način, objasnili značenje i posljedice ugovaranja te zaštitne klauzule.“⁷⁷ Temeljem svega Ustavni sud zaključuje: „U svjetlu svega navedenog Ustavnom sudu ne preostaje nego utvrditi da je u konkretnom slučaju u odnosu na podnositelja Potrošača povrijeđeno pravo na pravično suđenje, zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava i člankom 6. Konvencije, u njegovom aspektu prava na obrazloženu sudsku odluku.“⁷⁸

3.4. Rješenje Vrhovnog suda iz 2017. i presuda Visokog trgovačkog suda iz 2018.

Postupajući po Odluci Ustavnog suda RH iz 2016. kojom je ukinut dio presude i rješenja Vrhovnog suda iz 2015, Vrhovni sud RH 3. listopada 2017. donosi rješenje kojim reviziju tužitelja prihvaća, djelomično ukida presudu Visokog trgovačkog suda od 13. lipnja 2014. i u tom dijelu predmet vraća Visokom trgovačkom sudu na ponovno suđenje.⁷⁹ U obrazloženju Vrhovni sud ustraje na stavu da je za ocjenu razumljivosti ugovornih odredaba odlučno jesu li tužene banke znale, odnosno mogle ili morale znati kakav će biti smjer kretanja tečaja CHF, a takve informacije uskratile klijentima, kao i na stavu da je odredba o valutnoj klauzuli kao odredba o predmetu ugovora obuhvaćena isključenjem iz testa nepoštenosti, pod uvjetom da ne udovoljava zahtjevu transparentnosti.⁸⁰ Kako je *supra* objašnjeno, oba stava smatramo problematičnima u svjetlu obvezujuće prakse Suda EU. No, određujući mandat Visokom trgovačkom sudu, Vrhovni sud navodi: „Dakle, za ocjenu osnovanosti ili ne zahtjeva tužitelja odlučno je jesu li sklapanju tih ugovora potrošačima kao korisnicima kredita bili priopćeni svi podaci koji su mogli utjecati na obim

⁷⁶ *Ibid.*, toč. 18.3.

⁷⁷ *Ibid.*, toč. 19.

⁷⁸ *Ibid.*, toč. 22.

⁷⁹ Rješenje Vrhovnog suda RH od 3. listopada 2017, br. Revt 575/16-5.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 16.

njihovih obveza i na temelju kojih su oni mogli realno sagledati koliki će biti iznos njihovog zaduženja za čitavo vrijeme trajanja ugovora o kreditu.“ „Isto tako čini se potrebnim ocijeniti jesu li banke prilikom pregovaranja s klijentima kao budućim korisnicima kredita jasno ih upozorile na njihove obveze vraćanja kredita u slučaju porasta vrijednosti strane valute (švicarskog franka), odnosno smanjenja vrijednosti domaće valute prema ugovorenoj stranoj valuti, bez obzira na okolnost što potrošač svoje prihode ostvaruje u domaćoj valuti.“⁸¹ Time zapravo prihvaća kriterije za ocjenu razumljivosti ugovorne odredbe iz prakse Suda EU.

U ponovljenom postupku Visoki trgovački sud RH⁸² odlučuje o osnovanosti žalbi na prvostupanjsku presudu Trgovačkog suda u Zagrebu iz 2013. u odnosu na valutnu klauzulu, te u tom dijelu potvrđuje ovu presudu. Iako i u ovoj presudi Visoki trgovački sud polazi od toga da je odredba o valutnoj klauzuli odredba o predmetu ugovora, što smatramo pogrešnim, ključni su stavovi ovog suda u vezi sa tumačenjem razumljivosti te odredbe. Sud naglašava da je nesporno da ugovori ne objašnjavaju razloge niti su iz njih vidljivi kriteriji na temelju kojih bi prosječni potrošač mogao predvidjeti ekonomske posljedice ugovaranja valutne klauzule.⁸³ Stoga se sud u analizi razumljivosti sporne odredbe koncentrira na informacije koje su banke bile dužne pružiti potrošačima u predugovornoj fazi. Smatramo da je nedostatku transparentnosti ugovorne odredbe sud morao pokloniti puno veću pozornost, jer, bez obzira na iznimnu važnost obveza predugovornog informiranja, sama činjenica da ugovor ne sadrži potrebne informacije predstavlja povredu zahtjeva razumljivosti dovoljnu za utvrđenje takve odredbe nerazumljivom. To posebno s obzirom na činjenicu da je riječ o postupku apstraktne kolektivne zaštite. Odogovarajući na pitanje koje su informacije banke bile dužne pružiti potrošačima, Visoki trgovački sud se koncentrira na činjenicu jesu li tužene banke znale ili morale znati za specifične rizike vezivanja ugovorne obveze za CHF. Dakle, polazi od toga da je mehanizam djelovanja valutne klauzule kao takve poznat potrošaču, ali da mu sporne odredbe o valutnoj klauzuli nisu razumljive samo stoga što ne zna za posebne rizike vezane za CHF kao valutu.⁸⁴ Ovakav stav također smatramo neprihvatljivim, budući da odredba o valutnoj klauzuli ne udovoljava zahtjevu razumljivosti već u slučaju da

⁸¹ *Ibid.*, str. 17.

⁸² Presuda Visokog trgovačkog suda RH od 14. lipnja 2018, 43 Pž-6632/2017-10.

⁸³ *Ibid.*, str. 53.

⁸⁴ *Ibid.*, str. 59.

banke nisu potrošaču iscrpno i istinito objasnile rizike koje sa sobom donosi ugovaranje valutne klauzule, bez obzira na to o kojoj je valuti riječ. Ako su imale ili morale imati saznanja o specifičnim rizicima vezanim za CHF, to samo proširuje ovu opću obvezu istinitog i sveobuhvatnog informiranja, a od izuzetne je važnosti za utvrđenje sljedećeg kriterija za ocjenu nepoštenosti, tj. je li postupanje banaka bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja. Odlučujući jesu li ispunjenje pretpostavke za utvrđenje odredbe o valutnoj klauzuli nepoštenom (protivnost savjesnosti i poštenju; znatna neravnoteža u pravima i obvezama stranaka na štetu potrošača), Visoki trgovački sud opravdano ove pretpostavke ispituje zajedno, te ispravno povezuje nedostatak transparentnosti i ove dvije pretpostavke, zaključujući: „Priroda i specifičnosti valute švicarski franak poznata je bankama, ali ne i prosječnom potrošaču koji ne raspolaže stručnim znanjem, a kako ga banke kao profesionalci o tome ni na koji način nisu informirale, potrošač nije i ne može biti svjestan rizika kojeg preuzima. Stoga je i sama nerazumljivost ugovornih odredaba kojima se glavnica veže za švicarski franak i prema ocjeni ovog suda ozbiljan uzrok značajne neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača i to protivno načelu savjesnosti i poštenja jer banka za taj rizik zna, ali ga prešućuje...“⁸⁵

4. Zaključne napomene

Zbog ograničenog prostora u ovom radu nisu detaljnije obrađena brojna složena pravna pitanja koja je otvorio problem CHF i HRK/CHF kredita, no već i ovako sažeti prikaz ukazuje na činjenicu kako su promjene nekih temeljnih postulata ugovornog prava, u kontekstu posebnih propisa usmjerenih na zaštitu potrošača, postavile pred judikaturu i pravnu profesiju nove izazove. Stoga, iako je problem „švicarca“ uzrokovao ozbiljne poteškoće velikom broju građana RH, za pravnu praksu je donio i određene koristi budući da ju je naveo na bolje razumijevanje specifičnosti potrošačkog ugovornog prava, kao i složenog odnosa hrvatskog prava i EU prava.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 62.

LITERATURA:

- Akrap, I., Rodin, M., *Ograničenja u primjeni valutne klauzule načelima moralnog sadržaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, br. 2
2. pravu, u: Tomljenović, V., Čulinović Herc, E., Butorac Malnar, V. (ur.), *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009
- Durovic, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2016
- Gorenc, V. i dr., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, 2014
- Loos, B. M. W., *New International Perspectives in Standard Terms Legislation, An Introduction*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-46; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2016-10
- Mišćenić, E., Mamilović, I., „Nepoštena poslovna praksa u hrvatskom pravnom sustavu: uređenje i provedba“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. X, br. 1, 2019
- Mišćenić, E., *Uniform Interpretation of Article 4(2) of UCT Directive in the Context of Consumer Credit Agreements: Is it possible? Revue du droit de l'Union européenne*, br. 3, 2018
- Orlando, S., *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, ERCL, 1/2011

CHF AND HRK/CHF LOANS IN CROATIAN CASE LAW

Silvija Petrić, PhD*

Summary

National case law confirms that incomprehensible contract terms were used in CHF and HRK/CHF loans with regard to variable interest rate and currency clause. Such manner of contracting is contrary to the requirements of the well-established case law of the CJEU, which requires contracting of clear and understandable criteria based on which the consumer is able to predict economic consequences of having a currency clause in CHF. Such contract terms fulfil all three conditions of the unfairness test, transposed into Croatian law from the Directive 93/13/EEC. Contrary to the principle of good faith and fair dealing, the banks violated the mandatory provisions of legal framework because they failed to agree upon and explain the criteria requiring the subject-matter and price of a loan to change. The aforementioned resulted in significant legal and economic imbalance regarding the rights and obligations of the parties, to the detriment of consumers.

Key words: *consumer credit contract; currency clause; transparency requirement*

* Full Professor at the Department for Civil Law of the Faculty of Law of the University in Split, spetric@pravst.hr

NEKE KARAKTERISTIKE UGOVORA U KORIST TREĆEG LICA

Prof. dr. Abedin Bikić*

***Sažetak:** Pravilo je da ugovor proizvodi pravno dejstvo samo za ugovorne strane. Izuzetak od toga je ugovor u korist trećeg lica, kojim se ugovorne strane (obavežavatelj i stipulant) sporazumijevaju da će dužnik svoju činidbu ispuniti nekom trećem licu a ne svojoj ugovornoj strani. Ugovor u korist trećeg lica posebna je vrsta obligacionog ugovora, iz kojeg za treće lice, po osnovu zakona, nastaje samostalan zahtjev prema dužniku.*

***Ključne riječi:** ugovor u korist trećeg lica, promitent i promisar, obećanje radnje trećeg lica.*

I. Uvod

U pravilu, ugovori proizvode pravno dejstvo između ugovornih strana i to tako što je dužnik obavezan ispuniti povjeriocu ugovorenu činidbu. Kad dvije strane zaključe ugovor, prava i obaveze iz tog ugovora, ako nije što drugo određeno, nastaju samo za njih. Na primjer, *kod ugovora o prodaji, prava i obaveze iz takvog ugovora nastaju samo za kupca i prodavca i to je za treća lica res inter alios acta, tj. stvar koja se njih pravno ne tiče (relativno dejstvo ugovora)*. Ugovor se može zaključiti i putem punomoćnika, ali i u tom slučaju ugovor djeluje samo prema ugovaraču i gospodaru posla, odnosno davaocu punomoći, a ne prema punomoćniku koji je u ime i za račun drugoga zaključio ugovor.

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Samo izuzetno, ugovor može proizvoditi određena dejstva i prema trećim licima. To se postiže ugovorom u korist trećeg lica. Na primjer, *A zaključi ugovor o osiguranju za slučaj smrti s osiguravajućim društvom OD, u korist svoga sina S. Ukoliko A smrtno strada, tada je OD obavezan S isplatiti ugovorenu premiju osiguranja, mada S nije ugovorna strana*. Treće lice nije ugovorna strana, ali ono ipak, na osnovu zaključenog ugovora, stiče samostalno pravo za sebe zahtijevati, od dužnika, ispunjenje obaveze koja je ugovorena u njegovu korist.

Ugovorom u korist trećeg lica jedna ugovorna strana (dužnik – u našem slučaju OD) obavezuje se drugoj ugovornoj strani (povjerilac – A) da će izvršiti određenu radnju trećem licu (S). Ugovorna strana koja se obavezuje na izvršenje određene obaveze naziva se **promitent** ili **obećavalac**. Druga ugovorna strana koja s dužnikom ugovara ispunjenje obaveze trećem licu naziva se **promisar** ili **stipulant**. Na kraju, treće lice u čiju se korist zaključuje ugovor naziva se **korisnik** ili **beneficijar**.

Da bi ugovor u korist trećeg lica bio valjan, potrebno je da se ispune određeni uslovi, koji se odnose na ugovorne strane i treće lice. Kad se radi o ugovornim stranama (promitent i stipulant), oni moraju imati poslovnu sposobnost potrebnu za zaključenje ugovora. Pored toga, moraju postići saglasnost volja, valjan predmet i osnov ugovora, a eventualno i ugovor s klauzulom „u korist trećeg“ zaključiti u posebno predviđenoj formi. Korisnik može biti bilo koje lice, pa i ono koje nema poslovnu sposobnost. To je i razumljivo, jer se od korisnika ne traži ispunjenje bilo koje obaveze nego se u njegovu korist ugovaraju samo prava. Korisnik mora biti određen ili barem mora postojati dovoljno podataka na osnovu kojih bi se on mogao odrediti. Nema smetnji da se korist ugovori i za buduće, još nerođeno dijete. U tom slučaju radi se o ugovoru s odložnim uslovom, a potrebno je da korisnik bude pravno sposoban u momentu kad ugovor proizvodi dejstvo u odnosu na njega. Korisnik ne mora ni znati za postojanje ugovora u njegovu korist¹.

Motiv, odnosno pobuda zaključenja ugovora u korist trećeg lica može biti različita. To može biti želja stipulanta da obdari korisnika (*donandi causa*), zato što mu je on blizak rod ili mu želi uzvratiti nekim poklonom zbog načina na koji se ophodio prema njemu; ili mu želi ispuniti ranije nastali dug (*solvendi causa*); ili mu na taj način pozajmljuje novac ili drugu zamjenjivu stvar (*credendi causa*). Sam motiv nije pravno relevantan za valjanost ugovora u korist trećeg lica zaključenog između promotenta i stipulanta, jer je to interni odnos između stipulanta i beneficijara. Eventualno, taj motiv može biti

¹ Više o tome kod: S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 440 i 441.

relevantan za određena prava stipulanta prema beneficijaru, zbog toga što ga je beneficijar prevario ili se neosnovano obogatio na njegov račun².

Historijski posmatrano, ugovor u korist trećeg lica nije uvijek bio pravno reguliran. Dugo vremena predstavljao je institut koji je promatran s izvjesnim pozorenjem, a pravna historija i uporedno pravo pokazuju da nije uvijek i svugdje bio priznat. To se može zahvaliti shvatanju prema kojem ugovor predstavlja vezu između ugovornih strana u kojem treće lice, koje nije ugovorna strana, nema šta tražiti. U starom rimskom pravu vladajuće načelo bilo je da nitko ne može obavezivati drugog³, te u skladu s tim ugovor u korist trećeg nije bio pravno valjan. U kasnijem razvoju počeli su se javljati izuzeci od tog pravila, koji su se umnožili u vrijeme Justinijana. Jedan od izuzetaka je onaj u kojem poklonodavac daruje poklonoprimeca, nalažući mu određenu činidbu u korist trećeg lica. U tom slučaju trećem je na raspolaganju stajala *actio utilis* protiv poklonoprimeca. Počev od polovine XIX vijeka i kasnije, ugovor u korist trećeg lica je prihvaćen kao poseban i ravnopravan institut obligacionog prava, zasnovan na načelu slobode ugovaranja. Najveći broj pravnika tog vremena bio je mišljenja da, u kontekstu narastanja značaja ugovora o životnom osiguranju ili ugovora o doživotnom izdržavanju, konstrukcije poznate iz rimskog prava neće udovoljiti potrebama prakse. Na kraju se etabliralo shvatanje shodno kojem je volja ugovornih strana dovoljna sama po sebi za ustanovljenje određenog prava u korist trećeg.

Na području bivše Jugoslavije, OGZ u § 881 nije dozvoljavao zaključenje ugovora u korist trećeg lica, ali je naknadnim izmjenama ipak priznao pravnu valjanost ovakvim ugovorima. SGZ nije imao odredbi o zabrani ugovora u korist trećih, zbog čega su takvi ugovori uživali pravnu zaštitu. OIZ Crne Gore je, u članovima 516. i 517, dozvoljavao zaključenje ugovora u korist trećeg lica.⁴

Ugovor u korist trećeg lica posebna je vrsta obligacionog ugovora (*contractus sui generis*), iz kojeg po zakonu (automatski) za treće lice nastaje pravo zahtijevati ispunjenje ugovorene činidbe u njegovu korist. Pravo zahtijevati ispunjenje ugovorene obaveze u korist trećeg lica (beneficijara, korisnika) ima i stipulant (promisar) koji je s dužnikom (promitentom, obećavaocem) zaključio ugovor. To znači da kod ugovora u korist trećeg lica postoje dva povjerioca: treći (beneficijar), u čiju je korist zaključen ugovor, i ugovarač

² Uporedi s M. Veditš, P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2000, str. 445.

³ *Alteri stipulari nemo potest.*

⁴ B. Vizner, *Komentar ZOO*, Zagreb, 1978, str. 606 i dalje. Član 516 OIZ glasi: „Ko, ugovarajući u svoje ime, uglavi da će druga strana nešto učiniti ili dati kome trećemu, taj je ugovornik vlastan tražiti da se obećanje izvrši po ugovoru. I ovaj treći imaonik može takode izvršenje tražiti, ako ugovor ili prilike što drugo ne pokazuju.“

(stipulant, promisar), a samo jedan dužnik. Oba povjerioca imaju pravo zahtijevati od dužnika ispunjenje obaveze i to u korist trećeg lica. Stipulant ima pravo, jer je ugovorna strana i ima interesa da i drugi ugovarač ispuni svoju obavezu onako kako je dogovoreno, tj. prema korisniku. Korisnikovo pravo zasniva se na samom zakonu uz respektovanje autonomije volje ugovarača. Naravno, dužnik je obavezan samo jedanput ispuniti preuzetu obavezu.

Kod ugovora u korist trećeg lica stipulant i promitent zaključuju jedan sasvim uobičajeni obligacioni ugovor, kao što je npr. ugovor o prodaji, ugovor o osiguranju, ugovor o poklonu i sl. Specifičnost se ogleda u tome da se takvom ugovoru dodaje posebna klauzula „u korist trećeg lica“. Na primjer, *prodavac se obavezuje prodati i predati kupcu određenu stvar, a kupac se obavezuje „trećem“ isplatiti cjelokupnu ili jedan dio ugovorene cijene.*

U jednom slučaju javio se spor između nasljednika. *Naime, otac O je sa starijim sinom S zaključio ugovor o poklonu, kojim mu je ostavio svoju cjelokupnu imovinu. U posebnoj klauzuli sporazumjeli su se da će S svojoj sestri, a O-ovoj kćerci, K dati 10.000 maraka ili pet dobrih krava. Poslije očeve smrti, S odbija ispuniti svoju obavezu (predaja novca ili krava), jer pravo zahtijevati ispunjenje obaveze pripada samo ugovornoj strani (u ovom slučaju ocu) a ne i trećim licima⁵. Mora li S ispuniti svoju obavezu?*

U konkretnom slučaju radi se o ugovoru o poklonu između oca i sina koji sadrži nalog, odnosno obavezu poklonoprimcu (sinu), da trećem (svojoj sestri) ispuni preuzeti nalog. Znači, K može samostalno i neposredno zahtijevati ispunjenje ugovora o poklonu s nalogom (ugovor u korist trećeg), iako u njegovu zaključenju nije sudjelovala.

II. Opoziv i odbijanje koristi

Korisnik (beneficijar) nije ugovorna strana i njegov pristanak za valjanost ugovora nije potrebna. Ipak, izjava trećeg o prihvatanju koristi iz ugovora ima određena pravna dejstva. Naime, ugovarač koristi za trećeg (stipulant) može je opozvati ili izmijeniti, sve dok treći ne izjavi da prihvata ono što je ugovoreno u njegovu korist. Poslije korisnikove izjave da prihvata korist iz ugovora, stipulant ne može više opozvati ugovorenu korist za trećeg. Izjavu o prihvatanju koristi treći može saopćiti bilo kojoj strani: promitentu ili promisararu.

Ugovor u korist trećeg lica proizvodi dejstvo *inter vivos*, tj. korisnik svoje subjektivno pravo prema dužniku (promitentu) treba realizirati za vrijeme stipulantova života. Međutim, nema smetnje da promitent i stipulant

⁵ Vidjeti Odluku VSH, Rev. 118/84, od 25. 4. 1984. – PSP – 27.

ugovore određenu korist za trećeg koja će se realizirati tek poslije stipulanteve smrti (dejstvo *mortis causa*). Ta mogućnost se ne pretpostavlja, nego mora biti posebno ugovorena. U tom slučaju, ako je ugovoreno da će dužnik (promitent) izvršiti ono na što se obavezao u korist trećeg tek nakon smrti ugovarača (stipulanta), ovaj može sve dotle, pa i svojom oporukom, opozvati korist ugovorenu za trećeg, ako iz ugovora ili iz okolnosti ne proizilazi što drugo.

Za valjanost ugovora ne traži se korisnikova saglasnost. Ali korisnik je ovlašten odbiti prijem ispunjenja ugovora u njegovu korist, jer se nikome protivno njegovoj volji ne može nametnuti primanje poklona ili druge koristi. Ukoliko korisnik odbije prijem ispunjenja, smatra se da ugovor nije ni zaključen u korist trećeg lica. U tom slučaju ugovor proizvodi pravna dejstva između ugovarača (promitenta i stipulanta), a korist koja je bila ugovorena za treće lice pripada stipulantu, ako šta drugo nije ugovoreno ili ne proizilazi iz prirode posla.

Na primjer, *poslije razvoda braka supruga S ostala je stanovati u zajedničkom stanu, a svom bivšem mužu M obezbijedila jednosoban stan za stanovanje kod zakupodavca ZD i u tu svrhu je ZD već platila određeni novčani iznos. M je odbio useliti se u iznajmljeni stan. S traži povrat novca od ZD, što on odbija*⁶. *S pravom?*

U konkretnom slučaju S i ZD zaključili su ugovor o zakupu s pravom M da koristi predmetne prostorije. M je odbio ugovor u njegovu korist, te sva prava pripadaju stipulantu (ovdje S). Obzirom da S već stanuje u stanu, nema interesa za korištenje i plaćanje drugog stana, to je i prestala potreba (kauza) za postojanjem ugovora o zakupu. ZD je obavezan vratiti primljeni iznos zakupnine, jer bi se u protivnom neosnovano obogatio.

III. Prigovori dužnika prema trećem

Dužnik (promitent) može istaći trećem licu (beneficijaru) sve prigovore koje ima prema ugovaraču (stipulantu) po osnovi ugovora kojim je ugovorena korist za trećeg. Iako beneficijar nije ugovorna strana, on se u odnosu prema promitentu javlja kao dužnik i zbog toga je potrebno zaštititi i dužnika za slučaj da njegova ugovorna strana (stipulant) ne ispuni svoju ugovornu obavezu. Na primjer, *ako prodavac (kao stipulant) nije ispunio svoju obavezu predaje stvari kupcu (promitentu), a istovremeno je ugovoreno da se cijena isplati trećem, tada je dužnik (promitent) ovlašten istaći prigovor neispunjenja obaveze iz ugovora o prodaji i prema trećem, a ne samo prema prodavcu*. Ako bi bilo drugačije, dužnik bi se nalazio u lošijoj poziciji od druge ugovorne strane. Naime, moglo bi se desiti da dužnik (kupac) isplati cijenu trećem, a da druga ugovorna strana

⁶ Vidi Presuda VS BiH, Rev. 19/82, od 14. 4. 1983. godine – ZSO 8/II/83.

(prodavac) ne ispuni svoju obavezu. Najčešći prigovori dužnika prema trećem odnose se na neispunjenje ugovora, loše ispunjenje, zastarjelost, ništavost i sl.

IV. Pravni odnosi kod ugovora u korist trećeg lica

Već smo vidjeli da se ovakav ugovor zaključuje samo između promitenta (dužnika) i promisara (povjerioca), ali se njegovo dejstvo proširuje i na treće lice (korisnika). Možemo reći da kod ugovora u korist trećeg lica postoji specifična obligacija koja podrazumijeva trostrani pravni odnos i to: odnos između promitenta i stipulanta; odnos promitenta i korisnika i odnos stipulanta i korisnika.

Odnos između promitenta (obecavaoca) i stipulanta (promisara). To je obligacioni odnos nastao zasnivanjem osnovnog ugovora, kojem je dodata klauzula u korist trećeg lica. Kao osnovni ugovori najčešće se javljaju: ugovor o prodaji, ugovor o osiguranju, ugovor o poklonu i sl. Bilo koji obligacioni ugovor koji nije vezan isključivo za ličnost ugovarača može se javiti kao osnovni ugovor. Na primjer, *ugovor o prodaji kada A (prodavac – stipulant) proda i preda stvar B-u (promitentu – kupcu), a oni se međusobno dogovore da B isplati cjelokupnu cijenu C-u. U tom slučaju prava i obaveze A i B-a cijene se po njihovom osnovnom poslu, tj. ugovoru o prodaji. Ovdje su i A i C ovlašteni zahtijevati od B-a isplatu kupoprodajne cijene u korist C-a.* Kod ovog odnosa promitent ispunjava obavezu trećem licu, ali je i sam stipulant ovlašten zahtijevati ispunjenje prestacije u korist trećeg. Ako bi, pak, treći odbio prijem ispunjenja, tada je stipulant ovlašten od promitenta tražiti ispunjenje obaveze za sebe (u svoju korist).

Odnos promitenta i korisnika (beneficijara). Iz odnosa promitenta i korisnika proizilazi pravo korisnika zahtijevati ispunjenje ugovorene obaveze od promitenta. Korisnik je ovlašten da zahtijeva ispunjenje obaveze, ali on ne može uticati na oblik i sadržaj ugovora, jer on nije ugovorna strana. Promitent može isticati korisniku sve prigovore koje on ima prema promisaru (povjeriocu) iz osnovnog pravnog posla. Na primjer, *promitent može istaći korisniku prigovor neurednog ispunjenja od strane stipulanta ili da stvar ima određene nedostatke i sl.* Promitent može korisniku istaći i prigovore koje on ima prema njemu iz nekog drugog njihovog međusobnog odnosa (npr. prigovor kompenzacije i sl.). Korisnik nije ugovorna strana i on nije ovlašten raskidati osnovni ugovor između promitenta i stipulanta. Za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze od strane promitenta, korisnik nema pravo zahtijevati od stipulanta ispunjenje te obaveze.

Odnos stipulanta i korisnika. Međusobni odnos stipulanta i korisnika može biti različit, a temelji se na motivima zbog kojih stipulant ugovara neko pravo u korist korisnika. To može biti poklon, isplata duga, davanje zajma i sl.

Taj odnos pravno je irelevantan za osnovni posao između promitenta i stipulanta. On se ne tiče promitenta i na njega ne može uticati. U odnosu na promitent, i stipulant i korisnik javljaju se kao povjerioci. Stipulant može jednostranom izjavom volje opozvati ugovorenu korist za trećeg, ali samo dok korisnik ne izjavi da prihvaća ugovorenu prestaciju u njegovu korist. S druge strane, korisnik je ovlašten odbiti korist koja je za njega ugovorena. U tom slučaju stipulant ima pravo tražiti ispunjenje koristi od promitenta (dužnika) za sebe.

V. Obećanje radnje trećeg lica

Savremeno pravo, za razliku od rimskog prava, dozvoljava da se ugovorom odredi korist za treće lica koje nije ugovorna strana. Suprotno tome, nije moguće ugovorom dva lica stvoriti neku obavezu za treće lica. U slučaju kad jedno lice obeća drugom licu da će treći nešto učiniti ili propustiti, trećeg to ne obavezuje. Štaviše, ako bi drugi pretrpio štetu zbog toga što se treći neće da se obaveže, obećavalac bi bio dužan istome naknaditi nastalu štetu.

Na primjer, *bolnica B ugovori sa svojim radnikom R da provede godinu dana na radu u inostranstvu, uz mjesečnu naknadu od 1.000 eura, koju će isplatiti inostrana bolnica. Radnik je proveo godinu dana u inostranstvu i za to vrijeme primio mjesečnu naknadu od 700 eura od inostrane bolnice. R se interesira za svoja prava? Radnik R ima pravo na naknadu štete od svoje ugovorne strane (bolnice B) i to u iznosu od 3.600 eura, koliko je manje primio od onoga što je bilo ugovoreno. Naime, B je obećao R-u da će mu treći (inostrana bolnica) plaćati mjesečnu naknadu od 1.000 eura. Treći je plaćao samo dio predviđenog iznosa, te je R pretrpio štetu u mjesečnom iznosu od 300 eura. Prema odredbi člana 153, st. 1. ZOO, obećavalac (kod nas B) odgovara za štetu koju bi drugi (R) pretrpio zbog toga što treći (inostrana bolnica) neće da izvrši određenu (obećanu) radnju⁷.*

Međutim, treći ne odgovara za štetu ukoliko se on samo obavezao da će se zauzeti kod trećeg da se ovaj obaveže da nešto učini ili propusti, pa u tome i pored svog zalaganja ne uspije.

VI. Nepravi ugovor u korist trećeg lica

Ugovor gdje sam korisnik može zahtijevati od dužnika ispunjenje obaveze naziva se „pravi“ ugovor u korist trećeg ili ugovor u korist trećeg lica u pravom smislu te riječi. Za razliku od ovog „pravog“ ugovora u korist trećeg

⁷ VSH, Rev. 2238/86, od 3. 3. 1987. godine – PSP 35/70.

lica, poznat je i „nepravi“ ugovor u korist trećeg, i to posebno u njemačkoj pravnoj školi⁸. Na osnovu „nepravog“ ugovora u korist trećeg lica, korisnik je ovlašten primiti ispunjenje obaveze, ali nije ovlašten tražiti ispunjenje.

Na primjer, *A želi svojoj dugogodišnjoj poznanici P pokloniti za rođendan buket ruža. Iz tog razloga A kod cvjećara C naruči buket, te se sporazumiju da C taj buket odnese na kućnu adresu P-a.*

U ovom slučaju P je ovlaštena primiti buket ruža, ali ga ona ne može zahtijevati. Samo je A ovlašten tražiti ispunjenje od C. Naš ZOO regulirao je samo „pravi“ ugovor u korist trećeg lica.

VII. Uporedno pravo

1. Njemačko pravo

U njemačkom pravu moguće je ugovoriti određenu korist za trećeg, kojim treći stiče *neposredno pravo* zahtijevati ispunjenje obaveze u njegovu korist⁹. Kad zakonodavac naglasi da treći stiče neposredno pravo zahtijevati ispunjenje, želi istaknuti kako za nastanak prava nije potrebno nikakvo njegovo sadejstvo u smislu izjave o pristupanju ili prihvatanju, čak niti njegovo znanje o tome da je zaključen ugovor u njegovu korist. Naravno, treći je ovlašten odbiti takvo pravo¹⁰.

Kad postoji ugovor u korist trećeg lica, određuje se prema osnovnom ugovoru. Međutim, nekad nije jednostavno utvrditi postojanje ugovorne klauzule u korist trećeg lica. U tom slučaju, sud ima relativno široka ovlaštenja utvrđivati postoji li ugovor u korist trećeg, uzimajući u obzir okolnosti slučaja i svrhu (cilj) samog ugovora. Tako se npr. pretpostavlja postojanje ugovora u korist trećeg u slučaju osiguranja života, u kojima je suma osiguranja ugovorena za treće lice.

Promitent i stipulant mogu ugovoriti da se obaveza prema trećem licu ima ispuniti tek nakon stipulantove smrti. U tom slučaju, stipulant sve do svoje smrti može opozvati ili izmijeniti korist za trećeg¹¹. Iako se ovdje radi o raspolaganju za slučaj smrti, prednost je u tome što se ne moraju pridržavati strogih pravila o formi testamenta ili drugih ugovora iz nasljednog prava, obzirom da treći svoje pravo stiče neposredno, a ne iz zaostavštine umrlog.

Sudska praksa široko je primjenjivala pravila ugovora u korist trećeg lica.

⁸ Vidjeti npr. D. Medicus, *Schuldrecht I*, Allgemeiner Teil, München 1996, S. 354, Rn. 765 i 766.

⁹ Vidi § 328 I BGB.

¹⁰ § 333 BGB.

¹¹ § 331 BGB.

Tako su ta pravila služila i za popunjavanje praznina u deliktnom (odštetnom) pravu. Posebno je bitna odluka Carskog suda (Reichsgericht) iz 1930. godine¹². *Zakupac Z zaključio je s preduzećem P ugovor o popravci plinskog grijanja u stanu. Zbog greške u montaži, došlo je do eksplozije, usljed čega je povrijeđena čistačica koja je u tom momentu, u dogovoru sa Z-om, čistila stan. Carski sud utvrdio je da čistačica ima pravo na naknadu štete od P-a, jer ugovor između Z i P sadrži i „klauzulu u korist trećeg“. Ovdje je riječ o ugovoru sa „zaštitinim dejstvom za trećeg“, jer je obaveza preduzeća da prilikom popravke postupa s pažnjom i prema trećim licima koji se nalaze u prostoru koji su popravljali. U većini pravnih sistema, tužiteljica (čistačica) mogla bi svoje zahtjeve zasnovati na odgovarajućim pravilima iz deliktne odgovornosti (nedopuštene radnje). Ta mogućnost postoji i u njemačkom pravu, ali bi se tuženi mogao pozvati na § 831 BGB i osloboditi se odgovornosti, ako dokaže da je šteta na stvarima ili tijelu trećih nastala djelovanjem lica (radnika, pomoćnika) koje je on pažljivo izabrao, uputio u posao i nadzirao. U konkretnom slučaju, sud je tužiteljici priznao prava po osnovu povrede ugovora, mada sama nije bila ugovorna strana.*

2. Francusko pravo

Princip da ugovor proizvodi pravno dejstvo samo za ugovorne strane izričito je predviđen u francuskom pravu, pri čemu je istovremeno određeno da to ne vrijedi kod ugovora u korist trećeg lica. Prema odredbi čl. 1121. Cc, dopušten je ugovor u korist trećeg, samo ako se promitent istovremeno obavezuje da će učiniti neku korist i za stipulanta ili ako stipulant učini poklon promitentu. Iz ovoga se vidi da je francuski zakonodavac 1804. godine postavio stroge pretpostavke za postojanje ugovora u korist trećeg. Međutim, sudska praksa je, zbog praktičnih potreba, izbrisala ograničavajuće uslove za primjenu ovog instituta. Pored toga, u čl. 1973. Cc, za ugovor o doživotnom izdržavanju predviđena je posebna odredba koja izričito dopušta ugovaranje u korist trećeg, dok su ugovori o osiguranju života regulirani posebnim zakonom.

U romanskim pravnim krugovima javlja se i tzv. *actio directe*, koji je, s aspekta praktičnog učinka, vrlo sličan ugovoru u korist trećeg lica, ali se kao pravna konstrukcija mora razlikovati. U malom broju tačno određenih slučajeva *Code civil* predviđa da onaj ko ima pravni interes da ugovor koji je jedno lice zaključilo s trećim bude izvršen, ima pravo na tužbu protiv trećeg. Na primjer, *nalogodavac ima direktan zahtjev prema trećem, na kojeg je na-*

¹² RGZ 127, 218, 221.

logoprimac prenio ispunjenje ugovora o nalogu. Zakupodavac može isticati zahtjev prema podakupcu, ako zakupac ne ispunjava obavezu plaćanja zakupnine¹³. Jedan od najvažnijih slučajeva *actio directe* dolazi iz prava osiguranja. Oštećeni koji je pretrpio štetu od štetnika koji posjeduje osiguranje od odgovornosti, može zahtijevati naknadu štete direktno od osiguravača (osiguravajućeg društva). Ovo je pravilo u međuvremenu uvedeno u cijeloj Evropi.

Ono što svi navedeni slučajevi imaju zajedničko s ugovorom u korist trećeg lica jeste da lice koje nije učestvovalo u zaključenju ugovora može, kao povjerilac, zahtijevati ispunjenje obaveze. Za razliku od ugovora u korist trećeg lica, kod kojeg se pravo zasniva na volji ugovarača, kod *actio directe*-a pravo se zasniva na zakonu, neovisno o tome da li su to ugovorne strane htjele ili ne.

3. Englesko pravo

Englesko pravo nije se ni do današnjeg dana uspjelo „srijateljiti“ s institutom ugovora u korist trećeg lica. Englesko pravo, kako to priznaje kontinentalni dio Evrope, ne poznaje ugovor u korist trećeg¹⁴. Iako postoje neke sudske odluke sa sredine 18. stoljeća kojima se priznaje ugovor u korist trećeg, u čuvenom slučaju „Tweddle v Atkinson“¹⁵ postavljene su nepremostive prepreke jednom uopćenom prihvatanju koncepta ugovora u korist trećeg.

Gospodin Tweddle i gospođica Guy vjenčali su se mladi. Kako bi im pomogli u pokrivanju životnih troškova, njihovi očevi zaključili su ugovor kojim su se obavezali da svaki od njih da određeni novčani iznos suprugu Tweddle. Dogovorili su da on ima pravo tužiti, za slučaj da neko od njih ne uplati predviđeni iznos. Gospodin Guy nije platio svoj dio, te ga je zet tužio. S obzirom da je Guy u međuvremenu umro, tužba je usmjerena protiv izvršitelja testamenta – Atkinsona. Sud je odbio tužbeni zahtjev, uz obrazloženje da ugovarači nisu mogli zasnovati samostalno pravo trećeg, koji nije učestvovao u zaključenju ugovora.

Engleski sudovi pozivaju se na učenje o privatnom karakteru ugovora (*doctrine of privity of contract*), iz kojeg proizilazi da je ugovor strogo dvostrani *vinculum iuris*, s pravima i obavezama samo za ugovorne strane.

¹³ Članovi 1994. i 1753. Cc.

¹⁴ U mnogim udžbenicima citiraju se riječi suca suda lordova Viscount Haldane, koji je u jednoj odluci rekao: „Moji lordovi, u engleskom pravu su određeni instituti fundamentalni. Jedan od njih je da samo ugovorna strana može da podnosi tužbu protiv tog ugovora. Naše pravo ne poznaje ‘ius queasitum tertio’ koji bi proizlazio iz ugovora“.

¹⁵ Iz 1861, 1 B & S. 397, 4 L.T. 468.

Činjenica da se *doktrine of privity of contract* tako dugo održala, moguće je samo zato što su zakonodavac i sudska praksa pronašli načine da je izbjegnju, posebno kod ugovora o osiguranju. U posljednje vrijeme kritike ovakvog shvatanja sve su glasnije, te se ističe da treba poštovati volju ugovornih strana. Ako su strane ugovorile da treće lice, iako nije ugovorna strana, ima pravo tražiti od njih ispunjenje obaveze u svoju korist, takvo pravo mora biti priznato. U prilog tome navodi se i to da je ugovor u korist trećeg lica već dugo vremena priznat i u pravu Sjedinjenih Američkih Država.

VIII. Zaključna razmatranja

Za razliku od rimskog prava, savremena prava u potpunosti prihvataju mogućnost da dvije ugovorne strane svojom saglasnom izjavom volje za treće lice, koje nije ugovorna strana, zasnuju određeno pravo u korist tog trećeg. Izuzetak od tog pravila se zadržao još samo u engleskom pravu, ali i tamo su sve glasniji zahtjevi da se omogućiti valjano zaključenje ugovora u korist trećeg lica. Upoređujući rješenja u našem domaćem pravu sa rješenjima u velikim pravnim sistemima, možemo zaključiti da su pozitivnopravna rješenja u našem pravu kompatibilna sa rješenjima u većini pravnih sistema tzv. evropskog kontinentalnog pravnog kruga.

SOME OF THE FEATURES OF THE THIRD PARTY CONTRACT

Abedin Bikić, PhD*

Summary

The rule is that the contract has legal effect only for the parties. An exception to this is a contract in favor of a third party, by which the contracting parties (the promising and the stipulator) agree that the debtor will fulfill his act to a third party and not to his contracting party. A contract for the benefit of a third party is a special type of contract of obligation from which a third party, based on the law, creates an independent claim against the debtor.

* Full Professor, Faculty of Law of the University in Sarajevo

КЛАУЗУЛЕ КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ОСИГУРАВАЧА

Проф. др Владимир Чоловић*

Апстракт: Осигурање од одговорности је специфична врста осигурања с обзиром на предмет осигурања и с обзиром на чињеницу да оштећено лице није учествовало у дефинисању односа осигурања, тј. закључењу уговора. С обзиром на то да се, након настанка осигураног случаја, морају заштитити интереси и осигураника и осигуравача, поставља се питање активног учешћа осигуравача у утврђивању одговорности осигураника, као и висине штете. Због тога су се у теорији осигурања, код ове врсте осигурања, дефинисале клаузуле које штите интерес, пре свега, осигуравача. Те клаузуле су: 1. клаузула о вођењу спора, 2. Клаузула о забрани поравнања од стране осигураника и 3. Клаузула о забрани признања одговорности од стране осигураника. Аутор у раду посвећује пажњу низу питања која се тичу наведених клаузула, а, такође, осврће се на решења у домаћем и немачком законодавству. Исто тако, у раду се анализирају одредбе опитних услова осигурања у вези са наведеним клаузулама. Аутор закључује да ове клаузуле не штите само осигуравача, већ и осигураника.

Кључне речи: осигуравач, осигураник, вођење спора, поравнање, одговорност, треће оштећено лице.

* Научни саветник Института за упоредно право Београд и редовни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон“ Бања Лука; mail: v.colovic@iur.rs; vladimir.z.colovic@apeiron-edu.eu.

1. Увод

Осигуравач у односу, који је дефинисан закључењем уговора о осигурању од одговорности, након настанка осигураног случаја, проширује своју улогу у том односу, која се не своди само на плаћање износа, по односном уговору, односно, суме осигурања оштећеном лицу, који је треће лице у овом односу, већ на више питања везаних за висину штете и степен одговорности осигураника. Та питања се тичу могућности увида у утврђивање одговорности осигураника, одговорног лица, као и увида у утврђивање висине износа који ће осигуравач платити, што значи да ће осигуравач имати активну улогу у овим процесима и да ће осигуранику бити наметнута одређена ограничења, везана за наведена питања. Те клаузуле су: 1. Клаузула о вођењу спора; 2. Клаузула о забрани поравнања са трећим оштећеним лицем; и 3. Клаузула о забрани признања одговорности од стране осигураника. Овим клаузулама се више посвећује пажње у општим условима осигурања, који се односе на осигурање од одговорности, него у законодавству. То ствара проблем, имајући у виду да мора постојати законски оквир који ће дефинисати ове клаузуле као императивне одредбе од којих се не може одступити приликом дефинисања садржине уговора о осигурању од одговорности. Ми смо, у наслову, дефинисали ове клаузуле као инструмент заштите осигуравача, али оне представљају и инструмент заштите осигураника, као одговорног лица, имајући у виду да сума осигурања може бити лимитирана, односно, да осигуравач буде обавезан до одређеног износа, што значи да, уколико износ штете прелази суму осигурања, остатак ће платити осигураник, а са друге стране, морамо узети у обзир и однос осигурања између осигуравача и осигураника који у себи садржи и одређене повољности, које зависе од броја осигураних случајева за које је одговоран осигураник у текућем периоду осигурања. Посветићемо пажњу начину регулисања ових клаузула и у немачком законодавству, али ћемо се осврнути и на наше законодавство, које, уопште, не посвећује пажњу овим институтима, што представља проблем у пракси.

Но, осим тога, да бисмо могли да говоримо о наведеним клаузулама, неопходно је да дефинишемо природу осигурања од одговорности, као и статус трећег оштећеног лица које није уговорна страна у односу осигурања. Треће оштећено лице има одређена овлашћења која произлазе из природе ове врсте осигурања, а она се тичу, пре свега, права на накнаду штете, за коју је одговоран осигураник, као и права на директно обраћање осигуравачу, било захтевом за накнаду штете, било подношењем тужбе против осигуравача.

2. Правна природа осигурања од одговорности и статус трећег оштећеног лица

Да бисмо разумели наведене клаузуле које се појављују код осигурања од одговорности, неопходно је да наведемо најважније карактеристике ове врсте осигурања, које би уједно могле да се дефинишу и као елементи правне природе тог осигурања. Ова врста осигурања је специфична и не постоји јединствен став о каквом уговору о осигурању се ради, имајући у виду да је предмет осигурања одговорност осигураника, односно, ако неком трећем лицу настане штета чињењем или нечињењем осигураника, осигуравач ће бити у обавези да накнади штету том лицу, које, уопште није учесник односа осигурања, тј. није странка у уговору. Један од ставова је да је уговор о осигурању од одговорности, уговор у корист трећих лица¹. Наиме, по овом ставу, осигураник и осигуравач уговарају неко право у корист трећег. Но, то право ће треће лице стећи тек кад настане осигурани случај, односно, тек кад поднесе захтев за накнаду штете. Из овакве дефиниције можемо стећи утисак да се ради о кориснику осигурања, што треће лице свакако није. Корисник осигурања, нарочито код осигурања лица, одређује се уговором, а треће оштећено лице не може бити одређено, с обзиром на то да се не зна, у моменту закључења уговора, ко ће бити оштећено лице. Али, постоји и други став о овој врсти осигурања, који грађанску одговорност осигураника дефинише као предмет осигурања. Присталице овог става истичу да странке код овог уговора не изражавају вољу да закључују уговор у корист трећег лица. Понављамо оно што смо рекли, треће лице има права на накнаду штете по овом уговору тек када штета настане. Осигурање од одговорности није осигурање у корист трећег лица, већ се односи на специфичан предмет осигурања, а то је одговорност осигураника².

А важност наведених клаузула долази до изражаја код осигурања од одговорности, управо због чињенице да осигуравач исплаћује накнаду трећем оштећеном лицу, а не осигуранику. А та чињеница произлази из права оштећеног лица на директан захтев, односно, подношење директне тужбе према осигуравачу. Оштећено лице, значи, може да потражује накнаду од најмање два лица, осигуравача и осигураника³, с обзиром на то да се може

¹ Н. Николић, *Уговор о осигурању*, Београд 1957, 186.

² З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић Петровић, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете*, Београд 2010, 23.

³ В. Чоловић, *Међународно осигурање аутоодговорности (систем зелене карте)*, Београд 2007, 22.

десити да за исту штету одговара више лица (не само један осигураник и један осигуравач). Овде морамо поменути и ситуацију која је везана за доношење тужбе од стране оштећеног лица, истовремено против осигуравача и осигураника. Наиме, ако се у другостепеном поступку (у наведеној ситуацији), прихвати жалба осигуравача, та чињеница не мора да има утицаја на одговорност осигураника, односно, одговорног лица, што значи да ће он и даље бити одговоран према оштећеном. Али, ако се прихвати жалба против осигураника, тада ће се осигуравач обавезно ослободити одговорности⁴. Ако постоји грађанска одговорност осигураника и ако је она обухваћена општим условима осигурања, односно, саставни је део покрића, тада ће и осигуравач бити обавезан према оштећеном лицу. У супротном, ако осигураник није одговоран, тада неће бити обавезан ни осигуравач. Следеће што овде морамо изнети, односи се на забрану приговора оштећеном лицу од стране осигуравача, ако му оно поднесе захтев за накнаду штете⁵. Наиме, овде се ради о приговорима које осигуравач не може истаћи трећем оштећеном лицу, али би могао осигуранику због поступања супротно одредбама закона или уговора⁶. Најзад, однос осигуравача и осигураника према оштећеном лицу морамо посматрати и као однос солидарних дужника према повериоцу. Наиме, овде морамо говорити и о општим правилима везаним за спољашњи и унутрашњи однос код солидарних облигација. Спољашњи однос је однос поверилаца и дужника, а унутрашњи однос представља однос између самих поверилаца (саповерилаца) или дужника (судужника). Унутрашњи однос настане када спољашњи однос престане, што значи да ће сами повериоци или дужници решити односе између себе⁷.

Посветићемо посебну пажњу директном захтеву, односно, природи тог захтева, као и директне тужбе. Наведена решења везана за однос осигураника и осигуравача, са једне стране, као и трећег оштећеног лица, са друге стране, ослањају се и на тумачење правне природе захтева који се остварује директном тужбом. Она не проистиче из уговора о осигурању, већ има извор у проузрокованој штети, односно, проистиче из деликтне

⁴ В. Чоловић, 22–23.

⁵ Н. Мрвић-Петровић, З. Петровић, А. Филиповић, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Београд 2000, 112.

⁶ Члан 28 Закона о обавезном осигурању у саобраћају Србије, „Сл. гласник Р. Србије“ бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012, 7/2013 – одлука Уставног суда.

⁷ А. Јаневски, „Обавезе са више дужника или поверилаца и извршење према солидарним дужницима“, Зборник радова *Хармонизација грађанског права у региону*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2013, 414.

одговорности⁸. Право трећег лица на непосредан захтев (*actio directa*), укључујући и процесно овлашћење у облику непосредне тужбе, да покрене парницу против осигуравача, чини сам темељ свих осигурања од одговорности, а посебно осигурања од аутоодговорности, као једног облика те врсте осигурања. Тиме се остварује се јавни интерес за сигурну законску заштиту трећег лица, а тиме се испуњава и сврха овог осигурања⁹. А трећа лица стоје ван конкретног облигационоправног односа¹⁰.

Оно што је најважније односи се на чињеницу да код осигурања од одговорности имамо уговорни пренос одговорности са штетника на осигуравача поводом предвиђених ризика, који могу да буду дефинисани законом или уговором, када те ризике дефинишу општи услови осигурања. Уговорна одговорност која се преноси на осигуравача има посебну природу, јер не одговара за штету штетник – одговорно лице, бар примарно, већ осигуравач. Но, као што смо рекли, сам осигуравач може у секундарној парници да покрене поступак против штетника – осигураника након исплате накнаде оштећеном лицу, ако се испуне услови за то. Значи, код осигурања од одговорности, примарни субјект одговорности је осигуравач¹¹.

3. Клаузула о вођењу спора

Слободно можемо да закључимо да је клаузула о вођењу спора најбитнија, с обзиром на то да се, веома често, дешавају спорови поводом штета које произлазе из одговорности осигураника, као и чињенице да је, код ове клаузуле, најизраженија одговорност како осигуравача, тако и осигураника, уколико се они не придржавају правила везаних не само за примену ове клаузуле, већ и за примену општих правила код ове врсте осигурања. Основни циљ дефинисања клаузуле о вођењу спора у услови-ма осигурања јесте обезбеђење активне улоге осигуравача у спору који се води поводом осигураног случаја између оштећеног лица и осигураника, са којим је осигуравач закључио уговор. Та активна улога се састоји у давању упутстава осигураннику за вођење спора, евентуално одређивање

⁸ П. Шулерић, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања* бр. 2/2009, Београд 2009, 18.

⁹ Л. Беланић, „Треће особе у осигурању од аутомобилске одговорности“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* в. 28, бр. 1, 2007, 3.

¹⁰ Л. Беланић, 4.

¹¹ Ј. Салма, „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, 83.

пуномоћника, самостално ступање у парнични поступак као умешача, односно, ступање у парницу у својству странке. Но, ова клаузула се односи и на неке вансудске радње, које се односе на забрану осигуравача осигуранику да даје изјаве поводом спора, да ступа у преговоре са оштећеним лицем, итд¹². Значи, ако говоримо о учешћу осигуравача у парници, можемо говорити о осигуравачу као умешачу, као пуномоћнику и као странци.

Осигуравач, као умешач, има активну улогу у поступку, али са одређеним ограничењима. Наиме, радње које предузима умешач имају дејство, као да их је предузела странка и оне могу користити осигуранику, али умешач не може да диспонира правима, односно, не може у поступку закључити поравнање, затим, не може да призна захтев или да се одрекне подношења правног лека. Против учешћа осигуравача као умешача у поступку може бити тужилац, односно, оштећено лице, али се, у пракси, дозвољава учешће осигуравача у наведеној улози у парници¹³. Учешће осигуравача као умешача у поступку доноси и одређене предности за осигураника, због интервенцијског дејства пресуде. Пресуда не гласи на осигуравача, али обзиром на то да је био умешач, он не може истицати осигуранику приговор несавесног вођења спора. Осигуравач је везан и за диспозитив пресуде, као и за образложене чињенице на основу којих је донета иста. Друго, без обзира на то што је осигуравач био умешач у спору, осигураник остаје странка у поступку, од кога зависи коначна оцена помоћи од стране осигуравача. Осигураник може и да оспори правно дејство радњама умешача, без навођења разлога. Чињеница је да то може имати утицаја на поступак који се може водити по захтеву за регрес између ова два лица, али ће то ипак више у неким случајевима одговарати осигуранику¹⁴.

Осигуравач може да учествује у поступку и као пуномоћник, али овде може настати проблем, због тога што осигураник може да одбије да изда пуномоћје осигуравачу, а, исто тако, може и да га опозове у току поступка.

Осигуравач може да буде и странка у поступку, али само након пристанка обе стране, и осигураника и оштећеног. Осигуравач може да постане странка у моменту подношења тужбеног захтева, односно, да буде обухваћен тужбеним захтевом или касније, у току поступка. Ако је друга ситуација у питању, тада осигуравач може да буде у тежој пози-

¹² П. Шулерић, *Право осигурања*, Београд 2005, 396.

¹³ П. Шулерић, *Осигурање од грађанске одговорности*, Београд 1967, 89–90.

¹⁴ П. Шулерић (1967), 90.

цији, имајући у виду да преузима парницу у стању у каквом је, када он постаје странка. Ипак, другачији је положај осигуравача. Ако он ступа у парницу као споредни умешач на страни првотуженог, он може да истакне све приговоре, тако да је он у истој ситуацији као да је био тужен¹⁵.

Међутим, осигуравач не мора директно да учествује у поступку. Наиме, ова клаузула се може широко тумачити, што осигуравачу даје могућност да „води“ спор, односно, да контролише у ком правцу се води и на друге начине, не само директним учешћем, у улози умешача, пуномоћника или странке. На који начин осигуравач може да контролише парницу на наведени начин? Пре свега, он може узети учешће на тај начин што ће давати упутства осигуранику који сам учествује у поступку. Затим, осигуравач може да одреди пуномоћника коме је осигураник дужан да, по пуномоћју, да сва овлашћења, што значи да такав заступник води парницу у име осигураника, али по упутствима осигуравача¹⁶. Ово су случајеви када осигуравач само даје смернице осигуранику. Наравно, мора се радити о случајевима када је тужба подигнута само против осигураника, а не и против осигуравача.

– Губитак права из осигурања

Ако се осигураник не придржава клаузуле о вођењу спора која представља основно правило, у оквиру ове врсте осигурања, он ће бити одговоран осигуравачу. Чињеница пропуштања обавештавања о покретању поступка или неизвршење неке друге радње која би помогла бољем положају осигуравача у том поступку доводи до обавезе осигураника да накнади штету осигуравачу. Али, овде се поставља и друго питање. Оно се односи на губитак права из осигурања, односно на право осигуравача да осигураника потпуно лиши свих права која су дефинисана уговором. Ипак, иако би одређени поступци осигураника нанели штету осигуравачу, везану за његово учешће у поступку, код нас није дозвољен губитак права из осигурања у овом случају, имајући у виду да се ради о штети која се може одредити, пре свега, износом настале штете, трошкова поступка, итд. Чак поједини услови осигурања дефинишу да ће осигураник бити одговоран према осигуравачу, само ако је поступио у намери или крајњој непажњи. То значи, ако осигураник није знао или није морао знати да је дужан да обавести осигуравача о покретању парнице, он не

¹⁵ П. Шулејић (2005), 397.

¹⁶ П. Шулејић (1967), 87–88.

би ни био одговоран према њему¹⁷. Но, овде се, онда, поставља питање, да ли је осигураник био упознат са општим условима осигурања, да ли су му предати у тренутку закључења уговора, да ли је разумео одредбе услова осигурања које се односе на наведену клаузулу, итд.

– Одбијање вођења спора (учешћа у спору) од стране осигураваача

Поставља се питање да ли осигураваач може да одбије вођење спора, односно, да се уопште не „огласи“ поводом тужбе која је поднесена против осигураника. Не постоје никакве санкције, али не би требало да се проузрокују ни последице по осигураника. Наиме, ако оштећени покрене поступак против осигураника и осигураваач се не умеша у спор или не постане странка у спору, тада ће осигураник моћи да наплати износ по пресуди, као и трошкове спора, па чак и када прелазе износ суме осигурања. Но, може се догодити да се осигураваач противио закључењу поравнања од стране осигураника, па се, касније, донесе пресуда у већем износу и тада ће осигураваач бити, такође, у обавези да плати износе, па чак и ако прелазе износ суме осигурања¹⁸. Битно је само да осигураник испуни своје обавезе по уговору које се тичу пријаве осигураног случаја, достављања документације, давања изјаве и сл.

– Немарно вођење спора од стране осигураваача

У парници осигураваач брани и своје интересе и интересе осигураника, али то није увек случај. Наиме, може се десити да висина захтева за накнаду штете прелази износ суме осигурања, или је у питању ситуација када осигураник истиче противзахтев против оштећеног, односно, када по исплати накнаде, осигураваач задржава право регреса према осигураннику, ако се испуне одређени услови. Уколико у овим ситуацијама осигураваач иступа немарно у поступку, тада он наноси штету осигураннику и одговоран је према њему. Исто тако, осигураваач ће бити одговоран, ако је одбио, без оправданог разлога, исплату штете оштећеном лицу, па је због тога покренута парница¹⁹.

Осигураваач може да начини штету осигураннику, као што смо рекли, и у току спора, на тај начин што ће немарно водити спор, извршити лош избор пуномоћника, пропустити неки рок, затим, ако не приступи рочишту, не предложи извођење доказа, не уложи правни лек, одбије повољно порав-

¹⁷ П. Шулејић (2005), 398.

¹⁸ П. Шулејић (1967), 93.

¹⁹ П. Шулејић (2005), 397–398.

нање, итд. По једном схватању, осигуравач не штети интересима осигураника оваквим понашањем, с обзиром на то да он брани свој интерес и служи се својим правом, а по другом, осигуравач чини штету и осигуранику и себи, јер за свако смањење имовине мора да сноси последице оно лице које није предузело одређене радње да до тог смањења не дође²⁰. Можемо поставити низ питања која се тичу одговорности осигуравача, која се, пре свега, односе на његову обавезу исплате износа који прелази суму осигурања, па чак и када се ради о ситуацији инцидентне жалбе, односно, до случаја када против пресуде поднесу жалбу и осигуравач и оштећено лице, па суд досуди већу накнаду, која прелази износ уговорене суме осигурања²¹. Овде је осигуравач одговоран само ако је његовом кривицом у поступку дошло до повећања обавезе осигураника, односно, ако је већ утврђена накнада у оквирима суме осигурања, па је касније, захваљујући одређеној радњи у поступку предузетој од стране осигуравача, она увећана.

– Учешће осигуравача у кривином поступку против осигураника

Поменућемо и учешће осигуравача у кривичном поступку против осигураника. Наиме, у кривичном поступку се утврђује одговорност осигураника за начињену штету, што утиче на дефинисање његове одговорности и у парничном поступку, односно, поступку у коме се одлучује о захтеву за накнаду штете. Овде морамо рећи да пресуда донесена у кривичном или прекршајном поступку опредељује, по питању одговорности, одлуку суда у парничном поступку, али се допринос одговорног лица у насталој штети може посебно утврђивати у том поступку. Но, улога осигуравача у кривичном поступку је ограничена у односу на парнични поступак. Он може помоћи осигуранику тако што ће му поставити заступника, без обзира на то што и осигураник може изабрати посебног браниоца²². Међутим, морамо рећи да осигуравач брани, пре свега, своје имовинскоправне интересе и он не може да буде странка у кривичном поступку. Његов интерес који се огледа у постављању заступника управо се односи на заштиту тог интереса, имајући у виду опредељење одговорности осигураника у том поступку.

²⁰ П. Шулејић (1967), 94.

²¹ П. Шулејић (1967), 95.

²² П. Шулејић (2005), 399.

4. Клаузула о забрани поравнања са оштећеним лицем

Клаузула о забрани поравнања повезана је са клаузулом о вођењу спора, имајући у виду да не треба дозволити осигуранику поравнање са оштећеним, уколико већ осигуравач може учествовати у парници. Поравнање би онемогућило осигуравача у поступку, као и у вршењу других права које би имао у доказивању одговорности осигураника и висине штете. Забрана поравнања значи да осигураник не сме да се изјашњава о одштетном захтеву постизањем споразума о висини одштете, без претходног договора са осигуравачем. Са друге стране, иако то право има, осигуравач не би могао да се поравна са оштећеним на износ који би прелазило висину суме осигурања. Исто тако, осигуравач може да оштети осигураника, ако би одбио да закључи повољно поравнање²³. Поставља се питање због чега се забрањује осигуранику да закључи поравнање са оштећеним. Разлог томе је његова недовољна стручност у процени штете, односно, могућност осигуравача да на професионалан начин утврди висину штете. Исто тако, да ли би се ова клаузула применила, ако би осигураник закључио поравнање на износ који одговара висини штете, односно, одговара оном износу који би утврдио и осигуравач. То је фактичко питање. Ако би стриктно примењивали ову клаузулу, онда ни тада овај споразум не би могао да има важност. У сваком случају, не би могло да дође до губитка права из осигурања.

Са друге стране, поставља се питање да ли ће осигуравач сносити последице, ако одбије да закључи повољно поравнање са оштећеним. Осигуравачу се не може оспорити право да тражи доказе за висину штете, што значи да би његова одговорност постојала само ако би се радило о тежем степену кривице осигуравача у процени разлога за одбијање поравнања²⁴. Но, у вези са наведеним, морамо поменути случај када осигуравач закључи споразум о поравнању са оштећеним лицем. Већ смо више пута рекли да оштећено лице може поднети како директан захтев за накнаду штете осигуравачу, тако и директну тужбу против њега. Но, имајући у виду садржину и клаузуле о поравнању и клаузуле о вођењу спора, можемо рећи да осигуравач као обавезано лице, ипак, има право да склопи споразум са оштећеним, независно од воље осигураника. Осигуравач и оштећено лице могу закључити и судско и вансудско поравнање. Судско поравнање странке могу

²³ П. Шулејић (2005), 400; П. Шулејић (1967), 104.

²⁴ П. Шулејић (1967), 105.

закључити у току целог поступка, наравно, пред судом, и оно има дејство међу странкама као и правоснажна пресуда²⁵. Са друге стране, вансудско поравнање нема дејство судског поравнања и оно нема утицај на поступак²⁶. Вансудско поравнање морамо посматрати као уговор, али се он разликује од осталих уговора, јер се њиме другачије уређују односи, који су већ постојали, код проузроковања штете²⁷. Вансудско поравнање нема дејство на парницу за накнаду штете и његово закључење не спречава заснивање нове парнице, односно, не спречава да се парница, која је у току, настави. Такође, вансудско поравнање може да се раскине због неизвршења обавеза из поравнања²⁸. У пракси, честа су закључења између оштећених лица и осигураваача ради накнаде штете. Већина друштава у вансудском поравнању наводи и одредбу да се оштећеник одриче даљих потраживања према осигуравајућем друштву у односу и на материјалну и на нематеријалну штету. Вансудско поравнање се најчешће закључује ван спора. Чињеница је да оштећена лица пристају на закључење вансудског поравнања најчешће из разлога да брже накнаде штету. Међутим, питање је да ли је накнада, која је утврђена у вансудском поравнању, реална. Проблеми у вези са накнадом штете код многих осигураваача су велики. Ти проблеми јесу последица висине износа премије осигурања, као и укупног бонитета осигураваача. Уколико осигураваач не изврши своје обавезе по вансудском поравнању, оштећено лице може у парници да тражи раскид вансудског поравнања. Тада он има право на потпуно обештећење. Често осигураваачи не испуне у року преузете обавезе из вансудског поравнања, тако да би и о томе требало водити рачуна у поступку, а што се односи на правичну накнаду.

5. Клаузула о забрани признања одговорности осигураника

И код забране признања одговорности од стране осигураника не би дошло до губитка права из осигурања. Ова клаузула је блиско повезана и са клаузулом о вођењу спора, али и са клаузулом о забрани поравнања. Наиме, ако би осигураник признао да је одговоран за насталу штету, онда би вођење парнице било беспредметно, а са друге стране, само поравнање је и признање одговорности. Признање одговорности неће пред-

²⁵ В. Ристић, М. Ристић, *Практикум за парницу*, Београд 1995, 242.

²⁶ В. Ристић, М. Ристић, 243.

²⁷ Л. Карамарковић, „Вансудско поравнање“, Саветовање „Проузроковање штете и њена накнада“, Будва 1999, 130.

²⁸ Л. Карамарковић, 137.

стављати само давање посебне изјаве, већ и радње, као што су исплата штете од стране осигураника, иако је претходно негирана одговорност, затим доношење пресуде због изостанка осигураника са рочишта, итд. Сама висина захтева за накнаду овде није битна, битно је признање одговорности од стране осигураника²⁹. Међутим, ако би осигураник, који је признао одговорност за насталу штету, доказао да његовим поступком осигуравач није претрпео никакву штету, тада би осигуравач био у обавези да исплати суму осигурања, односно, износ штете³⁰.

6. Регулисање клаузула у немачком законодавству

Кратко ћемо посветити пажњу и немачком законодавству, односно, Закону о уговорима о осигурању Немачке (даље. ЗУОН)³¹. ЗУОН, у својим одредбама, предвиђа наведене клаузуле, с тим што сама формулација тих одредаба захтева додатна објашњења. Наиме, немачки законодавац је дефинисао да је осигураник у обавези да осигуравачу, у року од 7 дана, пријави чињенице везане за настанак његове одговорности према трећем лицу. Ако је треће оштећено лице поднело захтев против осигураника, као одговорног лица, овај је дужан да наведено пријави осигуравачу. У случају да је захтев трећег лица поднет суду, односно, да је поднесена тужба за накнаду штете против осигураника, он је, такође, дужан да ту чињеницу пријави осигуравачу. Исти је случај, ако се против осигураника спроводи истражни поступак, а у вези са штетом коју је начинио трећем лицу, у вези са догађајем који је покривен осигурањем. Овде ЗУОН не дефинише рок у коме наведени осигураник мора да пријави осигуравачу, али можемо рећи да је исти рок од 7 дана, ако аналогно тумачимо ову одредбу у односу на претходни став овог члана ЗУОН³². У вези са овом одредбом морамо поменути и одредбу која се односи на обавезу пријаве осигураног случаја од стране осигураника осигуравачу, али је иста та обавеза наметнута и трећем оштећеном лицу, имајући у виду природу осигурања од одговорности. Ако осигуравач сазна за на-

²⁹ П. Шулејић (1967), 108

³⁰ П. Шулејић (1967), 110

³¹ Gesetz über den Versicherungsvertrag –VVG, Закон о уговорима о осигурању Немачке, 23.11.2007. (Сав. сл. гласник I ср. 2631), измене и допуне у складу са чл. 2 Закона од 20.09.2013. (Сав. сл. гласник I ср. 3642), измене и допуне у складу са чл. 15 од 17.08.2017. (Сав. сл. гласник I ср. 3214); по С. Ђорђевић, Д. Самарџић, *Немачко уговорно право осигурања са преводом Закона (VVG)*, Београд 2014.

³² Пар. 104, ст. 1 и 2 ЗУОН.

станак осигураног случаја на неки други начин, такође ће бити у обавези да плати износ накнаде по уговору, без обзира на то што осигураник или треће оштећено лице нису поднели пријаву о томе³³.

Исто тако, ЗУОН дефинише да су ништавни споразуми којима се утврђује да осигуравач није у обавези да накнади штету, ако је осигураник признао одговорност или ако је платио штету оштећеном лицу³⁴. Овде се ради о две напред наведене клаузуле – о забрани поравнања или признању одговорности. Наиме, ради се о могућности да осигураник потражује накнаду од осигуравача и у наведеним случајевима, али се поставља питање у ком обиму ће то моћи да учини (мисли се на износ који потражује од осигуравача по уговору), имајући у виду да је он закључио такав споразум који дерогира садржину уговора о осигурању од одговорности, односно, ставља ван снаге тај уговор и ослобађа осигуравача који је обавезан самим тим што је закључио тај уговор и примио премију осигурања.

7. Регулисање клаузула у општим условима осигурања од одговорности

Посветићемо пажњу и регулисању наведених клаузула у општим условима осигурања од одговорности из делатности причињене трећим лицима, које су дефинисане у једном осигуравајућем друштву³⁵, а које, у одељку који се односи на обавезе осигураника, јасно дефинише наведене клаузуле. Пре свега, одређује се обавеза осигураника да обавести осигуравача о поднетом захтеву суду против њега од стране оштећеног лица, као и о чињеници да је против њега одређен притвор, односно, о томе да је поведен поступак за обезбеђење доказа³⁶. Клаузула о вођењу спора има основ у овој одредби, с обзиром на то да осигуравач мора знати чињенице о свим поступцима који се могу спроводити, поводом осигураног случаја, код кога је и осигуравач обавезан. Ови услови још јасније дефинишу наведену клаузулу одредбом у којој се наводи да је осигураник дужан да осигуравачу достави судски позив, тужбу, као и

³³ Пар. 30 ЗУОН.

³⁴ Пар. 105 ЗУОН.

³⁵ Услови за осигурање од одговорности из делатности за штете причињене трећим лицима, Wiener Städtische, Vienna Insurance Group, <https://wiener.co.rs/wp-content/uploads/2018/07/Uslovi-za-osiguranje-od-odgovornosti-iz-delatnosti-za-%C5%A1tete-pri%C4%8Dinjene-tre%C4%87im-licima-1.pdf>.

³⁶ Члан 14 Услови за осигурање од одговорности.

сва друга писмена у вези са поступком, било парничним, било кривичним, који је поведен поводом осигураног случаја. Истом одредбом се одређује да је осигураник дужан да вођење поступка препусти осигуравачу. Можемо рећи да је ово императивна одредба, с обзиром на то да из ње произлази да осигуравач неће бити у обавези да исплати накнаду ако осигураник није наведено учинио.

Ови општи услови предвиђају и остале две клаузуле дефинишући одредбу у којој се забрањује осигуранику да се, без претходне сагласности осигуравача, изјасни о захтеву за накнаду штете, односно, да га призна, потпуно или делимично. Исто тако, забрањује се осигуранику да се поравна са оштећеним лицем, без сагласности осигуравача, као и да изврши исплату. Но, одређују се и изузеци који се односе на околности случаја, када се није могло одбити признање одговорности, поравнање и исплата од стране осигураника, а без сагласности осигуравача. Међутим, не наводе се разлози, осим што се наводи да би, у супротном, била „учињена неправда“. За разлику од одредбе која се односи на клаузулу о вођењу спора, овде се изричито наводи да осигуравач неће бити у обавези по уговору о осигурању, односно, утврдиће се нижа накнада од оне коју је признао осигураник по поравнању или признању одговорности, тј. исплати, али се, такође, наводи да ће и наведено зависити од околности случаја. Значи, ни код једне клаузуле која је јасно предвиђена овим општим условима није јасно предвиђено ослобађање од обавезе осигуравача.

8. Правна празнина у Закону о облигационим односима

Тек у овом делу рада ћемо посветити пажњу домаћем законодавству и питању регулисања наведених клаузула, с обзиром на то да се у нашем законодавству ови институти не регулишу, тако да можемо да закључимо да у овом делу у оквиру осигурања од одговорности постоји правна празнина. Наиме, Закон о облигационим односима (даље: ЗОО)³⁷ дефинише да треће оштећено лице, код ове врсте осигурања, непосредно (директно) подноси осигуравачу захтев за накнаду штете коју му је причинио осигураник као одговорно лице, али до суме осигурања чији је износ одређен уговором, односно, највише до износа обавезе осигуравача. Треће оштећено лице има сопствено право на накнаду из осигурања, тако да свака каснија промена која се тиче права

³⁷ Закон о облигационим односима – „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља.

осигураника према осигуравачу није од утицаја на право оштећеног лица. Оштећено лице то право има од дана кад се догодио осигурани случај³⁸.

Код осигурања од одговорности, осигуравач је у обавези од оног тренутка када му оштећено лице поднесе захтев за накнаду штете. ЗОО дефинише да ће, код осигурања од одговорности, осигуравач бити у обавези да надокнади штету, само ако оштећено лице захтева исту, односно, ако поднесе захтев за накнаду³⁹. То значи да, ако оштећено лице не поднесе тај захтев, осигурани случај неће ни постојати. То су одредбе које регулишу питање односа осигуравача и трећег оштећеног лица код осигурања од одговорности, док наведене клаузуле ЗОО није регулисао.

*

* *

На овом месту ћемо, имајући у виду све што смо рекли, као и начин регулисања односно нерегулисања ове материје у нашем законодавству, поменути један случај из хрватске праксе. Наиме, осигураник који је изазвао саобраћајну незгоду није се одазивао позиву осигуравача да достави извештај о насталој незгоди, па је због тога осигуравач, у недостатку других доказа и неколико поновљених неуспешних позива, одговорио оштећеном лицу да не може да реши његов захтев за накнаду штете, с обзиром на понашање осигураника – штетника. По речима осигураника, он није крив за незгоду, већ оштећено лице. Оштећени је поднео тужбу против осигураника и добио пресуду којом је досуђена накнада штете од 5.650 куна, као и трошкови спора од 7.864 куне. Оштећени је поднео пресуду осигуравачу, који му је исплатио само штету, али не и трошкове спора, с обзиром на то да, по мишљењу осигуравача, вођење спора није било потребно, односно да су се странке могле договорити о исплати штете без подношења тужбе. Осигуравач се позвао на услове осигурања, у којима се наводи да је осигураник у обавези да обраду захтева за накнаду штете препусти осигуравачу, па стога нема право да наведено одбије или да призна одговорност, осим ако тиме чини очигледну неправду према оштећеном. Осим тога, осигуравач се позвао и на обавезу осигураника да, према својим могућностима, помогне осигуравачу код решавања питања одговорности. У супротном, осигуравач има право да одбије исплату која прелази износ саме штете. Овде је осигураник, тиме

³⁸ Члан 941 ЗОО.

³⁹ Члан 940 ЗОО.

што је одбијао да поднесе пријаву настанка саобраћајне незгоде, као и да да изјаву о околностима настанка штете, повредио уговорну обавезу, проузроковао покретање парничног поступка и, најзад, повећао укупан трошак штете за износ трошкова спора. Управо због тога, осигуравач је одбио да исплати трошкове спора, с обзиром на то да је исти био непотребан и да је штета могла раније да се исплати, у наведеном износу, који је утврдио и суд. И овај пример говори да осигуравач и осигураник – штетник морају сарађивати код настанка штете, ако је закључен уговор о осигурању од одговорности. Осигураник мора да наведе све чињенице о штети, а не сме да износи сопствено мишљење и тиме непотребно увећава трошкове. Чињеница је да је осигуравач професионално лице које утврђује како околности настанка штете, тако и сам износ исте⁴⁰.

9. Закључак

Основно питање које морамо да поставимо на крају рада, јесте законско регулисање ових клаузула. ЗОО не регулише ове клаузуле, препуштајући да то учине различити општи услови осигурања различитих осигуравача. Кад кажемо различити општи услови, мислимо на различите облике осигурања од одговорности, у којима је предмет осигурања другачији. Тако, можемо говорити о осигурању од аутоодговорности, осигурању од приватне одговорности, осигурању од професионалне одговорности, па у оквиру те врсте осигурања, можемо говорити о осигурању од одговорности адвоката, јавних бележника, медицинских радника, стечајних управника, итд. Осигурање од одговорности је посебна врста осигурања, управо због чињенице да право на накнаду штете има лице које није учествовало у дефинисању уговорног односа осигурања. Треће оштећено лице има право на накнаду, само ако пријави штету осигуравачу. Али, уколико не пријави штету, не значи да неће моћи да исту потражује од штетника, односно, осигураника. Управо је у наведеном смисао осигурања од одговорности и неопходности да осигуравач има активну улогу код утврђивања одговорности и износа штете. Сама чињеница да треће оштећено лице има право да постави директан захтев осигуравачу, као и да поднесе директну тужбу, ако осигуравач не поступи по захтеву, говори да су наведене клаузуле инструмент заштите и осигураника, а не само осигуравача.

⁴⁰ Судска пракса, др Маријан Ђурковић, 13.09.2012, <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?14178>, приступ: 10.07.2019.

ЛИТЕРАТУРА

Монографије, чланци:

Беланић Лорис, „Гређе особе у осигурању од аутомобилске одговорности“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* в. 28, бр. 1, 2007.

Ђорђевић Славко, Самарџић Дарко, *Немачко уговорно право осигурања са преводом Закона (VVG)*, Београд 2014.

Јаневски Арсен, „Обавезе са више дужника или поверилаца и извршење према солидарним дужницима“, *Зборник радова Хармонизација грађанског права у региону*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2013.

Карамарковић Лепа, „Вансудско поравнање“, Саветовање „Проузроковање штете и њена накнада“, Будва 1999.

Мрвић-Петровић Наташа, Петровић Здравко, Филиповић Александар, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Београд 2000.

Николић Никола, *Уговор о осигурању*, Београд 1957.

Петровић Здравко, Чоловић Владимир, Мрвић-Петровић Наташа, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете*, Београд 2010.

Ристић Вукашин, Ристић Милошин, *Практикум за парницу*, Београд 1995.

Салма Јожеф, „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011

Чоловић Владимир, *Међународно осигурање аутоодговорности (систем зелене карте)*, Београд 2007.

Шулејић Предраг, *Осигурање од грађанске одговорности*, Београд 1967.

Шулејић Предраг, *Право осигурања*, Београд 2005.

Шулејић Предраг, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања бр. 2/2009*, Београд 2009.

Законодавство:

Gesetz über den Versicherungsvertrag –VVG, Закон о уговорима о осигурању Немачке, 23.11.2007. (Сав. сл. гласник I ср. 2631), измене и допуне у складу са чл. 2 Закона од 20.09.2013. (Сав. сл. гласник I ср. 3642), измене и допуне у складу са чл. 15 од 17.08.2017. (Сав. сл. гласник I ср. 3214).

Закон о облигационим односима – Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Сл. лист СРЈ бр. 31/93, Сл. лист СЦГ бр. 1/2003 –

Уставна повеља

Закон о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије – Сл. гласник Р. Србије бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012, 7/2013 – одлука Уставног суда

Услови за осигурање од одговорности из делатности за штете причињене трећим лицима, Wiener Städtische, Vienna Insurance Group, <https://wiener.co.rs/wp-content/uploads/2018/07/Uslovi-za-osiguranje-od-odgovornosti-iz-delatnosti-za-%C5%A1tete-pri%C4%8Dinjene-tre%C4%87im-licima-1.pdf>

Извори са интернета:

Судска пракса, др Маријан Ђурковић, 13.09.2012, <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?14178>

CLAUSES IN LIABILITY INSURANCE AS A PROTECTION INSTRUMENTS OF A INSURER

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D*

Summary

Liability insurance is a specific type of insurance considering the subject matter of the insurance and the fact that the injured party did not participate in defining the insurance relationship, ie, in the conclusion of the contract. Since, after the occurrence of the insured event, the interests of both the insured and the insurer must be protected, the question arises of the active participation of the insurer in determining the liability of the insured, as well as the amount of damage. This is why, in the insurance theory, in this type of insurance has defined clauses that are the protection of the interest to the insurer in the first place. These clauses are: 1. Dispute management clause, 2. Disallowed settlement clause by policyholders, 3. Clause of the prohibition of recognition of liability by the policyholder. The author pays attention to a number of issues related to the mentioned clauses, and also addresses solutions in domestic and German legislation. Also, the paper analyzes the provisions of the general conditions of insurance in relation to the above clauses. The author concludes that these clauses protect not only the insurer, but also the insured.

Key words: *insurer, insured, dispute management, settlement, liability,*

* Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade and Full Professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka; mail: v.colovic@iup.rs; vladimir.z.colovic@apeiron-edu.eu.

ПРОЦЕСНОПРАВНА СУКЦЕСИЈА

Др Гордана Станковић*

Анстракт: У раду се, поред традиционалних, излажу и нова законска решења у погледу процесноправне сукцесије која су резултат Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку Републике Србије из 2018. Законодавац је изменио услове за настанак процесноправне сукцесије која је за повод имала материјалноправну сукцесију с обзиром на то да промена у материјалноправном односу у коме је дошло до спора који се решава у парници не изазива аутоматски процесноправну сукцесију. Аутор констатује да су измене традиционалних процесних решења последица нових правнополитичких мотива и настојања да се заштите не само интереси странака, пре свега тужилоца, већ и интереси стицаоца.

Кључне ријечи: сингуларна материјалноправна сукцесија, стварна легитимност, процесноправна сукцесија, субјективна модификација тужбе.

1. Сукцесија у праву представља промену у личности субјеката једног правног односа тако да правни последник (или сукцесор) ступа у правни однос на место правног претходника (или ауктора). До сукцесије може да дође и у материјалноправним и у процесноправним односима.¹

Грађанскоправна (материјалноправна) сукцесија може да буде: универзална и сингуларна. Сукцесија је универзална кад сукцесор сту-

* Редовни професор, Универзитет у Нишу

¹ Детаљно о томе: Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, дванаесто издање, Београд, 2013, стр. 166; Г. Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 454; Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, треће измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2017, стр. 156; Г. Станковић, Р. Рачић, *Грађанско процесно право*, Прва свеска, *Парнично процесно право*, прво издање, Универзитет Медитеран, Правни факултет, Подгорица, 2010, стр. 145.

па у целокупну правну ситуацију ауктора, у сва његова преносива права и обавезе. Универзална сукцесија, као што је познато, настаје наслеђивањем умрлог, кад су у питању физичка лица, или престанком правног лица услед одређене статусне промене којом се преноси његова имовина на нова или друга правна лица. Материјалноправна сукцесија је сингуларна кад сукцесор ступа у поједина права и поједине обавезе ауктора. Сингуларна материјалноправна сукцесија може да има различите правне основе (поклон, купопродаја, легат, цесија, итд.).

Процесноправна сукцесија представља замену једног субјекта другим у једној страначкој улози.² Она може да буде изазвана променама у материјалноправним односима, као последица универзалне грађанскоправне сукцесије кад наследници ступају у парницу оставиоца која се води о наследивим правима прекинуту због његове смрти, а може да настане и као последица предузимања појединих парничних радњи, и тада се ради о чисто процесној сукцесији.

Процесноправна сукцесија може да буде само универзална: сукцесор ступа у сва процесна права и дужности свог правног претходника. Уколико дође до процесноправне сукцесије, конкретни процесноправни однос остаје непромењен. Промена погађа само субјекте процесноправног односа тако да једино долази до промене у личности парничних странака. Дотадашња странка, као ауктор, престаје да буде парнична странка, а на њено место и у њену страначку улогу, ступа њен последник, њен сукцесор. Процесни сукцесор не почиње парницу из почетка већ је наставља у оном стадијуму у коме је затекао у часу кад је у њу ступио.

2. Сингуларна материјалноправна сукцесија нема никакав непосредан утицај на засновани процесни однос.³ Она не доводи аутоматски до процесноправне сукцесије, као што ни процесноправна сукцесија не може да доведе до сингуларне грађанскоправне (материјалноправне) сукцесије. Материјалноправни однос и процесноправни однос, који је поводом њега заснован, два су потпуно независна и самостална односа и у погледу настанка, развоја и трајања.⁴

3. Сингуларна материјалноправна сукцесија не доводи до промене у личности парничних странака. Ако је која од странака отуђила ствар или право поводом кога је дошло до спора који се решава у парници, то не спречава

² Детаљно о томе: Р. Рачић, *Сукцесија у процесном односу*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2002.

³ Одредба члана 204 став 1 ЗПП (2011).

⁴ Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, дванаесто издање, Београд, 2013, стр. 55.

да се парница међу истим странкама доврши.⁵ Законодавац је пошао од тога да покренут парнични поступак не сме да спречава акте располагања и употребе ствари или права о којем се води поступак, нити да ограничава правни промет. С друге стране, законодавац је сматрао да се не може допустити туженом да актима располагања угрози или онемогући остваривање и пружање правне заштите тужиоцу тако што ће својим актима располагања у току парнице изазвати престанак пасивне стварне легизимације. Упркос сингуларној материјалноправној сукцесији до које је евентуално дошло у току парнице лица која су тужбом означена као парничне странке остају тужилац и тужени до краја поступка уколико се, наравно, неком новом парничном радњом не изврши накнадна промена у личности парничара.

4. Сингуларна материјалноправна сукцесија, до које је дошло евентуално у току парнице, нема утицаја на засновани процесни однос нити доводи до промене у личности парничних странака јер се страначко својство стиче означавањем у тужби, а странка се постаје у тренутку подизања тужбе. Због тога сингуларна материјалноправна сукцесија, до које је дошло у току парнице, нема утицаја на постојеће страначко својство. Она може да утиче само на процесну легитимацију парничара уколико је до сингуларне материјалноправне сукцесије дошло пре парнице, јер се процесна легитимација оцењује према стању у моменту подизања тужбе и да доведе доведе до одбацивања тужбе уколико тада није постојала. У моменту одлучивања, пошто је због сингуларне материјалноправне сукцесије дошло до промена у стварној легитимацији странака, она је од значаја за одлуку о основаности захтева за пресуду.

5. Једини изузетак кад сингуларна материјалноправна сукцесија директно доводи и до процесноправне сукцесије представља случај сукцесије на основу легата (испоруке). Легатар, као сингуларни сукцесор, ступа у процесноправне односе у погледу предмета легата које је засновао његов ауктор.

6. Сингуларна материјалноправна сукцесија може само да има индиректни значај за парницу. Сингуларна материјалноправна сукцесије до које је дошло у току парнице:

1) може да представља интервенциони разлог јер лице које је прибавило ствар или право о коме тече парница има правни интерес да се умеша у парницу;

2) може да представља разлог за евентуално настајање проце-

⁵ Одредба члана 204 став 1 ЗПП (2011).

сноправне сукцесије; лице које је стекло ствар или право о коме тече парница може да ступи у парницу на место тужиоца или туженог под условима који су предвиђени законом; процесноправна сукцесија у том случају није била условљена ни изазвана сингуларном грађанскоправном сукцесијом, нити је настала истовремено са њом; она је настала тек кад је сукцесор ступио у парницу, а не у часу кад је дошло до сингуларне материјалноправне сукцесије;

3) може да буде повод за преиначење тужбе у објективном смислу – тужилац који је отуђио спорно право, може да преиначи тужбу и да тражи од туженог да тужени испуни обавезу на чинидбу према сингуларном (материјалноправном) сукцесору, да би избегао одбијање истакнутог захтева због недостатка стварне легитимације;

4) може да буде повод да стицалац подигне тужбу главног мешања против парничара из текуће парнице или разлог да он ступи у парницу на место туженог који је отуђио ствар или право.

7. Чисто процесна сукцесија јесте промена у личности парничне странке до које долази тако што лице, које до тада није било у улози парничне странке, ступа у парницу на место једног од парничара, који бива отпуштен из парнице.

Чисто процесна сукцесија предвиђена је правилима процесног права. Она наступа независно од сукцесије у материјалноправним односима и не изазива никакве промене у њима. Њу изазивају извесни догађаји у самој парници – одређене парничне радње странака или умешача; она настаје као последица једностраних изјава које су упућене суду, као адресату тих парничних радњи.

Чисто процесна ситуација, према изворном тексту ЗПП (2011), може да настане:

1) кад тужилац тужбу преиначи у субјективном смислу тако што уместо првобитног туженог тужи друго лице: првобитни тужени иступа из парнице, а на његово место, у његову страначку улогу, ступа ново, друго лице;

2) кад именовани претходник ступи на место првобитног туженог који га је именовао, а он буде решењем отпуштен из парнице;

3) кад умешач ступи на место парничне странке којој се био придружио;

4) кад лице које је прибавило ствар или право о коме тече парница ступи у парницу уместо тужиоца односно туженог уколико на то пристају обе странке.

Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку,⁶ које су ступиле на снагу 21. новембра 2018, предвиђени су нови услови кад може да дође до процесноправне сукцесије уколико у току парнице неко лице од тужиоца или од туженог стекне ствар или права о коме се води парница. До процесноправне сукцесије која за повод има сингуларну материјалноправну сукцесију може да дође:

1) кад првобитни тужилац и стицалац ствари или права о коме се води парница поднесу суду поднесак који садржи њихову сагласност о промени у личности тужиоца; и

2) кад лице које је од туженог прибавило ствар или право о коме тече парница уз пристанак оба парничара ступи у парницу уместо туженог.

Нова законска решења била су повод да се анализирају нови случајеви процесноправне сукцесије у цивилној процедури Републике Србије.

8. Новелом ЗПП (2011) из 2018. делимично је измењена одредба члана 204 тако што су измењени ст. 2 и 3 ове одредбе, да би се на нов начин регулисали услови под којима може да дође до процесне сукцесије која је последица сингуларне материјалноправне (грађанскоправне) сукцесије која свој основ има у правном послу и што је избрисана одредба о проширењу дејства правноснажне пресуде на стицаоца, која је први пут у праву Републике Србије била предвиђена одредбама ЗПП (2011).⁷

Приликом новелирања одредбе члана 204 ЗПП (2011) законодавац није изменио став 1 овог члана који садржи основну одредбу којом се предвиђа да сингуларна материјалноправна (грађанскоправна) сукцесија не изазива аутоматски процесноправну сукцесију. Ова одредба, с једне стране, не утиче на права парничара да слободно диспонирају својим правима и у току парнице и не ограничава правни промет, а с друге, искључена је могућност да сингуларна материјалноправна сукцесија аутоматски изазива процесноправну сукцесију, која и даље има карактер добровољног процесног института који је последица диспозиције парничара.

Законодавац је приликом измена и допуна ЗПП (2011) новелом из 2018. задржао решење одредбе из члана 204 став 1, којом се начелно спречава промена у личности странака у заснованом процесном односу после литиспенденције. На тај начин и даље се, с једне стране, тужилац штити од могућности да тужени отуђењем права или ствари у току пар-

⁶ „Службени гласник РС“, број 87/18.

⁷ О томе видети: Г. Станковић, *Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар*, дванаесто издање, Службени гласник РС, Београд, 2019, стр. 86.

нице изазове губитак пасивне стварне легитимације, која би довела до одбијања тужбеног захтева у моменту пресуђења и наметнула му потребу да покреће нову парницу против стицаоца и тако буде изложен новим парничним трошковима, јер и даље постоји могућност да у текућој парници преиначи тужбу у објективном смислу, уз пристанак туженог или по одлуци суда.⁸ С друге стране, оваквим законским решењем избегнуто је шиканозно понашање тужиоца, који би, преносом ствари или права на стицаоца као новог тужиоца, који би имао више изгледа на успех у новој парници с обзиром на своју финансијску ситуацију, изложио туженог новим и повећаним парничним издацима.

9. Измена и допуна ЗПП из 2018. значајна је, пре свега, по томе што је законодавац први пут реформисао један класичан процесни институт. Сви реформски захвати у домену парничне процедуре који су до сада вршени имали су углавном за циљ убрзање поступка ради реализације права на правично суђење. Ова новела имала је, међутим, друге правнополитичке циљеве. Ради се о томе да је она била мотивисана настојањем да се отклоне правне препреке за развој тржишта проблематичних кредита.⁹

10. У Стратегији за решавање проблематичних кредита, коју је донела Влада 2015,¹⁰ уочено је да у пракси постоји посебан проблем у вези с продајом проблематичних кредита¹¹ уколико је у току парнични поступак поводом тог кредита који је покренула банка као тужилац. Уколико је банка тај кредит продала неком лицу, тај купац кредита не би, с обзи-

⁸ Одредба чл. 199–201 ЗПП (2011).

⁹ Народна банка Србије, која својим прописима уређује пословање банака, термином проблематични кредит означава кредит код којег је дошло до проблема у отплати по једном или више наведених основа, те се под појмом проблематични кредити подразумева стање укупног преосталог дуга појединачног кредита (укључујући и износ доцње): по основу којег је дужник у доцњи (на начин предвиђен одлуком којом се уређује класификација билансне активе и ванбилансних ставки банке) дуже од 90 дана, или по основу плаћања камате или главнице; по којем је камата у висини тромесечног износа (и виша) приписана дугу, капитализована, рефинансирана, или је њено плаћање одложено; по основу којег дужник касни мање од 90 дана, али је банка проценила да је способност дужника да отплати дуг погоршана и да је отплата дуга у пуном износу доведена у питање. Узимајући у обзир околности због којих је дошло до проблема у отплати, банке процењују тренутну вредност ове врсте кредита на основу очекиваних будућих новчаних токова, односно извесне могућности наплате. Веома ретко се у пракси дешава да је кредит у целости ненаплатив, и у таквим случајевима стандарди налажу да се изврши целокупан отпис кредита, односно измештање кредита из биланса стања банке.

¹⁰ „Службени гласник РС“, број 72/15.

¹¹ Стране у продаји проблематичних кредита јесу продавац (банка) и купац (друга банка, инвестициони фонд, други инвеститори). Предмет продаје је проблематичан кредит или пакет проблематичних кредита. Приликом продаје проблематичног кредита продавац је дужан да купца информира о свим важним карактеристикама предмета продаје које на крају утичу на понуђену цену.

ром на решења из ЗПП (2011), могао да ступи у парницу уместо банке као тужиоца без сагласности оба парничара. Он би евентуално могао да се у парницу умеша као обичан умешач.

Банка која је продала кредит, иако је изгубила стварну легитимацију, водила би и даље парницу о туђем праву, а купац кредита, као стицалац, не би могао, с једне стране, да предузима парничне радње у текућој парници ради заштите свог права и својих интереса уколико се у њу не умеша, нити би могао да покрене парницу против туженог корисника кредита, јер текућа парница због литиспенденције представља процесну сметњу.

11. Законско решење из одредбе члана 204 представљало је, према оцени финансијских стручњака, препреку развоју тржишта проблематичних кредита, јер је одредба члана 204 као услов за процесну сукцесију предвиђала пристанак обе парничне странке, те до процесне сукцесије није могло да дође без пристанка туженог, који је претендовао на одбијање тужбеног захтева због губитка тужиоачеве стварне легитимације. Због тога је Акционим планом за спровођење Стратегије за решавање проблематичних кредита предвиђена измена одредбе члана 204 ЗПП у погледу услова под којима у току парнице може да дође до процесне сукцесије уколико у току парнице неко лице прибави право или ствар о којима тече парница. Да би се омогућило, с једне стране, да се банка ослободи парнице у погледу кредита за чију реализацију више није заинтересована и која се излаже ризику да изгуби парницу јер је отуђењем права изгубила стварну легитимацију, а с друге, да би се купцу проблематичног кредита омогућило да на лакши начин ступи у започету парницу, као тужилац, уместо банке која му је проблематичан кредит уступила, измењена је новелом одредба члана 204 ЗПП тако што је у новелираном ставу 3 предвиђено да „лице које је од тужиоца прибавило ствар или право о коме тече парница, може да ступи у парницу уместо тужиоца, на основу писмене сагласности коју тужилац достави суду“.

Према одредби става 3 новелиране одредбе члана 204, до процесне сукцесије у улогу тужиоца није довољна једнострана изјава воље првобитног тужиоца, којом он изражава своју сагласност да дође до замене у личности тужиоца тако што ће наместо првобитног тужиоца у парницу ступити нова личност као његов сукцесор, а он иступити из парнице, нити је потребан пристанак туженог, већ је потребна само сагласност новог тужиоца да као сукцесор ступи у парницу на место тужиоца и да преузме парницу у стању у којем се она налази у тренутку процесне сукцесије.

Основ за промену у личности тужиоца јесте процесни уговор настао између првобитног тужиоца и његовог сукцесора о преузимању текуће

парнице. Сагласност за промену у личности тужиоца мора да има писмену форму – форму поднеска који ће првобитни и нови тужилац поднети суду да би ова парнична радња могла да произведе дејство у парници.

Да би наступило дејство изјаве о процесној сукцесији првобитног тужиоца и његовог процесног сукцесора ирелевантно је да ли је тужени сазнао за њено предузимање и да ли се с њом сагласио, јер је адресат изјаве о процесној сукцесији у личности тужиоца суд.

12. Промена услова под којим може да дође до процесноправне сукцесије у улози тужиоца показује да се когентним процесним нормама допушта да првобитни тужилац и стицалац, као његов сукцесор, искључиво својим диспозицијама утичу на промену личности у процесном односу и да директно утичу на окончање поступка за пружање правне заштите јер спречавају на тај начин евентуално одбијање тужбеног захтева због недостатка активне стварне легитимације. Околност да је споразум првобитног тужиоца и лица које ће га заменити у парници довољан да изазове процесноправну сукцесију чим првобитни тужилац о томе обавести суд, указује на тренд да јача значај процесних уговора у поступку у којима доминира аутономија воље уговорних страна, од којих је само једна страна актуелна парнична странка.

13. Треба приметити да у тексту одредбе из става 3 члана 204 постоји правнотехничка грешка. Ради се о томе да је текст новелираног става 3 погрешно редигован, те је, уместо достављања поднеска који садржи изјаву о сагласности за процесноправну сукцесију, у тексту требало да стоји да се овај поднесак првобитног тужиоца и његовог сукцесора подноси суду јер је достављање судска, а не страначка парнична радња.

14. Процесноправна сукцесија до које долази у ситуацији предвиђеној у одредби члана 204 став 3 представља последицу промене у материјалноправном односу до које је дошло преносом права поводом којег је парница у току и да би се омогућило да тужиоцу, који је изгубио активну стварну легитимацију у току парнице, не буде одбијен тужбени захтев као неоснован, с обзиром на то да се о основаности тужбеног захтева одлучује, по правилу, према чињеничном стању које је утврђено до закључења главне расправе, као и да он више не води парницу ради заштите туђег права, односно да би се омогућило стицаоцу да сам штити своје право.

15. За разлику од других случајева чисто процесне сукцесије,¹² која редовно настаје независно од сукцесије у материјалноправним односи-

¹² Чисто процесна сукцесија или процесноправна сукцесија настаје када тужилац преиначи

ма, процесна сукцесија која настаје под условима из става 3 члана 204 за повод има промену у материјалноправном односу и због тога је законодавац прописао сагласност првобитног тужиоца и стицаоца као новог тужиоца као услов да до промене у личности тужиоца дође.

16. Примени одредбе из става 3 члана 204 има места само у току првостепеног поступка и ако је до преноса права или ствари дошло у току парнице пошто је парница почела да тече. За случај да је до преноса права дошло пре литиспенденције, првобитни тужилац не би био активно процесно легитимисан, што би довело до одбацивања тужбе.

17. Новелирани став 3 члана 204 на индиректан начин обезбеђује заштиту права стицаоца јер спречава да за њега настану штетне импликације. Уколико је, на пример, нови тужилац купац проблематичног кредита, ступањем у парницу на место првобитног тужиоца не само што избегава да га погоди ризик застарелости потраживања, које је прекинуто подизањем тужбе, већ нема потребе да он покреће нову парницу против корисника кредита и излаже се новим парничним трошковима.¹³

18. Новелирана одредба става 3 члана 240, према којој уместо првобитног тужиоца може да ступи нови тужилац без сагласности туженог, представља у суштини специфичан случај субјективног преиначење тужбе после литиспенденције, за који није потребан пристанак туженог. Довољно је да о томе постоји сагласност првобитног тужиоца и стицаоца као његовог сингуларног сукцесора.

19. До процесноправне сукцесије према дикцији нове одредбе члана 204 став 2 може да дође кад лице које је од туженог прибавило ствар или право о којима тече парница после литиспенденције уз пристанак оба парничара ступи у парницу на место туженог.

Уколико не би дошло до процесноправне сукцесије, правоснажна пресуда која ће бити донета у текућој парници не би производила дејство према стицаоцу права или ствари, с обзиром на субјективне границе правоснажности,¹⁴ јер он није био странка у парници, у којој није могао да се изјашњава и да предузима парничне радње. Да би пресуда која ће бити донета у текућој парници могла да изазове дејство према

тужбу у субјективном смислу, када именовани претходник ступи на место туженог који га је именовао, када умешач ступи на место странке којој се придружио.

¹³ На овај начин законодавац је спречио да се смањи интересовање купаца за преузимање проблематичних кредита.

¹⁴ О томе: Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, 2013, стр. 499.

стицаоцу, потребно је да или дође до промене у личности на страни туженог, или да тужилац преиначи тужбу у субјективном смислу њеним проширењем на новотуженог.

Да би се тужени ослободио парнице и изазвао процесноправну сукцесију, потребно је да обавести стицаоца и да га позове да ступи у парницу уместо њега. Стицалац има могућност да преузме улогу туженог.

20. До промене у личности туженог може да дође само у току првостепеног поступка и уз пристанак оба парничара, који могу да имају интерес да до процесне сукцесије дође. Тужилац може да има интерес да до промене у личности туженог дође јер је престала пасивна стварна легитимација првобитног туженог, те има више изгледа да намири своје потраживање у односу на новог туженог. Тужени има интерес да се ослободи парнице и трошкова које она изазива јер ће његову страначку улогу преузети стицалац. Нови тужени треба да пристане да ступи у парницу на место првобитног туженог, јер преузима парницу у оном стању у којем се она налази у моменту његовог ступања.

21. Пристанак тужиоца на промену у личности туженог због сингуларне материјалноправне сукцесије представља посебан случај субјективног преиначења тужбе. Изричит пристанак првобитног туженог је неопходан јер се упустио у расправљање и јер се промена у личности туженог у односу на њега манифестује као повлачење тужбе. Услов који треба да буде испуњен да би дошло до процесноправне сукцесије су диспозитивне парничне радње парничара.

22. Новелом ЗПП из 2018. напуштено је решење из изворне одредбе става 3 ЗПП (2011), које је предвиђало да пресуда која је донесена у парници у којој је отуђено право или ствар делује и према стицаоцу, без обзира на то што није био странка у парници у којој је одлучено о његовом праву и без обзира на то да ли је био савестан или несавестан. Ово законско решење није било у складу не само са уставним и конвенцијским правом на правичан поступак већ и с одредбом члана 2 ЗПП (2011), јер је правноснажна пресуда из туђе парнице по самом закону деловала према њему иако није у њој учествовао или му није била пружена могућност да заштити своја права у парници у којој је одлучивано о његовом праву.¹⁵

23. Уколико дође до процесноправне сукцесије, конкретни процесни однос остаје непромењен. Промена погађа само парничне странке јер долази до промене у личности једне парничне странке. Ауктор престаје

¹⁵ Видети и: Г. Станковић, *Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачење и стварни регистар*, једанаесто издање, Службени гласник РС, Београд, 2018, стр. 86.

да буде парнична странка, а на његово место и у његову процесну улогу ступа његов правни последник, као сукцесор. Парница се убудуће води на име лица које је ступило на место ауктора, као првобитног парничара. Парница производи сва дејства за сукцесора, а ауктор из ње испада.

24. Процесни сукцесор, који је ступио у парницу на место свог правног претходника, не почиње парницу из почетка. Процесни сукцесор прима парницу у оном стању у коме се она налазила у моменту сукцесије. Све до тада извршене радње задржавају своје дејство, а последникове радње дејствују само убудуће. Донесене одлуке делују према сукцесору, а њега погађају и евентуалне последице преклузије.

Процесноправна сукцесија нема утицаја на литиспенденцију, нити изазива привремено обустављање парничне делатности. Парница се, иако је дошло до чисто процесне сукцесије, наставља без прекида.

PROCEDURAL LEGAL SUCCESSION

Gordana Stanković, Ph.D*

Summary

The author presents and analyzes the new legal resolutions concerning procedural legal succession representing a result of the Law on Amendments to the Law on Civil Proceedings of the Republic of Serbia in 2018. The legislator has altered the conditions for appearance of procedural legal succession which has had singular substantive legal succession as a cause, concerning the fact that a change in the substantive legal relation in a litigation does not automatically cause procedural legal succession. The author states that the changes of the traditional procedural resolutions regarding the conditions for appearance of procedural legal succession represent the effect of the new legal political motives and aspirations to protect not only the interests of the parties, above all the prosecutor due to the loss of real legitimacy during a litigation, but also the interests of the acquirer as a singular legal successor. Procedural legal succession that is caused by singular substantive legal succession has a consequence of subjective modification of a lawsuit under special conditions.

Keywords: *singular substantive legal succession, real legitimacy, procedural legal succession, subjective modification of a lawsuit.*

* Full Professor, University of Niš

UDK: 347.91:347.961](497.6)(094.5.07)

doi 10.7251/PR5919141R

Originalni naučni članak

NOTARSKA IZVRŠNA ISPRAVA

Dr Ranka Račić*

Apstrakt: Autor temu ovog rada usmjerava na notarsku izvršnu ispravu sa posebnim osvrtom na potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja. U sudskoj praksi pojavile su se određene dileme, koje su dovele do različitih sudskih odluka, šta treba da sadrži potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja. Kondemnatorna sudska odluka i notarska izvršna isprava potiču od dva različita organa, od kojih svaki, u domenu svojih ovlašćenja, postupa i daje im snagu izvršne isprave pod zakonom utvrđenim uslovima. Kondemnatorna sudska odluka i notarska izvršna isprava jedino su slične po tome što su obje izvršne isprave. Kondemnatorna sudska odluka koja je stekla svojstvo izvršne isprave rezultat je vođenja parničnog, izvršnog ili vanparničnog postupka, dok je notarska isprava nastala kao rezultat dogovora strana koje su svoju volju za zaključenje ugovora nedvosmisleno izjavile a notar je nakon toga i postupka savjetovanja sačinio notarsku ispravu. U ovom radu autor posebno analizira klauzulu izvršnosti, koju sud stavlja na kondemnatornu sudsku odluku, i potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja, koju stavlja notar, čime notarska isprava stiče svojstvo izvršne isprave.

Ključne riječi: notarska izvršna isprava, otpravak originala u svrhu izvršenja, notarska izvršna isprava, kondemnatorna sudska odluka, klauzula izvršnosti.

Uvod

Uvođenjem notarijata u pravni sistem Republike Srpske na notare je prenesen značajan dio poslova iz nadležnosti sudova. Signifikantan dio vanparničnih stvari,

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

sada je u nadležnosti notara.¹ I u materiji izvršenja određeni predmeti izmješteni su iz nadležnosti izvršnog suda i u nadležnosti su notara.² U dijelu u kojem su preneseni poslovi na notare izvršena je dejudicijalizacija sudske vlasti. Notarijat, kao neutralna institucija, namijenjena je obezbjeđenju preventivne pravne sigurnosti u poslovanju civilnopravnih subjekata.³ Notari u Republici Srpskoj, u skladu sa pravilima koja su sadržana u *Zakonu o notarima*⁴, počeli su sa radom u martu 2008. godine. Bez obzira na to što notari nisu davno počeli sa radom, svako ocjenjivanje može biti podložno kritici jer ne postoji duža vremenska distanca koja je, po pravilu, garant objektivne ocjene, dosadašnji rad notara može se okarakterisati kao izuzetno dobar. Svojom radom notari omogućuju stranama iz ugovornog odnosa da obezbijede svojim pravnim poslovima i izjavama veću snagu dogovora što takođe omogućava lakše dokazivanje, i konačno omogućava sprečavanje nejasnih i nedopuštenih dogovora. Zarad veće pravne sigurnosti zakonodavac je za neke pravne poslove posebno propisao oblik notarske isprave, koji je ponekad proširen mogućnošću neposredne izvršnosti, dok u određenim slučajevima ona ima konstitutivno dejstvo, te bez učešća notara pravni posao nije moguće zaključiti.⁵ Određene notarske isprave imaju svojstvo izvršnih isprava, a to svojstvo notarskih isprava ima za cilj da doprinese efikasnijoj realizaciji subjektivnih građanskih prava, a prije svega zaštiti povjerilaca, kroz olakšanu mogućnost prinudnog ostvarivanja dospjelih potraživanja.⁶

Sastavljanje javnih isprava samo je jedan segment iz nadležnosti notara. Notarsku djelatnost čini obavljanje sljedećih vrsta poslova: sastavljanje notarskih isprava o pravnim poslovima, kao i sastavljanje notarskih zapisnika o činjenicama na kojima se zasnivaju prava, ovjeravanje i potvrđivanje privatnih isprava, primanje na čuvanje isprava, novca i vrijednosnih papira radi njihove predaje

¹ U nadležnosti notara su, po pravilu, nesporne vanparnične stvari. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku*, regulisano je da će sud raspravljanje zaostavštine povjeriti notaru, u roku od osam dana od dana prijema smrtovnice, osim u slučaju kad neki od nasljednika zahtijeva sprovođenje postupka isključivo pred sudom. Vidjeti, čl. 3. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 91/2016.

² U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 67, st. 3 *Zakona o notarima Republike Srpske* sud ili drugi organ vlasti mogu notaru, uz njegovu saglasnost, povjeriti vršenje i drugih poslova, koji su u saglasnosti sa njegovom djelatnošću. Tu spadaju naročito: razdioba prodajne cijene u izvršnom postupku. Vidjeti *Zakon o notarima Republike Srpske*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 74/07 – Odluka Ustavnog suda Republike Srpske, 50/10, 78/11, 20/14, 68/17, 113/18 – Odluka Ustavnog suda Republike Srpske.

³ V. Rijavec, *Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije*, Zbornik radova „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 5. Mostar, 2007, str. 157.

⁴ U daljem radu – ZoN RS.

⁵ Vidjeti, detaljno, V. Rijavec, *Uloga notara u građanskom pravu Slovenije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LVIII, br. 1/10, str. 129.

⁶ M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, *Komentar Zakona o notarima*, Sarajevo, 2009, str. 204.

drugim licima ili nadležnim organima, obavljanje poslova na zahtjev suda ili drugih državnih organa i savjetodavni poslovi, imajući u vidu karakter posla koji obavljaju notari i brigu za lica koja učestvuju u sastavljanju notarskih isprava, kao i činjenicu da je notar povjerenik stranaka.⁷

Jedan od značajnih poslova iz nadležnosti notara je sastavljanje notarske isprave koja može steći svojstvo izvršne isprave pod uslovom da strane ugovornice ne ispune obaveze koje su dobrovoljno preuzele prilikom zaključivanja pravnog posla. Notarske izvršne isprave predstavljaju najveći domet notarske službe. Notarska izvršna isprava je javna isprava koju je sastavio notar u zakonom propisanom postupku te se smatra da je istinito ono što se u njoj određuje ili potvrđuje. Samim tim što je upotrijebio genusni pojam notarska isprava, zakonodavac je otvorio široke mogućnosti da pojedine vrste notarskih isprava budu izvršne isprave. Zakonodavac je na ovaj način predvidio mogućnost da stranke zaključe ugovore, poravnanja ili daju izjave u formi notarske isprave koje imaju dejstvo izvršne isprave.⁸

Po svojim dejstvima notarska izvršna isprava izjednačuje se sa kondegnatornom sudskom odlukom koja je stekla svojstvo izvršne isprave.

Za izvršnost notarski obrađene isprave nije potrebna nikakva dalja aktivnost izvršnog suda⁹. Naime, da ne bi bilo zabune kada se govori o aktivnosti izvršnog suda zakonodavac je imao u vidu da notarski obrađenu ispravu sačinjava notar i da u notarijalnom postupku ona stiče svojstvo izvršnosti. Klauzulu kojom se potvrđuje da je notarska isprava stekla svojstvo izvršnosti stavlja notar a ne izvršni sud.

Svojstvo notarske izvršne isprave daje povjeriocu pravo da na osnovu nje pokrene postupak izvršenja, bez prethodnog učešća izvršnog suda. Ovo je jedna od najznačajnijih pozitivnih novina u ovom dijelu pravnog sistema, jer se izvršnom notarskom ispravom postiže veći stepen sigurnosti, efikasnosti i ekonomičnosti u pravnom prometu u korist subjekata tog prometa, a takođe se direktno rasterećuju sudovi. Izvršnim notarskim ispravama izbjegavaju se dugotrajni i skupi parnični postupci, koji u veoma velikom broju ne predstavljaju sporove koje stranke inače iniciraju u dobroj vjeri, već im je povod izbjegavanje obaveza plaćanja od strane dužnika prema povjericima.¹⁰

Međutim, notarsku izvršnu ispravu treba strogo razlikovati od izvršne kon-

⁷ A. Janevski, *Vanparnične stvari koje bi sud mogao da poveri notarima*, Pravni život, 12/2003, str. 58.

⁸ O tome vidjeti, G. Stanković, V. Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja*, Kosovska Mitrovica, 2017, str.78.

⁹ Čl. 85, st. 3 ZoN RS.

¹⁰ O tome vidjeti, E. Bikić, M. Radović, S. Suljević, *Notarijat u Crnoj Gori*, Podgorica, 2010, str. 299, 300.

demnatorne sudske odluke. Kondemnatorna sudska odluka koja je stekla svojstvo izvršne isprave i notarska izvršna isprava su dvije različite vrste izvršnih isprava. Ovu razliku treba jasno istaći kako se ne bi stvorila zabuna i u potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja unosili elementi iz kondemnatorne sudske odluke. Kondemnatorna sudska odluka i notarska izvršna isprava potiču od dva različita organa od kojih svaki u domenu svojih ovlaštenja postupa i daje im snagu izvršne isprave pod zakonom utvrđenim uslovima. Kondemnatorna sudska odluka koja je stekla svojstvo izvršne isprave rezultat je vođenja parničnog, izvršnog ili vanparničnog postupka, dok je notarska isprava nastala kao rezultat dogovora strana koje su svoju volju za zaključenje ugovora nedvosmisleno izjavile, a notar je nakon toga i postupka savjetovanja sačinio notarsku ispravu. Ukoliko strane ugovornice zaključe ugovor o nekom pravu potraživanja, u formi notarski obrađene isprave, a predmet tog ugovora je plaćanje određene sume novca, drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira a dužnik je u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja, povjerilac, odnosno tražilac izvršenja izbjeće dugotrajni parnični postupak i dokazivanje u slučaju neispunjenja obaveze iz ugovora. Jedina sličnost između kondemnatorne sudske odluke i notarski obrađene isprave je u tome što su obje izvršne isprave i predstavljaju osnov za izvršenje.

U sudskoj praksi u Republici Srpskoj u posljednje vrijeme povodom kontrole zakonitosti donesenog rješenja o izvršenju na osnovu notarske izvršne isprave zauzeti su različiti pravni stavovi o notarskoj izvršnoj ispravi koja sadrži potvrdu¹¹ o sadržini potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja.

Nakon relativnog „mirnog perioda“ i saglasnosti između notara i sudova oko pitanja sadržine potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja,¹² rad notara ozbiljno je ugrožen divergentnom sudskom praksom koja je uočena u Osnovnom i Okružnom sudu u Banjoj Luci. Treba istaći da u radu Višeg privrednog suda, kao suda kontrole zakonitosti rješenja o izvršenju, koje donose okružni privredni sudovi, nije bilo lutanja i zauzet je jasan stav šta treba da sadrži potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja. U radu će se jasno ukazati na stavove ovog suda. U pojedinim sudskim odlukama, mimo zakonskih odredaba, pojedine sudije su po pravnom lijeku protiv rješenja o izvršenju koje je doneseno na osnovu notarske izvršne isprave, zauzele stav koji ima za posljedicu veliku pravnu nesigurnost i „strah“ notara kad izdaju potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja. Notari su se našli skoro pred nerješivim problemom. Prije svega, nisu sigurni šta će se desiti u postupku izvršenja

¹¹ Umjesto termina potvrda o otpravku originala upotrebljava se kolokvijalno i termin bilješka o otpravku originala u svrhu izvršenja.

¹² Vidjeti, npr. Odluku Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 71 I 170391 14 Gž od 6. 6. 2016. god.

ako izdaju potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja na način kako su radili od osnivanja notarijata u RS do donošenja spornih odluka.¹³ Notari su pred dilemom da li ipak u potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja treba unijeti sve elemente kao da se radi o izreci presude kako se to može pročitati u pojedinim radovima u literaturi¹⁴ i pojedinim sudskim odlukama.¹⁵ Pošto još uvijek postoje različiti stavovi među pojedinim sudijama, notari prilikom izdavanja potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja razmišljaju i koje vijeće će odlučivati o predmetu, jer iz Okružnog suda u Banjoj Luci, povodom ovog spornog pitanja, „izlaze“ različite odluke. Moguće je da su različiti stavovi u sudskoj praksi posljedica iznesenih shvatanja u pravnoj teoriji koja je posvećena pojedinim pitanjima iz notarijalnog prava.¹⁶ Pojedini autori u svojim radovima navode da bi „izvršnu klauzulu trebalo formulirati tako da na prvi pogled odgovara propisima izvršnog prava. Tako npr. ako bi se kupac podvrgnuo prinudnom izvršenju za plaćanje kupoprodajne cijene, a isplatio je dio cijene, izvršni otpravak treba da glasi na tačan dugovani iznos.“¹⁷

Kad su notari počeli sa radom, u sudskoj praksi u Republici Srpskoj nije bilo dileme šta treba da sadrži potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja. Sudske odluke u kojima je iznesen stav da potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja treba da sadrži sve elemente kao i izreka presude jedan je od razloga za nastanak ovog rada.

U redovima koji slijede autor će dati odgovor na pitanje šta treba da sadrži potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja. Da bi se ispravno odgovorilo na ovo pitanje nužno je prethodno analizirati zakonske odredbe koje regulišu notarsku izvršnu ispravu i potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja. U radu su analizirana zakonska pravila koja regulišu notarsku izvršnu ispravu i potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja, a sadržana su ZoN RS. Takođe, za potrebe ovog rada analizirani su propisi koji su sadržani u Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske¹⁸, a tiču se notarske izvršne isprave. U radu autor analizira i zakonske odredbe o klauzuli izvršnosti, kojom je, po pravilu, snabdjevena kondemnatorna sudska

¹³ Vidjeti, npr. Odluku br. 71 0 I 213000 18 Gž 2 od 26. 6. 2018. god.

¹⁴ Tako, H. Volfsteiner in: *Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, I, Teil, 1999, Arbeitsunterlage Band III, Methodik, Vollstreckhbare Urkunde, Kosten, Bochum 1999*, str. 339, navedeno pr. M. Povolakić, *Izvršenje na osnovu notarske isprave*, Zbornik radova „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 5. Mostar, 2007, str. 341.

¹⁵ Vidjeti, Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 71 01 21300018 Gž 2 od 26. 6. 2018. god.

¹⁶ O tome vidjeti, npr. M. Povolakić, C. Schalast, V. Softić, op. cit. str. 248, 249.

¹⁷ M. Povolakić, C. Schalast, V. Softić, op. cit. 249.

¹⁸ Vidjeti, *Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske*, „Službeni glasnik RS“, broj 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14 i 66/18 i Odluka Ustavnog suda RS, br. 5/17, Odluka Ustavnog suda BiH, br. 43/17, Odluka Ustavnog suda BiH, br. 90/17. U daljem radu ZIP RS.

odluka. Analiza pozitivnopravnih propisa bila je nužna kako bi autor na kraju iznio svoje mišljenje o sadržini potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja. U radu je dat odgovor na pitanje da li je dosadašnji rad notara bio u skladu sa ZoN RS i ZIP RS ili ne, i treba li *de lege ferenda* mijenjati zakonska rješenja zarad pravne sigurnosti i pozicije samih notara u pravnom sistemu Republike Srpske.

Na kraju, bez pretenzija, da iznesena shvatanja budu prihvaćena bez ikakvih osporovanja, autor smatra da bi bilo nužno u sudskoj praksi u što skorije vrijeme zauzeti jedinstven stav o sadržini potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja, zarad pravne sigurnosti stranaka čija se prava konačno realizuju u izvršnom postupku. Vraćanje tražioca izvršenja koji ima u rukama potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja na parnični postupak izigravanje je zakonskih propisa i samih stranaka koje su zaključile ugovor koji je sadržan u notarski obrađenoj ispravi. Naravno, autor u radu govori samo o notarskoj izvršnoj ispravi koja je sačinjena u skladu sa postojećim pozitivnopravnim propisima.

Autor se nada da će ovaj rad biti podsticaj za konačno zauzimanje jedinstvenog stava o sadržini potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja. Kakav god stav da bude zauzet, biće od koristi i riješiće postojeće dileme pred kojim su se našli notari i stranke u izvršnom postupku u Republici Srpskoj nakomn donošenja spornih sudskih odluka.

Potvrda o izvršnosti – zakonska regulativa

Da bi mogla da pokrene izvršni postupak na osnovu izvršne isprave stranka mora da dokaže izvršnom sudu da su ispunjeni uslovi za nastupanje izvršnosti izvršne isprave. Potvrdom o izvršnosti (ili klauzulom izvršnosti) utvrđuje se da je odluka postala izvršna.¹⁹ Kad se radi o kondemnatornoj odluci, potvrda o izvršnosti predstavlja rješenje nadležnog suda ili drugog organa (npr. upravnog organa) da je konkretna izvršna isprava valjana i da na osnovu nje treba dopustiti i sprovesti izvršenje potraživanja koje je u ispravi utvrđeno²⁰. Potvrda o izvršnosti ili klauzula izvršnosti uslov je ili procesna pretpostavka za određivanje izvršenja. Ako tražilac izvršenja podnosi prijedlog za izvršenje sudu koji je odlučivao u prvom stepenu, uz prijedlog se podnosi izvršna isprava, u originalu ili ovjerenom prepisu, na koji se ne stavlja potvrda o izvršnosti.²¹ U ZIP RS izričito je predviđeno da notarska izvršna

¹⁹ G. Stanković, R. Račić, *Vanparnično procesno pravo i pravo izvršenja i pravo obezbjeđenja*, Podgorica, 2019, str. 229.

²⁰ O tome detaljno vidjeti, R. Račić, *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2017, str. 60–62.

²¹ Vidjeti, čl. 35, st. 1 ZIP RS.

isprava ne mora biti snabdjevena potvrdom o izvršnosti²². To je i logično jer potvrda o izvršnosti nije ništa drugo do rješenje suda, a kao što je poznato, notarska izvršna isprava ne potiče od suda već je sačinjava notar.²³

Pozitivnopravni propisi o notarskoj izvršnoj ispravi i potvrdi o otpravku originala u svrhu izvršenja

ZoN RS je u odredbi čl. 85. izričito regulisao koja notarska isprava ima snagu izvršne isprave. Samo notarski obrađena isprava ima snagu izvršne isprave. Bitno je prije nego što se krene u analizu notarske izvršne isprave objasniti šta predstavlja notarski obrađenu ispravu. Notarski obrađena isprava je po pravilu, obrađen ugovor koji je notar zajedno sa stranama ugovornicama sačinio. Kad strane ugovornice pred notarom zaključe ugovor, notar će im izdati otpravak originala, a original će zadržati u arhivi. Original notarski obrađene isprave nalazi se u spisu koji se arhivira u arhivu notara koji ga je sačinio, a po prestanku službe notara on se nalazi u depou Arhiva Republike Srpske. Po izričitom slovu zakona, „notarski obrađene isprave su izvršne isprave ukoliko su sačinjene u propisanoj formi i ako su sastavljene o nekom pravu potraživanja, koje ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira, a dužnik je u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja“. Prema tome, svojstvo notarske izvršne isprave ima ona isprava notara koja: 1) sastavljena je o nekom pravu potraživanja, koje ima za predmet plaćanje određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira i 2) sadrži izjavu dužnika da se na osnovu notarske izvršne isprave može, radi ostvarenja nekog potraživanja nakon dospelosti obaveze, sprovesti izvršni postupak. U notarskoj izvršnoj ispravi mora biti sadržana izvršna klauzula (*clausulu exequendi*). U čl. 85, st. 2 ZoN RS predviđeno je da se na osnovu notarski obrađene isprave kojom je u javnom registru nepokretnosti upisana hipoteka na određenoj nepokretnosti može, u svrhu plaćanja obezbjeđenog potraživanja, neposredno nakon dospelosti zahtijevati izvršenje na toj nepokretnosti ako je dužnik na ovo izričito pristao. To znači da se izvršenje prodajom hipotekovane nepokretnosti može sprovesti bez prethodnog vođenja parničnog postupka. Iz citiranih pravila jasno proizlazi da notarski obrađena isprava predstavlja izvršnu ispravu, ukoliko je sastavljena o nekom pravu potraživanja koje za

²² Čl. 35, st. 3 ZIP RS.

²³ U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 35, st. 3. ZIP RS izričito je predviđeno da: „[...] izvršna isprava notara na osnovu koje je podnesen prijedlog za izvršenje ne mora biti snabdjevena potvrdom o izvršnosti, već se njena izvršnost određuje prema odredbama Zakona o notarima.”

predmet plaćanja ima određene sume novca ili davanje određene količine zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira i ako je dužnik u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja,²⁴ odnosno ako notarski obrađena isprava sadrži izjavu dužnika da se nakon dospelosti obaveze, podvrgava neposrednom prinudnom izvršenju bez odlaganja. Izvršni postupak može se neposredno sprovesti nakon izdavanja potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja, na osnovu kojeg izvršni sud postupajući po prijedlogu za izvršenje donosi rješenje o izvršenju.

Po izričitom naređenju normotvorca za izvršnost notarske isprave nije potrebna nikakva dalja aktivnost izvršnog suda. Doslovnim jezičkim tumačenjem odredbe koja je sadržana u čl. 85, st. 3 ZoN RS u zakonom predviđenim slučajevima notarski obrađena isprava predstavlja *titulus executionis*. Ovo je izričito predviđeno i u čl. 23 ZIP RS. U odredbi čl. 23 ZIP RS predviđeno je da su izvršne isprave: 1) izvršne odluke sudova i izvršno sudsko poravnanje, 2) izvršna odluka donesena u upravnom postupku i poravnanje u upravnom postupku, ako glasi na ispunjenje novčane obaveze, ukoliko zakonom nije drugačije određeno, 3) izvršna notarska isprava, 4) druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava (podvukla R. R).

Prema tome, izvršna notarska isprava samo je jedna vrsta izvršnih isprava. Kako ni kondemnatorna sudska odluka koja je stekla svojstvo izvršne isprave, tako ni notarska izvršna isprava ne mogu se direktno izvršiti ukoliko ne sadrže klauzulu kojom notar potvrđuje da je takva isprava podobna za izvršenje. Potvrda o izvršnosti jedan je od uslova za dopuštenost izvršenja, ukoliko se izvršenje sprovodi na osnovu izvršne isprave. Notar nije pravosudni organ,²⁵ pa samim tim na otpravak originala ne može sud staviti potvrdu o izvršnosti. Cilj dejudicijalizacije bio je rasterećenje sudova u onim slučajevima kada se radi o izvršenju nespornih potraživanja. Pravila ZoN RS jasno preciziraju kako se određuje izvršnost notarske izvršne isprave.

Znači, da bi se u izvršnom postupku odredilo izvršenje na osnovu notarske izvršne isprave mora postojati još jedan uslov, odnosno pretpostavka, a to je da na notarska isprava bude snabdjevena „potvrdom“ da je podobna za izvršenje. U svrhu izvršenja notarske izvršne isprave, zakonodavac je u odredbi čl. 102. ZoN RS predvidio pravila o potvrdi o otpravku originala u svrhu izvršenja. Potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja notarskoj izvršnoj ispravi daje „moć i snagu“ na osnovu koje će tražilac izvršenja podnijeti prijedlog za izvršenje, a kao prilog tražilac izvršenja podnijeeće otppravak

²⁴ Čl. 85, st. 1 ZoN RS.

²⁵ O pravnoj prirodi notarijata vidjeti, D. Knežić, Popović, *Pravna priroda javnog beležništva*, Pravni zapisi, godina I, br. 2 (2010), Pravni fakultet Univerziteta „Union“, str. 339–363.

originala u svrhu izvršenja. Otpravak originala u svrhu izvršenja upravo je „potvrda“ notara da je notarska izvršna isprava podobna za izvršenje.

U odredbi čl. 102. ZoN RS sadržana su pravila kojim zakonodavac reguliše kome se može izdati otpravak originala u svrhu izvršenja, koliko otpravaka može notar izdati i kad se može izdati ponovni otpravak originala u svrhu izvršenja. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 102, st. 1. ZoN RS predviđeno je da se otpravak originala u svrhu izvršenja može izdati licima koja su u originalu označena kao povjerioci, odnosno njihovi pravni sljednici, pod uslovom da je dokazano ispunjenje uslova za izvršnost originala. Šta treba notar da uradi prije nego što izda otpravak originala u svrhu izvršenja? Notar mora utvrditi jesu li ispunjeni uslovi za izvršnost otpravka originala. Prije svega, notar će utvrditi da li je dospjelo potraživanje i da li je dužnik iz notarski obrađene isprave ispunio potraživanje. Ukoliko je protekao rok dospjelosti, a potraživanje nije ispunjeno ili je samo djelimično ispunjeno, notar će izdati potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja.

U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 101 ZoN RS izričito su predviđena pravila o izdavanju otpravka originala. Ako u originalu nije nešto drugo određeno, otpravak originala može se izdati samo: licima koja su pravni posao sadržan u ispravi zaključili u svoje ime, licima u ime kojih je taj pravni posao zaključen i pravnim nasljednicima ovih lica.

Ukoliko su zbog prestanka rada notara notarske isprave, drugi spisi i dokumentacija predate na čuvanje sudu ili drugom organu vlasti ili drugom notaru, izdavanje isprava vrše ti organi, odnosno notar kod kojeg se nalaze na čuvanju ti spisi, a za vrijeme rada zamjenika notara, isprave izdaje taj zamjenik.²⁶

U čl. 102, st. 3 ZoN RS predviđeno je da ponovni otpravak originala u svrhu neizvršenog otpravka originala može se samo izdati: 1) Ako lica koja su pravni posao sadržan u ispravi zaključili u svoje ime, lica u ime kojih je taj pravni posao zaključen ili njihovi pravni nasljednici na to pristanu. Taj pristanak mora biti notarski obrađen bilješkom na samom originalu, potpisanom od strane stranke, ili posebnom, ovjerenom ispravom, koja će se priložiti originalu; 2) Ako je ranije izdati otpravak zbog nekog nedostatka vraćen notaru ili ako je uništen, oštećen ili na drugi način postao neupotrebljiv; 3) Ako sud na čijem području notar ima svoje sjedište, na prijedlog stranke, naredi da mu se izda ponovni otpravak originala. Takvu naredbu sud će izdati ako stranka učini vjerovatnim da joj je potreban ponovni otpravak originala. O izvršnom originalu može se, osim u slučajevima koji su naprijed navedeni, izdati samo jedan otpravak originala u svrhu izvršenja.

²⁶ Vidjeti, čl. 101, st. 2 ZoN RS.

Da bi se dao potpun odgovor na pitanje šta treba da sadrži potvrda notara da otpravak originala u svrhu izvršenja bude podoban za izvršenje nužno se osvrnuti na odredbe koje su sadržane u *Pravilniku o radu notara u postupku sastavljanja i izdavanja notarskih isprava*.²⁷

U odredbi čl. 3 *Pravilnika* izričito je predviđeno da su notarski obrađene isprave koje notar sačinjava: original, otpravak originala, prepis, ovjereni prepis, otpravak u izvodu i otpravak originala u svrhu izvršenja. A u čl. 5, st. 1 *Pravilnika* predviđeno je da se notarski obrađena isprava označava rednim brojem iz Opšteg poslovnog upisnika (OPU), u skladu sa članom 111 ZoN RS, koji reguliše vođenje poslovnih knjiga i notarskih spisa, kao i odgovarajućim brojem kalendarske godine. U odredbi čl. 5, st. 2 *Pravilnika* predviđeno je da se na prvoj strani notarskih obrađenih isprava upisuje, u gornjem desnom uglu, oznaka mehaničkim sredstvom za pisanje, računarom, pisaćom mašinom ili štambiljem u tinti sa oznakom: „original“ „otpravak originala“, „prepis“, „ovjereni prepis“, „otpravak u izvodu“ i „otpravak originala u svrhu izvršenja“ (podvukla R. R).

Analizirajući zakonska i podzakonska pravila o notarskoj izvršnoj ispravi i otpravku originala u svrhu izvršenja, na ovom mjestu možemo zaključiti da je notarska izvršna isprava samo jedna od više vrsta izvršnih isprava. Pošto je sačinjava notar a ne sud, ona ne može biti snabdjevena potvrdom o izvršnosti, kao npr. kondemnatorna sudska odluka. Na zahtjev povjerioca, kad notarska izvršna isprava bude podobna za izvršenje, notar će mu izdati potvrdu o otpravku originala u svrhu izvršenja.

Sadržina potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja

U sudskoj praksi, kao što je već istaknuto, izneseni su različiti stavovi o sadržini potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja. Uporište za različite stavove može se naći i u pojedinim radovima koji se bave notarskom izvršnom ispravom i otpravkom originala u svrhu izvršenja. Moguće je da su u sudskoj praksi zauzeti stavovi o potvrdi o otpravku originala u svrhu izvršenja posljedica iznesenih shvatanja u pravnoj teoriji notarijalnog prava. Međutim, ovo nije jedini razlog zbog kojeg su u sudskoj praksi zauzeti stavovi da se potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja (koju notari stavljaju na posljednjoj strani otpravka originala u svrhu izvršenja) tretira kao procesna radnja koja bi trebalo da ima elemente izreke presude. Sa sigurnošću se može tvrditi da je i odredba čl. 102, st. 1 ZoN RS, u kojoj je predviđeno da se otpravak originala

²⁷ Vidjeti, *Pravilnik o radu notara u postupku sastavljanja izdavanja notarskih isprava*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 43/11. U daljem radu *Pravilnik*.

u svrhu izvršenja izdaje licima koja su u originalu označena kao povjerioci, odnosno njihovim pravnim sljednicima, pod uslovom da je dokazano ispunjenje uslova za izvršnost originala, bila jedan od razloga da se u potvrdu o otpravku originala unose određeni elementi kako bi sud stekao uvjerenje da je dokazana ispunjenost uslova za izvršnost originala (podvukla R. R). U obrazloženju pojedinih sudskih odluka jasno se navodi da notar ne smije na sebe preuzeti ulogu sudije.²⁸ Notar nema ovlaštenje da bilo šta više dodaje i da preuzima na sebe ovlaštenja koja su u nadležnosti izvršnog suda. Sud u obrazloženju citirane odluke konstatuje da je „...neophodno ukazati i na to da je notar koji je sačinio otpravak originala u svrhu izvršenja OPU 650/13 od 20. 5. 2013. godine suprotno zakonu u tom otpravku preuzeo ulogu sudije“. Naime, u tom otpravku, „notar poput sudije presuđuje sljedeće: uvidom u predočenu i priloženu dokumentaciju utvrđeno je da do ugovorenog roka za zaključenje glavnog ugovora o prodaji prodavac nije ispunio ugovorene uslove po predugovoru o kupoprodaji nekretnine... odnosno nije dijelio svoju parcelu radi proširenja prilaznog puta u širini od sedam metara... te nije izvršena uplana i upis prodatog objekta – kuće u katastarsku evidenciju, kao i da nije u ugovoreno vrijeme za zaključenje ugovora predočio uvjerenje o plaćenom porezu na svoje ime.“ Iz prethodno citiranog proizlazi da notar iznosi određene sopstvene sudove i zaključke, prema kojima izvršenik kao prodavac nije ispunio svoje ugovorne obaveze, a pritom ne navodi šta je sadržaj dokumentacije na koju se poziva i kako je na osnovu te dokumentacije izveo te zaključke. Osim toga, kada iznosi navedene tvrdnje u svojoj potvrdi, notar prije toga prethodno nije omogućio izvršeniku da se i on izjasni o svemu tome, imajući u vidu da je i on jedna od strana koja je zaključila navedeni ugovor. Citirani dijelovi obrazloženja iz navedene odluke ukazuju na to da notar prilikom sačinjavanja potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja ne može, po shvatanju ovog suda, na sebe preuzeti zadatke koji su u nadležnosti suda.

Pojedine sudske odluke koje su donesene pred Višim privrednim sudom u Banjoj Luci²⁹ vrlo jasno u obrazloženju navode kako je sud stekao uvjerenje da je notar utvrdio ispunjenost uslova za izvršnost originala. „Tražilac izvršenja je postupajući po zaključcima prvostepenog suda dostavio otpravak originala u svrhu izvršenja broj OPU 2711/2017 sačinjen od notara A. A. dana 12. 10. 2017. god na osnovu kojeg se predlaže izvršenje u ovoj izvršnoj stvari. Odredbom člana 4 navedenog otpravka originala u svrhu izvršenja je određeno da se založni dužnik „Pan-Trade“ d. o. o. Donji Žabar podvrgava neposrednom izvršenju bez odlaganja na nekretninama iz čl. 3 ugovora a u vezi sa svim obavezama koje je preuzeo „Dia-Merc AG“ d. o. o. Brčko distrikt BiH kao

²⁸ Vidjeti, Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 71 0 I 170391 14 Gž od 6. 6. 2016 godine.

²⁹ Vidjeti, Rješenje Višeg privrednog suda u Banjoj Luci, br. 60 0. Ip. 255580 17 Pž.

korisnik iz ugovora o finansijskom praćenju broj 567-151-40000320-73 od 23. 1. 2012. godine i kao korisnik kredita iz ugovora o dugoročnom kreditu broj 567-151-45536397-85 od 23. 1. 2012. Navedenim čl. 4 je predviđeno da je izvršenje dopušteno i prema svakodobnom vlasniku predmetnih nekretnina.“ Takođe, iz obrazloženja Rješenja Višeg privrednog suda u Banjoj Luci, broj 57 O Ip 113432 Pž od 25. 4. 2018. godine, jasno se vidi da notar, prilikom izdavanja otpravka originala u svrhu izvršenja, dospelost izvršenja utvrđuje na osnovu odredaba koje se nalaze u otpravku originala, tačnije u ugovoru koji je sačinio notar uz saglasnost strana ugovornica. Po shvatanju ovog suda iz „... odredba tačke IV – podvrgavanje neposrednom izvršenju, saglasnom izjavom volje ugovornih strana, izvršenik je pristao na neposredno prinudno izvršenje na nekretnima koje su predmet ovog ugovora...“.

U sudskoj praksi izneseni su i sasvim drugačiji stavovi. Tako prilikom odlučivanja po žalbi, Okružni sud u Banjoj Luci u Rješenju br. 71 01 21300018 Gž 2 od 26. 6. 2018. godine pozivajući se na pravilo koje je sadržano u odredbi čl. 23, st.1. t. 3 ZIP (u kojem je predviđeno da je izvršna isprava i notarska izvršna isprava), navodi da otpravak originala u svrhu izvršenja „odgovara originalu ugovora o zakupu poslovnog prostora ali ne sadrži elemente izvršne notarske isprave u cilju neposrednog podvrgavanja izvršenju, jer ne sadrži bilješku o izvršnosti sa kratkim tekstom potrebnim radi identifikacije notarske isprave, ne sadrži predmet, sredstvo i obim obaveze koji mora biti definisan otpravkom originala u svrhu izvršenja, ne sadrži da li je za neki period potraživanje ostvareno a ako jeste koji dio ostaje za izvršenje, ne sadrži preciziranu dospelost potraživanja tražilaca izvršenja, niti je notar u potvrdi naznačio kada je protekao ugovoreni rok za ispunjenje potraživanja.“ U literaturi posvećenoj notarskoj izvršnoj ispravi može se pročitati „da bi u izvršnom postupku tražilac izvršenja mogao dokazati ispunjenje uslova za izvršnost notarski obrađene isprave, otpravak u svrhu izvršenja treba da sadrži: štambilj sa tekstom 'otpravak originala u svrhu izvršenja', potvrdu notara da je to otpravak originala u svrhu izvršenja sa bilješkom o izvršnosti u kojoj će notar u što kraćem tekstu označiti tražioca izvršenja, izvršenika, potraživanje, sredstvo i predmet izvršenja, sa identičnim sadržajem tih elemenata kao u ugovoru, te će navesti ako je potraživanje u jednom dijelu ostvareno, kao i koji dio ostaje za izvršenje.“³⁰ Po ovom shvatanju notar bi u otpravku originala trebalo da navede elemente koji su sadržani u izreci presude. Ovo shvatanje

³⁰I. Mojović, *Notarska javna izvršna isprava*, http://notarrs.com/clanci/pdf/pdf/NOTARSKA_JAVNA%20IZVRSNA_ISPRAVA.pdf, strana posjećena 10 jula 2019.

naslanja se na stavove koji su zauzeti u njemačkoj teoriji.³¹

Sa ovim shvatanjem ne bih se mogla uopšte složiti. Razlika u pogledu potvrde o otpravku originala u svrhu izvršenja i potvrde o izvršenju u njemačkom pravu ipak postoji. U njemačkom uređenju postupak potvrđivanja nije ograničen samo za utvrđivanje dospelosti i javni bilježnik u postupku potvrđivanja javnobilježničkog akta nije ograničen samo na utvrđivanje dospelosti. Na taj se način na javnog bilježnika preneseni su neki zadaci iz stadijuma dozvole izvršenja.³² Bitno je naglasiti da potvrda o otpravku originala u svrhu izvršenja nije procesna radnja kao što je to potvrda o izvršnosti koju sud stavlja kada izvršna isprava stekne svojstvo izvršnosti. Notar u pravnom sistemu Republike Srpske nema nikakvih procesnih ovlašćenja kada je u pitanju prva faza izvršnog postupka – faza dozvole izvršenja. Njegova osnovna zadaća je da izda otpравak originala u svrhu izvršenja kojim će potvrditi da isti odgovora originalu notarski obrađene isprave, kako po obliku tako i po formi i sadržaju, pošto potraživanje nije namireno po dospelosti. Da je zakonodavac prenio na notara mogućnost da učestvuje u izvršnom postupku tada bi bilo dopušteno zahtijevati od njega da potvrda na otpравku originala u svrhu izvršenja sadrži sve naprijed navedene elemente.

Kada notar izdaje potvrdu o otpравku originala u svrhu izvršenja, on na posljednjoj strani potvrđuje da je to otpравak originala u svrhu izvršenja i da je identičan originalu notarski obrađene isprave (navodeći naziv notarski obrađene isprave, stranke, broj i datum sačinjavanja isprave, svoje ime i sjedište), gdje se nalazi original obrađene notarske isprave, konstatujući da je taj otpравak originala u svrhu izvršenja po obliku, formi i sadržaju identičan originalu notarski obrađene isprave i da u pravnom prometu zamjenjuje original. U potvrdi se navodi na čiji zahtjev se izdaje i da se izdaje samo jedan otpравak originala u svrhu izvršenja.

Međutim, suprotno navedenom u obrazloženju citirane odluke, sud dalje konstatuje da potvrda otpравka originala u svrhu izvršenja ne sadrži da li je za neki period potraživanje ostvareno, a ako jeste koji dio ostaje za izvršenje. Ovo je posebno sporno. Notar bez stručne pomoći ne može utvrđivati koji dio potraživanja nije ostvaren. Ovaj zadatak je u nadležnosti suda koji opet bez sudskog vještaka ne može da ostvari uspješno postavljen zadatak. Ukoliko bi se notar upustio da određuje koji dio potraživanja nije ostvaren, pa tom prilikom pogriješni, postavlja se pitanje kako se ova greška notara može sanirati? Ili još jedno

³¹ Vidjeti nap. br.11.

³² J. Münch, *Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch* carl Hezmanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988 str.213 in sl. nav. prema V. Rijavec, *Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 5. Mostar, 2007. str. 137.

pitanje, da li sud može biti vezan za bilješku notara u kojoj je utvrdio koliki je dio potraživanja ostao nenamiren. Po mom shvatanju ulaženje notara u ova pitanja izazvalo bi nesagledive posljedice i probleme iz kojih bi se moglo vrlo teško izaći. Krajnji cilj ovakvog postupanja imao bi za posledicu nemogućnost sprovođenja izvršenja i njegovo obustavljanje. Po postojećim zakonskim rješenjima između notara i suda jasno su u zakonu postavljene granice u pogledu kojih oni postupaju kada je u pitanju otpравak originala u svrhu izvršenja, odnosno notarska izvršna isprava koja je snabdjevena ovom klauzulom.

Uloga izvršnog suda upravo je da on provjeri sve ove elemente koji se traže od notara, pod uslovom da izvršenik izjavi pravni lijek. Sud ovu dužnost sprovodi u postupku kontrole zakonitosti donesenog rješenja o izvršenju na osnovu notarske izvršne isprave, ukoliko izvršenik odnosno dužnik iz notarske izvršne isprave izjavi pravni lijek. Elementi koji se navode u spornim sudskim odlukama ne mogu da budu sadržani u potvrđi o otpравku originala u svrhu izvršenja.

Zaključna razmatranja

Otpравak originala u svrhu izvršenja koji sadrži potvrđu da on po obliku, formi i sadržini u cijelosti odgovara originalu notarski obrađene isprave predstavlja izvršnu ispravu na osnovu koje tražilac izvršenja može pokrenuti izvršni postupak. Potvrđa o otpравku originala u svrhu izvršenja nije procesna radnja. Stoga ona ne može sadržavati elemente koje ima dispozitiv odluke. Notar nema ovlašćenja koja ima izvršni sud. Kondemnatorna sudska odluka i notarska izvršna isprava potpuno su različite izvršne isprave. Njihova jedina sličnost je u tome što imaju svojstvo izvršne isprave. Unošenje elemenata u potvrđu o otpравku originala u svrhu izvršenja mimo pravila koja su sadržana u ZoN RS i ZIP RS može samo da ugrozi položaj notarijata u Republici Srpskoj. Bez obzira što notarijat predstavlja javnu službu, notari postupaju samostalno i nezavisno. Kad obradi notarsku izvršnu ispravu notar to čini kao samostalni i nezavisni nosilac vlasti. Samostalnost i nezavisnost notara mora se posmatrati iz dva posebna ugla, i to prema državi koja ga je imenovala, i prema stranama za koje i u čijem interesu on obavlja odgovarajuće poslove. Izdavanje „naloga“ od strane suda, kao državnog organa, notaru bitno ugrožava njegovu neutralnu poziciju i dovodi u pitanje ulogu notara kao povjerenika obje stranke.

Uloga notara završava se u momentu kad on izda otpравak originala u svrhu izvršenja, koji sadrži potvrđu, odnosno klauzulu o izvršenju, povjeriocu kako bi ovaj podnio prijedlog za izvršenje. Izvršni sud jedino u postupku kontrole zakonitosti donesenog rješenja o izvršenju može i mora utvrditi da li je potraživanje dospjelo i u kojem obimu je izmireno. Izvršenik je taj koji će onemogućiti spro-

vođenje izvršenja na osnovu notarske izvršne isprave, ukoliko ona nije podobna za izvršenje. To uopšte ne znači da će notar neoprezno i bez posebne provjere izdati otpравak originala u svrhu izvršenja. Upravo njegova pozicija nepristrasnog povjerenika strana ugovornica i samostalnost profesije je garancija da će notar, pri samom sastavljanju notarski izvršne isprave i izdavanja otpравka originala u svrhu izvršenja, strogo voditi računa kako će odrediti rok dospelosti potraživanja i na koji način će utvrditi da li je notarska izvršna isprava podobna za izvršenje. Zahtijevati od notara da angažuje vještaka ili da u potvrdi na otpравku originala u svrhu izvršenja unosi određene elemente u suprotnosti je sa pozitivnopravnim propisima. Ukoliko bi se to od notara tražilo oni bi pored suda bili „paralelni sudski organi“, koji bi po nalogu suda bili dužni da preuzimaju poslove iz sudske nadležnosti. Na taj način notari bi se pretvorili u „parasudske“ organe. Stoga, po mom skromnom mišljenju, ovu praksu bi trebalo što prije napustiti, jer u protivnom dovešće se u pitanje sam položaj i ciljevi koje je zakonodavac imao u vidu uvodeći notarijat u Republiku Srpsku. Postojeće odredbe o otpравku originala u svrhu izvršenja i notarskoj izvršnoj ispravi sasvim su korektno redigovane, te nema potrebe *de lege ferenda* da zakonodavac interveniše u ovoj oblasti.

LITERATURA

A. Janevski, *Vanparnične stvari koje bi sud mogao da poveri notarima*, Pravni život, 12/2003.

E. Bikić, M. Radović, S. Suljević, *Notarijat u Crnoj Gori*, Podgorica, 2010.

D. Knežić, Popović, *Pravna priroda javnog beležništva*, Pravni zapisi, godina I, br. 2. (2010), Pravni fakultet Univerziteta „Union“.

G. Stanković, V. Boranijašević, *Pravo izvršenja i pravo obezbjeđenja*, Kosovska Mitrovica, 2017.

G. Stanković, R. Račić, *Vanparnično procesno pravo i pravo izvršenja i pravo obezbjeđenja*, Podgorica, 2019.

I. Mojović, *Notarska javna izvršna isprava*,

http://notarrs.com/clanci/pdf/pdf/NOTARSKA_JAVNA%20IZVRSNA_ISPRAVA.

M. Povlakić, *Izvršenje na osnovu notarske isprave*, Zbornik radova „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 5. Mostar, 2007.

M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, *Komentar Zakona o notarima*, Sarajevo, 2009.

R. Račić, *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2017.

V. Rijavec, *Uloga notara u građanskom pravu Slovenije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LVIII, br. 1/10.

V. Rijavec, *Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije*, Zbornik radova „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 5. Mostar, 2007.

NOTARIAL EXECUTIVE ACT

Ranka Račić*

Abstract

The author focuses the theme of this work on the notarial executive act with a special view on the certificate on the engrossment of the original for enforcement purposes. In the court practice certain dilemmas appeared that have led to different court rulings about what needs to be included in the certificate of the engrossment of the original for enforcement purposes. A condemnatory court judgment and a notarial executive act originate from two different authorities of which each acts within the domain of their powers and gives them the effect of an executive act under the conditions envisaged by law. The condemnatory court judgment and notarial executive act are only similar for the fact that they are both executive acts. The condemnatory court judgment that has gained the capacity of an executive act is a result of civil proceedings, enforcement proceedings or non-contentious proceedings, whereas the notarial act results from the agreement of parties who unambiguously express their will to conclude a contract, and subsequently, upon the advising procedure, the notary compiles the notarial act. The author particularly analyses the enforceability clause, which the court includes in the condemnatory court judgment, and the notary in the certificate of engrossment of the original for enforcement purposes, based on which the notarial act acquires the capacity of an executive act.

Key words: *notarial executive act, engrossment of the original for enforcement purposes, condemnatory judgment, enforceability clause.*

* PhD, full professor,
Faculty of Law of the University in Eastern Sarajevo
Faculty of Law of the University in Banja Luka

УПОРЕДНОПРАВНА АНАЛИЗА ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА

Родна Живковска*
Тина Пржеска**

Апстракт: Циљ овог рада је представљање института одржаја у упоредном праву, тачније у појединим правним системима европских држава да би се на основу анализе појединих регулатива, предложила нова, најпогоднија законска решења у садашњим токовима развоја правног система Републике Северне Македоније. Избор теме и анализа одржаја, као правног института, вршена је због великог броја парница пред судовима у Републици Северној Македонији у којима је истакнут тужбени захтев за утврђивање права својине на основу одржаја.

Да би се остварио циљ овог рада прво су представљена позитивноправна решења о институту одржаја у РС Македонији, а затим је указано на основна обележја овог института у упоредном праву (немачком, швајцарском, француском, италијанском, словеначком, хрватском, црногорском и српском).

Кључне речи: државина, савесносна државина, законита државина, редовни одржај, ванредни одржај, својина, узупацијент.

1. Институт одржаја у правном систему Републике Северне Македоније

Институт одржаја, као један од начина за стицање права својине, у македонском стварноправном систему уређен је члановима 124 и 125

*Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

**Ванредни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

Закон о својини и другим стварним правима Републике Северне Македоније¹ (у даљем тексту: Закон о својини).²

Закон о својини познаје редовни и ванредни одржај и то како за покретне, тако и за непокретне ствари.³

Редовни одржај уређен је у ставовима 1 и 2 Закона о својини. Према ставу 1 члана 124 Закона о својини, савесни и законити држалац покретне ствари на којој друго лице има право својине стиче право својине на тој ствари одржајем по истеку рока од три године. Према ставу 2, члана 124 Закона о својини, савесни и законити држалац непокретне ствари на којој друго лице има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем по истеку рока од десет година.

Ванредни одржај уређен је у ставовима 3 и 4 Закона о својини. Према ставу 3 Закона о својини, савесни држалац покретне ствари на којој друго лице има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем по истеку рока од десет година, док према ставу 4, члана 124 Закона о својини, савесни држалац непокретне ствари на којој други има право својине стиче право својине на тој ствари одржајем, по истеку рока од 20 година.

Анализа одредаба из члана 124 Закона о својини показује да стицање права својине путем одржаја према македонском праву много личи на овај институт римског *ius civile* које за настанак одржаја предвиђа *bona fide* (савесност), затим *iustus titulus* (законски основ државине), мирну државину итд.

Несумњиво је да је основни услов за стицање државине постојање савесности узупапијента без којег одржаја нема. Поред савесности, одредбе члана 124 Закона о својини показују да су у зависности од вида одржаја (редовни или ванредни) потребна још три услова. Реч је о зако-

¹ У даљем тексту РС Македонија.

² „Сл. весник на РМ“, бр. 18/01.

³ Цивилистичка подела одржаја на редовни и ванредни полази од степена квалификације поседовања ствари (и неких права) код узупапијента (држаоца ствари). Постојање већег степена поседовања покретних или непокретних ствари (државина која је савесна, законита и мирна) предуслов је за стицање права својине узупапијента путем редовног одржаја. Постојање по интензитету слабије државине узупапијента (непостојање законског основа за стицање права својине код узупапијента) доводи до настајања ванредног одржаја који се од редовног разликује по дужем року за одржај (поседовање ствари на којој други има право својине). О овоме видети: Z. P. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2008, стр. 159. Исто и: P. Ковачевић-Куштримовић, M. Лазих, *Stvarno pravo*, Niš, 2009, стр. 127; Д. Попов, *Квалификована државина у функцији стицања права својине одржајем*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2011, стр. 111–112; И. Бабић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и стварно право*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2008, стр. 239.

нитом основу државине, о постојању државине и на крају о постојању рока у погледу државине ствари.

У даљем тексту биће приказан кратак осврт на наведена четири услова за стицање права својине путем одржаја.

а) Савесност узукапијента

Савесност као основни услов за постојање одржаја у корист узукапијента подразумева да субјективна перцепција државине те ствари према узукапијенту не садржи недостатке у погледу његовог прибављања државине, и поред тога што „нешто недостаје“ у прибављању власничког држања.⁴ Другим речима, узукапијент је савесан држалац када он верује да је стекао право својине иако га у ствари није стекао или, како је предвиђено у ставу 3, члана 179 Закона о својини, савесност држиоца је стање у коме држалац није знао или није могао знати да нема правни основ да врши државину.

Чињеница је да је савесност субјективно психоетичко стање узукапијента, али оцену о постојању овог стања судија мора да утврди објективним критеријумима. То се може постићи само помоћу тзв. „правних стандарда“, као извора права (добар домаћин, добар стручњак, добар послодавац, потребна пажња и др.) Тако, на пример, иако закон то не прописује, узукапијент је савесан, ако и поред потребне пажње није могао знати за недостатке у начину прибављања ствари. Ово је несумњиво једини начин утврђивања постојања савесности, јер је стварно немогуће утврдити тачан и истинит психички однос узукапијента у стицању власничке државине.

Треба указати да Закон о својини садржи посебне одредбе о процењивању савесности и то кад се ради о државини пословно неспособних лица и о државини правних лица. Тако, код пословно неспособних лица државина се процењује према поступцима законског заступника у погледу државине коју он врши у име и за рачун заступаног лица – узукапијента.⁵ Код процењивања савесности правних лица Закон о својини прописује да се савесност оцењује према поступцима физичког лица које има овлашћење да предузима радње у стицању и вршењу државине правног лица.⁶

Закон о својини садржи презумпцију савесности за наследнике у државини оставине и то у моменту делације, чак и онда када оставилац, као њихов претходник, није био савестан, а под условом да су они савес-

⁴ О видовима државине, а пре свега о власничкој и употребној државини: Р. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005, стр. 223.

⁵ Видети: чл. 179, ст. 6 Закон за сопственост и други стварни права...

⁶ *Ibid.*

ни, тј. да нису знали за несавесност оставиоца.⁷

Према ставу 4, члана 179 Закона о својини постојање савесности је законска презумција, и због тога узукапијент није дужан да доказује своју савесност. Терет доказивања савесности пада на оног субјекта који има правни интерес да доказује непостојање савесности узукапијента.

У погледу питања о временском трајању савесности, Закон о својини прописује да савесност постоји до тренутка када држалац сазна да нема право на власничко држање ствари.⁸ Полазећи од овога, Закон прописује да од момента достављивања тужбе власника са захтевом за враћање ствари (*actio rei vindicatio*) важи законска презимција о престанку савесности на страни узукапијента, који од тог момента од савесног држаоца постаје несавесни држалац ствари.⁹ Међутим, ова чињеница не значи да суд не може да утврди да је узукапијент био несавесан и пре покретања парнице, уколико власник то докаже у парници. Закон не садржи директивне норме за утврђивање подобности радњи које доводе до прекида савесности узукапијента, али су у праву они цивилисти који сматрају да предузимање одређених правних или фактичких радњи доводи до прекида државине.¹⁰ У погледу правних радњи које су подобне да доведу до престанка савесности узукапијента сматра се да то могу бити само оне које су утврђене правноснажном пресудом у корист власника ствари. У супротном, савесност се не прекида. У судској пракси сматра се да фактичке радње, по правилу, не доводе до прекида одржаја. Али и у овом случају сматрамо да, уколико суд утврди да је на основу одређених фактичких радњи узукапијент могао да сазна о непостојању његовог правног основа (на пример, да продавац није прави власник могао би то да сазна увидом у новоустановљени катастар непокретности), онда ту фактичку радњу суд треба да оцени као подобну за прекид одржаја.

На крају, поводом савесности потребно је указати да македонски Закон о својини, исто као и модерни европски закони, прописује трајање савесности од заснивања државине па све до истека рока за стицање одржаја, што није био случај у римском праву где се савесност тражила само у моменту заснивања државине. Модерно цивилистичко решење сасвим је правилно и у сагласности је с начелом савесности и поштења у грађанском праву.¹¹

⁷ Чл. 124, ст. 5 Закон за сопственост и други стварни права...

⁸ Чл. 179, ст. 5 Закон за сопственост и други стварни права...

⁹ Тако: чл.158, ст. 7 Закон за сопственост и други стварни права...

¹⁰ Тако: N. Gavella, et. al., *Stvarno pravo, svezak prvi*, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 563; P. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *op.cit.*, стр. 131–132.

¹¹ Види: P. Ковачевић, Куштримовић, М, Лазић, *op. cit.*, стр. 129; Исто и З. Рашовић, *op. cit.*, стр. 161.

б) Законита државина

Постојање законите државине, поред савесности, фактичке власти на ствари и протека рока доводи до законитог стицања права својине путем тзв. „редовног одржаја“. Према ставу 1, члана 179 Закона о својини, државина је законита ако држалац има пуноважни правни основ за државину. Ову одредбу треба разумети тако да држалац треба да има власничку државину, тј. правни основ који је потребан за власника као стицаоца права својине, а не правни основ који је потребан за држаоца (закупца, послугопримца, оставопримца итд.).

Пуноважност правног основа треба да се утврђује објективно (према условима прописаним за стицање права својине деривативним путем), а не субјективно (према схватањима узукапијента). Уколико је правни основ законит и испуњава све услове за стицање права својине (на пример код непокретности постоји и прописан начин предаје ствари уписом у јавну књигу за евиденцију непокретности), онда купац стиче право својине деривативним путем. Одржајем ће купац стећи право на ту непокретност само ако „има мане“ у правном основу које се најчешће односе на „манљивог продавца“ (није прави продавац – апсолутно неважећи правни посао или је продавац пословно неспособан – рушљив правни посао или продавац има законску забрану за отуђење ствари за коју не зна – апсолутно неважећи правни посао). Постојање ових „мана“ доводи до непостојања пуноважног правног основа као услова за стицање редовног одржаја али се упркос тим „манама“ стиче право својине путем ванредног одржаја. При томе, до одржаја као законског начина стицања права својине купац може доћи само ако је савестан, што подразумева да купац (сада узукапијент) није знао и није могао знати о „манама“, тј. о рушљивости или ништавости правног посла који је закључио са „мањкавим“ продавцем.

Савесност као основни услов стицања државине треба оцењивати независно од законитости правног основа. Тако, с једне стране, савесно држање може бити незаконито уколико узукапијент нема законски основ за држање ствари или уколико узукапијент није свестан да има незаконити основ државине. С друге стране, законито држање може бити несавесно уколико држалац зна о „манама“ садржаних у правном основу (зна да продавац ствари није власник те ствари, зна да је продавац пословно неспособан итд.).

в) Државина ствари

Трећи услов за постојање одржаја је фактичка власт на ствари, тј. државина (посед, владавина). Као што смо напоменули, већи

степен квалификованости државине подразумева мирну, савесну и закониту државину која доводи до редовног одржаја, док мањи степен квалификованости подразумева савесну и мирну државину што доводи до ванредног одржаја. И код редовног и код ванредног одржаја државина треба бити „власничка“ и „трајна“.

У цивилистици и законодавству сматра се да је савесна она државина код које држалац ствари не зна и не може знати да нема право, односно овлашћење на државину ствари.

У опредељењу мирног одржаја законодавац полази од начина прибављања ствари, независно од правног основа државине. Тако, према ставу 2, члана 17. Закона о својини сматра се да је мирна државина она која није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења, или другим речима, кад је државина стечена традицијом по закону. Ова формулација указује да и законита државина не мора бити мирна, на пример када поклонопримац силом одузме ствар која му је поклоњена. Међутим, и кад државина није мирна (прибављена је силом, преваром или злоупотребом поверења), она постаје мирна и то протеком законских рокова за њену заштиту. Према македонском праву, субјективни рок износи 30 дана, а објективни износи годину дана.¹²

Као што смо указали, државина је законита уколико постоји пуноважан правни основ за њено стицање.

За утврђивање постојања одржаја, државина треба бити и „власничка“, што подразумева да држалац ствари треба да сматра да држи своју ствар. У супротном, када држалац ствари има употребну државину (јер је држи као закупац, послугопримац и сл.), та државина не може довести до одржаја, а тиме и до стицања права својине на ту ствар.

Поред савесне, мирне, законите и власничке државине, држалац треба да врши државину трајно, тј. без прекида. Трајност треба схватити у том смислу да се ствар налази у апрехензији држаоца, где држање не мора бити непосредно (лично), али да је под „контролом“ држаоца, на пример преко његовог пуномоћника.¹³

Могућност посредног држања ствари у корист држаоца у сагласности је са законом који децидирано прописује да државину ствари има и лице које је другом лицу на основу плодуживања, уговора о залози, о послузи или неком другом правном послу дало ствар у непосредну државину (посредна

¹² Види: чл. 183, ст. 1 Закон за сопственост и други стварни права...

¹³ Чл. 179, ст. 6 и чл. 167, ст. 1 Закон за сопственост и други стварни права...

државина).¹⁴ Ако друго лице одузме ствар од држатеља (узукапијента), а овај поврати одузету ствар, државина „продужује трајање“ и довешће, уз остале услове, до настанка одржаја. Међутим, ако држалац не успе да поврати ствар, за њега државина престаје.

г) Истицање рока одржаја

Право својине путем одржаја стиче се истеком законског рока прописаног за редовни одржај (три године за покретне и десет година за непокретне ствари) или за ванредни одржај (двадесет година за непокретне и десет година за покретне ствари).

Рок за одржај према ставу 2, члана 167 Закона о својини почиње да тече од дана каде је држалац ствари успоставио фактичку власт на тој ствари, односно кад је успоставио државину ствари.

Уколико током трајања одржаја настану околности који спречавају вршење државине узукапијента, онда може доћи до прекида или застоја тока рока за одржај, с тим да Закон о својини прописује аналогну примену одредаба садржаних у Закону о облигационим односима¹⁵ који уређују прекид и застој рока застарелости.¹⁶

У случају застоја рока за одржај (између родитеља и деце, супружника и ванбрачних партнера, за време мобилизације и сл.) државина мирује (рок не тече), а после престанка околности које су довеле до застоја, рок за одржај продужује да тече од тренутка када је дошло до застоја.

До прекида рока за одржај може доћи деловањем узукапијента, деловањем власника ствари и утицајем објективних околности. У првом случају, узукапијент напушта државину ствари (дерелинквир ствар) и тиме рок за одржај престаје да тече. У другом случају, када власник ствари истиче у парници тужбени захтев за враћање ствари, рок за одржај престаје да тече уколико по правноснажној пресуди власник успе да поврати ствар. Уколико тужбени захтев власник буде одбијен правноснажним пресудом, онда не долази до прекида рока за одржај. Објективне околности који доводе до прекида рока за одржај су губљење ствари или сазнање о неподобном основу државине. Губљење ствари доводи до прекида рока за одржај, док сазнање држаоца о свом неподобном основу држања ствари, иако држалац тиме постаје несавестан, не мора довести

¹⁴ Види: чл. 167, ст. 2 Закон за сопственост и други стварни права...

¹⁵ „Сл. весник на Р. Македонија“, бр. 18/01.

¹⁶ Чл. 124, ст. 1 Закон за сопственост и други стварни права...

до прекида јер презумција је да тужилац (власник ствари) треба да докаже насталу несавесност узукапијента.

Иако Закон о облигационим односима предвиђа ток новог рока за старелости после прекида рока, примена ове одредбе на рок за одржај је компликованија. Тако, ако је узукапијент изгубио ствар што је узроковало прекид рока за одржај, а затим је пронашао ту ствар, почиње да тече нови рок за одржај. Уколико је узукапијент напустио државину ствари, онда рок за одржај престаје да тече и не може се успоставити нови одржај. Уколико је узукапијент сазнао за свој неподобни основ државине, исто тако не може доћи до новог установљавања одржаја, јер је држалац постао несавестан.

У погледу тока рока за одржај Закон о својини прописује рачунање рока за одржај у корист правних последника узукапијента.¹⁷ Међутим, Закон о својини не садржи одредбу како рачунати рок за одржај када је степен квалификованости државине претходника различит од степена квалификованости државине наследника. Поводом овог питања прихватљиво је становиште оних цивилиста који сматрају да треба утврдити проценат у погледу рока за одржај претходника и на њега додати преостали проценат рока за одржај наследника како би се добио потребан износ у погледу потребних година за стицање редовног или ванредног одржаја.¹⁸

2. Институт одржаја у упоредном праву

Као један од законом предвиђених начина за стицање права својине, одржај је уређен како у правним системима земаља чланица Европске уније, тако и у правним системима земаља који су кандидати за чланство у Европској унији. У овом делу рада биће претстављено како је регулисан одржај према праву Немачке, Швајцарске, Француске, Италије, Словеније, Хрватске, Србије и Црне Горе.

1. Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), одржај покретних ствари уређује §937–945 Закон прописује постојање само савесности (а не и постојање законског основа) за стицање одржаја. Савесност држаоца мора постојати од почетка па све до истека рока потребног за установљавање одржаја. У погледу државине, Зако-

¹⁷ Види: чл. 125, ст. 2 Закона за сопственост и други стварни права...

¹⁸ Тако: М. Орлић, О. Станковић, *Стварно право*, Номос, Београд, 1996, стр. 94.

ник прописује да она треба бити мирна, трајна и „власничка“. Трајност државине претпоставља се уколико држалац покаже да има фактичку власт ствари на почетку и на крају истека рока за одржај. Рок државине за покретне ствари износи десет година. За време тока рока Законик предвиђа да може доћи до прекида државине који доводи до престанка рока за одржај, а до почетка новог рока да може доћи само ако престану разлози који су довели до прекида рока. Према Законнику, до прекида рока долази услед подношења тужбе против држатеља, започетог поступка принудног извршења и услед губљења државине ствари. Међутим, до прекида рока неће доћи када је ствар од држаоца одузета супротном његовој вољи, а он је успео да је поврати у року од годину дана или кад му је ствар враћена правноснажном одлуком надлежног органа. Законик, исто као и македонски Закон о својини, познаје рачунање рока државине претходника у корист њихових следбеника (наследници, трећа лица на која је државина пренета).

Што се тиче других стварних права која су постојала на ствари и државини узупапијента, они према Законнику престају у моменту стицања права својине одржајем.

Стицање својине одржајем на непокретним стварима Законик уређује у § 900. Овај члан, између осталог прописује и стицање права својине путем одржаја оног лица које је уписано као власник ствари у земљишним књигама, уколико има власничку државину 30 година (табуларна државина). У овом случају рок за одржај може се прекинути само ако се докаже да је упис права својине овог држатеља био оспорен.

2. Швајцарски грађански законик (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch – ZGB*) у члану 728. уређује институт одржаја. На покретним стварима одржај се установљава уколико је држалац савестан и има трајну, власничку и неоспорену државину пет година. Кад су објекат државине животиње као кућни љубимци онда је рок за одржај само два месеца. Законик познаје у погледу непокретних ствари и редовни и ванредни одржај. Редовни одржај стиче оно лице које је било погрешно уписано као власник те непокретности у земљишним регистрима, а које је имало савесну, непрекидну и неоспорну државину десет година. Према Швајцарском грађанском законнику ванредни одржај на непокретним стварима постоји само у два случаја – када непокретности није била уписана у земљишне регистре и када се из уписа у земљишне регистре не може утврдити ко је власник те непокретности, тј. када је власник умро, када је био проглашен умрлим или када се претпоставља да је умро. Уколико

непокретности није била уписана у земљишне књиге, њен држалац се може уписати у земљишне књиге и стећи право својине уколико има непрекидну и неоспорену државину 30 година. Ови услови се траже и у другој ситуацији – када је власник умро, био проглашен умрлим или се претпоставља да је умро пре него што је започео да тече рок за одржај. Уписивање је могуће само ако је истекао рок прописан у јавном огласу за подношење приговора, ако приговори нису поднети или ако су одбијени. Правни основ овог уписа, према Законнику је одлука суда којом се одобрава упис у земљишне књиге (Art. 622). Законик, исто као и македонски закон, познаје и застој и прекид тока рока за одржај и притом упућује, као и у македонском праву, на аналогну примену одредаба о прекиду и застоју рока за застарелост потраживања (Art. 663).

3. Француски грађански законик (Code Civil des Français – CC) исто као и македонски закон, прописује одржај као један од начина за стицање права својине (art. 712). И овај законик прописује да државина туђе ствари мора бити „власничка“, па зато Законик у члану 2236, децидирано предвиђа да станари, депозитари или плодоуживаоци не могу стећи право својине путем одржаја, као и да то не могу ни њихови наследници (art. 2237).

Француски грађански законик, исто као и македонски закон, познаје и редовни и ванредни одржај. Редовни одржај непокретне ствари држалац стиче у року од десет година, уколико има савесну и закониту државину и уколико прави власник непокретности живи на територији апелационог суда који је месно надлежан за ту непокретност, а ако не живи на тој територији, потребни рок је двоструко дужи и износи 20 година (art. 2265). За разлику од македонског права, постојање савесности код редовног одржаја Француски грађански законик тражи само у моменту успостављања државине (art. 2269). За ванредни одржај непокретности Законик прописује само постојање државине и истек рока од 30 година.

4. Италијански грађански законик (Codice Civile Italiano – CCI) уређује три вида одржаја: редовни, ванредни и тзв. специјални одржај (art. 1158–1167). Услови за одржај зависе од врсте ствари. Тако, ако су објекат одржаја покретне и непокретне ствари уписане у јавне регистре, потребни услови за постојање одржаја су: да је узупапијент савестан; да је ствар узупапијенту пренета од претходника који није био прави власник ствари; да је пренос ствари био извршен правним послом којим се отуђује ствар (уговор о подаји, размени, поклону и сл.); да је пренос регистрован у одговарајућим јавним књигама и да је истекао рок

за одржај (три године за покретне ствари, десет година за непокретне ствари). Пада у очи да Италијански грађански законик садржи и одредбе о стицању државине више ствари тј. за „скупину ствари“ и да тада прописује услове за стицање својине одржајем као за непокретности, али не предвиђа уписивање у јавне регистре. За одржај у погледу покретних ствари, према овом Законику, није потребан правни основ, већ само државина у трајању од десет година. Уколико је покретна ствар прибавиоцу пренета са правним основом, Законик прописује да се тада ради о стицању права својине од невласника као посебног начина стицања права својине за који се не тражи истицање рока државине (art. 1153). За установљавање ванредног одржаја у погледу покретних и непокретних ствари, као и за скупину ствари Законик прописује само постојање непрекидне (континуиране) државине у трајању од 20 година. Рок за ванредни одржај може бити краћи – десет година, само за покретне ствари, уколико су оне уписане у јавне регистре.

Специјални одржај Италијански грађански законик прописује за држаоца земљишта и индустријских објеката као њихових припадака који се налазе у руралним општинама које су специјалним законом проглашене за планинске. Држалац који је прибавио земљу и ове објекте од невласника стиче право својине путем редовног специјалног одржаја уколико је савестан, има подобан правни основ државине и уколико има државину пет година. Ванредни специјални одржај се установљава само ако држалац, који је прибавио ове ствари (земљу и њене индустријске припатке у планинским крајевима) од невласника, држи их континуирано 15 година. Из одредаба Италијанског грађанског законика произлази да државина не мора бити савесна, но она мора бити власничка. Уколико се промени правни основ државине (због деловања држаоца или трећих лица) рок за одржај почиње да тече даном промена правног основа (art. 1164). Државина која је прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења не доводи до одржаја. Одстрањивање манљивости државине доводи до стицања права својине путем одржаја и то од дана њиховог одстрањивања (art. 1163). За рачунање рока за одржај због прекида и застоја, Италијански грађански законик, исто као и македонски закон, упућује на аналогну примену одредаба о прекиду и застоју тока рока застарелости. Посебни вид прекида прописан је Закоником, због губљења државине ствари. Ако држалац предузме потребну радњу и поврати изгубљену ствар сматра се да његова државина није ни била прекинута.

5. Према словеначком Стварноправном закону (Stvarnopravni

zakonik)¹⁹ одржај је јединствени институт, те се не разликује редовни и ванредни одржај. Уколико је ствар покретна, држатељ стиче право својине путем одржаја ако има савесну државину, истеком рока од три године, а за непокретне истеком рока од десет година (чл. 43). Законик, за разлику од македонског закона, не прописује постојање законског основа за прибављање државине, а у погледу савесности сматра да је она правни факат који треба утврђивати у сваком случају посебно (чл. 45, шт. 3). Савесност правног лица према Законику оцењује се према поступцима његових органа, као и других субјеката који у његово име држе одређену ствар. Законик не познаје прекид и застој рока за одржај, већ напротив говори о трајности државине за време целог прописаног рока (чл. 45, шт. 1). Једино Законик говори о објективним околностима тј. о немогућностима држатеља да врши фактичку власт на ствари у одређеном року који се према Законику рачуна као и рок застарелости у корист држатеља (чл. 45, шт. 5).

Објекат одржаја су покретне и непокретне ствари, као и делови ствари (део земљишта).

Словеначки Стварноправни законик, исто као и македонски закон, допушта урачунавање претходног рока претходника у корист његових последника, међутим под условом да су претходници били и савесни и власнички држатељи (чл. 45, шт. 2). Уколико је правни претходник био несавестан, онда одржај почиње да тече од дана када је савесни држатељ започео државину ствари (ушао у државину).

6. Хрватски Закон о својини и другим стварним правима (Zakon o vlasnishtvu i drugim stvarnim pravima)²⁰ одржај уређује у поглављу о стицању права својине. Закон познаје и редовни и ванредни одржај. За редовни одржај потребно је да држалац ствари има самосталну, закониту, власничку и савесну државину. За покретне ствари рок за редовни одржај износи три године, а за непокретне десет година, као и у македонском праву. За ванредни одржај тражи се само самостална и савесна државина. Рокови за ванредни одржај, као и у македонском праву, за покретне ствари су десет година, а за непокретне ствари 20 година. Међутим, када су објекат државине ствари који су у својини државе, општине, цркве или непрофитних организација који врше добротворну делатност или делатност од јавног интереса, Закон одступа од начела једнакости својинских облика и прописује двоструко дужи рок за стицање права својине узукапијента који је носилац приватне

¹⁹ „Ur. list. R. Slovenije“, št. 87/02.

²⁰ Zakon o vlasnishtvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96.

својине (čl. 159, st. 4). Закон допушта урачунавање протеклог рока за државину претходника у корист његових последника, као и у македонском праву. За разлику од македонског права, хрватски Закон уређује урачунавање рока за одржај и када претходници и прибавиоци имају различити степен квалификованости државине, тј. када претходник има савесну, закониту, самосталну и власничку државину, а следбеник има само савесну државину. Укупни рок државине треба бити онај који је прописан за ванредни одржај. У обрнутој ситуацији, када последник има савесну, закониту, самосталну и власничку државину и тада је прописан потребан рок за ванредну државину, осим ако је државина последника трајала дуго и стекла би се редовним одржајем. Као и македонско право, тако и хрватско у случају прекида и застоја рока за одржај прописује аналогну примену одредаба о застарелости (čl. 160, st. 6).

7. Закон о својинскоправним односима Црне Горе (Zakon o svoјinsko-pravnim odnosima)²¹ уређује и редовни и ванредни одржај. Исто као и македонски закон, тако и црногорски прописује редовни одржај за лице које је савесно и законито, а рок за одржај тада износи три године за покретне ствари, а десет године за непокретности. За ванредни одржај Закон прописује савесност држаоца и рок за одржај који износи, као и у македонском праву, десет година за покретне ствари, а 20 година за непокретности. Урачунавање рока који је истекао за претходника и овде се урачунава у потребан рок за стицање права својине путем одржаја у корист последника. Црногорски закон у погледу урачунавања рока за одржај претходника и последника који имају различити одржај (редовни и ванредни) прописује да ће се укупни рок израчунати у зависности од сразмере учешћа сваког од њих у укупном року (чл. 57). И црногорски закон, као и македонски, у погледу прекида и застоја рока одржаја, упућује на аналогну примену одредаба о прекиду и застоју рока застарелости (чл. 58). Црногорски закон, за разлику од македонског, садржи одредбу о правној судбини права трећих лица која су постојала на ствари на којој је установљено право својине путем одржаја. Ова права, уколико је бестеретно стицање својине остају, а уколико је теретно престају под условом да о њима узупапијент није знао нити је могао знати да постоје (чл. 59).

8. Република Србија има Нацрт текста Грађанског законика који је у припреми. Према Нацрту, одржај је уређен као један од начина стицања права својине у корист држаоца ствари, а на рачун ранијег власника (чл.

²¹ „Sl. list Crne Gore“, br. 19/2009.

1720). Нацрт Законика познаје три вида одржаја: редовни, ванредни и апсолутни. Када је предмет државине покретна ствар, узупапијент, који има савесну, закониту и мирну државину, стиче право својине редовним одржајем у року од три године. Уколико је узупапијент покретне ствари само савестан, право својине путем ванредног одржаја стиче у року од десет година (чл. 1721). Код непокретности, држалац који има савесну, закониту и мирну државину стиче право својине путем редовног одржаја у року од десет година. Када је држалац непокретности само савестан, онда он стиче право својине путем ванредног одржаја у року од 20 година (чл. 1272).

Апсолутни одржај односи се на ствари у својини државе, општине, цркве и верских заједница. Држалац ових покретних ствари, уколико је савестан, а државина законита и мирна, стиче право својине путем редовног одржаја у року од шест година држања, а уколико је само савестан, у року од 20 година. Рок од шест година за стицање апсолутног одржаја на стварима државе, општине, цркве и верске установе подсећа на судску праксу Савезног суда бивше СФР Југославије која је допуштала редовни одржај на покретним стварима у друштвеној својини протеком двоструког рока прописаног за стицање одржаја ствари у приватној својини (два пута три године). Када је држалац ових покретних ствари само савестан, онда Нацрт Законика прописује рок од 20 година, који је поново двоструко дужи за стицање ванредног одржаја на покретним стварима. Када су непокретности објекат апсолутног одржаја, онда Нацрт Законика прописује трајање рока од 20 година за савесног, законитог и истинитог држаоца, а 40 година само за савесног држаоца. И оба рока су двоструко дужи у поређењу са роком за стицање одржаја (редовног и ванредног) за остале непокретне ствари (чл. 1724). Указали смо да је овакво прописивање двоструко дужег рока за одређене покретне и непокретне ствари прихватило и хрватско право.

Потребно је указати да Нацрт Законика децидирано предвиђа да се на јавним добрима и на стварима ван промета не може стећи право својине путем одржаја, што сматрамо да је добро решење (чл. 1723).

У погледу урачунавања рока одржаја и Нацрт Законика с правом прихвата урачунавање рока државине претходника у корист држатеља који је последник. Нацрт Законика изричито предвиђа да, ако су рокови претходника и последника истог степена квалитета (и обоје су редовни или су обоје ванредни узупапијенти), онда треба извршити просто сабирање оба рока. Уколико су државине различите (једна је редовна, а друга

ванредна), онда исто као и према црногорском праву, урачунавање рока треба извршити сразмерно дужини рокова потребних за редовни или ванредни одржај (чл. 1727). Као македонско и црногорско, тако и српско право за прекид и застој рока за одржај прописује аналогну примену одредаба о прекиду и застоју рока застарелости (чл. 1728).

Нацрт Законика садржи и одредбу о правима трећих лица на ствар која прелази у својини узукапијента. Ова права престају само ако је њихово прибављање било теретно и при томе узукапијент – сада власник, није знао нити је могао знати за та права трећих лица.

Закључак

Упоредноправна анализа института одржаја у македонском, немачком, швајцарском, француском, италијанском, словеначком, хрватском, црногорском и српском праву показује да правна регулатива ових држава има сличности, но и свака има своје специфичности.

Сличности у упоредноправној анализи института одржаја су у томе да знатно већи број правних система у погледу услова за стицање својине одржајем прописује, као примарни услов, постојање савесности држаоца туђе ствари (узукапијента). Показали смо да већи број од представљених правних система прописује исто тако два вида одржаја – редовни (где се поред савесности тражи и већи степен квалификоване државине (законита, власничка и мирна државина) и ванредни (где се тражи само државина у одређеном року). Исто тако, у мањем броју држава прописује се само савесност узукапијента, а напушта се постојање законитог држања тј. не тражи се правни основ прибављања државине (Немачка, Француска и Словенија).

Анализа је исто тако показала да неке од држава бивше СФР Југославије поново уводе апсолутни одржај као начин стицања права својине за ствари које се налазе у државној својини, општинској својини или су својина цркве или верске заједнице, што показује да постоји већи јавни интерес у свим случајевима кад *de iure* не постоји принцип једнакости својинских облика, јер држалац ових ствари стиче право својине одржајем у двоструком дужем року, за разлику од рока државине осталих ствари. Исто тако, код развијених држава среће се, као основни услов за одржај, постојање уписа у јавне регистре (табуларни одржај) што одговара њиховим условима развоја.

У погледу урачунавања рока, из рада се види да већина држава прописује урачунавање рока претходника у корист држатеља сукцесора, што је правилно решење. У случају прекида и застоја рока за одржај, већина држава прописује аналогну примену законских одредаба о застоју и прекиду рока застарелости.

Добро решење је и уређивање правне судбине права трећих лица на ствари на којој је држатељ стекао својину одржајем и притом давање предности теретном стицању и савесности узупапијента о постојању права трећих лица.

Сматрамо да је добро српско решење према којем се изричито забрањује стицање права својине путем одржаја на ствари које су јавна добра као и на ствари изван промета. Добро је и српско решење о начину урачунавања рока одржаја кад претходници имају различиту врсту одржаја од последника. Правна регулатива да урачунавање рока буде сразмерно укупном року државине представља добро решење и за македонско право где има таквих ситуација.

На крају, поводом правног регулисања одржаја у предстојећем законодавству РС Македоније, сматрамо да треба да буду унете и одредбе о престанку савесности узупапијента даном равноснажног уписа у катастар непокретности као јавну књигу у коју се укњижује право својине на непокретностима. С обзиром на то да Закон о својини као и Закон о катастру непокретности²² прокламују принцип поверења у јавне књиге, поставља се питање како узупапијент може да и даље буде савесан када је дужан да зна за правноравноснажност уписа у катастар непокретности у општини на чијем подручју се налази непокретности коју он држи.²³

²² „Сл. весник на Р. Македонија“, бр. 55/13.

²³ О начелу тачности и поверења у јавне књиге видети: чл. 150 и 151, Закон за сопственост и други стварни права. Исто и: Р. Живковска, et. al. *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје 2013, стр. 244–245.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE INSTITUTE OF ADVERSE POSSESSION

Rodna Živkowska*
Tina Pržeska**

Summary

The comparative analysis of the institute prescription in Macedonian, German, Swiss, French, Italian, Slovenian, Croatian, Montenegro and Serbian laws has shown that the regulation of prescription in each of these countries has common features, but also its own distinctive marks.

The most notable common feature is that a greater number of compared laws prescribe bona fide possession as a primary condition for prescription. Other common feature, as we have shown, is that most of the compared laws recognize two types of prescription – regular (where besides bona fide, possession must also be qualified as lawful, proprietary and peaceful) and exceptional prescription (where two conditions are required: possession and expiration of certain time period). A smaller number of the compared laws require only bona fide possession on part of the possessor in order for ownership to be acquired by prescription, abandoning the condition of lawful possession (Germany, France and Slovenia).

The analysis has also shown that some of the Ex - Yugoslav countries reintroduce absolute prescription as a manner of acquiring ownership over things owned by the state, municipalities, churches and other religious institutions where the time period for prescription is twice as long. This indicates that the principle of equality between all forms of ownership is abandoned in favor of greater public interest attributed to protection of things owned by the state, municipalities, churches and other religious institutions. In developed countries we also encounter the so called “tabular prescription”, where the registration in public records is set as a condition for prescription, which is consistent with their level of legal development.

With respect to calculating the time period for prescription, most com-

** Associate Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University "St. Cyril and Methodius", Skopje.

pared laws regulate the possibility for the time period expired in favor of the predecessor to be calculated in favor of the successor, which is completely justified legal solution. In case of interruption or suspension of the time period for prescription, most of the compared laws prescribe appropriate application of the articles regulating the statute of limitations.

*When regulating rights of third parties *visa a vi* the owner who acquired the right of ownership by prescription, we note that some laws contain just legal solutions where right of third parties are recognized only if they were obtained with compensation and if the possessor was aware of the existence of such rights.*

The Serbian Proposal text of the Civil Code contains provisions that ban prescription on public goods and things out of commerce. This Proposal text also contains a good solution with respect to the calculation of the time period for prescription in cases when the successor and the predecessor have different degrees of qualified possession. In such cases it is proposed that the time period for prescription should to be calculated proportionally to the time required for regular and exceptional prescription.

*At the end, we would like to note that Macedonian law lacks certain precise provisions in regulating prescription. We consider that the Macedonian law should clearly state that the *bona fide* on part of the possessor is terminated on the day when the real estate cadastre became operational since it is a public record that contains information about the real estate and the rights over the real estate. In addition to that fact, both the Law of Ownership and Other Real Rights and the Law of Real Estate Cadastre proclaim the principle of accuracy and faith in the content of the Real estate cadastre. Having this in mind, it is debatable how can the possessor be in good faith with respect to his or her possession if someone else is registered as the owner in the Real estate cadastre.*

NOVA DEŠAVANJA – „STARA PRIČA“ U RJEŠAVANJU SPOROVA PO VALUTNIM KLAUZULAMA INDEKSIRANIM U ŠVICARSKIM FRANCIMA U BIH I U REGIONU*

Prof. dr. Genc Trnavci**

Sažetak: *Upitna je legalnost ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švicarskim francima po kursu važećem u vrijeme isplate anuiteta od strane klijenta, uz promjenljivu kamatnu stopu, nominalno vezanu za EURIBOR ili LIBOR. Prema ZOO FbiH, bez izuzetka važi, i važio je u vrijeme zaključenja spornih ugovora o kreditu, princip monetarnog nominalizma, koji zahtijeva da se sva ugovaranja u devizama, zlatu ili ona fiksirana valutnim klauzulama u Federaciji mogu ugovarati, s tim što se plaćanje i naplaćivanje vrši isključivo u konvertibilnim markama prema kursu u vrijeme ugovaranja ovih klauzula. Svrha valutnih klauzula je zaštitna, a ne profitna. Ni u kojem slučaju, valutna klauzula se ne može primijeniti tako da neosnovano pridonese ekstraprofitu davaoca kredita. Ukoliko bi za komitente ovih kredita bio obesmišljen cilj ugovora zbog određenih događaja koji se nisu mogli predvidjeti u vrijeme zaključenja ugovora, a jednoj*

*Ovaj članak predstavlja razradu prvobitnog članka pod naslovom: *Kontroverze kredita sa valutnom klauzulom u švicarskim francima: kako zaštititi potrošača – treba li mijenjati zakonodavstvo ili ne?*," koji je objavljen na XII međunarodnom savjetovanju „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse," u organizaciji univerziteta u Splitu, Mostaru i Neumu, juna 2014. godine.

** Ad hoc sudac pri Sudu za ljudska prava u Strazburu
redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Bihacu

*ugovornoj strani otežavaju ili onemogućavaju ostvarenje cilja kojem je ona teži-
la, ugovorna strana kojoj je otežano ispunjenje obaveze može zahtijevati da sud
primijeni klauzulu rebus sic stantibus, tako što će raskinuti ugovor ili izmijeniti
njegov sadržaj (izmijeniti valutnu klauzulu i onemogućiti jednostranu izmjenu*

kamata) u skladu sa novonastalim okolnostima. Mogućnost jednostrane izmjene bitnog sastojka (kamate) ugovora od strane jedne stranke (banke) protivno je temeljnim principima obligacionog prava i prava zaštite potrošača. U slučaju kad je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, njegove nejasne odredbe tumačit se u korist dužnika, a ako se radi o terenom ugovoru, tumačit će se u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.

Ključne riječi: *valutna klauzula, jednostrano mijenjanje kamata (promjenljiva kamatna stopa), rebus sic stantibus, potrošački ugovor.*

Uvod: Najviše sudske instance u regionu počele su slijediti praksu Suda EU u Luksemburgu, koji štiti klijente – potrošače kredita indeksiranim u CHF, dok najviša sudska tijela u BiH štite privatne banke.

Zemlje bivše Jugoslavije i širi region godinama potresaju protesti klijenata koji su sa bankama ugovarali kredite sa valutnom klauzulom u švicarskim francima (u daljem tekstu: ChF) po kursu važećem u vrijeme isplate anuiteta od strane klijenta, uz promjenljivu kamatnu stopu, nominalno vezanom za EURIBOR¹ ili LIBOR,² uz mogućnost njene jednostrane izmjene u skladu sa „politikom banke.“ Postavlja se pitanje legalnosti ovih klauzula? Klijenti ovih banaka u svojim tužbenim zahtjevima i u javnosti tvrde da su banke nezakonito ugovarale i naplaćivale zajmove fiksirane u švicarskim francima, a naplative u konvertibilnim markama po važećem kursu na dan isplate anuiteta. Ovi ugovori intenzivno su promovirani od strane banaka tokom 2007. godine, budući da su, kao povoljniji u odnosu na kredite „vezane“ za evro, bili u njihovom interesu.

Sraz između banka i štediša nastao je kada je, uslijed svjetske finansijske krize i „bježanja“ finansijskog kapitala u švicarski franak, cijena ove monete u odnosu na ostale valute, pa i na evro, započela i nastavila trend vrtoglavog rasta.³

¹ EURIBOR predstavlja prosječnu kamatnu stopu koju naplaćuju centralne banke u eurozoni po neosiguranim pozajmicama na tržištu novca (vidi: http://www.euribor-ebf.eu/assets/files/Euribor_tech_features.pdf, posljednja posjeta 23. marta 2014. godine).

² LIBOR (akronim za: *London Interbank Offered Rate*) predstavlja prosječna kamatnu stopu koju naplaćuju vodeće komercijalne (privatne) banke u Londonu, prilikom zaduživanja kod drugih komercijalnih banaka (<http://citywire.co.uk/money/qanda-what-is-libor-and-what-did-barclays-do-to-it/a600479>, posljednja posjeta 23. marta 2014. godine).

³ Sve su glasniji pisci koji smatraju da je bježanje kapitala u švicarski franak planirano od strane svjetskih finansijskih elita, kako bi se svijet bacio u okove dužničkog ropstva. Ovi istraživači argumentiraju tezu da su ključnu ulogu na tom planu odigrale švicarske banke UBS i AIG.. Otuda, prema ovim tvrdnjama, krediti fiksirani u švicarskim francima mogli bi se smatrati izvanrednim sredstvom za postizanje tih opakih ciljeva. Vidi u: Jim Marrs, *The Trillion-Dollar Conspiracy*, Harper Collins e-books, 2010, str. 54, 59. O kontroverznom spašavanju (*bail-out*) ovih banaka vidjeti u: <http://www.businessinsider.com/r-ubs-ceos-pay-rises-by-a-fifth-to-123-million-in-2013-2014-14>, posljednja posjeta 21. marta 2014. godine).

Za klijente zadužene valutnim klauzulama u „švicarcima“ problem je u jednom trenutku kulminirao, kada su bili suočeni s rastom otplatnih zajmova koji su porasli i do 70 posto u odnosu na procijenjenu kalkulaciju u vrijeme zaključenja ovih ugovora.⁴ Zbog toga su komitenti ovih kredita podnijeli tužbe protiv svojih banaka, koje su im plasirale kredite u konvertibilnim markama, ali njihov nominalni iznos vezale za kurs švicarskog franka u vrijeme vraćanja kredita. Već su donesene i prve presude u korist komitenata u Bosni i Hercegovini i u širem regionu.⁵ Tim presudama utvrđene su ništavnim valutne klauzule u švicarskim francima i klauzule o promjenljivoj kamatnoj stopi.

Sud Europske unije u Luksemburgu u sličnim predmetima *Árpád Kásler and Hajnalka Káslermé Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* (C 26/13), od 30. aprila 2014. godine, utvrdio da su prema Direktivi 93/13/EEZ (ova direktiva je *mutatis mutandis* preuzeta od strane svih članica EU, pa i zemalja u postupku pridruživanja EU, kao što su BiH, Srbija, Crna Gora i druge zemlje u regionu), nepoštene odredbe u ugovorima sklopljenima između poslovnog subjekta (banaka i potrošača) sa valutnim klauzulama izraženim u CHF, jer, između ostalog:

– Prema članu 6, stavu 1. te direktive:

„Države članice utvrđuju da u ugovoru, koji je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sklopio s potrošačem, prema nacionalnom pravu, nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uvjetima i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba.“

– Prilog Direktivi 93/13, koji se odnosi na odredbe obuhvaćene članom 3, stavom 3. navedene direktive, u tački 1. sadrži popis, na primjer, navedenih odredbi koje se mogu smatrati nepoštenima. U navedenoj tački 1, podtački (j) navode se odredbe čiji su predmet ili svrha „davanje mogućnosti prodavatelju robe ili pružatelju usluga da jednostrano izmijeni ugovor bez valjanog razloga predviđenog ugovorom“. U istoj tački 1, podtački (l) navode se odredbe čiji su predmet ili svrha „omogućavanje [...] pružatelju usluga da [...] poveća [svoje] cijene, bez odgovarajućeg prava za potrošača da [...] može raskinuti ugovor ako je konačna cijena previsoka u odnosu na cijenu dogovorenu u vrijeme sklapanja ugovora.“

– U članu 5 Direktive 93/13, koji propisuje da ugovorne odredbe „uvijek“ moraju biti sročene jasno i razumljivo. Dvadeseta uvodna izjava iste direktive s tim u vezi naglašava da potrošač mora imati stvarnu mogućnost

⁴ <http://www.dw.de/presuda-u-bih-nezakoniti-kredit-u-francima/a-16901537> (posljednja posjeta 17. marta 2014. godine).

⁵ Presude Općinskog suda u Mostaru br. 50 O Ps 103 058 12 Ps od 11. 1.2013. godine, 58 O P 101947 11 P od 17. 6. 2013. godine i 58 O P 101 788 11 PP os 12. 12. 2013. godine. Vidi i presudu Općinskog suda u Banjoj Luci br. 71 O P 146972 12 P od 6. 3. 2014. godine.

upoznati se sa svim odredbama ugovora.

– Slijedom toga, navedena obaveza u pogledu jasnoće i razumljivosti teksta primjenjuje se u svakom slučaju, čak i kad je odredba obuhvaćena članom 4, stavom 2. Direktive 93/13, te je izuzeta od ocjene nepoštenosti iz člana 3, stava 1. iste direktive.

– Obaveza transparentnosti ugovornih odredbi koju postavlja Direktiva 93/13, ne može se ograničiti isključivo na značajku razumljivosti na formalnoj i gramatičkoj razini.

– Kako je već istaknuto u tački 39. ove presude, s obzirom na to da se sistem zaštite uspostavljen Direktivom 93/13 temelji na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na poslovni subjekt, osobito u pogledu razine obaviještenosti, navedenu obavezu transparentnosti treba shvatiti u širem smislu.

– Kada je riječ o ugovornoj odredbi, poput odredbe III/2, prema kojoj poslovni subjekt može obračunati razinu mjesečnih rata otplate koje mu duuguje potrošač na temelju važećeg prodajnog tečaja tog poslovnog subjekta za stranu valutu, te koja dovodi do toga se na prvi pogled bez gornje granice povećavaju troškovi financijske usluge na teret potrošača, iz člana 3. i 5. Direktive 93/13, kao i iz tačke 1, podtačaka (j) i (l), te tačke 2, podtačaka (b) i (d) Priloga toj direktivi proizlazi da je za poštovanje obaveze transparentnosti od bitne važnosti činjenica jesu li u ugovoru o kreditu na transparentan način objašnjeni razlog i pojedini mehanizmi zamjene u stranu valutu, kao i odnos tog mehanizma s mehanizmom koji se nalazi u drugim odredbama o isplati kredita, tako da potrošač na temelju tačnih i razumljivih kriterija može predvidjeti ekonomske posljedice koje iz toga za njega proizlaze (vidjeti analogijom presudu RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, t. 49).

– Kada je riječ o značajkama mehanizma zamjene deviza, poput onih koje su predviđene odredbom III/2, sudac koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku dužan je utvrditi je li, s obzirom na sve relevantne elemente činjeničnog stanja, uključujući oglašavanje i obavijesti koje je davatelj kredita učinio dostupnima u sklopu pregovora o sklapanju ugovora o kreditu, prosječan potrošač, koji je uredno obaviješten i postupa s dužnom pažnjom i razboritošću, mogao ne samo saznati za razliku između prodajnog i kupovnog tečaja strane valute, koja se inače prati na tržištu vrijednosnih papira, nego je i mogao procijeniti potencijalno značajne ekonomske posljedice koje za njega proizlaze iz primjene prodajnog tečaja na obračun rata otplate, koje je u krajnjoj liniji dužan platiti, a time i ukupan trošak kredita.

– Uzimajući u obzir sva prethodna razmatranja, kao odgovor na drugo pitanje, član 4, stav 2. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da, kada je riječ

o ugovornoj odredbi kao što je ona u glavnom postupku, zahtjev prema kojem ugovorna odredba mora biti jasno i razumljivo sastavljena podrazumijeva obavezu ne samo da konkretna odredba potrošaču bude gramatički razumljiva nego i da ugovor razvidno izloži funkcioniranje konkretnog mehanizma konverzije u stranu valutu na koji se poziva dotična odredba, kao i odnos između tog mehanizma i mehanizma propisanog drugim odredbama koje se tiču isplate kredita, tako da potrošač na temelju točnih i razumljivih kriterija bude u stanju procijeniti ekonomske posljedice koje iz toga za njega proizlaze.

– S obzirom na narav i važnost javnog interesa zaštite potrošača koji se nalaze u slabijem položaju u odnosu prema poslovnim subjektima, Direktiva 93/13 obavezuje države članice, kako to proizlazi iz člana 7, stava 1, u vezi s dvadeset četvrtom uvodnom izjavom iste direktive, da propišu odgovarajuća i djelotvorna sredstva „za sprečavanje stalne [dalje] primjene nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima“ (vidjeti presudu *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, t. 68).

Analizirana presuda Suda EU u predmetu *Kásler*, kao i kasnije presude koje su potom uslijedile,⁶ relevantne su za ishod ova pravne stvari, jer Sud za ljudska prava u Strazburu, po pravilu, obraća pažnju na sudsku praksu Suda EU, kada je u pitanju primjena izvora prava EU i kada to može dovesti do povrede temeljnih ljudskih prava i sloboda, kao što je to pravo na imovinu i druga temeljna prava u ovoj pravnoj stvari. Navedena argumentacija od strane Suda EU u predmetu *Kásler* zasniva se na istom pravnom izvoru (Direktiva 93/13/EEZ, tj. Zakon o zaštiti potrošača BiH), koji su ovoj pravnoj stvari trebali primijeniti Ustavni sud BiH i sve niže sudske instance, a to nisu ni za jotu spomenuli u svojim presudama. Prema sudskoj praksi Suda za ljudska prava u Strazburu, očito proizvoljno (arbitrarno) tumačenje i (ne)primjena domaćeg prava od strane domaćih sudova predstavlja povredu prava na pravično suđenje u razumnom roku, koje je zajamčeno članom 6. Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.⁷

U Republici Hrvatskoj početkom 2018. godine Visoki trgovački sud odbio je žalbe tuženih banaka kao neosnovane i potvrdio presudu Trgovačkog suda o ništavosti valutne klauzule ugovorene u kreditima denominiranim u švicarskim francima, koje su banke davale od 2004. do kraja 2008. godine.⁸

⁶ <https://novac.jutarnji.hr/novcanik/presedan-europskog-suda-o-francima-odluka-bi-mogla-ponistiti-cijeli-ugovor-o-kreditu/9214775/> (posljednja posjeta 3. septembra 2019. godine).

⁷ Vidjeti: Barać i drugi protiv Crne Gore, str. 32–34, s daljimi referencama; Anđelković protiv Srbije, st. 24–27 (uskraćivanje pravde); Laskowska protiv Poljske, § 61); kao i drugih članova Konvencije: Kushoglu protiv Bugarske, § 50, Işyar protiv Bugarske, st. 48, Fabris protiv Francuske [GC], st. 60).

⁸ <http://www.poslovni.hr/hrvatska/franak-tvrdi-da-je-sud-proglasio-nistetnom-valutnu-klauzulu-za-kredite-u-francima-pravnicko-bankarski-krugovi-katastrofa-342805> (posljednja posjeta 26. maja 2019. godine).

U odluci se navodi da su tuženici postupali suprotno odredbama tada važećeg Zakona o zaštiti potrošača, a od 7. augusta 2007. do 31. decembra 2008. protivno odredbama tada važećeg Zakona o zaštiti potrošača, te Zakona o obveznim odnosima. U obrazloženju se navodi da su tužene banke povrijedile kolektivne interese i prava potrošača, odnosno korisnika kredita, time što su zaključujući ugovore o kreditima koristile:

„ništetne i nepoštene ugovorne odredbe u ugovorima“, tako što su ugovorile švicarski franak kao valutu uz koju je vezana glavnica, a da prije zaključenja ugovora „nisu kao trgovci potrošače u cijelosti informirali o svim potrebnim parametrima bitnim za donošenje valjane odluke utemeljene na potpunoj obavijesti.“ To je „imalo za posljedicu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana;“ stoji u sudskoj odluci.⁹

Nedavno, 2. aprila 2019. godine, u Republici Srbiji, Vrhovni kasacioni sud (u daljem tekstu: VKS) utvrdio je ništavnom odredbe ugovora o stambenim kreditima indeksiranim u švajcarskim francima, ukoliko banka nije dostavila dokaz da se ona zadužila u toj valuti za plasman odobrenih sredstava. Presuda VKS sugerira nižim sudovima opravdanost izricanja privremene mjere zabrane naplate potraživanja putem (aktiviranja) hipoteke.¹⁰ Ovakvo stanovište VKS, obavezujuće je samo za njegove suce. Nižestepeni sudovi mogu donositi suprotne odluke, ali će rizikovati da im te odluke budu ukinute u postupku revizije pred VKS-om. U načelu, VKS, pak, smatra valutne klauzule pravno valjanim. One se mogu ugovarati u cilju očuvanja jednakosti uzajamnih davanja – tržišne vrijednosti dinarskog iznosa plasiranih i vraćenih kreditnih sredstava, utvrđenom indeksiranjem kursa eura. Međutim, prema stanovištu VKS, ništave su valutne klauzule indeksirane u švicarskim francima, koja nisu utemeljene na pouzdanom pisanom dokazu da je banka plasirana dinarska sredstva pribavila putem vlastitog zaduženja u toj valuti, kao i da je, prije zaključenja ugovora, korisniku kredita dostavila potpunu pisanu informaciju o svim poslovnim rizicima i ekonomsko-finansijskim posljedicama koje bi mogle nastati primjenom takve klauzule. Utvrđena ništavnost je djelomična, jer VKS smatra da cjelokupni ugovori o kreditu proizvode pravni učinak i nakon utvrđenja ništavosti valutne klauzule. Prema stanovištu tog suda:

„U tom slučaju, ugovor će se izvršiti konverzijom uz očuvanje jednakosti uzajamnih davanja – tržišne vrednosti datog kredita utvrđene na osnovu

⁹ Ibidem.

¹⁰ <https://www.slobodnaevropa.org/a/29863184.html> (posljednja posjeta 26 aprila 2019. godine).

kursa evra na dan zaključenja ugovora i isplatu kamate u visini određenoj ugovorima o kreditu iste vrste i trajanja, zaključenim sa valutnom klauzulom u evrima između istog davaoca kredita i drugih korisnika kredita čije se dugovanje utvrđuje primenom kursa evra.“

Vrlo je interesantno da je samo par sedmica nakon donošenja analizirane presude VKS, 17. aprila 2019. godine, Odbor za finansije, republički budžet i kontrolu trošenja javnih sredstava pri Skupštini Republike Srbije, usvojio Prijedlog zakona o konverziji stambenih kredita indeksiranih u švicarskim francima, koji je, na kraju, usvojen i stupio na snagu početkom maja 2019. godine. Prema ovom zakonu, klijentima se otpisuje 38 posto duga, od čega će banke pokriti 23, a država 15 posto, što iznosi oko 10 milijardi dinara, prema procjeni Fiskalnog savjeta. Ovaj zakonski prijedlog naišao je na protivljenje od strane Fiskalnog savjeta, kao i od strane nevladinog sektora u Srbiji.¹¹

Suprotno praksi Suda EU u Luksemburgu i onoj koja je, vidimo, slijedila u regionu, Ustavni sud BiH je, pak, svojom odlukom broj 3877/17, od 7. avgusta 2019. godine, u potpunosti potvrdio punovažnost tih spornih klauzula. U „mršavom“ i krajnje deskriptivnom obrazloženju svoje odluke Ustavni sud BiH, nedostojno takvoj sudskoj instanci, mahom opisuje argumente stranaka i još mršavija obrazloženja nižih sudova, bez dubljeg upuštanja u pravnu analizu iznesenih argumenata, posebno onih koji se tiču adekvatne primjene Zakona o zaštiti potrošača BiH ,čije je izvoriste Direktiva EU 13/93. Ovaj sud, *inter alia*, paušalno iznosi konstataciju: „Ustavni sud u vrijeme donošenja navedene odluke nije razmatrao praksu sudova u regionu na koju se apelantkinje pozivaju u ovoj odluci. Budući da se ta praksa zasniva na stavovima ESP koji su detaljno izneseni, Ustavni sud smatra da nema potrebe posebno ulaziti u to kako su sudovi u drugim državama u regionu primijenili stavove ESP u okolnostima slučajeva koje su oni razmatrali“ (Sic!).

Sadržaj i struktura parnica kojima se osporavaju valutne klauzule indeksirane i švicarskim francima

Tužbama se u ovim parnicama, pored oglašavanja ništavnim osporenih klauzula iz ugovora o kreditu kao nezakonitim, traži povrat sredstava u većem iznosu od onih koji su važili u vrijeme zaključenja ugovora. Pored toga, punomoćnici komitenata iznose argument da se kurs po valutnoj klauzuli mo-

¹¹ <https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/3230121/vazan-dan-vrhovni-kasacioni-sud-danas-okreditima-u-svajarcima> (posljednja posjeta 26. aprila 2019. godine).

rao fiksirati na dan isplate („puštanja“) kredita, a ne na dan vraćanja anuiteta, jer bi se time otklonila mogućnost promjene kursa u korist banaka sa „...1,1 na 1,8“. ¹² Banke u svojim odgovorima na tužbu tvrde da su valutne klauzule dozvoljene u BiH, a da je mogućnost jednostrane izmjene kamatnih stopama zasnovana na principu *pacta sunt servanda* (ugovor se mora provesti). ¹³

Pravna priroda novčanih obaveza

Od nenovčanih generičkih (rodom određenih) obaveza, koje glase na predaju izvjesne količine zamjenljivih i potrošnih stvari, novčane obaveze koje su, također, generičke, razlikuju se u sljedećem: u slučaju docnje, povjerilac ima pravo takozvane zakonske (zatezne) kamate, koja ovdje igra ulogu naknade štete, bez potrebe dokazivanja da je povjerilac štetu doista pretrpio. Po shvaćanju koje je danas vladajuće u usporednom pravu, povjerilac može tražiti naknadu veće štete od zakonskih kamata, samo tu štetu mora dokazati. Tako je i prema važećim verzijama Zakona o obligacionim odnosima. ¹⁴ Zakon pretpostavlja da šteta postoji, jer se novac uvijek može lako upotrijebiti davanjem u zajam (kredit) za kamatu (interes).

Novčane tražbine su one čiji je predmet isplata određenog iznosa novca. Dakle, ove tražbine podvrgnute su posebnoj pravnom režimu koji proistječe iz specifičnih svojstava novca kao predmeta tražbine. S obzirom na to da novčane

¹² <http://www.dw.de/presuda-u-bih-nezakoniti-krediti-u-francima/a-16901537> (posljednja posjeta 17. marta 2014. godine). Vidjeti i presudu Trgovačkog suda u Zagrebu br. 26.P-1401/2012 iz 2102. godine. Sudovi u Srbiji slično presuđuju (vidi: <http://www.24sata.hr/svijet/srbi-su-docekali-pravomocnu-presudu-u-slucaju-svicarac-335844>, posljednja posjeta 21. marta 2014. godine). Čak je i austrijski Vrhovni sud potvrdio presudu Trgovačkog suda u Beču kojom je ugovor o kreditu jedne klijentice s bankom fiksiranom u švicarskim francima proglašio ništavnim (<http://www.tportal.hr/biznis/gospodarstvo/274881/Austrijski-Vrhovni-sud-srusio-kredit-u-svicarcima.html>, posljednja posjeta 21. marta 2014. godine). O odnosu sudske prakse prema ovim ugovorima u širem regionu vidi članak: *What happened to all those Swiss Franc mortgages in Hungary, Cyprus, Croatia and Poland?* (<http://www.mindfulmoney.co.uk/wp/shaun-richards/what-happened-to-all-those-swiss-franc-mortgages-in-hungarycypruscroatia-and-poland/>, posljednja posjeta 21. marta 2014. godine).

¹³ U posljednje vrijeme problem sa ugovaranjem kredita denominiranim u švicarskim francima poprimio je čak i kaznenopravne reperkusije. Naime, u Francuskoj je protiv BNP Pariba banke, jedine koja je u ovoj zemlji plasirala kredite indeksirane u švicarskim francima, podignuta krivična optužnica za varanje u trgovačkoj praksi. Vidjeti o tome u: <http://www.politika.rs/sr/clanak/379470/Zbog-kredita-u-svajarcima-Francuska-krivicno-goni-bankare> (posljednja posjeta 9. maja 2017. godine).

¹⁴ Član 278. ZOO. Nakon raspada bivše SFRJ, Skupština Republike Bosne i Hercegovine donijela je, 1992. godine, Zakon o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, koji se, nakon potpisivanja i stupanja na snagu Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, 1995. godine, primjenjuje na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni list RBiH“, 2/92-102, 13/93-132). Na teritoriji Republike Srpske primjenjuje se Zakon o izmjenama i dopunama zakona o obligacionim odnosima, koji je donesen 1993. godine („Službeni glasnik RS“, 17/93-671).

tražbine imaju specifična svojstva, one su u većoj mjeri regulirane imperativnim normama nego što je to slučaj sa novčanim tražbinama. Kontrola države nad opticajem novca, mjere ekonomske, a posebno kreditne politike u tom domenu izražavaju se u čitavom nizu imperativnih pravnih normi, kojima se stvaraju čvrsti pravni okviri u kojima se moraju kretati stranke prilikom izvršenja svoje obaveze plaćanja. Tako, na primjer, potraživanja između privrednih (trgovačkih) subjekata kod nas obavezno se izmiruju bezgotovinskim plaćanjem preko banaka. Novčane obligacije u unutrašnjem prometu mogu se ugovoriti i izvršiti samo u konvertibilnim markama, uz određene izuzetke. Subjekti privrednog (trgovačkog) prava ulaze, *nolens volens*, u pravne odnose sa bankama, služeći se pritom raznim pravnim instrumentima koji im stoje na raspolaganju (čekom, mjenicom, akreditivom).¹⁵ Ako je u novčanu tražbinu uključen i element inozemnosti, to jest ako se radi o međunarodnim plaćanjima, o transferu novca preko granice, izvršenje novčane tražbine dobija nove komponente. U pitanju su ne samo dva nacionalna sistema privatnog prava, već i dva monetarna sistema, sa posebnim valutama, posebnim javnopravnim ograničenjima plaćanja, pa i posebnom organizacijom bankarskog sistema i posebnom tehnikom plaćanja. Pored toga, bilateralnim i multilateralnim međudržavnim sporazumima stvaraju se između država ugovornica režimi plaćanja, na primjer, takozvani kliring, koji su obavezni za uzajamno plaćanje između subjekata prava iz ovih država. Takvi režimi plaćanja u odnosu na opći režim predstavljaju *lex specialis*.

Princip nominalizma

Kako bi se spriječile špekulacije na tržištu novca i kredita i kako bi se, posebno zaštitili potrošači na tom tržištu, naš Zakon o obligacionim odnosima je za novčane tražbine uspostavio princip monetarnog nominalizma. Dužnik je dužan isplatiti o roku dospelosti broj novčanih jedinica, koji je bio predviđen u izvoru obligacije, bez obzira na to da li je u međuvremenu od nastanka obligacije do njenog izvršenja kupovna moć novca porasla ili opala.¹⁶ U unutarnjem

¹⁵ O pravnoj prirodi mjenice vidjeti i u: Trnavci G., *Mjenično pravo prema Konvenciji UN o međunarodnim trasiranim i međunarodnim sopstvenim mjenicama*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996.

¹⁶ Primjer iz sudske prakse Republike Hrvatske:

„Načelo monetarnog nominalizma isključuje odgovornost dužnika za gubitak vrijednosti novca.“

Iz obrazloženja:

„Načelo monetarnog nominalizma, koje proizlazi iz čl. 394. Zakona o obveznim odnosima, isključuje odgovornost dužnika za gubitak vrijednosti novca, jer je dužnik, ako je dužan isplatiti određenu svotu novca dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obveza glasi, osim ako zakon naređuje nešto drugo. Nije u pravu revident kada tvrdi da je to 'nešto drugo' upravo ono što je određeno u čl. 278, st. 2. ZOO. U ovom slučaju valuta obveze je i valuta ispunjenja, pa je sukladno načelu monetarnog

prometu, posebno u domenu plasmana kredita potrošačima, princip nominalizma je imperativne naravi. U domenu međubankarskog poslovanja, kao i u međunarodnim transakcijama, ovo pravilo, je, pak, dispozitivnog karaktera, pa se ugovorom može predvidjeti prilagođavanje dugovanog iznosa promjenama u vrijednosti novca koje su nastupile u periodu zaključenja ugovora do dospelosti novčane obligacije. To se u praksi međunarodnih privrednih ugovora postiže ugovaranjem takozvanih zaštitnih (monetarnih) klauzula. Ove klauzule su dizajnirane tako da osiguraju ekvivalentnost uzajamnih prestacija stranaka u slučaju kada je u toku trajanja ugovora nastupila devalvacija ili revalvacija valute ugovora. Ovdje se iznos tražbine predviđen ugovorom može izmijeniti ako se izmijeni takozvani „valorimetar“, koji kao svoju orijentaciju uzima kretanje vrijednosti zlata, strane valute ili robe.

Tri su osnovne vrste ovih klauzula: zlatne klauzule, valutne klauzule i indeksne (robne) klauzule.

Zlatne klauzule sastoje se u obavezi plaćanja u određenoj valuti, ali u iznosu koji odgovara vrijednosti određene količine zlata ili broja zlatnika. U slučaju promjene pariteta valute novčane obligacije prema zlatu, mijenja se i visina dugovanog iznosa novca.

1. **Valutnim klauzulama** stranke unaprijed fiksiraju kurs valute plaćanja prema nekoj drugoj čvršćoj valuti (obračunski kurs). Nominalni iznos plaćanja povećava se razmjerno devalvaciji kursa. Naše pravo zabranjuje ugovaranje zlatnih i valutnih klauzula u unutrašnjem prometu i u poslovima čiji iznos je izražen u konvertibilnim markama, osim u predviđenim izuzecima, ali ne i u vanjskotrgovinskom prometu, ukoliko je ugovoreno plaćanje u stranoj valuti.

2. Dok zlatne i valutne klauzule treba da zaštite povjerioca od **devalvacije** ugovorene valute, **robne klauzule** služe zaštiti povjerioca faktičkog smanjenja vrijednosti valute plaćanja, njene kupovne moći, to jest štite od **inflacije**.

nominalizma izraženom u čl. 394. ZOO dužnik ispunio svoju obvezu, kada je vjerovniku isplatio onaj broj novčanih jedinica na koju je glasila obveza, uz zatezne kamate u smislu čl. 277, st. 1. ZOO, ako su ispunjene ostale pravne pretpostavke potrebne, da bi dužnik pored glavnice bio vjerovniku dužan platiti zatezne kamate. Sukladno načelu monetarnog nominalizma, koje proizlazi iz čl. 394. ZOO, kada obveza glasi na određenu svotu novca vjerovniku pripada pravo na primitak isplate nominalne svote novca, odnosno onaj broj novčanih jedinica na koji glasi obveza, a ne i na naknadu štete zbog pada vrijednosti novca. Tužitelj tvrdi da je pretrpio štetu zbog pada vrijednosti novca. Međutim, 'što drugo' iz čl. 394. ZOO nije pravo na naknadu štete u smislu Revidentovih navoda, jer bi to isključilo važenje načela monetarnog nominalizma.“

(Vs RH, II Rev. 43/96, od 22. 4. 1999. – Izbor odluka 2/1999 – 14/15).

Primjer primjene načela monetarnog nominalizma iz sudske prakse BiH u vezi sa pitanjem naknade štete:

„Kada se šteta naknađuje u stranoj valuti, limit obaveze zajednice osiguranja imovine i lica po osnovu obaveznog osiguranja u saobraćaju utvrđuje se po kursu strane valute na dan štetnog događaja.“

(Vs BiH, P. 333/89, od 13. 12. 1989. – Bilten Vs BiH 1/90–91).

Ovim klauzulama iznos duga vezuje se za vrijednost određene robe. Ta roba ovdje služi samo kao mjerilo vrijednosti novca. Iznos dugovanog novca zavisit će, prema tome, od vrijednosti određene robe izražene tim istim novcem.

3. Posebne klauzule ove vrste predstavljaju **indeksne klauzule**, koje prate realnu kupovnu moć novca i kretanje cijena na malo – inflaciju i prema tome određuju konačan iznos isplate novčane obligacije. Važno je istaći da su indeksna klauzula i klizna skala u našem unutrašnjem prometu dozvoljene.¹⁷

Specifičnosti novčanih tražbina izražavaju se i u pogledu mjesta njihovog ispunjenja. Za razliku od nenovčanih tražbina, koje se ispunjavaju u domicilu, odnosno sjedištu dužnika, novčana tražbina se ispunjava, ukoliko ugovorom nije nešto drugo predviđeno, u domicilu, odnosno sjedištu povjerioca. Dužnik iz novčane obligacije obavezan je da na svoj rizik i o svom trošku pošalje novac povjeriocu. U slučaju da je povjerilac promijenio svoje prebivalište ili boravište (domicil) koje je imao u vrijeme zaključenja ugovora, plaćanje se ima izvršiti u novom domicilu, odnosno sjedištu povjerioca, a dužnik ima pravo na naknadu povećanih troškova koji su zbog toga nastali. Ako se plaćanje vrši posredstvom banke ili druge organizacije kod koje se vodi račun povjerioca, prema Zakonu o obligacionim odnosima, smatrat će se da je cijena plaćena: 1. kada banci stigne novčana doznaka ili 2. kada stigne nalog (virman) banci dužnika da odobri računu povjerioca iznos označen u nalogu.¹⁸

Valutne klauzule u pozitivnom zakonodavstvu BiH

Godine 1989, neposredno pred raspad bivše SFRJ, zbog hiperinflacije, koja je na strani povjerilaca obesmišljavala izdavanje i vraćanje kredita, tadašnji zakonodavac iz bivše Jugoslavije na saveznoj razini donio je **Zakon o privremenim mjerama o izmjenama i dopunama Zakona o deviznom poslovanju**, čija je primjena počela 1. januara 1990. godine.¹⁹ Kao što naziv ovog zakona sugerira, svrha njegovog donošenja je **privremena** – do stabilizacije stanja na finansijskom tržištu – tj. do smirivanja hiperinflacije i devalvacije jugoslovenskog dinara, odnosno njihovog smanjivanja na razinu koja omogućava investiciono planiranje i kreditiranje po realnim kamatnim stopama. Za potrebe ovog članka od posebnog značaja je član 11. ovog zakona iz bivše Jugoslavije, koji je na privremenoj osnovi legalizirao ugovaranje valutne klauzule i to po kursu u momentu ispunjenja novčane obaveze (tada,

¹⁷ Usporedi: Martin Vedriš – Petar Klarić, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2000, str. 384–386.

¹⁸ Član 318. ZOO.

¹⁹ „Službeni list SFRJ“, br. 85/89.

u jugoslovenskim dinarima). Njime je privremeno derogirana primjena člana 16. **Zakona o deviznom poslovanju SFRJ²⁰ iz 1985. godine**, kojim je izričito zabranjeno ugovaranje zlatnih, odnosno valutnih klauzula. Oba zakona, pa i privremeni Zakon o izmjenama i dopunama – preuzeti u Bosni i Hercegovini, nakon proglašenja nezavisnosti – važili su na teritoriji Federacije BiH sve do donošenja **Zakona o deviznom poslovanju iz 1998. godine**.²¹ U međuvremenu, kurs zvanične valute u Bosni i Hercegovini – konvertibilne marke – stabiliziran je, a prije i nakon toga, u posljednjih nekoliko decenija, inflacija je praktično svedena na nulu. Iz ovih razloga, kao i potrebe zaštite dužnika, posebno potrošača, od špekulacija koje mogu nastati ugovaranjem valutnih, zlatnih i drugih sličnih klauzula, prestala je potreba za privremenom primjenom gorenavedenog Zakona o privremenim mjerama o izmjenama i dopunama Zakona o deviznom poslovanju SFRJ. Novim Zakonom o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine, koji je važio sve do 2010. godine,²² detaljno je uređeno devizno poslovanje u vrijeme zaključivanja spornih ugovora o kreditu i to: 1) platni promet između osoba u Federaciji Bosne i Hercegovine s pravnim i fizičkim osobama u inozemstvu, te stjecanje deviza i raspolaganje njima u zemlji i inozemstvu, 2) osnove deviznog tržišta u Federaciji, 3) mjenjačke poslove kao poseban oblik deviznog poslovanja, 4) položaj i ovlasti banaka u deviznom poslovanju, 5) unosenje i iznošenje deviza, 6) ostala pitanja važna za uređenje deviznog sistema.²³ Od kritičnog značaja za dokazivanje teza u ovom radu jesu prijelazne i završne odredbe ovog federalnog zakona, odnosno njegov član 66, kojim je izričito propisano:

„Danom stupanja na snagu ovog zakona, na teritoriji Federacije, prestaje

²⁰ „Službeni list SFRJ“, 66/85.

²¹ *Uredba sa zakonskom snagom o pružimanju zakonskih i podzakonskih akata bivše SFRJ* („Službeni glasnik RBiH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94).

²² Godine 2010. donesen je novi Zakon o deviznom poslovanju FBiH („Službene novine FBiH“, br. 47 od 4/8/2010), kojim je izričito omogućeno ugovaranje deviznih klauzula, koje *stricto sensu* nisu isto što i valutne klauzule. Devizne klauzule za predmet isplate imaju novčane obaveze koje glase na domaću monetu (kod nas, konvertibilnu marku), koja je vezana za kurs strane monete (u osporenim ugovorima, CHF). Vrijedno je napomenuti da je članom 5. ovog zakona iz 2010. godine, koji se ne odnosi na problematiku valutnih klauzula, od interesa za ovu studiju, izričito omogućeno ugovaranje deviznih klauzula. Član 5 ovog Zakona glasi:

„Dozvoljeno je ugovaranje u devizama u Federaciji s tim što se plaćanje i naplaćivanje vrši u konvertibilnim markama.“

Nota bene: u citiranim odredbama, novi zakon ne precizira da li će se naplaćivanje vršiti u vrijeme „puštanja“ kredita ili u vrijeme njegovog vraćanja (isplate anuiteta). Ovo pitanje je time u potpunosti prepušteno polju uređivanja (*ratione materiae*) dolje citiranog člana 395. ZOO FBiH, koji podjednako uređuje i devizne i valutne klauzule.

²³ Član 1. Zakona o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine.

primjena zakona i drugih propisa iz oblasti deviznog poslovanja koji su se primjenjivali do dana stupanja na snagu ovog zakona.“

Ovom odredbom, Zakon o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine izričito je odredio svoj *ratione materiae* (devizno poslovanje) i *ratione temporis* (vremensko važenje) u odnosu na prijašnji Zakon o deviznom poslovanju SFRJ iz 1985. godine i Zakon o privremenim mjerama o izmjenama i dopunama Zakona o deviznom poslovanju iz 1989. godine. Od momenta donošenja Zakona o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine do danas prestali su važiti zakoni o deviznom poslovanju iz bivše SFRJ. **Time su derogirane odredbe u privremenoj legalnosti ugovaranja valutnih, zlatnih i drugih klauzula**, koje su bilo pravno moguće na temelju člana 11. Zakona o privremenim mjerama o izmjenama i dopunama Zakona o deviznom poslovanju SFRJ iz 1989. godine.

Donošenjem Zakona o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine, **u potpunosti je revitalizirana odredba člana 395** Zakona o obligacionim odnosima FBiH, koja regulira i devizne i valutne klauzule, a sada, bez izuzetka glasi:²⁴

„Ako novčana obaveza protivno posebnom saveznom zakonu glasi na plaćanje u zlatu ili nekoj stranoj valuti, njeno ispunjenje se može zahtijevati samo u domaćem novcu prema kursu koji je važio u trenutku nastanka obaveze.“²⁵

Ograničenje ugovaranja valutnih klauzula potvrđeno je i sudskom praksom u FBiH, koja je nastala nakon donošenja Zakona o deviznom poslovanju FBiH od 1998. godine.²⁶ Imajući u vidu da je, prema Zakonu o Centralnoj banci BiH konvertibilna marka zakonsko sredstvo plaćanja u BiH, važno je naglasiti da su

²⁴ Također, bitno je napomenuti da, iako nije važio u vrijeme zaključivanja spornih ugovora o kreditu, novi Zakon o deviznom poslovanju iz 2010. godine ne dira u problematiku valutnih klauzula i kao takav ne derogira važeće odredbe iz člana 395. ZOO FBiH.

²⁵ *Nota bene:* u RS, odredbom člana 36. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, član 395. promijenjen je tako da glasi:

„Ako novčana obaveza protivno posebnom saveznom zakonu glasi na plaćanje u zlatu ili nekoj stranoj valuti, njeno ispunjenje se može zahtijevati samo u domaćem novcu prema kursu koji je važio u trenutku ispunjenja obaveze.“

Time je omogućeno ugovaranje valutnih klauzula u ovome entitetu.

²⁶ Iz izreke:

„Pravilno je da se obaveza tuženog nastala u stranoj valuti, tj. USA dolarima, pa preračunata u DEM, realizuje samo plaćanjem u važećoj BH valuti, tj. u konvertibilnim markama (KM) i to u istom broju novčanih jedinica, obzirom na jednaku vrijednost DEM i KM, jer je službeni devizni kurs za valutu BiH jedna konvertibilna marka za jednu njemačku marku.“

Iz obrazloženja:

„Konvertibilna marka je zakonito sredstvo plaćanja javnih i privatnih obaveza i dugova u BiH. Naročito sve javne institucije i privatna lica ili preduzeća, moraju prihvatiti konvertibilnu marku u poravnanju i plaćanju bilo kojih obaveza prema njima (članovi 32. i 33. Zakona o Centralnoj banci BiH, „Službeni list BiH“, broj 12/97), s tim da se počev od 7. 7. 1998. godine obračun vrši po stopi određenoj važećim Zakonom o visini zatezne kamate („Službene novine FBiH“, broj 27/98).“

(Vs FBiH, Rev. 194/98 i Gvl. 5/98 – Bilten sp KsS 1/1999, str. 21).

Zakonom o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine,²⁷ a posebno **Zakonom o Centralnoj banci BiH**,²⁸ koji su u vrijeme zaključivanja spornih ugovora o kreditu (*ratione temporis*) važili na teritoriji BiH, onemogućeno ugovaranje deviznih klauzula, tj. novčanih obligacija koje u potpunosti glase na strani devizni novac, kao i valutnih klauzula, osim onih koje su vezane za valutu euro. Isto tako, članom 2, kao i članovima 32. i 33. ovog zakona, uspostavljen je takozvani *currency board* ili valutni odbor, a konvertibilna marka vezana je za euro, sve u cilju postizanja stabilnosti domaće valute. Stoga, nameće se zaključak, da bi valutne klauzule, onako kako su ugovorene u osporenim kreditima, mogle predstavljati i **izigravanje ustanove *currency boarda***, vezivanjem domaće valute za stranu valutu koja nije euro. Moglo bi se, stoga, zaključiti da *currency board* u svojoj suštini predstavlja zakonsku valutnu klauzulu, što je specifičnost pravnog poretka BiH u odnosu na sve zemlje nastale iz bivše države. Pravni poslovi kojima se izigravaju pravni propisi (*fraus legis*) apsolutno su ništavni. Ako su ovi poslovi dio nekog šireg ugovornog odnosa, mogla bi ih pogađati manje stroga sankcija djelomične ništavnosti. Dakle, šire načelo zabrane zloupotrebe prava uključuje i zabranu zaobilaznja i izigravanja zakona i drugih propisa. Smatrat će se da su propisi izigrani ako se pravo vrši u skladu za slovom (dikcijom) propisa, a protivno svrsi (cilju) pravne norme koju propis sadrži.²⁹

Svrha valutnih klauzula?

Kod ugovora kod kojih je valutna klauzula dozvoljena, **njena svrha je zaštitna a ne profitna**. Drugim riječima, cilj ovih klauzula je osigurati ekvivalentnost uzajamnih prestacija stranaka u slučaju kada je u toku trajanja ugovora nastupila devalvacija moneta ugovora kao zakonskog sredstva plaćanja, tako što stranke unaprijed fiksiraju kurs valute plaćanja prema nekoj drugoj čvršćoj valuti (obračunski kurs). Ukoliko bi kurs valute plaćanja opao u odnosu na čvršću valutu, nominalni iznos plaćanja povećao bi se razmjerno devalvaciji kursa. **Ni u kojem slučaju, valutna klauzula ne može se primijeniti tako da neosnovano pridonese ekstraprofitu davaoca kredita**. Pažljivom analizom tržišta novca u BiH i inozemstvu, u kontekstu ugovora o kreditu koji su predmet spora pred

²⁷ Član 56. Zakona o deviznom poslovanju FBiH iz 1998. godine.

²⁸ Član 41. Zakona o Centralnoj banci BiH („Službeni glasnik BiH“, 1/97).

²⁹ Vidjeti član 13. ZOO. U vezi s tim vidjeti i član 5. Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, popularno nazvanog Zakon o međunarodnom privatnom pravu. Također, vidjeti: Dika – Knežević – Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991, str. 20–23; Dr. E. Muminović, *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Studentska štamparija Univerziteta, Sarajevo, 1997, str. 72–75.

sudovima u BiH, može se vidjeti da je kurs konvertibilne marke bio stabilan u odnosu na euro i sve ostale referentne svjetske valute, a da je zbog poremećaja na svjetskom finansijskom tržištu došlo do naglog skoka kursa švicarskog franka u odnosu sa sve ostale valute i narušavanja ravnoteže uzajamnih davanja, tako da su iznosi otplate za komitente porasli za čak 70% u odnosu na kalkulaciju koju su stranke imale na raspolaganju prilikom zaključenja ugovora. **Time je za komitente ovih kredita obesmišljen cilj ugovora**, a nerazumno insistiranje na ispunjenju ovakvih ugovora odvelo bi ih u sigurnu finansijsku propast.³⁰

Niti u jednom slučaju banke nisu dokazale da su izvore za novčana sredstva, plasirana u spornim kreditima, crpili iz fondova u švicarskim francima, i da su zbog toga njihove negativne kamatne stope i anuiteti rasli proporcijalno rastu kursa švicarskoga franka.

Cilj ugovora i klauzula rebus sic stantibus u kontekstu realizacije valutnih klauzula

Ugovorne stranke prilikom zaključenja ugovora imaju u vidu određene informacije o okolnostima koje se smatraju bitnim ne samo za zaključenje ugovora, već i za ispunjenje ugovornih obaveza. Preuzimanjem ugovornih obaveza i stjecanjem prava ugovorne strane teže postizanju određenog **ugovornog cilja**. Pritom one uzimaju u obzir određene okolnosti koje im prema redovnim prilikama mogu biti poznate i koje mogu bitno utjecati na ispunjenje ugovora. Primjer mogu biti opća politička i ekonomska klima, visina kamatnih stopa, uvjeti saobraćaja, **stabilnost kursa valute**, redovna stopa inflacije i sl. Međutim, može se desiti da u toku ili prije ispunjenja ugovornih obaveza nastupe određeni događaji, **koji se nisu mogli predvidjeti u vrijeme zaključenja ugovora, a jednoj ugovornoj strani otežavaju ili onemogućavaju ostvarenje cilja kojem je ona težila**. U tom slučaju javlja se jedan etički i u isto vrijeme veoma praktičan problem, koji nije riješen na uniforman način u usporednom zakonodavstvu. Pitanje je da li treba težiti očuvanju ugovornog odnosa u situaciji kada naknadno, nakon zaključenja ugovora, nastane neravnoteža u vrijednosti uzajamnih činidbi ugovornih strana kod dvostranih ugovora.

U rimskom pravu navedeno pitanje uopće se nije postavljalo. Čak i u situaciji kada se znatno promijene okolnosti, koje se smatraju odlučnim za

³⁰ O tragičnim sudbinama komitenata koje su ih zadesile zbog skoka kursa švicarskog franka vidjeti u članku: *Ovo su priče ljudi koje su uništili krediti u švicarcima* (<http://www.index.hr/vijesti/clanak/ovo-su-price-ljudi-koje-su-unistili-krediti-u-svicarcima/712814.aspx>, posljednja posjeta 19. marta 2014. godine).

zaključenje ugovora, striktno se primjenjivalo načelo *pacta sunt servanda* (ugovor se mora ispuniti), osim u slučaju više sile (*vis major*).³¹ Tek su se naknadno, u srednjem stoljeću, usporedo sa razvojem kanonskog prava,³² počela razvijati pravila posvećena promijenjenim okolnostima, koja utiču na ispunjenje ugovora.

U suvremeno doba, pak, klauzula *rebus sic stantibus* nije priznata kao osnova za raskid ugovora u većini usporednih zakonodavstva razvijenih zemalja. Takvu klauzulu u načelu ne poznaju pravni sistemi *common law*-a, Francuske, Njemačke, Švicarske i Austrije.³³ Osnovni razlog je u tome što se ovom klauzulom u velikoj mjeri slabi opstojnost samog ugovora. Njegova pravna sudbina u svjetlu takve klauzule čini se neizvjesnom. Sama mogućnost raskida ugovora zbog naknadnih nepredviđenih okolnosti slabi povjerenje i pouzdanje u ugovor kao najvažniji instrument pravnog i ekonomskog prometa u razvijenim tržišnim ekonomijama. Pobornici napuštanja doktrine *rebus sic stantibus* nude zaključak da u eri globalizacije svjetske ekonomije i ponovne aktualizacije neoliberalnih ugovornih doktrina, koje akcent stavljaju na autonomiju volje i stav da je ugovor zakon za stranke, postojanje klauzule promijenjenih okolnosti doводи upravo do slabljenja ugovornog odnosa³⁴. Dalji zaključak je da, budući da se njome dosljedno teži očuvanju ugovornog odnosa (*in favorem negotii*), nauštrb zahtjevu *pacta sunt servanda*, klauzula *rebus sic stantibus* uzrokuje nepovjerenje i pravnu i poslovnu nesigurnost među ugovornim stranama. Stoga, čini se da klauzula *rebus sic stantibus* u potpunosti ne doprinosi razvoju tržišta.

Pobornici ove klauzule mišljenja su da upravo ona insistira na načelu pravičnosti, načelu savjesnosti i poštenja i načelu uzajamne vrijednosti činidbi, jer smatraju nelegitimnim i nemoralnim da se od dužnika zahtijeva ispunjenje obaveze koja je za

³¹ U rimskoj filozofiji i etici, pak, uveliko se u to doba raspravljalo o mogućnosti da se omogući nezadovoljnoj strani raskid ugovora ili mogućnost da ne održi obećanje. Vidjeti o tome opširno u: S. Perović, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd, 1990, str. 424-426; B. Gavela, *Ciceron: O prijateljstvu, o dužnostima, o starosti*, Beograd, 1955, str. 61. i 192.

³² Teorija *rebus sic stantibus* spominje se u učenju o pravičnoj cijeni (*iustum pretium, iustum salarium*); S. Perović, ibidem.

³³ Veoma je interesantno da je klauzula *rebus sic stantibus* čvrsto institucionalizirana u sistemu međunarodnog javnog prava. Teorija *rebus sic stantibus* prvi put je normirana u pozitivnopravnom sistemu pruskog Općeg zemaljskog prava. Prethodno je ova teorija prve obrise dobila u talijanskoj pravnoj doktrini i jurisprudenciji. Naime, talijanski Građanski zakonik (član 1467) propisuje: „Kod ugovora sa trajnim ili povremenim izvršenjima, ako je činidba jedne strane postala suviše teška uslijed nastupanja izvanrednih i nepredviđenih događaja, strana koja duguje takvu činidbu može tražiti raskid ugovora, s posljedicama predviđenim u članu 1458... Raskid se ne može tražiti ako nastala teškoća spada u redovan rizik ugovora...“; Usporediti: Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15, Bearbeitung, Tübingen, 1958, str. 175.

³⁴ Vidjeti o tome u: G.. Trnavci: *Sloboda međunarodne trgovine i Svjetska trgovinska organizacija*, (op. Cit.), 1999, str. 1–51.

njega postala pretjerano teška.³⁵ U našem pravu teorija *rebus sic stantibus* prvi put je prihvaćena Općim uzansama za promet robe, a zatim je čvrsto uspostavljena odredbama svih važećih verzija Zakona o obligacionim odnosima u BiH i u regionu.

Elementi ustanove promijenjenih okolnosti

Prema našem Zakonu o obligacionim odnosima, ugovor se može raskinuti zbog promijenjenih okolnosti, uz kumulativno ispunjenje sljedećih uvjeta:

Neophodno je da su promijenjene okolnosti nastupile **nakon zaključenja ugovora**, na primjer, nepredviđen i nesrazmjern rast fiksirane valute kod valutne klauzule, tamo gdje je dozvoljena.

Dalje, nužno je da takav ugovor spada u kategoriju ugovora sa trajnim ispunjenjem činidbi,³⁶ kao što je to slučaj kod osporenih ugovora o kreditu. Ugovarač koji nije upoznat sa važnim okolnostima u vrijeme zaključenja ugovora, snosi rizik štetnih posljedica koje uslijed toga nastanu, osim ako dokaže da je njegova volja bila manljiva uslijed oprostive zablude ili da je u to vrijeme bio žrtva prijevare.

Isto tako, ugovarač kome novonastale okolnosti otežavaju položaj (dužnik), ne može se pozivati na klauzulu *rebus sic stantibus* uslijed *casus mixus*-a, ukoliko su te okolnosti nastale poslije roka predviđenog za ispunjenje njegove obaveze, tj. ako je zakasnio (pao u docnju). Također, promijenjene okolnosti ne smiju prestati naknadno, prije dospelosti obaveze, koja je postala otežana. Ukoliko su promijenjene okolnosti samo prolaznog karaktera, one prestaju biti pravno relevantne, te se obaveza koja je jedno vrijeme bila otežana mora ispuniti onako kako je to bilo predviđeno ugovorom u vrijeme njegovog zaključenja.

Promijenjene okolnosti moraju po svojoj prirodi biti **izvanredne**, odnosno u vrijeme zaključenja ugovora nisu se mogle uzeti u obzir od one ugovorne strane koja se na njih poziva. Drugim riječima, raskid ugovora ne može se zahtijevati ako je strana koja se poziva na promjene okolnosti bila dužna da u vrijeme zaključenja ugovora uzme u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbjeći ili savladati.³⁷ To mogu biti prirodni događaji, kao što su elementarne nepogode (zemljotres, poplava, suša itd.), ekonomske pojave (nagla inflacija, apresijacija,

³⁵ O doktrinama koje opravdavaju postojanje klauzule *rebus sic stantibus* vidjeti opširno u: S. Perović, citirano djelo, str. 426–428; Isti, *Raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti i načelo pravne sigurnosti*, Naučni pregled, Beograd, 1974, str. 184.

³⁶ Vidjeti član 133, stav 1. ZOO.

³⁷ Član 133, stav 2. ZOO.

odnosno depresijacija valute, nagli pad vrijednosti obveznica) ili administrativne mjere (kontrola cijena, povišenje carina, poreza i ostalih nameta).

Ugovarači zaključuju ugovor **imajući u vidu okolnosti prilikom zaključenja ugovora ili nešto izmijenjene okolnosti na koje bi prirodno morali računati nakon zaključenja ugovora**. Prilikom zaključenja ugovora, svaka ugovorna strana dužna je postupati s pažnjom dobrog domaćina, odnosno s pažnjom dobrog privrednika i u skladu s tim da predvidi promjenu onih okolnosti koje nastaju uobičajeno, prema redovnom toku stvari³⁸.

Isto tako, ugovorna strana, koja nije mogla predvidjeti nastanak promijenjenih okolnosti, ipak se neće moći pozivati na njih, ukoliko ih je mogla izbjeći ili savladati. Načelo savjesnosti i poštenja bilo bi duboko podriveno ukoliko bi se stranci omogućilo pozivanje na klauzulu *rebus sic stantibus*, ako prethodno nije poduzela sve što se razumno moglo očekivati da umanjí ili otkloni štetne posljedice novonastalih okolnosti.

Sljedeći uvjet je da novonastale okolnosti „...*otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane ili se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i u drugom slučaju u toj mjeri da je očigledno da ugovor ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po općem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je...*“³⁹. Osnovni smisao klauzule *rebus sic stantibus* je da ugovor obavezuje ugovorne strane samo ako bi njegovo ispunjenje dovelo do rezultata kojima su ugovarači stremili prilikom zaključenja ugovora. Promijenjene okolnosti moraju imati takav efekt da **znatno otežaju ispunjenje obaveze jednog ugovarača ili da uslijed njih on ne može ostvariti svrhu ugovora**. Pritom, važno je naglasiti da novonastale okolnosti ne smiju u potpunosti onemogućiti ispunjenje obaveze nekog od ugovarača, jer bi se u tom slučaju radilo o višoj sili, uslijed koje bi ugovor prestao po sili samog zakona (*ipso lege*). Naš zakon, pri procijeni činjenice da li promijenjene okolnosti znatno otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, primjenjuje kriterij *općeg mišljenja* i kriterij *pravičnosti*⁴⁰.

³⁸ Primjeri promijenjenih okolnosti izričito su *egempli gratia* spomenuti u členu 56. Općih uzansi. Sudska praksa se već iskristalizirala u domenu klauzule *rebus sic stantibus* prije donošenja Zakona o obligacionim odnosima: „Za primjenu klauzule *rebus sic stantibus* nije dovoljno da je poslije zaključenja ugovora došlo do promijenjenih okolnosti uslijed novopropisanih upravnih mjera i ekonomskih pojava, već je potrebno da su te okolnosti za stranke imale određene ekonomske posljedice“ (rješenje Vrhovnog privrednog suda FNRJ od 7. decembra 1959. godine, Sl. 280/59); „Smanjenje kredita od strane banke ne predstavlja upravnu mjeru, koja bi se mogla smatrati izvanrednim nepredviđenim događajem zbog kojeg bi dužnik mogao tražiti izmjenu ili raskidanje ugovora“ (presuda Vrhovnog privrednog suda FNRJ od 25. februara 1955. godine, Sl. 41/55).

³⁹ Član 133, stav 1 ZOO.

⁴⁰ Taj kriterij nije bio spominjan u Općim uzansama. Međutim, opće je mišljenje da se njegovim

Pravne posljedice promijenjenih okolnosti

Ugovorna strana, kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno koja ne može ostvariti svrhu ugovora, može zahtijevati raskid ugovora ili izmjenu njegovog sadržaja, u skladu sa novonastalim okolnostima. Ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uvjeti ugovora pravično izmijene⁴¹. Dakle, radi se o raskidanju ugovora odlukom suda. Sama odluka ima konstitutivno djelovanje. Pri odlučivanju o raskidanju ugovora, sud će se rukovoditi načelima poštenog prometa, vodeći računa naročito o cilju ugovora, o normalnom riziku kod ugovora, odnosno vrste, o općem interesu, kao i o interesima objiju strana.⁴² Strana koja se odluči na ovakav raskid ugovora mora bez odlaganja obavijestiti drugu ugovornu stranu o svojoj namjeri, u protivnom će biti dužna da joj nadoknadi štetu koju je ova pretrpjela.

Ako sud raskine ugovor zbog promijenjenih okolnosti, on će na zahtjev druge strane obavezati stranu koja je zahtijevala raskid na naknadu pravičnog dijela štete drugoj strani koju ona zbog toga trpi. Vrlo je interesantno da naš Zakon o obligacionim odnosima izričito dozvoljava da se strane mogu ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti, osim ako je to u suprotnosti sa načelom savjesnosti i poštenja. Pritom je važno napomenuti da se strane ne mogu unaprijed odreći od pozivanja na sve okolnosti uopće, već se odricanje može odnositi samo na određene, taksativno nabrojane okolnosti.⁴³

Jednostrano mijenjanje kamata

Temeljni je princip svih komparativnih sistema ugovornih prava, pa i našeg Zakona o obligacionim odnosima, da ugovor nastaje i mijenja se suglasnošću, tj. konsenzusom stranaka.⁴⁴ Dosljednom primjenom ovog postulata

predviđanjem u odredbama Zakona o obligacionim odnosima nije značajnije promijenila sudska praksa zasnovana na Općim uzansama u domenu klauzule *rebus sic stantibus*.

⁴¹ Član 133, stav 4 ZOO.

⁴² Član 135 ZOO.

⁴³ Mogućnost primjene klauzule *rebus sic stantibus* u ovakvim slučajevima, u kontekstu važećih verzija ZOO i respektivnih verzija zakona o zaštiti potrošača, modeliranih prema Direktivi EU 93/13/EEC od 5. aprila 1993. godine, u pogledu nepoštenih uvjeta u potrošačkim ugovorima (ovaj model zakona o zaštiti potrošača primjenjuje se *mutandis mutatis* u svim zemljama bivše Jugoslavije), sugerira i presuda Suda EU u Luksemburgu u predmetu C 26/13 Kasler vs. OTP Jelzalogbank od 30. aprila 2014. godine, u kojem je taj sud zaključio da „...nacionalni sud može zamijeniti nepoštenu odredbu ugovora kako bi se ponovo uspostavila ravnoteža između ugovornih strana i očuvala njegova valjanost.“

⁴⁴ Član 211 u vezi sa članom 26 ZOO.

ugovornog prava, jednostrana izmjena ugovorene kamate bez saglasnosti i volje stranaka predstavlja *prima facie* povredu ugovornih obaveza, a kod potrošačkih kredita i povredu temeljnih principa Zakona o zaštiti potrošača BiH.⁴⁵ Prilikom zaključivanja osporenih ugovora koji su predmet ove analize, banke nisu propisno obavijestile komitente kao potrošače o kriterijima izmjene kamatnih stopa, nisu propisale uvjete za promjenu godišnje kamatne stope, niti su sačinile anekse ugovora o promjeni kamatnih stopa i dostavile ih komitentima na saglasnost. Ako bi i došlo do izmjene kamate, minimalni preduvjet bio bi da banke mogu preračunavati kamate ovisno o kretanju stope EURIBOR-a, odnosno LIBOR-a, ako su banke po ovoj referentnoj stopi pribavljale kapital, koji su kasnije plasirale komitentima, što sve propustile provesti.⁴⁶

U osporenim ugovorima banke su očito prekršile i član 10. Odluke o izmjenama i dopunama Odluke Agencije za bankarstvo FBiH o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne kamatne stope na kredite i depozite,⁴⁷ prema kojoj bi tužene banke bile obavezne da, u pogledu varijabilnih kamatnih stopa, jasno definiraju uvjete promjena nominalne kamatne stope koja je element obračuna efektivne kamatne stope. Ovom odlukom samo su jasnije precizirani principi općeg ugovornog prava koji su važili prije njenog donošenja, posebno kada treba štiti nejake stranke kao kod potrošačkih ugovora. Zbog kršenja ove prinudne norme, jednostrano povišenje kamata pogađa sankcija djelomične ništavnosti.

Sa stanovišta Zakona o obligacionim odnosima, suprotno argumentima tuženih banaka, jednostrano povećanje kamate tužene protivno je načelu ravnopravnosti učesnika u obligacionim odnosima,⁴⁸ načelu jednake vrijednosti davanja u dvostranim ugovorima,⁴⁹ te predstavlja kršenje načela zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja.⁵⁰ Isto tako, jednostranim povišenjem kamata, tj. iskorištavanjem neravnopravne pregovaračke pozicije svojih klijenta prema osporenim kreditima, ozbiljno je narušeno načelo savjesnosti i poštenja,⁵¹ ali i ustanova javnog poretka, budući da ovakvo ponašanje banaka predstavlja kršenje morala i dobrih običaja.

⁴⁵ Službeni glasnik BiH 25/06. Posebno se radi o povredi njegovih odredbi iz članova 54. i 57.

⁴⁶ Vidjeti dopis Agencije za bankarstvo F BiH, broj: 04-2-2567/09-1/11-24. od 6. 11. 2009. godine. Pojedini Opći uvjeti poslovanja (odluke banaka o kamatnim stopama – vidjeti Odluku UniCredit banke dd Sarajevo, broj 02-4816-2/06 od 5. 6. 2006. godine), izričito propisuju: „na kredite iz namjenskih pribavljenih sredstava banka ugovara istu kamatnu stopu kakvu je ugovorila s davateljem sredstava uvećanu za kamatnu maržu.“

⁴⁷ „Službene novine F BiH,“ br. 49/09, 6/09 (inicijalno je donesena 14. marta 2007. godine).

⁴⁸ Član 11. ZOO.

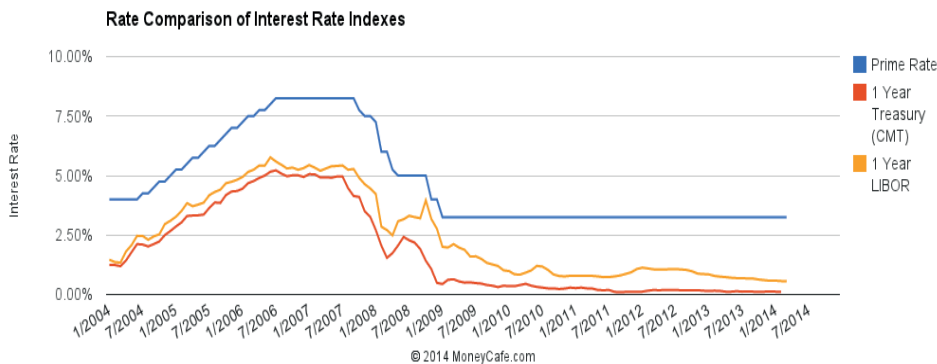
⁴⁹ Član 15. ZOO.

⁵⁰ Član 14. ZOO.

⁵¹ Član 12. ZOO.

Klauzule osporenih ugovora, koje omogućavaju tuženim bankama da jednostrano narušavaju jednaku vrijednost davanja ugovornih stranaka, protivne su načelu savjesnosti i poštenja i javnom poretku, osim ako bi bila primijenjena u okvirima naprijed analizirane klauzule *rebus sic stantibus*, što u konkretnom slučaju nije učinjeno. Kao takve pogađa ih sankcija djelomične ništavnosti⁵² na koju sud pazi po službenoj dužnosti, pritom imajući u vidu da je ugovor do nezakonitog povećanja opstajao i dalje može opstati u odsustvu primjene osporene klauzule. Jednostrano povećanje kamate, koje nema nikakve veze sa suštinskim promjenama na finansijskom tržištu, predstavlja nezakonito lihvarjenje, eksploataciju i samovlašće. Iz svega proistječe da je došlo do neosnovanog obogaćenja banaka opisanim situacijama,⁵³ posebno ako se uzme u obzir da je su referentne kamatne stope EURIBOR-a i LIBOR-a u periodu od 2007. godine do danas imale trend višestrukog pada – sa približno 6% na čak ispod 0,5% – što ukazuje na činjenicu da su, umjesto da smanje kamatu sa uračunatom kamatnom maržom, banke u stvari povećavale kamate bez ikakvog opravdanja, ili ih nisu adekvatno smanjivale.⁵⁴

Ovaj graf pokazuje kretanje visine LIBOR-a (kriva u sredini – označena narandžastom bojom) u periodu od 2004. do 2014. godine.⁵⁵



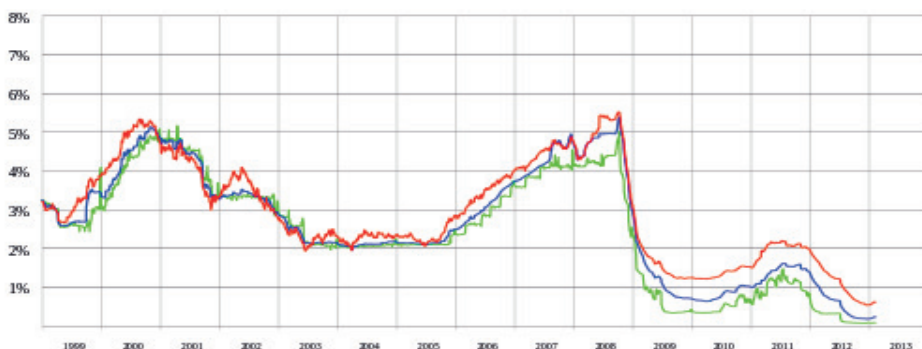
⁵² Član 105. ZOO. Važno je napomenuti da djelomična ništavost pogađa osporene klauzule u onoj mjeri koliko je neophodno da se svedu u okvire zakona. Na primjer, valutna klauzula opstala bi, ako bi se na temelju nje isplata anuiteta vršila prema kursu koji je važio u vrijeme „puštanja“ kredita. Ukoliko bi osporene klauzule, kao takve, mogle pravno opstati, onda bi opstale i sve sporedne obaveze (recimo, klauzula o jamstvu, hipotekarna klauzula itd.), u skladu sa načelom *accessorium sequitur principale* (sporedna prava, pripaci, slijede pravnu sudbinu glavne stvari); usporedi član 818. francuskog *Code civile*-a.

⁵³ Vidjeti dopis Institucije ombudsmana za zaštitu potrošača u BiH, broj: 01-3-26-341-1/09 od 10. 11. 2009. godine.

⁵⁴ Ovu konstataciju potvrđuje i nedavna presuda Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 71 O P 179073 16 GŽ od 19. februara 2017. godine.

⁵⁵ <http://www.moneycafe.com/personal-finance/1-year-libor-prime-cmt/> (posljednja posjeta 20. marta 2014. godine).

Ovaj graf prikazuje kretanje EURIBOR-a u periodu od 1998. do 2013. godine.⁵⁶



Jednostrana izmjena kamatnih stopa od strane banaka na temelju općih akata banaka ne ispunjavaju test obaveznosti, kako bi ove imale učinak općih uvjeta ugovora prema članu 142. ZOO FBiH, jer nisu objavljeni na uobičajeni način,⁵⁷ a nisu ni transparentno predloženi klijentima ovih banaka.⁵⁸ Isto tako, opći akti banke, kao opći uvjeti ugovora, bit će ništavi kao protivni samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i kada bi bili odobreni od nadležnog organa.⁵⁹

Da li su osporeni ugovori po pravnoj naravi potrošački ili ne?

Iako je veliki broj osporenih ugovora namjenski zaključen radi kupovine nekretnina, to ovim ugovorima ne oduzima pravnu prirodu potrošačkih ugovora.

⁵⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/File:EuriborChart12m3m1w.svg> (posljednja posjeta 23. marta 2014. godine).

⁵⁷ Najmanje u službenim novinama FBiH.

⁵⁸ Respektivna sudska praksa već je odavno stala na stanovište da u ovakvim slučajevima treba štiti klijenta banke kao nekaku stranku u ugovornom odnosu:

Iz izreke:

„Ako je ugovorena fiksna kamatna stopa na devizni štedni ulog banka ne može se osnovano pozivati na svoju odluku kojom je propisala da se obračun kamata u toku trajanja oročenja vrši po kamatnoj stopi propisanoj odlukom banke.“

Iz obrazloženja:

„Tužena banka se ne može osnovano pozivati na svoje odluke kojima je propisano da se obračun kamata u toku trajanja oročenja vrši po kamatnoj stopi propisanoj odlukom banke sve i da je takva klauzula unijeta u štednu knjižicu, jer u ovakvim slučajevima vrijede odredbe ugovora koga su stranke zaključile (čl. 1035. ZOO), a ne opšti uslovi, kako je to i propisano odredbom člana 142, stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.“

(Vs RS, Rev. 39/93, od 26. 10. 1993. – Bilten 1/1999 – 70)

⁵⁹ Član 143. ZOO FBiH.

ra. Odredba Zakona o zaštiti potrošača BiH⁶⁰, prema kojoj se odredbe posvećene potrošačkom kreditu ne primjenjuju na ugovore o kreditu čija je namjena kupovina, iznajmljivanje ili renoviranje nekretnina, doista izuzimaju ovu kategoriju potrošačkih ugovora od primjene odredbi Poglavlja XI ovog zakona, čiji je *ratione materiae* ograničen na potrošačke kredite, ali ih ne izuzima od primjene svih ostalih odredbi Zakona o zaštiti potrošača BiH koje se tiču zaštite osnovnih prava potrošača,⁶¹ kao i obaveze obavljanja trgovinske djelatnosti na pošten način (konkretizacija općeg načela građanskog prava savjesnosti i poštenja⁶²), uključujući sve preostale odredbe ovog zakona, koje se odnose na zaštitu pravnog položaja potrošača, kao nejake stranke u potrošačkom ugovoru.

Isto tako, svi osporeni ugovori nisu izuzeti od primjene prinudnih normi našeg obligacionog prava koja se manifestiraju u vidu načela ravnopravnosti učesnika u obligacionim odnosima, načela jednake vrijednosti davanja u dvostranim ugovorima, načela zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja. Sva nabrojana načela listom zabranjuju iskorištavanje neravnopravne pregovaračke pozicije klijenta od strane banke, što je ujedno i protivno vrhunskom načelu savjesnosti i poštenja (*honest and fair dealing, treu und glauben, la bone foi*), kao i ustanovi javnog poretka.

Naposljetku, na temelju analiziranih odredba ZOO FBiH i posebnih propisa, može se zaključiti da cjelokupno građansko zakonodavstvo u BiH normirano tako da manifestira tendenciju moralizacije i humanizacije građanskopravnih odnosa, budući da *inter alia* štiti i dužnika kao nekaku stranku, posebno u situacijama kada ovaj pristupa formularnom ugovoru o kreditu u kojem vrvi od klauzula koje neravnomjerno raspoređuju na dužnikovu stranu teret obaveza (recimo, valutnu klauzulu, naknadu za obradu kredita, sijaset klauzula kojima se pojačava pravni položaj banke u ugovornom odnosu putem solidarnog jamstva, hipotekarne klauzule, bjanko mjenice itd.) ili daje mogućnost (pravnu moć) jednoj stranci (recimo banci) da može jednostrano mijenjati uvjete ugovora, odnosno njegove bitne sastojke (recimo, kamatnu

⁶⁰ Član 53. Zakona o zaštiti potrošača BiH.

⁶¹ Član 3. Zakona o zaštiti potrošača BiH:

„Osnovna prava potrošača su:

a) pravo pristupa osnovnim robama i uslugama;
 b) pravo na obrazovanje o pitanjima potrošača;
 c) pravo na sigurnost i zaštitu života i zdravlja;
 d) pravo na informiranost;
 e) pravo na izbor;
 f) pravo da bude saslušan i zastupan;
 g) pravo na naknadu štete i kompenzaciju;
 h) pravo na život i rad u zdravoj i održivoj okolini.“

⁶² Član 12. ZOO FBiH.

stopu), posebno kada se to čini na temelju nekakvih općih akata, koje prema zakonu ne ispunjavaju test općih uvjeta ugovora. Posebno valja podvući uniformne odredbe različitih verzija ZOO koje važe u BiH i u okruženju, koje se tiču tumačenja ovakvih ugovora. Naime, pitanje primjene pravila tumačenja ugovora najčešće se ne postavlja u situaciji kada su ugovorne odredbe jasne, nedvosmislene i nesporne (*in claris non fit interpretatio*).⁶³ Međutim:

„U slučaju kad je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačit će se u korist druge strane.“⁶⁴

Naš zakonodavac nastavlja sa sličnom dikcijom, filigranski propisujući različita pravila tumačenja, u zavisnosti od toga da li se radi o ugovoru bez naknade ili ugovoru sa naknadom. Tako:

„Nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.“

Da li intervencija zakonodavaca putem zakonske konverzije valutnih klauzula izraženih u švicarskim francima (ipso lege) adekvatno rješenje problema?

Kao reakcija na mnogobrojne probleme u naplati kredita denominiranih u švicarskim francima, čije su razmjere narasle i dosegle razinu socijalne, pa i humanitarne krize, neki zakonodavci, kao oni u Hrvatskoj,⁶⁵ Poljskoj, Crnoj Gori i, najnovije, u Srbiji, opredijelili su se za zakonodavnu intervenciju putem donošenja posebnih zakona (*lex specialis*), kojima su silom samog zakona (*ipso lege*) konvertirali valutne klauzule denominirane u švicarskim francima u one denominirane u eurima. Interesantna karakteristika ovih zakonodavnih intervencija očituje se u tome što takvi zakoni imaju retroaktivno (retrospek-

⁶³ Član 99, stav 1. ZOO FBiH: „Odredbe ugovora primjenjuju se onako kako glase.“

⁶⁴ Član 100. ZOO FBiH. Primjer iz sudske prakse:

„Nejasne odredbe tipskog ugovora o prodaji stana za tržište koji je unaprijed pripremila i predložila na prihvaćanje pravna osoba koja se bavi prodajom stanova za tržište valja tumačiti u korist kupca stana.“

(Vs H, Rev. 1201/86, od 12. 11. 1986. – Psp 33 – 79).

⁶⁵ „Croatia Plans to Convert Swiss Franc Loans into Euros,“ Reuters, Sept. 10, 2015. Jasmina Kuzmanovic, „Banks Prepare to Sue Croatia Over Swiss Franc Loans Law,“ Bloomberg Business, Sept. 14, 2015. Međutim, u aprilu 2017. godine Ustavni sud Hrvatske odbio je prijedloge za ocjenu nesaglasnosti sa Ustavom zakona kojim je izvršena konverzija kredita indeksiranih u valuti švicarskog franka u euro. Ovaj sud je izrekao da je osporenim zakonom postignut legitimni cilj: povećanje socijalne zaštite, sprečavanje nepoštene poslovne prakse kreditnih institucija i sprečavanje produblivanja dužničke krize (vidjeti o ovome u: <http://www.chfsrbija.org/novosti/ustavni-sud-republike-hrvatske-zastitio-korisnike-kredita>, kao i <http://opozicionar.com/2017/04/24/kreditu-u-svajcancima-jos-jedan-dokaz-o-pljacki/>, posljednja posjeta 9. maja 2017. godine).

tivno) djelovanje, što daju povoda brojnim bankama da, kao investitori, zatraže pravnu zaštitu na temelju bilateralnih ugovora o zaštiti investicija (bilateral investment treaties – „BITs“) pred međunarodnim trgovačkim arbitražama u takozvanim sporovima između investitora i država (*investor–state arbitration*). Hrvatska ima 47, a Poljska 60 BIT-ova potpisanih sa zemljama izvoznicama finansijskog kapitala, kao što su SAD, Njemačka, Holandija, Italija itd.⁶⁶ U Srbiji se to neće desiti, analizirali smo. Teret konverzije prebačen je na Budžet Republike Srbije, tj. poreske obveznike (nije jasno, zašto je srpski zakonodavac odlučio tako pogodovati bankama u privatnom vlasništvu).

Mahom svi BIT-ovi, u svojim početnim odredbama, sadrže načela kao što su zabrana diskriminacije (pravo na fer i ravnopravan tretman – *the fair and equitable treatment standard*), koja podrazumijeva zabranu intervencije vlasti potpisnica da naknadno donose propise koji mogu narušiti legitimna i razumna očekivanja investitora u vrijeme ulaganja svog kapitala. Zbog ovakvih karakteristika pravnih učinaka BIT-ova, čini se da će zemlje koje se opredijele za ovakav oblik zakonodavne intervencije, veoma vjerojatno, izgubiti sporove u respektivnim arbitražama, što može imati za posljedicu gubitak za budžete tih država u iznosima od nekoliko milijardi eura. U konačnici, to će dovesti do prevajivanja dugova izraženih u švicarskim francima na poreske obveznike i tako omogućiti bankama, koje su plasirale ovakve nemoralne i nezakonite kredite, izvlačenje ogromnih svota novca iz ekonomija pogođenih zemalja.

Prijedlog zakona o konverziji stambenih kredita indeksiranih u švicarskim francima, koji je Odbor za finansije, republički budžet i kontrolu trošenja javnih sredstava pri Skupštini Republike Srbije u načelu usvojio, na žalost, pored gorenavedenih razloga, nije opravdan još iz dva razloga:

Ukoliko se ovaj prijedlog usvoji, troškove obeštećenja dužnika, umjesto komercijalnih banaka, snosit će i poreski obveznici.

Isto tako, ovaj zakonski prijedlog proizvodi diskriminaciju, kao i pravnu nesigurnost, jer se odnosi samo na jednu grupu dužnika valutnih klauzula indeksiranih u švicarskim francima, a ne na sve dužnike. To bi moglo proizvesti nove (tužbene) zahtjeve prema budžetskim sredstvima namijenjenim obeštećenju građana, što se ističe i u respektivnoj objavi Savjeta Republike Srbije.⁶⁷

Krajnje neobičnim čini se i činjenica da je prijedlog posebnog zakona u vezi sa kreditima u švicarskim francima ušao u skupštinsku proceduru, po hitnom postupku, bez javne rasprave.

⁶⁶ Vidjeti, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (posljednja posjeta 27. novembra 2016. godine).

⁶⁷ <http://rs.n1info.com/Biznis/a477107/Fiskalni-savet-Leks-specijalis-o-svajcarcima-presedan-koji-nosi-rizike.html> (posljednja posjeta 26. aprila 2019. godine).

Zaključak

Budući da je prožeto tendencijom moralizacije i humanizacije građansko-pravnih odnosa i da *inter alia* štiti i dužnika kao nekaku stranku, naše zakonodavstvo već pruža zadovoljavajuću pravnu zaštitu za klijente kao potrošače kada zaključe ugovore o kreditu sa valutnom klauzulom i klauzulom o varijabilnoj kamatnoj stopi. Princip monetarnog nominalizma primjenjuje se, bez izuzetka, na ugovore o kreditu zaključene u FBiH između banka i klijenata kao potrošača. Ovaj princip podrazumijeva da se sva ugovaranja u devizama, zlatu ili ona fiksirana valutnim klauzulama u Federaciji mogu ugovarati, s tim što se plaćanje i naplaćivanje vrši isključivo u konvertibilnim markama prema kursu u vrijeme ugovaranja ovih klauzula. Donošenjem Zakona od deviznom poslovanju FbiH, od 1998. godine prestali su važiti preuzeti propisi iz bivše SFRJ i to: Zakon o deviznom poslovanju SFRJ iz 1985. godine i Zakon o privremenim mjerama o izmjenama i dopunama Zakona o deviznom poslovanju iz 1989. godine, čija je primjena počela 1. januara 1990. godine, a preuzeti su od strane BiH, 1992. godine. Prema važećoj prinudnoj pravnoj normi iz člana 395. ZOO FBiH, ugovori o kreditu isplaćeni u konvertibilnim markama sa fiksnim valutnom klauzulom u švicarskim francima, po kursu važećem u vrijeme isplate anuiteta od strane klijenta, nedopušteni su. Kao takve pogađa ih sankcija djelomične ništavnosti. Sudskom odlukom nezakonito ugovorena valutna klauzula svest će se u okvire zakona, odnosno u okvire gorenavedene prinudne norme koja nalaže da se „... plaćanje u zlatu ili nekoj stranoj valuti (...) može zahtijevati samo u domaćem novcu prema kursu koji je važio u trenutku nastanka obaveze.“⁶⁸ Valutne klauzule, onako kako su ugovorene u osporenim kreditima, mogu predstavljati i izigravanje ustanove *currency boarda*, vezivanjem domaće valute za stranu valutu koja nije euro, koja je uspostavljena Zakonom o Centralnoj banci BiH.

Tamo gdje je valutna klauzula dozvoljena – u međubankarskom poslovanju, kao i kod međunarodnih transakcija, **njena svrha je zaštitna a ne profitna**, jer je cilj ovih klauzula osigurati ekvivalentnost uzajamnih prestacija stranaka. **Ni u kojem slučaju, valutna klauzula ne može se primijeniti tako da neosnovano pridonese ekstraprofitu davaocu kredita.** Nagli skok kursa monete valutne klauzule, kao što je to slučaj sa švicarskim frankom u odnosu sa sve ostale valute, koji dovodi do narušavanja ravnoteže uzajamnih davanja, koje su stranke kontemplirale prilikom zaključenja ugovora, **obesmišljava cilj ugovora** za jednu ugovornu stranku, a nerazumno insistiranje na ispunjenju

⁶⁸ Član 395

ovakvih ugovora odvelo bi ih u sigurnu finansijsku propast. Sve verzije ZOO koje važe u BiH i regionu omogućavaju primjenu klauzule *rebus sic stantibus*, u situacijama kada, nakon zaključenja ugovora, a u vrijeme ispunjenja ugovornih obaveza, nastupe određeni događaji, kao što je nagli porast vrijednosti monete za koju je fiksirana valutna klauzula, **koji se nisu mogli predvidjeti u vrijeme zaključenja ugovora, a jednoj ugovornoj strani otežavaju ili onemogućavaju ostvarenje cilja kome je ona težila**. Ova klauzula omogućava da se, zbog promijenjenih okolnosti, **ugovor sa trajnim ispunjenjem činidbi** može raskinuti sudskom odlukom konstitutivne naravi, uz kumulativno ispunjenje sljedećih uvjeta: 1. da su promijenjene okolnosti nastupile **nakon zaključenja ugovora**; 2. da su te okolnosti nastale prije dospelosti obaveze, odnosno prije nego što je komitent zapao u zakašnjenje (docnju); 3. promijenjene okolnosti moraju po svojoj prirodi biti **izvanredne**, odnosno da se u vrijeme zaključenja ugovora nisu mogle uzeti u obzir od one ugovorne strane koja se na njih poziva; 4. prilikom zaključenja ugovora, svaka ugovorna strana dužna je postupati s pažnjom dobrog domaćina, odnosno s pažnjom dobrog privrednika i da u skladu s tim predvidi promjenu onih okolnosti, koje nastaju uobičajeno, prema redovnom toku stvari; 5. ugovorna strana, koja nije mogla predvidjeti nastanak promijenjenih okolnosti, ipak, neće se moći pozivati na njih, ukoliko ih je mogla izbjeći ili savladati; 6. uvjet je da novonastale okolnosti „...*otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane ili se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i u drugom slučaju u toj mjeri da je očigledno da ugovor ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po općem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je...*“⁶⁹ Prema svim verzijama ZOO, pri procijeni činjenice da li promijenjene okolnosti znatno otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, primjenjuje se kriterij *općeg mišljenja* i kriterij *pravičnosti*.⁷⁰ Uslijed promijenjenih okolnosti, stranka (komitent) kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno koja ne može ostvariti svrhu ugovora, može zahtijevati od suda da svojom konstitutivnom presudom raskine ugovor ili izmijeni njegov sadržaj u skladu sa novonastalim okolnostima. Ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uvjeti ugovora pravično izmijene.

Pravna moć jedne ugovorne strane (banke) da može jednostrano izmijeniti u svoju korist bitan sastojak ugovora, kao što je ugovorena kamata, bez saglasnosti i protivno volji druge stranke, predstavlja *prima facie* povredu jednakosti stranaka u ugovornom odnosu kod teretnih ugovora, a kod potro-

⁶⁹ Član 133, stav 1. ZOO.

⁷⁰ Taj kriterij nije bio spominjan u Općim uzansama. Međutim, opće je mišljenje da se njegovim predviđanjem u odredbama Zakona o obligacionim odnosima nije značajnije promijenila sudska praksa zasnovana na Općim uzansama u domenu klauzule *rebus sic stantibus*.

šačkih ugovora i povredu prava potrošača protiv koje jamči Zakon o zaštiti potrošača BiH. Jednostrano povećanje kamata od strane banaka, iskorištavanjem neravnopravne pregovaračke pozicije svojih klijenta prema osporenim kreditima, protivno je temeljnim principima građanskog prava u BiH, i to: načelu ravnopravnosti učesnika u obligacionim odnosima, načelu jednake vrijednosti davanja kod dvostranih ugovora, načelu zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja, načelu savjesnosti i poštenja i ustanova javnog poretka. Jednostrana izmjena kamatnih stopa od strane banaka na temelju njihovih općih akata ne ispunjavaju test općih uvjeta ugovora prema članu 142. ZOO FBiH, jer nisu objavljeni na uobičajeni način i nisu transparentno predloženi klijentima ovih banaka. Isto tako, opći akti banke kao opći uvjeti ugovora ništavi su, jer su protivni samom cilju zaključenog ugovora i dobrim poslovnim običajima, čak i kada bi bili odobreni od nadležnog organa.

Svi ugovori zaključeni između banka i klijenata potrošački su po pravnoj naravi i kao takvi moraju biti zaključeni i uređivati prava i obaveze između ugovornih strana na pošten način i posebno štiti pravni položaj klijenta banke kao potrošača – nejake stranke u potrošačkom ugovoru. Budući da su svi osporeni ugovori između banka i klijenata zaključeni prema unaprijed odštampanom sadržaju (formularni ugovori, adhezioni ugovori, ugovori po pristupu) i pripremljeni, odnosno predloženi od jedne ugovorne strane (banke), njihove nejasne odredbe tumačit će se u korist druge strane – dužnika (komitenta). Isto tako, budući da se radi o teretnom ugovoru, sve njegove nejasne odredbe tumačit će se smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.

Sud EU u Luksemburgu već je čvrsto ustanovio sudsku praksu prema kojoj su sporne klauzule denominirane u švicarskim francima ništavne, kao protivne načelu savjesnosti i poštenja, ukoliko banke, prilikom zaključivanja ugovora o kreditu nisu upozorile svoje klijente, kao potrošače, o rizicima povezanim sa takvim kreditima (što mahom nisu činile). Najviše sudske instance u regionu počele su slijediti praksu Suda EU u Luksemburgu, osim Ustavnog suda BiH, koji je odlučio zaštititi interese privatnih banaka i to odlukom koja, očito, po svim svojim karakteristikama, ne zadovoljava kriterij obrazložene sudske presude prema standardima Europskog suda za ljudska prava u Strazburu.

Donošenje posebnih zakona (*lex specialis*), kojima se silom samog zakona (*ipso lege*) konvertiraju valutne klauzule denominirane u švicarskim francima u one denominirane u eurima, nije dobar način rješavanja problema naplate ovih kredita, jer ovakav oblik zakonodavne intervencije, koji ima retroaktivno (retrospektivno) djelovanje, omogućava bankama da, kao investitori, zatraže pravnu zaštitu na temelju bilateralnih ugovora o zaštiti investicija (*bilateral investment treaties* – „BITs“), pred međunarodnim trgovačkim arbitražama u takozvanim

sporovima između investitora i država (*investor – state arbitration*). Zbog zabrane diskriminacije (prava na fer i ravnopravan tretman – *the fair and equitable treatment standard*), koja podrazumijeva zabranu intervencije vlasti potpisnica da naknadno donose propise, koji mogu narušiti legitimna i razumna očekivanja investitora u vrijeme ulaganja svog kapitala, čini se da će zemlje, koje se opredijele za ovakav oblik zakonodavne intervencije, veoma vjerojatno, izgubiti sporove u respektivnim arbitražama, što može imati za posljedicu velike gubitke za budžete tih država koji mogu dosežati iznose od nekoliko milijardi eura. U konačnici, to će dovesti do prevaljivanja dugova izraženih u švicarskim francima na poreske obveznike i tako omogućiti bankama, koje su plasirale ovakve nemoralne i nezakonite kredite, izvlačenje ogromnih svota novca iz ekonomija pogođenih zemalja. Stoga, nije neophodno donositi ovakve zakone, kada dužnicima i sudovima na raspolaganju stoje brojne gorenavedene ustanove i pravni koncepti iz Zakona o obligacionim odnosima i posebnih propisa, čijom se primjenom mogu adekvatno riješiti problemi naplate ovakvih kredita.

Donošenje Zakona o konverziji stambenih kredita indeksiranih u švicarskim francima Republike Srbije, po hitnom postupku, bez javne rasprave, ne čini se razumnim, jer troškove obeštećenja dužnika putem konverzije kredita, umjesto komercijalnih banaka, snosit će i poreski obveznici. Isto tako, odredbe ovog Zakona mogle bi proizvesti diskriminaciju, kao i pravnu nesigurnost, jer se odnosi samo na jednu grupu dužnika valutnih klauzula indeksiranih u švicarskim francima, a ne na sve dužnike. To će zasigurno prouzrokovati nove (tužbene) zahtjeve prema budžetskim sredstvima namijenjenim obeštećenju građana.⁷¹

⁷¹ <http://rs.n1info.com/Biznis/a477107/Fiskalni-savet-Leks-specijalis-o-svajcarcima-presedan-koji-nosi-rizike.html> (posljednja posjeta 26. aprila 2019. godine).

NEW DEVELOPMENTS - "THE OLD STORY" IN DISPUTE RESOLUTION ON CURRENCY CLAUSES INDEXED IN SWISS FRANKS IN BIH AND THE REGION

Genc Trnavci, PhD, Professor*

Abstract

There is an issue as to legality of foreign currency clauses pegged to the Swiss franc stipulated within loan agreements between banks and their clients in Bosnia and Herzegovina as well as to clauses enabling banks to unilaterally modify interest rates. The Act on Obligations of the Federation of Bosnia and Herzegovina firmly establishes the principle of monetary nominalism, mandating the impugned loans be converted to the exchange rate valid at the time of taking the loan and clients be able to request a refund of money paid in excess. The purpose of foreign currency clauses is protective, meaning these are not designed to serve acquiring extra-profit for lenders. If the purpose of agreement for a client has lost rationale, due to exchange rate raises relative to foreign currency clauses or other events that could not have been predicted at the time of contract formation, the inflicted party may request the court to implement the frustration of purpose clause (rebus sic stantibus) insofar as to rescind the agreement or modify its content, i.e. restrict the foreign currency clause, all in accordance with new circumstances. The banks' privilege to unilaterally change interest rates is contrary to the basic tenets of contract law in Bosnia and Herzegovina as well against the norms on consumer protection. The courts, therefore, should declare null and void the clauses enabling banks to unilaterally modify interest rates after the contract formation. In case the impugned agreement contains boilerplate clauses, its ambiguous provisions ought to be construed in favor of the debtor. If the agreement is reciprocal, it ought to be construed so as to allow a just equilibrium of mutual performances between the parties.

Key words: *foreign currency clause, unilateral modification of interest rates (variable interest rate), frustration of purpose, consumer contract.*

*Ad Hoc Judge at the Court for Human Rights in Strasbourg, Full Professor at the Faculty of Law of the University in Bihac

СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ СУПРУЖНИКА

Проф. др Дарко Радић*

***Апстракт:** Важан сегмент уређења имовинских дејстава брака односи се на одговорност супружника за обавезе настале током брачне заједнице. Имајући у виду значај овог питања, не само за супружнике, већ и за остале чланове породице, законодавац је предвидио посебна правна правила, која у извјесној мјери одступају од општих правила облигационог права. У том смислу, аутор у овом раду разматра релевантне позитивноправне прописе којима се уређује солидарна одговорност супружника, уз одговарајући упоредноправни приказ, а све са циљем да се преиспита њихова оправданост – нарочито у смислу одступања од општих правила облигационог права, али и функционалност, како у смислу заштите интереса брака и породице, тако и у смислу заштите интереса повјерилаца брачних супружника.*

***Кључне ријечи:** солидарна одговорност, индивидуална одговорност, обавезе, брак, породица.*

1. Увод

Конституисање и егзистенција материјалне базе заједнице живота супружника, као уосталом и функционисање породичне заједнице, нужно подразумијева ступање супружника у правне односе са трећим лицима. У таквим имовинскоправним релацијама супружници стичу права, али преузимају и обавезе. Осим што се настанак обавеза везује за послове управљања и располагања заједничком имовином, несумњиво је да је преузимање обавеза од стране супружника најчешће узроковано и уско по-

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

везано са задовољавањем њихових и потреба осталих чланова породице.

Брак, односно заједница живота, представљају природни и друштвени амбијент, правни и економски оквир у којем супружници, односно чланови породице задовољавају своје најразличитије потребе. Потребе, зависно од критеријума посматрања, могу бити: заједничке и индивидуалне, егзистенцијалне (примарне) и секундарне, материјалне и духовне (интелектуалне), једнократне, периодичне и континуиране, и сл. Без обзира на њихове међусобне разлике, задовољавање највећег дијела потреба подразумејева ангажовање материјалних ресурса. У том смислу, супружници приступају закључењу различитих правних послова ради набавке добара (храна, стан, одјећа, обућа, огрев, технички уређаји, књиге, итд.) и услуга (испорука воде, топлотне и електричне енергије, учење страног језика, организовање путовања, итд.), које, по правилу, захтијевају противнакнаду преносиоцу права својине или каквог другог права, односно даваоцу услуге чији дужници су супружници или један од њих. Будући да се у већини случајева ради о обавезама које су саставни дио заједнице живота и да се исплаћују из заједничке имовине, супружници тада одговарају према правилима о солидарној одговорности.

Међутим, упоредо са претходно поменутиим обавезама, супружници преузимају и обавезе које се не тичу брачне, односно породичне заједнице. Задовољавање свих потреба супружника није увијек и не нужно везано за њихов заједнички живот и заједничку имовину. Правно дозвољеним актима супружници улазе и у имовинскоправне односе чији садржај се везује за њихову имовину (превасходно посебну имовину, а потом и удио у заједничкој имовини). Дакле, располагање посебном имовином, те задовољавање потреба које прелазе оквира редовне потрошње у животној заједници, доводе супружника у позицију другачију од оне коју као дужник заузима са другим супружником за одређене врсте обавеза. У таквој ситуацији, супружник одговара према другачијим правилима – правилима о индивидуалној одговорности. Исто тако, противправне радње једног супружника које за резултат имају штету и које воде ка успостављању облигационог односа у којем се утврђује његова грађанскоправна одговорност, такође, имају правно финале у којем се не примјењују правила о солидарној одговорности супружника, изузев ако би за такво шта било мјеста према општим правилима о одговорности за накнаду штете, коју су проузроковали више лица.

У погледу примјене правила о индивидуалној одговорности, супружници се готово не разликују у односу на остале субјекте у праву. Елементе посебности видимо у ситуацији када посебна имовина су-

пружника–дужника није довољна за намирење повјериочевог потраживања, па тада повјерилац може да захтијева диобу заједничке имовине, а у циљу утврђивања обима права његовог дужника, како би се на тој имовини могао намирити. С друге стране, солидарна одговорност супружника везује за себе извјесне специфичности, како у погледу правног положаја супружника–дужника, тако у погледу одступања од неких општих правила о солидарној одговорности. У том смислу, у наставку овог рада изложићемо упоредноправни преглед и основне елементе неколико модела солидарне одговорности супружника у правима неких европских земаља, односно размотрићемо систем солидарне одговорности супружника у позитивном праву.

2. Систем солидарне одговорности супружника у упоредном праву

Систем солидарне одговорности супружника у значајној мјери одражава прилике у савременом друштву и његов однос према браку и породици. Према правилима система солидарне одговорности, супружници солидарно (заједнички) одговарају за обавезе преузете током брака и за потребе брака. То су све оне обавезе које су настале ради подмирења различитих текућих потреба у брачној, односно породичној заједници. Поред тога, солидарна одговорност супружника предвиђа се и за обавезе за које они по закону заједно одговарају (порез на имовину, одговорност за штету коју причине њихова заједничка малољетна дјеца, одговорност за проузроковану штету, и сл.). Примјеном овог система одговорности за обавезе, постижу се значајни ефекти: потврђује се равноправност супружника и родитеља; обезбјеђује се заштита интереса савјесних трећих лица, са којима супружници понаособ улазе у различите имовинске односе; омогућује се несметано и континуирано функционисање заједнице живота, односно заједничког домаћинства; омогућује се реализација начела узајамног помагања супружника; и сл.

Суштина система солидарне одговорности апсолутно је компатибилна концепту брачне имовине (брачне тековине или брачне стечевине), нарочито режиму заједничке имовине у његовом класичном облику. Наиме, правна природа заједничке имовине јесте правни израз заједништва у животу и имовинским односима успостављеним закључењем брака, односно заснивањем заједнице живота. Као што су неопредијељени њихови удјели у заједничкој имовини, тако је неодређено учешће

супружника у обавезама.¹ Сваки од њих према повјериоцу дугује испуњење обавезе у свему како она гласи. С друге стране, супружник који није био дужник платаца, свакако мора поднијети терет испуњења дуга. Другим ријечима, супружник платаца има право регреса према заједничкој имовини, уколико је заједнички дуг исплатио из своје посебне имовине. Међутим, ако је дуг исплаћен из заједничке имовине, онда се приликом диобе и обрачуна исте, који се тим поводом врши, утврђује висина удјела сваког од супружника и исти су у обавези да у исплати дуга учествују управо онолико колико износе њихови утврђени удјели у заједничкој имовини. Ако је један од супружника у исплати дуга учествовао више него што то диктира његов удио у заједничкој имовини, онда он има право регреса у односу на другог супружника све до износа који је сразмјеран удјелу потоњег у заједничкој имовини. Разумије се, сваки супружник одговара цјелокупном имовином, како својим удјелом у заједничкој имовини, тако и својом посебном имовином.

У породичним законодавствима већине европских земаља прихваћен је управо систем солидарне одговорности супружника за обавезе преузете током брака. За вријеме заједнице живота супружници солидарно одговарају за настале обавезе, без обзира на то који од њих је обавезу преузео. Према **шведском праву**, супружници имају право да уживају једнак квалитет животног стандарда и обавезу да, сходно својим могућностима, доприносе задовољавању личних и заједничких потреба.² Они дијеле све трошкове заједничког живота и дужни су међусобно се обавјештавати о финансијској ситуацији која се тиче породице.³ За личне обавезе одговара само онај супружник који их је преузео. Али, ако је обавеза преузета од стране оба супружника, онда ће они за исту одговарати заједнички; како уосталом и приличи равноправном положају, једнако важним улогама у породици и њиховим обавезама у погледу заједнице живота. С друге стране, овакво рјешење свакако је повољније и за повјериоца. Повјериоцу, нарочито, користи још једно правило. Наиме, уколико је ствар у односу на коју повјерилац захтијева намирење, у заједничкој државини супружника, претпоставља се да је то посебна имовина супружника – дужника обавезе.

¹ У класичном моделу заједничке имовине удјели супружника у обавезама преузетим за потребе брачне, односно породичне заједнице, сразмјерни су удјелима у заједничкој имовини. Дакле, тек по утврђивању удјела у заједничкој имовини може се прецизно одредити висина обавезе сваког од супружника, тј. учешће сваког од њих у обавези према трећем лицу (повјериоцу).

² Вид. поглавље 6, чл. 1 Закона о браку Шведске – даље: ЗБШ (*Marriage Code 1987SFS1987:230*).

³ Вид. поглавље 1, чл. 4 ЗБШ.

Други супружник може оборити ову претпоставку доказујући да се ради о предмету из састава заједничке имовине.⁴ У поступку диобе брачне имовине, након што се утврде удјели, врши се умањење њихових вриједности за износе дуговања које је сваки супружник имао у моменту покретања бракоразводног поступка.⁵

Правила о имовинској одговорности супружника у **француском законодавству** у потпуности одговарају законском моделу заједнице добара и представљају досљедну примјену концепта имовинског заједништва у браку. Као и у позитивном праву, супружници, према француском законодавству, одговарају индивидуално и солидарно. Солидарна одговорност супружника предвиђена је за све обавезе које произлазе из послова вођења и одржавања заједничког домаћинства (укључујући задовољавање свакодневних и редовних потреба свих чланова породице), односно послова подизања и образовања заједничке и усвојене малолетне дјеце. Интересантно је, међутим, да у неким случајевима нема мјеста солидарној одговорности, ако је правни посао закључио један супружник без претходне сагласности другог. То је изричито предвиђено за уговор о кредиту. Интенција законодавца је, чини се, била да спријечи могућност у којој би један супружник, без чијег је знања и одобрења закључен уговор о кредиту, могао да буде судужник за обавезу коју је по својој вољи и слободној процјени преузео други супружник. Дакле, поред карактера обавезе, односно сврхе у коју ће позајмљени новац бити утрошен, а који служе процјени да ли се за исту одговара индивидуално или солидарно, дефинисан је посебан пропис који у одсуству сагласности супружника предвиђа индивидуалну одговорност само једног од њих – дужника кредита. За остале обавезе, оне које излазе ван горе поменутих критеријума, сваки од супружника одговара индивидуално својом цјелокупном имовином – својом посебном имовином, али и својим удјелом у заједници добара. Овај потоњи случај свакако може да угрози интересе породице, или прецизније, њену финансијску стабилност. Отуда и посебна рјешења у виду привремених мјера којима се на одређено вријеме, најдуже до три године, може спријечити намирење повјериоца из удјела супружника–дужника у заједници добара. Суд ће овакву привремену мјеру досудити уколико супружник преузима обавезе које није у стању

⁴ Saldeen, Å., „Family Law in Sweden“, *Family Law in Europe* (ed. Hamilton, C., Standlay, C., Hodson, D.), London – Dublin – Edinburg, 1995, 482.

⁵ *Ibid.*, 489.

испунити, а да при томе не угрожава интересе породице. Према томе, неодговорни и самовољни поступци једног супружника не могу, бар на неко вријеме, резултирати довођењем другог супружника и заједничке малолетне и усвојене дјецe у имовинске неприлике у које би могли бити уведени диобом заједничке имовине.⁶

Правила о одговорности супружника у **италијанском праву** врло су слична позитивним истоврсним прописима. Наиме, у случају да је обавеза резултат аката управљања заједничком имовином или посљедица закључења правног посла који је у интересу породице, одговорност супружника за такву обавезу је солидарна.⁷ Уколико је за измирење дуга недовољна заједничка имовина, сваки од супружника одговара и својом посебном имовином, али највише до једне половине обавезе.⁸ Дакле, законодавац је заштитио супружнике на начин да ови, за разлику од осталих дужника, могу задржати дио имовине који ће бити изузет од принудног намирења потраживања повјериоца, мимо општих правила о стварима и правима која не могу бити предмет извршења. За индивидуалне (личне) обавезе сваки од супружника одговара појединачно, тј. својом посебном имовином, а у недостатку (недовољности) ове, својим удјелом у заједничкој имовини.⁹

Према **њемачком** законодавству, супружник може закључити правни посао са трећим лицем како би на одговарајући начин задовољио потребе породице и при томе обавезује и другог супружника. Дакле, овакве обавезе терете оба супружника, изузев када другачије произлази из околности случаја. Ипак, један супружник може да ограничи или ускрати сагласност другом супружнику да овај преузима обавезе које ће их заједнички теретити, али само уколико постоји оправдан разлог, јер ће у супротном суд одбити овакав захтјев. Ограничавање или ускраћивање претходно описане сагласности има дејство према трећем, и супружника (који није учествовао у правном послу) ослобађа одговорности за преузету обавезу, само ако је тако предвиђено брачним уговором, који је уписан у одговарајући јавни регистар у надлежном суду, или је то трећем било

⁶ Guimezanes, N., „Family law in France“, *Family law in Europe* (ed. by Hamilton, C., Standley, C., Hodson, D.), London–Dublin–Edinburg, 1995, 133.

⁷ Вид. чл. 186 Италијанског грађанског законика – даље: ИГЗ (*Il Codice Civile Italia 1942, Gazzetta Ufficiale*, n. 79 del 4 aprile 1942, у верзији од марта 2000. године. Превод са италијанског на енглески *F. Chiaves* и *P.G. Monateri*).

⁸ Вид. чл. 190 ИГЗ.

⁹ Вид. чл. 189 ИГЗ.

познато у вријеме закључења правног посла.¹⁰ Супружници су дужни да доприносе издржавању породице; односно, они одговарају за све разумне обавезе које настану у вези са трошковима заједничког домаћинства и у вези са задовољавањем личних потреба супружника и њихове заједничке малољетне дјеце, узимајући при томе у обзир околности у којима ова лица живе.¹¹ Када је у измиривању заједничких обавеза један од супружника поднио већи терет него што је иначе по закону обавезан, а у случају сумње, примјењује се претпоставка да исти тиме није одустао од права регреса према другом супружнику.¹² На овај начин недвосмислено се фаворизује равноправност супружника, односно обезбјеђује се подједнако оптерећење обавезама које их се тичу.

У **швајцарском праву**, супружници су обавезни да сарађују у издржавању породице и подједнако су одговорни за заједничке и личне потребе сваког члана породице, водећи рачуна о потребама и личним околностима.¹³ Када живе заједно, оба супружника представљају брачну заједницу у погледу задовољавања свакодневних потреба, а један од њих може, представљајући брачну заједницу, закључити правни посао са трећим лицем када има сагласност другог супружника или одговарајућу одлуку суда, односно када због интереса брачне заједнице посао не трпи одлагање или је други супружник спријечен да дâ сагласност због болести, одсуства или другог сличног разлога.¹⁴

У правним системима земаља насталих на просторима **бивше Југославије**, општеприхваћено је рјешење да супружници за заједничке обавезе одговарају солидарно. Чак су и законске формулације прихваћеног рјешења готово исте, јер се обавезама за које се солидарно одговара, осим оних обавеза које по закону терете оба супружника, сматрају обавезе ради

¹⁰ Пар. 1357 и пар. 1412 Њемачког грађанског законика – даље: ЊГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch 1896. - BGB*, ступио на снагу 1.1.1900. године, у верзији од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 42, 2909; 2003 I р. 738), са амандманима од 19. фебруара 2007. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 122) и 4. децембра 2008. године (*Bundesgesetzblatt*, I 2586)). Превод са њемачког на енглески језик *Neil Musset*.

¹¹ Илустративан примјер уважавања стандардâ „разумне обавезе“ и „околности у којима лица живе“ садржан је у посебном правилу које говори о томе да уколико један од супружника нема довољно средстава за сношење трошкова судског поступка који се тичу њега лично (не и осталих чланова породице), или за трошкове одбране у кривичном поступку, други супружник је дужан да му дâ потребна средства у оној мјери колико је то правично. Вид. пар. 1360а ЊГЗ.

¹² Вид. пар. 1360б ЊГЗ.

¹³ Вид. чл. 159 ст. 2, чл. 163 и чл. 276 Швајцарског грађанског законика – даље: ШГЗ (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch / Code civil suisse du 10 décembre 1907 - SR 210*, ступио на снагу 1.1.1912. године, у верзији од 1. фебруара 2010. године).

¹⁴ Чл. 166 ШГЗ.

подмирења текућих потреба брачне, односно породичне заједнице¹⁵, тј. обавезе ради подмирења потреба заједничког живота¹⁶. Једино у хрватском праву нема посебних одредаба о одговорности супружника за обавезе, већ се упућује на примјену општих правила грађанског права. Уосталом, будући да је брачна имовина законски конципирана као сувласништво, нема дилема о томе када супружници одговарају солидарно, а када појединачно.¹⁷

У претходним излагањима било је ријечи о систему солидарне одговорности супружника за обавезе које настану током брака. Међутим, у савременим правним системима, симултано са овим, примјењују се и правна правила о појединачној (индивидуалној) грађанскоправној одговорности. Примјена правила о солидарној или правила о појединачној одговорности условљена је превасходно карактером обавезе у односу на коју се одговорност установљава. Но, имајући у виду врсте потреба и модусе њиховог задовољавања, те могуће правне послове којима се то уређује, није једноставан задатак да се законски и прецизно нормирају све обавезе на начин да се изврши прецизна диференцијација на индивидуалне и заједничке. Због тога, нарочито је важна улога судова, који тумачењем правних стандарда и примјеном ставова судске праксе могу допринијети правној извјесности у овој области. Наравно, за индивидуалне обавезе супружник одговара својом цјелокупном имовином, па, према томе, и својим удјелом у заједничкој имовини.

3. Солидарна одговорност супружника у позитивном праву

3.1. Опште правило о солидарној одговорности супружника

Правни положај супружника у односу на имовинске обавезе које их терете током брака, односно избор одговарајућих правних правила примјеном којих се уређује њихова грађанскоправна одговорност према

¹⁵ Ово питање идентично је ријешено у ентитетским законодавствима и законодавству Брчко дистрикта БиХ. Вид. чл. 279 Породичног закона Републике Српске – даље: ПЗ РС („Службени гласник Републике Српске“, бр. 54/02, 41/08, 63/14 и 56/19 – Одлука УС), чл. 262 Породичног закона Федерације Босне и Херцеговине – даље: ПЗ ФБиХ („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 35/05 и 41/05) и чл. 239 Породичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине – даље: ПЗ БД („Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 23/07). Врло слична формулација усвојена је у породичном законодавству Црне Горе, вид. чл. 300 ст. 1 Породичног закона Републике Црне Горе – даље: ПЗ ЦГ („Службени лист Црне Горе“, бр. 1/07 и 53/16).

¹⁶ Вид. чл. 187 ст. 1 Породичног закона Републике Србије – даље: ПЗС („Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15).

¹⁷ Вид. чл. 36–39 Обитељског закона („Народне новине“, бр. 103/15).

трећим лицима, зависи од два критеријума: „Када је обавеза настала?“ и „Ради којих потреба је обавеза преузета?“. Водећи рачуна о овим критеријумима, о правној природи заједничке имовине и интересима брака, односно породице, у позитивном праву Републике Српске предвиђене су индивидуална и солидарна одговорност супружника.¹⁸

Како је већ напријед наведено, поред појединачне одговорности, позитивно породично законодавство предвиђа и солидарну одговорност супружника. У том смислу, као кључно поставља се питање за које обавезе супружници одговарају заједнички? Супружници солидарно (заједнички) одговарају за све обавезе које су преузете ради подмирења текућих потреба брачне, односно породичне заједнице¹⁹.

У сврху дистинкције у односу на обавезе за које супружници одговарају према правилима о индивидуалној одговорности, законодавац се послужио правним стандардом „текуће потребе брачне, односно породичне заједнице“. Поставља се питање: да ли је овакво одређење довољно јасно, односно да ли доприноси правној сигурности или се овај проблем могао ријешити другачије? Овим правним стандардом обухваћене су, прије свега, потребе које су „текуће“, односно оне које се јављају свакодневно или врло често, у континуитету и чији настанак је предвидљив или готово извјестан. Надаље, разматране обавезе тичу се брачне, односно породичне заједнице, што имплицира да нема мјеста солидарној одговорности супружника, уколико је заједница живота престала или није ни настала по закључењу брака, а у вријеме настанка обавезе.²⁰ Преузимањем горе поменутих обавеза омогућује се остваривање животних (егзистенцијалних) потреба и породичне улоге супружника и родитеља. Но, оне се никако не смију уско схватати и од личности чланова породице одвајати. Тако, обавезом поменуте врсте сматраће се и она обавеза коју један супружник пре-

¹⁸ Иако је реформисањем породичних законодавстава Федерације Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине промијењен концепт брачне имовине, систем имовинске одговорности супружника није претрпио готово никакве измјене.

¹⁹ Вид. чл. 279 ПЗ РС. У законском тексту наводи се да супружници солидарно одговарају за обавезе које је преузео један брачни супружник ради подмирења текућих потреба брачне, односно породичне заједнице. Наравно, исто вриједи и ако су обавезу (обавезе) преузели истовремено оба брачна супружника (нпр. као иста уговорна страна у уговору о купопродаји, у уговору о кредиту, и сл.).

²⁰ „Трошкови станарине и комуналија везани за коришћење стана спадају у обавезе брачних другова за које по закону они одговарају солидарно, како заједничком, тако и својом посебном имовином, па је стога тужитељ овлашћен своју тражбину с тог наслова остваривати од једнога или другог брачног друга или од оба заједно.“ – Окружни суд у Загребу, Гж. 5796/80, од 8.10.1980; наведено према Жувела, М., *Збирка судских одлука из породичног права*, Народне новине, Загреб 1988, стр. 130 и 131, одлука бр. 184.

узме за свој потребе, уколико је ријеч о редовним потребама, односно о потребама које исто тако има и други супружник (набавке одјеће, трошкови здравствене заштите, накнада за образовање, и сл.). Премда њихово задовољавање, понаособ посматрано, користи једном супружнику, јасно је да исти неће одговарати према правилима о индивидуалној одговорности. Дакле, потоње потребе јесу личне потребе једног супружника, али се исте такве потребе јављају и задовољавају и од стране другог супружника. То је саставни дио заједнице живота коју они конституишу.

Одговарајући на питање зашто се супружник обавезао, добијамо одговор на питање да ли је само он одговоран или терет испуњења обавезе пада на оба брачна партнера. Међутим, приликом оцјене да ли се заиста ради о разматраној врсти обавеза, неопходно је имати у виду и имовинско стање супружника, односно породице; квалитет њиховог животног стандарда; навике и уобичајено понашање у потрошњи добара; мјесто њиховог живљења; број и узраст заједничке дјеце; и сл.²¹ Занемаривањем ових фактора могло би се десити да се да легалитет акцији супружника који се „под фирмом“ потреба брачне, односно породичне заједнице, задужује изнад својих материјалних могућности и степена квалитета животног стандарда брачних партнера, угрожавајући на тај начин интерес породице (нпр. куповина скупоцјене бунде, умјесто капута; закуп луксузног апартмана, умјесто уобичајеног хотелског смјештаја; закључивање уговора о кредитирању набавке скупоцјеног спортског аутомобила; итд.).²²

Поред каузе – разлога обавезивања, односно природе и намјене прибављене ствари (права) или услуге; за примјену правила о солидарној одговорности неопходно је да је кумулативно испуњен још један услов: да је брачна, односно породична заједница, егзистирала у тренутку преузимања обавезе.²³ За разлику од неких законодавстава у региону, која солидарну одговорност супружника ограничавају на „заједнички живот у бра-

²¹ Тако и Јањић-Комар, М., Кораћ, Р., Поњавић, З., *Породично право*, Номос, Београд 1995, стр. 359.

²² У том смислу биљежимо сљедећи став судске праксе: „Те текуће и свакодневне и редовне потребе, које се по редовном току ствари чине у домаћинству ради одржавања заједничког домаћинства, јесу оне које доприносе редовном и текућем егзистирању домаћинства и без чијег задовољења није могуће даље одржавање. Уколико, пак, обавеза прелази те оквире, а посебно ако је она учињена у циљу проширења пословне дјелатности једног брачног друга, онда та и таква обавеза не прелази и на другог брачног друга. За такву обавезу одговара брачни друг који ју је учинио.“ – Врховни суд Југославије, Рев. 1645/65, Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд 1972, одлука бр. 646; наведено према Драшкић, М., *Породично право и права дјетета*, Чигоја штампа, Београд 2005, 410.

²³ Тако и Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008, стр. 640.

ку“²⁴, односно на „брачну заједницу“²⁵, законодавац у Републици Српској проширио је поље примјене разматраних правила и на ситуацију када су у питању текуће потребе породичне заједнице.²⁶ Сматрамо да је овакав приступ потпуно оправдан, јер би било неприхватљиво искључити солидарну одговорност супружника у ситуацијама када се ради о потребама других чланова породице. Тиме би значај брака, као начина заснивања породице, и његова улога стожерности породице били значајно релативизовани.

У смислу претходних излагања, без значаја је да ли је обавезу преузео само један од супружника, и ако јесте, да ли је то урадио уз сагласност другог супружника. Уколико би услов пуноважности правног посла, па и дио његовог садржаја, била сагласност супружника који не учествује у његовом закључењу, односно реализацији, задовољавање свакодневних и редовних потреба чланова породице било би скопчано са значајним потешкоћама и у коначници би умањивало ефикасност функција материјалне основе породице. Овако, приликом обавезивања, супружник учесник облигационоправног односа знатно је одлучнији и сигурнији, јер зна да ће за преузету обавезу одговарати и његов брачни партнер. С друге стране односа посматрано, повјерилац је свакако у повољнијој позицији. Наспрам себе има два лица, два дужника из пасивне солидарне облигације, који за постојећи дуг одговарају својом цјелокупном имовином.

Употреба правног стандарда у одређивању ове категорије обавеза чини се сасвим оправданом. Превасходно, из разлога што су обавезе које се преузимају за потребе брачне, односно породичне заједнице, веома бројне и разноврсне, различите по својој правној природи и основу настанка. Сљедствено, било би врло тешко утврдити прецизнија правила која ће истовремено ипак обухватити све врсте ситуација које се могу очекивати у пракси и пружити суду јасно упориште да обавезу из конкретне правне ситуације са лакоћом и сигурношћу правно квалификује. Суд не може увијек очекивати припремљена и за примјену једноставна рјешења.

²⁴ За разлику од ранијег рјешења, према којем су, у смислу солидарне одговорности супружника, биле релевантне обавезе преузете ради „подмирења текућих потреба брачне заједнице“, сада је одговорност супружника у праву Србије проширена на све обавезе које су преузете ради „подмирења потреба заједничког живота у браку“. Дакле, поред текућих, „укључене“ су све обавезе које проистекну из потреба заједничког живота супружника (чл. 187 ст. 1 ПЗС). Вид. Панов, С., *Породично право*, 640 и 641.

²⁵ Чл. 300 ст. 1 ПЗ ЦГ.

²⁶ Идентично рјешење, иначе преузето из чл. 273 Породичног закона СР Босне и Херцеговине – даље: ПЗ СРБиХ („Службени лист Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине“, бр. 21/79 и 44/89), садрже породична законодавства у Федерацији Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине (чл. 262 ПЗ ФБиХ, чл. 239 ПЗ БД).

С друге стране, правни стандард омогућује органу примјене права да исти „пуни“ околностима конкретног случаја и на тај начин допринесе остваривању принципа дистрибутивне правде. Правним стандардом ублажава се крутост норме и постиже пожељна флексибилност рјешења, што је нарочито важно за имовинску заједницу каква је она коју заснивају супружници. Овом рјешењу би се могао упутити приговор да није сасвим у функцији правне сигурности. Међутим, креативна улога органа примјене права не значи нужно и стварање различитих приступа и различитих одлука у истим или сличним ситуацијама. Штавише, механизми уједначавања судске праксе дали су добре резултате и у погледу рјешавања овог проблема. Уосталом, овакво рјешење предвиђало је и раније важеће породично законодавство. Вишедеценијска укоријењеност овог рјешења, његова правничка избалансираност, те богата и уједначена судска пракса додатно потврђују његову исправност и оправданост. Оваквим се приступом слиједи принцип равноправности супружника, уважавају њихове једнако важне улоге у браку и породици. Најзад, солидарна одговорност за потребе брачне, односно породичне заједнице, консеквентан је израз заједништва и сасвим одговара равноправности супружника и природи брачних односа, али и императиву заштите виталних интереса породице.

Ипак, за разлику од неких европских законодавстава, домаће право не садржи посебно правило којим се штите интереси породице у случају да један од супружника самостално (без знања или уз противљење другог супружника) преузме обавезу, која би по свом обиму у односу на имовинске прилике супружника могла представљати ризик – фактор угрожавања материјалне базе породице.

3.2. Остали случајеви солидарне одговорности супружника

Предузимање фактичких и правних послова који се тичу управљања и располагања заједничком имовином, такође, подразумеива одређене трошкове (сервисирање покућства, реновирање стана, трошкове судског поступка, итд.), односно обавезе за које заједничари солидарно одговарају.²⁷ Ваља подсјетити, овдје врједи правило о претпостављеној сагласности оног супружника који не учествује у закључењу правног посла. Исто тако, заједничким обавезама сматраће се и оне обавезе које терете

²⁷ У том смислу изјашњава се и судска пракса: „Брачни другови заједнички и солидарно одговарају за обвезе које у тијеку брачне заједнице преузме један од њих, за потребе стјецања заједничке имовине у браку.“ – Врховни суд Федерације Босне и Херцеговине, Рев. 23/96, од

само једног супружника, уколико су настале ради повећања и одржавања заједничке имовине.²⁸ Дакле, овдје нису од пресудног значаја мотив и циљ преузимања обавезе у смислу задовољавања индивидуалних или заједничких потреба чланова брачне, односно породичне заједнице – што је опште правило, већ објективна околност да је том приликом дошло до одржавања или повећања вриједности заједничке имовине. Другим ријечима, законодавац приводи одговорности и оног супружника који није преузео обавезу, јер је преузимањем обавезе дошло до повећања или одржавања заједничке имовине, што је несумњиво у интересу и од користи за оба супружника, без обзира на то који је од њих учествовао у предметном правном послу.²⁹ Примјена другачијег рјешења довела би до потенцијално неправичне ситуације у којој би један супружник сносио одговорност за преузету обавезу, док би други супружник „ослобођен обавезе“, у случају диобе заједничке имовине остварио право на удио чија је вриједност одржана или повећана захваљујући дјелању и исплати обавезе (која је настала ради повећања или одржавања заједничке имовине) од стране првог.

Поред горе наведених, супружници солидарно одговарају и за све остале обавезе када је то законом предвиђено.³⁰ Дакле, супружници могу бити солидарни садужници независно од потреба брачне, односно породичне заједнице и начина њиховог задовољавања у смислу прибављања добара и услуга од трећих лица. Основи настанка солидарне обавезе могу бити различити. Тако, могуће је да један супружник буде судужник или солидарни јемац другом супружнику у правном односу који није настао поводом заједничке имовине и који се не везује за потребе заједнице живота (нпр. уговор о потрошачком кредиту за строго личне потребе једног супружника или за потребе његових сродника).³¹ Или, могућа је ситуација да супружници као сајемци солидарно одговарају за

13.02.1997; наведено према Галић, Ж., „О прописима који уређују обитељскоправне односе у Босни и Херцеговини, с посебним освртом на Породични закон и неке актуалности *de lege ferenda*“, *Зборник радова Правног факултета у Мостару* бр. 14/2001, 269.

²⁸ Чл. 276 ст. 2 ПЗ РС.

²⁹ „Дуг који терети заједничку имовину представљају и потраживања трећих особа која су настала ради повећања или одржавања постојеће заједничке имовине, иако та потраживања терете само једног брачног друга као његов дуг.“ – Врховни суд Хрватске, Рев. 1535/80, од 8.12.1980; наведено према Жувела, М., *Збирка судских одлука из породичног права*, 127, одлука бр. 176.

³⁰ Вид. чл. 279 ПЗ РС.

³¹ Чл. 1004 ст. 3 Закона о облигационим односима – даље: ЗОО („Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

дуг трећег лица (нпр. јемци по уговору о кредиту).³²

Осим уговорног, солидарна одговорност супружника може бити и вануговорног поријекла. Ако су власници или имаоци опасне ствари, односно вршиоци опасне дјелатности, супружници ће солидарно одговарати за штету трећем лицу која је проузрокована дејством опасне ствари, односно вршењем опасне дјелатности.³³ Супружници ће бити солидарно одговорни за накнаду штете трећем лицу и у ситуацији када штетну радњу предузму заједно или су у односу извршиоца и подстрекача, односно помагача у извршењу штетне радње.³⁴ Исто тако, супружници ће бити солидарни садужници уколико су штету проузроковали радећи независно један од другог, али се не могу утврдити њихови удјели, као и у ситуацији када је несумњиво да је штета резултат дјеловања два или више лица који се могу повезати на неки начин и при томе се не може утврдити ко је од њих одговоран.³⁵

Супружници као родитељи солидарно одговарају за штету коју проузрокују њихова малољетна дјеца.³⁶ У овом случају, солидарна одговорност супружника је заправо израз равноправности родитеља у вршењу родитељског права, односно посљедица једнаке одговорности родитеља у извршавању родитељских дужности. За дјецу старости до седам година родитељи одговарају без обзира на кривицу.³⁷ Али, родитељи се у овом случају могу ослободити одговорности уколико постоје разлози који искључују објективну одговорност.³⁸ Уколико се ради о дјетету старијем од седам година и млађем од четрнаест година, родитељи одговарају по принципу претпостављене кривице, с тим да се могу екскулпирати ако докажу да они нису криви.³⁹ Свакако, њихова солидарна одговорност може се темељити и на правичности као основу одговорности. Наиме, када по

³² Вид. чл. 1005 ЗОО.

³³ Чл. 174 ЗОО. Супружници као власници или имаоци опасне ствари, односно као вршиоци опасне дјелатности, неће одговарати ако постоје основи који искључују објективну одговорност: виша сила, искључива радња трећег лица и искључива радња оштећеног лица (чл. 177 ст. 1 и 2 ЗОО).

³⁴ Чл. 206 ст. 1 и 2 ЗОО.

³⁵ Чл. 206 ст. 3 и 4 ЗОО.

³⁶ Наравно, солидарна одговорност родитеља постоји без обзира на то да ли су они брачни или ванбрачни партнери.

³⁷ Чл. 165 ст. 1 ЗОО.

³⁸ Чл. 165 ст. 2 ЗОО.

³⁹ Чл. 165 ст. 4 ЗОО. Законом је предвиђена посебна одговорност родитеља у ситуацији када надзор над малољетним дјететом врши друго лице, ако је проузрокована штета настала као резултат лошег васпитања малољетног дјетета, рђавих примјера или лоших навика које су му родитељи дали (чл. 168 ЗОО).

општим правилима одговорни малољетник није у стању да надокнади штету, суд може, уколико то правичност захтијева, обавезати родитеље да то учине дјелимично или у потпуности, нарочито имајући у виду њихово материјално стање и материјално стање оштећеника.⁴⁰

Ипак, у односу на потоња општа правила о солидарној одговорности, која једнако вриједе за супружнике као и за остала трећа лица, посебно је интересантна интенција законодавца да све заједничке обавезе супружника, односно обавезе за које супружници по закону заједнички одговарају, преобрази у солидарне обавезе. Концепт овог рјешења произлази из правне природе заједничке имовине, специфичности и међузависности имовинских и личних односа супружника, и постизања адекватне заштите интереса повјерилаца.⁴¹

4. Исплата заједничког дуга од стране једног супружника

Позитивним породичноправним прописима предвиђено је да у случају солидарне одговорности супружници одговарају како заједничком, тако и њиховим посебним имовинама. Као општа правила која уређују грађанскоправну одговорност примјењују се одредбе Закона о облигационим односима. Дакле, повјерилац диспонира својим овлашћењем да на испуњење обавезе позове једног или оба супружника судужника.⁴² Уколико се ради о дугу заједничке имовине⁴³, насталом због текућих потреба брачне, односно породичне заједнице, или о обавезама произашлим из послова управљања и располагања заједничком имовином; онда је ирелевантно који је од супружника извршио плаћање. Међу супружницима у том случају нема права регреса.⁴⁴ Разлог за то лежи у чињеници да су дугови који оптерећују заједничку имовину неподијељени, као што је случај и са правима. Гасећи обавезу у своје и име свог супружника заједничким неподијељеним средствима, супружник платилац, истина, умањује вриједност заједничке имовине; али подједнако умањује вријед-

⁴⁰ Чл. 169 ст. 2 ЗОО.

⁴¹ Вид. Суцум, Р., *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд 1982, 202.

⁴² Чл. 414 ст. 1 ЗОО.

⁴³ Овакво означавање заједничке имовине извршено је у функцији једноставнијег и јаснијег приказа односа између супружника, будући да сваки од њих има једну имовину (титулар је права са утврђеним дијелом – у посебној имовини, титулар је права са неодређеним дијелом – у заједничкој имовини).

⁴⁴ Вид. Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига Београд, 1966, 64.

ност удјела сваког од заједничара,⁴⁵ не утичући на њихов међусобни однос – не детерминишући обим удјела у заједничкој имовини.

Уколико до тренутка диобе заједничке имовине посматрани дуг не буде испуњен, онда ће супружници исти преузети сразмјерно својим дијеловима у заједничкој имовини.

За остале обавезе, које не представљају дуг који терети заједничку имовину, а за које супружници по закону солидарно одговарају, исти ће одговарати превасходно својом посебном имовином, а по захтјеву повјериоца и својим удјелом у заједничкој имовини.⁴⁶ Уколико би супружник у исплати обавезе ангажовао средства из заједничке имовине, онда би се за тај износ – приликом утврђивања и процјене вриједности заједничке имовине – умањила вриједност заједничке имовине („заједнички дуг према заједничкој имовини“).

Међутим, поставља се питање: како поступити ако један супружник, након утврђивања удјела у заједничкој имовини из ових средстава или из своје посебне имовине исплати заједнички дуг повјериоцу?⁴⁷ Нема дилеме да чињеница да је повјерилац на испуњење обавезе позвао само једног супружника, односно да је то овај и учинио, никако не смије довести у повољнију позицију другог супружника. То је законодавац нарочито имао у виду, па је породичноправним прописима посебно уредио ову ситуацију, предвидјевши за супружника платиоца право регреса према другом супружнику. Наиме, све што је исплаћено у испуњењу обавезе трећем из исплатиочевог дијела у заједничкој имовини или из његове посебне имовине, а прелази вриједност његовог удјела у дугу (који је сразмјеран удјелу у заједничкој имовини), предмет је накнаде на коју је обавезан други супружник. Наравно, овај је у исплати поменуте накнаде осим дијела у заједничкој имовини дужан ангажовати и своју посебну имовину, дакле, све своје имовинске ресурсе ако је то неопходно.⁴⁸ Тиме је очуван принцип равноправности супружника у свим аспектима имовинских односа, односно обезбијеђена подједнака заштита њихових интереса.

⁴⁵ Обрнуто се дешава када стиче заједничку имовину, односно када доприноси увећању њене укупне вриједности.

⁴⁶ Гамс, А., *ibid.*

⁴⁷ Формалноправно, овдје није коректно оперисати појмовима посебна и заједничка имовина, јер након одређивања удјела супружници престају бити заједничари и постају сувласници свега што су остварили радом током брачне заједнице, а сувласнички удио сваког од њих је истовремено саставни дио имовина чији су они једини титулари. Према томе, постоји само имовина једног супружника и имовина његовог бившег партнера. Но, због потреба јаснијег сагледавања односа међу супружницима и усаглашености са законским формулацијама, излажемо како је горе наведено.

⁴⁸ Гамс, А., *ibid.*

5. Закључак

У позитивном праву, законодавац се определијелио да се правила о солидарној одговорности примјењују за оне обавезе које су резултат имовинске и животне заједнице супружника. Овакав приступ у потпуности одговара позитивноправном концепту брачне имовине. Супружници су заједничари са неопредјељеним удјелима у заједничкој имовини. Свако од њих титулар је свих права која улазе у заједничку имовину и истовремено дужник обавеза које је терете. Када се томе дода чињеница да супружници одговарају цјелокупном заједничком имовином, а у случају недовољности ове, и својим посебним имовинама, сасвим је јасно да постојећа рјешења заслужују подршку, па и са становишта заштите интереса повјериоца.

Егзистирање и континуитет различитих потреба чланова породице, нужност реаговања, те неопходност једноставног и ефикасног дјеловања у правцу њиховог задовољавања имплицирају да је сваки од супружника подједнако правно властан преузети обавезу, не тражећи (не чекајући) сагласност другог. Исто тако, потреба очувања материјалне основе брака, односно породице, захтијева перманентни ангажман супружника у предузимању различитих фактичких и правних аката, што подразумева рађање обавеза и њихово измирење. Ступајући у односе са трећим лицима, супружник има пријекно потребну сигурност и правну заштиту, знајући да оно што чини не само за себе, већ и за остале чланове породице, неће пасти искључиво њему на терет. С друге стране, обезбијеђена је адекватна заштита трећих лица, чиме је потврђено опредјељење да се увијек води рачуна о правној сигурности у правном промету. Савјесно треће лице, које теретним правним послом стиче имовинска права, треба да ужива правну заштиту, без обзира на евентуално неслагање са предметним послом од стране супружника његовог сауговарача. Солидарна одговорност супружника учвршћује позицију повјериоца и лишава га сумњи и непотребних преиспитивања стања међусобних односа код заједничара.

Имајући у виду претходна разматрања и изнесене налазе, закључујемо да се са успјехом може бранити становиште да позитивно породично законодавство садржи квалитетна рјешења у области одговорности супружника за имовинске обавезе настале током брака. Разматрани прописи сасвим су усклађени са концептом заједничке имовине, и са минималним корекцијама могла би се додатно унаприједити заштита, пре-

васходно интереса породице, а потом и интереса сваког од супружника. Овај правно-политички циљ могао би бити постигнут предвиђањем и примјеном посебног правила које искључује солидарну одговорност супружника, па и када је у питању обавеза преузета ради текућих потреба брака и породице, ако се ради о обавези коју један од супружника самостално преузима (без знања или уз противљење другог супружника) и која по свом обиму у односу на имовинске прилике супружника (уз предвиђање одговарајућег правног стандарда за) може угрозити материјалну базу брачне, односно породичне заједнице.

ЛИТЕРАТУРА

Галић, Ж., „О прописима који уређују обитељскоправне односе у Босни и Херцеговини, с посебним освртом на Породични закон и неке актуалности *de lege ferenda*“, *Зборник радова Правног факултета у Мостару* бр. 14/2001.

Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига Београд, 1966.

Guimezanes, N., „Family law in France“, *Family law in Europe* (ed. by Hamilton, C., Standley, C., Hodson, D.), London–Dublin–Edinburg, 1995.

Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Чигоја штампа, Београд 2005.

Жувела, М., *Збирка судских одлука из породичног права*, Народне новине, Загреб 1988.

Јањић-Комар, М., Кораћ, Р., Поњавић, З., *Породично право*, Номос, Београд 1995.

Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008.

Saldeen, Å., „Family Law in Sweden“, *Family Law in Europe* (ed. Hamilton, C., Standley, C., Hodson, D.), London–Dublin–Edinburg, 1995

Суџум, Р., *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд 1982.

Закон о браку Шведске (*Marriage Code 1987SFS1987:230*).

Закон о облигационим односима („Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

Италијански и грађански законик (*Il Codice Civile Italia 1942, GazzettaUfficiale*, n. 79 del 4 aprile 1942, у верзији од марта 2000. године). Превод са италијанског на енглески *F. Chiaves* и *P.G. Monateri*.

Њемачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch 1896. - BGB*, ступио на снагу 1.01.1900. године, у верзији од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 42, 2909; 2003 I р. 738), са амандманима од 19. фебруара 2007. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 122) и 4. децембра 2008. године (*Bundesgesetzblatt*, I 2586). Превод са њемачког на енглески језик *Neil Musset*).

Обитељски закон („Народне новине“, бр. 103/15).

Породични закон Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 23/07).

Породични закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 54/02, 41/08, 63/14 и 56/19 – Одлука УС).

Породични закон Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15).

Породични закон СР Босне и Херцеговине („Службени лист Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине“, бр. 21/79 и 44/89).

Породични закон Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 35/05 и 41/05).

Породични закон Републике Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, бр. 1/07 и 53/16).

Швајцарски грађански законик (*Schweizerisches Zivil gesetzbuch / Code civil suisse du 10 décembre 1907 – SR 210*, ступио на снагу 1.1.1912. године, у верзији од 1. фебруара 2010. године).

SPOUSAL JOINT LIABILITY

Darko Radić, PhD*

Abstract

The regulation of spousal liability is an important part of property effects of marriage. This arises as significant issue not only for spouses, but for other members of family as well. Therefore, author in this paper considers relevant regulation of spousal joint liability, comparing it with same regulation in other legislatives, in order to examine its legitimacy and functionality for both spouses and their trustees.

Key words: *joint liability, individual liability, obligation, marriage, family.*

* Associate professor, Faculty of Law at University of Banja Luka

UDK: 347.51:347.241/.242

doi 10.7251/PR5919225S

Originalni naučni članak

ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG USKRAĆIVANJA NEOPHODNE POMOĆI

Prof. dr Slobodan Stanišić*

***Kratak sadržaj:** U radu se raspravlja o pojmu, pravnoj prirodi i pretpostavkama za nastanak i oslobođenje od građanske odgovornosti za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći, kao i o granicama ove vrste građanske odgovornosti za štetu. Izražava se shvatanje da je ova posebna vrsta građanske odgovornosti po svojoj pravnoj prirodi objektivna odgovornost odnosno odgovornost bez obzira na krivicu. Odgovorno lice se može osloboditi odgovornosti za štetu ako dokaže da u konkretnom slučaju nije postojala neka od pravno relevantnih činjenica koje su *conditio sine qua non* za nastanak ove vrste odgovornosti.*

***Ključne riječi:** ugroženost života ili zdravlja, uskraćivanje pomoći, šteta, predvidljivost, odgovornost, pravna priroda.*

Uvodna razmatranja

Pružanje pomoći licu koje je u nekoj nevolji, a pogotovo onome čiji su život i zdravlje ugroženi, opšta je moralna i pravna obaveza koja je sankcionisana u našem krivičnom i građanskom zakonodavstvu. Takva sankcija, na primjer, posebno prijete ljekarima zbog neukazivanja ljekarske pomoći, te vozačima motornih vozila ili drugih prevoznih sredstava zbog nepružanja pomoći licu povrijeđenom u saobraćajnoj nezgodi i drugima. Uskraćivanje pomoći, u navedenim slučajevima, smatra se krivičnim djelom.

Do donošenja ZOO, u domaćoj legislativi građanskog prava nije bila

* Dr sc. Slobodan Stanišić, advokat i vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ Banja Luka

propisana građanska sankcija zbog nepružanja neophodne pomoći, već je samo postojala dispozitivna norma sadržana u čl. 196 Ustavu SFRJ iz 1974. godine i čl. 219 Ustava SR Srbije iz 1974. godine. I kasnije, u Ustavu SR Srbije, takođe je postojala navedena odredba.¹

Ovakva pravna praznina u domaćoj legislativi ozbiljno je dovodila u pitanje ili čak potpuno onemogućavala opravdane zahtjeve oštećenih prema štetnicima kao licima koja su uskratila neophodnu pomoć. Prema nekim autorima, građansko-pravna odgovornost za štetu je u ovim slučajevima bila uslovljena prethodnim utvrđenjem postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti zbog nepružanja pomoći.²

Tek donošenjem Zakona o obligacionim odnosima, 1978. godine, oštećenima kojima je uskraćena neophodna pomoć konačno je pružena puna građanskopravna zaštita.³

Odgovornost za štetu zbog nepružanja neophodne pomoći je u sistematici navedenog kodeksa svrstana u tzv. posebne slučajeve odgovornosti za štetu koji su inače uneseni u tekst zakona s ciljem da se "građanima, u određenim situacijama, pruži pojačana građanskopravna zaštita."⁴

1. Pravna priroda odgovornosti

U pravnoj nauci postoje različita shvatanja o pravnoj prirodi ove odgovornosti, a naročito u pogledu pitanja da li se odgovornost prosuđuje po subjektivnom ili pak objektivnom kriterijumu. Neki naši autori zaključuju da se odgovornost lica koje uskrati neophodnu pomoć prosuđuje po subjektivnom kriterijumu, smatrajući da se takva odgovornost može opravdati samo ako je to lice (štetnik) krivo za nastalu štetu.⁵ Nasuprot ovome, drugi smatraju da je odgovornost lica zbog nepružanja neophodne pomoći objektivna odgovornost, odnosno da se radi o odgovornosti bez obzira na krivicu, s obzirom na to da lice koje se poziva na odgovornost zbog nepružanja pomoći lično nije prouzrokovalo nastupanje štete.

¹ Vidi čl. 54 Ustava Republike Srbije („Sl. glasnik Republike Srbije“ br. 1/90)

² Opširnije, Đ. Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Pravni život* br. 9-10/92, str. 1338, te V. Stanković u: *Komentar ZOO* u redakciji S. Perovića i D. Stojanovića, str. 541, Knjiga I, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1980. godine.

³ Vidi čl. 182 st. 1 ZOO.

⁴ Đ. Nikolić, op. cit., str. 1338. Vidi i obrazloženje Prijedloga ZOO (Skupština SFRJ, AS br. 388/15, 1977, str. 20).

⁵ Đ. Nikolić, op. cit., str. 1342–1433; J. Salma, *Obligaciono pravo*, Beograd 1988, str. 514; M. Vučković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1989, str. 281.

Osnov pozivanja na odgovornost nalazi se u činjenici negativnog (pasivnog) ponašanja, tj. propuštanja da se drugom pruži neophodna pomoć. Dakle, aktivno ponašanje – pružanje nužne pomoći ugroženom licu, u ovakvim situacijama je zakonska obaveza.⁶ Smatramo da je izloženo shvatanje o objektivnoj odgovornosti lica zbog nepružanja neophodne pomoći više prihvatljivo od teze o subjektivnom karakteru ove odgovornosti, s obzirom na to da se zakonskom odredbom kojom se reguliše ovaj slučaj odgovornosti ne propisuju pravno relevantne činjenice na osnovu kojih bi se moglo zaključiti da se odgovornost prosuđuje po subjektivnim kriterijumima. Mislimo da se ne može prihvatiti teza da je odredbom čl. 182 pojam krivice objektivno određen. U prilog takvoj tezi se navodi: "...okolnosti koje se zahtijevaju za nastanak njegove odgovornosti ukazuju na određeno ponašanje lica koje je uskratilo pružanje pomoći koje, s obzirom da odstupa od očekivanog pažljivog ponašanja, predstavlja, u stvari objektivno određen pojam njegove krivice."⁷

Smatramo da u slučaju odgovornosti za štetu zbog nepružanja neophodne pomoći uopšte nije riječ o standardu pažnje ("očekivano pažljivo ponašanje"), već da je riječ o sankcionisanju zakonske obaveze da se pruži pomoć licu čiji su život ili zdravlje očito ugroženi. Dakle, lice koje uskrati pomoć licu u takvoj nevolji koju zakonodavac ima u vidu, postupa suprotno zakonskoj obavezi, a ne suprotno nekom pravnom standardu. Krivica za nepružanje pomoći nije relevantna za nastanak ove odgovornosti, već sama činjenica omisivnog postupanja, nečinjenja. Za ovu odgovornost, u načelu, nije od značaja ni razlog propuštanja, izuzev onoga koji zakonodavac predviđa, a to je izlaganje samog odgovornog lica opasnosti. Prema tome, i u slučaju da se razlog propuštanja ne može upisati u krivicu odgovornog lica, odgovornost za propuštanje će ipak nastupiti.

Svako drugačije rezonovanje u pogledu prirode ove odgovornosti otežalo bi položaj oštećenih lica i svelo se na dokazivanje krivice za propuštanje, gotovo na isti način kao i u slučaju krivične odgovornosti za ovakve postupke, što bi značilo korak unazad, u vrijeme prije donošenja ZOO, kada zakonom uopšte nije ni bila predviđena građanska odgovornost za ovakve štete. Odgovornost lica za nepružanje pomoći zasnovana na načelima tzv. *dokazane krivice* u suprotnosti je i sa intencijom zakonodavca o pojačanoj građanskopravnoj zaštiti građana u takvim slučajevima, koja je jasno izražena u obrazloženju Prijedloga ZOO, s obzirom na to da prihvatanjem subjektiv-

⁶ Vidi B. Vizner, op. cit., str. 821.

⁷ Đ. Nikolić, op. cit., str. 1342–1433.

nog kriterijuma odgovornosti u ovim slučajevima ne bi bila postignuta svrha pojačane zaštite građana, već bi, upravo suprotno od toga, oštećena lica bila u veoma teškom položaju zbog obaveze dokazivanja krivice za propuštanje.

Inače, odgovornost za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći je samostalna i primarna, a ne supsidijarna, kako smatraju neki autori.⁸

Argument za ovakav stav je u činjenici da ni sama odredba čl. 182 ZOO ne propisuje supsidijarnu odgovornost. Omisivna radnja (radnja propuštanja) odgovornog lica uslov je njegove primarne, samostalne i neposredne odgovornosti, tako da odgovornost nastupa odmah kada izostane inače zakonom propisana aktivna radnja koja se sastoji u obavezi pružanja pomoći ugroženom licu.

2. Pretpostavke odgovornosti

Pretpostavke odgovornosti za nepružanje neophodne pomoći u stvari su okolnosti koje su u hipotezi pravne norme čl. 182 ZOO predviđene kao pravno relevantne činjenice za nastanak ove vrste odgovornosti. Da bi nastala ova vrsta odgovornosti za štetu, neophodno je: da je neko (štetnik) uskratio pomoć licu (oštećenom) čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi; da je šteta koja može nastupiti zbog uskraćivanja pomoći bila predvidljiva; da je nastupila šteta na imovinskim ili neimovinskim dobrima oštećenog i da je postojala uzročna veza između omisivne radnje nepružanja neophodne pomoći i nastale štete.

2.1. Uskraćivanje pomoći licu čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi

Prva pravno relevantna činjenica koja je uslov ove vrste odgovornosti jeste uskraćivanje neophodne pomoći licu čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi, pri čemu se misli na takve okolnosti kada je svakome razumnom čovjeku jasno da su nečiji život ili zdravlje u opasnosti. Ova pretpostavka odgovornosti će postojati, na primjer, ako bude uskraćena neophodna pomoć licu koje teško povrijeđeno u saobraćajnoj nezgodi, neplivaču koji se utapa ili licu koje je imalo srčani udar (infarkt) itd. Smatra se da svaki razuman čovjek može da procijeni da li su u konkretnom slučaju stvarno ugroženi nečiji život ili zdravlje, upravo onako kako bi to mogao da procijeni kada bi se i sam našao u takvoj situaciji.

⁸ Naime, prema mišljenju B. Neškovića, iznesenom u djelu Posebni slučajevi odgovornosti, Ugovorno i odštetno pravo prema ZOO, Zbornik radova, strana 488, Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije, Savez udruženja pravnika, SR Srbije, Beograd, 1979. godine, odgovornost za nepružanje neophodne pomoći je supsidijarnog karaktera, što znači da ista dolazi u obzir samo u slučaju kada nema trećeg lica koje je odgovorno za štetu.

2.2. Predvidljivost štete

Šteta koja može nastupiti zbog ugroženosti nečijeg života ili zdravlja morala je biti predvidljiva, odnosno predviđena od strane lica koje je u takvim okolnostima bilo dužno da pruži neophodnu pomoć, a to znači da lice koje se poziva na odgovornost mora imati svijest o mogućnosti nastupanja štete zbog uskraćivanja pomoći i to u njenom punom obimu. Pri tome mislimo na cjelokupnu štetu koja bi mogla nastupiti i na sve njene vidove i to kako nematerijalnu (fizički, duševni bolovi i strah), tako i materijalnu štetu (stvarnu štetu i izmaklu korist), koji su zakonom predviđeni kao priznati vidovi štete. Međutim, odgovorno lice će biti pozvano na odgovornost za štetu zbog nepružanja pomoći samo ako ju je ono, prema okolnostima slučaja, moralo predvidjeti.

2.3. Šteta

Da bi nastupila građanska odgovornost za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći, nužno je da se ostvari posljedica propuštanja štetnika – dakle, nužno je da nastupi šteta. Pri tome mislimo samo na imovinsku i neimovinsku štetu nastalu usljed smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja kao posljedicama nepružanja pomoći, a ne i na štetu nastalu usljed uništenja ili oštećenja imovine.

2.4. Uzročna veza

Šteta nastala zbog uskraćivanja pomoći mora biti u vezi sa radnjom propuštanja odgovornog lica, odnosno da nastaje kao posljedica uskraćivanja pomoći licu kome je ta pomoć bila neophodna, jer su mu život ili zdravlje očigledno bili ugroženi. Kada će se uskraćivanje pomoći smatrati uzrokom štete, faktičko je pitanje koje će rješavati sud, imajući u vidu konkretan slučaj, zakonske odredbe, kao i pravila teorije o adekvatnoj uzročnosti.

Teret dokazivanja okolnosti od kojih zavisi zaključak o postojanju uzročne veze je na oštećenom licu, što znači da se ni kod ovog slučaja odgovornosti za štetu uzročnost ne pretpostavlja.

Pravilno primjećuju neki naši autori da je za prosuđivanja uzročne veze kod ovog slučaja odgovornosti, odnosno za zaključak da li je uskraćivanje pomoći uzrok štete, od značaja i odgovor na pitanje da li je pružanjem pomoći šteta mogla biti izbjegnuta.

Ovo iz razloga što se uskraćivanje neophodne pomoći može smatrati uzrokom štete samo ako se u konkretnom slučaju može zaključiti da je nastupanje štete moglo biti izbjegnuto da je pomoć pružena.⁹ Naime, ako se

⁹ S. Jakšić, *Obligaciono pravo, opšti dio*, Sarajevo, 1962, str. 260; J. Radišić, *Obligaciono pravo (Opšti*

nastupanje štete uopšte nije moglo spriječiti, onda se nepružanje pomoći koja je bila uzaludna ne bi moglo smatrati uzrokom štete.¹⁰

3. Granice građanskopravne obaveze pružanja pomoći licu čiji su život ili zdravlje ugroženi

Kada govori o odgovornosti za nepružanje pomoći, zakonodavac kroz uvođenje obaveze pružanja pomoći ujedno i postavlja granice ove građanskopravne obaveze. Ta granica se prije svega odnosi na sam obim pomoći koji svako treba da pruži licu čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi. Naime, zakonodavac ovdje misli samo na neophodnu ili nužnu pomoć koju svako treba da pruži licu čiji su život i zdravlje ugroženi. Ovo je naglašeno i u samom zakonskom nazivu ovog posebnog slučaja odgovornosti za štetu, koji je naveden iznad čl. 182 ZOO. Prema tome, ako odgovorno lice nije pružilo ugroženom i pomoć koja nije s obzirom na konkretnu situaciju bila neophodna, on neće odgovarati za štetne posljedice koje zbog uskraćivanja takve pomoći (koja nije bila nužna) nastanu.

Osim toga, pružanje neophodne pomoći ograničeno je i sa jednog drugog aspekta, a to je aspekt lične bezbjednosti lica koje treba da pruži nužnu pomoć. Prema tome, lice koje je u datoj situaciji dužno da pruži pomoć, obavezno je da to učini pod prijetnjom odgovornosti za štetu samo u slučaju kada u okviru svih mogućih načina pružanja pomoći postoji takav način kojim se pomoć može pružiti “bez opasnosti” za lice koje treba da pruži pomoć. Ako takav način pružanja pomoći ne postoji, onda se lice koje je obavezno da pruži pomoć oslobađa te obaveze, jer se ne može zahtijevati da zbog pomoći drugome neko žrtvuje samog sebe.¹¹ U vezi sa prethodno navedenim, postavlja se pitanje značenja sintagme “bez opasnosti po sebe” sadržane u zakonskom tekstu, odnosno granice izloženosti lica koje je dužno da pruži neophodnu pomoć. Očigledno je da ova granica podrazumijeva onu izloženost lica koje je dužno da pruži pomoć koja ne dovodi njegov život ili zdravlje u opasnost. U tom smislu, na primjer, ne može se tražiti od neplivača da spasava utopljenika iz nabujale rijeke. Izlaganje preko navedene granice koja podrazumijeva ugrožavanje vlastitog života ili zdravlja, može biti razlog za oslobađanje obaveze pružanja nužne pomoći, a time i odgovornosti za štetu zbog uskraćivanja

deo), III izdanje, str. 176; V. Stanković, op. cit., str. 541; M. Vučković, op. cit., str. 281.

¹⁰ Đ. Nikolić, op. cit., str. 1341.

¹¹ B. Loza, op. cit., str. 222 – citirano prema Đ. Nikolić, op. cit., str. 1342.

neophodne pomoći. Sporno je da li ovo može da važi i za lica koja su dužna po profesiji ili službenoj dužnosti da pružaju pomoć, bez obzira na opasnost koja im zbog toga prijeti. Ovo se posebno odnosi na ljekare, a i neke druge profesije, kao što je na primjer profesija spasioca, vatrogasca, policajca i slično. Smatramo da se ova lica ne mogu osloboditi takve obaveze, pa time ni odgovornosti za nepružanje pomoći.

4. Oslobođenje od odgovornosti

Odgovorno lice se može osloboditi odgovornosti za štetu ako dokaže da u konkretnom slučaju nije postojala neka od pravno relevantnih činjenica koje su *conditio sine qua non* za nastanak ovog slučaja odgovornosti, pri čemu se posebno misli na propuštanje pružanja pomoći pri postojanju očigledne ugroženosti života ili zdravlja nekog lica, mogućnost predviđanja štete, postojanje same štete, postojanje uzročne veze između uskraćivanja pomoći i štete kao posljedice tog propuštanja, činjenicu neophodnosti odnosno nužnosti pružanja pomoći, te odsustvo opasnosti po život i zdravlje lica koje je obavezno da pruži pomoć. Sud ima ovlašćenje da odgovorno lice oslobodi obaveze naknade štete, ako to zahtijevaju i razlozi pravičnosti.¹² Naše je mišljenje da sud može, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, saglasno principu “ko može više može i manje”, da smanji visinu naknade štete, pogotovo ako za to postoje zakonski razlozi kao što su, na primjer, imovinsko stanje štetnika i oštećenog ili krivica trećeg lica. Međutim, u slučajevima kada treba da primijeni princip pravičnosti i po tom osnovu oslobodi lice koje je uskratilo da pruži neophodnu pomoć, sud se, po našem mišljenju, mora rukovoditi subjektivnim karakteristikama štetnika, te uzeti u obzir njegov uzrast, obrazovanje, činjenicu postojanja pretjerane osjetljivosti ili straha i drugih značajnih okolnosti vezanih za ličnost, zbog kojih štetnik nije udovoljio zakonskoj obavezi, iako se to od njega očekivalo.¹³

Zaključak

Kao što smo vidjeli iz prethodnih izlaganja, u pravnoj nauci i danas postoje različita shvatanja o pravnoj prirodi ove odgovornosti, a naročito u pogledu pitanja da li se odgovornost prosuđuje po subjektivnom ili pak objektivnom kriterijumu.

¹² Vidi čl. 182 st. 2 ZOO.

¹³ Više o tome vidi kod Cigoj, S., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 324–424.

U pogledu navedenog pitanja mi smo se priklonili shvatanju o objektivnoj odgovornosti lica zbog nepružanja neophodne pomoći. Shvatanje o objektivnoj prirodi građanske odgovornosti za štetu zbog nepružanja neophodne pomoći ima opravdanje, jer se zakonskom odredbom kojom se reguliše ovaj slučaj odgovornosti ne propisuju pravno relevantne činjenice na osnovu kojih bi se moglo zaključiti da se odgovornost prosuđuje po subjektivnim kriterijumima. Ono više odgovara intenciji zakonodavca da se obezbijedi kvalitetnija i efikasnija građanskopravna zaštita svima onima koji se nađu u očiglednoj opasnosti od ugrožavanja života ili zdravlja, odnosno oštećenima koji zbog propuštanja zakonske obaveze pružanja pomoći u nevolji pretrpe štetu.

Ipak, smatramo da bi odredbe o odgovornosti za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći, *de lege ferenda*, trebalo detaljnije i jasnije formulisati, kako bi se iz istih jasno razabrali svi neophodni uslovi za nastanak i oslobođenje od navedene vrste građanske odgovornosti za štetu. Pri tome se naročito misli na razjašnjenje sintagme "bez opasnosti za sebe" sadržane u važećem zakonskom tekstu, čime bi jasnije bile određene granice ove građanske odgovornosti za štetu u pogledu stepena i mjere izloženosti opasnosti lica koja su dužna da pomoć pruže.

LITERATURA

- Cigoj, S., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Jakšić, S., *Obligaciono pravo, opšti dio*, Sarajevo 1962.
- Loza, B., *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1978.
- Nešković, B., „Posebni slučajevi odgovornosti“, „Ugovorno i odštetno pravo prema ZOO“, Zbornik radova, Savez udruženja pravnika, SR Srbije, Beograd 1979.
- Nikolić, Đ., „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Pravni život* br. 9-10/92.
- Obrazloženje Prijedloga Zakona o obligacionim odnosima, Skupština SFRJ, AS br. 388/15, Beograd, 1977.
- Radišić, J., *Obligaciono pravo (Opšti deo)*, III izdanje, Sam konsalting centar, Beograd, 1991.
- Salma, J., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1988.
- Stanković, V., u: *Komentar ZOO I i II*, Kragujevac 1980.
- Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.
- Vučković, M., *Obligaciono pravo*, Beograd 1989.

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY NOT PROVIDING NECESSARY HELP

Slobodan Stanišić, PhD*

Summary

In this paper are discussed the notion, legal nature, and assumptions for arising and release of civil liability for damage caused by failing to provide necessary help, as well as limitations of such civil liability for damages. In the paper is expressed an understanding that this special kind of civil liability, by its legal nature, is an objective liability, i.e. a liability regardless to the guilt. A responsible person could be released from the liability for the damage if it is proven that in the specific example there were none of the legally relevant facts, which are conditio sine qua non for arising of this kind of liability.

Keywords: *life or health endangerment, failing to provide help, damage, predictability, liability, legal nature.*

* Attorney-at-law, and Associate Professor at Faculty of Legal Sciences “Apeiron” in Banja Luka

СТИЦАЊЕ ЗАКОНСКЕ ХИПОТЕКЕ НА ОСНОВУ НАЧЕЛА ПОУЗДАЊА У ЈАВНУ ЕВИДЕНЦИЈУ НЕПОКРЕТНОСТИ

Проф. др Раденко Јогановић*

Апстракт: Начело поуздања најважније је начело на којем се заснива цијелокупна концепција јединствене евиденције непокретности. Према законским одредбама стварног и права регистра непокретности које регулишу примјену овог начела, сматра се да су подаци у јавној евиденцији непокретности истинити и потпуни па ће савјесни стицалац стећи стварно право од уписаног претходника, иако он то можда није – у случају разлике између правног и фактичког стања. У том смислу, примјена начела поуздања има предност у односу на начело да нико не може на другом пренијети више права, него што сам има (*Neto plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*).

Аутор у раду анализира правно дејство начела поуздања на законску хипотеку, у случају промјене хипотекарног дужника, због оглашавања ништавим уговора о поклону којим су стечене хипотековане непокретности. Правило да ништав уговор не производи никакве правне посљедице *ex tunc* не може се примјенити у апсолутном смислу, јер су трећа лица правно заштићена примјеном начела поуздања. Повјерилац који је законску хипотеку конституисао поуздајући се у податке уписане у јавну евиденцију непокретности, чак и кад ти подаци нису тачни, савјесно је треће лице и не може трпјети правне посљедице накнадно утврђене ништавости уговора о поклону који је био основ стицања права својине хипотекарног дужника.

* Ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци.

Кључне ријечи: *јавна евиденција непокретности, начело поуздања, начело пето plus iuris..., законска хипотека, ништавост, посљедице ништавости.*

1. Значај јавне евиденције непокретности

Важећа јавна евиденција непокретности у Републици Српској уведена је 2012. године, доношењем Закона о премјеру и катастру Републике Српске (у даљем тексту ЗПКРС)¹. Ради се о тзв. јединственој евиденцији (катастар) непокретности која је у наш правни систем уведена са циљем да се замијени дотадашња тзв. двојна евиденција непокретности која се састојала од катастра (фактичке евиденције) и земљишних књига (правне евиденције). Бројни су разлози који су ишли у корист регулација нове, јединствене евиденције непокретности, а свакако су постојали и разлози против једног таквог законског рјешења.² Реформа стварног и права регистра непокретности (раније земљишнокњижно право) утицала је и на увођење јединствене евиденције непокретности као јавне евиденције о непокретностима и правима на непокретностима.³ Јединствена евиденција непокретности резултат је потребе за поузданом, ажурном и вјеродостојном евиденцијом коју намећу друштвени односи засновани првенствено на захтјевима привредне заједнице за стварањем што повољнијег привредног амбијента, али и одређеним интересима државе као законодавца. У том смислу, циљ је да се омогући сигуран, брз и једноставан правни промет непокретности; заштита повјерења у правном промету непокретности и заштита стварних права и њихових носилаца (титулара), као и трећих савјесних лица; развој зајма и кредитних односа (нема привредног развоја без кредитних средстава која се најчешће обезбјеђују путем хипотеке); фискални разлози (наплата пореза и дру-

¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12, 110/16 и 22/18 – одлука УС.

² О разлозима *pro et contra* регулација јавне евиденције непокретности детаљније: Јотановић, Р., Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске, *Правна ријеч*, бр. 47/2016, стр. 217.

³ У јуриспруденцији, јудикатури и легислативи не постоји јединствена терминологија у погледу евиденције, а која садржи податке о непокретностима и правима на непокретностима тако да се користе различити називи: јединствена евиденција непокретности; евиденција непокретности; јавна евиденција непокретности; јавна евиденција; катастар; катастар непокретности; земљишне књиге и др. Разлог за то јесте што се још увијек паралелно води више евиденција непокретности у надлежности Републичке управе за геодетске и имовинско правне послове, док се не успостави јединствена евиденција непокретности регулисана одредбама ЗПКРС. Због тога ће се у раду користити назив „јавна евиденција непокретности“, као заједнички назив за све евиденције од значаја за правни промет непокретности.

гих јавних дажбина) итд. Поред тога, у складу са примјеном савремених информационих технологија у свим сферама друштва било је потребно обезбиједити и прелазак са аналогне („папирне“) форме на дигиталну (електронску) форму вођења података о непокретностима и правима на непокретностима (дигитализација катастарских планова, скенирање земљишних књига и катастарских елабората и података премјера и одржавања катастра непокретности).⁴

Да би се остварили прокламовани циљеви јединствене евиденције непокретности, као „огледала“ свих стварноправних односа везаних за непокретности „...постоји један заједнички оквир као систем општих правила од којих треба поћи“,⁵ а то су начела (принципи) на којима се заснива ова евиденција. Између више регулисаних начела⁶ истичу се начело уписа и начело поуздања, јер управо ова два начела дају смисао (суштину) постојања саме јединствене евиденције непокретности.⁷

2. Дејство (домет) начела поуздања

Начело поуздања уско је везано за начело уписа, па су се некада ова два начела чак и поистовјећивала.⁸ Њихова узајамна повезаност видљива је и данас, јер правно дејство начела поуздања наступа уколико није наступило правно дејство (конститутивно или декларативно) начела уписа, тј. уколико није извршен пуноважан (истинит, исправан) упис и обрнуто. Упис мора бити каузалан, заснован на пуноважном правном основу (табуларна исправа, исправа за упис), а у супротном се може оспорити путем брисовне тужбе.⁹ Ова могућност брисања права уписаног у јавну евиденцију непокретности представља недостатак начела каузалне традиције и доводи до правне несигурности у промету непо-

⁴ Ради се о тзв. е-пословању, детаљније: Јотановић, Р. и Чубриловић, Б., „Правни значај уписа промјене садржаја хипотеке“, *Годишњак правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, у штампи.

⁵ Цветић, Р., „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 3/2015, стр. 1019.

⁶ Према чл. 53 ЗПКРС то су: начело уписа, начело јавности, начело поуздања, начело легалитета, начело формалности, начело обавезности и начело одређености.

⁷ Јотановић, Р., „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 40/2014, стр. 553–572 и „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016, стр. 215–232.

⁸ Види: Кошутић, М., *Грунтовно право*, Загреб, 1910, стр. 191.

⁹ Чл. 56, ст. 3 Закона о стварним правима (у даљем тексту ЗСП), „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/2008, 3/2009 – испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015 и 18/2016 – одлука УС.

кретности.¹⁰ Брисање уписаног права (изостанак правног дејства начела уписа) могуће је и уколико је до уписа дошло на основу рушљивог или ништавог правног посла, независно од претпоставки за брисовну тужбу.

Значај начела поуздања (повјерења, јавне вјере) превазилази садржину овог начела, јер се на овом начелу, такође, заснива суштина цјелокупне јавне евиденције непокретности као потпуне, тачне и вјеродостојне евиденције непокретности и права на непокретности којом се обезбјеђује сигуран правни промет непокретности, односно владавина права у цјелини.¹¹ Начело поуздања (у погледу потпуности и у погледу истинитости) ствара необориву претпоставку да је савјесни стицалац (ималац, сопственик, титулар права) уписано право стекао од претходника чији је упис пуноважан (истинит, исправан): „Сматра се да су подаци о непокретностима истинити и да потпуно одражавају чињенично и правно стање непокретности“,¹² а „Стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано“¹³.¹⁴ Савјесни стицалац поуздао се (вјерује) да уписано право стиче од уписаног претходника, иако се то стање (евентуално) разликује од стварног (правог, фактичког) стања (разликује се уписано од стварног стања).

Сматра се, дакле, да у корист правног претходника савјесног стицаоца постоји уписано право с оним садржајем, обимом и редом првенства како је оно уписано у јавној евиденцији непокретности, иако се (евентуално) разликује од ванкњижног (нерегистрованог, фактичког, правог) стања.¹⁵ Правни значај оваквог дејства начела поуздања огледа се у немогућности оспоравања уписа извршеног у корист савјесног стицаоца права, иако је упис у корист његовог правног претходника (од кога је стекао право) био не-

¹⁰ Мутапчић, Х. и Бркић, А., „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретнинама у земљишну књигу у Босни и Херцеговини, с освртом на упоредно законодавство“, *Зборник Радова – Међународна конференција – Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?*, Тузла, 2014, стр. 167.

¹¹ Детаљније: Јотановић, Р., *Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске*, стр. 559 и даље.

¹² Чл. 56, ст. 1 ЗПКРС.

¹³ Чл. 56, ст. 2 ЗПКРС.

¹⁴ Сличну одредбу садржи и ЗСП (чл. 55, ст. 1): „Сматра се да јавна евиденција истинито и потпуно одражава чињенично и правно стање непокретности, па ко је у доброј вјери поступао с повјерењем у јавну евиденцију непокретности, не знајући да оно што је у њих уписано није потпуно или да је различито од ванкњижног стања, ужива у погледу тог стицања заштиту према одредбама овог закона“.

¹⁵ Јосиповић, Т., *Земљишно књижно право*, Загреб, 2001, стр. 243.

пуноважан (неважећи, неистинит), било у погледу чињеница које се односе на правног претходника било чињеница везаних за непокретност (поуздање у истинитост и поуздање у потпуност). Предност се даје постојећем, уписаном стању, иако је оно непуноважно (неваљало, неистинито). Стицалац постаје ималац права иако то његов правни претходник није био, тј. уписом стиче право непосредно на основу начела поуздања испуњењем законских претпоставки. Ово није деривативан начин стицања стварних права, јер недостаје правни претходник: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (Нико не може на другом пренијети више права, него што сам има).¹⁶ Овдје се ради о посебној врсти стицања – стицање на основу начела поуздања, гдје „привид права замјењује право“.¹⁷

Истовремено, стицањем уписаног права на основу правног дејства начела поуздања, престаје то право за стварног имаоца чије право је повријеђено непуноважним уписом из којег је савјесни стцалац стекао право. Наступањем правног дејства начела поуздања (истеком рокова за подизање брисовне тужбе или ако тужилац не успије у већ подигнутој брисовној тужби), стварни ималац права не може више захтијевати стварноправну заштиту свог права.

3. Правне посљедице ништавости

Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО)¹⁸ у Одсјеку 4, означеном као „Неважност уговора“ (чл. 103–117), регулише ништаве и рушљиве уговоре (ове одредбе, на основу чл. 25, ст. 3 ЗОО, важе и за правне послове). Ништави уговори не важе *ex lege* јер су противни принудним прописима, јавном поретку¹⁹ и добрим обичајима. Ништавост је најтежа форма неважности уговора, а назива се и апсолутна ништавост како би се тиме нагласила повреда бројних интереса,²⁰ тј. ништавост штети јавним интересима који су изнад интереса појединца или групе појединаца²¹.

¹⁶ Нпр. савјесни купац стиче непокретност од лица које није стварни власник, иако је као такав уписан у јавну евиденцију непокретности или савјесни хипотекарни повјерилац стиче zaloжно право на непокретности уписаног лица које није и њен стварни власник.

¹⁷ Повлакић, М., Начело повјерења у земљишну књигу у најновијој пракси Врховног суда Федерације БиХ, *Нова правна ревија*, бр. 1/2014, стр. 48–49.

¹⁸ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04.

¹⁹ О појму јавног поретка детаљније: Перовић, С., *Забрањени уговори*, Београд, 1975, стр. 99–166.

²⁰ Рашовић, З., *Грађанско право*, Подгорица, 2006, стр. 266–267.

²¹ Николић, Д., *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2014, стр. 348.

Због тежине повреда које производе, ништаве уговоре може побјигати свако заинтересовано лице; на ништавост пази и суд *ex officio*; није прописан рок застарјелости за утврђивање ништавости;²² ништави уговори не производе никакво правно дејство од самог настанка *ex tunc (quod nullum est nullum producit effectum)*. Одлука суда којом се утврђује ништавост има декларативно дејство, што значи да се само утврђује постојање ништавости, а уговор је сам по себи већ ништав, па нема разлога за поништај.²³

Правна посљедица одлуке суда о проглашењу ништавости јесте реституција, када свака уговорна страна враћа оно што је примљено од друге стране на име испуњења уговорне обавезе (*Restitutio in integrum* као опште правило регулисања имовинских односа насталих извршењем ништавих уговора). Могуће је да се стране обавезу да оно што су примиле по основу ништавог уговора предају неком трећем, нпр. јединици локалне самоуправе.²⁴ У нашој старијој судској пракси постојала је и могућност да до повраћаја извршених престајања не дође у складу са максимумом *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Правило да се несавјесном уговорнику не допушта да се позове на ништавост). У суштини, ради се о преиспитивању става којим се позивање на ништавост дозвољава и оној уговорној страни која је још приликом закључења уговора знала да је он противан јавном поретку, принудним прописима или добрим обичајима.²⁵

4. Анализа судске одлуке

Из садржине списка предмета²⁶ произлази сљедеће чињенично стање:

Тужилац је Земљишнокњижном уреду Опћинског суда у Тузли поднио захтјев за брисање забиљежбе пленидбе и хипотеке у теретном „Ц“ листу земљишнокњижног улошка уписаних непокретности. Ова забиљежба и хипотека уписане су на основу захтјева Управе за индиректно опорезивање БиХ (у даљем тексту: УИО), ради обезбјеђења наплате

²² У складу са правилом *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, слободније преведеном у чл. 1006 Општег имовинског законика за Црну Гору из 1888. године: „Што се грбо роди, вријеме не исправи“.

²³ Бабић, И. и Јотановић, Р., *Грађанско право: Књига 1 – Увод у грађанско право*, Бања Лука, 2018, стр. 248.

²⁴ Чл. 104, ст. 2 ЗОО.

²⁵ Перовић, С., *op. cit.*, стр. 231–237.

²⁶ Пресуда Суда БиХ, бр. С13 П 023063 16 П од 27. 6. 2017. године, пресуда (другостепена) Суда БиХ, бр. С13 П 023063 17 Гж од 14. 9. 2017. године и пресуда Опћинског суда у Тузли, бр. 32 О П 320081 17 П, од 4. 7. 2018. године.

дуга по основу неплаћених индиректних пореза, осталих прихода и такси пореског дужника.

Захтјев за брисање хипотеке тужилац заснива на пресуди Опћинског суда у Тузли којом је утврђено да је ништав и без правног дејства уговор о поклону закључен између тужиоца и туженог (сина тужиоца). У складу са тим, укидају се и све правне посљедице уговора о поклону, тако да је потребно извршити брисање уписа туженог и извршити упис тужиоца као власника на предметним непокретностима. На основу ове пресуде тужиоцу је дозвољен упис права својине на његово име, те као нови/стари власник предметних непокретности он сматра да се треба извршити и брисање забиљежбе и хипотеке уписаних у теретни „Ц“ лист земљишнокњижног улошка ових непокретности, јер је због утврђене ништавости уговора о поклону престао и основ по којем је извршен наведени упис забиљежбе и хипотеке. Суд доноси пресуду којом утврђује да су престале околности на основу којих је извршен упис заложног права те да се на основу тога изврши упис брисања хипотеке (брисовна дозвола).

Из овако постављеног чињеничног стања међу странкама је спорно питање да ли наступање правне посљедице утврђене ништавости уговора о поклону, која се огледа у упису промјене власника на предметним непокретностима, представља околност на основу које се може извршити упис брисања законске хипотеке? Одговор на ово питање зависи од тога којем од два конкуришућа (супротстављена) правна принципа дати предност у конкретном случају: правном дејству начела поуздања у јавну евиденцију непокретности или правним посљедицама ништавости уговора.

Хипотека је књижно (регистарско) право *par excellence*,²⁷ јер је њен *modus acquirendi* (конститутивно дејство) упис у јавну евиденцију непокретности. Конститутивно дејство хипотеке које се остварује уписом посебно је значајно код законске хипотеке, јер се тиме афирмише примјена начела публицитета, односно правна сигурност располагања непокретности (хипотекарно обезбјеђење потраживања).²⁸ У улози хипотекарног повјериоца код законске хипотеке су преференцијални повјериоци (порески органи, пензиони фондови и други јавноправни субјекти), јер се законском хипотеком осигурава јавни интерес за фискална и парифискална давања.²⁹ Овим правним институтом држава за себе резерви-

²⁷ Повлакић, М., *Трансформација стварног права у Босне и Херцеговини*, Сарајево, 2009, стр. 95.

²⁸ Јотановић, Р., „Legal mortgage *modus acquirendi*“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 40/2018, стр. 75–93.

²⁹ Законска хипотека на имовини пореског обвезника најчешћа је категорија законског заложног

ше привилеговано заложно право највишег ранга,³⁰ па је тако Законом о пореском поступку регулисано право фискаса на законску хипотеку засновану на непокретностима пореског обвезника.³¹

Како то проистиче из списка предмета, по захтјеву УИО уписана је законска хипотека на непокретностима пореског обвезника (тужиоца у овом случају) и тај упис није оспорен. Дакле, у вријеме подношења захтјева за упис законске хипотеке, повјерилац (УИО) био је савјестан стицалац, јер је поступао у складу с начелом поуздања у јавну евиденцију непокретности (поуздање у истинитост). Савјесност УИО заснива се на чињеници да је увидом у јавну евиденцију непокретности констатовано да је у власничком листу „А“ као власник непокретности уписан порески дужник. Управа за индиректно опорезивање, као стицалац регистарског права (хипотеке), није била дужна да истражује ванрегистарско стање, нити јој је била позната чињеница да се регистарско стање (евентуално) разликује од ванрегистарског стања. Управо значај уписаних података о непокретности, односно имаоцу права на непокретности треба да допринесе примјени новог концепта јавне евиденције непокретности као потпуне, поуздане, ажурне, вјеродостојне и усклађене са стварним стањем. На тај начин су правно заштићени сви учесници у правном промету непокретности, а чини нам се да је то посебно значајно у случају кад је неко од учесника јавноправни субјект. Ово из разлога што је у домаћем правном поретку, када се ради о правном односу између субјеката приватног и јавног права, присутна злоупотреба права (нпр. у случају кад законски заступник јавноправног субјекта не предузима све правне радње за заштиту јавног интереса). Таква могућност постоји и у случају доношења пресуде због пропуштања.³²

4.1. Правне посљедице ништавости уговора о поклону

У конкретном случају пресуда због пропуштања је злоупотребљена од стране парничних странака – пореског обвезника и његовог оца, што је у коначници довело до промјене власника уписаних непокрет-

права, али законодавац може регулисати било коју категорију законског заложног права за одређено потраживање.

³⁰ Хибер, Д. и Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, Београд, 2015, стр. 56.

³¹ Чл. 53 Закона о пореском поступку, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14, 44/16 и 11/2019 – одлука УС.

³² Чл. 182 Закона о парничном поступку, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – одлука Уставног суда, 45/09 – одлука Уставног суда, 49/09 и 61/13.

ности које су биле предмет тужбе за оглашавање ништавим уговора о поклону (непокретности које су и предмет залога). Без судског поступка у коме би се извели докази, није могуће утврдити разлоге који су довели до ништавости уговора о поклону, тј. да ли су ти разлози постојали у моменту његовог настанка или су се узроци ништавости појавили после његовог закључења. Остало је као неутврђена околност да ли је уговор о поклону ништав из разлога што нису биле испуњене претпоставке потребне за закључење уговора о поклону: способност уговарања, сагласност воља, предмет, основ или форма, односно да ли је ништавост наступила накнадно: побијањем, враћањем усљед повреде нужног дијела, раскидањем или опозивањем.³³

У складу са тим, могу бити различите правне посљедице престанка уговора о поклону, посебно по трећа савјесна лица. Тако нпр. ако је до престанка уговора о поклону дошло побијањем од стране поклонодавчевих повјерилаца (тзв. *actio Pauliana*), поклон губи важност у оној мјери која је потребна за испуњење потраживања. С друге стране, ако поклонодавац опозове уговор о поклону из законом утврђених разлога (осиромашење поклонодавца или неблагодарност поклонопримца)³⁴ то не значи да поклон може престати из узрока који зависе од воље поклонодавца.

Приликом доношења одлуке о оглашењу ништавости сваког уговора, па и уговора о поклону, суд треба водити рачуна о савјесности једне и/или друге стране, значају угроженог добра или интереса и моралним схватањима.³⁵ Уколико су уговорне стране блиски сродници, а отац и син то свакако јесу, јер улазе у групу сродника под називом „сумњива породица“;³⁶ онда се њихова несавјесност претпоставља. Посебно се мора водити рачуна о интересима трећих савјесних лица,³⁷ који у случају поништења уговора о поклону треба чак и да превагну³⁸. Све ово суд не може узети у обзир ако није спроведен судски поступак за утврђивање свих околности у конкретном случају оглашавања ништавим уговора о поклону.

³³ Ђурђевић, М., *Уговор о поклону*, Београд, 2012, стр. 103–157 и 211–248.

³⁴ Види: чл. 137 Закона о наслеђивању, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/09, 55/09 – исправка и 91/16.

³⁵ Види чл. 104, ст. 2 ЗОО.

³⁶ Капор, В. (уређивач), *Облигационо право – према белешкама са предавања професора Др М. Константиновића*, Београд, 1956, стр. 9 (Општи део – II).

³⁷ Види чл. 104, ст. 3 ЗОО.

³⁸ Ђурђевић, М., *op. cit.*, стр. 144.

Изостанак судског поступка у којем би биле утврђене околности које су довеле до ништавности уговора о поклону онемогућио је правно дејство начела поуздања које је у међусобној вези са правним дејством начела уписа. Упис мора бити каузалан, заснован на пуноважном правном основу, а уколико правни основ уписа није пуноважан изостало је правно дејство начела уписа. Начело уписа је због тога важно за одређивање правног статуса лица у чију корист је извршен упис неког регистарског права.³⁹ Уколико је упис непуноважан (заснован на непуноважном правном основу или је касније дошло до промјене ванрегистарског стања – разлике између регистарског и ванрегистарског стања) неће важити начело уписа, али тада важи начело поуздања. Наиме, правно дејство начела поуздања дјелује у корист трећих савјесних лица која своја права изводе из раније проведених уписа чак и кад ти уписи нису пуноважни. Та трећа савјесна лица уживају правну заштиту јер су се поуздала у јавну евиденцију непокретности и предузеле одређене правне радње ради стицања неког права на непокретности.⁴⁰

4.2. Начело поуздања versus начело *nemo plus iuris...*

Реформа стварног и регистарског права у Републици Српској и БиХ, између осталог, има за циљ афирмацију начела поуздања јер је његова досадашња примјена показала бројне проблеме у судској пракси.⁴¹ На основу начела поуздања није било могуће стицати право својине и друга стварна (регистарска) права⁴² јер су јавне евиденције непокретности биле нетачне, а савјесност стицаоца укључивала је и истраживање ванрегистарског стања. Таква напуштена, скоро никаква примјена начела поуздања није прихватљива у савременој судској пракси заснованој на промијењеним друштвено-економским околностима насталим након престанка СФРЈ. Начело поуздања треба да ојача правни положај трећих савјесних лица и значај јавне евиденције непокретности. Управо ове промјене у погледу правног дејства начела поуздања треба афирмисати

³⁹ Јосиповић, Т., *op. cit.*, стр. 134.

⁴⁰ Према чл. 56, ст. 2 ЗПКРС: „Стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано“.

⁴¹ Повлакић, М., *op. cit.*, стр. 42–43.

⁴² Према чл. 1, ст. 3 ЗСП све оно што се односи на право својине сходно се примјењује и на друга стварна права.

зато што је суштина јавне евиденције непокретности да омогући правну сигурност у промету непокретностима, а што се огледа у могућности стицања стварних права од стране трећих савјесних лица у случају непуноважног (неистинитог, погрешног, неваљалог) уписа.

У наведеном случају, имајући у виду да је порески обвезник био уписан као власник предметних непокретности, УИО је савјестан стицалац законске хипотеке чак и да је уписано стање непокретности различито од стварног, неуписаног стања непокретности. Према чл. 56, ст. 1 ЗСП⁴³: „Стицалац уписом стиче непокретност као да је стиче од њеног власника, ако непокретност, поступајући с повјерењем у земљишну књигу, стекне у доброј вјери од лица које је било уписано као власник те непокретности, иако то није био“. Смисао ове одредбе јесте да стицалац само привидно стиче право од регистарског власника, а стварно стиче право на основу самог закона.⁴⁴ Деривативно стицање хипотеке од уписаног претходника није могуће, јер је његов упис неистинит, па се не може примјенити начело *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Према томе, начело поуздања има предност у односу на начело *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Хипотекарног повјериоца штити начело поуздања у случају када постоји неусклађеност између правног и фактичког стања, јер се тада предност даје правном (регистарском) стању иако је оно неистинито. Тиме је обезбијеђена правна заштита трећим лицима, у овом случају УИО као хипотекарног повјериоца, али под условом да се ради о савјесном стицаоцу⁴⁵. Уколико стицалац није савјестан, његово право се може брисати на основу правноснажне судске одлуке донесене у брисовној парници. Брисовна тужба може се поднијети против лица у чију корист је извршен непуноважан упис и захтијевати брисање таквог уписа, као и успостављање ранијег регистарског стања. Протеком прописаних рокова⁴⁶ према трећој савјесном стицаоцу није више могуће подношење брисовне тужбе.

Посљедица стицања права од стране савјесног хипотекарног повјериоца – УИО на основу начела поуздања јесте да је правни сљедбеник хипотекарног дужника (пореског обвезника) који је стекао право својине на предметним непокретностима, али након што је савјесни хипотекар-

⁴³ Исто и чл. 56, ст. 1 Закона о стварним правима Федерације БиХ.

⁴⁴ Симонети, П., „Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге“, *Правна ријеч*, бр. 5/2005, стр. 98.

⁴⁵ Види чл. 55, ст. 2 и 3 ЗСП.

⁴⁶ Види чл. 56, ст. 3 и 4 ЗСП.

ни повјерилац уписао своје заложно право, дужан то да трпи. Дакле, у случају кад је на наведени начин (оглашавањем ништавог уговора о поклону којим је извршен пренос права својине на непокретности) дошло до промјене хипотекарног дужника, законска хипотека уписана у корист хипотекарног повјериоца и даље егзистира у складу са правом следовања. Ово право је битно обиљежје хипотеке, јер у случају да хипотекарни дужник, из било којег разлога (са или без своје воље), остане без права својине на хипотекованој непокретности, право на намирење хипотекарног повјериоца може бити осујећено. „Стога је за хипотеку потребно да се доследно спроведе начело уписа (формално начело) и начело поуздања у земљишне књиге“.⁴⁷ Ово из разлога што је хипотека, без обзира на правни основ настанка, регистарско право с обзиром на врсту стварног права, тако да је пуноважна једино уколико је извршен њен упис у јавну евиденцију непокретности. То се односи и на законску хипотеку, па начело поуздања треба овдје да има појачано правно дејство у смислу постојања права и заштите хипотекарног повјериоца.

Лице које је непокретност стекло од хипотекарног дужника на основу судске одлуке о ништавости уговора о поклону било је тужилац у том судском поступку, па му је несумњиво било познато регистарско стање непокретности (уписана законска хипотека). У ствари, основни мотив тужиоца приликом покретања судског поступка за оглашавање ништавим уговора о поклону и јесте био да се изврши упис брисања законске хипотеке. Тужиоцу у овом случају (без обзира на злоупотребу права од стране парничних странака) може се дозволити упис права својине на непокретности, а што је и земљишнокњижни суд у Тузли и дозволио на основу пресуде због пропуштања. Међутим, уписани стицалац права својине на хипотекованој непокретности по општим правилима стварног права долази на мјесто хипотекованог дужника и хипотека може престати само брисањем, а на неки од начина престанка хипотеке прописаних законом. Овдје није од значаја начин на који је дошло до промјене хипотекарног дужника, јер се предност даје правном дејству начела поуздања. Уписани стицалац права својине на хипотекованој непокретности евентуално би могао поставити захтјев за накнаду штете лицу од кога је стекао такву непокретност, јер хипотека умањује вриједност предмета залога, али у предметном случају ни то не може доћи у обзир имајући у виду које су мотиве имале парничне стране.

⁴⁷ Орлић, М. и Станковић, О., *Стварно право*, Београд, 1996, стр. 276.

5. Примјена начела поуздања у судској пракси

У прилог правног стајалишта о досљедној примјени начела поуздања иде и Пресуда Врховног суда Федерације БиХ према којој: „Стечено право власништва досјелошћу на некретнини прије уписаног заложног права – хипотеке не може осујетити права заложног повјериоца који је, ослањајући се на начело повјерења у земљишне књиге, прибавио себи такво право још прије него је право власништва досјелошћу било укњижено“⁴⁸.⁴⁹

Како то проистиче из списка предмета, право својине стечено одржајем није било уписано у тренутку уписа хипотеке, па је хипотекарни повјерилац био савјестан и поступио у складу са начелом повјерења у јавну евиденцију непокретности, јер није знао или могао знати да оно што је уписано у јавну евиденцију непокретности није тачно или различито од регистарског стања. Правно дејство начела поуздања има предност у односу на начело да нико не може пренијети на другог више права, него што сам има (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*). Заложни повјерилац сматра се трећим савјесним лицем које ужива заштиту начела поуздања, јер може стицати хипотеку на непокретности и од лица које је погрешно уписано у јавну евиденцију непокретности.⁵⁰

Начело поуздања је досљедно примијењено и у још једној пресуди Врховног суда Федерације БиХ.⁵¹ Како то произлази из списка предмета, првостепени и другостепени суд утврдили су ништавост првог уговора као неморалног (чл. 103 ЗОО), а пошто је тај уговор ништав онда стицалац није могао располагати стеченом непокретношћу у корист трећег (пренијети на другог више права него што и сам има), па је као ништав оглашен и тај други уговор. Као посљедицу оглашавања ништавим ових

⁴⁸ Пресуда Врховног суда Федерације БиХ, бр. 23 0 П 015197 12 Рев, од 20. 12. 2012. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Федерације БиХ*, бр. 1-2/2013, стр. 24–25.

⁴⁹ Према § 1500 АГЗ: „Али право које је стечено досјелошћу или застаром, не може бити на штету ономе, који је ослањајући се на јавне књиге, прибавио себи какву ствар или право још прије него је било то право укњижено.“

⁵⁰ У цитираној пресуди спорна је савјесност заложног повјериоца. Како се наводи у образложењу пресуде: „... Повјерење у земљишну књигу не може довести у питање ни чињеница да је тужитељ прије уписа хипотеке банци презентирао купопродајни уговор...“. Из овога проистиче да је заложни повјерилац, у ствари, несавјестан стицалац. Наиме, стицалац стварног права није дужан да истражује ванкњижно стање, али уколико му је разлика између регистарског и ванрегистарског стања била позната на неки други начин (у овом случају из презентованог купопродајног уговора, јер је тужилац био *in statu usucapiendi*), онда ће се ипак радити о несавјесном стицаоцу (Чл. 55, ст. 2 и 3 ЗСП). Исто и: Повлакић, М., *op. cit.*, стр. 47.

⁵¹ Пресуда Врховног суда Федерације БиХ, бр. 53 0 П 006550 11 Рев., од 14. 2. 2013. године, из архиве суда.

уговора нижестепени судови су, у складу са чл. 104 ЗОО, наредили успостављање ранијег земљишнокњижног стања. Врховни суд Федерације БиХ преиначио је нижестепене пресуде у односу на утврђену ништавост и брисање уписа уз образложење да је „...принцип повјерења у земљишне књиге требало примијенити у овом случају приоритетно, јер у моменту склапања другог уговора нису постојала ограничења у право друготуженог на предметним некретнинама..., а исправност уписа није доведена у питање...“, тако да начело поуздања „...у овом случају има приоритет у односу на принцип да 'нико не може на другог пренијети више права од оних права које је сам имао'“. ⁵²

Предност правног дејства начела поуздања и правна заштита трећих савјесних лица у односу на правно дејство судске одлуке о утврђеним околностима ништавости уговора о стицању непокретности на којима је конституисана хипотека експлицитно је истакнута и у пресуди Врховног касационог суда Републике Србије: „У наведеним околностима чињеница да је накнадном правноснажном одлуком утврђена ништавост уговора о размени непокретности закљученог између..., а у вези непокретности које су биле предмет дате заложне изјаве, не може водити утврђењу ништавости дате заложне изјаве односно губитку заложних права кроз регулисање правних последица ништавости уговора у смислу члана 104. ЗОО јер је ... трећа савесна страна која се поуздала у податке из јавних књига у погледу чињенице да је давалац заложне изјаве власник наведених непокретности и не може трпети последице накнадног утврђења ништавости уговора који је основ стицања својине претходника даваоца заложне изјаве.“ ⁵³

6. Начини престанака (законске) хипотеке

Одредбом чл. 185, ст. 2 Закона о стварним правима Федерације БиХ ⁵⁴ регулисано је да законско заложно право престаје као и добровољно, а и престанком околности због којих је на основу закона основано. ⁵⁵ Чланови

⁵² Види образложење на стр. 5 објављене пресуде.

⁵³ Пресуда Врховног касационог суда, Прев. 145/2017, од 20. 7. 2017. године, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/prev-1452017-utvr%C4%91enje-ni%C5%A1tavnosti-zalo%C5%BEne-izjave>, од 2. 9. 2019. године.

⁵⁴ „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 66/13 и 100/13.

⁵⁵ Сличну одредбу садржи и чл. 185, ст. 2 ЗСП у Републици Српској, али на начин да регулише и престанак добровољног заложног права, иако се наслов члана односи само на престанак судског и законског заложног права што може да изазове забуну у његовој примјени. Детаљније види: Бабић, И., и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011, стр.

173 до 183 овог закона регулишу начине престанака добровољног заложног права: престанком осигураног потраживања, пропашћу залога, губитком државине покретне ствари, одрицањем, истеком рока и испуњењем раскидног услова, престанком правног својства заложног повјериоца, консолидацијом и сједињењем.⁵⁶ Уобичајено у јуриспруденцији је да се случајеви престанка хипотеке дијеле на престанак хипотеке услед престанка потраживања и престанак хипотеке независно од престанка потраживања.⁵⁷ Престанак хипотеке услед престанка потраживања је посљедица акцесорности хипотеке (акцесорност у престанку), а престанак хипотеке независно од престанка потраживања показује да је хипотека релативно самостално стварно право различито од потраживања које обезбјеђује. Ни један од наведених разлога престанка хипотеке који се, у складу са чл. 185, ст. 2 Закона о стварним правима Федерације БиХ може примијенити и на престанак законске хипотеке, није присутан у конкретној правној ситуацији.

Поред наведених, општих разлога престанка законске хипотеке регулисан је и један посебан разлог престанка законског заложног права, а то је „престанком околности због којих је на основу закона основано“. Тако нпр. ако је законско заложно право настало због неплаћеног пореза, требало би измирењем пореског дуга и престати.⁵⁸ У анализираном случају, суд у диспозитиву одлуке утврђује да су престале околности због којих је регистровано законско заложно право, те на основу тога налаже брисање уписа законске хипотеке. Међутим, промјена власника хипотековане непокретности услед наступања правних посљедица ништавости уговора о поклону, није околност значајна за настанак законске хипотеке, првенствено због доминације начела поуздања у односу на начело *neto plus iuris*. Због тога се предност даје стицаоцу који је савјестан у погледу стицања законске хипотеке, јер се поуздао у јавну евиденцију непокретности вјерујући да се уписано, правно стање не разликује од фактичког стања непокретности.

7. Могуће рјешење

Како то проистиче из садржине списка предмета, неспорно је да је ради обезбјеђења наплате дуга по основу неплаћених индиректних пореза,

533.

⁵⁶ Детаљније види: Медић, Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2018, стр. 313–320 и Орлић, М. и Станковић, О., *op. cit.*, стр. 280–285.

⁵⁷ Орлић, М. и Станковић, О., *op. cit.*, стр. 280–281.

⁵⁸ Бабић, И., и др., *op. cit.*, стр. 575.

осталих прихода и такси, у корист тужене УИО уписана законска хипотека на предметним непокретностима које су у тренутку уписа биле у својине пореског дужника. У намјери избјегавања наплате дуга уновчењем предмета хипотеке, порески дужник је предузео „правни маневар (акробацију)“ тако што је на основу пресуде због пропуштања суд огласио ништавим уговор о поклону. Слиједом тога, долази до промјене власника хипотекованих непокретности који сада захтијева упис брисања законске хипотеке „јер су престале околности због којих регистровано законско založno право“⁵⁹.

Умјесто да на овај „споран“ начин оствари свој циљ, порески обвезник је то могао учинити на други много једноставнији, неспоран начин. Наиме, законска хипотека је конституисана на непокретностима које се биле у својини пореског дужника као физичког лица, а не на непокретностима у својини правног лица које је, у ствари, порески обвезник. Правно лице је основано у форми друштва са ограниченом одговорношћу, а Законом о привредним друштвима⁶⁰ регулисано је да за обавезе друштва члан одговара својим удјелом,⁶¹ а не и солидарно својом личном имовином. С тога, ни законска хипотека није могла бити конституисана на непокретностима физичког лица за обавезе правног лица чије је физичко лице оснивач, односно члан.

Приликом конституисања законске хипотеке у корист УИО примијењена је одредба чл. 29 Закона о Порезној управи Федерације БиХ⁶², према којој за пореску обавезу правног лица солидарно одговара и физичко лице. Међутим, ова одредба је оспорена од стране Уставног суда Федерације БиХ који сматра да је увођење физичког лица – оснивача у круг лица која одговарају солидарно својом личном имовином за обавезе правног лица неусаглашено са основним законом – Законом о привредним друштвима, чиме је повријеђено право на имовину физичких лица.⁶³

Имајући у виду наведено, јасно је да законска хипотека која је конституисана у корист хипотекарног повјериоца – УИО, није пуноважна. Дакле, и у ситуацији када је уговор о поклону пуноважан, порески дужник као физичко лице може тражити оглашавање ништавим упис законске хипотеке управо позивањем на одлуку Уставног суда о неуставности одредбе чл. 29 Закона о Порезној управи Федерације Босне и Херцеговине.⁶⁴

⁵⁹ Види чл. 185, ст. 2 ЗСП, као и исту одредбу Закона о стварним правима Федерације БиХ.

⁶⁰ „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 81/15.

⁶¹ Види чл. 302, ст. 2 Закона о привредним друштвима Федерације БиХ.

⁶² „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 и 91/15.

⁶³ Одлука Уставног суда Федерације БиХ, бр. У-14/10, од 9. 3. 2011. године.

⁶⁴ Тако и у образложењу пресуде Опћинског суда у Тузли бр. 32 0 П 320081 17 П, од 4. 7. 2018. године.

8. Закључак

Реформом стварног и регистарског права у Републици Српској и БиХ јавна евиденција непокретности добила је знатно већи значај у правном промету непокретности него што је то имала у претходном периоду. Цјелокупан концепт нове јавне евиденције непокретности заснива се на начелу поуздања (поуздање у истинитост и поуздање у потпуност) и са њим повезаним начелом уписа.

Начело поуздања долази до изражаја у ситуацији када постоји неусклађеност између уписаног (регистарског, правног) стања и ванрегистарског (фактичког) стања непокретности. У таквој правној ситуацији „сматра се да су подаци о непокретностима истинити и да потпуно одражавају чињенично и правно стање непокретности“⁶⁵. То значи да је онај стицалац који се поуздао у потпуност и истинитост података уписаних у јавну евиденцију непокретности, правно заштићен уколико је био савјестан, тј. није знао за разлику између правног и фактичког стања непокретности. Савјесни стицалац који је уписао стварно право у јавну евиденцију непокретности има предност у односу на лице које је поднијело захтјев за упис стварног права послје њега, без обзира на правни основ стицања стварног права. Стицање стварног права на основу начела поуздања има предност у односу на начело да нико не може на другом пренијети више права, него што сам има (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).

Спорно оглашаваће ништавим уговора о поклону на основу пресуде због пропуштања не производи правне посљедице по трећа савјесна лица, па тако неће доћи ни до брисања законске хипотеке конституисане у корист савјесног хипотекарног повјериоца на предметним непокретностима. Одредба чл. 185, ст. 2 Закона о стварним правима Федерације БиХ, која се односи на престанак законског заложног права „престанком околности због којих је на основу закона основано“, не може се примјенити у конкретном случају, јер пореска обавеза као разлог конституисања законске хипотеке није престала. У том случају, без обзира на правне посљедице ништавости уговора о поклону, начело поуздања штити савјесног стицаоца законске хипотеке. Законска хипотека у конкретном случају може се оспорити из једног другог разлога – позивањем на Одлуку Уставног суда Федерације БиХ, којом је оглашена ништавом одредба Закона о Пореској управи Федерације Босне и Херцеговине, према којој за пореску обавезу правног лица солидарно одговара и физичко лице својом личном имовином.

⁶⁵ Чл. 56, ст. 1 ЗПКРС. Слично и чл. 55, ст. 1 ЗСП.

ACQUISITION OF A LEGAL MORTGAGE ON THE BASIS OF THE PRINCIPLE OF RELIABILITY TO PUBLIC PROPERTY RECORDS

Radenko Jotanović, PhD*

Abstract

The principle of reliance is the most important principle on which the whole conception of a unique record of real estate is based. According to the legal provisions of the property law and the law of real estate register governing the application of this principle, it is considered that the data in the public real estate register are true and complete, so a conscientious acquirer will acquire a property right from the registered predecessor even though he may not be such - in the case of a difference between the legal and factual situation. In this manner, the application of the principle of trust has the advantage over the principle that no one can transfer more rights to another than he or she has (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet).

The author analyzes the legal effect of the principle of reliance on a legal mortgage in the event of a change in the mortgagee because of the annulment of the gift contract which acquired the mortgaged real estate. The rule that nulled contract produces no legal consequences ex tunc cannot be applied in absolute terms, as third parties are legally protected by the application of the principle of reliance. The creditor who constituted the legal mortgage by relying on the information entered in the public real estate records, even when this information is found incorrect, is a conscientious third party and cannot suffer the legal consequences of the subsequently determined nullity of the gift contract, which was the basis for acquiring the property of the mortgager.

Key words: *public real estate records, the principle of reliance, principle of nemo plus iuris, legal mortgage, nullity, the consequences of the nullity.*

* Associate Professor at the Law Faculty, University of Banja Luka

КОНВЕРЗИЈА УГОВОРА са посебним освртом на „швајцарце“

Предраг Трифуновић*

Сажетак: Већина овог рада бави се актуелним питањима која произлазе из спорова о ваљаности и раскиду уговора о зајму потписаног са конвертором валуте швајцарског франка, конверзије судског уговора, закона о конверзији и проблема који могу настати током његове примене (обустава поступка; да ли се конверзија односи и на комерцијалне зајмове). Мањи део овог рада посвећен је проблему конверзије девизних потраживања у домаћу валуту (српске динара). Посебна пажња посвећује се питању може ли се затражити отплата унапред плаћеног износа у ситуацији када је дужник испунио уговорну обавезу у случају уговора о зајму са валутном клаузулом у швајцарским францима.

Кључне речи: уговорна конверзија, ништитност, раскид због промене околности, валутна клаузула, закон о конверзији.

Увод

Конверзија (етимолошки претварање) присутна је у природним, а нарочито у друштвеним наукама. У грађанском праву везује се углавном за област стварног и облигационог права. У стварном праву најактуелнија је конверзија грађевинског земљишта и претварање друштвене односно државне својине у право својине. У облигационом праву најдоминантнија је конверзија уговора (члан 106) и претварање девизног по-

* Судија Врховног касационог суда

траживања у динаре и обрнуто (начело монетарног номинализма – члан 395 ЗОО). Уговорна конверзија актуелна је у садашњем времену због познатог наднационалног проблема закључења уговора са валутном клаузулом у швајцарским францима.

Аутор ових редова је после противуречних судских одлука и углавном укидајућих одлука Врховног касационог суда у материји ништавости или раскида уговора о кредиту (зајму) закључених за клаузулом у швајцарским францима, новинарске пажње, округлих и бурних столова¹, саветовања, протеста, притиска јавности још 2017. године иницирао расправу на Грађанском одељењу Врховног касационог суда. У једном „мини тексту“ упућеног судијама предложио сам да држава мора донети посебан закон и уредити ову област по угледу на законе држава у окружењу (Аустрија, Мађарска, Румунија, Хрватска, Црна Гора – већина су чланице ЕУ), извршити тзв. добровољну конверзију „клаузула о швајцарцима“ и претворити је у тзв. „евро клаузулу“ или домаћу валуту. Нагласио сам да је ово решење најправичније јер мири опречне интересе; спасава уговоре; олакшава положај дужника; отклања евентуалну дискриминацију; избегава кризу банкарског система и смањује број судских спорова. Готово две године је трајала расправа о овом веома важном проблему. Док се није дошло до правног схватања о конверзији, усвојени су други важни правни ставови изражени кроз судске одлуке, и то:

- да су уговори о кредиту (зајму) са валутном клаузулом пуноважни;
- да се могу раскинути када се испуне услови из члана 133 ЗОО;
- да различита каматна стопа приликом одобравања кредита и приликом враћања није допуштена;
- и да није дозвољена измена уговорне каматне стопе током трајања уговора због пословне политике банака“.

Пошто је законодавац ћутао, време је протичало углавном у доношењу решења о укидању пресуда апелационих, основних и виших судова, било да се ради о проблему ништавости, рушивости или раскиду уговора о промењеним околностима, све док нисмо усвојили прав-

¹ Правни факултет у Београду, Копаоничка школа, 2017. година; у основи, сукоб између два супротстављена мишљења: по првом либеларном, уговори о кредиту са швајцарском клаузулом су пуноважни и морају се извршити онако како гласе; и по другом, могућа је измена уговора, утврђење ништавости, поништај због рушивости, као и раскид у складу не само са законом већ и са моралним схватањима, генералним клаузулама и правичношћу

но схватање о дозвољености валутне клаузуле, ништавости, конверзији, привременим мерама и одлагању извршења.

У наредним излагањима, пре презентације става Врховног касационог суда о конверзији, осврнућу се на појам конверзије, проблем ништавости и раскида уговора, као и претварање девизног потраживања у динаре пре испуњења обавезе.

Појам конверзије

Правило о конверзији садржано је у члану 106 ЗОО, који гласи: „када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду када су уговоре закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора“.

Из цитираног правила произлази да је за претварање ништавог уговора у пуноважан потребно да се испуне два услова: први је да се утврди да основни уговор испуњава услове за пуноважност, и други је да се утврди постојање циља уговора и тежњи странака. Присутна је код непостојећих уговора (странке верују да су сагласне у погледу предмета основа и природе уговора, а испостави се да нису – члан 63 ЗОО), а и код ништавих. Теорија сматра да је претходни услов за конверзију утврђење да су странке или невеште у закључењу или необавештене о потребним условима које закон захтева за његову егзистенцију². Као пример за конверзију најчешће се истиче случај закључења уговора о ступању и расподели имовине за живота, па када не постоји сагласност некога од потомака, сматра се да је закључен уговор о поклону. Правна енциклопедија наводи и друге примере, као што су случај менице којој недостају неки битни менични елементи, па сачињено писмено може важити као цесија зависно од намере странака, заживотно отуђење легиране ствари третира се као опозив завештања, изостанак закупнине код уговора о закупу, претвара тај уговор или у прекаријум или у уговор о послузи итд. У нашем предмету расправљања најчешће се не ради о невештим странкама, већ је ништавост узрокована необавештеношћу слабије уговорне стране (повреде начела савесности и поштења). У погледу другог елемента (циља и тежње) несумњиво је да банка хоће закључење уговора о зајму јер жели да пласира

² С. Перовић, *Облигационо право*, 1982. година, стр. 453.

капитал (новчана средства), а клијент жели зајам (решење стамбеног питања). Да су странке, а чешће зајмопримац, знали да ће уговор о зајму у извршењу произвести тако тешке економске последице које угрожавају његову egzистенцију, сигурно га не би закључили, али, као и већина уговорника, сигурно је да би закључили уговор са евро клаузулом.

Противници конверзије у решавању овог проблема истицали су да претварање уговора са швајцарском девизном клаузулом у евро клаузулу није могуће зато што се ради о једном истом (уговор о зајму), а не различитим уговорима. Када се правило граматички тумачи, та тврдња је тачна зато што законодавац говори о претварању једног уговора у други. Али, ширим тумачењем (логично и циљно) могао би се извести закључак да је конверзија могућа када се модалитет једног уговора претвара у други модалитет истог уговора. У теорији се као примери конверзије наводе управо уговори о зајму (измена услова најчешће у погледу рока враћања и одређивања нове каматне стопе)³.

Теорија и пракса познају и раније, пре доношења садашњег Закона о конверзији, и пример добровољне конверзије (којој овај закон припада), када држава мења услове зајма (смањи камату и изда обвезнице зајма). У нашем проблему конверзија је несумњиво оправдана и израз је тенденције очувања уговора, све у складу са одлукама највиших европских судова (у тумачењу уговора *Digeste* садрже правило о потреби да се уговор не може оставити без дејства и да га треба одржати), о којима ће такође доцније бити више речи.

Став Врховног касационог суда (правно схватање) о конверзији уговора гласи:

„1. Валутна клаузула се може правно ваљано уговорити у циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра.

2. Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса СНФ која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да пре закључења уговора кориснику кредита доставља потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.

³ *Правна енциклопедија*, Београд, 1980. година, књига прва, стр. 312.

3. Уговор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексаџи дуга применом курса СНФ.

У том случају, уговор ће се извршити конверзијом уз очување једнакости узајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђена на основу званичног средњег курса евра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом званичног средњег курса евра.

4. У парничном поступку, у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексаџи уговора у СНФ, суд ће на предлог тужиоца одредити привремену меру којом се даваоцу кредита забрањује реализација средстава обезбеђења извршење уговорне обавезе корисника кредита, уколико већ није покренуто извршење ради реализације средстава обезбеђења.

5. У случају када је поступак извршења ради реализације средстава обезбеђења дуга из кредита већ покренут, суд односно јавни извршитељ ће на захтев извршног дужника одложити извршење без полагања јемства⁴.

Укратко из образложења подвучимо најбитније: да је валутна клаузула дозвољена зато што је заснована на решењима из Закона о девизном пословању; али да је ништава (СНФ) ако није заснована на поузданом писаном доказу по коме је банка пласирала динарска средства и прибавила их посредством сопственог задужења у тој валути и ако кориснику кредита није доставила писану информацију о пословним и економским ризицима. Основ за конверзију и опстанак уговора је примена поменутог члана 106 ЗОО и њеног циљног тумачења у складу са начелом савесности и поштења (члан 12), једнаке вредности узајамних давања (члан 15) и дужности испуњења обавезе (члан 17). Нису поменуте у образложењу, али свакако је као основ за усвајање правног става послужила и аргументација Европског суда правде и Европског суда за људска права у две одлуке, о којима ће доцније бити више речи.

Вероватно најслабија карика у нашој аргументацији могла би бити обавеза банака да пружи доказ о прибављању кредита у швајцарским францима односно средстава и подношење писаног доказа о томе. Све-

⁴ Правно схватање усвојено је на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда, одржаној 2.4.2019. године, и објављено у Билтену 1/2019, са образложењем које се због обимности и ограниченог формата реферата изоставља.

доци смо да банке такав доказ до сада у судским поступцима нису показале (неспорно је да корисници кредита никада од банке нису примили швајцарске франке). Банке се на међународном тржишту никада нису задуживале у валути швајцарског франка (НБС о томе није доставила судовима никакве податке нити било коме), што све упућује на закључак да се ради о шпекулативном пословању. Међутим, без обзира на можда слабост аргументације у вези са прибављањем средстава у швајцарским францима, за ништавост уговора би био довољан само један разлог (повреда начела савесности и поштења).

Слично важи и за аргументацију о ништавости уговора зато што банка не пружа „писани“ доказ о колебљивости курса и економском ризику. Закон о заштити потрошача („Службени гласник РС“ бр. 79/2005) који је важио у време највећег броја закључених спорних уговора, у члану 29 говори о писменој форми уговора о потрошачком кредиту и обавези обавештења потрошача у писменој форми о износу кредита, годишњој каматној стопи, трошковима и раскиду уговора, а не и о детаљима који су постојали у прошлости и о економским ризицима. Као што ће се видети у наредним излагањима, обавеза информисања, обавештења и савета заснована је и на поштовању начела савесности и поштења, где писана форма није нужна. Довољно је да банка докаже да је своју обавезу испунила на јасан начин и без постојања писане форме (јасно је да би писана форма олакшала доказивање). О овом питању очигледно ће се у Врховном касационом суду још расправљати.

Законска конверзија

Одмах по усвајању правног става од стране Врховног касационог суда, донет је Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима („Службени гласник РС“ број 31/2019), који је у складу са законодавним решењима земаља у окружењу. Укратко, закон је стамбене кредите претворио у евро кредите, по којима се износ добијен конверзијом умањује за 38% (члан 4). Конверзија се односи само на уговоре о кредиту код којих је на дан ступања на снагу закона отплата кредита у току (члан 3). Одредбе закона примењују се на стамбене кредите који нису реализовани и односи се на извршне поступке где је извршена продаја стамбене непокретности али дуг није измирен у целини. Започети судски и други поступци чији је предмет спора у вези са валутном клаузулом прекидају се (члан 5); банка је дужна да достави понуду (члан

б). Ако корисник не прихвати конверзију и не закључи са банком нови уговор, отплата кредита се наставља у складу са уговором о кредиту, а прекинути поступци или одложени настављају се (члан 9). Трошкови конверзије падају на терет банке.

Поменути закон, иако можда донет са закашњењем, веома је користан, јер отклања евентуално противуречну судску праксу која би се могла догодити како у случајевима парнице ради утврђења ништавости уговора о кредиту или дела уговора, тако и у случају раскида уговора због промењене околности. Осврнимо се на разлике између правног става и закона:

- док се по ставу ВКС конверзија врши према моменту (времену) закључења уговора, код закона је битан доцнији моменат – 31.3.2019. године;
- закон не помиње ништавост нити се ослања на правило из члана 106 ЗОО, али се може закључити да је *ratio legis* доношења закона у основи неправда која је учињена дужницима из уговора о зајму;
- док се став ВКС односи на све врсте уговора (па и на комерцијалне уговоре), закон уређује само област стамбених кредита закључених између банака и физичких лица;
- у случају законске конверзије дужник се ослобађа обавезе доказивања узрока ништавости и постојања услова за конверзију;
- ако дужник не пристане на добровољну конверзију, поступци се настављају и суђење се одвија према општим правилима материјалног и процесног права без освртања на решења из закона.

Управо због овог последњег разлога и чињенице да ће спорова и даље бити, нарочито када су у питању комерцијални спорови, а и евентуално спорова у вези са повраћајем више исплаћеног, као последице испуњења ништавог уговора (дужник је добровољно преузео обавезу пре ступања на снагу закона уз велике напоре исплативши потраживање банке пре рока са обрачуном у швајцарским францима), у наредним излагањима покушаћу да се осврнем на проблем ништавости уговора због изигравања начела савесности и поштења и проблема у вези са раскидом уговора због промењених околности. Циљ ми је да докажем непотребност вођења тих спорова, па се залажем за мирно решавање, због њиховог неизвесног исхода.

Ништавост уговора и начело савесности и поштења

Досадашња судска пракса, а и теорија, због сложености проблема, различитог дефинисања појма у стварном и облигационом праву и различитих функција⁵ углавном не дају примере утврђења апсолутне ништавости уговора због непоштовања начела савесности и поштења (члан 12 ЗОО) без обзира на то што она носи у себи карактеристике морала. У уговорним односима ово начело се дефинише као лојално и искрено понашање и имање обзира према интересима друге уговорне стране (забрана проузроковања штете). Начела су руководне идеје (принципи и прожимају цело грађанско, а нарочито облигационо право). Немају карактер императивних правила нити забрана. Примењива је највише код конвалидације уговора о промету непокретности и процени савесности у појединим ситуацијама.

Битни елементи начела савесности и поштења између осталог су информисање и обавештење⁶. Кључни разлог за ништавост уговора њени

⁵ Robert Vouin, *La bonne foi*, Paris, 1939. година, J. Ghestin, *Droit civil*, Paris, 1980. година, стр. 184; Д. Стојановић, *Савесност и поштење у промету*, Београд, 1973. година, стр. 5; М. Орлић, *Закључење уговора*, 1993. година, стр. 453

⁶ Једно од основних дужности које чине садржину овог начела из члана 12 ЗОО нашло је пуно поље примене и представља инспирацију за уређење односа потрошача (Закон о потрошачима). Странке су дужне да се још у фази преговора понашају у складу са обавезама које налаже начело савесности и поштења, као што су дужност озбиљног преговарања, дужност уздржавања од преваре, дужност обавештавања и дужност давања савета. У погледу дужности обавештавања, теорија истиче да је преговарач дужан обавестити другу страну о чињеницама које могу бити од значаја за вољну одлуку о евентуалном закључењу уговора. Са друге стране, клијент треба да се стара о сопственим интересима и да се и он информисе о ономе што га занима (М. Орлић, исто дело, стр. 29–30). У ком обиму се простире обавеза обавештавања постоји неслога како у судској пракси тако и у теорији. Може се рећи да ће дужност обавештавања бити шири ако постоји неједнакост страна које преговарају или мања ако се ради о професионалцима из исте области односно активности. У решењу ВКС Рев 2373/16 од 21.6.2018. године истакнуто је: „потребно је утврдити и које су професије корисници кредита јер је та чињеница од значаја за примену начела савесности и поштења из члана 12 ЗОО“. Став је изазвао негодовање удружења корисника кредита. Раније се сматрало да ћутање не представља превару. У литератури се наводи да је француски касациони суд сматрао да и ћутање једне стране може значити превару (М. Орлић, исто дело, стр. 449). Могло би се закључити да ће обавеза обавештавања и давања савета бити обухватнија ако једна страна располаже стручним знањем односно искуством која недостају другом уговарачу, а од битне су важности. Свакако груба повреда начела савесности и поштења која узрокује ништавост уговора постоји када понашање банкарског службеника садржи елементе преваре тј. активног учешћа (убеђивања) да је уговор са швајцарском клаузулом знатно повољнији у односу на тзв. евро клаузулу не само због ниже каматне стопе него и због непостојања ризика и испуњења уговорних обавеза. Иако би се тада могло говорити о рушивом уговору (превари), грубо нарушавање начела савесности и поштења као моралног императива доводи до ништавости уговора са швајцарском клаузулом због повреде морала, а и јавног поретка као скупа принципа на коме једно друштво почива.

заговорници виде у томе што банка није упозорила клијента (по ставу ВКС у писаном облику) о чињеницама скокова швајцарског франка у време економске кризе (економску кризу предвиђали су водећи светски економски аналитичари) али чињеница савесности као вредносно мерило је од значаја и код раскида уговора због променљивих околности.

Закључак да се неће утврдити ништавост уговора због непоштовања начела савесности и поштења може се извести из пресуде Европског суда правде у Луксембургу C26/13, која је очигледно била инспирација за одлуку Европског суда за људска права бр. 22853/15 у предмету МЦЗ и други против Мађарске 27. новембра 2018. године⁷.

Наиме, анализом ове две пресуде може се закључити да још у фази преговора одредбе о камати клијенту (дужнику) морају бити не само граматички јасне и разумљиве него му на јасан начин морају бити презентовани економски разлози. Суд примећује да се потрошач налази у слабијем положају у односу на пословне субјекте и да правило о „обавештености“ и транспарентности треба схватити у што ширем смислу; судови су дужни да утврђују да ли је уговор о кредиту на транспарентан начин објашњен, разлоге и појединости механизма замене у страну валуту, као и однос тог механизма са механизмом који се налази у другим одредбама о исплатити кредита, тако да потрошач на основу тачних и разумљивих критеријума може предвидети економске последице (тачка 73 пресуде Европског суда правде). Али, последично, ни у једном делу образложења Европски суд правде не сматра да уговоре треба прогласити апсолутно ништавим (за разлику од става ЕСП, пресуда ЕСЉП изричито говори о непоштеној валутној клаузули). Напротив, оба суда сматрају да националном судији треба омогућити допуну уговора уз измену садржаја одређених уговорних одредаба. Сматра се да национални судија може уклонити непоштену одредбу уговора замењујући је диспозитивном одредбом националног права. Европски суд правде посебно наглашава да уговоре треба одржавати на снази тако да он и даље обавезује странке (тачка 81 пресуде), што је у складу са чланом 6 став 1 Директиве и да се на тај начин успоставља равнотежа између права и обавеза уговорних страна.

⁷ Пресуда ЕСП није директни извор права зато што Србија није члан Европске уније, али може да допринесе у тумачењу права. Исто се односи и на Директиву 93/13 која није важила у време закључења највећег броја уговора о зајму. Али, цитирана пресуда ЕСЉП представља извор права и има примат над домаћим законима јер је донета у складу са ЕК која је 2003. године ратификована, те је други хијерархијски извор права (одмах после Устава – члан 197).

Дакле, из цитираних пресуда би произлазило да, без обзира на непоштеност валутне клаузуле у швајцарцима, уговор треба одржати.

Анализом наших закона (нарочито ЗОО и ЗПП) могло би се закључити да нема другог начина за одржавање уговора (ставови европских судова) ако се не примени правило о конверзији. Суд може да интервенише код измене уговорних обавеза у случају раскида због промењених околности само ако друга страна пристаје да се уговори правично измене (члан 133 став 2 ЗОО). За разлику од законодавних решења у неким земљама (Енглеска, Мађарска, Румунија), наш суд не може да уређује спорне грађанске односе по свом нахођењу и без одговарајућег захтева у тужби или противтужби. Изузетно суд може да одбије примену општих услова уговора (члан 143 став 2 ЗОО), али се то правило овде не може применити, зато што су уговори о кредиту појединачни уговори.

Раскид уговора због промењених околности

Раскинути се може само пуноважан уговор и ту се савесност (која се изричито помиње у члану 133 ЗОО)⁸ испитује и може бити од значаја за судбину уговора (уз кумулативно испуњење осталих услова). Ако је банка била несавесна приликом уговарања (прећутала је колебљивост курса у условима наступања кризе или инсистирала на закључењу уговора убеђујући клијенте да ће се наћи у повољнијем положају) уз неспорну чињеницу енормног раста курса, а уважавајући и „опште“ мишљење (тешко га је утврдити) чини се да су се створили услови за раскид уговора због промењених околности. Истина, уговор се неће раскинути ако банка пристане да се уговор правично измени (члан 133 став 4 ЗОО).

Као што је већ истакнуто, наш суд није овлашћен да сам уређује уговорне односе онако како би по судском схватању било најпоштеније, зато што је у смислу члана 3 ЗПП везан за тужбени захтев (у досадашњим споровима ни једна странка није захтевала ново уређење уговорних односа). Једно од решења које је примењено у пракси јесте да се нижестепене пресуде укидају и изричито налаже банци да се изјасни у вези са изменом уговора. Ако се не изјасни или одбије измену, уговор би могао бити раскинут по основу члана 133 ЗОО.

Посебан проблем је испуњење услова у погледу тзв. „општег

⁸ Из поменуте одредбе произлази да су услови за раскид уговора због промењених околности: отежано испуњење због које се не остварује сврха уговора; не одговара очекивањима уговорних страна; по општем мишљењу неправично је одржати га на снази.

мишљења“ (захтева се кумулација са осталим условима). Тешкоће настају у утврђењу и доказивању (дефинисању) тзв. „општег мишљења“. Ко га је икада утврдио⁹? Поједини писци тај услов занемарују као да га нема¹⁰.

Начело монетарног номинализма

У тумачењу правила о монетарном номинализму из члана 395 ЗОО („ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути или злату њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе“) у судској пракси је спорно да ли је допуштена једнострана конверзија (претварање) девизног потраживања у динарску противвредност према курсу (времену) који одреди поверилац или не. У пракси је уочено, нарочито после 2002. године, да због правила садржаних у Закону о висини стопе затезне камате (комфорни метод је омогућавао знатно повољнију динарску камату од тзв. процентног рачуна и девизне камате) да повериоци новчаних потраживања у тужби или у току спора врше конверзију девизног потраживања у динаре захтевајући од тог момента законску затезну камату, са аргументацијом да је динар основно средство плаћања у земљи. Економски интерес је очигледан због разлике (корист повериоца) који се добија обрачуном затезне камате у односу на девизну камату. По ранијој судској пракси, поверилац је имао право да изврши конверзију свог девизног потраживања у динаре према курсу на дан конверзије, али у тој ситуацији право на законску затезну камату има тек од извршене конверзије, а до тада му припада домицилна камата у динарској противвредности¹¹.

Уочавајући неправичност заузетог става, Врховни суд га је изменио и заузео следећи став: „поверилац девизног потраживања има право да од дужника захтева испуњење те обавезе у динарској противвредности према курсу који важи у време исплате, тако да једнострану конверзију девизног дуга може извршити само по курсу који важи на дан извршења

⁹ У расправи у овој теми професор Перовић ми је то питање поставио. Када сам о њој водио разговоре са грађанима који се нису задуживали у швајцарским францима, неки од њих су били заговорници заштите дужника, док су други сматрали да им заштиту не треба пружити јер су се превише „коцкали“. Други су сматрали да заштита није нужна јер ће се обавеза евентуалног обештећења банака превалити на пореске обвезнике. Трећи сматрају да ревизија тих уговора може угрозити стабилност банкарског система итд.

¹⁰ В. Станковић, *Облигационо право*, 1980. година, стр. 260.

¹¹ Решење Врховног суда Србије Рев 4104/01 од 4.2.2002. године.

те обавезе¹². Слично: конверзија девизног потраживања у динарима може се вршити и по курсу важећем на дан исплате односно испуњења обавезе па тужбени захтев постављен супротно не ужива правну заштиту јер се поверилац „богати преко разумне мере“¹³.

Закључна разматрања (критички осврт)

После расправа које су потресле земљу како у стручним круговима, тако и у медијима, Врховни касациони суд је разрешио проблем уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима, циљним и ширим тумачењем правила о конверзији и на основу ставова два највиша европска суда (исти став је заузео и Врховни суд Словеније). Он је био инспирација и за усвајање Закона о конверзији стамбених кредита и опстанак уговора који наставља да и даље „живи“ (у формулисању законских решења банке су активно учествовале). У случају да корисници кредита не пристану на добровољну законску конверзију, спорови ће се наставити са неизвесним исходом. Усвојени став Врховног касационог суда разрешиће и проблем ништавости или раскида тзв. комерцијалних кредита и спорова у вези са правним последицама извршеног ништавог уговора. Лично сам изразио резерву у погледу става о нужности презентирања, искључиво писаног доказа о колебљивости швајцарског франка и економским ризицима у извршењу уговора. То се односи и на писани доказ о пореклу прибављања (задуживања) банке у погледу швајцарског франка. Чини се да је писани доказ оправдан (лакше се доказује тврдња), али само због недостатка форме уговор не би требало унапред проглашавати ништавим. Треба допустити да банке своју тврдњу доказују свим доказним средствима.

Исход спорова у вези са неважности уговора и раскида, ако тужилац – зајмопримац не предлаже конверзију, а код спорова о раскиду због промењених околности тужена банка не предлаже правичну измену уговора, неизвесан је и захтева дугу парницу.

Посебно у погледу раскида због промењених околности без обзира на општепознату чињеницу изузетно тешког испуњења обавезе у погле-

¹² Пресуда Врховног суда Србије Рев 2345/04 и Гзз 95/04 објављена у Билтену судске праксе 3/2006.

¹³ Прев 55/10 од 11.3.2010. године.

ду враћања зајма због енормног скока швајцарског франка и стагнације зарада, исход спора је такође неизвештан због тешкоћа у утврђивању тзв. „општег мишљења“.

Из свих изнетих разлога апелујем да уговорне стране уложе напоре у циљу мирног решавања спорова, опстанка уговора, правне сигурности и избегавања евентуалне кризе банкарског система.

С обзиром на то да су закључци о овом проблему кроз став већ изложени, на крају још једанпут подвучимо само два закључка из овог рада:

- 1. евентуално ништав уговор о зајму са валутном клаузулом у швајцарским францима опстаје и претвара се у уговор са евро клаузулом у складу са правилом о конверзији из члана 106 ЗОО и ставова европских судова;*
- 2. код примене правила о монетарном номинализму поверилац не може пре, а и ни у току парнице да врши конверзију девизног потраживања у динаре и захтева враћање дуга у динарима са затезном динарском каматом почев од момента конверзије.*

CONTRACT CONVERSION
with special reference to the „Swiss”

Predrag Trifunović*

Abstract

The majority of this paper deals with the topical issues arising from the disputes on the validness and the termination of loan agreement signed with the currency clause in Swiss Francs, the judicial agreement conversion, the Law on conversion and the problems that may incur during its application (the proceedings discontinuance; whether conversion refers to commercial loans as well). The minor part of the paper is dedicated to the problem of conversion of accounts receivable from foreign currency to the domestic one (Serbian dinars). A special part is devoted to the disputable question whether a return of the overly repaid amount may be requested in the situation when the debtor has fulfilled the contractual duty in case of loan agreements with the currency clause in Swiss Francs.

Keywords: *agreement conversion, nullity, termination due to changed circumstances, currency clause, the Law on Conversion.*

* Judge of the Supreme Court of Cassation

УДК: 346.545/.546:339.137.2(094.5)

doi 10.7251/PR5919267R

Оригинални научни чланак

(ПРЕ)ФОРМУЛАЦИЈА ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

Доц. др Срђан Радуловић*

Апстракт: *Забрана злоупотребе субјективних права прокламована Законом о облигационим односима Републике Србије, у недостатку акта којим би била извршена кодификација грађанскоправне материје, фактички има улогу начела читавог грађанског права. У доступној верзији будућег Грађанског законика Републике Србије сасвим јасно је показана намера да се овакво фактичко стање преведе у правно.*

Аутор поздравља идеју да се поменута забрана инкорпорира у општи део законика. Ипак, сматра да је оправдано поставити питање да ли се могло кренути и другим путем, нарочито када је у питању одабрана формулација. Инспирацију за то у ком правцу би се могло размишљати, аутор налази у поставци забране злоупотребе права из важећег Закона о парничном поступку Републике Србије. Исту сматра далеко погоднијом за општи део будућег Грађанског законика, а своје ставове о предностима ове и недостацима одабране формулације, образлаже с ослонцем на предности нормативног метода, те појединих аналитичких и синтетичких техника закључивања.

Кључне речи: *злоупотреба права, абзуивно вршење права, абзуивно невршење права, противправност.*

* Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, e-mail: srdjan.radulovic@pr.ac.rs.

Уместо увода

Процес изградње категоријално-појмовног апарата за потребе било ког истраживања у области права, нарочито уколико имамо у виду прецизност на коју се претендује, подразумева недвосмислено опредељење аутора у погледу тога шта тачно подводи под вишезначни појам *право* када исти употребљава. У том контексту, уколико претходно свесно занемаримо никада у потпуности превазиђена схватања „социолошке школе“ права и позитивном праву приступимо као скупу унапред датих правила понашања, овај нормативни¹ скуп неопходно је раздвојити од осталих регулатора понашања, пре свега морала и обичаја. Критеријум на основу којег ћемо диференцијацију извршити, према начелно прихваћеном становишту, налазимо у постојању организоване принуде као „гаранције“ да ће правна норма, то јест једно од два правила од којих се она састоји, бити примењено: пожељно диспозиција или барем санкција².

Прецизније, законодавац претендује да кроз правну норму пројектује будућност. То чини тако што будуће фактичко стање унапред обликује, најпре кроз заповест изражену у диспозицији. У односу на ово примарно правило, међутим, постоји право избора на страни субјекта који је адресат норме. Он може диспонирати да ли ће се у складу с захтевом истакнутом у примарном правилу и понашати. Произлази, правну извесност на коју се претендује није могуће постићи овим правилу *per se*.

„Гаранцију“ да ће право бити примењено, пројектована будућност остварена, а правна сигурност очувана, законодавац нуди кроз санкцију. Како у односу на ово правило, иако је оно секундарно, то јест супсидијарно, теоретски барем, не постоји никаква могућност избора због јасне ослоњености овог правила на механизме принуде, комплетна правна норма као и будућност кроз њу пројектована постају извесније.

Настојања да се општом нормом пројектује будућност и на тај начин оствари минимум правне сигурности, с једне стране, скривају опасност од нормативизма. С друге стране откривају да законодавац није увек у стању да сасвим јасно и недвосмислено визуализује, а затим кроз правну норму и концептуализује будућност коју жели да пројектује. У настојањима да, ако га већ не може избећи, онда барем одложи неминовност раскора-

¹ За потребе изградње категоријално-појмовног апарата у склопу овог рада, норму опредељујемо у њеном најширем антополошком одређењу као заједнички садржалац за правило понашања и меру нечега што је потребно постићи, то јест као обавезујуће деловање, без обзира на претходно његово прихватање или одбијање. (Kozlić, 2017: 93 и даље)

² Мада звучи парадоксално, овим не доводимо у питање аргументе аутора који инсистирају на томе да санкција није есенцијална *differentia specifica* права. (George, 2004: 107)

ка стварног живота у односу на правни, законодавац на изражену динамичност првог, будући да исту не жели непотребно да спутава, одговара смањењем нивоа статичности, те повећањем нивоа адаптивности другог.

Остварење овог циља примарно се постиже правним стандардима, то јест нормама које остају, условно речено, неодређене по диспозицији и по санкцији³. Мада се може учинити да њима законодавац врши тек „козметичке“ захвате у циљу прикривања сопствене несавршености, као и несавршености законодавног процеса, такво тврђење далеко је од истинитог. Штавише, искрено верујемо у то, правним стандардима се потенцијално пројектује будућност далеко прецизније.

На први поглед може се учинити да наилазимо на својеврсни парадокс. С једне стране, наиме, говоримо о томе како се пројекција будућности остварује кроз диспозицију, затим и санкцију. Са друге стране, кажемо како се управо нормама које се одликују неодређеним и примарним и секундарним правилом будућност прецизније пројектује. Да, у ствари, овде уопште није реч ни о каквом парадоксу, већ комплементарним системима нормирања, види се уколико примену правног стандарда појмимо, не као облик интелептации, већ креације права⁴. Ипак, практично посматрано, оно о чему говоримо јасније се види када посматрамо конкретне правне стандарде, у нашем случају правни институт забране злоупотребе субјективних права. То се нарочито види уколико поменути правни институт посматрамо *de lege ferenda*⁵. Дакле, посебно је питање, а њиме се у раду детаљно бавимо, да ли је формулација овог института која је одабрана у важећем Закону о облигационим односима⁶ оптимална за постизање циљева о којима смо говорили.

³ У складу с телеолошком, то јест социолошком варијантом схватања права, иако није разрешено питање постојања правних празнина, потпуно је исправно рећи како „тамо, где је динамика у питању – уместо појединачног правила, потребе правног саобраћаја могу да задовоље само широка овлашћења дата судији неодређеним појмом, изричитим упућивањем на слободну оцену или генералном клаузулом“. (Marković, 1968: 23–24)

⁴ „[...] Остваривање правног поретка помоћу стандарда или генералних клаузула даје оно што се назива ‘судским правом’ [...]“. Другим речима, судско право је начин на који суд ствара право кроз проналажење правног правила које околности налажу, без обзира на то да ли је унутар конкретног правног поретка судска пресуда извор права или не. (Marković, 1968: 10–11)

⁵ Забрану злоупотребе права означавамо и проучавамо као стандард у правнотехничком смислу. Одредница „стандард“ уз њу припада и у лаичком, неправном значењу, јер заиста верујемо да она јесте или би барем морала да буде „мера“ у грађанскоправном општењу. Са друге стране, иако јесте начело у правном смислу, израз начело ћемо избегавати, јер у лаичком смислу није подесан из неколико разлога. Главни је тај што забрана злоупотребе права има улогу коректива, стога као таква није „оно прво одакле нешто јесте или настаје или се спознаје“. (Аристотел, 1988: 107)

⁶ Чл. 13. Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, 1/2003 – Уставна повеља, одсек В (даље у тексту:

1. О злоупотреби права *de lege lata*

Модеран правник превасходно, мада не и искључиво, када говори о појму право, има у виду позитивно право. То не треба да изненади будући да је оно то које се и мисаоно и емпиријски може препознати и без икаквих тешкоћа издвојити као засебан сегмент друштвене стварности. С друге стране, нормативни системи попут природног, објективног, идеалног и праведног права, иако се у дуалитету с позитивним истичу израженијом моралном компонентом, постоје тек на нивоу свести (колективне или индивидуалне) с тежњом да и они постану позитивно право⁷.

Творац ЗОО РС, међутим, препознаје да, мада право и морал нису синоними, то не може бити оправдање за правне прописе који се према општем осећају сматрају противним моралу⁸. Он, такође, препознаје да, будући да нормативни системи начелно почивају на свесној жртви у виду потискивања инстинктивних образаца⁹, постоји тренутак до којег је коректно захтевати ту жртву, а после које је та жртва превелика. Стога, кроз низ правних института законодавац исказује настојање да, барем из перспективе моралности, дуалитет, то јест плуралитет права, преточи у унију. Идеално средство – наравно, она нису једино средство које се у ту сврху користи – јесу правни стандарди. Њима законодавац успева да једним описом обухвати већи број чињеничних стања без оптерећивања законског текста. Њима успева да уважи и динамику права, истовремено ни на који начин не компромитујући правну сигурност казуистичког метода регулисања и циљеве који се законом претендују остварити¹⁰.

Нама се, ипак, чини како се институт забране злоупотребе субјективних права¹¹ наметнуо као најпогодније средство за превазилажење, у теорији права правилно препознатих, сталних тензија на релацији „сло-

ЗОО РС).

⁷ Марковић, 2000: 9.

То се, вероватно најјасније види на примеру природног права интерпретираног у маниру Roberta George-a, то јест „друге групе“ принципа од којих се оно према тој интерпретацији састоји. (George, 2004: 102 и даље)

⁸ Перић, 1912: 5–6.

⁹ Николић, 2005: 71.

¹⁰ Marković, 1968: 12 и даље.

¹¹ Намерно наглашавамо да је предмет проучавања у овом раду злоупотреба *субјективних права* [нагласио аутор С. Р]. Ово чинимо, најпре, у жељи да категоријално-појмовни апарат одредимо што је прецизније могуће, али и због тога што злоупотребу објективног права из угла позитивноправне науке и не можемо појмити никако другачије него као неправилну употребу субјективног права. (Пауновић, 2004: 64–65)

во закона – дух права“,¹² дисбаланса између трпљења и наношења неправде¹³, јаза између природног у нормама и неприродног у њиховом остварењу¹⁴, те остваривања жеље за одступањем од важећег права ради задовољења правде¹⁵. Кроз овај правни институт, једном речју, врши се конверзија права у вредносну категорију¹⁶.

Законодавац, али само на први поглед, самим доношењем закона даје предност позитивном праву у односу на друге нормативне системе, а конструкцијама општих норми исказује своју оданост правној сигурности у односу на захтеве конкретне правне ситуације. Међутим, чланом 13 ЗОО РС, а на темељу претходног члана којим промовише савесност и поштење¹⁷, законодавац оглашава за недопуштено вршење субјективних права која из закона произлазе уколико се такво вршење противи циљу због којег су она законом установљена или призната. На тај начин, кроз забрану злоупотребе права као корективни механизам,¹⁸ законодавац суштински редефинише хијерархију унутар правног поретка. У тој хијерархији он забраном злоупотребе права субординира позитивно право, то јест, поставља га на друго место. Предност, према одабраној формулацији, даје нечему што сматра да је изнад самог позитивног права – циљу због којег је установљено субјективно право у целини (или конкретно овлашћење које из субјективног права проистиче). На тај начин, по нашем схватању, теоријски појам субјективног права бива проширен. Унутар скупа који се назива субјективним правом, поред једног или више овлашћења и евентуално захтева, уводи се и својеврсна обавеза, али не за другу страну, већ управо за титулара права. Та обавеза подразумева да се титулар права мора уздржати од таквог вршења права којим се вређају

¹² Lenaerts, 2010: 1122.

¹³ Kozlić, 2014: 1159.

¹⁴ Antić, 2003: 582.

¹⁵ Maslo Čerkić, 2013: 203–204.

¹⁶ За позитивно право каже се да „[...] ако оно није вредносна категорија, оно најпре није брана, а потом је и само извор немерљивог зла“. (Трајковић, 2017: 22)

¹⁷ Вољни смо да прихватимо аргументе да су савесност и поштење, то јест принцип добре вере, са једне стране и забрана злоупотребе субјективних права, са друге, две стране истог новчића, при чему први принцип представља „позитивну страну“, а други „негативну“ (Lenaerts, 2010: 1146). Ипак, иако нисмо у стању да негирамо да из њега исходи, у односу на принцип савесност и поштења, сматрамо да забрана злоупотребе права представља и више од његове негативне формулације. Стојимо на становишту да забрана злоупотребе права представља квалитативну и квантитативну надградњу овом принципу. Чак се може дискутовати и о томе да ли је савесност и поштење као принцип критеријум, то јест један од критеријума, процене злоупотребе права.

¹⁸ Lenaerts, 2010: 1122.

интереси и права других субјеката¹⁹.

Притом, конструкцијом којом утврђује да право, ни субјективно, ни објективно, не може бити изнад сопственог циља, законодавац даје нови квалитет позитивном праву²⁰. Истовремено, то је посебно битно нагласити, он ни на који начин не компромитује правну сигурност, иако би се то на основу претходно реченог могло очекивати. Напротив, правна сигурност не само да није доведена у питање, већ је ниво правне сигурности, под условом да исту схватимо шире од концепта „исто решење у истој ситуацији“, подигнута на знатно виши ниво. На који начин је то учињено?

Законодавац претендује на то да, у мери у којој му то његова сопствена несавршеност и несавршеност језика којим се користи дозвољавају, што је прецизније могуће дефинише шта је, када и у присуству којих услова могуће чинити, те шта је оно што је условно или безусловно забрањено чинити. Он, дакле, настоји да право што је јасније могуће раздвоји од неправга или барем противправности као његове најзначајније манифестације.

Свакако, законодавац је у потпуности свестан тога да граница између права и неправга као „црног и белог“ није оштра линија, већ широка зона „сивог“. Стога, он кроз институт забране злоупотребе субјективних права ову зону, сликовито речено, сужава. То чини тако што овај институт подиже на ранг правног стандарда. На тај начин суду свесно омогућава да у процесу примене права иступи као супститут творцу права²¹ и коригује његову немогућност да у тренутку стварања норме прецизно

¹⁹ Институт забране злоупотребе субјективних права настао је у Француској и управо ту где је и настао, доживео је највише критике. Ово из разлога што се овај принцип супротстављао индивидуалној слободи и личним правима као неприкосновеним вредностима народа и даље ношеног револуционарним полетом (Bolgár, 1975: 1015–1023). Овај утисак, међутим, био је, дубоко верујемо, погрешан. Институт забране злоупотребе права, заиста, сужава поље деловања титулара права, али не можемо занемарити чињеницу да он промовише слободу субјеката који у односу на титулара права имају обавезу у смислу да елиминишу непотребну и прекомерну жртву субјеката обавезе зарад остварења интереса субјекта права.

²⁰ Има и оних аутора који сматрају да забрана злоупотребе права, будући да је према њиховом поимању то неспорно појава која је иманентна праву, функционише као корективни принцип чак и унутар оних правних поредака који је својим позитивноправним прописима уопште не дефинишу. (Станковић, 2004: 33)

Став постаје нарочито интересантан из перспективе Common Law система, у којима, иако забрана злоупотребе права није препозната као засебни именовани правни институт, она представља матрицу према којој се обликује и из које потиче велики број правних принципа. (Vuers, 2002: 396.)

²¹ Из овакве поставке готово да се може поставити знак једнакости између улоге коју институт забране злоупотребе права има у нашем праву и улоге коју, према поимању у домаћој литератури,

одреди и диспозицију и санкцију.

Произлази из тога, забрана злоупотребе права суштински чак није забрана. Она је пре овлашћење поверено суду и то чак двоструко. Суд, наиме, најпре има овлашћење да диспозицију правне норме у сваком конкретном случају прецизира одређењем њеног циља. Затим, суд је овлашћени да санкционише противциљно понашање и определи санкцију за такво понашање субјекта, које је, са формалног становишта барем, у складу с правном нормом, али које не доприноси или чак осујећује остваривање у поступку утврђеног циља правне норме²².

2. О злоупотреби права *de lege lata ac ferenda*

Када посматрамо решење дато у ЗОО РС којим је у наше материјално грађанско право уведена забрана злоупотребе права и упоредимо га са решењем понуђеним у Радном тексту Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: РТГЗ РС), уочићемо, поред осталог, и то да се од постојећег решења није значајније одступило. Наиме, ЗОО РС у чл. 13 у рубруму под називом „Забрана злоупотребе права“ забрањује вршење права (из облигационог односа) противно циљу због којег је оно установљено или признато. На другој страни, РТГЗ РС у рубруму под називом „Злоупотреба права“ забрањује вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које је противно сврси ради које је оно установљено или признато.

Претходна констатација о томе да решење из РТГЗ РС не одступа значајније од решења у ЗОО РС, на први поглед барем, не делује као тачна. Формално, измена постоји – творац РТГЗ РС изричито забрањује злоупотребу права и у субјективном и у објективном смислу, а затим говори о сврси уместо о циљу права. Суштински, међутим, предложено решење, нарочито у првом делу²³, не сматрамо битнијом новином. Прво зато што је субјективна варијанта, као ужа, обухваћена у наставку

игра *equity* унутар *common law* система.
Maslo Ćerkić, 2013: 209–213.

²² И у француској и у немачкој правној теорији, иако у погледу доношења грађанских законика постоји временска дистанца од готово једног века, инкорпорација института забране злоупотребе субјективних права критикована је из истих разлога. Првенствено, сматрало се да се индивидуална права, супротно њиховој природи, сужавају ради колективних интереса. Међутим, једна од главних замерки тичала се превелике опасности од арбитрности будућих поступака, те злоупотребе самог института забране злоупотребе права. (Bolgár, 1975: 1015–1030)

²³ Творац РТГЗ РС одлучио се да формулацију из ЗОО РС, у којој се говори о циљу због којег је

члана који промовише објективну варијанту учења о злоупотреби права: она субјективну варијанту не искључује, већ је као шира инкорпорише у себе. Други разлог је тај што и формулација дата у ЗОО РС, иако уопште не помиње шиканозно вршење права, даје подједнако могућности креативном судији да такав облик вршења права санкционише.

Дакле, понуђено решење у РТГЗ РС не одступа значајније од оног датог у ЗОО РС. Стога, питање које ми у раду постављамо јесте да ли се могло кренути и другим путем. Да ли смо узор за формулацију текста РТГЗ РС, у овом делу барем, могли наћи и на другом месту, дакле ван ЗОО РС, ма колико се он наметао као најприроднији узор? Сматрамо да је формулација понуђена у Закону о парничном поступку, а у којој се каже да је суд дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права (које странке у поступку имају),²⁴ у том смислу била вишеструко погоднија²⁵. У наставку рада указаћемо на неке од најзначајнијих предности. Кренимо редом.

У претходном делу рада рекли смо како, иако се овај правни институт и формулише и понаша као забрана, он суштински то није. Суштински, овај институт представља *овлашћење дато судији* (нагласио аутор С. Р.). Оно је, према нашем виђењу, заправо скуп овлашћења који подразумева да је судија, најпре, позван да оцени да ли је право вршено на (анти)социјалан начин, те да ли се субјект правом користио тако да (не) штети интересима других субјеката, а затим и да одабере санкцију за случај компромитовања циља субјективног права. Из суштине овог правног института, нарочито чињенице да се он одређује као правни стандард, произлази да нико други сем суда није позван да коригује несавршеност опште норме којом је субјективно право прокламовано санкционисањем

субјективно право установљено, замени сврхом због које је право установљено. По нама остаје отворено питање (као такво ће бити предмет анализе у неком од следећих радова) да ли је творац РТГЗ РС грешком определио циљ и сврху као синониме, будући да они то нису, те уколико није реч о грешки, у којој мери ова формулација чини институт забране злоупотребе права ефикаснијим. Ми, наиме, искрено верујемо у то да појмови циљ и сврха нису синонимима, те да у том смислу постоји раскорак између чланова 2. и 20. у РТГЗ РС, но анализа ове проблематике биће предмет проучавања у неком од наредних радова, будући да рад са овако одређеном темом и овог обима не дозвољава бављење и овим питањем.

²⁴ „[...] можемо рећи да је као појава процесна злоупотреба неизбалансираност, односно губитак равнотеже између јавног интереса за одржавање правилног и законитог тијеса поступка и тенденције да у процесу пружања правне заштите сви буду једнаки, с једне стране, те приватног, индивидуалног интереса појединца да своје процесно право врши онако како он жели, с друге“.
(Ракочевић, 2018: 772)

²⁵ Чл. 9, ст. 2 Закона о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – Одлука УС, 74/2013 – Одлука УС, 55/2014 и 87/2018 (у даљем тексту: ЗПП РС).

понашања које је у складу с нормом, али не и са неким вишим вредностима. Стога ЗПП РС, у делу у којем каже да је суд (нагласио аутор С. Р) дужан да на абузивно вршење права реагује, правилно истиче улогу судије у борби против овог непожељног облика понашања.

Када кажемо да институт забране злоупотребе права представља скуп овлашћења за судију, треба бити обазрив у којем се облику израз овлашћење користи. Њега, чини се, треба схватати шире, уколико се на ефикасност претендује. На шта мислимо када кажемо шире? Када израз овлашћење употребљавамо, најчешће имамо у виду „право“, међутим у овом случају требали бисмо о овлашћењу говорити као *праву и обавези* (нагласио аутор С. Р) да се на абузивно понашање реагује. Управо зато поздрављамо формулацију ЗПП РС која говори о *дужности* (нагласио аутор С. Р.) суда да се супротстави злоупотреби права. Њу поздрављамо тим пре јер наши судови нису нарочито склони коришћењу могућности које институт забране злоупотребе права, нарочито у материјалном праву, пружа. Заиста су ретки случајеви у пракси у којима се суд користио могућношћу да се супротстави формално исправним облицима понашања и санкционише их, стога увођење појма дужности у контексту реакције на злоупотребу права може, верујемо, утицати стимулативно на креативност судова.

Када говоримо о циљевима појединих субјективних права и правних института, zgodно је запитати се и који је циљ института забране злоупотребе права. Уколико покушамо да тај циљ одредимо, не са теоријског, већ практичног становишта, будући да се кроз њега супротстављамо одређеном облику понашања, запитаћемо се да ли се кроз овај институт претендује на остваривање превенције или репресије. Немамо недоумица око тога да се кроз овај институт остварује репресивна функција правног поретка. Но, недоумица немамо ни око тога, да би примарни циљ требао бити, не репресија, већ превенција: генерална и специјална. Управо зато сматрамо за врло погодну поставку из ЗПП РС у којој се каже да је суд дужан да *спречи и казни* (нагласио аутор С. Р.) сваку злоупотребу права. Његов примарни циљ је да спречи, да делује превентивно, а да реагује адекватном санкцијом тек уколико мере превенције затаје и злоупотреба права се деси²⁶.

У формулацији одабраној од стране творца ЗПП РС посебно вре-

²⁶ Засад ћемо оставити отвореним питање какве су стварне могућности суда да оствари ефекте специјалне превенције на терену материјалног права (на терену процесног права то је далеко лакше због сталног надзора над понашањем учесника у поступку). То ће бити тема наредних

дан пажње је део у којем законодавац каже да је суд дужан да спречи и казни сваку (нагласио аутор С. Р.) злоупотребу права. Злоупотреба права јавља се у безброј различитих варијанти: субјективној или објективној, оној која подразумева активно или пасивно држање титулара права, затим (у зависности од конституенса) противциљној, противуречној, неправичној, неморалној и другим варијантама. Међутим, творац ЗПП РС, чини се свесно, избегава опредељење за неку од варијанти учења о злоупотреби права и истиче да ниједан облик злоупотребе није допуштен. На тај начин избегава замке у које отварају одабране формулације у ЗОО РС и РТГЗ РС, а које захтевају дефинисање циља, сврхе, утврђивање постојања намере у верзији РТГЗ РС, а које на основу језичког тумачења дозвољавају санкционисање само абузивног вршења права, не и абузивног пасивног понашања титулара права.

Кроз одабрану формулацију ЗПП РС разрешава и недоумице, уколико оне уопште постоје, и у погледу опредељења законодавца између тзв. спољашње и унутрашње теорије злоупотребе права. Наиме, творац ЗПП РС определио се да за недопуштену огласи сваку *злоупотребу права* (нагласио аутор С. Р.). То значи да оно што се кроз овај институт санкционише није понашање које се супротставља норми у њеној језичкој, већ норми у њеној телеолошкој, вредносној и/или логичкој интерпретацији. Усвајањем ове формулације, у будући Грађански законик кристално јасно била би усађена идеја (за коју се апсолутно може рећи да је у духу нашег права) да и оно што није забрањено може да не буде поштено, те да се ни својим правом титулар не може служити тек другоме на штету или досаду. На тај начин обезбедио би се истовремено и континуитет у процесу социјализације и морализације грађанског права, као и дуговечност овог акта, обзиром на значајну могућност његове доцније корекције без потребе за изменама кроз сложен законодавни поступак.

Последњи део 9. члана ЗПП РС, а у којем се говори о забрани злоупотребе права које *странке у поступку имају* (нагласио аутор С. Р.), у овом ћемо тренутку занемарити као „уско профилисан“ за потребе гране процесног права. Ова формулација, јасно је, као таква не би одговарала потребама гране материјалног права. Међутим, згодно је размотрити у том контексту решење за које се определио творац ЗОО РС. Наиме, ЗОО РС забрањује вршење права из облигационих односа противно циљу због којег је оно *законом* (нагласио аутор С. Р.) установљено или при-

знато. Сматрамо да се формулацијом у којој се говори о правима која су *законом* призната или установљена губи из вида (и тиме у огромној мери смањује могућност примене овог института) да облигациони односи, то јест права која однос опредељују, не произлазе увек непосредно из закона. Она у немалом броју случајева произлазе непосредно из уговора²⁷, а из текста закона као да произлази да се она не могу злоупотребити, те да домен примене института забране злоупотребе права треба ограничити само на она права која произлазе директно из закона. Искрено верујемо да намера законодавца није била да ограничи домен примене овог института, но стриктним тумачењем би се до таквог закључка могло доћи, стога је решење (иако ни РТГЗ РС не поставља слична ограничења) које нуди ЗПП РС и у овом смислу погодно, наравно уколико се изостави поменути део у којем се говори о правима странака у поступку.

Закључна разматрања

Правни институт забране злоупотребе субјективних права има за циљ да санкционише једну, у основи, крајње асоцијалну појаву у свакодневном животу. Он представља основни регулаторни принцип иманентним не само појединим гранама права, не само грађанскоправној области, већ читавом правном поретку као целини, иако засад, нажалост, овај правни институт није издигнут на ранг уставног начела. Интересантно је да он није инкорпориран у значајан број правних аката. Штавише, формулисан је на битно различите начине унутар оних правних аката који га познају.

У ишчекивању другачијег правног третмана, за почетак, верујемо да је неопходно извршити својеврсну рационализацију овог правног института унутар оних грана права које га заиста познају – рационализацију, најпре, у смислу унификације овог правног стандарда. На тај начин бисмо се, као прво, приближили по нама неопходној формализацији фактичке улоге овог правног института као основног регулаторног принципа

²⁷ У овом случају о уговору не говоримо као извору облигационог односа, то јест као чињеници за коју закон везује облигационоправно дејство. Овде говоримо, иако је то крајње неуобичајено, о уговору као једном од извора облигационог права у формалном смислу. Ми, наиме, стојимо на становишту да се уговор може двојако схватити – и као извор облигационих односа и као извор права у формалном смислу. Потоње из разлога што, слично као и закон, и уговор садржи норму. То што она има адресата, за разлику од законске норме која се односи на поименично неодређен број лица, по нама не мења ништа у томе да је извор правила, а не само чињеница којој закон даје одређено дејство.

читаваог правног поретка, а затим и учинили овај институт мање спорним и самим тим далеко ефикаснијим. У раду наводимо разлоге због којих сматрамо да је у процесу издизања овог корективног института на ранг начела читаваог грађанског права, а доцније и на ранг уставног начела, неопходно бити крајње обазрив у погледу формулације која ће бити одабрана. Такође, наводимо разлоге због којих сматрамо да би формулација коју нуди формално грађанско право била, можда не идеално решење, али свакако занимљиво полазиште у расправама које су некако изостале када је у питању инкорпорација овог института у будућу кодификацију грађанског права.

ЛИТЕРАТУРА

Antić, O. (2003). *Savesnost i poštenje u obligacionom pravu*, *Pravni život*, 10, 567–583.

Аристотел (1988). *Метафизика*, Загреб: Либер.

Bolgár, V. (1975). Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in legal Doctrine. *Louisiana Law Review, Special Issue*, 35 (5), 1015–1036.

Byers, M. (2002). Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age, *Mc Gill Law Journal*, 47, 389–431.

George, R. (2004). *In Defense of Natural Law*, Oxford: Oxford University Press.

Kozlić, S. (2014). Zastara u filozofiji prava: Kant i Hegel, *Izgradnja modernog pravnog sistema*, 1157–1168.

Kozlić, S. (2017). Neke kontroverze između prava i morala, *Arhe*, 28, 91–109.

Lenaerts, A. (2010). The General Principle of the Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law, *European Review of Private Law*, 6, 1121–1154.

Марковић, Б. (2000). О дуалитету позитивног права, *Стварање права. Србија – правна држава*, 9–19.

Marković, M. (1968). Generalne klauzule: (fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 7, 9–25.

Maslo Čerkić, L. (2013). Koncept pravičnosti kao univerzalni model usklađivanja prava i stvarnosti, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 12, 203–232.

Николић, Д. (2005). *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

- Пауновић, С. (2004). Злоупотреба права својине, *Бранич*, 3–4, 64–81.
- Перић, Н. (1912). *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Докторска теза*, Београд: Геца Кон.
- Ракочевић, М. (2018). *Bona fides* у парничном поступку – теоријска размислјања, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/55, 771–789.
- Станковић, Г. (2004). Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења, *Бранич*, 3–4, 33–48.
- Трајковић, М. (2017) – Коegzистенција права и зла, *Наука, безбедност, полиција*, 1, 21–31.

REFRAMING PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS

Srdan Radulović, PhD*

SUMMARY

Prohibition of abuse of rights proclaimed by the Law of Obligations of the Republic of Serbia, in absence of such an act that would codify Civil Law, is in fact main principle of entire Civil Law. Undoubted intention is displayed in current version of the future Civil Code of Republic of Serbia to transform this factual situation into a legal one.

Author of this paper welcomes the idea of incorporating this prohibition in general section of Civil Code. However, question arises whether there was a different approach, especially when it comes to the selected formulation. In that sense, author finds Civil Procedure Code very inspirational. As research conducted before this paper reveals, formulation of prohibition of abuse of rights from Civil Procedure Code is way more suitable when it comes (re) framing formulation in future Civil Code. Author explains his views and points out advantages of formulation of prohibition of abuse of rights in Civil Procedure Code in comparison to formulation proposed in frame of future Civil Code. This analysis is supported and based on normative method and both analytical and synthetical research techniques.

Key words: *abuse of rights, abusive exercise of rights, abusive non-using of rights, unlawfulness.*

* Associate Professor, Faculty of Law of the University in Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, e-mail: srdjan.radulovic@pr.ac.rs.

ТАЧКЕ РАЗГРАНИЧЕЊА ИЗМЕЂУ УГОВОРА О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА И *RATTO DI FAMIGLIA**

Доц. др Новак Крстић**
Асист. др Тамара Ђурђић***

Апстракт: У складу са растућим трендом контрактуализације наследног права и увођења инструмената за уговорно регулисање имовинских односа након смрти једног лица, у италијанско право је 2006. године уведен институт *ratto di famiglia*. Закључењем овог правног посла омогућава се предузетнику да у целини или делимично пренесе своје предузеће, односно власнику удела у привредном друштву да пренесе у целини или делимично своје уделе на једног или више потомака, под одређеним условима. У српском праву сличну функцију може вршити уговор о уступању и расподели имовине за живота, с тим што се њиме на потомке и супружника може пренети целокупна имовина уступиоца. Аутори у раду настоје да анализирају тачке подударанја и дистинкције ова два института, указујући на предности и недостатке у њиховом нормативном уобличењу. Будући да пренос права власништва на породичном предузећу на нове генерације са циљем успешног развоја породичног бизниса представља изузетно значајно питање не само за поро-

* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2019. године, коаутора Н. Крстића, и истраживања на пројекту: “Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ“, који се финансира из средстава Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, а започет је 2007. године., коауторке Тамаре Ђурђић-Милошевић.

** Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг краља Александра 11, Ниш; e-mail: novak@prafak.ni.ac.rs.

*** Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, Крагујевац, e-mail: tdjurdjic@jura.kg.ac.rs.

дицу, већ и друштво у целини, аутори расправљају да ли је опортуно у српском праву, по угледу на италијанско, регулисати посебан институт за пренос власништва над предузећем, односно уделом у њему, и прецизно нормирати правне последице закључења таквог уговора.

Кључне речи: располагања *mortis causa*, наследноправни уговори, *patto di famiglia*, уговор о уступању и расподели имовине за живота.

Увод

Као у већини романских права, и у италијанском праву закључивање уговора о наслеђивању и других наследноправних уговора санкционисано је њиховом ништавошћу. Чл. 458 Италијанског грађанског законика¹ наводи три врсте ових уговора (*patto successorio*), који се сматрају ништавим. Прва је уговор о именовању наследника или легатара (*patto istitutivo*); друга врста је она која се односи на располагање будућим наследством (*patto dispositivo*);² док је трећа она код које се једно лице антиципирано одриче свог права наслеђа у односу на заоставштину оставиоца која није отворена (*patto rinunciativo*).³

Повод за увођење изузетка од прокламоване забране уговорног наслеђивања била је Препорука Европске комисије од 7. децембра 1994. године (94/1069/СЕЕ) да се размотри могућност увођења уговорног наслеђивања у оним правним системима у којима је оно забрањено, наглашавајући његове предности као инструмента планирања наслеђивања и, уопште, предности наследноправне сукцесије као начина преноса мањих и средњих предузећа.⁴ На тај начин је подстакнута реформа постојеће регулативе у правима која забрањују уговор о наслеђивању и друге наследноправне уговоре, као што је случај са италијанским правом. Италијански легислатор настојао је изнаћи правни инструмент који

¹ Грађански законик Италије, из 1942. године (*Codice Civile*), са последњим изменама од 12. јануара 2019. године. Законик је доступан на адреси: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

² A. Braun, *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs*, *Zeitschrift für Europäische Private Recht*, 12/, *ZeUP* 3/2012, стр. 472.

³ Ове одредбе се не односе само на уговоре којима се неко лице поставља за наследника или се пак одређује испорукопримац, већ и на оне споразуме којим се неко лице обавезује да ће сачинити завештање или се одриче свог наследног права у погледу будућег наследства. Види: *ibidem*, стр. 469.

⁴ 94/1069/EC: Commission Recommendation of 7 December 1994 on the transfer of small and medium-sized enterprises. Више: L. Rovini, *La disciplina del patto di famiglia e la sua "compatibilità" con l'impresa familiare*, Pisa, 2014, стр. 17–18.

би, уважавајући ове препоруке, удовољио захтевима тржишта, имајући у виду да централно место у италијанској привреди заузимају мала и средња предузећа.⁵ Отуда је у сврху одржања породичног бизниса и спешивања развоја малих и средњих предузећа Законом бр. 55 од 14. фебруара 2006. године у италијанско право уведен нови институт *patto di famiglia* (модел тзв. породичног споразума), којим се одступило од забране наследноправних уговора.⁶

Због специфичне правне сврхе ради које је нормиран и комплексне правне природе, породични споразум изазива бројне дилеме у правним круговима, а пре свега да ли се може подвести под неку од категорија наследноправних уговора, и, самим тим, да ли представља одступање од забране њиховог закључења. У контексту актуелне контрактуализације наследног права и дебата о оправданости уговорног уређења наследноправних последица смрти, институт *patto di famiglia* добија на значају. Посматрано кроз призму реформисања српског грађанског права, значајно је испитати да ли се неким од постојећих правних института може остварити сврха која се остварује са *patto di famiglia*. Оно што је извесно јесте да је породични споразум најближи уговору о уступању и расподели имовине за живота,⁷ те је у фокусу даљег разматрања управо однос ова два института.

1. Појам и основне карактеристике *patto di famiglia*

Patto di famiglia представља уговор којим предузетник преноси у целини или делимично своје предузеће, односно којим власник удела у привредном друштву преноси у целини или делимично своје уделе на једног или више потомака.⁸ Дакле, власнику предузећа омогућено је да, у складу са нормама којима се регулише материја породичних предузећа, путем овог уговора пренесе свој посао у целини или у одређеном уделу на оног потомка или више њих за које сматра да ће најуспешније наставити пословање, искључујући остале наследнике из наслеђа у по-

⁵ А. Braun, *Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts*, In: "Freedom of testation – Testierfreiheit", R. Zimmermann (ed.), 2012, Salzburg, Mohr Siebeck Tübingen, стр. 198.

⁶ Породични споразум регулисан је у другој књизи Грађанског законика, посвећеној наслеђивању, одељку IV у коме се уређује деоба наследства. Нормиран је у глави V-bis, а посвећено му је седам чланова кодекса (од члана 768-bis. до члана 768-octies).

⁷ Уговор о уступању и расподели имовине за живота нормиран је у српском праву одредбама чл. 182 до чл. 193 Закона о наслеђивању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015 (даље: ЗОН).

⁸ Чл. 768-bis. Италијанског грађанског законика.

гледу тог привредног субјекта.⁹ Међутим, осим преносиоца и потомака у чију корист се врши располагање, у закључењу овог уговора морају учествовати супружник преносиоца и сва лица која би се појавила као његови нужни наследници, када би дошло до отварања наслеђа у моменту закључења овог уговора.¹⁰ Отуда се овај правни посао сматра мултилатералним (вишестраним) уговором.¹¹ Сагласност свих нужних наследника сматра се ограничавајућим фактором у закључењу ових споразума, што је и узрок његове слабије заступљености у пракси.¹²

Потомци, на које се преноси власништво над привредним субјектом или уделом у њему, дужни су да исплате новчани износ осталим саговорачима, сходно одредбама чл. 536 и наредних чланова Италијанског грађанског законика који регулишу установу нужног дела, или да њихово потраживање намире *in natura*. Наведена обавеза постоји уколико се они у целости или делимично, приликом закључења уговора, не одрекну овог свог права¹³ (што је, како се указује, чест случај са супружником).¹⁴

У правној теорији преовладава становиште да је породични споразум добротин правни посао.¹⁵ Из позиције преносиоца, пренос предузећа или удела у њему неспорно представља бестеретно располагање, док је лице у чију се корист врши уступање (потомак преносиоца) у обавези да надокнади одређени износ на име нужног дела осталим наследницима који су учествовали у закључењу уговора, било у натури или у новцу. Отуда се поставља питање да ли се, посматрано из те перспективе, уопште може говорити о добротинском правном послу?

⁹ А. Braun, *Testamentary Freedom...*, стр. 77. Указује се да *patto di famiglia* своју примену претежно налази у области друштва лица, када се њиме врши пренос удела у власништву ортачких и командитних друштава. Када су у питању друштва капитала, овим уговором преносе се удели у власништву којим се стиче овлашћење контролисања и утицаја на управљање привредним друштвом. Више: Д. Јанићијевић, *Породични споразум у италијанском праву*, у: „Двадесет година Закона о наслеђивању“, зборник радова са научног скупа, Н. Стојановић, Н. Крстић, (ур.), Ниш, 2016, Ниш, стр. 240.

¹⁰ Чл. 768-*quater*. ст. 1 Италијанског грађанског законика.

¹¹ Р. Dagna, М. Ferrari, В. Incitari, V. Piccinini, *Il Patto di Famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, Giappichelli, 2006, стр. 55–67. Наведено према: Д. Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 238.

¹² А. Braun, *Towards...*, стр. 475.

¹³ Чл. 768-*quater*. ст. 2 Италијанског грађанског законика.

¹⁴ А. Fusaro, *Freedom of Testation in Italy*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. М. Anderson, Е. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, Barcelona, 2011, стр. 199.

¹⁵ Види опширније: Д. Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 242.

Чини се да се овде у извесној мери може повући паралела са уговором о уступању и расподели имовине за живота када је уговорена дужност издржавања или плаћања ренте уступиоцу (и његовом супружнику), на терет потомака – примаоца имовине. О квалификацији ових модалитета уговора о уступању и расподели имовине за живота у домаћој теорији су заступљени различити ставови. Једни аутори сматрају да овај уговор и у том случају задржава свој бестеретни карактер, јер је реч о налозима потомцима, а не накнади за уступљену имовину.¹⁶ Према мишљењу других аутора, у овом случају уговор о уступању и расподели имовине за живота поприма карактер мешовитог¹⁷ или теретног правног посла.¹⁸

Да би један правни посао имао карактер доброчиног, неопходно је, поред објективног елемента карактеристичног за бесплатна располагања,¹⁹ да на страни преносиоца имовине постоји *animus donandi* – намера да на терет своје имовине увећа имовину лица коме имовинска права уступа.²⁰ Нама се чини да и у случају када је уговорена било каква обавеза на страни потомака, уговор о уступању и расподели имовине за живота увек задржава свој доминантно доброчини карактер. Уговорене обавезе не представљају накнаду за имовину која се потомку уступа, већ само терет са којим се потомак сагласио.²¹ Код *patto di famiglia* ситуација је још једноставнија: потомак се свом претку не обавезује на било какву противчинидбу за вредност коју од њега добија на темељу уговора. Намирење нужног дела осталим нужним наследницима само је законска обавеза за потомка коме је уговором уступљено предузеће/предузећа или удео у њему/њима (и то под условом да се остали потомци нису

¹⁶ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2017, стр. 244, са упућивањем на фусноту бр. 26.

¹⁷ М. Крећ, Ђ. Павић, *Коментар Закона о наслеђивању (са судском праксом)*, Загреб, 1964, стр. 332.

¹⁸ С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању*, Крагујевац, 2004, стр. 410.

¹⁹ Више: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, стр. 203; Ј. Радишић, *Облигационо право, општи део*, Београд, 2004, стр. 127.

²⁰ С. Перовић, *op. cit.*, стр. 614; М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд, 2012, стр. 50. Проф. Ђурђевић нарочито истиче да је у нашем праву прихваћена апстрактна концепција *animus donandi*, те мотиви не утичу на намеру даривања – правни посао је доброчин без обзира на побуду, уколико постоји свест, воља и намера преносиоца да умањи своју имовину у корист лица коме имовину преноси.

²¹ Несумњиво је да на том становишту стоји и српски нормотворац. Наиме, независно од тога да ли је уговором о уступању и расподели имовине за живота уговорена каква обавеза на страни потомака или не, Закон о наслеђивању јасно прописује да се у обрачунску вредност заоставштине, која служи за израчунавање вредности нужног дела, не прирачунава вредност добара која је законски наследник стекао пуноважним уговором о уступању и расподели имовине за живота, као и да се из те имовине не могу намирити нужни наследници уступиоца. Видети: чл. 49 и чл. 184 ст. 2 ЗОН.

одрекли свога права). И сама чињеница да се нужни део нужних наследника може повредити само бесплатним располагањима (и намирити из њих), говори у прилог да је *patto di famiglia* добротин правни посао.

Специфичности породичног споразума произлазе и из саме каузе која се огледа у обезбеђивању континуитета породичног бизниса, и спречавању распарчавања породичног предузећа. Отуда је *patto di famiglia* у потпуности прилагођен сврси ради које је нормиран, па је предмет располагања овим уговором, као и круг лица између којих може бити закључен, рестриктивно одређен. Предмет *patto di famiglia* је превасходно пренос права својине на породичном предузећу или пренос удела у предузећу, мада постоји могућност преноса и материјалних и нематеријалних добара која омогућавају функционисање и управљање предузећем.²² Реч је о делу имовине преносиоца који би постао део његове заоставштине у моменту делације,²³ што је, према нашем мишљењу, и разлог сврставања овог уговора у категорију наследноправних уговора²⁴ (комбинација антиципираног наслеђивања и уговора о одрицању од будућег наследства). Што се тиче уговорних страна, у својству преносиоца може се наћи једино власник или акционар предузећа, док је бенефицијар искључиво његов потомак, један или више њих.

2. Правна природа и правна дејства *patto di famiglia*

Правна природа. Иако је италијанска легислатива јасно дефинисала *patto di famiglia* као изузетак од правила о забрани наследноправних уговора,²⁵ у правној доктрини је спорно овакво одређење правне природе овог уговора. Имајући у виду да се овим правним послом пренос својине на предузећу, или уступање акција, односно удела врши у тренутку постизања сагласности воља уговорних страна, јавила се дилема да ли је овде реч о правном послу за живота или за случај смрти.²⁶ Преовладавајуће је схватање да се овим уговором врши *inter vivos* пренос предузећа или акција са непосредним стварноправним дејством и отуда он не може бити

²² Чл. 768-bis. Италијанског грађанског законика.

²³ P. Dagna, M. Ferrari, B. Incitari, V. Piccinin, *op. cit.*, стр. 55 и даље.

²⁴ „Овај уговор је *patto successorio dispositivo*, у одређеној мери *patto rinunciativo*, али никако не представља *patto istitutivo*.”. G. Oberto, *Il patto de famiglia*. Рад се може наћи на интернет страници: <https://www.giacomooberto.com/pattodifamiglia/pattodifamiglia.htm>. Приступ: 18.6.2019. године.

²⁵ A. Braun, *Towards the....*, стр. 472, 473.

²⁶ A. Braun, *Testamentary formalities in Italy*, u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K. G. C., De Waal, M. J. Zimmerman, R.(ed), Oxford, University Press, 2011, стр. 124.

квалификован као *patto istitutivo*, па самим тим ни посматран као изузетак од забране закључења наследноправних уговора. Поједини аутори сматрају да би се он пре могао квалификовати као *patto dispositivo*, тј. уговор којим неко лице располаже „будућим правом наслеђа у односу на заоставштину трећег лица“.²⁷ С обзиром на то да се нужни наследници одричу права да оспоравају ова уговорна располагања, а такође се могу одрећи права на компензацију по основу овог уговора, постоје мишљења да се он може означити и као *patti rinunciativo*.²⁸ Осим становишта да је реч о неком модалитету наследноправних уговора, има и оних који су мишљења да је због специфичне каузе реч о *sui generis* уговору.²⁹

Уколико се пође од становишта да је предмет располагања породичним споразумом део имовине преносица (уступиоца) који би ушао у његову заоставштину, за коју вредност заоставштина бива умањена,³⁰ онда се овај уговор може сматрати видом антиципираног наслеђивања. Оно што је неспорно јесте да се њиме врши уступање предузећа или удела у њему за живота уступиоца, уз истовремено одрицање законских наследника од права да након смрти преносиоца оспоравају бестеретна располагања учињена овим уговором. Отуда произлази да овај уговор садржи у себи елементе уговора о уступању и расподели имовине за живота, који познаје српско право, и уговора о одрицању од будућег наследства.³¹

Правна дејства. Приликом сагледавања правних дејстава породичног споразума, треба поћи од правног циља који се његовим увођењем жели постићи, а који истовремено опредељује и његова дејства. С обзиром на то да је циљ овог правног посла да за живота осигура континуитет породичног бизниса кроз трансгенерацијски пренос предузећа или удела у њему на потомке за које сматра да ће најуспешније наставити пословање, примарно правно дејство овог уговора је неспоредно, *inter vivos*, стварноправно дејство. На њега се надовезује облигационоправно дејства породичног споразума које се огледа у обавези бенефицијара да намири нужне наследнике према величини њихових наследних квота, а које се утврђују с обзиром на вредност предузећа или акција које се преносе. Управо то се и сматра недо-

²⁷ А. Braun, *Towards the...*, стр. 472.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Р. Dagna, М. Ferrari, В. Incitari, V. Piccinini, *op. cit.*, стр. 54.

³⁰ U. La Porta, *Il Patto di famiglia*, UTET Giuridica, 2007, стр. 28–30, наведено према: Д. Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 238.

³¹ Т. Ђурђић-Милошевић, *Ограничење слободe завештајних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018, стр. 373.

статком овог правног посла јер бенефицијар мора да обезбеди финансијска средства како би исплатио остале сауговораче (ако је компензација облигационе природе), што га може довести у тешку економску позицију.

Вредност компаније, односно удела у њој која је уговором пренета потомку урачунаће се у његов нужни део након смрти уступноца. Исто-добно, вредност коју је овај потомак сходно одредбама о нужном делу исплатио супружнику и осталим потомцима који су се сагласили са уговором, биће урачуната у њихов нужни део.³²

Овај уговор је једнострано неопозив, и могуће га је изменити или опозвати само сагласношћу свих сауговорача (било закључењем новог уговора исте врсте али другачије садржине или опозивом раније сачињеног уговора уз сагласност свих сауговорача).³³

Смрт власника предузећа не представља правно релеванту чињеницу за коју се везују правна дејства овог уговора. Ипак, овај уговор производи одређена посредна наследноправна дејства јер вредност пренета бенефицијару, као и накнаде исплаћене нужним наследницима на основу овог споразума не подлежу ни колацији, а ни редукцији,³⁴ чиме се доприноси очувању стабилности породичног пословања.

Како је већ напоменуто, у закључењу породичног споразума, поред преносиоца имовине и бенефицијара, морају учествовати и сва лица која би у моменту његовог закључења била позвана на наслеђе као нужни наследници преносиоца. У правној теорији се јавило као спорно да ли сагласност ових лица представља претпоставку пуноважног настанка породичног споразума, тј. да ли има конститутивни значај за пуноважност овог уговора или не? Како законодавац није изричито прописао санкцију у случају неслагања свих нужних наследника диспозитива (преносиоца) са овим уговором, у италијанској правној теорији настала је полемика око овог питања. Поједини аутори сматрају да учешће нужних наследника у закључењу уговора није претпоставка његове пуноважности и да одсуство њиховог пристанка има за последицу да се до момента смрти само одлаже примена члана 768-sexies. који регулише исплату нужног дела.³⁵ Други сматрају да у том случају *patto di famiglia* производи дејство према онима који су учествовали у његовом закључењу, док у односу на оне које се нису сагласили са њего-

³² Д. Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 246.

³³ Чл. 768-septies. Италијанског грађанског законика.

³⁴ Чл. 768-quater. ст. 4 Италијанског грађанског законика.

³⁵ G. Oberto, *op. cit.* (без пагинације).

вим закључењем производи дејство као уговор о поклону, па у случају повреде нужног дела они могу захтевати *collatio bonorum*.³⁶ Трећи пак сматрају да је породични споразум закључен без учешћа нужних наследника преносиоца предузећа погођен санкцијом ништавости, сагласно одредбама чл. 1418, а у вези са чл. 768-*quater*. ст. 2 Законика,³⁷ јер сви нужни наследници морају учествовати у његовом закључењу.³⁸

За отклањање ове дилеме кључну улогу има чл. 768-*sexies*. ст. 1 Италијанског грађанског законика, који прописује да супружник и остали нужни наследници власника предузећа који нису учествовали у његовом закључењу, могу у моменту отварања наслеђа захтевати од бенефицијара исплату нужног дела (у складу са чл. 768-*quater*), увећану за затезну камату. Ова регула имплицира да идеја законодавца није била да пуноважност уговора услови сагласношћу свих нужних наследника преносиоца имовине, те у њеном одсуству уговор неће бити ништав. Тиме се постиже да остали нужни наследници не могу да спрече пренос предузећа или удела у њему на оног потомка кога власник сматра најспособнијим да настави са породичним бизнисом. Такође, спречавају се сукоби који би настали у погледу управљања предузећем након смрти власника, и његово потенцијално распарчавање ако би сви наследници добили удео у њему према правилима редовног законског наслеђивања. Стога, породични споразум ће произвести дејство, а потомак коме је власништво над предузећем или уделом у њему пренето моћи ће несметано да управља предузећем и користи се осталим власничким правима. Он ће само након смрти преносиоца власничких права бити дужан да намири нужни део осталим нужним наследницима који нису учествовали у закључењу уговора, уколико такав захтев истакну, увећан за износ законске затезне камате.

3. Разграничење *patto di famiglia* од уговора о уступању и расподели имовине за живота

Из анализе основних обележја овог правног института неспорно произлази његова значајна подударност са уговором о уступању и расподели имовине за живота.

³⁶ G. Petrelli, *La nuova disciplina del „patto di famiglia“*, Rivista del notariato, LX, 2006, стр. 19. Наведено према: I. Tuhtan Grgić, *op. cit.*, стр. 246, фн. 1088.

³⁷ A. Angrisani, S. Sica, *Patto di famiglia e gli arti strumenti di successione dell'impresa*, Giappichelli, 2007, стр. 22. Наведено према: Д. Јанићијевић, *op. cit.*, стр. 241.

³⁸ P. Dagna, M. Ferrari, B. Incitari, V. Piccinini, *op. cit.*, стр. 54 и даље.

Субјекти. Једна од битних специфичности и уговора о уступању и расподели имовине за живота и *patto di famiglia*, која их одваја од свих других уговора, јесте у погледу субјеката чија је сагласност претпоставка њиховог пуноважног настанка. Посматрано кроз призму правне сврхе овог уговора, која се огледа у преносу и расподели за живота имовине претка потомцима, његово закључење резервисано је само за ограничени круг лица: за претка као уступиоца и његове потомке као примаоце имовине, баш као и код породичног споразума где потомци власника предузећа могу бити једини бенифицијари.

За разлику од породичног споразума, за чији настанак је прописана сагласност свих нужних наследника диспозитора (власника предузећа) који би били позвани на наслеђе у моменту закључења уговора, код уговора о уступању и расподели имовине за живота, законом предвиђен услов пуноважности јесте сагласност свих потомака уступиоца који би били позвани на наслеђе према правилима интестатског наслеђивања.³⁹ Она има конститутивни значај. Сагласност на закључење уговора коју иницијално није дао, потомак може дати и накнадно, у истој форми,⁴⁰ све до смрти уступиоца, у ком случају уговор производи пуно правно дејство. Релевантан тренутак за оцену да ли су се сви потомци сагласили са уговором, чији се пристанак по закону захтева, јесте моменат делације претка–уступиоца. Стога, ако потомак, чија се сагласност захтевала у моменту закључења уговора, не наследи уступиоца,⁴¹ а нема своје потомке, одсуство његове сагласности биће ирелевантно, и уговор ће произвести пуно правно дејство.⁴²

Одсуство сагласности потомка по закону позваног да наследи уступиоца доводи до потпуне конверзије уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о поклону.⁴³ Последица тога је да се нужни део свих

³⁹ Чл. 183 ст. 1 ЗОН.

⁴⁰ Чл. 183 ст. 2 ЗОН.

⁴¹ Очигледан је пропуст српског законодавца, који у чл. 183 ст. 3 ЗОН није предвидео све разлоге немогућности потомка да наследи, већ је стипулисао да је уговор пуноважан ако потомак који није дао сагласност умре пре уступиоца, одрекне се наслеђа или буде недостојан да наследи. Ову регулу треба екстензивно тумачити у прилог свих разлога због којих потомак није могао наследити, јер би такво тумачење било у духу самог закона и института уговора о уступању и расподели имовине за живота. Н. Крстић, *Неке специфичности у регулисању уговора о уступању и расподели имовине за живота у српском и македонском праву*, Social Change in the Global World, зборник радова са треће међународне научне конференције, Штип, 2016, стр. 61.

⁴² Уколико потомак који није дао сагласност не може или не жели да наследи уступиоца, а има своје потомке, уговор о уступању и расподели имовине за живота производи пуно правно дејство само уколико су његови потомци дали сагласност на уговор.

⁴³ Чл. 187 ЗОН.

потوماка, како оних који су се сагласили са уговором, тако и оних који су то одбили да учине, који је повређен овим располагањима, из њих може и намирити. Исто право има и супружник ако није обухваћен уговором или је добио вредност мању од вредности нужног дела. Истодобно, добротина располагања у корист потомака могу се урачунати у њихов наследни део.

Сагласност брачног друга уступиоца није предуслов пуноважности уговора о уступању и расподели имовине за живота, иако и он може бити уговорна страна. Када супружник није обухваћен овим уговором, доћи ће до његове делимичне конверзије у уговор о поклону: уговор ће се само у односу на супружника сматрати поклоном, те ће он моћи да намири нужни део из тих располагања, док ће према потомцима и свим трећим лицима уговор произвести пуно правно дејство као уговор о уступању и расподели имовине за живота.⁴⁴

Код *patto di famiglia* постизање сагласности свих нужних наследника представља ограничавајући фактор у примени породичног споразума, због чега је у правној теорији постављено питање релевантности овог елемента за пуноважност самог споразума (да ли има конститутивни значај). Иако је присутна доктринарна дилема око начина санкционисања породичног споразума у случају несаглашавања свих нужних наследника, преовладава становиште да овај споразум остаје на снази и без сагласности свих нужних наследника преносиоца. Дакле, као и у случају несаглашавања брачног друга са закључењем уговора о уступању и расподели имовине за живота, када овај уговор опстаје између потомака, а само односу на брачног друга производи дејство уговора о поклону, тако и породични споразум производи пуно дејство у односу на она лица која су се са његовим закључењем сагласила, а у односу на нужне наследнике који нису учествовали у закључењу уговора, он производи дејство као уговор о поклону. На овај начин остварује се сврха овог уговора, а то је да се осигура континуитет пословања породичне фирме кроз трансгенерацијски пренос, уз истовремену заштиту интереса нужних наследника.

Предмет. У складу са правним циљем ради којег је установљен, *patto di famiglia* је рестриктивно регулисан не само у погледу круга лица за које је резервисан, већ и у погледу предмета располагања. Овим уговором омогућава се прелазак права својине на предузећу или пренос удела у власништву компаније на оставиочеве потомке одмах по његовом закључењу, а не тек у моменту оставиочеве смрти (иако постоји могућност ве-

⁴⁴ Чл. 189 ЗОН.

живање дејства уговора и за наступање неког услова или протек рока, па и да буде, како се наводи, одложен до смрти преносиоца),⁴⁵ чиме се спречава распарчавање предузећа, што је и његов основни правнополитички циљ.⁴⁶

Предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота далеко је шири. На основу овог уговора може се извршити пренос целокупне имовине уступиоца, или дела имовине, с тим да имовинска права која се преносе морају да буду у његовој својини приликом закључења уговора.⁴⁷ Имовина се може пренети како на потомке (било које потомке, а не само само оне који би били позвани да наследе уступиоца, ако тако што буде предвиђено уговором), тако и на супружника, за разлику од породичног споразума у Италији где се у улози бенефицијара може наћи само потомак преносиоца. Уговор о уступању и расподели имовине за живота је *iustus titulus*, а за стицање својине неопходан је и *modus acquirendi* (упис својине у јавним књигама за непокретности, односно предаја за покретне ствари).

Закон о привредним друштвима Србије⁴⁸ нарочито прописује да предузетник може уговором о уступању и расподели имовине за живота пренети свом пословно способном наследнику (тачније, лицу које ће бити његов наследник), обављање делатности предузетника (чл. 91 ст. 9). Како предузетник, као форма организовања, нема посебан правни субјективитет у односу на носиоца делатности, нити има посебну имовину различиту од имовине физичког лица регистрованог као предузетник, то се овим уговором трансферише право на обављање регистроване делатности у форми предузетника, али се не врши и пренос пословног простора који и не може бити имовина радње.

Правна дејства уговора. Уговор о уступању и расподели имовине за живота, као и *patto di famiglia*, производи облигационоправно дејство⁴⁹ јер се њиме предак као уступилац обавезује да пренесе својину на одређеним

⁴⁵ А. Fusaro, *op. cit.*, стр. 199.

⁴⁶ D. Živojinović, T. Đurđić, *Inheritance Contract and its Substitutes in European and Serbian Law*, *Revija za evropsko pravo*, бр. 2–3/2015, стр. 79.

⁴⁷ Видети: чл. 185 ЗОН. Одредба уговора којом се предвиђа располагање добрима која ће се наћи у заоставштини уступиоца ништава је, будући да је овакво располажење, по својој суштини, уговор о наслеђивању. С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању*, стр. 399; Н. Стојановић, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 51/2008, стр. 31.

⁴⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.

⁴⁹ У доктрини наследног права, уговор о уступању и расподели имовине за живота, премда је регулисан Законом о наслеђивању, доминантно се третира облигационим уговором од значаја за установу наслеђивања, а не наследноправним уговором. С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2006, стр. 207–208; Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 354 и 362; Д. Ђурђевић, *op. cit.*, стр. 239.

стварима и правима на потомке. Ово дејство уговора о уступању и расподели имовине за живота значајна је тачка подударања са породичним споразумом, с тим да је предмет располагања шире постављен, јер уступилац може располагати свим својим имовинским правима која постоје у моменту закључења овог уговора.⁵⁰ Облигационоправно дејство може се остварити и кроз преузимање одређених обавеза од стране потомака уступиоца, као што су конституисање плодоуживања у корист уступиоца (и његовог супружника), уговарање доживотног издржавања, ренте и слично,⁵¹ што није искључено ни код породичног споразума где власник компаније (предузетник) може задржати и право плодоуживања.⁵²

Наследноправно дејство уговора о уступању и расподели имовине за живота огледа се у томе што имовина која је предмет уговорног располагања не улази у оставинску масу уступиоца имовине по његовој смрти, нити се узима у обзир приликом израчунавања обрачунске вредности заоставштине ради намирења нужног дела, тако да се из ње не могу намирити уступичеви нужни наследници.⁵³ Као и код породичног споразума, код којег су дерогирана правила о заштити нужног дела, и код уговора о уступању и расподели имовине за живота предметна располагања не могу бити побијана због повреде нужног дела нити од стране потомака, нити од стране супружника који се сагласио са таквим начином расподеле.⁵⁴ Сагласност потомака и супружника нема учинак одрицања од наслеђа у погледу имовине пренете уговором, већ тиме они само одустају од права на побијање уговора због повреде нужног дела, или права да траже урачунавање поклона у наследни део, у чему се такође очитује наследноправни аспект овог уговора.⁵⁵

Последице у погледу намирења нужног дела. Уговор о уступању и расподели имовине за живота и *patto di famiglia* имају различита дејства у погледу намирења нужног дела потомака-сауговорача. Давањем сагласности на породични споразум којим се преноси власништво над предузећем или удео у компанији на једног или више потомака, остали потомци и

⁵⁰ Н. Стојановић, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, стр. 31.

⁵¹ В. Нрватин, *Насљедноправни уговори*, у : Ново насљедноправно уређење, Ј. Црнић, et al, Zagreb, 2003, стр. 137. Из самог уговора произлази и међусобна одговорност потомака за правне и материјалне недостатке на стварима и за постојање и наплативост уступљених потраживања. Више: N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 428–429.

⁵² А. Fusaro, *op. cit.*, стр. 199.

⁵³ Чл. 49 и чл. 184 ст. 2 ЗОН.

⁵⁴ В. Нрватин, *op. cit.*, стр. 138.

⁵⁵ О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 480.

супружник преносиоца не лишавају себе права на нужни део. Напротив, одредбе Грађанског законика Италије њих посебно штите, те ће бенефицијар бити дужан да им намира нужни део у односу на вредност имовинских права која су му пренета. Како је остваривање права на нужни део увек у диспозицији нужних наследника, легислатор је оставио могућност супружнику и потомцима да се приликом закључења овог уговора одрекну свог права. Право на нужни део, увећан за затезну камату, имаће и они потомци, односно супружник који нису учествовали у закључењу уговора, након смрти преносиоца.

С друге стране, уговор о уступању и расподели имовине за живота не штити нужне наследнике уступиоца. Када уговор производи пуно правно дејство, тј. када су сви потомци од којих се то законом захтева пристали на његово закључење, они су тиме себи ускратили право да захтевају део заоставштине који им законодавац гарантује. То, практично, значи да уколико је неко од потомака својевољно пристао да на основу уговора не добије ништа или да добије мање од вредности нужног дела, неће моћи да тражи његово намирење из имовине расподељене уговором.

Закључна разматрања

Савремено наследно право прати социјално-економска кретања, па је као последица ширења приватноправне аутономије наступио и тренд контрактуализације наследног права. Уводе се различити инструменти имовинског располагања са посредним или непосредим наследноправним дејством, који се јављају у различитим модалитетима и са различитим домашајем (ограничења у погледа круга лица која се могу наћи у својству уговорних страна или бенифицијара, као и ограничења у погледу имовине која може бити предмет располагања).

Patto di famiglia, као врста породичног споразума, потврђује потребу успостављања нових инструмената планирања наслеђивања као одговор на захтеве савременог правног промета. Основна сврха нормативног концепта *patto di famiglia* је да се оствари стабилност породичног предузећа и осигура континуитет у пословању породичног предузећа без његовог цепања, јер се његовим закључењем обезбеђује да породична радња или компанија пређу у руке оног потомка власника предузећа кога он сматра најспособнијим и најподобнијим да даље развија породични бизнис, уз заштиту интереса осталих нужних наследника. Тиме се омогућава реализација аутономије воље власника у погледу преноса

породичног предузећа, са гаранцијом да ова располагања након његове смрти неће бити оспорена. На тај начин се за живота власника уређују имовинскоправни односи између чланова породице и превенирају евентуални спорови међу наследницима након његове смрти. Давањем сагласности на овај уговор, они себе лишавају права на претензије према привредним субјектима који су били предмет располагања.

Сличну функцију има и уговор о уступању и расподели имовине за живота у српском праву, којим уступицац уређује имовинске односе међу својим будућим наследницима за живота, с тим што предмет располагања овим правним послом није ограничен само на пренос привредних субјекта, већ се њиме може располагати свим имовинским правима постојећим у часу закључења уговора. Превенирање сукоба међу потомцима након смрти претка – уступиоца имовине обезбеђује се, такође, сагласношћу са овим уговором свих потомака који по закону буду позвани на наслеђе уступиоца. Разлика у односу на *patto di famiglia* јесте у томе што, када уговором нису добили ништа, или им је уступљена имовина вредности мање од нужног дела, они неће имати право да захтевају његово намирење из вредности уступљене имовине. Једино у случају да се са уговором нису сагласили, имали би право да потражују нужни део, баш као што је то случај и са породичним споразумом у италијанском праву када се са њим нису били сагласили сви нужни наследници преносиоца. С друге стране, давањем своје сагласности на уговор о уступању и расподели имовине за живота, ниједан потомак не ограничава себе у праву да наследи уступиоца након његове смрти, у погледу имовинских права која нису била предмет уговора и која чине уступичеву заоставштину.

Из компаративне анализе ова два правна посла произлазе и друге значајне подударности ових института, које су условљене правним циљем њиховог нормирања. Пренос својине на добрима која су предмет располагања врши се по закључењу уговора, за живота преносиоца, те се њихова вредност не прирачунава у обрачунску вредност заоставштине, нити се ова располагања могу оспоравати због повреде нужног дела. Иако италијански законодавац прописује да се са породичним споразумом морају сагласити сви нужни наследници власника предузећа, њихова сагласност није претпоставка пуноважности овог споразума, већ би се пре рекло да има заштитну функцију. Отуда, у односу на нужне наследнике који се нису сагласили са уговором, он се практично конвертује у уговор о поклону из кога њихов нужни део може бити измирен. Овакво дејство се поклапа са дејством уговора о уступању и расподели имовине за живота, када супружник уступиоца уговором није био обухваћен.

У том делу се породични споразум и уговор о уступању и расподели имовине за живота подударају. Разлика је у заштити права на нужни део, који породични споразум осигурава кроз прописивање обавезе бенифицијара да компензује нужне наследнике по основу удела у породичном предузећу, исплатом вредности нужног дела у новцу или намирењем у натури. Таква обавеза за пријемника имовине на основу уговора о уступању и расподели имовине за живота не постоји.

Управљање породичним предузећем и пренос породичног бизниса на генерације које долазе веома је значајно питање за сваку породицу и друштво у целини, нарочито када мала и средња предузећа имају велики привредни значај, као што је то случај у Италији. Добра страна регулисања породичног споразума јесте што је италијански законодавац креирао и нормативно уобличио потпуно нови институт на основу кога се врши пренос власништва над предузећем или власничких удела у њему, а између будућих наследника преносиоца још за његовог живота уређују имовински односи.

Иако у српском праву уговор о уступању и расподели имовине за живота донекле може вршити сличну функцију, утисак је да би било опортуно нормирати посебан уговор на основу кога би се вршио пренос права власништва, односно власничких удела у друштвима лица и друштвима капитала, са нарочитим акцентом на нормирање правних реперкусија закључења таквог уговора, односно на прописивање обавеза које би бенефицијар имао према осталим санаследницима који имају положај нужних наследника (како у случају када су се са располагањем сагласили, тако и у случају када нису дали свој пристанак на закључење уговора). *Patto di famiglia* свакако би представљао добру полазну основу за регулисање таквог правног посла, уз неопходна прецизирања и модификације, како би, с једне стране, такав уговор био уподобљен домаћој правној регулативи, а, с друге стране, прецизније биле нормиране последице његовог закључења, чиме би се избегле дилеме и недоумице које породични споразум изазива у италијанском праву.

ЛИТЕРАТУРА

- Angrisani, A. Sica, S. *Patto di famiglia e gli arti strumenti di successione dell'impresa*, Giappichelli, 2007.
- Антић, О. Балиновац, З. *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996.
- Braun, A. *Testamentary formalities in Italy*, u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K. G. C, De Waal, M. J. Zimmerman, R.(ed), Oxford, University Press, 2011,
- Braun, A. „Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts“, *Freedom of Testation – Testierfreiheit*, R. Zimmermann (ed.), Salzburg, Mohr Siebeck Tübingen, 2012.
- Braun, A. „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs“, *Zeitschrift für Europäische Private Recht*, 12/, ZeuP 3/2012.
- Gavella, N., Belaj, V. *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008.
- Dagna, P., Ferrari, M., Incitari, B. Piccinini, V. *Il Patto di Famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, Giappichelli, 2006.
- Бурђевић, Д. *Институције наследног права*, Београд, 2017.
- Бурђевић, М. *Уговор о поклону*, Београд, 2012.
- Бурђић-Милошевић, Т. *Ограничење слободе завештајних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018.
- Živojinović, D., Đurđić, T. „Inheritance Contract and its Substitutes in European and Serbian Law“, *Revija za evropsko pravo*, бр. 2–3/2015.
- Јанићијевић, Д. „Породични споразум у италијанском праву“, у: *Двадесет година Закона о наслеђивању*, зборник радова са научног скупа, Н. Стојановић, Н. Крстић, (ур.), Ниш, 2016, Ниш.
- Крећ, М., Рајић, Ђ. *Коментар Закона о наслеђивању (sa sudskom praksom)*, Zagreb, 1964.
- Крстић, Н. Неке специфичности у регулисању уговора о уступању и расподели имовине за живота у српском и македонском праву, *Social Change in the Global World*, зборник радова са треће међународне научне конференције, Штип, 2016.
- La Porta, U. *Il Patto di famiglia*, UTET Giuridica, 2007.

- Oberto, G. *Il patto di famiglia*, Padova, 2006.
- Перовић, С. *Облигационо право*, Београд, 1981.
- Petrelli, G. „La nuova disciplina del ‘patto di famiglia’“, *Rivista del notariato*, LX, 2006.
- Радишић, Ј. *Облигационо право, општи део*, Београд, 2004.
- Rovini, L. *La disciplina del patto di famiglia e la sua „compatibilita“ con l’impresa familiare*, Pisa, 2014.
- Сворцан, С. *Коментар Закона о наслеђивању*, Крагујевац, 2004.
- Сворцан, С. *Наследно право*, Крагујевац, 2006.
- Стојановић, Н. *Наследно право*, Ниш, 2011.
- Стојановић, Н. „Уговор о уступању и расподели имовине за живота“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 51/2008.
- Tuhtan Grgić, I. *Ugovor o nasleđivanju*, doktorski rad, Zagreb, 2014.
- Fusaro, A. „Freedom of Testation in Italy“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives* (eds. M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, Barcelona, 2011.
- В. Hrvatin, *Nasljednopravni ugovori*, и: Novo nasljednopravno uređenje, J. Crnić, et al, Zagreb, 2003.
- Грађански законик Италије, из 1942. године (*Codice Civile*), са последњим изменама од 12. јануара 2019. године.
- Закон о наслеђивању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.
- Закон о привредним друштвима Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.
- 94/1069/EC:Commission Recommendation of 7 December 1994 on the transfer of small and medium-seized enterprises.

DISTINCTION POINTS BETWEEN CONTRACT ON ASSIGNMENT AND DISTRIBUTION OF PROPERTY DURING LIFETIME AND PATTO DI FAGMILIA

Novak Krstić, LLD*
Tamara Đurđić, LLD**

Summary

Bearing in mind ongoing trend of contractualisation that has affected contemporary inheritance law in the last decades and initiated debates on the justification of contractual inheritance, the institute patto di fagmilia, as an exception on the prohibition of contractual inheritance which has been proclaimed in Italian law, is gaining more importance. Viewed through the prism of current reform of Serbian civil law that traditionally does not allow contractual inheritance, or any other form of contractual estate planning, this issue gains more importance. Previously said it is followed up with the question whether some of the existing legal entities in Serbian law are able to fulfill the legal purpose of patto di fagmilia? With this regard, there is no doubt that the most familiar institute to the patto di fagmilia is the contract on assignment and distribution of property during lifetime. Thus, the subject of analysis in this paper is the relation between these two institutes. Firstly, in order to define the points of their matching and distinction, the basic characteristics of the Italian institute patto di fagmilia has been considered, with the focus on its legal purpose and legal nature. Afterwards, this institute has been discussed from the comarative point of view with the contract of assignment and distribution of property during lifetime, in order to determine finally, whether and to which extent this contract could be considered as a substitute for patto di fagmilia.

Key words: *transactions mortis causa; inheritance agreement, patto di famiglia, contract of assignment and distribution of property during lifetime.*

* Assistant professor

** Teaching associate

ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ У ГРАЂАНСКИМ СПОРОВИМА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА*

Доц. др Јелена С. Миленковић**

***Сажетак:** Аутор у раду разматра питање права на бесплатну правну помоћ у грађанским споровима у пракси Европског суда за људска права, као део гаранције права на приступ суду и правичног суђења, потом питање делотворности овог права, као и питање његових корисника и пружалаца.*

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода не прописује изричито право на бесплатну правну помоћ у грађанским споровима, али је Европски суд за људска права, тумачењем члана 6 став 1 Конвенције, и ово право уврстио међу гаранције правичног суђења. С обзиром на то да Европски суд, осим Конвенције, узима у обзир и релевантно међународно право, питање бесплатне правне помоћи посматрали смо и с тог аспекта.

У раду се анализира пракса Европског суда, како би се утврдили критеријуми, као смернице државама да делотворно омогуће право на бесплатну правну помоћ, као и границе слободе која се државама оставља у избору начина остваривања и ограничавања овог права.

***Кључне речи:** право на бесплатну правну помоћ, право на приступ суду, право на правично суђење, пракса Европског суда за људска права, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.*

* Ставови изнети у раду представљају искључиво личне ставове аутора

** Саветник у Државном правобранилаштву, Одељење за заступање Републике Србије пред Европским судом за људска права; jelenasmil@yahoo.com

1. Појам права на бесплатну правну помоћ у грађанским споровима и начин регулисања у међународним правним актима и пракси Европског суда за људска права

Појам правне помоћи са упоредноправног аспекта није јединствен. Ипак, начелно се може рећи да се под правном помоћи подразумева систем радњи које служе уклањању препрека на путу ка остваривању права физичких и правних лица. Правни субјекти могу бити у ситуацији да не познају своја права, да не разумеју свој правни положај или да услед финансијских потешкоћа нису у могућности да ова своја права остваре. Улога државе је да олакша и ојача положај лица у вези са њиховим правима, поред осталог, и путем ослобађања од сношења трошкова поступка.¹

Ограничење права на правну помоћ представља персонално ограничење права на приступ суду, чија природа може бити економска у случају бесплатне правне помоћи. Питање права на бесплатну правну помоћ, које, као део права на приступ суду, мора бити делотворно, може се посматрати са становишта лица којима је омогућена бесплатна правна помоћ, затим оних који пружају ову врсту правне помоћи, као и са становишта ограничења овог права према пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: Европски суд). Због важности питања бесплатне правне помоћи за приступ суду, а имајући у виду то да Суд, приликом одлучивања о правичности суђења, узима у обзир и међународно право,² размотрићемо како се ово питање регулише не само у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) већ и у осталим обавезујућим међународним правним актима, као и у другим инструментима у којима се дају смернице, попут декларација, принципа, препорука.

Међународни и регионални уговори о људским правима признају право на правично суђење и његове основне компоненте, које су универзално прихваћене, међу које спада и право на правну помоћ. Првенствено треба поменути Универзалну декларацију о правима човека, према којој свако има право, без икакве разлике, на подједнаку правну заштиту, као и једнако право на правично суђење, а у оквиру остваривања тог права и право на правну помоћ.³ Конвенција Уједињених нација о правима детета прописује

¹ Водинелић, В. „Правна помоћ – у упоредном и нашем праву, сада и убудуће“, у: С. Гајин и аутори, *Правна помоћ*, ЦУПС, Београд, 2007, стр. 30–31.

² *Golder v. The United Kingdom*, 4451/70, став 35, од 21.2.1975.

³ Члан 10 Универзалне декларација о правима човека (1948), у: *Права човека, зборник докумената*, Београд, 1991.

да „свако дете лишено слободе има право на хитну правну и другу одговарајућу помоћ“.⁴ Међународни пакт о грађанским и политичким правима обавезује државе уговорнице да поштују и гарантују права призната овим пактом без икаквог разликовања, па и оног које се тиче имовине. Једно од права регулисаних овим документом јесте и право на правично суђење.⁵ Оно што се евентуално може замерити јесте да овај документ пропушта да директно регулише питање правне помоћи у грађанским стварима, као и да не прописује једнак приступ суду. Овим се питањем бави и Хашка конференција за међународно приватно право, при чему посебно треба истаћи Хашку конвенцију о грађанском поступку (1954),⁶ као и Конвенцију о олакшању међународног приступа судовима.⁷ Хашка конвенција о грађанском поступку јемчи једнакост у остваривању права на бесплатну правну помоћ странцима и домаћим држављанима.⁸ Конвенција о олакшању међународног приступа судовима проширује право на бесплатну правну помоћ у грађанским и трговачким предметима и на особе с редовним боравиштем у једној од држава уговорница.⁹

Резолуције и препоруке Савета Европе немају правно обавезујући карактер, али имају важан политички и правни утицај, изражавајући правац у којем би државе требало да се крећу. У неким националним правним системима сви страни држављани имају право на правну помоћ на исти начин као и држављани тих земаља. У другима се то право признаје само страним држављанима с пребивалиштем у односној земљи, да би у трећим право припадало једнако и страним држављанима, тек ако се гарантује реципроцитет. С обзиром на то да се појавила потреба за усклађивањем третмана страних и домаћих држављана у добијању правне помоћи, усвојена је Резолуција (76) 5 о правној помоћи у грађанским, привредним и управним стварима Савета Европе. Из тог разлога је важно да у држави постоје исти услови које имају њени држављани за добијање правне помоћи у грађанским, привредним и управним стварима с држављанима

⁴ Члан 37 Закона о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 15/90, и „Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

⁵ Чланови 3 и 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ“, број 7/71.

⁶ Хашка конвенција о грађанском поступку, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 6/62.

⁷ Конвенција о олакшању међународног приступа судовима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 4/88.

⁸ Члан 20 Хашке конвенције о грађанском поступку.

⁹ Члан 1 Конвенције о олакшању међународног приступа судовима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 4/88.

било које државе чланице, као и свим другим физичким лицима с пребивалиштем на територији државе у којој се поступак одвија.

Економске препреке за приступ суду потребно је уклонити и када су у питању лица која су у економски слабој позицији, како би лакше остварила своја права у државама чланицама Савета Европе.¹⁰ Из текста поменуте резолуције може се утврдити да се односи само на физичка, а не и на правна лица. Принципима Резолуције Р (78) 8 о пружању правне помоћи и савета, коју је усвојио Савет Европе, као и препорукама Комитета министара Савета Европе (у даљем тексту: Комитет министара), гарантује се право на приступ суду као право једнако за све, које се односи и на грађанске, као и на кривичне поступке. Важност једнакости у приступу суду посебно се наводи када су у питању економско и социјално стање које може спречити појединце у остваривању и заштити својих права пред судом, те правна помоћ у том случају има значајну улогу.¹¹ Да би се превазишле препреке на путу ка делотворном остваривању правне помоћи, овим документима Савета Европе предлажу се одређене мере чије је предузимање на државама чланицама. Истичу се информисање јавности о начинима на које појединци могу заштитити своја права и интересе, поједностављивање и убрзање поступка, те се ставља нагласак на пријатељско поравнање.

Појединци могу бити спречени да остваре заштиту својих права пред судом и због висине судских такси.¹² У претходно поменутим документима наглашава се важност пружања правне помоћи сиромашним слојевима становништва, при чему држава има кључну улогу у томе да олакша добијање

¹⁰ Резолуција Комитета министара бр. (76) 5 о правној помоћи у грађанским, привредним и управним поступцима (Resolution [76] 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters), усвојена 18.2.1976, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=591973&SecMode=1&DocId=653304&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

¹¹ Резолуција (78) 8 о правној помоћи и саветовању (Resolution [78] 8 on legal aid and advice), усвојена 2.3.1978, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=596380&SecMode=1&DocId=662254&Usage=2>, приступљено 9.3.2019; Препорука Р (81) 7 Комитета министара државама чланицама о мерама које омогућавају приступ суду (Recommendation No. R [81] 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>, приступљено 9.3.2019; Препорука Р (93) 1 о ефикасном приступу праву и правди за веома сиромашне (Recommendation No. R [93] 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor), усвојена 8.1.1993, https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/CM_Rec_93_1.pdf, приступљено 9.3.2019.

¹² Препорука Р (81) 7 Комитета министара државама чланицама о мерама које омогућавају приступ суду (Recommendation No. R [81] 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

правне помоћи, да поједностави процедуру и прошири спектар поступака и лица на које се односи бесплатна правна помоћ.¹³ Комитет експерата за ефикасност правосуђа Савета Европе посебну пажњу обраћа на учеснике у судским поступцима, тачније на улогу адвоката. У овом контексту је Комитет министара донео Препоруку П (2000) 21 о слободи обављања адвокатске делатности. У њој се препоручује да правне услуге пружају независни адвокати, које би у исто време требало подстицати на пружање правне помоћи особама у економски лошем положају, уз подршку државе и заједнице у целини, укључујући невладине организације и адвокатске коморе.¹⁴

Многи правни системи признају праву на правну помоћ статус људског права гарантованог уставом, и то људског права позитивног статуса. Држава нема само негативну обавезу да не омета остваривање овог права, већ гаранција овлашћује појединца да од државе захтева деловање у његову корист. Самим тим, држава је у обавези да уклони све препреке које спречавају или ометају могућност приступа суду.

Европски суд је изричито констатовао да гаранција права на правично суђење укључује и право на приступ суду, самим тим и право на правну помоћ.¹⁵ Право на бесплатну правну помоћ Конвенција изричито гарантује само оптуженицима и прописује да свако ко је оптужен за кривично дело има право да се брани лично или да га брани бранилац кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно „када интереси правде то захтевају“.¹⁶ С обзиром на то да право на бесплатну правну помоћ у грађанским споровима¹⁷ Конвенцијом није изричито зајемчено, као посебан извор права примењује се пресуда Европског суда у случају *Airey v. Ireland*. Свакоме коме је бесплатна правна помоћ неопходна да би заштитио своја грађан-

¹³ Препорука Р (93) 1 о ефикасном приступу праву и правди за веома сиромашне (Recommendation No. R [93] 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor), усвојена 8. 1. 1993, https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/CM_Rec_93_1.pdf, приступљено 9.3.2019.

¹⁴ Препорука (2000) 21 Комитета министара Савета Европе о слободи обављања адвокатске професије (Recommendation No. R [2000] 21 of Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer), усвојена 25. 10. 2000, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

¹⁵ *Golder v. The United Kingdom*, 4451/70, став 28, од 21.2.1975.

¹⁶ Члан 6 став 3 Закона о ратификацији Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, број 9/03.

¹⁷ С обзиром на аутономно значење појма грађанских спорова према пракси Европског суда, које се разликује од значења које му даје национални правни систем, као и због терминологије која се користи у самој Конвенцији, у раду користимо израз грађански спорови, а не грађански поступци. О аутономном значењу појма грађанских спорова више у: Миленковић, Ј. С., „Упоредноправна

ска права, држава има обавезу да то и омогући, независно од тога да ли је странка у стању да саму себе заступа.¹⁸ Од суштинске је важности да се избегне арбитарност у одлучивању о добијању бесплатне правне помоћи.¹⁹

Управо је питање правне помоћи један од примера да не постоји оштра граница између грађанских и политичких права, као и социјалних и економских права, што је Европски суд кроз своју праксу и констатовао. Овакав став Суда је неопходан како би Конвенцијом гарантована права била делотворна.²⁰ Било да је сметња приступа суду практично деловање државе, било да је у питању правна препрека, Конвенција ће бити прекршена, јер држава има обавезу да својим активностима обезбеди делотворно вршење овог права. Значајна активност државе на овом пољу јесте прописивање одговарајућих правних норми ради заштите права на бесплатну правну помоћ, али и обезбеђивање те заштите у случајевима сложеног поступка или сложености самог правног питања.²¹ Држави је дозвољено да недостатке у националном праву, због којих појединцу није омогућена бесплатна правна помоћ, коригује тако што ће обезбедити довољно гаранција против њеног арбитарног додељивања.²² Арбитарним додељивањем бесплатне правне помоћи сматрају се оне одлуке које се не могу испитивати, које су донесене према нејасним критеријумима или уколико тело које је донело конкретну одлуку није било непристрасно.²³ Државе имају слободу у избору начина на који ће испунити своју обавезу да појединцима омогуће бесплатну правну помоћ,²⁴ те је и начин регулисања овог питања у упоредном праву разнолик.

2. Делотворност бесплатне правне помоћи и њено ограничавање у пракси Европског суда за људска права

Практично омогућавање правне помоћи сматра се поштовањем Конвенције, јер ово право мора бити и делотворно, не само теоријско. Држава треба да обезбеди делотворност овог права у свом правном си-

анализа појма спора о грађанским правима и обавезама у пракси Европског суда за људска права у српском законодавству“, *Правна ријеч*, бр. 52/2017, Бања Лука, 2017.

¹⁸ *Airey v. Ireland*, 6289/73, ст. 22–28, од 11.9.1979.

¹⁹ *Stalkowska v. Poland*, 8932/05, став 107, од 22.3.2007.

²⁰ *Airey v. Ireland*, 6289/73, став 26, од 11.9.1979.

²¹ *Ibid.*

²² *Legal aid in Europe: minimum requirements under international law*, Open Society Justice, 2015, стр. 5.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

стему, због чега се њен пасиван став по том питању сматра кршењем Конвенције.²⁵

Европски суд је закључио да је подносилац представке у неповољнијем положају уколико га није заступао адвокат, а супротну страну јесте, с претпоставком да подносилац не би могао водити поступак делотворно само уз помоћ коју је судија обавезан да пружа странама у поступку које немају заступника. Начелно, у случају када подносилац представке због недостатка финансијских средстава није могао да нађе адвоката који би га заступао у предметном поступку, а није му га доделила ни држава, повређено је његово право на правну помоћ и ускраћен приступ суду.²⁶ Уколико лицу које нема средстава за ангажовање адвоката буде одбијено пружање бесплатне правне помоћи, биће доведено у питање поштовање права на приступ суду. Наиме, форма би била задовољена уколико се омогући појединцу да изнесе пред суд свој грађанскоправни захтев, али је случај неопходно да изнесе на одговарајући и задовољавајући начин, што је мало вероватно без правне помоћи.²⁷ Дакле, неопходно је да право на бесплатну правну помоћ буде делотворно.

Суд је процену делотворности права на бесплатну правну помоћ заснивао на околностима конкретног случаја. Када су адвокати, додељени за пружање бесплатне правне помоћи, сукцесивно одбијали да поступају у предмету, а подносилац представке је покренуо поступак против лица које је и само адвокат, не би се могло очекивати да подносилац представке делотворно заштити своја права у правичном поступку уколико наступа самостално.²⁸

Неке од околности због којих ће се ограничење права на бесплатну правну помоћ сматрати усклађеним с Конвенцијом јесу једноставност домаћег судског поступка²⁹ или када су у питању неосновани захтеви.³⁰

Право појединца да га заступа лице по његовом избору није апсолутно. Ограничено је у случају бесплатне правне помоћи, када му држава додели заступника. Ово је став из праксе Суда. Међутим, постоје и другачија виђења овог питања. Корисник бесплатне правне помоћи има права

²⁵ *Artico v. Italy*, 6694/74, став 36, од 13.7.1980.

²⁶ *Airey v. Ireland*, 6289/73, ст. 24. и 27, од 11.9.1979.

²⁷ *Airey v. Ireland*, 6289/73, став 24, од 9.10.1979.

²⁸ *Bertuzzi v. France*, 36378/97, ст. 25–32, од 13.2.2003.

²⁹ *Airey v. Ireland*, 6289/73, став 26, од 9. 0.1979.

³⁰ European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Law Initiative, стр. 13, videti na: www.legalaidreform.org/european-court-of-hum..., приступљено 12.4.2019.

и да одбије услуге додељеног заступника из разлога неповерења, баш као што и суд може да одбије из оправданих разлога да додели заступника којег предложи корисник тог права.³¹ Без обзира на то да ли је адвоката званично доделила држава, он се неће сматрати државним органом, а држава је одговорна само за поступке својих органа. Стога се на терет држави не могу ставити понашање адвоката и однос са странком, било да је додељен као бесплатна правна помоћ или је приватно финансиран. Међутим, постоје посебне околности када држава има обавезу да реагује, уколико се појави проблем правног заступања пред њеним органима.

За делотворност правне помоћи није довољно само констатовати додељивање правног заступника.³² Европски суд је констатовао да се гаранције из Конвенције односе на права која су практична и делотворна. Стога, заступник мора и да пружи одговарајућу правну помоћ, а суд га мора контролисати. Уколико додељени заступник никако или неодговарајуће обавља посао за који је овлашћен и не штити интересе заступаног лица, држава га може заменити или, уколико је то могуће, натерати на испуњавање обавезе. Ако држава остане пасивна по овом питању, кршење права на правну помоћ је неминовно.³³ У овом смислу је неопходно нагласити да независност правничке професије има велики значај за спровођење правде у демократском друштву. Када би држава обавезивала адвокате да покрену поступак или уложе правни лек, такво поступање би угрозило њихову независност.

Европски суд је у својој пракси констатовао да држава има обавезу да успостави баланс између поштовања права на приступ суду и независности правничке професије. Када је адвокат, кога је доделила држава да заступа странку у поступку која испуњава услове за добијање бесплатне правне помоћи, одбио да уложи правни лек врховном суду само три дана пре истека рока, сматрајући да нема основа за успех у даљем поступку, Суд је оценио да овај баланс није успостављен, пошто странка није имала довољно времена да нађе новог заступника. Стога је угрожена делотворност приступа суду и утврђена повреда Конвенције.³⁴ Европски суд је заузео став да постоји одговорност државе због пасивности, уколико се додељени заступник не појави на расправи из разлога што је државни орган послао обавештење

³¹ *Croissant v. Germany*, 13611/88, издвојено мишљење судије *De Meyer*, од 25.9.1992.

³² *Sialkowska v. Poland*, 8932/05, став 99, од 22.3.2007.

³³ *Artico v. Italy*, 6694/74, ст. 33–37, од 13.7.1980.

³⁴ *Sialkowska v. Poland*, 8932/05, став 114, од 22.3.2007.

на погрешну адресу. Овај недостатак се не може исправити ни додељивањем новог адвоката, када нема довољно времена да припреми случај.³⁵ Уколико додељени адвокат одбије заступање путем усменог саопштења о непредузимању процесне радње због слабих изгледа за успех, а без јасних објашњења, сматраће се да је правна помоћ ускраћена на арбитраран начин, те је и повређено право на приступ суду.³⁶

Такође се не може ускратити бесплатна правна помоћ подносиоцу представке зато што је орган који је додељује арбитрарно сматрао да случај нема добре изгледе да успе. Наиме, одлука о успеху случаја искључиво је на надлежном суду.³⁷

Држава се не сматра одговорном за ограничавање права на бесплатну правну помоћ у случају када подносилац представке није желео да сарађује ни са једним заступником којег му је држава доделила, а било их је чак седам.³⁸

Повреду права на приступ суду и права на правну помоћ представља и случај у коме је подносилац представке поднео захтев да му се додели бесплатна правна помоћ, а одлука по том захтеву му није достављена. При томе, Суд закључује да „није обавеза државе да користи средства из државног буџета да би се обезбедила потпуна једнакост странака, већ разумна могућност да стране изнесу свој случај пред надлежним органом, а да се нека од њих не стави у неповољнију позицију“.³⁹

Подносилац представке који није имао довољно финансијских средстава обратио се држави за бесплатну правну помоћ у поступку пред касационим судом у коме је адвокатско заступање обавезно. Његов захтев за бесплатну правну помоћ био је одбијен непосредно пре истека рока за обраћање овом суду, због чега није могао да делотворно заштити своја права.⁴⁰

Пошто Суд, испуњавањем одређених критеријума, утврђује оправданост ограничавања права на приступ суду, то би практично значило да ће пракса Суда варирати од представке до представке, односно од једног

³⁵ *Goddi v. Italy*, 8966/80, ст. 31–32, од 9.4.1984.

³⁶ *Staroszczyk v. Poland*, 59519/00, ст. 132–136, од 22.3.2007.

³⁷ *Aerts v. Belgium*, 25257/94, став 60, од 30.7.1998.

³⁸ *Renda Martins v. Portugal*, 50085/99, од 10.1.2002.

³⁹ *A. B. v. Slovakia*, 41784/98, ст. 59–63, од 4.3.2003; *Steel and Morris v. U. K.*, 68416/01, став 62, од 15.2.2005.

⁴⁰ European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Law Initiative, стр. 21, www.legalaidreform.org/european-court-of-hum..., приступљено 12.4.2019.

правног система до другог, иако у различитим представкама могу постојати исте околности случаја, као тек само један од критеријума.

Поменули смо да је круцијална делотворност права на бесплатну правну помоћ. Обавеза је државе да у овоме узме активно учешће, које мора увек одговарати легитимном циљу сразмерном мерама које се предузимају, али никада не сме бити засновано на арбитрарности поступајућег органа. Приликом испуњавања ове обавезе, домаћи орган мора успоставити равнотежу између поштовања права на приступ суду и независности правничке професије. Анализом праксе Суда, закључује се да ова равнотежа подразумева могућност надлежног домаћег суда да замени додељеног несавесног заступника по основу бесплатне правне помоћи лицу чије се право на приступ суду штити, чак и да натера заступника на испуњавање обавезе најбоље заштите права и интереса корисника, али не и да улази у суштину спорне ствари и даје налоге заступнику у вези с тим, како би се заштитила независност правничке професије и обезбедило право на приступ суду кориснику бесплатне правне помоћи.

3. Корисници бесплатне правне помоћи у пракси Европског суда за људска права

Корисници бесплатне правне помоћи су лица којима је признато право на бесплатно остваривање ове услуге. Да би лице могло бити корисник бесплатне правне помоћи, мора испуњавати одређене законске критеријуме. Арбитрарност у додељивању ове услуге није дозвољена.

У категорије корисника бесплатне правне помоћи могу спадати физичка и правна лица, као и домаћи и страни држављани. Најчешће решење у упоредном праву јесте ограничавање корисника бесплатне правне помоћи на физичка лица. У већини држава чланица Савета Европе законодавство искључује било какав облик правне помоћи правним лицима. Флексибилнији приступ постоји у правним системима у којима само непрофитна правна лица могу бити корисници бесплатне правне помоћи, док је најотворенији приступ у земљама где ће се одређене врсте бесплатне правне помоћи пружати и профитним правним лицима.⁴¹

Европски суд даје државама одређену слободу у уређивању питања добијања бесплатне правне помоћи. Државе имају могућност да пропишу ригидније или либералније законодавство по питању кори-

⁴¹ *Granos Organicos Nacionales S. A. v. Germany*, 19508/07, ст. 18, од 22.3.2012.

сника ове услуге, као и критеријуме за њено добијање. Стога ће бити у складу са Конвенцијом, рецимо, искључивање правних лица из групе корисника бесплатне правне помоћи. Уколико их пак домаће законодавство укључује, државни орган се мора држати искључиво законских критеријума приликом додељивања. У супротном, Конвенција се сматра прекршеном.

Начелно, критеријуми за остваривање бесплатне правне помоћи постављени су тако да је учине доступном лицима слабог имовинског стања и другим угроженим категоријама, да бесплатна правна помоћ буде доступна када то намећу разлози правичности, као и када обавеза произлази из међународних уговора и правних ствари са елементом иностраности.⁴²

Приликом процене оправданости додељивања бесплатне правне помоћи, Европски суд се служи „имовинским критеријумом, критеријумом вредности предмета спора, неукости странке и стварних могућности постулативно способног појединца да се сам брани, односно да сам предузима процесне радње. Притом се сагледавају околности попут узраста појединца, степена писмености, припадности социјално угроженој, односно маргинализованој друштвеној групи и друго, значај самог питања за подносиоца представке, као и сложеност случаја”.⁴³ Све ове критеријуме Европски суд је начелно поделио у две групе, и то: када лице нема финансијске услове да плати правну помоћ, дакле, имовински критеријум, и када интереси правде тако захтевају, којима ће припадати сви остали наведени критеријуми.⁴⁴

Основни критеријум за остваривање права на бесплатну правну помоћ јесте имовински, тачније, имовинско стање корисника које је такво да он не може заштитити своја права и интересе без угрожавања егзистенције.⁴⁵ Према пракси Европског суда, кључна ставка за добијање бесплатне правне помоћи је економска ситуација корисника и недостатак финансијских средстава да омогући заштиту својих права пред судом.

⁴² Лазиф, М., „Субјекти бесплатне грађанскоправне помоћи у Републици Србији“, Зборник радова *Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији*, Ниш, 2009, стр. 152.

⁴³ Стратегија развоја система бесплатне правне помоћи у Републици Србији, II, 1. Обавезе РС, „Службени гласник РС”, бр. 74/2010.

⁴⁴ European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Law Initiative, str. 5, videti na www.legalaidreform.org/european-court-of-hum..., приступљено 20.5.2019.

⁴⁵ Рељановић, М., „Правна помоћ у земљама Централне и Источне Европе – упоредноправни преглед“, у: Гајин, С. и аутори, *Правна помоћ*, ЦУПС, Београд, 2007, стр. 224.

Међутим, процена о недостатку финансијских средстава протеже се на цео поступак, не само на његов почетак када суд одлучује да додели правну помоћ кориснику. У случају да лице буде у економској ситуацији да покрије трошкове након суђења, мораће да их надокнади.⁴⁶

Европски суд узима у обзир и вредност предмета спора као критеријум за додељивање бесплатне правне помоћи. Може се догодити да странка слабог имовинског стања не буде ослобођена у поступцима у којима је вредност предмета спора релативно мала, док се трошкова поступка може ослободити чак и она странка која је доброг имовинског стања, када је у парницама вредност предмета спора висока.⁴⁷

Ослобађање од плаћања судских трошкова може бити потпуно и делимично, с обзиром на то да ли странка према свом општем имовинском стању не може сносити трошкове без штете за неопходно издржавање себе и своје породице или би њена средства за лично и породично издржавање била знатно умањена макар и делимичним плаћањем издатка. Али, финансирање правне помоћи од стране самог корисника, ни делимично, а не само потпуно, данас још нигде не доминира. Сам корисник више или мање учествује у финансирању те помоћи, према својим материјалним могућностима. Појављује се и једна варијација, а то је учешће корисника у трошковима правне помоћи са могућношћу отплаћивања на рате.⁴⁸

У неким правним системима одређене категорије лица се аутоматски квалификују за добијање правне помоћи, као што су примаоци социјалне помоћи, бескућници и сл.⁴⁹ У суштини, корисници бесплатне правне помоћи могу бити лица која трпе материјална и друга ограничења, односно, лица која су нарочито ускраћена, маргинализована и изопштена из друштва у економском, социјалном и културолошком смислу.⁵⁰

Интереси правде, којима се води Европски суд приликом одлучивања о поштовању права на правну помоћ, односиће се на још неке

⁴⁶ *X. v. The Federal Republic of Germany*, 9365/81, The Law, од 6.5.1982. године.

⁴⁷ Чизмић, Ј., „О пружању бесплатне правне помоћи“, *Зборник Правног факултета Ријека*, Вол. 31, Бр. 1, 1991, стр. 420.

⁴⁸ Водинелић, В., „Правна помоћ – у упоредном и нашем праву, сада и убудуће“, стр. 24.

⁴⁹ *Ibid*, стр. 225.

⁵⁰ Препорука Р (93) 1 о ефикасном приступу праву и правди за веома сиромашне (Recommendation No. R (93) 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor), усвојена 8. 1. 1993. https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/CM_Resc_93_1.pdf, приступљено 25.5.2019.

осетљиве групе које је Суд препознао као такве, попут „малолетника, психички оболелих особа, странаца, имиграната“.⁵¹ „Лица која имају језичке баријере“, попут страних држављана и имиграната, спадају међу она у чију корист ће Европски суд одлучити поводом ускраћивања права на бесплатну правну помоћ, када та лица нису имала средства да пред домаћим судом обезбеде правну помоћ, а држава им то право није омогућила.⁵² Такође, питање регулисања бесплатне правне помоћи требало би уредити и на начин да се заштите права малолетника и особа са специјалним потребама, и решавању овог питања приступити без дискриминације. Недискриминација као принцип мора се поштовати и у смислу националне припадности. Европски суд је констатовао да постоји повреда Конвенције у случају у коме је белгијски суд ускратио правну помоћ свакоме ко није био држављанин Белгије.⁵³

Суд је утврдио кршење члана 6 став 1 Конвенције, када је подносиоцу представке било ускраћено право на правну помоћ, јер је у питању био изузетно сложен поступак, са комплексним доказима вештака, те је неукост странке била критеријум којим се Суд водио.⁵⁴

Још један од критеријума за утврђивање повреде права на правну помоћ представља и значај предмета спора за подносиоца представке, што је Суд утврдио у предмету усвојења детета, када је подносиатељка представке морала да заступа саму себе.⁵⁵

Европски суд је утврдио да захтев подносиоца представке за накнаду правне помоћи није био основан у ситуацији када је подносилац „тражио претеран износ, када су услови накнаде произвољни и неразумни или када се финансијска ситуација подносиоца представке поправила у мери да може да поднесе наведени трошак“.⁵⁶

Упоредно право познаје и регулисање злоупотребе права на правну помоћ у случају неоснованог коришћења на основу неистинитих података, те и одређивање накнадне одговорности корисника за неосновано

⁵¹ European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Law Initiative, стр. 5, www.legalaidreform.org/european-court-of-hum..., приступљено 25.5.2019.

⁵² Legal aid in Europe: minimum requirements under international law, стр. 7.

⁵³ *Ibid*, стр. 14.

⁵⁴ Лич, Ф., *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права – Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007, стр. 250.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Croissant v. Germany*, 13611/88, од 25. 9. 1992; *Morris v. The UK*, 38784/97, од 26.2.2002, у: Legal aid in Europe: minimum requirements under international law, стр. 5.

уживање правне помоћи.⁵⁷

У пракси се под правном помоћи подразумева тек само државно финансирање пружалаца ове услуге економски угроженим слојевима, већ и „пружање релевантних информација о правима појединаца у вези са добијањем правне помоћи, давање савета појединцима о најбољем начину заштите својих права, припрема документације и заступање пред надлежним органом“.⁵⁸ Како би информације о добијању правне помоћи биле доступне онима којима су најпотребније, а који имају проблем да им приступе због отежавајућих околности, службе које пружају правну помоћ могу пласирати штампане приручнике за самопомоћ, односно за информисање лица о њиховим правима за добијање правне помоћи. Ради лакшег приступа релевантним информацијама од стране корисника бесплатне правне помоћи, државни органи могу давати информације путем интернета. Стога је корисно оснивање саветовалишта, која ће правним субјектима пружати опште информације и савете о најбољем начину заштите својих права, укључујући и пружање активне помоћи у припреми документације.⁵⁹

4. Пружаоци бесплатне правне помоћи у пракси Европског суда за људска права

Услуга бесплатне правне помоћи је двосмерна. Осим корисника ове услуге, важни су и они који пружају правну помоћ. Државе имају одређену слободу у вези с начином регулисања овог питања. Услуга пружања правне помоћи регулисана је у упоредном праву земаља чланица Савета Европе на различите начине, од најригиднијих до најлибералнијих. Неки правни системи штите адвокатски монопол, док неки иду у другу крајност и дозвољавају сваком лицу да пружа ову услугу, као и да врши заступање, ако је пословно способно. Неко средње решење подразумева да и неправници могу пружати ове услуге само ако су регистровани и ако то чине организовано. Адвокатска правна помоћ углавном је правило приликом пружања секундарне правне помоћи, при томе не мора бити њихово ексклузивно право, већ је правничка квалификација

⁵⁷ Водинелић, В., „Правна помоћ – у упоредном и нашем праву, сада и убудуће“, стр. 24.

⁵⁸ Wawrzyniak, N., Esposito G., „The independence of lawyers: an essential condition for the protection and promotion of Human Rights and the Rule of Law“, *Human Rights and UK Practice Review*, 2000.

⁵⁹ *Три А за грађане: приступ информацијама, саветима и активної помоћи*, Јуком, Београд, 2013, стр. 9–12.

довољан услов. Стога често само дипломирани правници улазе у круг пружалаца правне помоћи, а негде се тражи и одговарајућа претходна пракса. Међутим, постоје пружаоци правне помоћи и у вандржавном облику, као што су невладине организације, правне клинике и бројна професионална удружења. У појединим правним системима, пружање правне помоћи додељено је и нотарима.⁶⁰ Могућност пружања правне помоћи дата је и студентима права, али је потребно да буду квалификовани и да им то суд одобри или да бар имају дозволу клијента. Један од предуслова јесте да буду укључени у правне клинике при правним факултетима и да имају супервизију професора права или адвоката. Ове услуге обављају се *pro bono*.⁶¹

У већини држава чланица Савета Европе уведен је систем бесплатне правне помоћи у форми правног заступања или давања правних савета. Тенденција пружања ове услуге за правно заступање у кривичним поступцима шири се и на некривичне ствари. Такође, нове чланице Савета Европе, у којима овај систем није био развијен, у последње време тај систем развијају. Главне препреке у приступу суду јесу сложеност, трајање и трошкови поступка, а најчешће управо сложеност и трајање повећавају трошкове поступка.⁶²

Појам правне помоћи може се дефинисати путем радње правне помоћи. Како постоје примарне и секундарне радње правне помоћи, тако ће се правна помоћ делити на примарну и секундарну. Радња примарне правне помоћи дешава се пре почетка самог судског поступка, па не укључује заступање у поступку пред судом. Њена суштина је да корисник правне помоћи добије представу о сопственим правима, као и савете о најбољем начину заштите својих права. Ако је покретање поступка најбољи начин, онда примарна правна помоћ може укључивати и писање поднеска. Секундарна правна помоћ подразумева заступање корисника ове услуге пред судом и предузимање свих потребних процесних радњи.⁶³ Да би се предузело покретање поступка, овлашћење није неопходно. Међутим, израда иницијалних процесних аката од стране пружаоца

⁶⁰ Рељановић, М., „Правна помоћ у земљама Централне и Источне Европе – упоредноправни преглед“, стр. 236–242.

⁶¹ *International Legal Aid & Defender System Development Manual*, National Legal Aid and Defender Association- NLADA, 2010, стр. 25, http://www.nlada.org/Defender/Defender_Publications/International_Manual_2010, приступљено 27.5.2019.

⁶² *European judicial systems, Efficiency and quality of justice, European Commission for the Efficiency of Justice*, Council of Europe, France, 2010.

⁶³ Рељановић, М., „Правна помоћ у земљама Централне и Источне Европе – упоредноправни

жаоца правне помоћи намеће обавезу да за даље процесне активности у тим поступцима пружалац ових услуга мора имати овлашћење.⁶⁴

Пред Европским судом било је могуће покренути питање искључиво секундарне правне помоћи. Једино се она односи на заступање пред судом и предузимање процесних радњи. Орган који даје саветодавна мишљења у пракси Суда не сматра се судом према аутономном значењу,⁶⁵ па би аутоматски примарна правна помоћ била искључена из надлежности Суда.

Имајући у виду то да државе имају одређену слободу у начину регулација питања правне помоћи у свом законодавству, то би могло значити да ће и адвокатски монопол бити у складу с Конвенцијом, уколико га прописује национално законодавство. Али ће Суд узимати у обзир и међународна правна документа, које је тужена држава ратификовала као извор права, с којим мора бити у складу поступање надлежног државног органа.

5. Резиме

Омогућавањем права на бесплатну правну помоћ остварује се право на приступ суду, које представља једну од гаранција правичног суђења.

Европски суд, приликом одлучивања о правичности суђења, па, самим тим, и о праву на бесплатну правну помоћ, узима у обзир и релевантно међународно право.

У међународним документима постоји сагласност да су државе у обавези да омогуће пружање бесплатне правне помоћи, како би се осигурало остваривање права на приступ суду. Међутим, питање пружања бесплатне правне помоћи, као што је, рецимо, обим обавезе државе, финансирање или врсте услуга, не регулишу се детаљније. Норме међународног права не регулишу питање начина пружања бесплатне правне помоћи.

Резолуције и препоруке Савета Европе немају правно обавезујући карактер, али имају важан политички и правни утицај. Суштина наведених докумената јесте у оспособљавању функционалности правосуђа, посебно увођењем мера за уклањање финансијске баријере за грађане који немају довољно средстава да своја права и интересе заштите пред судом или другим државним органом.

преглед“, стр. 255–259.

⁶⁴ Косановић, С., „Пружање правне помоћи“, у: *Заступање и пуномоћство, зборник радова*, Глосариум, Београд, 2009, стр. 181–190.

⁶⁵ *Bentham v. Netherlands*, 8848/80, од 23.10.1985.

Европска конвенција не прописује изричито право на бесплатну правну помоћ у грађанским споровима, али је Европски суд, тумачењем члана б став 1 Конвенције, и ово право уврстио међу гаранције правичног суђења.

Државе имају негативну и позитивну обавезу, које подразумевају да се не омета остваривање права на бесплатну правну помоћ, као и да се уклоне све препреке у његовом остваривању. Притом, државе имају и слободу да изаберу начин регулисања овог права, као и да уведу ограничења по питању категорија корисника и пружалаца бесплатне правне помоћи, уз поштовање одређених критеријума, које је установио Суд. Надлежни орган не сме да одлучује арбитражно о додељивању бесплатне правне помоћи.

Да би поступање државних органа било у складу са Конвенцијом, право на бесплатну правну помоћ мора бити и делотворно, не само теоријско, а Европски суд је у својој пракси државама дао јасне смернице у том смислу.

ЛИТЕРАТУРА

European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Law Initiative, www.legalaidreform.org/european-court-of-hum..., приступљено 12.3.2019.

European judicial systems, Efficiency and quality of justice, European Commission for the Efficiency of Justice, Council of Europe, France, 2010.

International Legal Aid & Defender System Development Manual, National Legal Aid and Defender Association- NLADA, 2010, http://www.nlada.org/Defender/Defender_Publications/International_Manual_2010, приступљено 13.3.2019.

Legal aid in Europe: minimum requirements under international law, Open Society Justice, 2015.

Wawrzyniak, N., Esposito, G., „The independence of lawyers: an essential condition for the protection and promotion of Human Rights and the Rule of Law“, *Human Rights and UK Practice Review*, 2000.

Водинелић, В. „Правна помоћ – у упоредном и нашем праву, сада и убудуће“, у: С. Гајин и аутори, *Правна помоћ*, ЦУПС, Београд, 2007.

Косановић, С., „Пружање правне помоћи“, у: *Заступање и пуномоћство*, зборник радова, Глосариум, Београд, 2009.

Лазивић, М., „Субјекти бесплатне грађанскоправне помоћи у Републици

Србији“, Зборник радова *Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији*, Ниш, 2009.

Лич, Ф., *Обраћање Европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права – Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007.

Миленковић, Ј. С., „Упоредноправна анализа појма спора о грађанским правима и обавезама у пракси Европског суда за људска права и српском законодавству“, *Правна ријеч*, бр. 52/2017, Бања Лука, 2017.

Рељановић, М., „Правна помоћ у земљама Централне и Источне Европе – упоредноправни преглед“, у: С. Гајин и аутори, *Правна помоћ*, ЦУПС, Београд, 2007.

Стратегија развоја система бесплатне правне помоћи у Републици Србији, II, 1. Обавезе РС, „Службени гласник РС“, бр. 74/2010.

Три А за грађане: приступ информацијама, саветима и активној помоћи, Јуком, Београд, 2013.

Чизмић, Ј., „О пружању бесплатне правне помоћи“, *Зборник Правног факултета Ријека*, Вол. 31, Бр. 1, 1991.

Пракса Европског суда за људска права:

Croissant v. Germany, 13611/88, издвојено мишљење судије De Meyer, од 25.9.1992.

Golder v. The United Kingdom, 4451/70, од 21.2.1975.

Airey v. Ireland, 6289/73, од 11.9.1979.

Artico v. Italy, 6694/74, од 13.7.1980.

Goddi v. Italy, 8966/80, од 9.4.1984.

Bentham v. Netherlands, 8848/80, од 23.10.1985.

Aerts v. Belgium, 25257/94, од 30.7.1998.

Morris v. The United Kingdom, 38784/97, од 26.2.2002

Renda Martins v. Portugal, 50085/99, од 10.1.2002.

Bertuzzi v. France, 36378/97, од 13.2.2003.

A. B. v. Slovakia, 41784/98, од 4.3.2003.

Steel and Morris v. The United Kingdom, 68416/01, од 15.2.2005.

Sialkowska v. Poland, 8932/05, од 22.3.2007.

X. v. The Federal Republic of Germany, 9365/81, The Law, од 6.5.1982.
Granos Organicos Nacionales S. A. v. Germany, 19508/07, од 22.3.2012.

Међународни извори:

Закон о ратификацији Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, број 9/03.

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 15/90, и „Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

Конвенција о олакшању међународног приступа судовима, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 4/88.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ“, број 7/71.

Препорука (2000) 21 Комитета министара Савета Европе о слободи обављања адвокатске професије (Recommendation No. R [2000] 21 of Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer), усвојена 25. 10. 2000, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

Препорука Р (81) 7 Комитета министара државама чланицама о мерама које омогућавају приступ суду (Recommendation No. R [81] 7 of the Committee of Ministers to member States on measures facilitating access to justice), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

Препорука Р (93) 1 о ефикасном приступу праву и правди за веома сиромашне (Recommendation No. R [93] 1 of the Committee of ministers to member states on effective access to the law and to justice for the very poor), усвојена 8. 1. 1993, https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/access_to_justice/CM_Rec_93_1.pdf, приступљено 9.3.2019.

Резолуција (78) 8 о правној помоћи и саветовању (Resolution [78] 8 on legal aid and advice), усвојена 2. 3. 1978, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet>

&IntranetImage=596380&SecMode=1&DocId=662254&Usage=2, приступљено 9.3.2019.

Резолуција Комитета министара бр. (76) 5 о правној помоћи у грађанским, привредним и управним поступцима (Resolution [76] 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters), усвојена 18.2.1976, <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=591973&SecMode=1&DocId=653304&Usage=2>, приступљено 9.3.2019.

Универзална декларација о правима човека (1948), у: *Права човека, зборник докумената*, Београд, 1991.

Хашка конвенција о грађанском поступку, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 6/62.

THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN CIVIL DISPUTES IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW

Jelena S. Milenković, PhD, Assistant Professor*

Summary

In the paper the author deals with the issue of the right to free legal aid in civil disputes in the European Court of Human Rights' case law, as part of guaranteeing the right of access to court and the fair trial, then the issue of this right's effectiveness, as well as the issue of its users and providers.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms does not explicitly prescribe free legal aid in civil matters, but the European Court of Human Rights, by interpreting Article 6 § 1 of the Convention, also included this right as a guarantee of a fair trial. Given that the European Court, in addition to the Convention, also takes into account relevant international law, we have also considered the issue of free legal aid in this respect.

The paper analyzes the case law of the European Court of Human Rights in order to establish criteria as guidance for States to effectively grant the right to free legal aid, as well as the limits of freedom left to States to choose how to exercise and restrict this right.

Keywords: *right to free legal aid, case law of the European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*

* Advisor at the State Attorney's Office

Department for Representation of Republic of Serbia before the European Court of Human Rights
jelenasmil@yahoo.com

**ИНСТИТУТ ОДГОВОРНОСТИ ЗА НЕМАТЕРИЈАЛНУ ШТЕТУ,
СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ШТЕТУ НАСТАЛУ
У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ**

Никола Алексић, мастер права*

Апстракт: Циљ овог рада јесте анализа сложености правног феномена одговорности државе за штету, указивање на различите аспекте са којих се овај феномен може посматрати или са којима је у вези, и најзад, упозорење на важност практичне реализације начела одговорности и његове непосредне везе са остварењем начела легалитета.

Научни допринос овог рада огледа се у томе да примјери из босанскохерцеговачког законодавства и судске праксе најбоље показују до каквих штетних последица може да дође уколико се законодавац и судови не руководе чврстим смјерницама у погледу правног режима, у којем треба предвидјети обавезе државе. Допринос овог рада јесте и својеврсно упозорење јавности и законодавцу на недоследности у правном систему, које директно угрожавају успостављање принципа владавине права. Осим теоријског сагледавања, овај рад треба да послужи законодавцу за унапређење постојећег законодавства. Један од далекосежних циљева је хармонизација права Републике Српске и Босне и Херцеговине са правом Европске уније и стандардима Савјета Европе. Такође, не мање важан циљ, јесте изградња владавине права и промјена културног миљеа у властитој средини у правцу поштовања начела легалитета и начела одговорности.

Суштина овог рада била је усмјерена ка циљу да се разјасни сложеност правног феномена одговорности државе за штету, да се укаже на различите аспекте са којих се овај феномен може посматрати или са којима је повезан и, најзад, да се упозори на важност практичне реализације начела одговорности и његове непосредне везе са остварењем начела легалитета.

* Савјетник градоначелника Бањалуке за правне послове.

Кључне ријечи: Република Српска, накнада, штета, одговорност, Закон о облигационим односима, нематеријална штета, штетник, узрок, посљедица.

Увод

На почетку новог миленијума суочавамо се са чињеницом да је досадашња новија историја западноевропске цивилизације обиљежена настојањем да се ограничи моћ државе и прошире слободе грађана. Међутим, парадоксално, цивилизацијски и технолошки напредак људског друштва, који је, с једне стране, праћен успостављањем правних механизма заштите слобода и права грађана, са друге стране довео је, до појаве нових, суптилних и свеобухватних видова њиховог угрожавања. Истовјетно у савременом друштву проширују се и прикривају појаве злоупотребе моћи, упркос томе што се стално прокламује потреба за сузбијањем таквих појава посебно у демократским друштвима.

У располагању својим правима, у данашњим условима, грађанин би могао да буде ограничен само у општем интересу или ако својим вршењем омета остварење права других, којима поредак који је на власти гарантује приоритетну заштиту. У сваком другом случају њему се чини неправда, која може довести до штете у виду губитка у имовини или претрпљених душевних патњи или физичких болова. Када туђа права крши појединац, онда сам правни поредак и државни апарат за обезбјеђење ауторитета тог поретка, који у том циљу располаже средствима принуде, гарантују заштиту правно признатих интереса оштећеног. Међутим, шта урадити у ситуацији када штету причини држава, која је најмоћнији субјекат у друштву и носилац суверенитета?¹

Од средине XIX вијека, у складу са идеолошким постулатима либералног капитализма, почиње да се уобличава у континенталном праву институт вануговорне одговорности државе за штету причињену њеним грађанима. Идеја о одговорности државе могла је да буде преточена у законску норму тек у условима успостављене владавине права, у којима постоји могућност кориговања одлука које доноси држава, односно власт, и институционализована заштита грађана од неправди и арбитрарних одлука државе. Иако кроз историју људског друштва постоје бројни примјери да се у интересу очувања ауторитета централне власти кажњавало за различите злоупотребе власти, ипак су, све до XIX вијека, поданици у односу на носиоце власти и органе управе били у потпуно подређеном положају. Најважнија тековина

¹ М. Миловановић, *Државно право и начела спољне политике Краљевине Србије*, Београд, репринт из 1997. године, стр. 155.

либералне традиције јесте што је онемогућила да се *vis-a-vis* сучеле грађани и држава, при чему је држава добила обавезе да поступа у складу са законом и поштује права и слободе грађана. У савременом добу држава је дужна „да служи“ појединцу, односно грађанину. Овакав темељни идејни пројекат врло брзо је условио ситуацију да се признаје да држава буде тужена за накнаду штете умјесто њених представника или службених лица који су својим противправним радњама штету проузроковали.

Примјери из упоредних законодавстава показују да се при рјешењу конкретних проблема законодавци руководе традицијом и прагматичним разлозима, па тако у англосаксонском правном систему у којем је доскоро постојао имунитет Круне, а одговорност за противправан рад службених лица била искључиво лична, пробија се правило о материјалним обавезама Круне за штете причињене радњама њених представника. У Француској се већ вијековима, кроз уобличен управно-судски механизам контроле законитог поступања управе, одлучује и о накнади штете због које је тужена држава. Њемачки судови су врло рано почели да рјешавају спорове у којима је тужена држава за накнаду штете, али је и данас задржана надлежност редовних судова и примјена општих правних правила грађанског права (уз нека специјална) у таквим ситуацијама. Чак и у законодавствима држава бившег социјалистичког уређења, на примјер у Русији, почиње се у посљедње вријеме све више указивати на потребу обавезивања државе за накнаду штете, када је штета причињена противуставним и незаконитим радњама државних органа.

Током досадашњег развоја људског друштва постало је очигледно да човјек, који је измислио правни систем ради заштите одређених друштвених односа и интереса, како појединачних тако и општих, данас још увијек не располаже одговарајућим средствима ради заштите своје сопствене личности. Због одступања стања у пракси у односу на прокламоване правне стандарде (до којих долази из различитих разлога), грађанин мора рачунати с тим да ће понекад тешко остварити сатисфакцију у случају када његова права повриједи други појединац. У ситуацији када акте којима се угрожавају његова права и слободе и причињава штета чине државни органи, грађанин готово да је беспомоћан. Показује се да ни ранија, као ни савремена друштва (већина њих претендују да буду демократска) нису пронашла потпуно рјешење овог проблема. Отуда је константна актуелност питања – треба ли држава да буде одговорна за штете причињене њеним грађанима? Питање које се такође поставља, а у вези је са рјешењем претходног, јесте на који начин и у којим ситуацијама треба држава да одговара, те да ли држава, као финансијски најмоћнији субјекат треба да преузме обавезу нак-

наде оних штета које трпе њени грађани, иако не би могла да буде сматрана одговорном по општим правилима грађанског права.

Ограничење апсолутне неодговорности државе јесте наметање обавезе њеним органима да дјелују у правом задатим оквирима и поштују принцип владавине права (*rule of law*). Строго подвргавање државе праву и његовим обавезама у тзв. правној држави прекретница је и у формулисању одговорности државе за штету.² Оваква околност била је од пресудног значаја и за учвршћивање личних права грађана, што је утолико важније, јер савремена држава преузима на себе обављање бројних послова у јавном интересу, лишених елемената ауторитарности. Нажалост, људска права су дефанзивно средство заштите поданика у односу према политичкој власти.³ Примјери из свјетске политичке историје (нарочито током XX вијека) показују да је, и на међународноправном, као и на нивоу националних законодавстава, прокламовани приоритет заштите људских права често „мртво слово на папиру“. Чак, право јачег и огољени видови кршења тих прокламованих принципа често се прикривају испразним реторичким позивањем управо на потребу заштите људских права. У околностима, у којима се показује да се механизми заштите људских права на међународном нивоу селективно и неправедно примјењују, требало би на националном нивоу успоставити одговарајуће механизме заштите права појединца. А то значи, не само прописати, него и обезбиједити услове за остваривање минималног (егзистенцијалног) нивоа заштите права сваког појединца. То је могуће остварити једино уколико се правној одговорности подвргну сви друштвени субјекти, а прије свега држава као организација.

У том контексту је и потреба да се елаборирају основна обиљежја правних инструмената нематеријалне штете настале у току трагичних сукоба у Босни и Херцеговини.

Правна одговорност државе за нематеријалну штету

Правна одговорност државе је најважнији институт цијелог правног система и битан елемент права који осигурава његово дејство. Зато, правна одговорност заузима централно мјесто у општој теорији права. Важан дио те одговорности је одговорност за штету проузроковану ра-

² И. Крбек, *Одговорност државе за штету*, Загреб, 1954, стр. 155.

³ Н. Тинчић, „Социјална правда (од идеје, идеологије и теорије до праксе) у појединим државама и на међународној разини“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3–4 (1983), стр. 248.

дом државних органа. Пошто је субјекат одговорности држава, а не неко друго правно лице, одговорност државе за штету регулише се комбиновањем правила неколико грана права: уставног, управног и грађанског (одштетног). Показује се да правила грађанског права нису довољна да би се регулисала одговорност државе за штету, која садржи и одређене јавноправне елементе. Тако, у ствари, при одговорности државе за штету говоримо о тзв. граничном подручју различитих грана права. Међутим, у односу на основне предмете тих грана права, одговорност државе за штету је маргиналан проблем. Зато и ово питање, као и већина других, тзв. граничних правних подручја (нпр. прекршаји, приватна кривична тужба, остварење приватног захтјева за накнаду штете у кривичном поступку), упркос својој актуелности, није потпуно теоријски истражено.

Када говоримо о одговорности за штету налазимо се на „терену“ грађанског тзв. одштетног права. Упоредо са развојем друштва, изграђивала се и проширивала грађанскоправна одговорност, пролазећи пут од одговорности по основу кривице (тзв. *culpa* принцип) до одговорности за опасне ствари или опасне дјелатности (тзв. одговорност по основу проузроковања штете или објективна одговорност). У савременом друштву, које се суочава са опасношћу од појава штета великих размјера (нпр. индустријских, еколошких, штета од злоупотреба информација пренесених преко компјутерских мрежа и система телекомуникација и слично), све више се посеже за установом осигурања како би се створиле претпоставке за брже и дјелотворније поправљање штетних посљедица, без обзира на одговорност штетника. Тако се, на извјестан начин, превазилази традиционални концепт имовинске одговорности, као тековине либерално-капиталистичког друштва у којем не постоје одговарајуће претпоставке за успостављање ефикасне заштите права личности. У те противрјечности мора се уклопити и питање одговорности државе за штету, будући да свакако, једним дијелом, спада у област грађанског права.

Регулисање одговорности државе за штету непосредно зависи од тенденција у развоју управе. Савремени управни систем данас је незамислив без правне државе која, поред осталог, обезбјеђује законитост управних одлука. Од носилаца власти, управа треба постепено да постане вршилац „јавне службе“ и субјекат који пружа одговарајуће услуге грађанима.⁴ У таквом систему држава мора да прихвати властиту одго-

⁴ С. Лилић, „Полазни основи структуралне трансформације управног система“, *Правни живот*, бр. 1–2 (1991), стр. 122.

ворност за рад својих органа (нарочито органа управе) и обавезу да сноси посљедице (политичке и/или материјалне) за пропусте у њиховом раду. Она мора да одговара и за рад других јавноправних тијела или недржавних организација којима је препустила обављање одређених послова са ауторитативним елементима (тзв. јавна или државна овлашћења).

И у стројној и у домаћој литератури о одговорности државе за штету говори се углавном у уџбеницима и коментарима закона из области управног права.⁵

У приступу изабраној теми треба помирити два опречна аспекта: јавноправни и грађанскоправни, при чему сваки од њих, прихваћен као искључив, има својих недостатака. Истицање јавноправне, односно управноправне посебности одговорности државе за штету доводи до тешкоћа, јер се не може са сигурношћу одредити када држава одговара исто као и друга правна лица (нпр. за опасне ствари у њеном власништву, за предузете опасне дјелатности или за поступке својих службеника и слично), а у којим ситуацијама држава одговара као специфичан субјект, те је зато и њена одговорност уређена модификацијом општих правила. С друге стране, искључиво цивилистички, односно грађанскоправни приступ не може сасвим тачно да изрази узајамна права и обавезе државе (као носиоца јавне власти) и оштећеног појединца поводом проузроковања штете.

Околности живота у условима глобализације, односно постиндустријског капитализма отежавају поређење садашњег стања са правним институтом одговорности за штету, који се у својој класичној форми развијао у либералном капитализму и одговарао таквим друштвеним потребама. Зато се, када говоримо о одговорности државе, суочавамо са проблемом, а то је да савремене државе преносе дио свог суверенитета на међународне организације и тијела, пред којима се, под одређеним условима, може покренути питање њихове одговорности за кршење људских права и прихваћених обавеза, што понекад доводи и до успостављања обавезе накнаде штете. Међутим, у државама у којима дуго времена није било услова за успостављање

⁵ У систему Социјалистичке Федеративне Републике Југославије одговорност државе за штету била је предмет цјеловите упоредноправне студије Иве Крбека из 1954. године, истоименог назива, и докторске дисертације Драгише Денковића из 1957. године, која се односила на вршење службе и одговорност за штету проузроковану грађанима, као и магистарског рада Зорана Томића под насловом „Одговорност друштвено-политичке заједнице за штету проузроковану приликом јавних манифестација (у праву СФРЈ)“, одбрањеног на Правном факултету у Београду, 1982. године. Ови аутори дали су значајан научни допринос разјашњењу правног института одговорности државе за штету, али упркос томе и даље постоји потреба да се постојећа сазнања употпуне и актуелизују, нарочито ако се узме у обзир постојеће стање у правном систему и започете друштвене промјене у Републици Српској и Босни и Херцеговини.

демократских односа, међу којима је и Босна и Херцеговина, питање одговорности државе за штете које трпе њени грађани још увијек је веома актуелно и важно, јер је непосредно повезано са успостављањем владавине права, тј. са подвргавањем државе правној одговорности.⁶

Одговорност Републике Српске за нематеријалну штету насталу током оружаног сукоба у Босни и Херцеговини

Основне карактеристике правног и емпиријског стања у регулисању и остваривању одговорности за нематеријалну штету насталу током оружаног сукоба у Босни и Херцеговини посматраћемо кроз облигационоправну регулативу и судску праксу.

С тим у вези, члан 376, став 1 Закона о облигационим односима прописује да потраживање накнаде узроковане штете застаријева за три године, од дана када је оштећеник дознао за штету и особу која је штету учинила. У ставу 2. истог члана речено је да: „У сваком случају ово потраживање застаријева за пет година од дана када је штета настала“, док је у ставу 3. истакнуто да потраживање накнаде штете настале повредом уговорне обавезе застаријева за вријеме одређено за застару те обавезе.

Према прописима овог члана, за застару потраживања накнаде штете постоје три застарна рока. Први, посебни, субјективни рок од три године, почиње тећи од тренутка субјективног сазнања оштећеника за одређене правно релевантне чињенице, а то су тренутак сазнања за штету и особу која је штету учинила. Други, општи објективни застарни рок од пет година почиње тећи од тренутка када је штета настала, у којем апсолутном року потраживање накнаде штете застаријева у сваком случају, а што значи и онда када би оштећени тек након њезина протека сазнао за особу која је ту штету учинила. Уколико би оштећени сазнао за штету и особу која је штету учинила, прије протека овог општег петогодишњег рока застаре, могло би доћи до застоја или прекида застаријевања, ако за то постоје законом предвиђени услови. Трећи застарни рок се, за разлику од два претходно наведена рока застаре потраживања накнаде штете узроковане вануговорном деликтном радњом, односи на застару потраживања накнаде штете, која је настала „повредом уговор-

⁶ Република Српска, према општим правилима облигационог права, није одговорна за накнаду нематеријалне штете коју тужитељи заснивају на члану 377, а у вези са члановима 173. и 174. Закона о облигационим односима, („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и „Службени гласник РС“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04).

не обавезе“, односно, правилније речено, повредом сваке већ постојеће обавезе, а потраживање застаријева „за вријеме одређено за застару те обавезе“, па ако је нпр. штета настала због повреде неког уговора о промету робе и услуга између правних особа, тада таква потраживања застаријевају у року од три године, а ако би се радило о повреди уговора за испоручену електричну или топлотну енергију, тада ће потраживање накнаде штете застарити у року од једне године.

Даље је, у вези са почецима токова рокова застаре, потребно имати у виду и оно што прописује члан 361, гдје Закон о облигационим односима износи правило да „застаријевање почиње тећи првог дана послје дана када је повјерилац имао право захтијевати испуњење обавезе, ако законом за поједине случајеве није нешто друго прописано“. Сматрамо да изузетак постоји управо у овдашњем члану 376, по којем трогодишњи застарни рок за захтјев за накнаду штете почиње тећи или одмах други дан након настанка штете, ако је оштећеник већ тада дознао за штету и за особу која је штету учинила, или ако оштећеник није сазнао за дан настанка штете и особу која је штету учинила, тада трогодишњи рок застаре почиње тећи други дан након дана када оштећеник сазна за штету и за особу која је штету учинила, или уколико дан сазнања за штету и за особу која је штету учинила није исти, тада овај рок застаре почиње тећи првог дана након дана у којем је оштећеник накнадно, касније сазнао за једно од њих, као нпр. када је оштећеник за настанак штете сазнао 1. 6, а за особу која је штету учинила 8. 6, тада ће застарни рок почети тећи други дан након дана сазнања за особу која је штету учинила, тј. 9. 6. Чланом 77, став 1 Закона о облигационим односима прописано је да рок одређен у данима почиње тећи првог дана послје догађаја од кога се рок рачуна, а завршава се истеком посљедњег дана рока, док је ставом два истог члана прописано да се рок одређен у недјељама, мјесецима или годинама завршава оног дана који се по имену и броју поклапа са даном настанка догађаја од којег рок почиње да тече, а ако таквог дана нема у посљедњем мјесецу, крај рока пада на посљедњи дан тог мјесеца.⁷

С обзиром на то да Закон о облигационим односима предвиђа да потраживање накнаде узроковане штете застаријева за три године „од дана када је оштећеник сазнао“ за штету и за особу која је штету учинила, произлази да се не узима у обзир и није правно релевантно да ли је оштећени могао за то сазнати да је употребио потребну пажњу. Ако је у питању застара потраживања накнаде штете настале повредом неке постојеће

⁷ Члан 77 ЗОО.

обавезе (став 3), тада застара оваквог потраживања почиње тећи други дан након дана у којем је дужник требао приступити испуњењу своје постојеће обавезе и након што је оштећени повјерилац сазнао за штету.

Међутим, ако се за штету одговара по принципу објективне одговорности без обзира на кривицу или по принципу пресумиране, претпостављене одговорности за другог, тада потраживања накнаде штете почињу застаријевати тек након што је оштећени сазнао за ону особу која је одговорна за тако узроковане штете, а не након сазнања за фактичког учиниоца штете.⁸

Законом о облигационим односима, у члану 376, садржани прописи о застари потраживања накнаде штете имају општи карактер и примјењују се у свим случајевима потраживања накнаде штете, осим у онима за које овај или неки други закон предвиђа неки други посебан рок застаре потраживања накнаде штете. Тако, наш Закон о облигационим односима посебно вријеме застаре потраживања накнаде штете предвиђа у идућем члану 377 и то за потраживања накнаде штете узроковане кривичним дјелом.

Закон о облигационим односима у члану 377, став 1 прописује да када је штета узрокована кривичним дјелом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застаре, захтјев за накнаду штете према одговорној особи застаријева кад истекне вријеме одређено за застару кривичног гоњења. Ставом 2 истог члана одређено је да прекид застаријевања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид застаријевања захтјева за накнаду штете, док је ставом 3. прописано да исто вриједи и за застој застаријевања.

Законом о облигационим односима предвиђена је могућност трајања посебно дужег времена застаре, преко оног општег, апсолутног рока застаре у трајању од пет година који се за застару потраживања предвиђа у члану 371. Наиме, према ставу 1. захтјев за накнаду штете која је узрокована кривичним дјелом застаријева тек истеком времена које је одређено за застару кривичног гоњења и у случају када је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застаре од оног за застару потраживања накнаде штете из претходног члана 376.

Сматрамо да прекид и застој застаријевања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид и застој застаријевања захтјева за накнаду штете (ставови 2 и 3), уз примједбу да се у случају примјене прописа овдашњег члана 377 могу узимати у обзир и они разлози застоја и прекида застаријевања које предвиђа овај закон, а који нису предвиђени у

⁸ Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, стр. 1324.

Кривичном закону.

Накнада штете узроковане кривичним дјелом може се остварити како истицањем одштетног захтјева у кривичном поступку, тако и подношењем редовне грађанске тужбе, при чему оба правна средства доводе до прекида застаријевања.⁹

Законом о облигационим односима, у члану 389, став 1, нормирано је да прекид застаријевања извршен подизањем тужбе или којом другом повјериочевој радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом у циљу утврђивања, обезбјеђења или остварења потраживања, није наступио ако повјерилац одустане од тужбе или радње коју је предузео, док се у ставу 2. сматра да није било прекида ако повјериочева тужба или захтјев буде одбачен или одбијен, или ако издејствована или предузета мјера извршења или обезбјеђења буде поништена. Визнер сматра да у случају да је кривични поступак довршен пресудом којом се оптужба одбија и оштећени упућује на редовну парницу ради остваривања свог имовинскоправног потраживања, узима се да је дошло до условног прекида застаријевања, тј. под условом да оштећени у року од три мјесеца по правоснажности одлуке кривичног суда поднесе редовну грађанску тужбу. Ово произлази из прописа става 1, члана 390 Закона о облигационим односима, гдје се, говорећи о прекиду застаријевања ради одбацивања повјериоачеве тужбе због ненадлежности суда или којег другог узрока који се не тиче суштине ствари, наводи да ће се подношење оне прве тужбе сматрати разлогом прекида застаријевања само уколико повјерилац поднесе нову тужбу у року од три мјесеца од дана правоснажности одлуке о одбацивању тужбе, да се с тим у вези у ставу 2. наставља: „Исто вриједи и за позивање у заштиту...“, а нема дилеме да се под оваквим позивањем у заштиту подразумијева и истицање имовинскоправног захтјева у кривичном поступку.¹⁰

Ако би окривљени био ослобођен од оптужбе правоснажном пресудом кривичног суда, јер се није могло доказати ни да је починио конкретно кривично дјело, нити да је дјело због којег се оптужује кривично дјело, тада не долази до примјене члана 377, него члана 376 и оштећени ће накнаду штете моћи захтијевати редовном тужбом у праничном поступку у року од три године од када је сазнао за штету и за особу која је штету учинила.

Можемо закључити да рокови застарјевања за накнаду штете узроковане

⁹ Члан 388. ЗОО.

¹⁰ Б. Визнер, *op. cit.*, стр. 1326.

кривичним дјелом нису неки посебно застарни рокови предвиђени по закону, већ се као такви сматрају посебни рокови застаре који су предвиђени по Кривичном законнику у погледу застаре кривичног гоњења, а пропис члана 377 само упућује на те рокове Кривичног законика, како се на оваква потраживања не би примијенили застарни рокови из члана 376, који се, иначе, примјењују на потраживања накнаде штете.

За разлику од раније изнесеног, а које се односи на члан 376, како у случају одговорности за штету по принципу узрочности или по принципу претпостављене одговорности за другога, рокови за потраживање накнаде штете почињу тећи тек након што оштећени сазна за особу која је одговорна за тако узроковану штету, а не за фактичког починиоца штете, прописи из члана 377 могу се примијенити само према учиниоцу кривичног дјела, а не и према оној трећој особи која, иначе, одговара за штету умјесто фактичког учиниоца кривичног дјела, па се на ову посљедњу може примијенити само пропис члана 376.¹¹ Уколико би, према томе, дошло до заједничке одговорности за узроковану штету, тада би се према починиоцу кривичног дјела примјењивао пропис члана 377, а према оној трећој особи прописи члана 376.¹²

Како су се током поступака по тужби тужилаца против Републике Српске, ради накнаде штете, на околности утврђења да ли је наступила застара потраживања накнаде нематеријалне штете, тужиоци позвали на примјену одредбе члана 377 Закона о облигационим односима, првостепени судови у Републици Српској закључили су да нема мјеста примјени ове законске одредбе, из разлога што тужиоци, нити један од неколико десетина хиљада, нису доказали да је за почињење кривичног дјела „ратног злочина“, којим је њима нанесена нематеријална штета, правоснажно осуђено одређено физичко лице, као починилац тог дјела, а да су тужиоци пресудом означени као оштећена лица, јер би у том слу-

¹¹ Т. Бундало, „Институт застарјелости у пракси Окружног суда Бања Лука“, <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2009/68-1112banja-luka-aktuelna-pitanja-iz-prakse-na-podrucjuokrsudabl/103-materijal-bundalo-t/file>, стр. 5.

¹² У парницама против Републике Српске спорно је да ли је тужбени захтјев тужилаца основан, односно да ли је наступила застарјелост потраживања накнаде нематеријалне штете. Одлучујући о приговору застаре потраживања, истакнутог од стране Правобранилаштва Републике Српске, првостепени судови су, позивајући се на одредбе чланова 360, 376 и 383 Закона о облигационим односима, те Одлуку Народне скупштине Републике Српске, број: 02-732/96 од 19. 6. 1996. године, која је истог дана ступила на правну снагу и којим је укинута ратно стање и непосредна ратна опасност дана 19. 6. 1996. године, исти уважили. Ово из разлога што су тужбе, у овим правним стварима, подношене током 2007. и 2008. године, из чега произлази, да је истекао, како трогодишњи тако и петогодишњи рок, за подношење захтјева за накнаду нематеријалне штете.

чају, суд био везан таквом кривичном пресудом, у складу са одредбом члана 12, став 3 Закона о парничном поступку.

Напомињемо да Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, која се директно примјењује у Босни и Херцеговини, као и Устав БиХ и Устав Републике Српске¹³, не искључују примјену законских одредби, тј. одредби Закона о облигационим односима, које се примјењују у конкретном случају, те да су тужиоци својим пасивним држањем, кроз прописани временски период из члана 376 поменутог закона, изгубили право на судску заштиту. Позивање тужилаца на Женевску конвенцију о поступању са ратним заробљеницима, те Кривични закон бивше СФРЈ¹⁴ и Кривични закон БиХ¹⁵, којим је прописано да кривична дјела против човјечности и кривично дјело геноцида не застаријевају, те да се у овим случајевима треба примијенити одредба члана 377 Закона о облигационим односима, неосновано је.

Тачно је да је поменутом конвенцијом, Кривичним законом бивше СФРЈ и Кривичним законом БиХ, прописано да кривична дјела „ратног злочина“ и кривично дјело „геноцида“, не застаријевају, а самим тим, ни накнада штете, која је настала извршењем тих дјела. Међутим, Европска конвенција о заштити људских права и слобода, Устав БиХ, те устави ентитета, не искључују примјену, нити једног закона, који се односи и који је донесен, како у БиХ, тако и у Федерацији БиХ и Републици Српској, па са тим у вези, није искључена ни примјена Закона о облигационим односима, као прописа који се у конкретной ситуацији треба примијенити.

Одредбом члана 377, став 1 Закона о облигационим односима, прописано је, када је штета проузрокована кривичним дјелом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарјелости, захтјев за накнаду штете, према одговорном лицу, застаријева када истакне вријеме одређено за застарјелост кривичног гоњења, ставом 2 истог члана, прописано је, да прекид застаријевања кривичног гоњења, повлачи за собом, прекид застаријевања захтјева за накнаду штете, док је ставом 3 истог члана, прописано, да исто важи и за застој застаријевања.

У конкретним случајевима, да би било мјеста примјени наведене

¹³ Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број: 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11)

¹⁴ Кривични закон СФРЈ („Службени лист СФРЈ“, број: 44/76).

¹⁵ Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број: 73/03, 54/04, 61/04 и 30/50).

законске одредбе, потребно је да за кривично дјело, којим је узрокована штета тужиоцима, постоји правоснажна кривична пресуда, што међутим овдје није случај. Такође, суд је ову одредбу могао примијенити само у случају да су тужиоци поднијели тужбе против непосредног извршиоца кривичног дјела и да је то лице правоснажном пресудом оглашен кривим за кривично дјело које је у узрочној вези са насталом штетом. Међутим, тужиоци накнаду штете потражују од Републике Српске, што указује да нема мјеста примјени члана 377 Закона о облигационим односима. Стога се тужиоци неосновано позивају на одлуку Уставног суда БиХ, број: АП 562/05 од 14. 3. 2006. године¹⁶, обзиром на то да је наведеном одлуком речено (страна 8) да институт застарје треба позитивно да утиче против немарности у остваривању права. Да би тужиоци остварили своја права на судску заштиту, морали су у законским роковима, предвиђеним за подношење овог вида захтјева за накнаду штете, поднијети тужбу, а што у овим конкретним случајевима, тужиоци, нису учинили, већ су, искључиво, својим пасивним држањем, пропустили како субјективни тако и објективни рок.

Одредбом члана 376, став 1 Закона о облигационим односима прописано је да потраживање накнаде проузроковане штете застаријева за три године, од када је оштећени дознао за штету и за лице које је штету учинило, док је ставом 2 истог члана прописано да, у сваком случају, ово потраживање застаријева за пет година од када је штета настала. Такође, чланом 383 истог закона, прописано је, да застаријевање не тече, за све вријеме за које повјериоцу није било могуће, због несавладивих препрека, да судским путем захтјева испуњење обавезе.¹⁷

Анализа актуелне судске праксе

Када је у питању одговорност Републике Српске за накнаду нематеријалне штете насталу током оружаног сукоба у Босни и Херцеговини,

¹⁶ Одлука Уставног суда БиХ, број: АП-562/05 од 14. 3. 2006. године.

¹⁷ У то вријеме Предсједништво Српског народа у БиХ је, Одлуком број 03/11/92, прогласило непосредну ратну опасност, а потом и ратно стање, које је укинута Одлуком Народне скупштине Републике Српске, објављеном у „Службеном гласнику Републике Српске“, број: 15/96, а која је ступила на снагу 19. 6. 1996. године и од тада се не може сматрати да су, у смислу одредби члана 383 Закона о облигационим односима, постојали оправдани разлози за пропуштање тужилаца да се обрате надлежном суду са захтјевом за накнаду нематеријалне штете. Имајући у виду, наведену одредбу Закона о облигационим односима, дошло је до застоја тока застарјелости до 19. 6. 1996. године и од тога дана почео је тећи рок застарјелости од три године и рок застарјелости од пет година, прописан одредбом члана 376, ставови 1 и . Закона о облигационим односима.

судска пракса у Републици Српској заузела је јасан и јединствен став. Република Српска одговара по принципу објективне одговорности, у складу са чланом 174, а у вези са чланом 173 Закона о облигационим односима.¹⁸

Привилеговани рок застарјелости из члана 377, став 1 Закона о облигационим односима може се примијенити само према учиниоцу кривичног дјела, а не и према лицу које одговара по правилима одговорности за другога. Овдје ваља напоменути да се застарјелост захтјева за накнаду штете из основа одговорности правног лица за штету коју су проузроковали његови органи у вршењу или у вези са вршењем својих функција оцјењује према правилима материјалног права садржаних у одредбама члана 376. Закона о облигационим односима.

Како према одредби члана 360, став 1 Закона о облигационим односима, застарјелошћу престаје право захтијевања испуњења обавезе, а приговор застарјелости је приговор материјалноправне природе, од којег зависи основаност тужбеног захтјева, произлази да су пресуде које доносе судови у Републици Српској донесене правилном примјеном материјалног права.

Пред првостепеним судовима у Федерацији Босне и Херцеговине тужбени захтјеви су се, углавном, усвајали и то примјеном члана 377 Закона о облигационим односима. Судови свој став образлажу на начин да је штета која тужитељи потражују настала извршењем кривичних дјела из групе кривичних дјела против човјечности и међународног права, а која се односе на повреду Женевске конвенције о поступању са грађанским особама за вријеме рата.¹⁹

¹⁸ У одређеном броју предмета тужиоци се позивају на пресуду Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-К-06-000 005, којом су Жељко Булатовић звани Булат, Сениша Теодоровић и Зоран Гајић оглашени кривим што су као припадници војне полиције Првог крајишког корпуса Војске Републике Српске поступали противно одредбама IV Женевске конвенције о заштити грађанских лица и Допунског Протокола уз Женевску конвенцију, те тиме починили дјело ратног злочина против цивилног становништва из члана 142, став 1, у вези са чланом 22 Кривичног закона Републике Српске и пресуду Хашког трибунала број IT-99-36-9, којом је Радослав Брђанин осуђен због кривичног дјела ратног злочина. Сматрам да, без обзира на то што су лица која су наведена у пресудама оглашена кривим за злочин против човјечности, тужиоци у овим парницама нису поднијели тужбу против истих лица која одговарају по принципу индивидуалне одговорности, већ против Републике Српске.

¹⁹ Такође, истичу да је за почињење тих дјела донесена осуђујућа пресуда за Момчила Крајишника, те пошто за кривично гоњење за та дјела нема застаре, на тужитеље се има примијенити члан 377 Закона о облигационим односима, што имплицира да нису застарјела права тужитеља да потражују штету насталу њиховим „заробљавањем, нехуманим третманом у затворима под контролом ВРС...“. Горепоменути став је и супротан ставу Уставног суда БиХ, који је исти изнио у својој Одлуци о допуствости и меритуму број АП-3111/09 од 23. 9. 2013. године (Хамза Рекић

На пресуде основних судова у Федерацији БиХ, а којима се усвајају захтјеви тужитеља за накнаду штете, Правобранилаштво Републике Српске уложило је жалбе, а поступци су се завршавали тако што су жалбе Правобранилаштва усвајане, а пресуде основних судова преиначаване и тужбени захтјеви одбијани као неосновани.

Образложења пресуда кантоналних судова су идентична и сва вијећа су сагласна да се у конкретним поступцима има примјенити члан 376, а не члан 377 Закона о облигационим односима.

Овакву праксу започео је кантонални суд у Новом Травнику²⁰. Први је донио пресуду којом се жалба тужене Републике Српске усваја и пресуда Опћинског суда у Бугојну²¹ преиначава, тако што се тужбени захтјев одбија као неоснован.

Закључак

Савремена држава која на себе преузима старање о заштити права и слобода човјека у обавези је да се подреди начелу одговорности. Али, оваква „одговорност“ државе није реална појава, већ обавеза у фигуративном смислу. „Одговорност“ државе везује се за кршење обавеза које имају државни органи или службена лица, а то су свакако поштовање закона и правила службе. Та „одговорност“, у суштини, није ништа друго него прихватање имовинске обавезе умјесто штетника, који је у посебној вези са државом.

Историјски посматран, развој грађанског и управног права довео је до појаве да нема јединственог приступа регулисању одговорности државе за штету. У мноштву разлика које постоје између англосаксонског и континенталног правног система, оно што је заједничко јесте то да се генерално признаје могућност да се из државне имовине може накнадити штета коју грађани трпе противправним радњама службених лица, штете причињене опасним стварима у власништву државе или вршењем опасних дјелатности коју организују државни органи или јавноправна тијела.

Одговорност државе у основи означава чињеницу да се накнада штете исплаћује из државне имовине. Приликом одлучивања, на који

против Републике Српске), у којој се на јасан и недвосмислен начин истиче да се у оваквим и сличним предметима има примјенити члан 376, а не члан 377 Закона о облигационим односима.

²⁰ Пресуда Кантоналног суда у Новом Травнику, број: 46 0 П 041751 14 Гж од 11. 3. 2015. године.

²¹ Пресуда Опћинског суда у Бугојну, број: 46 0 П 041751 13 П од 19. 2. 2014. године.

начин ће законодавац приступити регулисању ове обавезе, исти се, најчешће, руководи вијековима старим и добро уобличеним грађанскоправним моделом накнаде штете или једним квазиграђанским правним моделом који се остварује кроз режим управног права.

Грађанско законодавство које се примјењује у Републици Српској и Босни и Херцеговини гарантује оптимум права на накнаду штете, како материјалне тако и нематеријалне. Законодавство Републике Српске, у погледу права на накнаду нематеријалне штете, напредније је у односу на законодавства неких европских земаља у којима су грађанске кодификације донесене крајем XIX или почетком XX вијека. У правном систему Републике Српске уставним одредбама, грађанским и управним законодавством регулисане су ситуације у којима су држава и јединице локалне самоуправе одговорни за штету коју грађанима учине запослени својим незаконитим или неправилним поступањем у служби. Осим ове, тзв. одговорности за другога, држава и други јавноправни органи одговарају и за штету учињену опасном ствари коју посједују или опасном дјелатношћу коју организују по општим правилима облигационог права. У погледу оба критеријума заснивања одговорности већ су јасно уобличени ставови судске праксе. Међутим, основни проблем који се уочава није везан за недостатке законодавства (иако их има), нити за ситуације у којима држава по општим правилима одговара као послодавац или власник опасне ствари, односно организатор опасне дјелатности, већ за случајеве у којима су судови покушали да примјеном општих правила ријеше новонастале животне проблеме.

У настојању да се по сваку цијену отклоне посљедице штета које трпе грађани, судови су прибјегавали примјени општих правила, процјењујући одговорност државе, иако се радило о ванредним ситуацијама као што је био рат на територији Босне и Херцеговине. Притом није успостављен уравнотежен однос, већ пријети да изазове неправду, јер су се оштећени грађани нашли у неједнаком положају, а држава није у стању да благовремено испоштује обавезе наметнуте судским одлукама. Томе је највише погодовала инертност законодавца, који, и поред велике потребе, није донио специјални пропис којим би правовремено и на одговарајући начин регулисао право грађана на јавно обештећење у ванредним ситуацијама.

Примјери из законодавства Републике Српске и судске праксе показују до каквих штетних посљедица може доћи уколико се законодавац и судови не руководе чврстим смјерницама у погледу правног режима у коме треба предвидјети имовинске обавезе државе.

Јасно је да се одговорност државе јавља као тековина правне државе. Такође је очигледно да је та одговорност, за разлику од раније суверене неодговорности, постала општеприхваћено правило.

THE LIABILITIES OF THE REPUBLIC OF SRPSKA FOR INTANGIBLE DAMAGE INCURRED DURING THE ARMED CONFLICT IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Nikola Aleksić, LL.M.*

Summary

The goal of this research is to explain the complexity of the legal phenomenon of state liability in damages, to point to various aspects from which this phenomenon may be perceived, or to which it is connected, and, finally, to warn about the significance of practical implementation of liability principle and its direct connection to the implementation of legality principle.

A scientific contribution of this paper is reflected in the examples from the laws of Bosnia and Herzegovina that, in the best possible way, showcase the consequences of the law-maker and courts not abiding by the legal regime which should foresee the state liabilities. The importance of this paper also lies in its power to warn both the public and the law maker itself of legal system inconsistencies, which directly threatens the establishment of the rule of law principles in our legal system and society in general. Apart from providing a theoretical explanation, this paper should also serve as a guideline to the law maker, concerning the enhancement of legislation in general. One of the far-reaching goals is certainly the harmonization of the RS and BiH law with the EU law and the Council of Europe standards. The second, equally important and still difficult to reach goal, is the establishment of the rule of law and changes in people's mindsets towards the respect of legality and responsibility principles.

Key words: Republic of Srpska, compensation, damage, liability, Law of Obligations, intangible damages, damaged party, cause, consequence.

* Advisor to the Mayor of Banja Luka for Legal Affairs

FORMA UGOVORA O OSIGURANJU IMOVINE

Doc. dr Belma Bajrić*

***Apstrakt:** U radu su predstavljena postojeća zakonska rješenja u pogledu propisane stroge forme ugovora o osiguranju imovine, kako ona koja opravdavaju njeno reguliranje, tako i ona koja ostavljaju zakonodavcu mogućnost za usvajanjem modernijih i u današnjim prilikama prihvatljivijih rješenja, oslobađanjem ugovora o osiguranju imovine „krute“ zakonske forme koja usporava njegovo zaključenje. Da je uvođenje neformalnosti ugovora o osiguranju imovine prirodni slijed budućih zakonodavnih zahvata ukazuju i pojedine odredbe Zakona o obligacionim odnosima, koje već sada omogućavaju nekoliko različitih modaliteta zaključivanja ugovora o osiguranju imovine, kao i odredbe Zakona o elektroničkom potpisu Bosne i Hercegovine, Zakona o elektroničkom poslovnom i pravnom prometu i Zakona o elektroničkom dokumentu, koje dozvoljavaju zaključivanje ugovora elektroničkim putem.*

***Ključne riječi:** forma ugovora o osiguranju imovine, načini zaključivanja ugovora o osiguranju imovine.*

1. Uvod

Današnje prilike ukazuju na to da je stroga zakonska forma ugovora o osiguranju imovine predviđena Zakonom o obligacionim odnosima¹ prevažidena, jer usporava brzinu njegovog zaključivanja. Za ugovor o osiguranju imovine trebalo bi da bude propisana *forma ad probationem*, jer se ugovor o osiguranju imovine može zaključivati na više načina (prešutno sklapanje ugovora zbog neodbijanja ponude, plaćanje premije – slučaj kada se priznaje

* Dr sc. Belma Bajrić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću.

¹ Zakon o obligacionim odnosima, „Službene novine Federacije BiH“, br. 29/03. i 42/11. i „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96. i 74/04. (u daljem tekstu: ZOO).

osiguranje bez police ili prešutno zaključenje ugovora o osiguranju imovine kod dugoročnog osiguranja – produženje ranije zaključenog), pri čemu izdavanje police osiguranja ne bi bio bitan uvjet nastanka ugovora, nego bi imalo za svrhu osiguranje pisanog dokaza o sklopljenom osiguranju. Ublaženost krutosti stroge forme ugovora o osiguranju imovine predviđena postojećim odredbama ZOO-a može se nadograditi i odredbama drugih propisa modernijeg doba (Zakona o elektroničkom potpisu Bosne i Hercegovine², Zakona o elektroničkom poslovnom i pravnom prometu³ i Zakona o elektroničkom dokumentu⁴), prema kojima ne postoji prepreka da se ugovori o osiguranju imovine mogu zaključivati i u elektroničkom obliku.

2. Forma ugovora o osiguranju imovine prema ZOO-u

Prema odredbi čl. 901, st. 1 ZOO-a, ugovor o osiguranju strogo je formalan pravni posao, i to posao koji se mora sklopiti u pisanom obliku – u vidu police osiguranja ili lista pokrića. Dakle, za ovu vrstu pravnog posla propisana je *forma ad solemnitatem*. Pisana forma ugovora o osiguranju bitan je uvjet nastanka istog, te povreda zakonske forme dovest će do ništavosti ugovora (bez valjane forme – *forma ad solemnitatem* – ugovor ne proizvodi pravne učinke). Brojni su razlozi za propisivanje pismene forme ugovora o osiguranju: sklapanjem ugovora o osiguranju između osiguravatelja i ugovaratelja osiguranja nastaju složeni odnosi, odnosi iz osiguranja traju dugo vremena, osigurani slučaj može se dogoditi daleko u budućnosti, iz ugovora o osiguranju proizilaze i prava trećih osoba koje nisu stranke ugovora. Zbog svih navedenih argumenata, potrebno je u pisanoj ispravi utvrditi međusobna prava i obaveze.⁵

Formalne ugovore ZOO propisuje kao izuzetke, a među njima i ugovor o osiguranju. Iako ZOO prihvata princip konsenzualnosti ugovora⁶, ugovor o

² „Službeni glasnik BiH“, br. 91/06. U daljem tekstu: ZEP BiH.

³ „Službeni glasnik BiH“, br. 88/07.

⁴ „Službeni glasnik BiH“, br. 58/14.

⁵ Vidjeti: Džidić, Miroslav, Ćurković, Marijan, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017, str. 156–157. Sa navedenim se slaže i: Gorenc, Vilim, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRIF plus, Zagreb, 1998, str. 1140.

⁶ ZOO prihvata načelo „neformalnost ugovora“ (čl. 67), propisujući da sklapanje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drugačije određeno. Zahtjev zakona da ugovor bude sklopljen u određenoj formi važi i za sve kasnije izmjene i dopune ugovora. Ali su pravovaljane kasnije usmene dopune o sporednim tačkama, u kojima, u formalnom ugovoru, ništa nije rečeno ako to nije protivno cilju radi kojega je forma propisana. Pravovaljane su i kasnije usmene pogodbe, kojima se umanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili druge strane, ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana. U Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske („Narodne novine Republike Hrvatske“,

osiguranju prati zakonska forma i tradicionalno je formalan ugovor.

O sklopljenom ugovoru o osiguranju osiguratelj je dužan, bez odgađanja, neovisno od toga da li je ugovaratelj osiguranja postavio takav zahtjev ili ne, predati mu uredno sastavljenu i potpisanu policu osiguranja ili neku drugu ispravu o osiguranju (list pokrića i sl.).⁷ Prema tome, polica osiguranja, odnosno list pokrića obavezan je oblik sklapanja ugovora o osiguranju.⁸ Sama polica osiguranja predstavlja formu *ad solemnitatem*. I u tom slučaju na policu osiguranja primjenjuju se opšta pravila obligacionog prava o formi ugovora, preciznije, pravila o načinu sastavljanja isprave (čl. 72 ZOO-a), o punovažnosti istovremenih usmenih pogodaba (čl. 71 ZOO-a), o raskidanju formalnih ugovora (čl. 68 ZOO-a), o sankciji nedostatka potrebne forme (čl. 70 ZOO-a) itd.⁹

I ranija sudska praksa, koja je postojala prije usvajanja ZOO-a, dala je argumente o svrsi i potrebi propisivanja zakonske forme za ugovor o osiguranju.¹⁰

br. 35/05), u čl. 286, načelo neformalnosti preimenovano je u „neobvezatnost oblika“.

⁷ „Ugovor o osiguranju mora da bude zaključen u pismenoj formi. A ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo i ne uživa sudsku zaštitu.“ (Iz rješenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 8934/97 od 28. januara 1998. godine); Preuzeto: Srdić, Milutin, Tomić, Irina, Slijepčević, Ratomir M., Ugovori u privrednom poslovanju (teorijsko pravne karakteristike ugovora u privredi, zakonski i drugi propisi o ugovorima, primeri pojedinih ugovora i sudska praksa o ugovorima), Službeni glasnik, Beograd, 2002, str. 878–879. Sa navedenim se slažu i: Rajčević, Marko, *Poslovno pravo I (osnove prava, stvarnog i obligacionog prava i privrednopravni poslovi)*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2007, str. 300. i Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, Službeni list SFRJ i Knjige, Beograd, 1980, str. 167. Ali značajno je naglasiti da takva obaveza ne postoji u plovidbenom osiguranju (transportna osiguranja), jer polica osiguranja izdaje se isključivo na zahtjev ugovaratelja osiguranja. Ona se ne izdaje ni kod tzv. automatskih osiguranja (osiguranje putnika u javnom prevozu), niti kod osiguranja potraživanja (kredita), kao ni u slučaju reosiguranja. Više: Šulejić, Predrag, *Zaštita potrošača i ugovor o osiguranju*, Pravni život – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 3–4, Beograd, 2008, str. 41–49 i Velimirović, Mihailo, *Poslovno pravo (preduzeća – ugovori – bankarski poslovi – hartije od vrijednosti)*, Univerzitet Crne Gore i Obod, Podgorica, 2000, str. 475–476 i 712.

⁸ Opširnije: Đurović, Radomir, Dragašević, Momir, *Obligaciono pravo sa poslovima prometa*, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 108–109; Gaudement, Eugene, Desebois, Henri, Gaudement, Jean, *Theorie generale des obligations*, Paris, 1965, str. 139–140. i Pavić, Drago, *Obaveznopravna obilježja ugovora o osiguranju*, Hrvatska pravna revija, br. 8, Zagreb, 2004, str. 28–35.

⁹ Šire o formi ugovora, općenito, a i sa aspekta ugovora o osiguranju: Babić, Slavko, *Oblik ugovora*, Pravo i porezi, br. 7, RRiF, Zagreb, 2004, str. 26–33; Bikić, Abedin, *Obligaciono pravo (opći dio)*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 100–106; Ćurković, Marijan, *Ugovor o osiguranju osoba – život–nezgoda–zdravstveno*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 46; Goga, Malvina, *Elementi pismene forme ugovora, Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988. – knjiga o desetogodišnjici*, I tom, *Pravni život – časopis za pravnu teoriju i praksu, Savez udruženja pravnika SR Srbije*, Beograd, 1988, str. 216–223; Momčinović, Hrvoje, *Oblik (forma) ugovora o osiguranju – prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima*, Zbornik „Ugovor o osiguranju prema novom ZOO“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 22–29; Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005, str. 195–196. i Veljković, Dragoslav, *Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora*, Poslovni biro, Beograd, 2008, str. 77–83.

¹⁰ Vidi: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž 2762/58; rješenje Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 468/60; Sudska praksa, Naša zakonitost, br. 9–10, Zagreb, 1960, str. 67; presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž

Međutim, određenje ugovora o osiguranju kao strogo formalnog pravnog posla, kao i ranije spomenuti dio same definicije, predmet je rasprava. Naime, ugovor o osiguranju osoba, zbog specifičnosti, jeste i treba biti strogo formalan ugovor, odnosno ugovor sa propisanom formom *ad solemnitatem*. Ali ugovor o osiguranju imovine, zbog brzine i učestalosti zaključivanja, trebalo bi propisati kao neformalan ugovor, za čiju perfektnost je dovoljna saglasna volja stranaka o bitnim elementima ugovora (*solo consensus*). U kontekstu čl. 67, st. 1 ZOO-a, izbor forme ugovora trebalo bi i kod ugovora o osiguranju imovine da bude prepušten inicijativi ugovornih stranaka, a što je nastavak potpunije realizacije načela slobode uređivanja obveznih odnosa iz čl. 10 ZOO-a i načela dispozitivnosti iz čl. 20 ZOO-a. Slijedom navedenih načela dopušteno je ugovornim stranama da svoj ugovorni odnos urede drugačije nego što je ovim zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njezina smisla ne proizilazi što drugo. Upravo je ovo tvrdnja koja govori u pravcu mogućnosti uređenja ugovora o osiguranju imovine kao neformalnog pravnog posla.

Krutost zakonske forme ugovora o osiguranju ublažena je i postojećim odredbama čl. 901, st. 2, 3 i 4 ZOO-a (prešutno sklapanje ugovora zbog neodbijanja ponude) i čl. 903. „Osiguranje bez police“ istog zakona, koji predviđa mogućnost da uvjetima osiguranja mogu biti predviđeni slučajevi u kojima ugovorni odnos iz osiguranja nastaje samim plaćanjem premije (slučaj kada se priznaje osiguranje bez police).¹¹ Navedeno ukazuje da postoji mogućnost uređivanja ugovora o osiguranju imovine kao konsenzualnog ugovora (*contractus consensuales*). A odredba iz čl. 901, st. 1 „Ugovor o osiguranju sklopljen je kad ugovaratelji potpišu policu osiguranja ili listu pokrića“, bila bi tumačena na način da izdavanje police osiguranja nije bitan uvjet nastanka ugovora, nego ima za svrhu osiguranje pisanog dokaza o sklopljenom osiguranju (*forma ad probationem*).¹²

698/58, Zbirka sudskih odluka, knj. III, sv. 2, br. 265. Preuzeto iz: Goga, M., loc. cit.

¹¹ Detaljnije: Radolović, Aldo, *Ugovor o osiguranju u svjetlu općeg dijela građanskog prava*, Zbornik „Ugovor o osiguranju prema novom ZOO“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, str. 3–22. Vidjeti: Odluka VS BiH, br. Pž 486/86, od 22. VI 1987, objavljenu u „Informatoru“, br. 3571, od 25. 8. 1987. Navedeno prema: Čurković, Marijan, *Ugovori o obveznom osiguranju u cestovnom prometu*, Croatia osiguranje, Zagreb, 1989, str. 40.

¹² Ovakvo zakonodavno rješenje sadržano je u hrvatskom zakonodavstvu i u potpunosti korespondira sa potrebama tržišta. Vidjeti: Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja – komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 55–56. A zauzet je stav: „...nedostatak pojedinih zakonom propisanih elemenata u polici osiguranja imovine ne bi bilo od utjecaja na valjanost ugovora o osiguranju“. Prema: Gorenc, Vilim i dr., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014, str. 1490. I prof. Rajčević, M. (*loc. cit.*), unatoč smatranju police osiguranja formom ugovora o osiguranju i njenog obaveznog potpisivanja, ipak ugovor o osiguranju svrstava u red konsenzualnih ugovora, čije zaključenje ne mora po pravilu da se vrši u nekoj posebnoj formi. Čin izdavanja police osiguranja, odnosno drugih isprava, on veže za praksu koja se „udomačila“ prilikom zaključenja ugovora o

Dakle, novina u zakonodavnom uređenju ugovora o osiguranju imovine bilo bi napuštanje formalističkog shvatanja, a to bi značilo da je ugovor o osiguranju imovine neformalan ugovor. Neformalnost ugovora o osiguranju imovine ne dovodi u pitanje zaštitu ugovornih strana, napose osiguranika kao „slabije“ strane u tom odnosu. Naprotiv, postojeće rješenje u ZOO-u samo nazgled u većoj mjeri štiti osiguranika, što dokazuje i sudska praksa.¹³ U prilog tome govori i odredba čl. 73 ZOO-a da se ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pismena forma smatra pravovaljanim iako nije zaključen u toj formi, ako su ugovorne strane izvršile, u cijelosti ili u pretežnom dijelu, obaveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja zbog kojega je forma propisana očito ne proizilazi što drugo.¹⁴ Dakle, da pravilo o pismenoj formi ugovora o osiguranju imovine nije apsolutnog karaktera ukazuju predviđena tri izuzetka: odstupanja koja predviđa sam zakon, odstupanja u korist osiguranika i odstupanja primjenom općih pravila o konvalidaciji ugovora kojima nedostaje forma.¹⁵

osiguranju imovine, te smatra da je ugovor punovažan i kad nije došlo do izdavanja ovakvih isprava.

¹³ Sud je zauzeo stanovište kao u sljedećoj presudi: „Postojanje ugovora o osiguranju može se dokazivati i drugim dokaznim sredstvima, a ne samo policom osiguranja.“ (*Vs, Rev-2886/91 od 31. 3. 1992. Izbor, 93/140*). Navedeno kod: Gorenc, V., *op. cit.*, str. 1140. Kao i: „Sadržaj ugovora o osiguranju može se dokazivati ne samo podacima iz police osiguranja već i drugim dokaznim sredstvima.“ (Vrhovni sud Hrvatske, broj: Rev-1074/87, od 18. 5. 1988. godine, i Vrhovni sud Hrvatske, broj: Rev-838/85, od 22. 8. 1985. godine – Pregled sudske prakse, broj 43, strana 79, i Osiguranje, broj 1999/11 i Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Rev. 2886/91, od 31. 3. 1992. godine – Izbor odluka 1993/124-140). Preuzeto: Tajić, Haso – Simović, Vladimir M., *Zakon o obligacionim odnosima – četvrt vijeka sudske prakse – izbor sudskih odluka 1980. do 2005. (knjiga druga)*, Privredna štampa, Sarajevo, 2006, str. 687–690. Isto je navedeno i kod: Crnić, Ivica, *Zakon o obveznim odnosima sa opsežnom sudskom praksom*, Organizator, Zagreb, 1996, str. 631. Interesantno je stajalište suda u pogledu police i svjedoka kao dokaza: „Ako u polici nije bilo naznačeno da se isključuju radnici jednog određenog pogona, ali je saslušanjem svjedoka utvrđeno da su tom policom bili obuhvaćeni samo radnici drugog pogona, sud je prihvatio da radnik prvog pogona nije bio obuhvaćen ugovorom o osiguranju.“ Perović, Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1476.

¹⁴ Radolović, A., *loc. cit.* O konvalidaciji ugovora kojima nedostaje forma, pogledati stanovišta zauzeta u sudskoj praksi: 1. „Ugovor o prijenosu prava vlasništva na nekretninama koji nije sklopljen u pisanom obliku pravno je valjan ako su obje strane u cijelosti ili u pretežitom dijelu ispunile ugovorom preuzete obveze, osim ako iz cilja zbog kojeg je takav oblik određen ne proizilazi što drugo.“ (*Vs, Rev-2319/88-2 od 19. 4. 1989. Izv; Vs, Rev-813/85 od 10. 7. 1985. Izv. i Vs, Rev-1153/82 od 6. 1. 1983. Izv.*); 2. „Smatra se da su ugovorne strane u pretežnom dijelu ispunile ugovor kad ga i jedna i druga stranka u pretežnom dijelu ispune.“ (*Vs, Rev-813/85 od 10. 7. 1985. PSP-29/50*); 3. „Ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pisani oblik smatra se valjanim, iako nije sklopljen u tom obliku, ako su ugovorne strane u cijelosti ili u pretežnom dijelu ispunile obveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja zbog kojega je oblik propisan ne proizilazi nešto drugo.“ (*Vs, Rev-1153/82 od 6. 1. 1983. PSP-23/88*), i 4. „Za valjanost pisanog ugovora o doživotnom uzdržavanju prema kojem imovina prelazi u vlasništvo davatelja uzdržavanja za života primatelja uzdržavanja ne zahtijeva ovjeru potpisa ugovornih stranaka. Valjan je i usmeni ugovor ako je u cijelosti ili u pretežitom dijelu izvršen.“ (*Vs, Rev-1132/1985. od 14. 8. 1985. PSP-30/76*). Sa ovakvim stanovištem sudske prakse saglasno je i njemačko zakonodavstvo (par. 125. i 313. Bürgerliches Gesetzbuch – BGB). Preuzeto iz: Gorenc, V., *op. cit.*, str. 98–100.

¹⁵ Slavnić, Jovan, *Primena nekih odredaba Zakona o obligacionim odnosima zajedničkih za*

Nije zanemariva ni mogućnost prešutnog zaključenja ugovora o osiguranju imovine kod dugoročnog osiguranja (produženje ranije zaključenog) u skladu sa čl. 42, st. 3, 4 i 5 ZOO-a.

U pogledu inostranih zakonodavstava, neka od njih, na primjer češko, slovačko i mađarsko, njeguju tradicionalno shvatanje ugovora o osiguranju kao formalnog pravnog posla, za razliku od drugih, poput njemačkog, austrijskog, francuskog, talijanskog i grčkog. Na primjer, francusko pravo propisuje policu i druge isprave o osiguranju kao isprave koje konstatiraju uzajamni sporazum stranaka, što pretpostavlja da ugovor nastaje, postoji i prije sačinjavanja ovih isprava, prostim sporazumom.¹⁶ Interesantna su zakonodavna rješenja susjedne Republike Hrvatske, kao članice EU, a koja je prije 27 godina, zajedno sa BiH, bila dio jedne državne tvorevine.¹⁷ A i zakonodavna aktivnost Republike Srbije predvidjela je, kroz rad Komisije za izradu Građanskog zakonika, da se *forma ad solemnitatem* (forma kao uslov punovažnosti ugovora) zadrži samo kod osiguranja osoba, dok bi kod svih ostalih vrsta osiguranja ugovor bio neformalan, tj. zaključivao bi se na osnovu proste saglasnosti volja.¹⁸

imovinska osiguranja i osiguranja lica, Pravni život – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 2–3, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd, 1989, str. 481–498. i Šulejić, Predrag, *Zaštita potrošača i ugovor o osiguranju*, Pravni život – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 3–4, Beograd, 2008, str. 41–49. Prof. Šulejić, P. u istom kontekstu iznosi primjer iz sudske prakse: *VPS, P. 223/70, od 6. X 1970, Informator, br. 1763. od 30. I 1970. (Pravo osiguranja, Službeni list SFRJ i Knjige, Beograd, 1980, str. 150).*

¹⁶ Šire: Perović, S., *op. cit.*, str. 1470–1471. Slično je navedeno: „Pošto je ugovor o osiguranju zaključen, slijedi izdavanje police osiguranja“. Slavnić, J., *loc. cit.* Konsenzualnost ugovora o osiguranju prihvaćena je i u talijanskom pravnom sistemu. Šire: De Gregorio, Alfredo – Fanelli, Giuseppe: *revisione e aggiornamento a cura di Antonio La Torre, Il contratto di assicurazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, str. 53–55.

¹⁷ Šire: Bolanča, Dragan, *Ugovor o osiguranju u novom hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima iz 2005. godine*, Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 24, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010, str. 105–111. i *Nova zakonska pravna vrela osiguranja u Republici Hrvatskoj*, Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 28, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2011, str. 193–203; Huseinbegović, Alena, *Osiguranje lica – životno osiguranje i osiguranje od posljedica nezgode*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2008, str. 27. i Pavić, Drago, *Ugovorno pravo osiguranja – komentar zakonskih odredaba*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 143.

¹⁸ Više: Šulejić, Predrag, *Prijedlozi za regulisanje ugovora o osiguranju u Građanskom zakoniku Srbije koji se odnose na zaključivanje ugovora*, Zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, 2008, str. 263–280.

3. Zaključivanje ugovora o osiguranju imovine elektroničkim putem

Današnje doba moderne tehnologije omogućuje iskorak u moderni svijet, tj. zaključivanje ugovora u elektroničkom obliku. Postavlja se pitanje da li je to prihvatljivo i u pravu osiguranja. Naime, pravni okvir BiH kroz odredbe pojedinih zakona (Zakona o elektroničkom potpisu BiH, Zakona o elektroničkom poslovnom i pravnom prometu i Zakona o elektroničkom dokumentu) dozvoljavaju zaključivanje ugovora elektroničkim putem.¹⁹ Ukoliko se razmotri određenje ugovora o osiguranju iz čl. 901, st. 1 ZOO-a da je ugovor o osiguranju sklopljen kad ugovaratelji potpišu policu osiguranja ili listu pokrića, a u kontekstu navedenih propisa, preciznije čl. 5, st. 1 ZEP-a BiH, propisano je da samo napredan/siguran elektronički potpis ima istu pravnu snagu i zamjenjuje vlastoručni potpis i naročito pisanu formu, ako posebnim zakonom ili sporazumom ugovornih strana nije drugačije određeno. Dakle, moglo bi se zaključiti da je sklapanje ugovora o osiguranju imovine u elektroničkom obliku moguće, ako bi policu osiguranja u elektroničkom obliku obje ugovorne strane potpisale naprednim/sigurnim elektroničkim potpisom.

¹⁹ Na svom eurointegracijskom putu BiH je, na temelju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, preuzela obavezu da u svoj pravni poredak postupno ugradi cjelokupnu pravnu stečevinu Europske unije (u daljem tekstu: EU). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu: SSP) potpisan je između BiH i europskih zajednica i njihovih država članica, 16. juna 2008. godine u Luksemburgu, a stupio je na snagu 1. juna 2015. godine. Potpisivanju SSP-a prethodilo je parafiranje 4. decembra 2007. godine u Sarajevu, kao i pregovori vođeni od novembra 2005. do decembra 2006. godine. SSP pripada novijoj trećoj generaciji sporazuma o pridruživanju EU, koji su ponuđeni isključivo državama obuhvaćenim procesom stabilizacije i pridruživanja i koji ovim državama omogućava uspostavljanje bliskog i trajnog odnosa sa EU, te izgledno članstvo u EU. Šire: Bevanda, Marko, *Obvezopravno uređenje u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2013, str. 151–157; Bolanča, Dragan, *Pravna stečevina Europske unije i bosanskohercegovačko pomorsko pravo*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 11, 2013, str. 13–20; Direkcija za europske integracije BiH, Osnovni prikaz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Vijeće ministara BiH, Sarajevo, 2008; Misita, Nevenko, *Osnovi prava Europske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 490–491. i Sabljica, Samir, *Mehanizmi praćenja provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i Privremenog sporazuma između BiH i EU*, ZIPS, br. 1190, Sarajevo, 2010, str. 18–23. Sukladno preuzetim obavezama, u pravni poredak BiH implementirana je Direktiva o elektronskom potpisu (*Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures, Document 399L0093, Official Journal L013, 19/01/2000 p. 0012-0020*). Međutim, 23. 7. 2014. godine usvojena je Uredba Europskog parlamenta i vijeća 910/2014/EU o elektroničkoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektroničke transakcije na unutarnjem tržištu (eIDAS Uredba) i derogirala je Direktivu o elektronskom potpisu (*Directive 1999/93/EC*), s učinkom od 1. 7. 2016. godine. Oblast elektroničkog potpisa detaljnije je regulirao ZEP, ali eIDAS Uredba ima izravan učinak u nacionalnom pravnom poretku. Stoga, odredbe ZEP-a koje su u suprotnosti sa odredbama eIDAS Uredbe nisu primjenjive. A kako je BiH još uvijek u borbi za status kandidata za ulazak u EU, morat će uskladiti svoje zakonodavno rješenje u pogledu elektroničkog potpisa i ugovora zaključenih u elektroničkom obliku sa eIDAS Uredbom, kako bi se izbjegla pravna nesigurnost izazvana koegzistiranjem paralelnih pravnih propisa.

Ne postoji pravna prepreka sklapanja ugovora o osiguranju imovine u elektroničkom obliku, jer po čemu bi taj ugovor bio iznimka u odnosu na ostale. Ugovor o osiguranju imovine može biti sklopljen elektroničkim putem i to:

- razmjenom e-mail ili ekvivalentnih poruka i
- znacima ili kombinacijom znakova i elektroničnih poruka na web-stranici (u pravilu uz korištenje EDI formata – obrazaca), uz iznimku koja se odnosi na ugovor o osiguranju osoba koji mora biti sklopljen u pisanom obliku, i to potpisivanjem od strane obiju ugovornih stana police osiguranja.

I tako zaključen ugovor o osiguranju imovine proizvodio bi pravni učinak tradicionalnog pisanog dokumenta.²⁰ Dosadašnja praksa pisanog oblika ugovora o osiguranju imovine shvatana je kao pravni standard, ali u današnjim prilikama može se smatrati konvencionalnom i prevaziđenom. Nedvojbeno je da će uslijediti vrijeme kada će elektronički oblik ili zapis biti u potpunosti izjednačen sa tradicionalnim pisanim na papiru, i tada će se prvi smatrati pravilom, a potonji izuzetkom.

4. Zaključak

Razmatrajući aktualne propise koji omogućavaju više načina zaključivanja ugovora o osiguranju imovine, pravnu prirodu police osiguranja i njegovog različitog praktičnog značaja i razumijevanja, mogućnost elektroničkog zaključivanja ugovora, kao i okolnosti na tržištu osiguranja, može se zaključiti da je nužno pristupiti revidiranju navedenih zakonskih rješenja i sukladno istima donijeti konkretnije izmjene. Zahtjevi tržišta postavljaju pitanje opravdanosti strogog formalizma ugovora o osiguranju imovine, a kako je ugovorno pravo osiguranja „živa“ materija, ono mora biti uređeno prema principima koji omogućavaju brži, pristupačniji način realiziranja poslova osiguranja imovine u cilju prosperitetnijeg privrednog napretka.

Tradicionalno shvatanje ugovora o osiguranju imovine kočnica je razvoja osiguranja u BiH u današnjim prilikama. Novo doba donosi sa sobom i novitete

²⁰ Vidjeti: Džidić, Miroslav – Matić, Tin, *Elektronički oblik police osiguranja i njezin prijenos prema hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu (e-polica osiguranja, e-cesija, e-indsament)*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 13, 2015, str. 224–243; Matić, Tin: *Elektronički oblik ugovora i isprava – novi oblik?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56, br. 1, Zagreb, 2006, str. 165–185; *Osnove prava elektroničke trgovine*, MEP Consult, Zagreb, 2008, str. 64–65. i *Pravo virtualnih pravnih odnosa. Elektronička trgovina*, Narodne novine, Zagreb, 2012, str. 33–46. i Trnavci, Genc, *Zaključenje, punovažnost i dokazivanje elektroničkih ugovora: komparativna analiza*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, Rijeka, 2009, str. 449–472.

koji omogućavaju potrošačima osiguranja veći dijapazon usluga, kvalitetniji sistem zaštite, ali uz prijeko potrebnu izmjenu zakonodavstva u pogledu omogućavanja bržeg pristupa osiguranju, lišavajući ga okova stroge formalnosti.

Forma ad solemnitatem ugovora o osiguranju imovine opterećavajući je okvir za takvu vrstu ugovora koja koči njegov brži način zaključivanja i razvoj, te je žurno potrebno izmijeniti odredbe ZOO-a i predvidjeti *formu ad probationem*, sa možda nekim recidivnim izuzecima *forme ad solemnitatem*.

FORM OF PROPERTY INSURANCE CONTRACT

Belma Bajrić PhD*

Summary

The paper presents the existing legal solutions regarding the prescribed strict form of property insurance contract, both those that justify its regulation, and those that leave the legislator with the opportunity to adopt more modern and today more acceptable solutions by exempting the “rigid” legal property insurance contract a form that slows his conclusion. The introduction of the informality of property insurance contracts is a natural succession of future legislative measures is also indicated by certain provisions of the Law on Obligations, which already allow several modalities for concluding property insurance contracts, as well as the provisions of the Law on Electronic Signature of Bosnia and Herzegovina, the Law on Electronic Business and Legal Transport and the Electronic Document Act, which allow the conclusion of contracts electronically.

Key words: *form of property insurance contract, ways of concluding property insurance contract.*

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Bihać

UDK: 347.27/.28:347.23(094.5)

doi 10.7251/PR5919351N

Stručni članak

HIPOTEKA I REALIZACIJA HIPOTEKE U SUDSKOM IZVRŠNOM POSTUPKU

Doc. dr. sc. Arif Nanić

Anes Nanić, BA prava

***Sažetak:** U ovom radu, autori nam predstavljaju danas nezaobilazni pravni institut: „hipoteku“, od samog nastanka i historije hipoteke, njene definicije, svrhe, upotrebe i na kraju onoga na što će se dati poseban akcenat, a to je postupak realizacije hipoteke.*

Hipoteka je, kao vrsta založnog prava, u legislativi Bosne i Hercegovine definisana u Zakonu o stvarnim pravima.

Danas je opštepoznato da hipoteka zasigurno predstavlja najbolje sredstvo obezbjeđenja potraživanja.

Glavni cilj autora je da u ovom radu prikažu procesni postupak realizacije hipoteke, odnosno na koji način hipotekarni povjerilac namiruje svoje dospjelo i nenaplaćeno potraživanje i da li u vezi s tim hipoteka opravdava epitet najboljeg sredstva obezbjeđenja ili ipak postoji rizik kod hipotekarnog povjerioca da ne naplati svoje potraživanje u cijelosti.

***Ključne riječi:** založno pravo, hipoteka, hipotekarni povjerilac, hipotekarni dužnik, izvršni postupak.*

Uvod

Hipoteka je, kao oblik založnog prava, odavno postala nezaobilazan institut, ne samo u bankarskim poslovima, već se sve više upotrebljava kod sklapanja pravnih poslova između privrednih ali i fizičkih lica, te zbog toga nosi epitet najboljeg sredstva za obezbjeđenje potraživanja.

Povjerilac, u tom smislu, ima veću pravnu sigurnost u naplati svojih potraživanja, a dužnik, koji je pod rizikom gubitka založene nekretnine, ima zasigurno veći psihološki pritisak da na vrijeme vrati svoje dugovanje.

Termin „hipoteka“ danas je opšteprihvaćen, tako da se i u našoj domaćoj legislativi koristi ova riječ grčkog porijekla.

U legislativi Bosne i Hercegovine ne postoji poseban zakon o hipoteci, kao npr. u Republici Srbiji, nego je hipoteka definisana i obrađena u Zakonu o stvarnim pravima koji postoji na entitetskim nivoima.

Hipoteka, odnosno založno pravo na nekretninama, po legislativi koja važi na teritoriji Bosne i Hercegovine, ostvaruje se isključivo putem suda, odnosno putem sudske javne prodaje, što ćemo detaljno predstaviti u ovom radu.

1.1. Pojam i predmet hipoteke

Riječ „hipoteka“ je grčkog porijekla koja potiče od riječi „hypotheca“ i predstavlja složenicu dvije riječi: „hypo“ – ispod, pod, i „tithemi“ – staviti, podložiti, što bi zajednički značilo „staviti stvar pod nečiju vlast“.

Da bi definisali i objasnili institut hipoteke, poći ćemo prvo od pojma i definicije založnog prava.

Po definiciji koju daje naš zakonodavac, „založno pravo je ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari ili pravu (zalogu) koje daje ovlašćenje svom nosiocu (založnom vjerovniku) da određenu tražbinu, ukoliko mu ne bude ispunjena nakon dospijeca, namiri iz vrijednosti te stvari, a njezin svagdašnji vlasnik (založni dužnik) dužan je to trpjeti.“¹

Razlikuju se dva osnovna oblika založnog prava, a to su pignus i hipoteka.

Pignus ili ručni zalog je, po našem pravu, založno pravo na pokretnim stvarima, a hipoteka založno pravo na nekretninama (izuzetno, važi i za brodove i avione).

Založnim pravom može biti opterećena pojedinačno određena pokretna ili nepokretna stvar podobna za unovčenje, kao i idealni dio takve stvari,² dakle, stvari u prometu ili pravo koje ima novčanu vrijednost. Objektom založnog prava mogu biti stvari u suvlasništvu i zajedničkom vlasništvu, a založiti se može i suvlasnički dio. Neke stvari i prava su iz posebnih razloga propisom izuzeti od zalaganja. U te razloge spadaju osiguranje minimuma egzistencije dužnika i zaštita određenih javnih i društvenih interesa.

¹ Zakon o stvarnim pravima FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13), čl. 139.

² Ibidem, čl. 139.

Poslije definicije i upoznavanja pojma založnog prava, navest ćemo i definiciju hipoteke:

Hipoteka je stvarno pravo na tuđoj nepokretnosti stvari, koja ovlašćuje hipotekarnog povjerioca da, radi naplate potraživanja, zahtijeva prodaju založene nepokretnosti na zakonom određeni način, bez obzira na to u čijem se vlasništvu i posjedu stvar nalazi u momentu prodaje, i iz dobijene vrijednosti naplati svoje potraživanje prije običnih povjerilaca, kao i prije hipotekarnih povjerilaca sa kasnijim rangom.³

Hipotekom može biti opterećeno više nekretnina upisanih u različite zemljišnoknjižne uloške kao da su sve zajedno jedna stvar, što bi predstavljalo zajedničku ili simultanu hipoteku.⁴

Povjerilac tražbine osigurane založnim pravom na nekretnini može, u granicama svog prava na namirenje iz te nekretnine, osnovati na postojećem založnom pravu, odnosno hipoteci, novo založno pravo u korist treće osobe, uz pismeno obavještanje založnog dužnika, što se u našoj zakonskoj legislativi označava kao nathipoteka.⁵

1.2. Subjekti hipoteke

Subjekti hipotekarnog odnosa su hipotekarni povjerilac i hipotekarni dužnik. Sva fizička i pravna lica mogu biti hipotekarni povjerioci i hipotekarni dužnici.

Hipotekarni povjerilac je ujedno i povjerilac potraživanja čije se izvršenje obezbeđuje hipotekom, tako da je uvijek subjekt oba pravna odnosa – obligacionopravnog i stvarnopravnog.

Hipotekarni dužnik je vlasnik založene nepokretnosti i najčešće je i dužnik potraživanja. U slučaju kad je vlasnik predmeta hipoteke treće lice, onda je on realni dužnik, a dužnik iz obligacionog odnosa je lični dužnik. Založnom povjeriocu lični dužnik svojom imovinom garantuje isplatu duga. Realni dužnik je obavezan da trpi namirenje potraživanja samo iz vrijednosti predmeta hipoteke.

Da bi založio stvar, hipotekarni dužnik mora biti poslovno sposoban. Pošto se i kod založnog prava suštinski može raditi o prenosu svojine, za zalaganje stvari zahtijeva se potpuna poslovna sposobnost.⁶

³ Zakon o hipoteci („Službeni glasnik RS“, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015), čl. 2.

⁴ Zakon o stvarnim pravima FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13), čl. 139.

⁵ Ibidem, čl. 153.

⁶ D. Medić, *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1 (2006), str. 445.

1.3. Načela hipoteke

U pravnoj teoriji uobičajeno se govori o određenim karakterističnim načelima založnog prava koja su specifična za hipoteku, od kojih ćemo istaknuti i definisati ona najvažnija, kao što su:

- akcesornost,
- specijalnost,
- oficijalnost,
- nedjeljivost.

1.3.1. Načelo akcesornosti

Hipoteka, kao i uopšte založno pravo, nesamostalno je pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja, prestaje i hipoteka kao sporedno pravo, akcesorij. Postojanje potraživanja je *conditio sine qua* za postojanje hipoteke.⁷

Nevažeća tražbina (ništavna ili pobjona) čini i založno pravo, te zalogodavac može tražiti vraćanje stvari date u залог ili brisanje hipoteke. Tražbina osigurana založnim pravom mora biti novčana ili određiva u novcu.

Založno pravo, pored glavnog duga, osigurava i namirenje sporednih potraživanja, kamata, troškova za očuvanje stvari i troškova naplate potraživanja.⁸

Postoji i izuzetak kada hipoteka nije akcesorna, a to je u slučaju raspolaganja neizbrisanom hipotekom. Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz zemljišnih knjiga. Dakle, radi se o ovlaštenju da se već isplaćena hipoteka prenese na novog povjerioca. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana. Hipoteka sada pripada vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.⁹

1.3.2. Načelo specijalnosti

Načelo specijalnosti založnog prava najčešće se definiše kroz pravilo da za obezbjeđenje tražbine služe tačno određena stvar ili pravo i da zalogom obezbje-

⁷ D. Medić, *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2007, str. 51.

⁸ E. Hašić et al., *Praktikum za stvarna prava*, Privredna štampa, Sarajevo, 2015, str. 21.

⁹ D. Medić, *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2007, str. 51–52.

đenja tražbina mora biti tačno određena. Ovaj princip nastao je kao izraz potrebe da se adekvatno zaštite interesi i dužnika i vjerovnika. Prije svega, štite se interesi dužnika na način da nije dozvoljeno tzv. generalno zalaganje svih stvari ili prava dužnika, čime se sprečavaju negativni ekonomski i društveni efekti po samog dužnika. S druge strane, i vjerovnik je ekonomski zaštićen, jer zna tačno na koje konkretne stvari i prava iz dužnikove imovine može računati, kao na sredstvo garancije za namirenje svoje tražbine. Založno pravo stiče se na samo određenom objektu iz imovine zalagodavca i samo za određeno potraživanje vjerovnika.

U pogledu drugog aspekta primjene načela specijalnosti, koje se izražava kroz pravilo da zalogom obezbijedena tražbina mora biti tačno određena, ipak mogu postojati određeni izuzeci. Prije svega, tražbina osigurana založnim pravom mora biti novčana ili određiva u novcu, mora biti određena, ali dovoljno je određena ukoliko su određeni vjerovnik i dužnik, pravni osnov i visina ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom. Isto tako, založnim pravom može se osigurati postojeća tražbina i tražbina koja bi tek nastala nakon nekog vremena ili nakon ispunjenja nekoga uvjeta. Založnim pravom mogu se obezbijediti i tražbine čiji je iznos i nastanak neizvjestan (npr. tražbine čije dejstvo zavisi od nastupanja ili nenastupanja nekog uvjeta). Ili u drugom slučaju, zalogom se obezbjeđuje neka tražbina u maksimalnom iznosu (tzv. kreditna hipoteka), uz neizvjesnost da li će biti realizovane sve kreditne tranše, a namirenje je moguće do visine stvarno nastalog duga, najviše do visine upisane u javni registar.¹⁰

1.3.3. Načelo oficijelnosti

Hipoteka, odnosno založno pravo na nekretninama, po legislativi koja važi na teritoriji Bosne i Hercegovine ostvaruje se isključivo putem suda, odnosno sudskom javnom prodajom.

Ništave su odredbe ugovora da će zalog preći u vjerovnikovo vlasništvo ako dug ne bi bio plaćen u određeno vrijeme, da dužnik ne može zalog nikad iskupiti ili da ne može nikom drugom dopustiti da osnuje založno pravo na istom zalogu, ili da vjerovnik ne bi smio zahtijevati prodaju zaloga ni nakon dospjeća tražbine. Prema tome, u našem pravu izričito je zabranjena odredba ugovora kojom bi se propisalo da će založni vjerovnik postati vlasnik založene stvari, ako dug ne bi bio izmiren do isteka vremena dospelosti (*lex commissoria*).¹¹

¹⁰ E. Hašić et al., *Praktikum za stvarna prava*, Privredna štampa, Sarajevo, 2015, str. 24–25.

¹¹ *Ibidem*, str. 25.

Za razliku od naše države, u Republici Srbiji donošenjem Zakona o hipoteci dozvoljeno je i vansudsko namirenje hipotekarnog povjerioca.

Vansudski postupak namirenja može se pokrenuti samo na osnovu izvršne vansudske hipoteke, koja nastaje na osnovu ugovora ili založne izjave, sačinjenih u skladu sa odredbom člana 15 Zakona o hipoteci. Povjerilac, bez obzira na način namirenja, nije obavezan da se prvo namiri iz predmeta hipoteke, već je zadržano pravilo prema kojem je hipoteka dodatna pogodnost za povjerioca kojom se on može, ali ne mora, služiti, tako da se može naplaćivati iz dužnikove (ostale) imovine i ako nije pokušao da se naplati iz hipoteke. Međutim, isti se po pravilu naplaćuje iz vrijednosti dobijene prodajom hipotekovane nepokretnosti, budući da tu uživa prvenstvo u namirenju. Odatle slijedi da bi u slučaju namirenja iz ostale dužnikove imovine hipotekarni povjerilac imao položaj običnog hirografernog povjerioca.

Cijeli postupak namirenja, propisan odredbama Zakona o hipoteci, sprovodi se mimo sudske kontrole, što otvara mogućnost zloupotreba, posebno imajući u vidu privilegovan položaj hipotekarnog povjerioca koji isti po zakonu ima, kao i činjenicu da se u ovoj ulozi po pravilu nalaze banke koje su u neuporedivo boljem ekonomskom položaju u odnosu na hipotekarne dužnike.¹²

1.3.4. Načelo nedjeljivosti

Potraživanje se osigurava cjelokupno i to cjelinom zaloga. To znači da u slučaju djelomičnog podmirenja duga založno pravo ostaje u nesmanjenom obimu sve do potpunog izmirenja potraživanja, a dužnik nema pravo na povrat stvari ili njenog dijela. S druge strane, u slučaju podjele stvari, založno pravo nastavlja postojati na svim dijelovima stvari.

Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH predviđa određena odstupanja od primjene načela nedjeljivosti, između ostalog, u slučajevima ako se smanji potraživanje, sud će, na prijedlog založnog dužnika, dopustiti da se založno pravo ograniči na jedan ili više predmeta zaloga koji su dovoljni za osiguranje preostalog potraživanja. Ovom odredbom zakonodavac je pokušao da na odgovarajući način zaštiti i interese založnog dužnika, jer je nesporno da bi bilo ekonomski i pravno neopravdano isključivo potencirati interese vjerovnika.¹³

¹² S. Stošić, *Realizacija založnog prava na nepokretnosti*, Megatrend revija, 2/2015, Beograd, 2015, str. 192–193.

¹³ E. Hašić et al., *Praktikum za stvarna prava*, Privredna štampa, Sarajevo, 2015, str. 23.

1.4. Svrha hipoteke

Hipoteka je institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Zahvaljujući stalnom prilagođavanju, ona je postala najrazvijeniji oblik založnog prava, koji je do današnjih dana ne samo zadržao, nego i povećao svoj značaj.¹⁴

Iako je u pitanju jedan od najstarijih instituta prava, savremena tržišna ekonomija ne može se zamisliti bez hipoteke kao najpouzdanijeg sredstva obezbjeđenja potraživanja koja nastaju u međusobnim privrednim odnosima subjekata na tržištu u obavljanju njihove djelatnosti.

Savremeno hipotekarno pravo nastalo je u XVIII i XIX vijeku kao produkt razvoja založnog prava u različitim sistemima prava, a težnja je bila da se stvori takav oblik obezbjeđenja koji će maksimalno osigurati pravni položaj povjerioca, a što manje otežati faktički položaj dužnika do momenta realizacije zaloga.

Hipoteka, odnosno hipotekarni odnos, akcesornog je karaktera. U funkciji je obezbeđenja tražbine, kao glavnog i samostalnog prava. Ona služi obezbeđenju potraživanja izraženog u novcu, u domaćoj ili stranoj valuti. Njeno postojanje vrši psihološki pritisak na dužnika, a ukoliko to ne bi imalo efekta, hipotekarni povjerilac može se namiriti iz vrijednosti založene nekretnine.

Činjenica da se hipotekarni povjerilac može namiriti prije običnih povjerilaca i prije kasnijih hipotekarnih povjerilaca predstavlja njegovo pravo prvenstva u naplati potraživanja, što je ujedno jedno od osnovnih obilježja obezbeđujuće svrhe hipoteke. Dakle, hipotekarni povjerilac ne mora biti zabrinut zbog toga što je vlasnik nepokretnosti, odnosno dužnik, naknadno ponovo založio svoju nepokretnost, budući da će on kao povjerilac prvog ranga imati prednost, odnosno prvenstvo u namirenju, u odnosu na kasnije povjerioce. Dakle, kao i kod ostalih stvarnih prava, primjenjuje se načelo *Prior tempore, potior iure*.¹⁵

Pravna doktrina poznaje sljedeća osnovna prava hipotekarnog povjerioca: pravo namirenja, pravo prvenstva, pravo sljedovanja i prava u slučaju smanjenja vrijednosti objekta hipoteke. Pored ovih prava, značajna su i prava hipotekarnog povjerioca u stečajnom postupku.

¹⁴ M. Jankovec, *Hipoteka kao sistem obezbeđivanja potraživanja*, Pravni život, br. 10/04, Beograd 2004, str. 239.

¹⁵ Slobodan Stošić, *Realizacija založnog prava na nepokretnosti*, Megatrend revija, 2/2015, Beograd, 2015, str. 186.

1.5. Vrste hipoteke

Vrste hipoteka mogu se razvrstati prema osnovama za upis hipoteke u nadležni registar. Pa shodno tome postoje:

- 1) dobrovoljna (ugovorna) hipoteka (osnov za upis hipoteke u nadležni registar je ugovor ili sudsko poravnanje),
- 2) jednostrana hipoteka (osnov za upis hipoteke u nadležni registar je založna izjava),
- 3) zakonska hipoteka (osnov za upis hipoteke u nadležni registar je zakon),
- 4) sudska hipoteka (osnov za upis hipoteke u nadležni registar je sudska odluka).

1.5.1. Dobrovoljna (ugovorna) hipoteka

Dobrovoljna, odnosno ugovorna hipoteka predstavlja najčešći oblik hipoteke u pravnoj praksi. Najčešći pravni posao kojim se osniva hipoteka je ugovor, iako prema zakonskom određenju nema zapreka da se dobrovoljno založno pravo osnuje i jednostranom izjavom volje.

Pretpostavke za nastanak ugovorne hipoteke su:

1) Postojanje vlasništva, suvlasništva ili prava raspolaganja (pravo građenja, pravo preče gradnje ili pravo korišćenja nepokretnosti u državnoj ili društvenoj svojini i dr.) založnog dužnika predmetom koji se zalaže. Samo vlasnik može opteretiti stvar hipotekom. Suvlasnik može opteretiti hipotekom svoj idealni dio na nepokretnosti, ali cjelokupni objekt suvlasništva mogu opteretiti samo svi suvlasnici saglasno. Ugovor o hipoteci na objektu u izgradnji može da zaključi i investitor i kupac objekta u izgradnji.

2) Postojanje punovažnog pravnog posla (ugovora o hipoteci) usmjerenog na sticanje hipoteke.

Ugovor o hipoteci (hipotekarni ugovor) ugovor je kojim se dužnik ili netko treći (zalagodavac) obvezuje vjerovniku da će, radi osiguranja određene vjerovnikove tražbine, hipotekom na svojoj nekretnini dopustiti vjerovniku da svoje založno pravo (hipoteku) upiše u zemljišnu knjigu kao teret te nekretnine, a druga ugovorna strana (vjerovnik) obvezuje se da će, čim prestane njezina tražbina osigurana tom hipotekom, učiniti ono što je s njegove strane potrebno da bi se izbrisala hipoteka iz zemljišne knjige.¹⁶

Ugovor o hipoteci mora biti zaključen u pismenoj formi i notarski obrađen. Ovaj ugovor je formalan, teretan i kauzalan pravni posao.

¹⁶ N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 812.

U Bosni i Hercegovini forma notarski obrađene isprave nije samo uslov za izvršnost notarske isprave, već i valjanost pravnog posla, i na njoj se zasniva hipoteka. Radi se o formi *ad solemnitatem*, te je za valjano zasnivanje hipoteke neophodno da pravni posao bude zaključen u formi notarski obrađene isprave.¹⁷

Ugovor o hipoteci treba da sadrži bitne elemente, kao što su: podaci o povjeriocu, zalagodavcu i dužniku, ako su to različita lica, podaci o potraživanju koje se obezbjeđuje, o kamatnoj stopi, valuti obračuna i valuti plaćanja, iznosu pojedinih rata i vremenu njihove dospelosti, mjestu i načinu plaćanja, podatke o predmetu nepokretnosti, uključujući i dokaz o vlasništvu, pripacima i plodovima koje obuhvata, kao i bezuslovnu izjavu vlasnika da pristaje da povjerilac upiše hipoteku na njegovoj nepokretnosti (*clausula intabulandi*), a koja se može i posebno dati.

Ugovor o hipoteci, ukoliko je sastavljen u skladu sa zakonom, ima karakter izvršne isprave i podoban je da bude osnov izvršenja.

Uz osnovu (*titulus*) za sticanje založnog prava, potreban je i *modus*, odnosno način sticanja založnog prava.

Dobrovoljna, odnosno ugovorna hipoteka stiče se upisom u zemljišne knjige.

1.5.2. Jednostrana hipoteka

Jednostrana hipoteka nastaje na osnovu izjave vlasnika stvari kojom se obavezuje da, ukoliko dug ne bude isplaćen o dospelosti, povjerilac naplati svoje potraživanje iz vrijednosti te nepokretnosti.

Po formi i sadržini ona odgovara ugovoru o hipoteci. Upis se vrši na osnovu zahtjeva vlasnika ili povjerioca, a opšti uslovi za nastanak odgovarajući su uslovima za nastanak ugovorne hipoteke.

Osnov za davanje jednostrane založne izjave može da bude i zavještanje, gdje se nasljedniku ili isporukoprimaocu koji su se prihvatili nasljeđa nalaže konstituisanje hipoteke na stečenoj nepokretnosti radi obezbjeđivanja određenog potraživanja.

1.5.3. Sudska hipoteka

Sudska hipoteka stiče se na osnovu pravosnažne i izvršne sudske odluke.

Sudska odluka je pravni osnov, a hipoteka nastaje tek momentom upisa

¹⁷ M. Pvlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009, str. 240.

u zemljišne knjige.

Ona nastaje po pravilima Zakona o izvršnom postupku kao:

- a) sudsko založno pravo na nepokretnosti,
- b) sporazumno založno pravo na nepokretnosti.

a) Sudska hipoteka radi obezbeđenja prinudno je založno pravo na nepokretnostima, koje se zasniva odlukom suda po zahtjevu povjerioca koji poseduje izvršnu ispravu. Izvršna isprava povjerioca treba da glasi na novčano potraživanje. Uknjižba ove hipoteke i zabilježba izvršivosti potraživanja imaju to dejstvo da se izvršenje na hipotekovanoj nepokretnosti može sprovesti protiv svakog trećeg lica koje je pravo vlasništva na toj nepokretnosti ranije steklo, i to neposredno bez podnošenja posebne tužbe. Na sudsku hipoteku shodno se primenjuju odredbe o rangi i redu namirenja povjerioca.

b) Sporazumna hipoteka radi obezbeđenja nastaje na osnovu zajedničkog prijedloga povjerioca i dužnika o zasnivanju i uknjižbi ove hipoteke. Postojanje potraživanja uslov je njenog zasnivanja. Poravnanjem se utvrđuje postojanje saglasnosti stranaka o punovažnosti potraživanja, o vremenu njegove dospelosti i o zasnivanju i uknjižbi hipoteke. Iako je ovo, u osnovi, sporazumna hipoteka, ona se tretira kao sudska, jer sud razmatra prijedlog – poravnanje povjerioca i dužnika, i cijeni njegovu dopuštenost, a zatim na osnovu ovog sudskog poravnanja donosi rješenje o upisu hipoteke.

Prednost ovih hipoteka je u mogućnosti da nakon ispunjenja uslova za realizaciju hipoteke zahtijeva od suda prodaju hipotekovane stvari u izvršnom postupku, bez prethodnog vođenja parničnog postupka.

U postupku zasnivanja sporazumne hipoteke radi obezbeđenja može učestvovati i treće lice kao realni dužnik. Na osnovu sudskog poravnanja, sud po službenoj dužnosti donosi rješenje o sprovođenju uknjižbe.

1.5.4. Zakonska hipoteka

„Mogućnost da nekretnina bude opterećena zakonskim založnim pravima, često s privilegiranim redom prvenstva kakva je postojala u negdašnjim pravnim porecima, bila je opravdano mnogo i teško kritizirana. Ona je štetila pravnoj sigurnosti, jer je često teško, čak i nemoguće bilo saznati nije li neka stvar opterećena s jednom ili više nevidljivih zakonskih založnih prava u nečiju korist. Kako je založno pravo na nekretnini uvijek hipoteka, to založni vjerovnik ne posjeduje stvar, pa bi njegovo zakonsko založno pravo ostalo nevidljivo, stvarajući time probleme sudionicima u pravnom prometu. Zato suvremeni pravni poreci u pravilu ne omogućuju nastajanje zakonskih hipoteka. Tako – barem u pravilu – nema nevidljivih založnih

prava na nekretninama, ne postoji tzv. hypotheca tacita (prešutna hipoteka).

Ponekad zakonodavac odstupa od tog pravila, iz ovih ili onih pravno-političkih razloga. Štetne posljedice koje bi odatle mogle proizići izbjegavaju suvremeni zakonodavci time što redovito omogućuju samo osnivanje tzv. nepravilnih zakonskih založnih prava na nekretninama, naime takvih koja nastaju na temelju zakona, ali tek ako i kada ih vjerovnik upiše u zemljišnu knjigu. Zakonska založna prava na nekretninama koja nastaju upisom u zemljišnu knjigu, ne narušavaju sustav zemljišnih knjiga i povjerenje u njihovu potpunost.¹⁸

Tako je i naš zakonodavac propisao da zakonska hipoteka nastaje momentom kada se ispune uslovi za njen nastanak, odnosno kada nastanu činjenice predviđene zakonom. „Zakonsko založno pravo na nekretnini upisati će se u zemljišnu knjigu na zahtjev založnog vjerovnika.“¹⁹

U našoj pravnoj praksi zakonska hipoteka predviđena je za potraživanja države za neplaćene poreze i doprinose.

„Ako porezni obveznik ne plati poreznu obavezu koju je razrezala Porezna uprava i roku određenom u nalogu za plaćanje, iznos porezne obaveze postaje predmet zakonskog založnog prava u korist Porezne uprave na imovinu i imovinska prava poreznog obveznika osim imovine izuzete u članu 43. stav 5.“ Zakona o Poreznoj upravi Federacije BiH. „Porezna uprava po službenoj dužnosti pribavit će podatke o imovini dužnika na koju se može uspostaviti založno pravo, odnosno hipoteka dostavljanjem zahtjeva za dostavu podataka nadležnom općinskom sudu i drugim organima i institucijama koje vode registre o imovini dužnika.“ Porezna uprava obvezniku će dostaviti „pisanu obavijest o visini i osnovu njegovog dugovanja zbog kojeg se pokreće postupak upisa zakonskog založnog prava u kojoj će se naznačiti imovina na kojoj se zasniva hipoteka. Istovremeno sa obavještenjem dužnika Porezna uprava pokrenut će postupak upisa zakonske hipoteke kod nadležnog zemljišno-knjižnog ureda, odnosno postupak registracije zakonskog založnog prava na pokretnim stvarima i imovinskim pravima u odgovarajućim javnim registrima. Zakonska hipoteka nastaje upisom u zemljišnu knjigu, a prestaje njenim brisanjem.“²⁰

1.6. Prestanak hipoteke

Prestanak založnog prava može biti apsolutan i relativan. Kako je relativan prestanak samo translacija toga prava na drugu osobu, pod prestankom u

¹⁸ N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 851.

¹⁹ Zakon o stvarnim pravima FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13), čl. 152.

²⁰ Zakon o Poreznoj upravi Federacije BiH („Službene novine FBiH“, br. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 i 91/15), čl. 50.

užem smislu mislimo samo na apsolutni prestanak. Razlog apsolutnog prestanka dobrovoljne hipoteke na nekretnini može ležati u onim događajima zbog kojih prestaje dobrovoljno založno pravo na pokretnini (1. propasti stvari, 2. odreknuću, 3. isteku roka i ispunjenju raskidnog uvjeta, 4. prestanku osigurane tražbine, 5. prestanku založnog vjerovnika, 6. rasterećenju i 7. ovršnoj prodaji zaloga), ali i u specifičnom razlogu kao što je 8. ukinuće zbog amortizacije.²¹

Svako stvarno pravo, pa isto tako i hipoteka na nekretnini, neizbježno prestaje propašću one stvari koja je objekt toga prava. No, od kada je u naš pravni poredak opet uvedeno načelo jedinstva nekretnine, jedva da su zamislivi slučajevi propasti nekretnine. Nekretnina je geometrijski određena zemljišna čestica (sa svim svojim pripadnostima), a zemljišna čestica ne može propasti. Čak i ako bude nekretnina stavljena izvan prometa, za to nastaje pravo na naknadu, a u takvom slučaju založno pravo nastavlja svoje postojanje na tom pravu.²²

Ostali događaji zbog kojih prestaje založno pravo na pokretnini (odreknuće, istek roka i ispunjenje raskidnog uvjeta, prestanak osigurane tražbine, prestanak založnog vjerovnika, rasterećenje i ovršna prodaja zaloga) mogu biti razlogom prestanka hipoteke, ali oni sami nisu dovoljni da bi hipoteka prestala – hipoteka, naime, prestaje tek brisanjem (uknjižbom brisanja) iz zemljišne knjige.²³

Navedeni događaji uzrokovati će brisanje hipoteke, ali dok ona ne bude izbrisana, hipoteka će postojati. Upravo zbog toga što hipoteka ne prestaje sve dok nije izbrisana iz zemljišne knjige, u našem suvremenom pravnom poretku prestanak tražbine koju hipoteka osigurava ne dovodi više do tzv. konsolidacije, naime do prestanka založnog prava, samim tim što je prestala tražbina koju to pravo osigurava. Na tome se temelji mogućnost raspolaganja hipotekom koja je ostala upisana u zemljišnoj knjizi, nakon što je tražbina prestala, te mogućnost pridržaja prvenstvenog reda za buduću hipoteku.²⁴

2. Realizacija hipoteke u sudskom izvršnom postupku

2.1. Pokretanje izvršnog postupka

„Dospijećem obveze koja je osigurana založnim pravom na nekretnini ulazi djelovanje založnog prava u stadij namirivanja. U tom stadiju može hipotekarni vjerovnik realizirati svoju ovlast (‘pravo’) da namiri svoje hipo-

²¹ N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 840.

²² Ibidem, str. 840.

²³ Ibidem, str. 840.

²⁴ Ibidem, str. 840.

tekom osigurane tražbine iz vrijednosti one nekretnine koja je opterećena tom hipotekom. Ako se hipotekama tražbina ne ispuni o dospijeću, hipotekarni je vjerovnik ovlašten ostvarivati svoje pravo na namirenje te tražbine iz vrijednosti nekretnine opterećene njegovom hipotekom.

Pravo na namirenje svoje tražbine iz vrijednosti hipotekom opterećene nekretnine može hipotekarni vjerovnik izvršavati jedino putem suda. Kada je predmet založnog prava nekretnina, načelo oficijelnosti djeluje beziznimno – ne postoji nikakva mogućnost izvansudskog namirivanja tražbine. Želi li ostvarivati svoje pravo na namirenje iz nekretnine, založni se vjerovnik mora u svakom slučaju obratiti sudu, kako bi taj dozvolio i proveo unovčenje nekretnine, a potom i namirenje vjerovnikove tražbine iz novca dobivenog unovčenjem. Svoje pravo namirenja osigurane tražbine iz vrijednosti nekretnine opterećene hipotekom, ostvaruje založni vjerovnik putem suda.²⁵

Da bi povjerilac mogao putem suda ishoditi namirenje, treba imati pravni osnov za izvršenje. Pravni osnov za to su u prvom redu izvršne sudske odluke i sudske nagodbe, ali i neke druge isprave koje su u tom pogledu s njima izjednačene, poput vjerodostojnih isprava.

Nema li povjerilac izvršnu ili vjerodostojnu ispravu, on će – da bi namirio svoju tražbinu iz vrijednosti založene nekretnine – trebati protiv vlasnika te nekretnine ustati s hipotekarnom tužbom te uspjeti s njom, tj. ishoditi presudu da je taj dužan trpjeti namirenje iz njegove nekretnine.

Kada presuda postane pravomoćna, pa potom i izvršna (protekom paricijskog roka), ona će biti pravni osnov na kojem će povjerilac moći od suda ishoditi da provede izvršenje radi prisilnog namirivanja.

Izvršni postupak je postupak po kome sudovi sprovode prinudno ostvarenje, koje se pokreće prijedlogom od strane tražioca izvršenja.

Na području Bosne i Hercegovine primjenjuju se četiri zakona iz oblasti izvršnog postupka i to pred:

Sudom Bosne i Hercegovine, sudovima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske te Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

Naš zakonodavac propisao je da sud određuje izvršenje samo na osnovu izvršne ili vjerodostojne isprave.

Izvršne isprave po Zakonu o izvršnom postupku Federacije BiH su:

- 1) izvršna odluka sudova i izvršno sudsko poravnanje;
- 2) izvršna odluka donesena u upravnom postupku i poravnanje u upravnom postupku, ako glasi na ispunjenje novčane obaveze, ukoliko zakonom

²⁵ Ibidem, str. 824.

nije drukčije određeno;

3) izvršna notarska isprava;

4) druge isprave koje su zakonom određene kao izvršne isprave.²⁶

2.2. Ugovor o hipoteci kao izvršna notarska isprava

„Nakon implementiranja notarijata u BiH do tada važeće zakonske odredbe o formi pravnog posla kojim se zasniva hipoteka su derogirane i u entitetima i u Brčko Distriktu BiH i vrijedi odredba Zakona o notarima prema kojoj je za sve pravne poslove koji za predmet imaju prijenos ili stjecanje stvarnog prava na određenoj nekretnini propisana forma notarski obrađene isprave. Zaključivanje pravnog posla u formi notarski obrađene isprave donijelo je određena unapređenja ali i otvorilo određena pitanja.

Novina koja zaslužuje bezrezervnu pozitivnu ocjenu jeste propisima o notarima predviđena mogućnost da notarske isprave budu izvršne isprave. Također su i entitetski zakoni o izvršnom postupku notarske isprave izričito uvrstili u kategoriju izvršnih naslova na osnovu kojih je moguće pokretanje izvršnog postupka.²⁷

Uslovi za izvršenje na osnovu notarske isprave su:

– da je isprava sačinjena u propisanoj formi kao notarski obrađena isprava,

– izvršenje na osnovu notarske isprave moguće je samo za određenu vrstu potraživanja koje ima za predmet novčana potraživanja, potraživanja tačne količine drugih zamjenjivih stvari i vrijednosnih papira,

– da je dužnik izričito pristao na neposredno izvršenje, bez odlaganja, bez vođenja parničnog postupka (klauzula o podvrgavanju neposrednom prinudnom izvršenju).

Notar je dužan u postupku izdavanja otpavka u svrhu izvršenja pribaviti dokaze o ispunjenju uslova za izvršnost originala notarske isprave.

„Da bi sud mogao u rješenju o izvršenju naznačiti izvršnu notarsku ispravu, tražioca izvršenja, izvršenika, potraživanje, sredstvo i predmet izvršenja i dati pouku pravnom lijeku, prilikom sačinjavanja notarske isprave, notar mora voditi računa o tome da nije moguće paušalno podvrgavanje izvršenju.

²⁶ Zakon o izvršnom postupku FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 32/2003, 52/2003 – ispravka, 33/2006, 39/2006 – ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016), čl. 23.

²⁷ M. Powlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009, str. 239.

Da bi u izvršnom postupku tražilac izvršenja mogao dokazati ispunjenje uslova za izvršnost notarski obrađene isprave, otpravak u svrhu izvršenja treba da sadrži:

- štambilj sa tekстом 'otpravak originala u svrhu izvršenja',
- potvrdu notara da je to otpravak originala u svrhu izvršenja sa bilješkom o izvršnosti u kojoj će notar u što kraćem tekstu označiti tražioca izvršenja, izvršenika, potraživanje, sredstvo i predmet izvršenja, sa identičnim sadržajem tih elemenata kao u ugovoru, te će navesti ako je potraživanje u jednom dijelu ostvareno, kao i koji dio ostaje za izvršenje.

Dospjelost potraživanja dokazuje se notarskom javnom izvršnom ispravom (čl. 26. st. 2. Zakona o izvršnom postupku). Notar je dužan, u skladu sa slobodnom voljom stranaka, u notarskoj ispravi da precizira dospelost potraživanja, da bi izvršni sud mogao provesti postupak izvršenja. Notarska isprava postaje izvršna ako je protekao ugovoreni rok protekom zadnjeg ugovorenog dana za ispunjenje potraživanja. Notar će u otpravku originala notarske isprave u svrhu izvršenja naznačiti da je protekao ugovoreni rok za ispunjenje potraživanja, navesti zadnji dan za ispunjenje potraživanja i navesti da je time isprava postala izvršna.

Ako notarska isprava ne bi sadržavala rok dospelosti potraživanja bila bi nepodobna za izvršenje.

Otpravak originala u svrhu izvršenja notar će izdati licima koja su u originalu označena kao povjerioci, odnosno njihovim pravnim sljednicima, pod uslovom da je dokazano ispunjenje uslova za izvršnost notarske isprave. Notar može izdati samo jedan otpravak originala u svrhu izvršenja.²⁸

Taj otpravak notar može izdati samo:²⁹

- licima koja su u svoje ime zaključila pravni posao sadržan u ispravi,
- licima u ime kojih je taj posao zaključen,
- licima u korist kojih je taj posao zaključen, kao i pravnim nasljednicima navedenih lica.

Postupanje suda po notarskoj izvršnoj javnoj ispravi

Postupajući po osnovnim načelima izvršnog postupka, sud će donijeti rješenje u skladu sa čl. 38. ZIP, na osnovu prijedloga za izvršenje notarske obrađene izvršne isprave, kao izvršnog naslova, ispravi kojoj nije potrebna potvrda suda o izvršnosti. Sud će ocijeniti da je notarska isprava podobna za

²⁸ I. Mojović, *Notarska javna izvršna isprava*, Pravna riječ, broj 28, Banja Luka, 2011, str. 11.

²⁹ Zakon o notarima („Službene novine Federacije BiH“, br. 45/2002 i 30/2016 – odluka US), čl. 105.

izvršenje, ako su u njoj naznačeni tražilac izvršenja, izvršenik, predmet, vrsta, obim i vrijeme ispunjenja obaveze.

2.3. Postupak prodaje založenih nekretnina u izvršnom postupku

Izvršenje na nepokretnosti provodi se zabilježbom izvršenja u zemljišnoj knjizi, utvrđivanjem vrijednosti nepokretnosti, prodajom nepokretnosti i namirenjem tražioca izvršenja iz iznosa dobijenog prodajom.³⁰

Zabilježba izvršenja

Čim donese rješenje o izvršenju sud će po službenoj dužnosti odrediti da se u zemljišnoj knjizi upiše zabilježba izvršenja.

Tom zabilježbom tražilac izvršenja stiče pravo da svoje potraživanje namiri iz nepokretnosti (pravo na namirenje), a lice koje nakon upisane zabilježbe izvršenja stekne određena prava nad tom nepokretnošću dužno je trpiti prvenstveno ostvarenje prava na namirenje tražioca izvršenja stečenog tom zabilježbom.

Promjena vlasnika nepokretnosti tokom izvršnog postupka ne sprečava da se taj postupak nastavi protiv novog vlasnika kao izvršenika, do visine vrijednosti nepokretnosti. Sve radnje preduzete prije toga ostaju na snazi i novi vlasnik ne može u postupku preduzimati one radnje koje ne bi mogao preduzeti prijašnji vlasnik da do promjene vlasništva nije došlo.³¹

Utvrđivanje vrijednosti nepokretnosti

O načinu utvrđivanja vrijednosti nepokretnosti sud će odlučiti zaključkom odmah nakon što donese rješenje o izvršenju. Ako je to potrebno, sud će prije donošenja zaključka održati ročište sa strankama.

Vrijednost nepokretnosti utvrđuje se na osnovu procjene vještaka i drugih činjenica u visini njene tržišne cijene na dan procjene. Pri utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti vodit će se računa i o tome koliko ona manje vrijedi zbog toga što na njoj ostaju određena prava i poslije prodaje.

Umjesto procjene, sud može na navedeni način zatražiti dostavu podataka o vrijednosti nepokretnosti od nadležnog organa poreske uprave.³²

Zaključak o prodaji

³⁰ Zakon o izvršnom postupku FBiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 32/2003, 52/2003 – ispravka, 33/2006, 39/2006 – ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016), čl. 68.

³¹ Ibidem, čl. 72.

³² Ibidem, čl. 80.

Akt suda kojim formalnopravno započinje sudska prodaja nepokretnosti naziva se Zaključak o prodaji, a isti sadrži informacije o utvrđenoj vrijednosti nekretnine, određivanju načina i uslova prodaje, te vrijeme i mjesto prodaje (ako se prodaja nepokretnosti vrši putem javnog nadmetanja).

Postoji mogućnost da stranka u postupku o svom trošku objavi Zaključak o prodaji u sredstvima javnog informisanja, odnosno da o zaključku obavijesti lica koja se bave posredovanjem u prodaji nekretnina. Od objavljivanja Zaključka o prodaji na sudskoj oglasnoj tabli do dana prodaje mora proteći najmanje 30 dana.³³

Zaključak o prodaji dostavlja se strankama, licima koja imaju prvenstveno pravo namirenja ili pravo namirenja istog ranga kao i tražilac izvršenja, licima koja imaju upisano ili zakonsko pravo preče kupovine i nadležnom organu poreske uprave (u Brčko Distriktu BiH nadležnom organu poreske uprave Direkcije za finansije).

Način prodaje nekretnine

U zakonima o izvršnom postupku u BiH specificirano je da se sudska prodaja nekretnine vrši putem usmenog javnog nadmetanja, što znači da je zakonodavac dao prednost ovakvoj vrsti prodaje nekretnine u odnosu na sudsku prodaju nekretnine neposrednom pogodbom, koja predstavlja moguću opciju u zavisnosti od konkretnog slučaja. Kada se radi o sudskoj prodaji nekretnine putem usmenog javnog nadmetanja ročište za prodaju nepokretnosti održava se u sudskoj zgradi, ako sud nije drugačije odredio, i to pred sudijom pojedincem ili stručnim saradnikom kojeg on odredi (za prodaje nekretnina koje se prodaju prema Zakonu o izvršnom postupku pred Sudom BiH i Zakonu o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH ovo ročište održava se pred sudijom pojedincem).

Ostavljena je mogućnost da se stranke i založni povjerioci čije je pravo namirenja istog ili prvenstvenog ranga u odnosu na tražioca izvršenja mogu sporazumjeti u pisanom obliku najkasnije do prodaje nekretnine na javnom nadmetanju, da se prodaja nekretnine izvrši u određenom roku, neposrednom pogodbom, preko lica ovlašćenog za promet nekretnina, sudskog izvršioca ili na drugi način.³⁴

Uslovi prodaje nekretnina

Uslovi prodaje nekretnine unose se u Zaključak o prodaji i pored ostalih podataka sadrže:

- bliži opis nekretnine s pripadnicima,

³³ Ibidem, čl. 82.

³⁴ Ibidem, čl. 84.

- naznačenje prava trećih lica koja ne prestaju prodajom,
- naznačenje da li je nekretnina slobodna od lica i stvari ili se koristi i po kom pravnom osnovu,
- vrijednost nekretnine,
- cijenu po kojoj se nekretnina može prodati i ko je dužan platiti poreze i takse u vezi sa prodajom,
- rok u kojem je kupac dužan položiti cijenu,
- način prodaje,
- iznos osiguranja, rok u kojem mora biti dato, kod koga i kako mora biti dato,
- posebne uslove koje kupac mora ispunjavati da bi mogao steći nekretninu.

Rok u kojem je kupac dužan položiti cijenu ne može biti duži od 30 dana od dana prodaje, bez obzira na to da li se cijena isplaćuje odjednom ili u ratama. Ovaj rok iznosi šest mjeseci za sudske prodaje nekretnina koje se vrše na osnovu Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH.³⁵

Davanje osiguranja (učesća)

U slučaju sudske prodaje nekretnina putem javnog nadmetanja kao kupci mogu učestvovati samo lica koja su prethodno dala određeni iznos osiguranja (učesća).

Osiguranje (učesće) iznosi jednu desetinu određene vrijednosti nekretnine, s tim što ne može iznositi više od 10.000,00 KM (ovaj cenzus od 10.000,00 KM određen je u slučajevima kada se vrši sudska prodaja nekretnine prema Zakonu o izvršnom postupku FBiH i Zakonu o izvršnom postupku RS).

Ponuđačima čija ponuda nije prihvaćena vratit će se osiguranje (učesće) odmah nakon zaključenja javnog nadmetanja.³⁶

Ročište za prodaju nekretnine

Ročište za javno nadmetanje održat će se i u prisustvu samo jednog ponuđača, dok sud može, na zahtjev lica koja imaju pravo prvenstvenog namirenja, na prijedlog stranke ili drugih lica, odrediti da se ročište za prodaju odgodi ako učestvuje samo jedan ponuđač.³⁷

Ko ne može biti kupac nekretnine

Kupac nekretnine ne može biti sudija ili drugo lice koje službeno sudjeluje u postupku prodaje, njihov supružnik i s njima povezana lica (preci,

³⁵ Ibidem, čl. 85.

³⁶ Ibidem, čl. 86.

³⁷ Ibidem, čl. 87.

potomci, braća i sestre i njihovi supružnici), izvršenik i njegov supružnik, a ni lice koje prema zakonu ne može steći nekretninu koja je predmet izvršenja.³⁸

Prodajna cijena nekretnine

Kada je u pitanju prodajna cijena nekretnine koja se prodaje po odredbama Zakona o izvršnom postupku FBiH, Zakona o izvršnom postupku RS i Zakona o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH važe sljedeća pravila:

- Na prvom ročištu za javno nadmetanje ne može se nekretnina prodati ispod polovine utvrđene vrijednosti;
- Ako se nekretnina ne proda na prvom sud će zakazati drugo ročište u roku od 30 dana. U istom roku sud će zakazati ročište i u slučaju da tri ponuđača sa najvišom ponudom na prvom ročištu nisu uplatila prodajnu cijenu u skladu sa važećim odredbama zakona;
- Na drugom ročištu nekretnina ne može biti prodana za manje od jedne trećine vrijednosti utvrđene zaključkom o prodaji. Početna ponuda na drugom ročištu ne može biti manja od jedne trećine od utvrđene vrijednosti;
- Ako nekretnina ne bude prodana ni na drugom ročištu, sud će u roku od najmanje 15 do najviše 30 dana zakazati treće ročište, na kojem nepokretnost može biti prodana bez ograničenja najniže cijene u odnosu na utvrđenu vrijednost (važi samo za Federaciju BiH);
- Stranke i lica koja se namiruju u postupku mogu se sporazumjeti, izjavom datom na zapisnik, da se nekretnina može prodati nadmetanjem i za cijenu nižu od onih prethodno navedenih.

Ova pravila se na odgovarajući način primjenjuju i u slučaju u kojem se nekretnina prodaje neposrednom pogodbom.

Za prodajnu cijenu nekretnina koje se prodaju po odredbama Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH, važe sljedeća pravila:

- Na prvom ročištu za nadmetanje nekretnina se ne može prodati ispod četiri petine utvrđene vrijednosti;
- Ako se nekretnina ne proda na prvom ročištu, Sud će zakazati drugo ročište, na kojem se nekretnina može prodati ispod utvrđene vrijednosti, ali ne ispod polovine te vrijednosti;
- Od prvog do drugog ročišta mora proteći najmanje trideset dana;
- Stranke i lica, koji se namiruju u postupku mogu se sporazumjeti izjavom

³⁸ Ibidem, čl. 88.

datom na zapisnik kod Suda da se nekretnina može prodati nadmetanjem i za cijenu nižu od onih prije navedenih.

Ova pravila shodno se primjenjuju i u slučaju prodaje nekretnina neposrednom pogodbom.

Ročište za nadmetanje i prodaja (dosuda) nepokretnosti

I u ovom slučaju nisu identična pravila kada se radi o prodaji nekretnine po svim zakonima o izvršnom postupku. Tako prema Zakonu o izvršnom postupku FBiH i Zakonu o izvršnom postupku RS važe sljedeća pravila:

- Pošto utvrdi da je udovoljeno uslovima za održavanje ročišta za nadmetanje, sud objavljuje da se pristupa nadmetanju;

- Ako se postupak izvršenja provodi na suvlasničkom dijelu, sud će na prodaju istovremeno ponuditi i suvlasnički dio i cjelokupnu nekretninu. Nakon stavljanja najpovoljnijih ponuda i za suvlasnički dio i za cjelokupnu nekretninu, te nakon ocjene zakonskih uslova, sud će zaključkom odlučiti o konačnom predmetu prodaje;

- Nadmetanje se zaključuje kad istekne deset minuta od neposrednog stavljanja najpovoljnije ponude;

- Nakon zaključenja nadmetanja, utvrđuje se lista onih koji su ponudili cijenu iznad minimuma i da je nekretnina prodana najpovoljnijem ponuđaču, ukoliko su ispunjeni ostali uslovi;

- O prodaji nekretnine najpovoljnijem ponuđaču sud donosi pisani zaključak koji se objavljuje na sudskoj tabli;

- Smatrat će se da je zaključak dostavljen svim licima kojima se dostavlja zaključak o prodaji, te svim učesnicima u nadmetanju istekom trećeg dana od dana njegovog isticanja na oglasnoj tabli;

- O ročištu za prodaju vodi se zapisnik.³⁹

Pravila ročišta za nadmetanje i dosudu određena Zakonom o izvršnom postupku pred Sudom BiH i Zakonom o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH razlikuju se od prethodno navedenih u tome što Sud donosi pismeno rješenje (rješenje o dosuđenju), koje se objavljuje na sudskoj tabli.

Prodaja nekretnine neposrednom pogodbom

U slučaju prodaje neposrednom pogodbom sud će donijeti zaključak pošto utvrdi da je udovoljeno uslovima za punovažnost prodaje. Predmetni

³⁹ Ibidem, čl. 90.

zaključak objavljuje se na sudskoj tabli i dostavlja svim licima kojima se dostavlja zaključak o prodaji, kao i kupcu.

Sve gorenavedeno vrijedi i primjenjuje se i na prodaju neposrednom pogodbom i odnosi se na postupak sudske prodaje nekretnina po Zakonu o izvršnom postupku FBiH i Zakonu o izvršnom postupku RS.

Prodaja neposrednom pogodbom regulisana Zakonom o izvršnom postupku pred Sudom BiH i Zakonom o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH karakteristična je po tome što Sud donosi rješenje o dosuđenju nekretnine prodate neposrednom pogodbom, pošto utvrdi da je udovoljeno uslovima za pravovaljanost prodaje. To rješenje objavljuje se na sudskoj ploči i dostavlja svim licima kojima se dostavlja zaključak o prodaji te nekretnine kupcu.

Polaganje prodajne cijene

Kao i u prethodnim slučajevima zakonske odredbe koje regulišu polaganje prodajne cijene nekretnine se razlikuju.

Tako prema Zakonu o izvršnom postupku FBiH i Zakonu o izvršnom postupku RS za polaganje prodajne cijene nekretnine važe sljedeća pravila:

- Ponuđač sa najvišom ponudom na ročištu plaća ukupnu prodajnu cijenu umanjenu za položeno osiguranje (učesće), polaganjem cijene sudu u roku koji je sud odredio, a koji ne može biti duži od 30 dana od dana objavljivanja zaključka na sudskoj tabli;

- Ukoliko ponuđač sa najvećom ponudom ne deponuje prodajnu cijenu u predviđenom roku, sud će zaključkom proglasiti prodaju tom ponuđaču nevaljanom i novim zaključkom odrediti da je nepokretnost prodana drugom po redu ponuđaču koji treba da u roku koji odredi sud, a koji ne može biti duži od 30 dana od dana prijema tog zaključka, sudu deponuje prodajnu cijenu. Ukoliko drugi ponuđač ne položi cijenu u predviđenom roku, sud primjenjuje ova pravila i na trećeg ponuđača;

- U slučaju da sva tri ponuđača sa najvišom ponudom ne ispune svoje obaveze plaćanja prodajne cijene u određenim rokovima, sud može oglasiti da prvo ročište nije uspjelo i zakazati novo ročište;

- Ako je tražilac izvršenja kupac, a ne postoje druga lica čija se potraživanja namiruju iz prodajne cijene prije njega, nije obavezan položiti cijenu sudu do visine svog potraživanja.

Polaganje prodajne cijene prema Zakonu o izvršnom postupku pred Sudom BiH i Zakonu o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH dosta je

jednostavnije uređeno. Prema ovim zakonima, pravila za polaganje prodajne cijene su sljedeća:

Kupac je dužan položiti u Sud cijenu u roku određenom u Zaključku o prodaji, u protivnom, Sud će rješenjem prodaju oglasiti nevažećom i odrediti novu prodaju.

Iz položenog obezbjeđenja (učesća) izmirit će se troškovi nove prodaje i nadoknaditi razlika između cijene postignute na ranijoj i novoj prodaji.

Predaja nekretnine kupcu

Nakon polaganja cijene, sud rješenjem dosuđuje nekretninu kupcu, donoseći rješenje o dosudi. Tim rješenjem sud određuje da se nepokretnost preda kupcu, a zemljišnoknjižnom sudu da se izvrši upis promjene prava vlasništva te brišu prava trećih, za koje je to rješenjem određeno. Protiv rješenja o dosudi nije dozvoljen prigovor, ali se može izjaviti žalba. Rješenje o dosudi objavljuje se na oglasnoj tabli. Istekom trećeg dana od dana isticanja na oglasnoj tabli smatra se da je rješenje dostavljeno svim licima kojima se dostavlja zaključak o prodaji, te svim učesnicima u nadmetanju.⁴⁰

Zaštita prava kupca nekretnine

Ukidanje ili preinačenje rješenja o izvršenju poslije provođenja rješenja o dosudi nekretnine nema uticaja na pravo vlasništva kupca stečeno prodajom nekretnine prema zakonima o izvršnom postupku.⁴¹

Obustava izvršenja

Sud će obustaviti izvršenje ako se nepokretnost nije mogla prodati ni na trećem ročištu.

U slučaju prodaje neposrednom pogodbom, sud će obustaviti izvršenje ako se nepokretnost nije mogla prodati u roku određenom sporazumom stranaka i lica koja se namiruju u postupku, osim ako sporazumom stranaka nije drukčije određeno.

Obustava izvršenja ne sprečava pokretanje novog izvršnog postupka, radi naplate tog potraživanja na istoj nepokretnosti.⁴²

3. Namirenje hipotekarnih povjerilaca u izvršnom postupku

⁴⁰ Ibidem, čl. 93.

⁴¹ Ibidem, čl. 94.

⁴² Ibidem, čl. 95.

Sud pristupa namirenju tražilaca izvršenja odmah nakon donošenja rješenja o dosudi.

Iz prodajne cijene namiruju se tražioci izvršenja na čiji je prijedlog određeno izvršenje, založni povjerioci i kad nisu prijavili svoja potraživanja i lica koja imaju pravo na naknadu za lične služnosti.

Višak prodajne cijene koji preostane predat će se izvršeniku ako za to nema smetnji.⁴³

Prvenstveno namirenje

Iz iznosa dobijenog prodajom namiruju se prvenstveno, i to ovim redoslijedom:

- 1) troškovi izvršnog postupka;
- 2) potraživanja založnih povjerilaca koja se po redu prvenstva namiruju prije tražioca izvršenja;
- 3) potraživanja tražioca izvršenja, po čijem je prijedlogu određeno izvršenje;
- 4) potraživanja založnih povjerilaca, koja se po redu prvenstva namiruju poslije tražioca izvršenja;
- 5) naknada za lične služnosti koje se prodajom gase.

Ako izvršenik pored glavnog potraživanja duguje i kamatu, ona se namiruje prije iznosa glavnog potraživanja.

Više lica unutar iste tačke iz stava 1. ovog člana namiruju se po redu sticanja založnog prava i prava na namirenje tražioca izvršenja koji su predložili izvršenje, odnosno po redu sticanja ličnih služnosti, a ako je bio ustupljen prvenstveni red, tada se lica iz stava 1. ovog člana namiruju po tom uspostavljenom prvenstvenom redu.⁴⁴

Ročište za diobu

Nakon donošenja rješenja o dosudi sud određuje ročište za diobu cijene (iznosa dobijenog prodajom), ako ima više od jednog tražioca izvršenja ili trećih lica koja imaju prava na namirenje.

Na ročište se pozivaju, pored stranaka, i lica koja prema stanju spisa i prema podacima iz zemljišne knjige polažu pravo da se namire iz tog iznosa.

U pozivu će se ta lica upozoriti na to da će se njihova potraživanja, ukoliko ne dođu na ročište, uzeti prema stanju koje proizilazi iz zemljišne

⁴³ Ibidem, čl. 97.

⁴⁴ Ibidem, čl. 98.

knjige i spisa te da, najkasnije na ročištu za diobu, mogu drugom osporiti potraživanje, njegovu visinu i red namirenja.

Na ročištu se raspravlja o namirenju tražioca izvršenja i drugih lica koja postavljaju zahtjev za namirenje.

Sud će na ročištu obavijestiti prisutna lica o datumu donošenja rješenja o namirenju, nakon čega će se, na odgovarajući način, primjenjivati opće odredbe o dostavi, uključujući i pretpostavke i posljedice propuštanja preuzimanja rješenja.⁴⁵

Rješenje o namirenju

O namirenju tražioca izvršenja i drugih lica kojima pripada pravo na namirenje, sudija bez odlaganja odlučuje rješenjem nakon održanog ročišta, uzimajući u obzir podatke iz spisa i zemljišne knjige, kao i stanje utvrđeno na ročištu.⁴⁶

Zaključak

Hipoteka kao založno pravo na nekretninama, zasigurno opravdava epitet najboljeg sredstva za osiguranje potraživanja, prije svega zbog psihološkog uticaja na dužnika o mogućem gubitku založene nekretnine.

Međutim, sama realizacija hipoteke, koja je po legislativi Bosne i Hercegovine, poštujući načelo oficijelnosti, moguća samo kroz prodaju putem sudskog izvršnog postupka, ne predstavlja baš najefikasnije rješenje i ne pruža veliku pravnu sigurnost za hipotekarnog povjerioca o naplati njegovih potraživanja u cjelokupnom iznosu.

Realizacija hipoteke u sudskom izvršnom postupku, kao i svi ostali sudski postupci mogu biti dugotrajni.

Zbog pretrpanosti sudova, propisani zakonski rokovi u praksi se uglavnom ne poštuju, te je moguće da između ročišta za prodaju nekretnina prođe i po nekoliko mjeseci.

U sudovima u Federaciji BiH nekretnine se najčešće prodaju uglavnom na trećoj prodaji, kada ne postoji ograničenje početne cijene, te se prodaju daleko ispod procijenjene i tržišne vrijednosti.

Sve to predstavlja rizik za hipotekarnog povjerioca o naplati njegovih potraživanja.

⁴⁵ Ibidem, čl. 108.

⁴⁶ Ibidem, čl. 109.

S tim u vezi, reforma legislative Bosne i Hercegovine koja reguliše realizaciju hipoteke nameće se kao neophodna potreba.

Jedno od mogućih rješenja u vezi s tim pitanjem je svakako slijeđenje primjera Republike Srbije, koja ima poseban Zakon o hipoteci, kojim je regulisana i vansudska realizacija hipoteke, kako bi se što više rasteretili sudovi, ali kako bi, prije svega manje formalnim i prije svega bržim postupkom, hipotekarni povjerilac namirio svoje potraživanje kroz hipoteku.

LITERATURA

Knjige

Čalija, B., Omanović, S. *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000.

Čolak, B. *Priručnik za polaganje pravosudnog ispita iz građanskog prava*, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo, 2015.

Čović, Š. *Poslovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2003.

Gavella, N. et al. *Stvarno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2011.

Hašić, E. et al. *Praktikum za stvarna prava I i II dio*, Privredna štampa d. o. o., Sarajevo, 2015.

Medić, D. *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Fakultet pravnih nauka Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2007.

Medić, D. – Tajić, H. *Založno pravo u praksi*, Privredna štampa d. o. o., Sarajevo, 2009.

Povlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009.

Rizvanović, E. – Nanić, A. *Poslovno statusno pravo*, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo, 2018.

Tadić, M. *Privredno pravo, prema programu pravosudnog ispita – 3.* izmijenjeno i dopunjeno izdanje, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo, 2016.

Vedriš, M. – Klarić, P. *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003.

Članci

Jankovec, M. *Hipoteka kao sistem obezbeđivanja potraživanja*, Pravni život, br. 10/04, Beograd, 2004, str. 239.

Medić, D. *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) vol. 27, br. 1 (2006), str. 441–464.

Mojović, I. *Notarska javna izvršna isprava*, Pravna riječ, broj 28/2011, Banja Luka, 2011,

Stošić, S. *Realizacija založnog prava na nepokretnosti*, Megatrend revija, 2/2015, Beograd, 2015, str. 185–200.

Vicković, T. *Namirenje hipotekarnog poverioca – efikasnost i problemi*, Bankarstvo 5–6, Novi Sad, 2008.

Propisi

Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13, 100/13).

Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12 i 46/16).

Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 59/03, 85/03, 64/05 i 118/07).

Zakon o izvršnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 18/03).

Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 39/2013 i 47/2017).

Zakon o notarima („Službene novine Federacije BiH“, br. 45/2002 i 30/2016 – odluka US).

Zakon o poreznoj upravi Federacije BiH („Službene novine FBiH“, br. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 i 91/15).

Zakon o hipoteci („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015).

MORTGAGE AND EXECUTION OF MORTGAGE IN THE COURT EXECUTION PROCEDURE

Arif Nanić, PhD*
Anes Nanić, LL.B

Abstract

In this paper, the authors present to us nowadays an indispensable legal institute: the "mortgage", from the very beginning and history of the mortgage, its definition, purpose, use, and finally, on which a particular emphasis will be placed, and that is the mortgage realization process. Mortgage, as a type of lien, in the legislation of Bosnia and Herzegovina, is defined in the Property Law.

It is now widely recognized that a mortgage is certainly the best way of securing a claim.

The authors' main objective is to present in the paper the process of mortgage realization, that is, how the mortgage lender settles its overdue and unpaid receivables, and whether the mortgage justifies the epithet of the best collateral in this regard, or if there is still a risk that the mortgage lender would not fully collect his claim.

Keywords: *Lien, mortgage, mortgagee, mortgagor, mortgagee, enforcement proceedings*

*Assistant Professor

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК: 347.72:347.714(094.5)

doi 10.7251/PR5919381V

Прегледни научни чланак

ПРЕДЛОГ РЕГУЛИСАЊА НОВИХ ПРАВНИХ ФОРМИ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА

Др Мирко Васиљевић*

Резиме: Привредна друштва представљају основне економске јединице, чија је битна карактеристика стварање профита. На овој претпоставци базира се и њихов живот, као и живот датог друштва, државе. Отуда је систем уређења ових друштава од посебне важности за развој и конкурентност. Овај систем налаже одговарајући избор и обим избора државне регулативе, посебно правилан одабир императивне регулативе и диспозитивне регулативе, с обзиром на то да само ова последња омогућује слободу уговарања и креацију „друштва-уговора“, што је инвестициона потреба. Овај систем такође налаже и избор и обим избора саморегулативе привредних друштава, у циљу даље афирмације института „друштво-уговор“.

У овом раду аутор се залаже за проширење правних форми привредних друштава утврђених српским законом који уређује привредна друштва, управо из потребе јачања уговорне природе нејавних акционарских друштава, с једне стране, као и из потребе афирмације уговора и уговорне природе привредних друштава, с друге стране. Аутор предлаже увођење три нове правне форме привредних друштава: тајно друштво, ортаклук с ограниченом одговорношћу и поједностављено акционарско друштво, као и увођење још једног привредног субјекта: предузетник с ограниченом одговорношћу (ради смањења ризика предузетника).

*Академик АНУРС, проф. Правног факултета Универзитета у Београду и Председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

Кључне речи: *привреда, привредна друштва, тајно друштво, ортаклук с ограниченом одговорношћу, поједностављено акционарско друштво, предузетник с ограниченом одговорношћу.*

1. Уводна одређења

Као што основни темељ сваког друштва чини породица, тако и основни темељ привреде сваке земље чине основне економске јединице – привредни субјекти организовани у форми привредних друштава и предузетника. Приватизација колективних својинских облика неприватноправне природе омогућила је и креацију нових правних форми привредних субјеката типа привредних друштава, насталих на основама класичног грађанскоправног уговора – *уговора о ортаклуку*, који, нажалост, још увек није интегрални део правног корпуса именованих уговора у српском правном животу. У сваком случају, чини се да нема спора да је правна природа привредних друштава, бар у оснивачкој фази, фази настанка, уговорна, што уговорно право чини неодвојивим везивним ткивом права привредних друштава (компанијског права у ширем смислу). Зависно од форми привредних друштава, уговорна природа обележава и сам живот неких привредних друштава, независно од тога да ли оснивачки уговор води настанку правног субјекта, док код других форми управо на тој основи настали правни субјект у доброј мери преобликује ту уговорну природу привредног друштва у институционалну природу.

Привреди сваке земље важно је неговање основног принципа тржишта и у самој могућности избора форме организовања привредног друштва – *слобода избора*, као што је такође важно и питање домета слободе уговорника у креацији профила изабраног модела привредног друштва – слобода уговарања. И за слободу избора правних форми привредних друштава важно је питање да ли је она довољна и да ли законом именоване форме задовољавају потребе пословних људи, а и за слободу уговарања у обликовању изабране форме привредног друштва важно је питање да ли је она довољна или не, као и да ли је мера државне регулације и саморегулације правилно утврђена и да ли је избор природе норми регулисања прави. Отворено је питање да ли је слобода уговарања ограничена правним субјективитетом привредног друштва који креира „интерес привредног друштва“, те да ли овај интерес мења уговорну вољу и тиме интерес сваког уговорника привредног друштва у животу тог друштва и престанку својства уговорника – одговори на ова питања одређују и сам карактер и вредност регулативе привредних друштава.

2. Слобода избора форме – проширење избора српског права

Закон о привредним друштвима Србије¹ познаје четири актуелне правне форме привредних друштава: ортакчко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Упоредноправно посматрано, ове форме спадају у тзв. стандардизоване форме ових друштава, с обзиром на то да их познају, мање-више, сва законодавства.² Од доношења првог закона у бившој земљи који је омогућио оснивање привредних субјеката типа привредних (трговачких, трговинских) друштава протекло је управо три деценије (1989–2019),³ те се поставља питање зрелости тренутка увођења и неких нових форми, које имају одређени значај, а које су већ са значајном правном традицијом у неким земљама. Чини нам се да бројни разлози говоре овом у прилог, пре свега, потреба ширења лепезе форми и на тој основи снажења конкурентности и слободе уговарања, чиме се афирмише слобода воље и излази у сусрет све разумљивијим инвестиционим потребама. Овде на првом месту мислимо на потребу увођења у српски правни систем три нове правне форме привредних друштава и једне нове форме предузетника: тајно друштво, ортаклук са ограниченом одговорношћу и поједностављено акционарско друштво, као и предузетник са ограниченом одговорношћу.

2.1. Тајно (тихо) друштво у англосаксонском и континенталном праву и пракси

Правну форму тајног (тихог) друштва познају неке земље: *la société en participation* у француском праву; тајно друштво у ранијем југословенском праву; „тихо друштво“ у немачком и енглеском праву – *stille Gesellschaft* и *silent partnership*; *les associations momentanées et les associations en participation* у белгијском праву).⁴ Српски закон ову фор-

¹ Закон о привредним друштвима Србије – ЗОПД, „Службени гласник РС“ бр. 36/2011, 99/11 и 44/18.

² L. C. V. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992. (71, 85–108) пише о расту броја инкорпорисаних друштава (компанија) и паду броја неинкорпорисаних друштава (ортаклуци), као и о предностима и недостацима инкорпорације. У основи, и поред еволуције модерног ортаклука сматра се да он није погодна форма за велика друштва и да тип компанија (корпорација) у том смислу има стратешке предности.

³ Закон о друштвеном капиталу, „Службени лист СФРЈ“ бр. 84/89.

⁴ Вид. Code civil (1804), чл. 1871–1873; Југословенски трговачки законик (ЈТЗ, 1937), §489–499; Белгијски трговински закон (БелТЗ, 1995), чл. 175–176; Швајцарски законик о облигацијама (ШЗО, 1911), чл. 530–551; Немачки трговачки законик (HGB, 1907), sec. 230 et seq.

му не регулише изричито, али се чини да она није забрањена, будући да спада у форме друштва које се не региструју и по правилу је грађанско друштво (није искључена ни трговачка природа).

Основна одлика овог друштва је настајање на основу уговора привредних друштава (као и физичких лица предузетника) – може бити писмен, што је препоручљиво ради опрезности, или усмен („друштво-уговор“) између тајног члана, који улаже уговорени улог у подухват неког предузетника, и тог предузетника као друге уговорне стране (најмање два члана – ако има више чланова, тајни чланови немају међусобне односе и практично се ради о онолико тајних друштава колико има тајних чланова, осим ако није уговорено постојање једног друштва). Тајно друштво може се доказивати свим доказним средствима (с обзиром на то да је чисто уговорна форма без институционалности јер нема субјективитет, осим евентуално „порески субјективитет“ уз солидарну неограњену одговорност према фискусу).⁵

Тајно друштво постоји само у интерним односима између уговорних страна (за интерне односе важе уговорена правила, а у њиховом недостатку – правила ортаклука), нема правни субјективитет, ни регистровано пословно име и не уписује се у регистар. Будући да нема правни субјективитет, ово друштво нема своју имовину (улози чланова, зависно од уговора, јесу или приватна имовина сваког члана у односу на трећа лица или су имовина предузетника – носиоца посла који иступа према трећим лицима, а није искључен ни договор да чланови друштва своје улоге или бар део улога учине „неделивим“, када се у смислу односа према трећим лицима, што је тајност, ипак сматра да он припада јавном члану – управљачу). За пуноважност овог уговора важе општа правила уговорног и компанијског права.⁶ Тајно друштво, иако по правилу неформалног ортакчког типа, разликује се од сличних института: грађанско друштво, трговачко друштво, командитно друштво, уговор о зајму или кредиту, уговор о лизингу, уговор о подизвођењу радова.⁷

⁵ Вид. Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 565–576; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 202–203; M. Cozian, A. Viandier, *Droit des sociétés*, Paris, 1998, 504–511; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 508–520; Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 665–678; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 241–250; P. L. Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 903–917; C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, *Partnerships*, Berlin, 1997, 114–127; О. Госпавић, *Трговачко право*, Београд, 1938, 247–250; М. Стражњицки, *Тумач трговачкога закона од 1937. године*, Загреб, 1939, 480–487; Ј. Барбић, *Право друштава – друштва особа*, Загреб, 2002, 525–574; Ш. Ивањко, М. Коцбек, *Корпорацијско право*, Марибор, 2003, 391–397.

⁶ P. L. Cannu, B. Dondero, 908–910; C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 114.

⁷ C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 117–118.

Улог чланова зависи од уговора и може бити и у раду (што је правило за јавног члана који иступа према трећим лицима) и у капиталу (што је правило за тајног члана). Друштво нема реалне „уделе“, већ се учешће сваког члана у „активности“ подухвата реализује као потраживање између чланова или према члану „управљачу“ подухвата. Чланови задржавају своја реална права на свом улогу у подухват који могу пренети на друго лице (цесија) уз сагласност свих учесника, осим ако се другачије уреди. И за ово друштво је карактеристичан *affectio societatis*, који га и одваја од неких уговора у којима он не постоји (уговор о раду, уговор о зајму и сл.). У овом друштву, посебно ако остане неоткривено, јако је наглашен елемент *intuitu personae* (и тајни члан има фидуцијарну дужност према подухвату). Ово друштво не може да објављује јавни позив за упис акција и да емитује хартије од вредности. Сарадња на принципима овог друштва могућа је и међу физичким и међу правним лицима. Интерес у подухвату једног члана није преносив без сагласности другог члана, а такође је и пренос других права из подухвата условљен сагласношћу другог члана (право на информисање, имовинска права). Пренос потраживања спољњег члана улога од тајног члана је, пак, могућ.⁸

Интерни односи између чланова (ортака) слободно се уређују (слобода уговарања – омогућује креацију атипичног тајног друштва: учешће тајног члана у вредности имовине подухвата и учешће у вођењу послова и типичног друштва – не подразумева обе одлике атипичног). Иако ово друштво нема субјективитет (не уписује се у регистар и не објављује), у интерним односима оно има своје пословно име и своје седиште. Друштво има свог управљача – пословођу, који ради у своје име користећи имовину која му је из подухвата на располагању. Овај однос одређује ко ће иступати према трећим лицима – теорија мандата (пословођа је пуномоћник других чланова).⁹ Расподела учешћа у добити и сношењу губитака уговорне је основе, могуће је искључење учешћа тајног члана у губицима, али није могуће искључење учешћа у добити.

Спољни однос између тајног члана и јавног члана (управљача, пословође, „власника бизниса“ – једини пословођа и заступник подухвата, који мора деловати пажњом коју иначе поклања у сопственим пословима), како је добро приметио један аутор, подсећа на ванбрачну заједницу: ако је та заједница тајна, она подсећа на варијанту овог друштва где се

⁸ C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 123.

⁹ M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 250–252; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 513; P. L. Cannu, B. Dondero, 911; C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 115 и 119.

тајни члан не открива трећем лицу, а ако је та заједница ноторна, то подсећа на варијанту овог друштва где је постојање тајног члана очигледно (дакле, тајно друштво је некада трајна заједница, као и ванбрачна, која је у ствари квазибрак, а некада је пролазна заједница, као и ванбрачни флерт на годишњем одмору).¹⁰ Трећа лица ступају у правне односе само са означеним пословођом који иступа у своје име и одговара за преузете обавезе. За постојање тајног друштва чак и није битно да ли тајни члан иступа према трећем лицу или не – он може и иступати, с тим да не открије своје својство тајног члана (ортака).¹¹ Тајни члан нема никаква директна права према трећим лицима, као што ни трећа лица немају никаква права према тајном члану друштва.

Изузетно, могу се успоставити и непосредни односи између трећих лица и тајног члана друштва, у одређеним случајевима. Прво, ако је друштво откривено према трећем лицу (закључивањем послова са трећим лицем од стране осталих чланова, објавом постојања друштва и слично), постоји солидарна неограничена одговорност чланова према трећим лицима са којима су закључени такви послови или којима је друштво откривено. Друго, члан друштва који се меша у послове пословође и управљања друштвом такође одговара неограничено солидарно за обавезе друштва (теорија привида – треће лице има уверење да он иступа управо тако).¹² Најзад, треће, члан друштва који је посао према трећем лицу окренуо у сопствену корист такође је директно одговоран трећем лицу (обогаћење без основа).¹³ Откривање тајног члана може чак да буде утврђено уговором између тајног члана и пословође.¹⁴ Расподела добити и сношење губитака уређују се уговором, с тим што је дозвољено уговарање да члан који има улог у раду не учествује у губицима, већ само у добити. Ако у уговору о томе нема правила, добит и губитак деле се према конкретним околностима.

Тајно друштво има вишеструке предности. Прво, користи се као начин за тајно финансирање неког пословног подухвата једног пословође (нпр. лансирање певача или спортске ведете често је у овој форми – лице које улаже новац жели да остане анонимно, а профит, ако га буде, пошто

¹⁰ M. Cozian, A. Viandier, 504; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 508; P. L. Cannu, B. Dondero, 912–913.

¹¹ J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 198; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 252–253; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 513–515.

¹² P. L. Cannu, B. Dondero, 913–914.

¹³ M. Cozian, A. Viandier, 509; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 203; P. L. Cannu, B. Dondero, 914.

¹⁴ P. L. Cannu, B. Dondero, 912–913.

певач или спортиста постигне успех и славу, дели се према договору). Друго, користи се као погодан инструмент за сарадњу међу привредним друштвима и банкама – тзв. *пул* или *синдикат банака или осигуравача који је тајан* (нпр. откуп емисије акција једног емитента од стране банке која има тајног члана за деобу ризика и добити). Треће, користи се као инструмент сарадње између предузетника (који улаже свој таленат и рад – активни члан) и командитора (који је инвеститор – пасивни члан), а посебно су од значаја његова флексибилност, једноставност и дискретност. Четврто, може бити и породични тајни ортаклук. Пето, може се користити и за финансирање подухвата предузетника од стране запослених. Ипак, највећа незгода овог друштва је његова ограничена ефикасност.¹⁵

Тајно друштво може престати по истим основима као и ортакло друштво (општи и посебни), посебно имајући у виду природу потпуне затворености и тајности односа: протеклом времена на које је склопљен уговор; остваривањем циља или ако је остваривање циља постало немогуће; смрћу или престанком правног лица; отварањем и спровођењем стечајног поступка над пословођом или тајним чланом; споразумом, као и у другим уговореним случајевима. У случају престанка, сваки члан узима свој улог, а ликвидациони вишак дели се према уговору о тајном друштву.¹⁶

2.2. Ортаклук с ограниченом одговорношћу у англосаксонском праву и пракси (LLP)

Пракса и теорија дуго су тражиле путеве комбинације стратешких предности ортаклука и стратешких предности корпорација, да би на тој основи настала и нова правна форма организовања – *ортаклук с ограниченом одговорношћу (LLP)*, као комбинација и повезивање два пола: *ортаклук и компанија*, на којој основи настаје својеврстан пословни мост. Ово поставља питање да ли смо на путу конвергенције (ризик немогућности разликовања степена уговорне нефлексибилности и смањења или елиминације рација за постојање толиких форми трговачких друштава) или дивергенције форми привредних друштава, а одговор није тако једноставан, посебно због велике популарности друштва с ограниченом одговорношћу. У сваком случају, нема спора да је *форма ортаклука (некорпорације) на једној страни*

¹⁵ Више: М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 509–510.

¹⁶ М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 254–256; М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 515; P. L. Cannu, В. Dondero, 915–917; С. R. Eggers, В. Hasse, М. T. Oltmanns, 124–126.

(незаменљивост флексибилности засноване на слободи уговарања и прави инструмент за смањење трошкова управљања, као и непостојање отворених питања друштвене одговорности, што не везује руке пословођама ортаклука, чиме имају потпуну окренутост ка интересима ортака) и форма *корпорације на другој страни* (погодне за јавно прикупљање капитала и јавну трговину, што захтева империјум закона као правило и слободу уговарања као изузетак, уз евидентан и све наглашенији проблем друштвене одговорности компаније, што везује руке управама друштава).

Велики берзански крахови корпоративних форми организовања с почетка овог века свакако су погурали пут раста некорпорација (ортаклука), што је пружио важну улогу реобликовању националних економија (иако, наравно, велике корпорације воде економије, а ортаклуци нису погодан оквир за такву моћ, раст малих друштава типа ортаклука, повезаних међусобно разним неименованим уговорима из арсенала слободне воље у разне пословне асоцијације, свакако ће бити извор будућег раста – инструмент који предузетници имају данас да би сутра имали од њега/њих велике компаније).¹⁷

Удруживање у некој форми *грађанског ортаклука* (тзв. *грађанска друштва*), без посебног субјективитета, није одговор на питање адекватности постојећих статусних форми, посебно кад је реч о потребама делатности слободних професија и није одговор на потребе времена, иако је свакако корак даље од индивидуалног обављања услуга ових професија (индивидуални трговац).¹⁸ Донедавно је *и немачко право* дозвољавало организовање слободних професија само у грађанске ортаклуке, али се то показало као неадекватна форма и стога је донет закон који је креирао *посебну врсту трговачког ортакчког друштва* за делатности слободних професија (*partnerschaftsgesetz*).¹⁹ На ово ортакчко друштво примењују се општа правила грађанског ортаклука, са изузетком одговорности, која може бити ограничена (*форма ортакчког друштва с ограниченом одговорношћу*) – максимални износ за одређене професионалне активности уз конкурентно обавезно осигурање од одговорности, као и уз могућност наслеђивања само од стране делатника исте професије.

Доношењем *Limited Liability Partnerships Act*-а (2000. године) у Енглеској (у Шкотској је донет исти закон), омогућено је и оснивање упра-

¹⁷ Вид. L. A. Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford, 2010, 65–135, 247–257.

¹⁸ Вид. Д. Кнежић Поповић, Љ. Дабић, *Слободне професије – правни аспекти*, Београд, 2009.

¹⁹ C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 99–100.

во ове посебне врсте трговачког друштва које је комбинација ортаклука и компаније – *ортаклук са ограниченом одговорношћу*. Иста форма друштва могућа је и у Канади и у САД.²⁰ У недостатку посебних норми о овом друштву, у овом закону, на њега се према природи датог института примењује или компанијски закон (правила о затвореним компанијама: *Limited Liability Company – LLC*, што је српско друштво са ограниченом одговорношћу, или правила *Company Limited by Shares*, што је српско затворено акционарско друштво), или закони који уређују ортаклуке (али не и правила која се односе на *joint stock company*, што је наше отворено акционарско друштво, јер му капитал није подељен на акције).

LLP (Limited Liability Partnerships) – ортаклук са ограниченом одговорношћу настао је као израз потребе да се комбинују позитивне карактеристике ортаклука са позитивним карактеристикама компанија, односно да се елиминишу негативне карактеристике компанија и ортаклука. На овој основи је настало специфично „мешовито друштво“, које укључује и *карактеристике ортаклука* (уређивање унутрашњих односа ортака – чланова у потпуној је њиховој аутономији; ово друштво нема органе – заступају га ортаци – чланови, у складу са оснивачким актом, и нема капитал; ортаци – чланови по правилу не одговарају за све или не одговарају за неке обавезе друштва; морају постојати најмање два оснивача и *није могуће једночлано друштво*; постоји дужност лојалности према друштву свих ортака – чланова ако се не уговори друкчије) и *карактеристике компанија* (друштво се уписује у регистар – има обавезан оснивачки акт са прописаном формом и има факултативни уговор за регулисање међусобних односа ортака – чланова и њихових односа са друштвом; одговара за обавезе према трећим лицима својом имовином, а ортаци – чланови могу изузетно одговорати за обавезе друштва, ако су испуњени одређени прописани услови, који су шири него у теорији „пробијања правне личности“; подвргнуто је финансијској контроли: финансијски извештаји, ревизори, објављивање и депоновање у регистар, обелодањивање у пословном имену и документима форме друштва, заштита мањинских ортака – чланова, престанак друштва стечајем или ликвидацијом).²¹

²⁰ Вид. G. Morse, *Partnership Law*, Nottingham 1995, 245–272; A. Van Duzer, *The Law of Partnerships and Corporations*, Ontario 1997, 58–65; D. Hynes, *Agency, Partnership and the LLC – The Law of Unincorporated Business Enterprises*, Virginia 1998, 538–540; J. Choper, J. Coffee, R. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 801–802.

²¹ J. Charlesworth (ed. Morse G. et al.), *Charlesworth & Morse Company Law*, London, 1995, 36–37;

2.3. Поједностављено акционарско друштво (SAS) у француском праву и пракси

Корисници правне форме акционарског друштва у Француској нису били задовољни овом формом као непримереном за формирање заједничких улагања типа *joint venture*, а са друге стране, приговарали су на њену нефлексибилност. Подстакнут пословним потребама, француски законодавац је креирао специјализовану форму овог привредног друштва: „поједностављено“ акционарско друштво (*la société par actions simplifiée* – SAS). Правна теорија, међутим, приговара да се овом формом није добило оно што се желело, а пре свега флексибилност управе и реализација идеје „друштва-уговора“.²² Насупрот томе, створено је, у ствари, „друштво друштава“. Ово је био разлог да се у законодавству направе значајне интервенције које су омогућиле да ово друштво може да оснује *и један оснивач*, као и да оснивачи и акционари овог друштва могу бити сва правна и физичка лица, али се ово друштво и даље не може основати јавним путем (акције му не могу бити у јавној продаји, што се сматра значајним ограничењем атрактивности).²³ Посебна предност овог друштва, како сматра француска теорија, јесте *могућност оснивања унутар групе друштава*, могућност оснивања као једночланог друштва, мали трошкови функционисања (ако изабере најповољнију структуру органа), чиме практично постаје „возило за све употребе“.²⁴ Императивност правила која важе за акционарско друштво, строга овлашћења надзорних тела на финансијском тржишту, затим ригидност пореских прописа у погледу битних питања функционисања

Smith & Keenan's, *Company Law*, Longman – London, 2005, 36–40.

²² *Code de commerce* (Ccom, 1807), чл. 227-1–227-20; M. Cozian, A. Viandier, 423; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 373–381; Ph. Merle, A. Fauchon, 650–662.

²³ Вид. Y. Guyon (2003), 514–526; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 645–656; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 373–379; P. L. Cannu, B. Dondero, 621–673.

²⁴ Француске статистике говоре да постоји велики број затворених акционарских друштава која се „селе“ у ову форму (постало је већ најатрактивнија форма међу акционарским друштвима), као и да је број новооснованих ових друштава једнак броју новооснованих друштава са ограниченом одговорношћу (сматра се чак да ће форму друштва с ограниченом одговорношћу учинити непотребном), мада му природа и даље остаје акционарског типа – затвореног (сва регулатива акционарског друштва, ако нема посебне, примењује се на „поједностављено акционарско друштво“ – у теорији се доста оспорава овакво одређење природе овог друштва, првенствено због његове доминантне уговорне природе, иако рачуноводствени, фискални и аспекти тржишта капитала имају императивну природу и аналогни су акционарском друштву), што је најбољи доказ атрактивности форме. За сваки случај, француска теорија препоручује законодавцу да одреди области у којима се поједностављено акционарско друштво може удаљити од акционарског друштва, јер општа правила уговорног права нису за то довољна и прецизна, првенствено ради његове веће сигурности, као и ради веће сигурности инвеститора који му поклањају поверење: P. L. Cannu, B. Dondero, 622–628.

акционарских друштава и, најзад, нефлексибилност управљања, условили су креирање ове форме друштва, која је можда и најјава законодавца о дерегулацији и јачању статусне аутономије привредних субјеката.

Оснивачи (правна или физичка лица; супружници такође могу бити и једини оснивачи) за оснивање уплаћују минимални капитал који утврде у свом оснивачком акту (либерализам). Доминантна француска теорија чак сматра да је дозвољено оснивање овог друштва *са клаузулом о променљивом капиталу* (попут отворених инвестиционих фондова), с обзиром на то да је општеприхваћен став да заштитна функција капитала за трећа лица игра занемарљиву улогу.²⁵ Минимални оснивачки капитал за ово друштво мора бити уплаћен одмах након уписа – карактер улога слободно бирају оснивачи (*дозвољен је и улог у услугама*, али није дозвољен јавни упис нити јавна продаја на тржишту), с тим да улози у стварима и правима морају бити верификовани од стране ревизора. Ово друштво може такође настати и преобликовањем неке друге форме трговачког друштва (захтевана једногласност сматра се сметњом за „миграцију“ других форми друштава ка овој форми – једногласност се такође тражи и за статусне промене овог друштва, али само ако имају за последицу увећање обавеза чланова). Поједностављено акционарско друштво може основати по правилу више оснивача, а недавно је променама закона дозвољено да ово друштво оснује и само један оснивач – *једночлано „поједностављено“ акционарско друштво* (што је овом друштву дало значајну атрактивност).²⁶

Флексибилност је основна одлика *система управе* овог друштва. Могуће су *три солуције*: прва, постојање само председника; друга, генерални директори са две варијанте: генерални директор и делегирани генерални директори; трећа, постојање и других директора које предвиђа статут, који могу извршавати своје функције индивидуално или колективно.²⁷ Председник овог друштва, у границама предмета друштва, има неограничена заступничка овлашћења према трећим лицима, те статутарне одредбе које ограничавају његова овлашћења немају правно дејство према трећим лицима (исто важи и за послове изван предмета делатности друштва). *Председник* (*„primus sed non inter pares“*) је, у принципу, једини заступник по закону, а може заступничку функцију делегирати, ако је тако предвиђено статутом друштва, генералном директору или делегираним генералним директорима, у принципу, у потпуности или делимично иден-

²⁵ P. L. Cannu, B. Dondero, 630–631.

²⁶ Ph. Merle, A. Fauchon, 660–662; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 649; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 380–381.

²⁷ P. L. Cannu, B. Dondero, 637.

тичне са својим заступничким функцијама. Заступничку функцију може обављати и правно лице (које онда одређује лице које ће то обављати у поједностављеном акционарском друштву), као и „други директори“ (финансијски директор, директор извоза, комерцијални директор и др.), ако је тако предвиђено статутом (делегирање заступничких овлашћења може им извршити како председник тако и генерални директори који су овлашћени на заступање, а делом и статут друштва).

Функција управљања овим друштвом је у компетенцији статута друштва (обавеза уређења): *управни одбор* (председник може бити и сам председник овог друштва или неки од генералних директора), комитет за управљање, директоријум или пак сам председник или заједно са генералним директорима. *Може постојати и надзорни одбор*. Интерна овлашћења (пословодство) „руководилаца“ у потпуној су слободи статута друштва. У случају избора колективних органа, што није изоловано, али свакако је мањински избор, ови органи би имали природу колегијалних и колективних и морали би да доносе одлуке на седницама. Статус чланова ових органа није до краја регулисан и јасан, тако да се може рећи да влада систем „несигурне слободе“ уређивања статутом: извесно је постојање само једног председника, а избор чланова органа врши се на начин утврђен статутом (прве чланове свакако бирају акционари), стабилност статуса зависи од статута (неопозивост са становишта статута, опозивост у сваком моменту без обзира на постојање разлога, опозивост у случају постојања „важних разлога“), одређење накнаде је слободно (како у погледу надлежног органа, тако и у погледу форме накнаде), *дужност лојалности у свим аспектима* (сукоб интереса и изузеци, неконкурентност друштву, дискреција и пословна тајна) постоји према општим правилима, примена општих правила имовинске одговорности (укључујући и одговорност „за недостатак активе“).²⁸

Скупштина друштва постоји ако је такав избор статута, иначе је могуће да њене функције у овом друштву врше чланови – акционари колективно, а статутом се одређује о којим питањима и како се доносе одлуке. Будући да ово друштво *има затворену природу*, правило је да се неке одлуке доносе једногласно (ако се друкчије не утврди оснивачким актом): усвајање годишњег рачуна, усвајање инвестиционог плана, именовање ревизора, усвајање буџета друштва, усвајање стратегије развоја, избор банке, отварање или затварање делова, дефинисање политике осигурања, кауције и гаранције, трансакције које нису под уобичајеним условима, политика у материји индустријске својине. Једногласност се увек тражи и за одлуке којима се увећавају обавезе чланова друштва. У сваком случају, одлуке које

²⁸ P. L. Cannu, B. Dondero, 643–649.

доноси скупштина имају природу колективних одлука органа друштва.²⁹ Седнице скупштине захтевају и вођење записника, а код једночланог поједностављеног акционарског друштва одлуке једног члана уносе се у књигу одлука (регистар одлука), што је важно посебно због трећих лица. Општи режим ништавости колективних одлука органа друштва примењује се и на ово друштво, па и у случају одлука које донесу акционари као уговорне стране овог друштва, а не као скупштина овог друштва.³⁰

Начин остваривања права гласа је у режиму потпуне уговорне и статутарне слободе (сви модалитети одржања седнице скупштине и модалитети остваривања права гласа су могући – *уговорна слобода је практично неограничена*). Исто важи и за систем већинског одлучивања (кворум, већина). Ако није другачије предвиђено статутом друштва, примењује се правило „једна акција – један глас“. Кад је реч о променама статута, неке одлуке морају бити донете једногласно (ако се друкчије не утврди оснивачким актом) – *мотив заштити акционара*: неутуђивост акција одређено време – искљученост излаза (небитан мотив), дозвола преноса акција и улаз новог члана, суспензија права гласа и других неимовинских права и принудно искључење уз могућност повратка чланства (одлука акционара или суда у случају губитка *intuitu personae* међу члановима друштва: промена контроле над акционаром овог друштва, статусне промене члана овог друштва, престанак члана овог друштва), обавеза реоткупа уз аутоматско одобрење, обавеза информисања друштва када се мења контрола над чланом (акционаром) овог друштва и други случајеви (право прече куповине, клаузула о повлачењу својства члана, клаузула о неповећању капитал учешћа у друштву – *standstill*, клаузула *buy or sell* (у случају блокаде одлучивања, посебно код тзв. заједничке филијале са два акционара са по 50% акција, ако се неспоразуми не би решили у неком року, један акционар може тражити откуп акција од акционара са којим постоји неспоразум, по утврђеној цени, док други акционар може прихватити понуду или узвратити својом понудом првом акционару да му откупи акције по предложеној цени).³¹

Ово друштво не може повећати основни капитал јавним уписом акција, што значи да има *природу затвореног акционарског друштва*. Статутом друштва може се прописати неутуђивост акција за време које не може прећи 10 година.³² Статутом се такође може утврдити да је за

²⁹ М. Cozian, А. Viandier, 426; М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 651–654.

³⁰ P. L. Cannu, В. Dondero, 649–656.

³¹ P. L. Cannu, В. Dondero, 667–673.

³² М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 654.

пренос акција на треће лице потребна сагласност друштва. Статутом се може прописати и дужност уступања акција (*искључење акционара* у случају нелојалности друштву, неспоразуми међу акционарима). Ако се над неким акционаром овог друштва промени контролни пакет (на бази капитала, уговора или фактички), он је дужан да информише ово друштво, које му може суспендовати управљачка права по основу акција које поседује у овом друштву. Све ове статутарне клаузуле могу бити утврђене само једногласном одлуком акционара овог друштва. Коначно, чини се да ово друштво има *више сличности са друштвом са ограниченом одговорношћу*, или делом и са затвореним акционарским друштвом, него са отвореним акционарским друштвом.

2.4. Предузетник с ограниченом одговорношћу у француском праву и пракси

Француско право је променама своје регулативе трговачких друштава (2010) увело нови правни институт: индивидуално предузеће, које чини индивидуални предузетник са ограниченом одговорношћу (*EIRL – l'entreprise individuel à responsabilité limitée*), који је врло сличан једночланом друштву с ограниченом одговорношћу, те постоји ризик мешања ова два у основи ипак различита института. Намера законодавца управо је била заштита приватне имовине предузетника – индивидуалног трговца која није погођена професионалном делатношћу, што је омогућено *креацијом наменске имовине за професионалну делатност*, око које се одвија професионална активност и која одвојено од остале приватне имовине има своју активу и пасиву. Ипак, законодавац је јасан да на овај начин не настаје ново правно лице, за разлику од једночланог друштва с ограниченом одговорношћу – реч је, дакле, о *индивидуалном предузетнику ограничене одговорности*, а не о индивидуалном „предузећу“ ограничене одговорности. У фискалном смислу, међутим, ова два института су изједначена.

Предузетник бира имовину коју улаже у овај подухват (улози у природи подлежу неком систему процене). На овој основи врши се разграничење и поверилаца те имовине из професионалне делатности и личних поверилаца из остале имовине предузетника. *Повериоци приватне одвојене имовине предузетника* могу се наплатити из реализоване добити пословне године из пласиране „наменске имовине“ предузетника, али не могу спровести извршење на „уделу“ у „наменској имовини“ предузетника, за разлику од поверилаца члана друштва с ограниченом одговорношћу који могу спровести извршење на његовом уделу у том друштву. Најзад, француски законодавац

је санкционисао непоштовање имовинске аутономије „наменске имовине“, предвиђајући неку форму индивидуалног стечаја у случају „оштећења интереса делатности“ наменске имовине. Француска теорија је става да је ово блиско „оштећењу интереса друштва“, те иако је била намера да се креира нова форма предузетништва без субјективитета, у доброј и збуњујућој мери ова институција се приближава креирању новог правног лица.³³

PROPOSALS FOR REGULATION THE NEW LEGAL FORMS OF BUSINESS ENTITIES

Professor Mirko Vasiljević, PhD*

Summary

Companies and partnerships (business entities) are basic economic units whose essential feature is profit-making. Their life as well as the life of the society and the state is based on this assumption. Therefore, the regulation model of those entities is very important for development and competitiveness in general. This model imposes appropriate choice and choice ambit of the state regulation and especially appropriate choice of mandatory and default rules, due to the fact that only the later enables freedom of contract and creation of the “society-contract” which is needed in the field of investment. Also, it imposes the choice and its ambit with regard to self-regulation of economic units, on the way of further “society-contract” concept affirmation.

On these grounds, the author in this paper deals with the regulation role and its nature, as well as the self-regulation, in the need of dynamic and competitive economy. The author recommends the introduction of three new legal forms of business entities in Serbian legal life: silent partnership, limited liability partnership and simplified joint stock company and, finally, the introduction of entrepreneur with limited liability (to reduce the risk).

Key words: *economy, business entity, legal personality, silent partnership, limited partnership, simplified joint stock company, entrepreneur with limited liability.*

³³ Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 810–812.

* University of Belgrade Faculty of Law, President of Permanent Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce

УДК: 330.142.23:330.342.143

doi 10.7251/PR5919397M

Оригинални научни чланак

БАЛАНСИРАЊЕ ИНТЕРЕСА ПОВЕРИЛАЦА И ВЛАСНИКА КАПИТАЛА У ПОСТУПКУ РЕСТРУКТУРИРАЊА И РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Др Дијана Марковић Бајаловић

Последњих деценија у стечајно законодавство уводе се нови институти: реструктурирање, реорганизација, лична управа дужника и др. Њихов циљ је да се избегне класичан стечај тако што ће дужник сам или уз надзор стечајних органа планирати и спровести мере које треба да доведу до његовог финансијског опоравка и повољнијег намирења поверилаца. Традиционално схватање да је интерес поверилаца примаран у стечајном поступку и даље је на снази, али се у упоредном законодавству води рачуна о томе да и права власника капитала буду адекватно заштићена, посебно онда када се мерама реорганизације задире у њихова права по основу акција или удела. Закон о стечају Републике Српске из 2016. године увео је поступак судског реструктурирања, а уређује и поступак стечајне реорганизације по узору на немачки Закон о стечају. Аутор чланка истражује положај власника капитала у поступцима стечајног реструктурирања и реорганизације у правима САД, Велике Британије и Немачке, да би затим анализирао одредбе Закона о стечају РС са аспекта адекватности заштите интереса власника капитала и поверилаца. Аутор закључује да су неопходне измене и допуне Закона о стечају РС, како би се детаљно уредио положај власника капитала у поступцима судског реструктурирања и стечајне реорганизације. Такође се залаже за увођење института личне управе дужника и побољшање заштите интереса поверилаца у фази која претходи отварању стечајног поступка.

*Редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

Кључне речи: реструктурирање, реорганизација, стечај, лична управа, власници капитала у стечају.

Институти реструктурирања и реорганизације заокупљају пажњу законодавца и правне науке и праксе последњих година. За разлику од класичног стечаја, у коме се имовина привредног друштва – стечајног дужника распродаје, а повериоци делимично намирују из новца оствареног продајом према законом утврђеном редоследу, институти реструктурирања и реорганизације омогућавају „преживљавање“ привредног друштва и наставак његовог пословања, уз примену различитих мера статусног, организационог, финансијског и другог карактера. Такав исход требало би да буде повољнији за интересне групе окупљене око привредног друштва у финансијским тешкоћама. Након спровођења реструктурирања или реорганизације, повериоци очекују повољније намирење својих потраживања од онога што би добили у стечајном поступку, запослени у привредном друштву да задрже своја радна места, а држава да сачува пореског обвезника.

У праву Републике Српске, институти реструктурирања и стечајне реорганизације уређени су Законом о стечају,¹ док је институт реорганизације изван стечаја уређен Законом о привредним друштвима.² Реструктурирање се односи на поступак који се примењује према привредном друштву у финансијским тешкоћама, пре него што је стечајни поступак отворен. Стечајна реорганизација примењује се након отварања стечајног поступка.³ Појам

¹ „Сл. гласник РС“ бр. 16/2016.

² Закон о привредним друштвима РС („Сл. гласник РС“ бр. 127/2008, 59/2009, 100/2011, 67/2013 и 100/2017, даље: ЗПД).

³ На наведени начин, у праву Републике Српске је извршена јасна дистинкција између појмова реструктурирања и реорганизације. То није случај у упоредном законодавству и правној литератури, где се ови појмови често употребљавају као синоними или се преклапају. Тако Комисија ЕУ дефинише појам реструктурирања у тачки 5(б) Препоруке о новом приступу пословном неуспеху и стечају (*Commission Recommendation 2014/135*, О.Ј. ЕУ L 74) као „измену састава, услова или структуре имовине и обавеза дужника, или комбинацију тих елемената, са циљем омогућавања наставка, у целини или делимично, дужникове активности“. Закон о стечају (*Insolvency Act*) Вел. Британије из 1986. уређује институте добровољних аранжмана (*Company Voluntary Arrangements*) и шеме аранжмана (*Schemes of Arrangement*). Код шеме аранжмана суд има значајну улогу. Оба института могу укључивати реорганизацију компаније. Закон о стечају Немачке (*Insolvenzordnung*) реорганизацију повезује са институтима стечајног плана (чл. 217-69), дужникове самоуправе (чл. 270-85) и тзв. „кишобран процедуре“, односно припреме за санацију у фази пре отварања стечајног поступка (члан 270б). Институт реструктурирања се у немачком праву уређује у секторском законодавству за банке и финансијске институције (*Restrukturierungsgesetz 2010*, В.Г.Вл. I, стр. 1900). Закон о стечају (*Bankruptcy Code*) САД из 1978. говори о реорганизацији у Глави 11. Реорганизацију у праву САД може иницирати сваки дужник, без обзира на то да ли је способан за плаћање или не. Најзад, Законодавни водич за стечајно право (*Legislative Guide on Insolvency Law*) UNCITRAL-а из 2005, уређује институт реорганизације (глава IV, стр. 209–248), у оквиру кога се

реорганизације према ЗПД је ужи и обухвата статусне промене и промене облика привредног друштва.⁴ Док се према ЗПД реорганизација спроводи на основу одлуке чланова друштва, односно скупштине, у стечајном поступку, одлучивање о спровођењу реорганизације превасходно је у надлежности поверилаца и суда. Поставља се питање улоге власника капитала (власника удела или акција) привредног друштва – дужника у поступцима реструктурирања и стечајне реорганизације према ЗС. Наша је почетна теза да њихов положај није ЗС-ом адекватно уређен, чак и када се у току поступка реструктурирања или реорганизације доносе одлуке којима се битно утиче на статус привредног друштва, па тиме и на права власника капитала.

1. Положај чланова друштва у поступку реорганизације према ЗПД

Чланови привредног друштва⁵ су његови оснивачи или лица која су у неком каснијем тренутку стекла власништво над уделима или акцијама по неком правном основу. Основна обавеза чланова друштва је уношење улога од којих се формира имовина друштва. Улози, стога, морају имати имовинску вредност.⁶ Извршењем обавезе уношења улога члан друштва стиче лична и имовинска права, од којих су најзначајнија право на учешће у управљању друштвом и право на учешће у расподели добити друштва (право на дивиденду). Право на учешће у управљању друштвом је неotuђиво право сваког члана друштва. Остваривањем тог права члан друштва штити вредност улога који је унео у друштво и, заједно са другим члановима, ради на остваривању основног циља друштва – остваривању добити. У друштвима лица, чланови друштва редовно непосредно управљају друштвом, воде послове и заступају друштво.⁷ У друштвима капитала, чланови друштва непосредно доносе одлуке које су битне за друштво и за њихов члански статус на седницама скупштине, док се заступање друштва и вођење послова поверава управи друштва.⁸ Међу питања која су законом резервисана да се о њима одлучује на скупштини чланова друштва капитала убрајају се

објашњава и поступак убрзане реорганизације, односно добровољног реструктурирања. Види и В. Радовић, *Стечајно право, Књига друга*, Београд, 2017, стр. 184–185.

⁴ Део III ЗПД.

⁵ Оргаци у оргачком друштву, комплементарни и командитори у командитном друштву, чланови друштва са ограниченом одговорношћу, акционари у акционарском друштву.

⁶ Чл. 13 ЗПД.

⁷ Чл. 58, 59 и чл. 86 ЗПД.

⁸ Чл. 131, 132, 152, 281, 304, 313 и 314 ЗПД.

одлучивање о статусним променама (спајање, припајање, подела и њихове комбинације), променама правне форме, повећању и смањењу основног капитала, стицању и располагању имовином велике вредности и др.

Поступак реорганизације према ЗПД не може се спровести без одлуке скупштине друштва капитала, односно чланова друштва лица. Тако, одлуку о усвајању уговора о спајању са припајањем доноси скупштина сваког друштва које учествује у статусној промени квалификованом већином.⁹ Поступак усвајања одлуке о статусној промени или промени правне форме од стране скупштине, односно чланова друштва предвиђен је и другим законским одредбама којима се уређује реорганизација привредних друштава.¹⁰ Овакво законско решење не захтева посебно образлагање. Будући да је реч о одлукама којима се битно утиче на статус привредног друштва, неопходно је да те одлуке донесу чланови друштва, јер је друштво настало на основу изјаве воље чланова друштва изражене у оснивачком акту и капитала који су уложили. Наведена решења треба посматрати као отелотворење начела аутономије воље, владајућег у приватном праву, и права на имовину, загарантованог међународним документима и уставним актима.¹¹

2. Положај власника капитала у поступцима реструктурирања и стечајне реорганизације у упоредном законодавству

Када се отвори стечајни поступак,¹² наступају, између осталих, правне последице које се тичу статуса стечајног дужника. У већини јурисдикција овлашћење за вођење послова и заступање друштва дужника од момента отварања стечајног поступка прелази на стечајног управника, кога именује суд, на предлог поверилаца или самостално. Циљ ограничења пословне способности дужника је да се заштите интереси поверилаца, којима управа друштва дужника може нанети штету радњама отуђења или прикривања делова имовине дужника или на други начин. Традиционално, стечајно право почива на претпоставци да је стечај про-

⁹ Чл. 381 ЗПД.

¹⁰ Чл. 394, чл. 396, чл. 399 ст. 1, 400, чл. 401 ст. 2, чл. 405 ст. 1, чл. 412 ст. 2, чл. 413 ст. 1, чл. 414, чл. 415 ст. 2, чл. 416, чл. 421 ст. 3, чл. 425 ст. 1, чл. 427 ст. 1, чл. 430 и чл. 431 ст. 1 ЗПД.

¹¹ Чл. 1 Додатног протокола уз Конвенцију о људским правима и основним слободама, чл. 3 тач. к) Устава БиХ и чл. 56 Устава РС.

¹² Стечајни поступак се отвара одлуком суда којом се у исто време именује и стечајни управник. Члан 2 тач. 7 Уредбе ЕУ бр. 2015/848 о стечајним поступцима (*Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings*, O.J. EU 2015 L 141).

узрокован лошим управљањем, те да члановима управе никако не треба препустити вођење послова и заступање друштва у току стечаја.¹³ Док је основни циљ солвентног привредног друштва задовољење интереса чланова друштва (максимизација профита), када друштво западне у финансијске тешкоће, тежиште интереса се помера према повериоцима. Према општеусвојеном становишту, примарни циљ стечаја је остваривање што повољнијег намирења поверилаца, уз њихово равноправно третирање.¹⁴ Заштита интереса поверилаца у стечају захтева да се управи друштва, именованој од његових чланова, забрани управљање имовином друштва и повери трећем лицу, кога именује суд.

По неким ауторима, у поступку стечаја долази до својеврсне експропријације чланова друштва у корист поверилаца: „У стечају, необезбеђени повериоци инсолвентног дужника могу се посматрати као нови власници капитала дужника и стога су овлашћени на оно што је дужник био овлашћен изван стечаја.“¹⁵ Или, речено на другачији начин: „Ако фирма касни са обавезама плаћања, њени повериоци постају овлашћени да заплене целокупну њену имовину. На овој тачки, повериоци мењају улоге: они постају, у значајном смислу, власници имовине фирме.“¹⁶ Други аргумент у прилог развлашћивању чланова друштва, који се наслања на први, заснива се на чињеници да у стечају друштво нема довољно имовине да намири своје повериоце. Тим пре не остаје ништа за расподелу члановима друштва, чија потраживања вредности унетог улога имају ранг потраживања нижег исплатног реда. Самим тим, није сврсисходно допустити члановима инсолвентног друштва да учествују у доношењу одлука које ће се примарно рефлектовати на интересе повериоца. Повериоци су једини бенефицијари одлука које се доносе у стечају.

Наведени ставови се могу сматрати тачним са економског аспекта. У стечају, повериоци су овлашћени да се намире продајом дужникове имовине. Међутим, правно гледано, власници удела или акција не губе

¹³ R. M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1997, стр. 274.

¹⁴ *Ibid*, стр. 26; М. Велимировић, *Стечајно право*, Београд, 2012, стр. 29–30; Н. Т. С. Ну, J. L. Westbrook, *Abolition of the Corporate Duty to Creditors*, *Columbia Law Review*, бр. 6/2007, стр. 1321–1403; В. Радовић, *Стечајно право, Књига прва*, Београд 2017, стр. 34–35; UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York, 2005, стр. 10–11.

¹⁵ T. H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, стр. 21, наведено према R. J. de Weijs, *Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide*, *European Company and Financial Law Review*, септембар 2018, стр. 403–444.

¹⁶ J. Armour, G. Hertig, H. Kanda, *Transactions with creditors*, R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford 2009, стр. 115–116, наведено према R. J. de Weijs, *op. cit.*

право да у стечају потражују од друштва њихову вредност (која чини основни капитал друштва), а друштво дужник, све док траје поступак стечаја, јесте титулар имовинских права која чине његову имовину.¹⁷

Последњих деценија, стечајно законодавство се мења, тако да се признају одређена права у стечајном поступку власницима капитала и управи друштва дужника. Под одређеним условима, допушта се постојећој управи да настави да води послове друштва, најчешће под контролом суда и поверилаца (институт *debtor in possession* – дужник у поседу, дужник са задржаним овлашћењима, лична управа дужника). Први помак у том смеру направило је стечајно законодавство САД, а у скорије време институт *debtor in possession* заживео је, под другим називима, у европским правима. Уредба ЕУ о стечајним поступцима из 2015. дефинише институт „дужника са задржаним овластима“¹⁸ на следећи начин: „Дужник у односу на кога је отворен стечајни поступак, који нужно не укључује именоване стечајног управника или комплетан пренос права и обавеза управљања дужниковом имовином на стечајног управника и где, стога, дужник задржава потпуно или, бар, делимично, контролу над својом имовином и пословима.“ Изменама Стечајног закона Немачке из 2011.¹⁹ уведен је институт личне управе дужника (*Schuldner Eigenverwaltung*). Чланом 270 Стечајног закона предвиђено је право дужника да управља стечајном масом и њом располаже, под надзором стручног повереника, уколико је суд у одлуци о отварању стечајног поступка, на захтев дужника, дозволио личну управу. Приликом доношења те одлуке, потребно је да суд утврди да не постоје околности које указују да ће она бити на штету поверилаца. Италијански законодавац усвојио је почетком 2019. године Закон о економској кризи и стечају,²⁰ којим се, између осталог, уводи институт дужникове управе.

Независно од тога да ли и у ком обиму дужник задржава право на управљање својом имовином у току стечаја, све док траје стечајни поступак, право власништва чланова друштва над уделима или акцијама остаје недирнуто. Отворено је питање у којој мери они могу вршити овлашћења која проистичу из права над уделима и акцијама. Друго питање које се поставља јесте да ли и у ком обиму органи и чланови друштва дужника имају право да учествују као странке у стечајном поступку, односно дру-

¹⁷ Но. Westbrook, *op. cit.*, стр. 1395–1396.

¹⁸ Хрватски превод термина *debtor in possession* у Уредби ЕУ о стечајним поступцима.

¹⁹ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, 7. 12. 2011, B.G.Bl. I, стр. 2582.

²⁰ Законодавни декрет бр. 14 од 12. 1. 2019. Закон ступа на снагу 2020. године.

гим поступцима који укључују реструктурирање или реорганизацију. У теорији се сматра да чланови друштва морају учествовати у одлучивању о усвајању плана реорганизације, уколико се планом задире у њихова права, на пример, када се планом предвиђају мере конверзије дуга у капитал, издавањем нових акција или преносом постојећих акција на повериоце, статусне промене или продаја дужника као правног лица.²¹ У таквом случају, члановима друштва морају се обезбедити иста процесна права у поступку усвајања плана реорганизације као и повериоцима.²²

Право САД стоји на становишту да акционари дужника задржавају овлашћења која проистичу из њихових акција, а која су дефинисана корпоративним законима држава чланица САД. Уколико се покрене поступак реорганизације на основу Главе 11 Закона о стечају, по правилу, постојећа управа наставља да води послове компаније и преговара са повериоцима око услова реорганизације. Акционари задржавају овлашћења да држе скупштину, да бирају чланове одбора директора компаније и да учествују о одлучивању о појединим важним питањима, какво је, на пример, располагање имовином велике вредности. Судови САД готово без изузетка штите управљачка права акционара у поступку реорганизације.²³ Акционари могу сменити постојећу управу и изабрати нову, која ће боље штитити њихове интересе приликом израде плана реорганизације. За тај чин није им потребна сагласност суда. Треба, ипак, приметити да су забележени случајеви у судској пракси да су судови сами именовали лице коме су поверавали вођење послова дужника, без изричитог законског упоришта за тако нешто.²⁴

Суд изузетно може забранити вршење управљачких овлашћења акционара само у случајевима очигледне злоупотребе права. Према ставу судске праксе, очигледна злоупотреба може постојати када се одлуком скупштине акционара настоји спречити усвајање плана реорганизације или када су акционари непрописно мотивисани.²⁵

У поступку реорганизације према Глави 11 Закона о стечају САД, акционари дужника чине посебну групу која гласа о плану, а правило апсо-

²¹ Радовић, *Стечајно право*, Књига друга, *op. cit.*, стр. 251–252.

²² UNCITRAL, *Legislative Guide*, *op. cit.*, стр. 223.

²³ T. G. Kelch, *Shareholder Control Rights in Bankruptcy: Disassembling the Withering Mirage of Corporate Democracy*, *Maryland Law Review*, 2/1993, стр. 264–335, на 274.

²⁴ Kelch, *op. cit.*, стр. 304.

²⁵ *Manville Corp. v. Equity Sec. Holders Comm.* 801 F.2d 60 (2d Cir. 1986), наведено према Kelch, *op. cit.*, стр. 289–290.

лутног приоритета²⁶ потраживања поверилаца над потраживањима чланова друштва не примењује се по аутоматизму. То правило ће се применити само у случају да нека од група не гласа за план или су испуњени законски услови да се план сматра одбијеним од те групе.²⁷ Ако суд у поједином случају процењује да ће акционари гласати против плана, одржавање скупштине акционара након што су преговори око садржине плана приведени крају и остале групе поверилаца се изјасниле за план, одржавање скупштине акционара на којој постојећа управа може бити смењена, може се посматрати као средство опструкције плана од стране акционара.²⁸

Интереси поверилаца штите се ставом да управа друштва, иако формалноправно црпи своја овлашћења за вођење послова из одлуке скупштине акционара о њеном избору, има фидуцијарну обавезу не само према акционарима дужника већ и према повериоцима. Стечајни суд контролише рад управе, коме она подноси извештаје. Управа дужника са задржаним овлашћењима има обавезу да извештава повериоце о свим важним правним и економским питањима, како би се они могли изјаснити о њима. Повериоци могу одбити план реорганизације или тражити да се поступак реорганизације трансформише у поступак стечаја. Све наведено омогућава да се интереси акционара и поверилаца избалансирају. Акционари, по правилу, излазе из поступка реорганизације са очуваним правима на акцијама, чија је вредност, истина, редовно умањена.²⁹

У фази када стечај још увек није отворен, нити је започет поступак реорганизације према Глави 11, права акционара уређена су искључиво компанијским законима. У америчкој судској пракси дуго је била за-

²⁶ За правило апсолутног приоритета види В. Радовић, *Стечајно право, Књига друга, op. cit.*, стр. 309–312, и И. Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторка дисертација, Правни факултет у Београду, 2015, стр. 123–125.

²⁷ Keltch, *op. cit.*, 272–273.

²⁸ У поступку реорганизације који се води по одредбама Главе 11 Закона о стечају САД, о садржини плана преговара управа друштва дужника са повериоцима. Уколико акционари нису задовољни током преговора, они могу гласати против плана у поступку изгласавања плана пред судом. У том случају, долази до изражаја правило апсолутног приоритета. Уколико је компанија инсолвентна, акционари компаније неће добити ништа, јер приоритет у наплати потраживања имају необезбеђени повериоци. Друга опција је да акционари одрже скупштину на којој ће сменити постојећу управу и изабрати нову, која ће боље заступати њихове интересе у преговорима око садржине плана. Могућност одржавања скупштине акционара и смене постојеће управе ојачава преговарачку позицију компаније дужника. У случају *Manville* постојао је велики број потраживања поверилаца накнаде вануговорне штете. У моменту када је затражено одржавање скупштине акционара, већина поверилаца су се сагласили са планом и суд је закључио да је одржавање скупштине акционара усмерено на одуговлачење процеса усвајања плана. Keltch, *op. cit.*, стр. 287–289.

²⁹ Hu, Westbrook, *op. cit.*, стр. 1347. Сличан закључак изводи и Goode, *op. cit.*, стр. 276.

ступана теза да се фидуцијарне дужности директора компаније, у време када компанији прети стечај, усмеравају према повериоцима, уместо акционарима. Ово стога, што су у случају стечаја потраживања акционара по основу њихових акција потраживања нижег исплатног реда. С обзиром на то да у стечајној маси редовно нема средстава за намирење тих потраживања, директори компаније треба да већ у предвечерје стечаја воде рачуна о интересима поверилаца. Теорија о дужности директора компаније којој прети стечај према повериоцима критикована је у научној литератури. Оправдано се указује да не постоји никаква фидуцијарна дужност дужника који је физичко лице према повериоцима, па стога ни директори компаније не могу имати фидуцијарну дужност према њеним повериоцима. Друго, полазна претпоставка теорије, да акционари компаније остају ненамирени у случају стечаја, није у савременим условима оправдана, јер у поступку реорганизације управа и акционари често успевају да нађу нове изворе финансирања компаније или да на други начин уреде имовинске односе са повериоцима, тако да сачувају имовинске вредности које су унели у друштво.³⁰ Новије пресуде америчких судова потврђују ово становиште – директори компаније пре отварања стечаја могу имати само фидуцијарну дужност према компанији, али не и према њеним повериоцима. У случају *North American*,³¹ суд је ипак заузео став да повериоци имају право подношења деривативне тужбе против директора компаније, јер у стечају они имају право првенствене наплате из вредности имовине компаније. За разлику од претходних одлука америчких судова, Врховни суд Делавера у *North American* је ограничио дејство теорије о промени бенефицијара фидуцијарне дужности на фазу када је стечајни поступак већ отворен.

У британском праву, право акционара да учествују у поступцима „добровољних аранжмана“ (*voluntary arrangements*) компаније и „шемама аранжмана“ (*schemes of arrangements*) је неспорно. Поступак добровољног аранжмана спроводи се према правилима британског Закона о стечају. Како му само име каже, овај поступак укључује споразум компаније и њених поверилаца у погледу мера које ће се предузети, а на предлог директора компаније. Директори компаније остају на функцијама све време док поступак траје. Инсолвентност или претећа инсолвентност компаније није услов за започињање овог поступка. Шема аранжмана је поступак који се

³⁰ Види у том смислу случај *In re MCorp Financial Inc*, 160 B.R. 941 (S.d. Tex. 1993). Наведено према Тодоровић, *op. cit.*, стр. 130 и даље.

³¹ *North American Catholic Education Programming Foundation Inc. v. Gheewalla*, No 521, 2006, Del. 18. 5. 2007.

води по одредбама чл. 425 Закона о компанијама. Самим тим, права акционара су у потпуности очувана. Трећа могућност у британском праву за спровођење реорганизације јесте стављање компаније под принудну управу (*administration*), у ком случају компанија наставља пословање, али под контролом лица које именује суд. Сврха принудне управе јесте да се компанија опорави и да се касније прода под повољнијим условима од оних који би се остварили у стечају. Принудна управа је привремена мера која се може окончати тако што ће се започети поступак добровољног аранжмана или шеме аранжмана. Принудна управа редовно не укључује статусне промене компаније и, стога, не сматра се реорганизацијом у смислу компанијског права.³² У току принудне управе, права акционара су суспендована. Скупштина акционара се не састаје, нити акционари имају право да учествују на скупштини поверилаца. Британски законодавац сматра да је законски приоритет очување пословања компаније, а не очување компаније као такве.³³ Интереси акционара у овом поступку су заштићени путем права на улагање приговора суду, уколико акционари сматрају да принудни управник води послове компаније или се стара о њеној имовини на начин који је штетан за интересе поверилаца или акционара, или уколико сматрају да је нека радња или пропуштање управника на штету тих интереса.³⁴ Уколико усвоји приговор, суд издаје налог за предузимање радњи које су подобне да се заштите угрожени интереси.

Немачко право експлицитно штити права власника капитала привредног друштва – стечајног дужника. Једно од основних начела немачког Стечајног закона (*Insolvenzordnung – InsO*) јесте начело саслушања дужника. Када је по одредбама Закона о стечају потребно саслушање дужника, уколико је дужник правно лице, у његово име саслушавају се лица овлашћена за заступање, или његови чланови.³⁵ Дужник је у току стечајног поступка дужан да сарађује са стечајним судом, стечајним управником и одбором поверилаца и да даје обавештења скупштини поверилаца по налогу суда.³⁶ Наведене обавезе у име дужника који је правно лице, извршавају чланови управе и надзорног одбора, односно чланови друштва лица овлаштени за вођење послова. Ако правно лице нема законског за-

³² Goode, *op. cit.*, стр. 271.

³³ Извештај Корковог комитета о стечајном законодавству и пракси. Наведено према Goode, *op. cit.*, стр. 275.

³⁴ Члан 27 Закона о стечају.

³⁵ Члан 10 InsO.

³⁶ Члан 97 InsO.

ступника, обавеза сарадње лежи на његовим члановима.³⁷

Немачко стечајно законодавство омогућује реорганизацију стечајног дужника након што је отворен стечајни поступак, по правилима за усвајање и спровођење плана реорганизације (стечајног плана). Стечајни план могу предложити стечајни управник или дужник.³⁸ Стечајним планом начелно се не дира у права власника удела, осим ако сам план не предвиђа другачије. Изменама стечајног законодавства из 2011. омогућено је да се стечајним планом предвиде мере којима се мењају, ограничавају или искључују права акционара, односно власника удела. Тако се планом може предвидети претварање потраживања повериоца у улог, уз сагласност односно повериоца. Планом се може предвидети повећање или смањење капитала, уношење неновчаних улога, искључење права пречег стицања акција или удела и новчано намирење искључених власника акција или удела. Планом се може предвидети свака мера која је допуштена законодавством о привредним друштвима.³⁹

Уколико мере које се предвиде стечајним планом представљају основани разлог за иступање члана из друштва и он то своје право искористи, члан друштва има право на намирење у новцу, чији се износ одмерава према сразмери вредности његовог удела и односу на ликвидациону вредност имовине друштва. Исплата се може одгодити за највише три године, како би се избегло велико финансијско оптерећења дужника. Члан друштва има право на камату на неисплаћене износе.⁴⁰

Један од израза начела саслушања дужника је право дужника на изјашњење о стечајном плану. Ако је стечајни план сачинио стечајни управник, суд је дужан да достави план на изјашњење дужнику.⁴¹ Осим тога, власници удела учествују у гласању о плану. Број гласова који им припада одређује се према вредности њиховог удела у односу на номинирани капитал друштва. Приликом гласања о стечајном плану не важе ограничења права гласа или посебна права.⁴² Чланови друштва не гласају о плану уколико се планом не умањују њихова права.⁴³ Поред тога, за пуноважност плана потребна је сагласност дужника на план. Сагласност

³⁷ Члан 101 InsO.

³⁸ Члан 218 InsO.

³⁹ Члан 225а с. 1–3 InsO.

⁴⁰ Члан 225а став 5 InsO.

⁴¹ Члан 232 став 1 тач. 2 InsO.

⁴² Члан 238а став 1 InsO.

⁴³ Одговарајуће важи и за повериоце. Право гласа повериоца је искључено уколико се планом не дира у повериочево потраживање. Члан 2381 став 2 у вези са чланом 237 став 2 InsO.

се сматра датом ако дужник није приговорио на план у року предвиђеном за давање сагласности. Опструкција дужника спречава се одредбама према којима приговор на план неће имати дејство, уколико се планом дужник извесно не ставља у лошији положај од оног у ком би био да плана нема и ниједан поверилац планом не добија вредности које прелазе износ његовог потраживања. Сваки члан друштва може уложити приговор на план док тече рок за давање дужникове сагласности. Уколико у приговору учини вероватним да је планом стављен у лошији положај него што би био да плана нема, суд је дужан да не потврди план. Суд ће ипак потврдити план ако су у плану предвиђена средства за обештећење лица која се планом стављају у лошији положај. Стечајни суд неће испитивати да ли члан друштва има право на намирење из тих средстава. О том питању се расправља изван стечајног поступка.⁴⁴

Права чланова друштва дужника штите се и путем права на жалбу. Члан друштва има право жалбе на одлуку суда којом је план потврђен, под условом да је претходно приговорио на план, да је гласао против плана и да учини вероватним да се планом ставља у значајно лошији положај него што би био да плана нема, а штета коју му се наноси не може се измирити из средстава која су за то предвиђена планом. Потврђени план производи дејства према свим учесницима поступка реорганизације, па и према члановима друштва, укључујући и оне који су били против плана.⁴⁵

Стечајна реорганизација у немачком праву може се спровести и у поступку личне управе дужника. Лична управа у пракси има за циљ да дужник током периода мораторијума на плаћања припреми план реорганизације и предложи га повериоцима.⁴⁶

Уколико дужник коме прети платежна неспособност или је презадужен захтева од суда да му се одобри лична управа, он може заједно са тим захтевом тражити од суда да му се одобри рок за подношење стечајног плана. Тај рок износи најдуже три месеца и током њега траје мораторијум на плаћања дужникових обавеза.⁴⁷ Ако суд одобри личну управу, именоване стручног повереника. Он испитује финансијско стање дужника, надзире његово пословање, даје одобрење за послове који излазе изван оквира текућег пословања и помаже дужнику саветима. Стручни повереник може захтевати да се сва плаћања према дужнику врше њему

⁴⁴ Члан 251 InsO.

⁴⁵ Члан 254б InsO.

⁴⁶ Тодоровић, *op. cit.*, стр. 51.

⁴⁷ Члан 270б InsO.

и да он врши плаћања дужниковим повериоцима. Током личне управе, надзорни одбор и скупштина чланова немају утицај на вођење послова дужника. Ипак, они задржавају право да смене постојећу управу и именују нову, уз сагласност стручног повереника. Стручни повереник не може одбити да дâ сагласност на именовање нове управе уколико ова мера није на штету поверилаца.⁴⁸ Повериоци пријављују своја потраживања стручном поверенику. Израду стечајног плана може захтевати и скупштина поверилаца. Захтев се упућује стручном поверенику или дужнику. Ако се израда стечајног плана повери дужнику, повереник помаже саветима у његовој изради.⁴⁹

Законодавни водич о стечају UNCITRAL-а не бави се детаљно питањем положаја власника капитала у поступку стечајне реорганизације, али указује на различита решења која постоје у упоредном законодавству у погледу улоге дужника у том поступку. Приступи се крећу у распону од задржавања контроле дужника над својим пословањем (систем личне управе, односно дужника са задржаним овлашћењима), који може бити модификован увођењем надзора над пословањем дужника и давањем сагласности на важније трансакције, па све до потпуног одузимања дужнику права да води послове. Одлука о томе који је приступ најисправнији зависи од више фактора: локалне корпоративне културе, ефикасности режима корпоративног управљања, ефикасности институција надлежних за стечајни поступак и судова, итд.⁵⁰

3. Положај друштва дужника, његових чланова и поверилаца у поступку реструктурирања према Закону о стечају

Реструктурирање према ЗС подразумева споразум дужника и његових поверилаца око начина, рокова и услова намирења потраживања који потврђује суд, односно један облик судског поравнања.⁵¹ Поравнање се закључује на основу плана финансијског и оперативног реструктурирања.⁵² Поступак реструктурирања се не може започети без предлога дужника или његове сагласности, уколико предлог поднесе поверилац.⁵³

⁴⁸ Члан 276а InsO.

⁴⁹ Члан 274 InsO.

⁵⁰ UNCITRAL, *Legislative Guide, op. cit.*, стр. 162–163.

⁵¹ Члан 45 ЗС.

⁵² Члан 33 ЗС.

⁵³ Члан 29 став 1 ЗС.

Материјалноправне претпоставке за отварање поступка реструктурирања јесу претећа платежна неспособност и ако дужник касни са обавезама плаћања до 60 дана.⁵⁴

У поступку судског реструктурирања битно се ограничава пословна способност дужника. Решењем суда о отварању поступка реструктурирања именује се повереник.⁵⁵ Повереник испитује стање имовине и пословање дужника, сачињава попис пријављених потраживања, изјашњава се о потраживањима поверилаца и дужника, оспорава потраживања поверилаца, надгледа пословање дужника, даје мишљење о изводљивости поступка реструктурирања у пракси и да ли су испуњени услови за закључење поступка реструктурирања, надзире намирење трошкова поступка, подноси пријаву суду ако дужник поступа супротно одредбама ЗС-а и др.⁵⁶ Дужник нема никаквог утицаја на именовање повереника, јер се он именује по правилима која важе за именовање стецајног управника.⁵⁷ Тај утицај немају ни повериоци, јер се у поступку реструктурирања не формирају поверилачки органи.

Док траје поступак реструктурирања наступа мораторијум на плаћања. Дужник може обављати само плаћања која су нужна за редовно пословање, али уз претходну сагласност повереника, или суда, ако је повереник разрешен дужности. Дужник не може отуђивати или оптерећивати имовину у том периоду.⁵⁸

Повериоци се изјашњавају о плану реструктурирања гласањем. За изгласавање плана потребна је већина од 25% поверилаца чији збир потраживања износи више од 50% укупног износа потраживања. Мере које се могу предвидети планом реструктурирања нису посебно дефинисане ЗС-ом. План реструктурирања обавезно предвиђа делимични отпис дугова. То произлази из чињенице да се повериоци разврставају у групе према томе да ли су пристали на умањење свог потраживања или не. Повериоци који не пристану на умањење потраживања чине посебну групу и њихова потраживања се по самом закону умањују за 10%, с тим што проценат њиховог намирења не може бити неповољнији од оног који би могли очекивати да није било поступка реструктурирања.⁵⁹

⁵⁴ Члан 4 ЗС.

⁵⁵ Члан 35 став 2 тач. 2 ЗС.

⁵⁶ Члан 39 став 1 ЗС.

⁵⁷ Члан 39 став 2 ЗС.

⁵⁸ Члан 47 ЗС.

⁵⁹ Смисао законског разврставања поверилаца у групе није јасан, јер групе поверилаца не гласају

План реструктурирања може предвидети и претварање потраживања у капитал друштва. Та могућност посредно произлази из одредбе члана 52 ЗС којом је предвиђена обавеза банке да тражи сагласност од Агенције за банкарство РС, у случају кад је планом предвиђено претварање потраживања у основни капитал дужника којим би се прешло ограничење предвиђено за улагање тих институција у нефинансијске институције.

Упркос томе што је пословна способност дужника у поступку реструктурирања значајно ограничена, чини се да су у овом поступку права повериоца много мање заштићена него у стечајном поступку. У поступку реструктурирања не формирају се поверилачки органи, скупштина и одбор поверилаца, па контролу пословања дужника врше искључиво повереник и суд. Покретањем поступка реструктурирања дужник добија бенефите у виду мораторијума на плаћања, а ако се план реструктурирања прихвати, у виду одлагања плаћања и делимичног отписа дугова. За прихватање плана реструктурирања потребна је релативно мала већина поверилаца (свега 25% од укупног броја, који имају више од 50% потраживања).⁶⁰ Одатле произлази да дужник може закључити поравнање ако постигне споразум са својим највећим повериоцима.

Суд контролише план реструктурирања и даје потврду на њега. Разлози за ускраћивање потврде су флуидно формулисани, па суд има велику дискрецију приликом одлучивања о потврђивању плана.⁶¹ План реструктурирања не подразумева (али и не искључује) статусне, организационе, кадровске и сличне мере. Чини се да је интенција законодавца била да се дужнику усвајањем плана реструктурирања олакша измирење финансијских обавеза, најпре путем мораторијума на плаћања, који траје пет месеци, уз могућност продужења за још 90 дана на предлог дужника или повереника,⁶² а затим умањењем и одгађањем плаћања новчаних обавеза. Може се претпоставити да ће суд бити склон томе да штити дужника, на штету поверилаца, како би се пословање дужника очувало, иако се тиме нужно не стварају претпоставке за стварни економски и финансијски опоравак дужника. Видели смо да у немачком праву мораторијум на плаћања служи томе да се дужнику обезбеди време током кога ће он припремити план реорганизације. Одлагање плаћања и умањење дуговања, као кључ-

посебно о плану реструктурирања.

⁶⁰ Члан 45 став 7 ЗС.

⁶¹ На пример, суд може ускратити потврду плана уколико из плана произлази да није вероватно да ће његово спровођење учинити дужника способним за плаћање у текућој и наредне две године. Члан 45 став 7 тач. 3 ЗС.

⁶² Толико најдуже може трајати поступак реструктурирања. Члан 40 став 1 тач. 6 ЗС.

не мере у поступку реструктурирања у праву РС, саме по себи не стварају основ за отклањање узрока који су дужника довели у стање инсолвентности. Отуда се поставља питање сврсисходности поступка реструктурирања, јер у он у крајњем исходу не доноси добро нити дужнику, нити његовим повериоцима. Усвајањем плана реструктурирања дужнику се још неко време држи глава изнад воде, али га се притом не учи да плива.

ЗС-ом није уређено питање надлежности органа управљања дужником за предлагање плана реструктурирања и давање сагласности дужника на план. Овде је неопходно прибећи општим правилима ЗПД-а о надлежностима органа привредног друштва. Зависно од величине потраживања обухваћених поравнањем, закључење судског поравнања са повериоцима може представљати располагање имовином велике вредности, о чему одлучује скупштина друштва у складу са ЗПД-ом.⁶³ Уколико укупан збир потраживања која су обухваћена планом реструктурирања прелази 30% књиговодствене вредности имовине друштва, предлог плана реструктурирања требало би да буде изгласан на скупштини друштва, пре него што се поднесе на изјашњавање повериоцима у поступку реструктурирања. Пропуштање подношења плана реструктурирања скупштини друштва на усвајање не би имало за последицу ништавост постигнутог поравнања, већ би несагласни чланови друштва имали право да траже да им друштво откупи њихове акције или уделе.⁶⁴

Ако план реструктурирања предвиђа претварање потраживања поверилаца у основни капитал, неопходно би било да се о плану изјасни скупштина друштва капитала, односно чланови друштва лица, јер је реч о једном облику повећања основног капитала.⁶⁵

4. Положај чланова друштва у поступку реорганизације према Закону о стечају

Стечајни поступак у Републици Српској био је раније важећим Законом о стечајном поступку⁶⁶ готово у потпуности уређен по узору на немачки Закон о стечају. Када је реч о стечајној реорганизацији, ЗС из 2016. углавном је задржао решења из претходног закона. Међутим, законодавац

⁶³ Члан 281 став 1 тач. б) у вези са чланом 433 ЗПД.

⁶⁴ Члан 435 став 1 тач. њ) ЗПД у вези са чланом 103 став 2 Закона о облигационим односима. Види и пресуду Врховног касационог суда Републике Србије Прев 84/2018 од 29. 6. 2018.

⁶⁵ Члан 281 став 1 тач. а) ЗПД.

⁶⁶ „Сл. гласник Републике Српске“ бр. 16/2010 – пречишћен текст.

РС није пропратио промене које су се догодиле у европском законодавству о стечају, а посебно измене немачког Стечајног закона, што има за последицу да су у ЗС-у изостале одредбе којима се потпуније уређује положај друштва дужника и његових чланова у стечају и одредбе о личној управи дужника.

Стечајни поступак се састоји од две фазе – претходног стечајног поступка и главног стечајног поступка. У фази претходног стечајног поступка, чији је циљ испитивање услова за вођење стечајног поступка,⁶⁷ суд, по својој процени, може ограничити пословну способност дужника постављањем привременог стечајног управника, условљавањем располагања стечајног дужника сагласношћу суда или на други начин.⁶⁸ Привремени стечајни управник врши процену да ли се пословање дужника у тој фази може наставити у целини или делимично, и подноси предлог за привремену обуставу пословања стечајном судији, ако би наставком пословања настала штета за дужника или за потенцијалну стечајну масу.⁶⁹ Дужник има право жалбе на одлуку суда по предлогу за обуставу пословања.⁷⁰ Овлашћења привременог стечајног управника у погледу права управљања нису довољно јасно регулисана ЗС-ом. Привремени стечајни управник овлашћен је да предузима правне послове и радње потребне за наставак пословања у име стечајног дужника, уз услов да њима не наноси штета дужнику нити повериоцима. За те радње му није потребна сагласност дужника. Привремени стечајни управник је дужан да обезбеди имовину дужника и брине се њој. Он је дужан да измири одређена потраживања, а може и запошљавати раднике.⁷¹ Када је реч о дужнику, он задржава овлашћења за предузимање правних послова и радњи, али само уз сагласност привременог стечајног управника.⁷² Одатле следи да у фази претходног стечајног поступка, ако је именован привремени стечајни управник, послове друштва води привремени стечајни управник, а органи друштва могу предузимати правне послове и правне радње само уз његову сагласност. Није јасно да ли је сагласност привременог стечајног управника потребна и за вршење чланских овлашћења. На пример, да ли чланови друштва могу у тој фази сменити постојећу управу и именовати

⁶⁷ Члан 56 став 2 тач. 1 ЗС.

⁶⁸ Члан 57 став 2 тач. 2) и 3) ЗС.

⁶⁹ Члан 58 став 3 и 4 ЗС.

⁷⁰ Члан 58 став 5 ЗС.

⁷¹ Чл. 58 ст. 6 и чл. 59 ЗС.

⁷² Чл. 57 ст. 6 тач. 3) ЗС.

нову, без сагласности привременог стечајног управника? Ми сматрамо да могу, јер се овлашћења привременог управника односе на испитивање услова за покретање стечајног поступка и настављање пословања дужника. У овој фази поверилачки органи нису формирани, па је пословање дужника искључиво под контролом привременог стечајног управника и суда.

У фази главног стечајног поступка обавезно се именује стечајни управник. Он улази у посед имовине дужника која чини стечајну масу, управља њоме и наставља пословање дужника, уколико се тиме не наноси штета повериоцима, и уновчава стечајну масу.⁷³ Стечајни управник сачињава попис стечајне масе, води пословне књиге, сачињава потребне извештаје, заступа дужника у судским, управним и другим поступцима и сачињава план реорганизације када га на то обавезе скупштина поверилаца.⁷⁴

У овој фази формирају се поверилачки органи, скупштина поверилаца, као обавезан орган, и одбор поверилаца, као факултативни орган. Путем тих органа повериоци могу ефективно утицати на ток стечајног поступка и надzirати рад стечајног управника. На пример, на извештајном рочишту скупштина поверилаца доноси одлуке хоће ли се пословање дужника обуставити или привремено наставити, може дати налог стечајном управнику да изради план реорганизације и одредити циљеве реорганизације и одредити услове и начин уновчења дужникове имовине.⁷⁵ Ако је формиран одбор поверилаца, он даје сагласност за значајније послове које предузима стечајни управник. Уколико одбор поверилаца није формиран, сагласност даје скупштина поверилаца.⁷⁶

Права дужника и његових органа у фази главног стечајног поступка сведена су на минимум. Отварањем стечајног поступка права стечајног дужника да управља и располаже имовином која припада стечајној маси, као и права органа стечајног дужника, прокуристе, заступника и пуномоћника стечајног дужника прелазе на стечајног управника.⁷⁷ Стечајни дужник је обавезан да сарађује са органима стечаја. Он је дужан да даје обавештења о свим околностима које се односе на поступак, да преда стечајном управнику сву потребну документацију и да даје исказе стечајном судији. Уколико је дужник правно лице, ове обавезе извршавају чланови управе и надзорног одбо-

⁷³ Чл. 68 ст. 1 и чл. 72 ЗС.

⁷⁴ Члан 73 ст. 1–3 ЗС.

⁷⁵ Члан 153 ЗС.

⁷⁶ Члан 80 ЗС.

⁷⁷ Члан 105 ЗС.

ра, односно чланови друштва лица који су овлашћени за заступање.⁷⁸ Стечајни дужник се позива на извештајно рочиште и он има право да се изјасни о извештају стечајног управника.⁷⁹

Чланови друштва не улазе у скупштину поверилаца. Изузетак је ситуација када је члан друштва дао зајам друштву, у ком случају он има својство повериоца нижег исплатног реда.⁸⁰ Самим тим, чланови друштва не учествују у доношењу одлука које се тичу тока стечајног поступка и уновчења стечајне масе.

ЗС-ом се предвиђа да се стечајна маса може уновчити и продајом дужника као правног лица. Тај начин уновчења дубоко задире у права чланова друштва, јер се они лишвају својих чланских удела, док средства остварена продајом дужника улазе у стечајну масу из које се намирују повериоци.⁸¹ Упркос томе, чланови друштва се, према одредбама ЗС-а, не изјашњавају о тој продаји, нити имају право на новчано намирење вредности свога удела. Одлуку о продаји стечајног дужника као правног лица доноси скупштина поверилаца.⁸²

Стечајни дужник има право жалбе на решење суда којим се закључује стечајни поступак због недостатка, односно недовољности стечајне масе и на решење којим се одбија предлог за обуставу стечајног поступка због престанка стечајних разлога.⁸³

Стечајни дужник може поднети стечајни план, заједно са подношењем предлога за отварање стечаја, или накнадно, али тада само уз сагласност скупштине поверилаца.⁸⁴ Чланови друштва не гласају о плану, изузев ако имају потраживања према дужнику, за која је већ претходно објашњено да спадају у потраживања нижег исплатног реда. Повериоци са потраживањима нижег исплатног реда чине посебну групу поверилаца која се изјашњава о плану, само ако та потраживања на основу стечајног плана не престају.⁸⁵

⁷⁸ Чл. 116 и 117 ЗС.

⁷⁹ Члан 152 став 3 ЗС.

⁸⁰ Члан 88 ЗС.

⁸¹ Члан 159 ЗС.

⁸² Члан 158 ЗС.

⁸³ Члан 200, у вези са чл. 191, 195, 196 и 197 ЗС.

⁸⁴ Члан 203 ст. 1 и 2 ЗС.

⁸⁵ Члан 207 став 2 тач. 3 у вези са чланом 210 ЗС. Ово стога што се потраживања нижег исплатног реда не намирују у стечају ако потраживања виших исплатних редова нису намирена у потпуности. Стечајни план може предвидети повољније услове намирења, али он не мора предвидети намирење потраживања нижег исплатног реда ако она не би била намирена ни у стечају. У таквом случају, није сврсисходно да се о плану изјашњавају повериоци нижег

Стечајни дужник се изјашњава о плану, уколико је план поднео стечајни управник.⁸⁶ ЗС-ом није уређено питање надлежности органа друштва дужника за изјашњење о плану. Сматрамо да би о плану морала да се изјасни скупштина друштва капитала, односно чланови друштва лица, будући да стечајни план може укључивати мере којима се мења статус дужника, или којима се мењају, ограничавају или укидају права чланова друштва. Чак и да такве мере нису предвиђене, стечајним планом је по правилу обухваћена целокупна имовина дужника (са изузетком ствари на којима постоје излучна права и ствари које су по закону изузете од извршења), па су испуњени услови да се примене правила ЗПД-а о стицању, односно располагању имовином велике вредности. Оваквом тумачењу противи се одредба члана 105 ЗС-а, према којој након отварања стечаја права органа друштва прелазе на стечајног управника. Наведено законско решење је неспретно формулисано, јер није јасно ко би се иначе могао изјаснити о стечајном плану који је поднео стечајни управник у име стечајног дужника, када законска одредба обавезује да се стечајни дужник изјасни на план? Неспорно је да стечајни управник не би могао да се изјашњава у име стечајног дужника, иако је он заступник стечајног дужника у судским поступцима, јер законодавац у овој посебној ситуацији посматра стечајног управника и стечајног дужника као два засебна лица. Осим тога, видели смо да чланови управе и надзорног одбора имају обавезу према ЗС да сарађују са судом и стечајним управником, одакле следи да њихова овлашћења нису у потпуности престала.

Стечајни дужник се посебно позива на рочиште на коме се расправља и гласа о плану, у складу са одредбом члана 220 став 4 ЗС. Ни овом законском одредбом се не одређује коме се упућује позив и ко присуствује рочишту у име стечајног дужника – правног лица.

За усвајање плана потребан је пристанак стечајног дужника. Наш законодавац преузима решење немачког Стечајног закона, прописујући да се сматра да је дужник пристао на план ако му не приговори најкасније на рочишту за гласање о плану, писмено или усмено на записник. Право приговора имају и акционари, односно власници удела. Стечајни суд неће приговор узети у обзир ако стечајни дужник није планом стављен у лошији положај од оног у ком би био да плана нема.⁸⁷ Остаје отворено питање како суд треба да поступи ако је члан друштва планом стављен у лошији положај, јер се ЗС

исплатног реда.

⁸⁶ Члан 271 став 1 тач. 2 ЗС.

⁸⁷ Члан 232 ЗС.

о томе не изјашњава. Ово питање је врло значајно, имајући у виду одредбу ЗС-а, према којој се сматра да решење о потврди плана садржи изјаве воље учесника, ако план предвиђа заснивање, измену, пренос или укидање пословних удела или акција.⁸⁸ Постоји, дакле, фикција да је власник удела дао сагласност да се његово право на уделу измени, ограничи или укине, а суд нема обавезу да приликом потврде плана размотри да ли се власник планом ставља у лошији положај него што би то било у стечају. Стечајни суд је дужан да, пре него што потврди план, саслуша стечајног управника, одбор поверилаца и стечајног дужника. Против решења којим се потврђује или одбија потврда стечајног плана, право жалбе имају повериоци и стечајни дужник, али не и акционар или члан друштва.⁸⁹

Закључак

Законодавац Републике Српске занемарио је положај власника капитала приликом уређења поступака судског реструктурирања и стечајне реорганизације. Може се претпоставити да је то последица преовлађујућег традиционалног схватања, према коме управа друштва дужника и његови контролни чланови сnose кривицу за стање инсолвентности у којем се друштво нашло, па стога треба развластити чланове и управу дужника и одлучивање о његовој судбини поверити повериоцима и суду.

Та схватања су данас углавном превазиђена. Чак и када је претпоставка о одговорности чланова и органа друштва за лоше финансијско стање основана, ефикасан излаз из проблема најчешће није могуће пронаћи без сарадње са управом и члановима друштва. Управа и чланови друштва редовно најбоље знају узроке лошег финансијског стања и могућности за његово превазилажење. Уколико им се одузму права дата компанијским законодавством, они губе интерес да сарађују и помогну да се пронађу решења која ће бити прихватљива за све. Осим тога, не сме се испустити из вида да у фази која непосредно претходи отварању стечаја и током стечајног поступка власници капитала задржавају права на акцијама и уделима загарантована компанијским законодавством и општим правним принципима.

Упоредно законодавство о стечају се последњих деценија мења тако што се друштву дужнику поверава значајнија улога у поступцима

⁸⁸ Члан 239 ст. 2 и 3 ЗС.

⁸⁹ Члан 238 ЗС.

реструктурирања и реорганизације. У европско законодавство полако продире институт личне управе дужника, а права чланова друштва у поступку реорганизације су експлицитно заштићена.

Закон о стечају РС потребно је изменити и допунити како би се успоставио потребан баланс између имовинских захтева поверилаца инсолвентног друштва и права власника капитала. Циљ судског реструктурирања потребно је преиспитати. Тај институт треба допунити правилима о личној управи дужника под надзором суда, са циљем да се мораторијум на плаћања искористи за то да дужник самостално изради и предложи план реорганизације. У фазама претходног стечајног поступка и главног стечајног поступка потребно је предвидети правила која омогућују активнију улогу дужника у формулисању решења за излазак из инсолвентности, што укључује и институт личне управе. Неопходно је да се прецизно уреди положај власника капитала у поступку усвајања плана реорганизације којима се задире у њихова права на основу удела, односно акција, нарочито код продаје дужника као правног лица, статусних промена, повећања и смањења основног капитала, претварања потраживања и улоге и сл. Положај поверилаца у поступку судског реструктурирања и претходном стечајном поступку такође је потребно ојачати одредбама о формирању поверилачких органа већ у тим фазама.

**BALANCING INTERESTS OF CREDITORS AND SHAREHOLDERS
IN RESTRUCTURING AND REORGANISATION IN INSOLVENCY****Dijana Marković Bajalović, PhD*****Abstract**

In the last decade the European bankruptcy law has gone through significant changes, inspired by the concepts of reorganisation and debtor-in-possession from US law. Although insolvency laws recognise creditors as primary beneficiaries of insolvency proceedings, both the US and the European insolvency laws pay due attention to shareholders' rights in reorganisation proceedings. The Law on Insolvency of Republic of Srpska from 2016 has been evidently influenced by the German Insolvency Act. The 2016 Law regulates reorganisation proceedings largely in line with the rules of the German Act. A new restructuring proceeding has been introduced, representing essentially a set-off between an insolvent company and its creditors confirmed by the court. In the article rules of the 2016 Law on restructuring and reorganisation in insolvency have been analysed from the aspect of adequacy of protection of shareholders' and creditors' rights in these proceedings. The author argues that amendments of the Law on Insolvency are necessary to regulate more precisely rights of shareholders in reorganisation proceedings and to improve the protection of creditors' rights in the phase preceding the opening of insolvency proceedings. The author also proposes introduction of the debtor-in-possession institute in the law of Republic of Srpska.

Key words: restructuring, reorganisation, debtor-in-possession, insolvency, shareholders' status in insolvency.

* Full Professor at the Faculty of Law of the University in East Sarajevo

ЈАЧАЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ УЧЕСНИКА НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ КРОЗ ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА О ФИНАНСИЈСКОМ ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Др Мирјана Кнежевић*

Резиме: Предмет анализе је ново законодавство у области финансијског обезбеђења које треба да допринесе јачању правног положаја и правне сигурности учесника на финансијском тржишту. У циљу унапређења правне сигурности и ефикасности у извршавању обавеза учесника на финансијском тржишту, 8. јуна 2018. године донет је Закон о финансијском обезбеђењу, који је почео да се примењује од јануара 2019. године. Новим законским решењима, на која аутор указује у раду, стварају се услови унапређења целокупног финансијског система. Најзначајнија новина је регулисање уговора о финансијском обезбеђењу као посебне врсте уговора, чије увођење у праксу повлачи бројна питања и дилеме које аутор у раду поставља. Јачање правне сигурности поверилаца и дужника, и смањење кредитног ризика јесу циљеви који чине овај закон реформским у процесу усклађивања са прописима Европске уније. У циљу усклађивања са донетим Законом о финансијском обезбеђењу извршене су измене Закона о стечају у погледу допуштености склапања уговора о финансијском обезбеђењу. Регулисање обавеза учесника на финансијском тржишту треба да утиче на развој финансијског тржишта, очување стабилности финансијског система, и стварање повољнијих услова за пословање страних инвеститора и кредитора у нашој земљи.

Кључне речи: Закон о финансијском обезбеђењу, уговор о финансијском обезбеђењу, средства обезбеђења, реализација и наплата.

* Редовни професор, Ул. Лицеја Кнежевине Србије бр. 3, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија

1. Увод

У циљу посебног законског уређења уговорног односа учесника на финансијском тржишту, прошле године донет је Закон о финансијском обезбеђењу¹. Ефекти законске примене тек се очекују, с обзиром на то да се примењује од јануара 2019. године. Предмет законског уређења је обезбеђење извршавања финансијских обавеза које су настала на основу уговора о финансијском обезбеђењу који закључују учесници на финансијском тржишту. У циљу унапређења правне сигурности и ефикасности у извршавању обавеза учесника на финансијском тржишту, стварају се услови унапређења целокупног финансијског система. Јачање правне сигурности поверилаца и дужника, и смањење кредитног ризика јесу циљеви који чине овај закон реформским у процесу усклађивања са прописима Европске уније, који регулишу предметну област. У процесу хармонизације националног права са правом Европске уније, на различите начине и у различитом обиму могу да учествују различити државни органи и други субјекти. У складу са својим надлежностима, Народна банке Србије је имала велику улогу у хармонизацији предметне области кроз усклађивање и стварање услова за успешно приступање и пуноправно чланство Републике Србије у Европској унији.

Финансијске услуге јесу област где је најизраженија потреба остваривања равнотеже између прва Европске уније, са једне стране, и основних институционалних вредности финансијског система Републике Србије, са друге стране. Велике напоре Република Србија чини кроз испуњавање обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању² и Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима³ у делу усклађивања прописа у области банкарства, осигурања и других финансијских услуга.

Од посебне важности за хармонизацију предметне области јесте усклађивање са секундарним изворима Европске уније, тј. са Директивом 2002/47/ЕЗ о уговорима о финансијском обезбеђењу,⁴ која има за циљ стварање јединственог правног оквира Европске уније за коришћење хартија од вредности и готовине као финансијског обезбеђења у финан-

¹ Закон о финансијском обезбеђењу, „Службени гласник РС” бр. 44/2018.

² Споразум о стабилизацији и придруживању, „Службени гласник РС“ бр. 83/2008.

³ Прелазни споразум о трговини и трговинским питањима, „Службени гласник РС“ бр. 83/2008.

⁴ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements OJ L 168, 27. 6. 2002, p. 43–50 (27/06/2002, 2009/44/EC, 2014/59/EU).

сијским трансакцијама. Директива о финансијском обезбеђењу се односи само на билатералне уговоре о обезбеђењу. Важан сегмент Директиве су претпостављени минимални услови за доказивање постојања финансијског обезбеђења и уговора о финансијском обезбеђењу, чија је основна карактеристика омогућавање брзог и неформалног извршења. Директива као једну од кључних тачака наводи да државе чланице Европске уније морају признати споразуме о коначном нетирању, чак и ако прималац или давалац обезбеђења подлеже поступку ликвидације или реорганизације.⁵

Процес хармонизације права Републике Србије са Директивом 2002/47/ЕЗ о уговорима о финансијском обезбеђењу започет је пре три године. У том периоду отворана су и решавана бројна питања у циљу правног уређења института уговора о финансијском обезбеђењу и стварања новог законодавног оквира.

Пословање са финансијским обезбеђењима јесте модел који представља европску привредну праксу, и као такав треба да буде примењен на финансијском тржишту Републике Србије. Циљ новог законодавног оквира јесте смањивање кредитног и системског ризика на нивоу државе, као и јачање финансијске стабилности и правне сигурности учесника на финансијском тржишту. На тај начин стварају се повољнији услови за стране инвеститоре, који очекују да њихово кредиторско пословање буде део стандардизоване европске праксе.

2. Уговор о финансијском обезбеђењу

Директива о уговорима о финансијском обезбеђењу и Закон о финансијском обезбеђењу уређују питање успостављања финансијског обезбеђења. Прималац и давалац обезбеђења закључују уговор о финансијском обезбеђењу којим се давалац обезбеђења обавезује да обавезује да, ради обезбеђења неке своје или туђе финансијске обавезе, пренесе средство обезбеђења примаоцу обезбеђења или да на том средству установи заложно право у корист примаоца обезбеђења, а прималац обезбеђења се обавезује да примљена или еквивалентна средства обезбеђења врати даваоцу обезбеђења по извршењу финансијске обавезе, односно истовремено с тим извршењем.

Финансијским обезбеђењем може да се установи заложно право,

⁵ Марија Вићић, „Директива ЕУ о уговорима о финансијском обезбеђењу“, *Европско законодавство*, бр. 66/2018, стр. 144–157.

затим да се пренесе право својине или потраживање у својину примаоцу финансијског обезбеђења. Заправо, закон је препознао могућности залоге или пренос својине над средствима финансијског обезбеђења.

Новчана средства и финансијски инструменти који чине средство обезбеђења и који се на основу уговора о финансијском обезбеђењу преносе примаоцу обезбеђења, прелазе у његову својину. Прималац обезбеђења стиче право да их користи, да њима располаже, као и да их отуђи. Уколико прималац обезбеђења на основу уговора о финансијском обезбеђењу стиче заложно право на средству обезбеђења, давалац обезбеђења задржава право својине на том средству, које је ограничено заложним правом. Питање процењивања вредности средстава обезбеђења може бити уређено самим уговором у смислу прописивања процедура за њихово одређивање.

Постоје два начина закључења уговора о финансијском обезбеђењу. Финансијско обезбеђење може да се уговори укључивањем обавезе о финансијском обезбеђењу у основни уговор чије се обезбеђење извршења обавеза уговара, или закључивањем посебног уговора о финансијском обезбеђењу. Као услов пуноважности, прописана је писмена форма уговора о финансијском обезбеђењу. У складу са трендом електронског пословања и дигитализације свих области,⁶ и важећом електронском регулативом, закон, поред писмене форме, омогућава закључивање уговора о финансијском обезбеђењу у електронској форми, на трајном носачу података.⁷

Субјекти уговора о финансијском обезбеђењу могу да буду искључиво: Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе, орган јавне власти, укључујући и организацију у чијој је надлежности управљање јавним дугом, вођење рачуна корисника јавних средстава, Фонд за развој и Агенција за осигурање и финансирање извоза Републике Србије; Народна банка Србије; финансијске институције са седиштем у Републици Србији, банке, друштва за осигурање, брокерско-дилерска друштва, друштва за управљање добровољним пензијским фондом, друштва за управљање инвестиционим фондом, институције електронског новца, платне институције, јавни поштански оператер, друштва за обављање послова факторинга и даваоца финансијског лизинга; учесници у платном систему и систему за поравнање хартија од вредности са седиштем у Републици Србији, Централни регистар, депо

⁶ Радовановић, Сања, Мишчевић, Николина, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2018, Vol. 52/4, стр. 1641–1661.

⁷ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 4.

и клиринг хартија од вредности, централног тржишног учесника, агента за поравнање, клириншку кућу и оператора овог система; Европска унија, држава чланица Европске уније, трећа држава, као и орган јавне власти у тим државама, укључујући јавноправно тело и организацију у чијој су надлежности послови у вези са управљањем јавним дугом или интервенцијама у вези с тим управљањем; Европска централна банка и друге централне банке; Међународни монетарни фонд, Банка за међународна поравнања, Европска инвестициона банка и међународне развојне банке којима се, према пропису Народне банке Србије којим се уређује адекватност капитала банке, додељује најнижи пондер кредитног ризика; финансијска институција у смислу прописа Европске уније над чијим пословањем врши надзор надлежни орган.

Закон, као што се види из претходног навођења, као субјекте уговора о финансијском обезбеђењу наводи квалификоване учеснике на финансијском тржишту. Поред банака, Народне банке Србије, брокерско-дилерских друштава, међународних финансијских институција, не наводи правна лица која не обављају регулисану делатност. Закон је и у овом сегменту у складу са европском регулативом, али се у правној теорији поставља питање оправданости оваквог законског уређења. Одузимањем права укључивања правних лица у трансакције са финансијским обезбеђењем, ограничава се њихово право учешћа на секундарном тржишту за трговање финансијским инструментима.

Закон прописује финансијску обавезу као обавезу чије је извршење обезбеђено уговором о финансијском обезбеђењу, а по основу које поверилац има право на новчано намирење и право да му се предају, односно пренесу финансијски инструменти. Дакле, финансијска обавеза може да буде новчана или у облику финансијских инструмената. Уколико гласи на новчану вредност, према закону, она може бити изражена у динарима или у иностраној валути. Финансијска обавеза може бити садашња или будућа, условна или безусловна, стална или повремена, одредива по врсти или класи, као и друга финансијска обавеза која произлази из уговора.⁸

Мишљења смо да законско одређивање појма и битних елемената и начина закључивања уговора, кроз креирање јасних правила уговарања, поједностављује коришћење различитих средстава обезбеђења и њихову реализацију, на задовољство свих учесника на финансијском тржишту.

⁸ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 5.

3. Средства обезбеђења

Врсте средстава финансијског обезбеђења одређене су законом, тако што се као средства обезбеђења наводе: новчана средства, финансијски инструменти и кредитна потраживања.⁹

Новчана средства као средства обезбеђења јесу динарска или девизна средства на депозитном, платном или другом одређеном новчаном рачуну која давалац финансијског обезбеђења има код било које платне институције, са законском напоменом да се у њих не укључује готов новац.¹⁰

У финансијске инструменте, као средства обезбеђења, закон убраја хартије од вредности, инструменте тржишта новца и све друге финансијске инструменте у смислу закона којим се уређује тржиште капитала. Вредност финансијских инструмената као средстава обезбеђења утврђује се према њиховој тржишној вредности.¹¹

Код закључивања уговора о финансијском обезбеђењу, где се као средство обезбеђења предвиђа финансијски инструмент као врста средства за обезбеђење, као меродавно право примењује се право државе у којој се налази седиште институције код које се налази регистар финансијских инструмената.¹²

Кредитна потраживања као средства финансијских обезбеђења јесу новчана потраживања из уговора о кредиту који одобрава банка. Код закључења уговора о кредиту, дужник даје сагласност за пренос само оних података који су примаоцу обезбеђења неопходни за њихову реализацију, а који се у складу са законом сматрају банкарском тајном.

Поред овог захтева, за установљење кредитног потраживања као средства обезбеђења захтева се да дужник по кредитном потраживању да изјаву да неће извршити пребијање свог потраживања према повериоцу с кредитним потраживањем повериоца.¹³

Средства обезбеђења морају да испуњавају услов еквивалентности приликом њиховог уговорног одређивања.

Еквивалентна средства обезбеђења код новчаних средстава јесу новчана средства у истом износу и истој валути. Код финансијских ин-

⁹ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 6.

¹⁰ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 7.

¹¹ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 8.

¹² Закон о тржишту капитала, „Службени гласник РС“ бр. 31/2011, 112/2015 И 108/2016.

¹³ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 9.

струмената, еквивалентна средства обезбеђења су финансијски инструменти истог издаваоца, исте емисије, класе, номиналне вредности, валуте и истих других основних елемената.¹⁴ Средства обезбеђења дата су примаоцу обезбеђења, тако да прималац обезбеђења стиче државину, односно заложно право на средству обезбеђења. Утврђивање да је средство за обезбеђење дато примаоцу обезбеђења врши се на основу писмог доказа о давању средства обезбеђења.

Писмени доказ може да потврди да су новчана средства одобрена или евидентирана на одређеном новчаном рачуну, затим да су финансијски инструменти пренети на одређени рачун финансијских инструмената, односно да је уписано заложно право на финансијском инструменту у корист примаоца обезбеђења, или да је примаоцу обезбеђења достављен списак кредитних потраживања.¹⁵

Прималац средства обезбеђења има право коришћења и располагања заложеним средствима обезбеђења.¹⁶ Обим и садржај тако устављеног права коришћења и располагања одређује се уговором о финансијском обезбеђењу, при чему је прималац средства обезбеђења у обавези да при вршењу свог права поступа са пажњом доброг, тј. да покаже повећани степен пажње. Прималац обезбеђења код залогe кредитног потраживања нема право коришћења. Право коришћења и располагања заложеним средствима обезбеђења престаје извршењем финансијске обавезе или намирењем из средства обезбеђења.

Промена средстава обезбеђења може бити уговорена као обавеза даваоца да у случају смањивања вредности средстава обезбеђења да додатна средства обезбеђења, или као његово право да повуче део средства обезбеђења ако се повећа вредност средстава обезбеђења, или да изврши замену средства обезбеђења другим средством обезбеђења најмање исте вредности.¹⁷

4. Реализација финансијских обезбеђења

Финансијска обезбеђења реализују се у случају неизвршења доспеле финансијске обавезе или услед другог сличног догађаја или околности које су предвиђене у уговору о финансијском обезбеђењу.

¹⁴ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 10.

¹⁵ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 11.

¹⁶ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 12.

¹⁷ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 13.

Реализација средстава обезбеђења врши се на начин утврђен уговором о финансијском обезбеђењу, тако што прималац обезбеђења стиче право да своје потраживање намири вансудским путем из средства или се врши нетирање потраживања и обавеза између даваоца и примаоца обезбеђења. Реализација средства обезбеђења извршава се без достављања претходног обавештења или упозорења о намери реализације средстава обезбеђења, без сагласности или одлуке суда, органа јавне власти или било ког другог лица, без јавне продаје, без утврђивања додатног од наступања услова за реализацију средстава обезбеђења до те реализације.¹⁸ На реализацију средстава обезбеђења не утиче покретање стечаја, ликвидације или примена мере реорганизације над даваоцем или примаоцем обезбеђења.

У зависности од врсте средстава обезбеђења и начина њиховог успостављања, одређује се начин намирења потраживања.

Намирење потраживања из заложених средстава обезбеђења врши се непосредним намирењем из новчаних средстава која су средство обезбеђења, продајом или присвајањем финансијског инструмента, или продајом или присвајањем кредитног потраживања које је средство обезбеђења.¹⁹ Прималац обезбеђења дужан је да при намирењу потраживања, односно утврђивању вредности средстава обезбеђења и израчунавању финансијске обавезе поступа с пажњом доброг стручњака.

Намирење потраживања из средстава обезбеђења која су стечена у својину реализује се кроз њихово задржавање у својини, док се намирење из кредитних потраживања врши продајом или присвајањем.²⁰ Уколико се појави вишак вредности приликом намирења примаоца финансијског обезбеђења, он се враћа даваоцу обезбеђења.

На основу наведеног, мишљења смо да закон предвиђа појединостављене процедуре за намирење потраживања. Могућност продаје или присвајања финансијског обезбеђења ради намирења потраживања, под прописаним и законом одређеним условима, даје већу сигурност и ефикасност на финансијском тржишту. Дефинисаним законским решењима дата су јасна правила за уговарање и коришћење предвиђених средстава финансијског обезбеђења. Прописана правила за наплату из ових средстава стварају повољне услове за смањивање кредитног ризика учесника на финансијском тржишту.

Од посебне важности је нови институт нетирања (енг. *close-out*

¹⁸ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 14.

¹⁹ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 15.

²⁰ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 16.

netting) по основу превременог доспећа или престанка обавеза. Институт нетирања до сада није био јасно регулисан домаћим прописима. Нетирање представља средство управљања ризиком са циљем смањивања евентуалних негативних ефеката на биланс стања уговорних страна. Овај циљ је остварив, јер нетирање као могућност пребијања потраживања са једне стране смањује изложеност ризику и умањује потребни капитал, а са друге стране смањује трошкове привредних трансакција. Могућност креирања самосталног споразума о нетирању или уговорних одредби о нетирању међусобних обавеза дуго је предмет анализа правног третмана овог механизма. Глобална тенденција је увек била признавање института нетирања са питањем, пре свега, законодаваца и регулатора на финансијском тржишту, која се односе на извршивост нетинга у случају стечаја једне од уговорних страна.

Нетирање потраживања и обавеза уговорних страна, из једног или више уговора о финансијском обезбеђењу, по основу превременог доспећа или престанка обавезе у случају повреде уговора, и то тако да настају нове новчане обавезе или потраживања, односно да се врши нетирање (пребијање) међусобних потраживања и обавеза, нешто недостаје

Уговором о финансијском обезбеђењу може се утврдити да се, по наступању услова за реализацију средстава обезбеђења, међусобне обавезе по основу једног или више уговора о финансијском обезбеђењу сматрају доспелим и изражавају се као новчане обавезе или престају и замењују се новим новчаним обавезама или се врши нетирање (пребијање) међусобних потраживања и обавеза по основу једног или више уговора о финансијском обезбеђењу.²¹

Новина је и изричито законско препознавање могућности преноса права својине над средствима финансијског обезбеђења, као и могућност продаје или присвајања тих средстава ради намирења потраживања под одговарајућим условима. При изради законских решења узети су у обзир и релевантни прописи Европске уније у овој области.

5. Заштита уговора о финансијском обезбеђењу у случају стечаја, ликвидације и примене мера реорганизације

Посматрано са ширег правног аспекта, посебну пажњу заслужује већ наведена одредба према којој се права и обавезе из финансијских обезбеђења извршавају независно од поступка стечаја, ликвидације или

²¹ Закон о финансијском обезбеђењу, члан 17.

мере реорганизације према примаоцу, односно даваоцу обезбеђења. При изради оваквих законских решења узети су у обзир и релевантни прописи Европске уније у овој области.

Уговор о финансијском обезбеђењу остаје на снази без обзира на то што је закључен пре доношења одлуке о покретању поступка стечаја и ликвидације или примене мера реорганизације. Уговор о финансијском обезбеђењу који је закључен на дан покретања поступка стечаја или ликвидације, или усвајања мере реорганизације, а након тренутка доношења одговарајуће одлуке, уговор као и средство обезбеђења остају правно обавезујући ако прималац обезбеђења докаже да није знао нити је био дужан да зна за покретање тог поступка или примену те мере.

На побијање правних послова и радњи стечајног дужника који је прималац или давалац обезбеђења примењују се одредбе закона којим се уређује стечај, ако нису у супротности са овим законом.²² Побијање односно утврђивање ништавим појединих одредаба уговора о финансијском обезбеђењу не повлачи ништавост целог уговора, а нетирање осталих обавеза спроводи се несметано.

Поступак стечаја или ликвидације, у смислу овог закона, означава поступак стечаја или ликвидације или други поступак колективног намирења поверилаца, акционара или других чланова друштва из имовине дужника, било да је покренут добровољно или принудно, а спроводи се уз учешће судског или другог надлежног органа.

Мере реорганизације, у смислу овог закона, означавају мере које судски или други надлежни орган примењује ради очувања или побољшања финансијског стања дужника, ако те мере утичу на стечена права трећих лица, посебно мере које се односе на забрану или ограничење плаћања, извршење обавеза или смањење потраживања.

Упркос широкој употреби споразума о нетирању потраживања, извршивост одредби о овом модалитету пребијања јесте питање које се дуго постављало у правима развијених земљама.²³ Дуго је судбина ових одредби била неизвесна, нарочито због ефекта прописа о стечају. Одредбе које се односе на институт нетирања имају широку употребу у правима различитих земаља, и без обзира на постављање разних питања о извршности одредби о овом моделу пребијања. Временом, упоредна законодавства креирају нова

²² Закон о финансијском обезбеђењу, члан 18.

²³ Giovanoli, M., "Legal issues regarding payment and netting systems", у: Norton J., Reed C., Walden I. [ур.] *Cross-border electronic banking: Challenges and opportunities*, London, 1995.

законска решења и правила која се односе на пребијање потраживања у погледу финансијских терминских послова, било изменама закона о стечају, прописа којима се регулише финансијски систем, или доношењем нових закона у којима се ова специфична материја регулише као посебна целина.²⁴

Одредбе о нетирању у домаћем праву налазе се у различитим законима: Закону о стечају, Закону о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, Закону о облигационим односима, Одлуци о адекватности капитала банке и Одлуци о обављању послова са финансијским дериватима.

Иако су одредбе о нетингу једна врста одступања од општих принципа стечајног права, Закон о стечају²⁵ предвиђа нетирање за различите врсте финансијских уговора и дефинише право на пребијање потраживања у стечајном поступку. Отварањем стечајног поступка поверилац не губи право на пребијање свог потраживања према стечајном дужнику са потраживањем стечајног дужника према њему, у случају да је пре подношења предлога за покретање стечајног поступка стекао то право.

Дакле, почетак стечајног поступка не утиче на права и обавезе из уговора о обезбеђењу, и на тај начин се пружа заштита примаоцу средстава финансијског обезбеђења у случају покретања стечајног поступка над самим даваоцем обезбеђења. Циљ оваквог законског регулисања специфичних одредби о нетирању није стварање привилеговане групе поверилаца у односу на остале повериоце, већ обезбеђивање правне сигурности на финансијском тржишту.²⁶

Поверилац губи право на пребијање уколико до истека рока за пријаву потраживања суду не достави пријаву на целокупан износ потраживања и изјаву о пребијању.²⁷

Закон о финансијском обезбеђењу усклађен је са решењима Закона о стечају у погледу допуштености склапања уговора о финансијском обезбеђењу пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Једино постоји одступање Закона о финансијском обезбеђењу од решења у Закону о стечају у случају када је стечајни поверилац знао или је морао да зна да је дужник неспособан за плаћање или да је презадужен.

²⁴ Јовановић, Тајана, „Правна природа Споразума о нетирању и предуслови његове извршивости”, *Банкарство*, 2008, Vol. 37, бр. 3–4, стр. 38–52.

²⁵ Закон о стечају, „Службени гласник РС” бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

²⁶ У упоредном праву, најприсутнија је законска могућност ликвидационог нетинга, и то посебно финансијских деривата.

²⁷ Закон о стечају, члан 82.

Случајеви када је пребијање недопуштено у смислу Закона о стечају су ако је стечајни поверилац потраживање стекао у последњих шест месеци пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка, при чему је знао или је морао знати да је дужник неспособан за плаћање или да је презадужен, као и ако су се услови за пребијање стекли правним послом или другом правном радњом која се може побијати.²⁸

Изузетно, пребијање потраживања је допуштено ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора или потраживање коме је враћено правно дејство успешним побијањем правног посла или друге правне радње стечајног дужника.²⁹ Надзор над спровођењем одредби закона којим се уређују финансијска обезбеђења вршиће Народна банка Србије, Комисија за хартије од вредности и Министарство финансија. Решења права Европске уније су да се надзор поверава централним регулаторним органима.

Закључак

Закон о финансијском обезбеђењу има за циљ успостављање савременог, реформисаног и ефикасног правног оквира за креирање уговора финансијског обезбеђења и реализацију финансијског обезбеђења. Уговорно регулисање обавеза учесника на финансијском тржишту треба да утиче на јачање правне сигурности учесника на финансијском тржишту и стварање повољнијих услова за пословање страних инвеститора и кредитора у нашој земљи. Новим законским решењима створени су бројни услови за унапређење целокупног финансијског система. Најзначајнија новина је регулисање уговора о финансијском обезбеђењу као посебне врсте уговора, чије увођење у праксу повлачи бројна питања. Намирење обезбеђених потраживања ослобођено је судских и вансудских формалности, тако да је постало ефикасније и процедурално једноставније. Предвиђена су три начина намирења: продаја, присвајање и пребијање (*close-out netting*). Намирење по овој врсти обезбеђења изузето је од правила стечајног поступка, укључујући и поступак реорганизације и ликвидације. Тренутни законски оквир подржан је и изменама Закона о стечају, тако да је створен веома прецизан и повољан правни оквир за успостављање финансијских обезбеђења, чији се ефекти очекују у будућем периоду.

²⁸ Закон о стечају, члан 83.

²⁹ Закон о стечају, члан 83.

INCREASING LEGAL SAFETY OF THE FINANCIAL MARKET ACTORS THROUGH THE LAW ON ENFORCEMENT AND SECURITY

Mirjana Knežević, Ph.D*

Summary

The Law on Enforcement aims to create a modern, reformed and efficient legal framework for security interest contracts and their enforcement. Regulating the obligations of the financial market subjects by a contract should result in their increased legal safety and create a favourable business climate for foreign investors and lenders in our country. The new legal solutions provide a whole range of options to improve the entire financial system. The most significant among them is the one pertaining to the contract on security interest as a new kind of contract, whose implementation is quite complex. The settlement of secured receivables, freed from both court and out-of court formalities, has become more efficient and much simpler in terms of procedure. The law prescribes the three manners of settlement: the sale, the appropriation and the close-out netting. Settlements of this kind are exempt from bankruptcy procedure, which also includes restructuring and liquidation. The current legal framework is also supported by the Law on Bankruptcy so as to create a favourable environment for implementing security interest, whose effects are expected to ensue in the future.

Key words: *Financial Security Law, Financial Security Contract, means of security, realization, and payment collection.*

* Full Professor at the Faculty of Economics, University of Kragujevac

ОГРАНИЧЕЊА У ПОГЛЕДУ ОБУСТАВЕ ПРУЖАЊА УСЛУГА ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ ИНТЕРЕСА И ЗАШТИТА СОЦИЈАЛНО УГРОЖЕНИХ ПОТРОШАЧА

Мр Драган Балтић*

***Апстракт:** Услуге од општег економског интереса јесу специфична врста услуга које су од посебног значаја за нормално функционисање једног савременог друштва, те захтијевају посебно правно регулисање и посебну правну заштиту. Зато је пружање ових услуга регулисано посебним законским прописима и општим условима пословања, које доносе надлежни органи или сами привредни субјекти чија је дјелатност пружање овакве врсте услуга. Једна од основних карактеристика и специфичности за све услуге од општег економског интереса јесте начин закључења уговора, при чему огроман значај припада општим условима пословања и општим условима формуларних уговора. Код закључења овакве врсте уговора доводе се у питање основна начела облигационог права, као што су аутономија и сагласност воља уговорних страна, а што може имати негативне посљедице по слабију уговорну страну, односно потрошача. Како наше друштво постепено улази у међународне економске интеграције, а нарочито интеграције које се односе на повезивање европских држава и њихову међусобну сарадњу и развој, јавља се потреба за хармонизацијом нашег права са европским правним схватањима у вези са заштитом потрошача и пружањем услуга од општег економског интереса. Законска регулатива прописала је начин и поступак заштите потрошача, а посебно ограничења у погледу*

* Мр Драган Балтић, Руководилац Службе правно-кадровских и општинских послова у предузећу ЗП „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука, РЈ „Електродистрибуција“ Приједор.

обуставе пружања услуга од општег економског интереса када је покренут судски или вансудски поступак за оспоравање рачуна, што представља једну значајну новину у нашем правном систему и заслужује посебно разматрање, али је остао недефинисан начин заштите социјално угрожених потрошача, који чине значајан број потрошачке популације.

Кључне ријечи: *услуга, јавна услуга, општи економски интерес, потрошач, обустављање услуге, социјално угрожен потрошач.*

1. Увод

За нормално функционисање једне друштвене заједнице неопходан је низ природних и економских чинилаца, али да би грађанима био омогућен пристојан живот у једној уређеној друштвеној заједници у урбаној средини, поред остваривања права на рад и стицања зараде у циљу битисања, неопходно је да постоји приступ једном броју услуга, које се заједнички називају услуге од општег економског интереса, јавне услуге или услуге од јавног интереса. То су услуге од посебног друштвено-економског значаја, за које је држава изузетно заинтересована да се исте врше континуирано, на јединствено уређен начин, и које су под сталном контролом носилаца јавних овлашћења, било државних органа или органа локалне самоуправе. Зато је пружање ових услуга регулисано посебним законским прописима и општим условима пословања привредних субјеката чија је дјелатност пружање овакве специфичне врсте услуга.

2. Услуге од општег економског интереса

Термин „услуга од општег економског интереса“ преузет је из европског права, али не постоји једнообразна дефиниција овог појма. Ради се о услугама које се пружају на регулисаном тржишту од стране великих инфраструктурних сервиса, уз накнаду, и које испуњавају општи интерес. Како имају тржишни еквивалент, може се рећи да услуге од општег економског интереса представљају једну подгрупу услуга од општег интереса. Услуге од општег економског интереса обухватају услуге које се под једнаким условима пружају свим или одређеним групама корисника, а које се нуде на тржишту и које су подвргнуте специфичном регула-

торном режиму заштите јавног интереса.¹ Субјекти који пружају услуге од општег интереса подводе се дјелимично под посебан правни режим, који је другачији од онога који се примјењује на друге привредне субјекте. Заштита општих интереса, али и интереса корисника услуга, налаже да се њихово пословање подвргне контроли надлежних органа.² Такође, општи интерес може да буде разлог за искључење правила конкуренције на обављање одређених дјелатности.³

Иако су услуге од општег економског интереса обједињене једним законским прописом, односно Законом о заштити потрошача, оне су регулисане и путем више посебних закона,⁴ као и низом подзаконских прописа у виду правилника и општих услова пословања.

У Републици Српској и Босни и Херцеговини, дефиниција услуга од општег економског интереса дата је законским прописима који регулишу област заштите потрошача,⁵ којима су, између осталог, утврђена и основна права потрошача при куповини робе и услуга од општег економског интереса. То су услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, од којих се одређене пружају посредством дистрибутивне мреже, а чији квалитет, услове пружања и цијену уређују или контролишу органи управе или други носиоци јавног овлашћења, у циљу задовољења општег друштвеног интереса. Услуге, односно дјелатности које се сматрају услугама од општег економског интереса јесу: снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотном енергијом, водом, услуге одвода отпадних вода, телекомуникационе услуге, поштанске услуге, услуге јавног превоза путника у градском, приградском и међуградском саобраћају, услуге аутобуских станица, услуге јавног превоза путника у жељезничком саобраћају, услуге одржавања чистоће и остале јавне услуге (погребне услуге, димњачарске услуге и сл.). Због свога великог значаја, један број ових услуга регулисан је посебним законским прописима (електрична енергија, гас, телекомуникације, поштанске услу-

¹ Јовановић, Татјана, *Заштита корисника услуга од општег економског интереса*, Зборник радова Копаоничке школе природног права бр. 11/2009, 1047.

² Мићовић, Миодраг, *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, 99.

³ Payet, M. S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001, 435.

⁴ Закон о комуналним дјелатностима, Закон о енергетици, Закон о електричној енергији, Закон о гасу, Закон о телекомуникацијама, Закон о поштанским услугама, Закон о превозу у друмском саобраћају, Закон о уговорима о превозу у жељезничком саобраћају и др.

⁵ Закон о заштити потрошача у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“ бр. 6/2012, 63/2014 и 18/2017) и Закон о заштити потрошача („Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 25/2006 и 88/2015).

ге), док се већина ових услуга третира као комуналне дјелатности од посебног јавног интереса (производња и испорука воде, пречишћавање и одвођење отпадних вода, производња и испорука топлотне енергије, одржавање чистоће, јавни превоз и сл.).

3. Пружање услуга од општег економског интереса

Пружање економске услуге потрошачу заснива се на уговорном односу између потрошача и трговца.⁶ За пружање ових услуга трговац је дужан да са потрошачем закључи уговор у писаној форми, а истовремено потрошачу мора омогућити и право на раскид уговора. Потрошач који закључује нови уговор или му се, на његов захтјев, пружају економске услуге, има право да бесплатно добије образац уговора који ће садржавати све услове уговора. Обавеза плаћања услуга мора се односити само на стварног корисника или на страну која је потписала уговор.

Трговац који пружа економску услугу обавезан је да омогући потрошачу коришћење економске услуге под једнаким условима, без дискриминације, а уз поштовање основних начела, као што су: обавезност уговорног односа, универзалност услуге, једнакост у приступу и третману свих потрошача, информисање потрошача, квалитет и континуитет услуге, адекватност услуге у смислу технолошке еволуције и структуралних и организационих промјена, транспарентност, ефикасност средстава компензације и начин за рјешавање потрошачких спорова, ефикасно консултовање и представљање потрошача приликом доношења одлука и посебна заштита потрошача.

За сваку пружену услугу трговац је дужан да потрошачу благовремено и без накнаде изда одговарајући рачун,⁷ а уз детаљну спецификацију рачуна, који садржи све потребне податке и који омогућава провјеру, обрачуна пружене услуге.

Када трговац услугу пружа путем дистрибутивне мреже (електрична енергија, гријање, водоснабдијевање, испорука гаса и сл.), дужан је да омогући потрошачима прикључак на дистрибутивну мрежу и употребу прикључка, мреже и услуге под унапријед познатим и уговореним условима прописаним од трговца или другог овлашћеног органа, уколико за то

⁶ Члан 46 ст. 2 Закона о заштити потрошача у Републици Српској.

⁷ Трговац је дужан да изда рачун за обрачунски период који не може бити дужи од мјесец дана, а трошкови издавања истог су бесплатни, те се рачун мора доставити посебно за сваку пружену услугу.

постоји техничка могућност.⁸ Трговац је дужан да се придржава прописаних стандарда и квалитета економске услуге коју пружа, у складу са законом и уговором, а одговорност за испуњење ових обавеза имају одређени органи који додјељују овлашћења за обављање економских услуга.

Потрошња електричне енергије, топлотне енергије, гаса, воде и слично треба да буде обрачуната потрошачу на основу стварних испорука, прочитаних на мјерном уређају потрошача, а ако се потрошња не обрачунава на основу мјерења на мјерном уређају, на захтјев потрошача испоручилац услуге је дужан да потрошачу омогући уградњу одговарајућег мјерног уређаја, на основу пројекта о техничкој изводљивости и у складу са општим условима за испоруку и снабдијевање. Пројекат о техничкој изводљивости уградње одговарајућег мјерног уређаја израђује и овјерава овлашћено стручно правно или физичко лице, у складу са одговарајућим законским прописом. Начин надокнађивања трошкова набавке и уградње одговарајућег мјерног уређаја и опремања мјерног мјеста регулише се општим условима или посебним актом који доноси пружалац услуге.⁹

У циљу што боље обавијештености потрошача, трговац који пружа економску услугу дужан је да успостави бесплатну и лако доступну контакт линију за помоћ потрошачима у вези са коришћењем економске услуге. Потрошач који је незадовољан квалитетом и обрачуном пружене економске услуге има право да трговцу поднесе приговор у писаној или електронској форми у року који је прописан у уговору, а трговац је дужан да формира комисију за рјешавање рекламација потрошача.¹⁰

4. Примјена Закона о заштити потрошача у Републици Српској приликом обустављања услуге од општег економског интереса

Закон о заштити потрошача у Републици Српској¹¹ прописао је одређена ограничења у погледу обуставе пружања услуга од општег економског интереса. Наиме, у случају када се рачун за пружену економску услугу оспорава у судском или вансудском поступку (судским или

⁸ Услове и промјене услова трговац или други овлашћени орган дужни су да објаве у најмање једном дневном листу који се дистрибуира на територији Републике Српске.

⁹ Члан 49 Закона о заштити потрошача у Републици Српској.

¹⁰ У раду комисије морају учествовати представници удружења за заштиту потрошача, а комисија је обавезна да на рекламацију потрошача одговори у писаној форми у року од 30 дана од дана пријема приговора, о чему се води посебна евиденција.

¹¹ Члан 53 Закона о заштити потрошача у Републици Српској.

вансудским поступком сматра се сваки поступак предвиђен важећим прописима, као и сваки поступак предвиђен општим условима или другим правилима пружаоца економске услуге), а уколико потрошач уредно плаћа све сљедеће неспорне рачуне, трговац не смије потрошачу обуставити пружање услуге до окончања судског или вансудског поступка. Ако је трговац обуставио пружање услуге прије него што је од надлежног органа обавијештен о покретању судског или вансудског поступка, дужан је да настави с пружањем услуге потрошачу до окончања тога поступка, а ова обавеза односи се и на случај када трговац покрене поступак присилне наплате против потрошача.

За непоштовање ових ограничења, законодавац је прописао одређене казнене мјере.¹²

За примјену члана 53 Закона о заштити потрошача у Републици Српској приликом обуставе пружања услуга треба да су испуњени сљедећи услови:

- да се у судском или вансудском поступку оспорава рачун за пружену услугу,
- да потрошач обавијести трговца о оспоравању рачуна или да је трговац од надлежног органа обавијештен о покретању судског или вансудског поступка и
- да купац уредно плаћа све сљедеће неспорне рачуне.

Иако Законом о заштити потрошача није прописана форма обавјештавања којом потрошач упознаје трговца са покренутим поступком оспоравања рачуна, то би требало бити у писаној или електронској форми у складу са закљученим уговором о пружању услуге, а аналогно ситуацији када потрошач подноси приговор на рачун.¹³

Ограничења у погледу обустављања пружања услуга од општег економског интереса предвиђа и законски пропис који регулише пружање комуналних услуга.¹⁴ Истим је прописано да се комунална услуга не може

¹² Чланом 143 став 1 тачка ј. прописана је новчана казна у распону од 3.000 КМ до 15.000 КМ за прекршај, уколико трговац као правно лице потрошачу обустави пружање јавне услуге до окончања судског или вансудског поступка, а рачун за пружену јавну услугу се оспорава у судском или вансудском поступку, а потрошач уредно плаћа све сљедеће неспорне рачуне, односно ако је трговац обуставио пружање јавне услуге прије него што је од надлежног органа обавијештен о покретању поступка (члан 53 ст. 1 и 2). Чланом 143 ставом 2 прописана је новчана казна од 800 КМ до 4.000 КМ и за одговорно лице у правном лицу.

¹³ Члан 51 став 2 Закона о заштити потрошача у Републици Српској.

¹⁴ Закон о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/2011 и

ускратити кориснику, изузев у одређеним случајевима, као што су:

- када корисник изврши прикључење на комунални објекат без одобрења надлежног органа, односно даваоца комуналне услуге;
- ако потрошач одбије да закључи уговор о коришћењу комуналне услуге или ако не плати искоришћену комуналну услугу два мјесеца узастопно, под условом да то техничке могућности дозвољавају и да се искључењем тог корисника не угрожавају други корисници; и
- уколико корисник услуге ненамјенски користи комуналну услугу или се не придржава мјера штедње у вријеме ограничене потрошње због посебних околности.

По престанку разлога за ускраћивање комуналне услуге, давалац комуналне услуге је дужан да на захтјев корисника, најкасније у року од три дана од дана подношења захтјева, настави пружање комуналне услуге уз накнаду трошкова даваоцу комуналне услуге за поновно укључење корисника.¹⁵

5. Заштита потрошача као корисника услуга од општег економског интереса у упоредном законодавству

У нашем ближем окружењу, у законодавствима Србије, Хрватске и Црне Горе, постоје одговарајућа законска рјешења у области заштите потрошача, као корисника услуга од општег економског интереса, којима се гарантује заштита од обуставе ове специфичне врсте услуга.

Законом о заштити потрошача Србије¹⁶ посебно се штите потрошачи од обуставе пружања услуга од општег економског интереса.¹⁷ Истим је

100/2017).

¹⁵ Члан 19 Закона о комуналним дјелатностима.

¹⁶ Члан 86 Закона о заштити потрошача („Службени гласник Републике Србије“ бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018).

¹⁷ У члану 5 ст. 1 тачка 24 Закона о заштити потрошача у Србији дата је дефиниција услуга од општег економског интереса, а то су услуге чији квалитет, услове пружања, односно цијену, уређује или контролише државни орган или други имаоци јавног овлашћења, нарочито због велике вриједности почетних улагања, ограничености ресурса неопходних за њено пружање, одрживог развоја, друштвене солидарности и потребе за уједначеним регионалним развојем, а у циљу задовољења општег друштвеног интереса, а нарочито електронске комуникационе услуге,

дефинисано да трговац може да обустави пружање услуга од општег економског интереса, ако потрошач не измири своје текуће обавезе за пружене услуге у року од два мјесеца од дана доспјелости обавезе. Прије него што изврши обуставу пружања услуге, трговац је дужан да потрошача у писаном или електронском облику упозори на потрошачеву обавезу по основу уговора, те да га позове да измири заостале обавезе у року који не може бити краћи од 30 дана од дана достављања упозорења. У случају да потрошач оспори постојање или висину обавезе и настави да уплаћује рачуне за текуће обавезе, трговац не може да искључи потрошача са дистрибутивне мреже и обустави пружање услуга од општег економског интереса до окончања судског поступка, покренутог по захтјеву трговца чији је предмет оспоравана обавеза. У случају обуставе пружања услуга, трговац је дужан да настави са пружањем услуга потрошачу најкасније у року од два дана од дана пријема уплате за заостали дуг. Закон утврђује забрану трговцу да обустави пружање услуге снабдијевања топлотном и електричном енергијом или гасом којима се потрошач снабдијева ради гријања током трајања гријне сезоне, ако у домаћинству живи угрожени потрошач због узраста, посебних потреба или болести. Забрањено је да трговац овласти друго правно или физичко лице да се обраћа потрошачу, без претходно добијене изричите сагласности потрошача, лично, путем телефона, факса, поште, електронске поште или другог средства комуникације на даљину, ради остваривања потраживања из уговора, а ова забрана се односи и на уговоре о продаји и уговоре о пружању услуга. Такође, Закон забрањује трговцу да, у случају искључења потрошача са дистрибутивне мреже, односно обуставе пружања услуга од општег економског интереса, условљава поновно укључење, односно наставак пружања услуге плаћањем застарјелих дугова потрошача.

Закон о заштити потрошача у Републици Хрватској¹⁸ услуге од општег економског интереса назива јавним услугама,¹⁹ а посебним чла-

дистрибуција и јавно снабдијевање електричном енергијом, дистрибуција и снабдијевање гасом, дистрибуција и снабдијевање топлотном енергијом, снабдијевање пијаћом водом, одводњавање и пречишћавање атмосферских и отпадних вода, превоз путника у јавном превозу, поштанске услуге, одржавање чистоће, одлагање комуналног отпада, управљање и одржавање гробља, погребне услуге, одржавање чистоће на површинама јавне намјене, одржавање јавних зелених површина и обављање димњачарских послова.

¹⁸ „Народне новине Републике Хрватске“ бр. 41/2014, 110/2015 и 14/2019.

¹⁹ Чланком 24 Закона о заштити потрошача у Хрватској, јавним услугама сматрају се сљедеће услуге: дистрибуција електричне енергије, дистрибуција природног гасовина, дистрибуција топлотне енергије, електроничке комуникационе услуге, јавна водоопскрба и јавна одводња, опскрба гасом у јавној услузи, обављање димњачарских послова, опскрба електричном енергијом у универзалној услузи, поштанске услуге, пријевоз путника у јавном промету, прикупљање мијешаног и биоразградивог комуналног отпада.

ном обрађено је обустављање пружања јавне услуге.²⁰ Ограничење пружања јавне услуге постоји у случају када се рачун трговца који пружа јавну услугу оспорава у судском или извансудском поступку, а то је сваки поступак уређен важећим прописима, као и сваки поступак предвиђен општим условима или другим правилима трговца који пружа јавну услугу, све док потрошач уредно измирује све сљедеће неспорне рачуне. У овом случају трговац који пружа јавну услугу не смије потрошачу обуставити пружање услуге све до окончања судског или извансудског поступка, а у случају да је трговац који пружа јавну услугу обуставио пружање услуге прије него што је од надлежног тијела или лица обавијештен о покренутом поступку оспоравања рачуна, дужан је да, без накнаде, поново започне и настави пружање услуге потрошачу, све до окончања судског или вансудског поступка. Изузетак од претходног је случај када је потрошач са трговцем раскинуо уговор о пружању јавне услуге. Обавеза успостављања пријашњег стања и наставка пружања јавне услуге вриједи и за случај када трговац који пружа јавну услугу покрене поступак присилне наплате.

Закон о заштити потрошача Републике Црне Горе²¹ услуге од општег економског интереса дефинише као услуге од јавног интереса.²² Законом је прописано да трговац потрошачу не смије обуставити пружање услуге од јавног интереса или га искључити са дистрибутивне мреже када потрошач износ рачуна оспорава у судском, вансудском или управном поступку, а све до окончања тога поступка, а ако је трговац обуставио пружање услуге или извршио искључење са дистрибутивне мреже дужан је да без накнаде и без одлагања настави са пружањем услуге потрошачу, односно истог прикључи на дистрибутивну мрежу, а исто се примјењује и када трговац покрене поступак принудне наплате против потрошача.

Закон о заштити потрошача Босне и Херцеговине²³ не предвиђа посебна ограничења у погледу обуставе пружања услуга од општег еко-

²⁰ Чланак 27. Закона о заштити потрошача Републике Хрватске.

²¹ „Службени лист Црне Горе“ бр. 2/2014, 6/2014, 43/2015 и 70/2017.

²² Чланом 35 ст. 1 Закона о заштити потрошача Црне Горе, услуге од јавног интереса су услуге које су утврђене законом, као што су: дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотом и водом, пречишћавање и одвођење отпадних вода, одржавање чистоће у градовима и другим насељима, одлагање комуналног отпада, одржавање гробља и сахрањивање, димњачарске и друге комуналне услуге, превоз путника, електронске комуникационе услуге, поштанске и друге услуге.

²³ „Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 25/2006 и 88/2015.

номског интереса, а ове услуге дефинише као економске услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, односно испоруку енергије (струја, гас, за гријање) и воде, телекомуникационе услуге, поштанске услуге и јавни превоз.

6. Заштита социјално угрожених потрошача

Како Закон о заштити потрошача у Републици Српској не пружа посебну заштиту социјално угрожених потрошача, као добар примјер треба поменути исти законски пропис у Републици Србији. Закон о заштити потрошача Србије посебну пажњу посвећује заштити угрожених потрошача и предвиђа посебне програме заштите угрожених потрошача у појединим областима услуга од општег економског интереса.²⁴

Угроженим потрошачем сматра се потрошач који због свог економског или друштвеног положаја, услова живота, посебних потреба или других тешких личних прилика прибавља робу или користи услугу под нарочито отежаним условима или је у томе онемогућен. Извршна власт ближе уређује критеријуме за дефинисање угрожених потрошача и специфичне услове за обезбјеђивање услуга од општег економског интереса угроженим потрошачима у појединим областима услуга, и то на приједлог министра надлежног за одговарајућу област.

Програмима у појединим областима пружања услуга од општег економског интереса утврђују се мјере и инструменти намијењени обезбјеђивању ефективне заштите угрожених потрошача, нарочито у погледу приступа, доступности, искључења са дистрибутивне мреже или ускраћивања пружања услуга, начину одређивања цијене, информисања, савјетовања и помоћи потрошачима у рјешавању потрошачких проблема.

Програм заштите угрожених потрошача у појединим областима услуга од општег економског интереса доноси влада, на приједлог министра надлежног за одговарајућу област.

У Србији је заштита социјално угрожених потрошача регулисана путем Уредбе о енергетски заштићеном купцу, односно угроженом купцу топлотне енергије²⁵. У смислу ове уредбе, енергетски заштићеним купцем, односно угроженим купцем сматра се домаћинство (појединац, породица), које живи у једној стамбеној јединици са једним мјерним

²⁴ Чланови 84 и 85 Закона о заштити потрошача Републике Србије.

²⁵ Уредба је објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 90/2013, од 14. 10. 2013. године.

мјестом на коме се мјери потрошња електричне енергије, односно природног гаса, односно коме се испоручује топлотна енергија. Истом су прописани критеријуми, начин заштите, услови, рокови и поступак за утврђивање статуса енергетски заштићеног купца, као и угроженог купца топлотне енергије коју производи и продаје енергетски субјект коме је актом о оснивању или актом о повјеравању обављања дјелатности утврђена обавеза производње топлотне енергије за тарифне купце, дистрибуција топлотне енергије и управљање дистрибутивним системом, снабдијевање тарифних купаца топлотном енергијом, извор и начин обезбјеђивања средстава за испоруку одређених количина електричне енергије, природног гаса и топлотне енергије и начин вођења евиденције енергетски заштићених купаца и угрожених купаца. Уредбом су прописани критеријуми за стицање статуса енергетски заштићеног купца, односно угроженог купца, тако да исти мора да испуни одређене услове, како би стекао статус заштићеног купца, а који се односе на: укупан мјесечни приход домаћинства и број чланова домаћинства (одређени новчани износ у складу са бројем чланова домаћинства), те имовно стање (непосједовање другог стамбеног простора, осим стамбеног простора који одговара потребама домаћинства у складу са законом којим се уређује социјална заштита). Надаље, прописан је и поступак за стицање статуса енергетски заштићеног купца, односно угроженог купца који се покреће подношењем захтјева надлежном органу јединице локалне самоуправе. Захтјев садржи неопходне податке о подносиоцу захтјева и члановима домаћинства (броју чланова домаћинства, укупним мјесечним примањима и приходима домаћинства и имовном стању, непокретностима и приходима о непокретностима), а уз захтјев се прилажу и одговарајући докази за ове чињенице. Корисници права на новчану социјалну помоћ и дјечјег додатка, који су то право остварили по прописима којима се уређује социјална заштита, стичу статус енергетски заштићеног купца, односно угроженог купца без подношења захтјева на основу података којима располаже министарство надлежно за послове социјалне заштите.

Наконведеног поступка издаје се увјерење о стицању статуса енергетски заштићеног купца, а предметно увјерење издаје надлежни орган јединице локалне самоуправе и исто садржи податке о количини електричне енергије или природног гаса односно топлотне енергије за број квадратних метара стамбеног простора, за који се умањује мјесечна обавеза. Увјерење о стицању статуса енергетски заштићеног купца, од-

носно угроженог купца издаје се са роком важења до краја календарске године, а нови захтјев за наредну календарску годину може се поднијети најраније 30 дана прије истека те календарске године. Уколико није дошло до промјене (што се констатује узимањем изјаве на записник под кривичном и материјалном одговорношћу пред надлежним органом), није потребно прилагати доказе који су већ раније приложени, изузев оних којим се доказују укупна мјесечна примања домаћинства. У случају да су у року важења увјерења настале промјене у подацима на основу којих је увјерење издато, ималац статуса енергетски заштићеног купца, односно угроженог купца, дужан је да органу који је издао увјерење поднесе захтјев за измјену истог.

Уредбом су дефинисане количине електричне енергије и гаса, односно топлотне енергије за број квадратних метара стамбеног простора, а за које енергетски заштићени купац (угрожени купац) стиче право на умањење мјесечне обавезе, и то:

1. за електричну енергију (за све мјесеце у години):

- за домаћинство са једним чланом од 120 kWh мјесечно,
- за домаћинство са два и три члана од 160 kWh мјесечно,
- за домаћинства са четири и пет чланова од 200 kWh мјесечно,
- за домаћинства са шест и више чланова од 250 kWh мјесечно;

2. за природни гас (за мјесеце јануар, фебруар, март, октобар, новембар и децембар):

- за домаћинство са једним чланом од 35 m³ мјесечно,
- за домаћинство са два и три члана од 45 m³ мјесечно,
- за домаћинства са четири и пет чланова од 60 m³ мјесечно,
- за домаћинства са шест и више чланова од 75 m³ мјесечно;

3. за топлотну енергију (за мјесеце октобар, новембар, децембар, јануар, фебруар и март):

- за домаћинство са једним чланом од 25 m² мјесечно,
- за домаћинство са два и три члана у износу од 35 m² мјесечно,
- за домаћинства са четири и пет чланова у износу од 45 m² мјесечно,
- за домаћинства са шест и више чланова у износу од 55 m² мјесечно.

Енергетски заштићени купац може стећи право на умањење мјесечне обавезе само за одређене количине електричне енергије или за од-

ређене количине природног гаса или топлотне енергије за број квадратних метара стамбеног простора, али не кумулативно.

Заштита угрожених купаца остварује се на основу акта који министарство надлежно за послове социјалне заштите и надлежни орган јединица локалне самоуправе директно достављају енергетском субјекту надлежном за снабдијевање електричном енергијом, гасом или топлотном енергијом, на начин да се ови подаци достављају директно енергетском субјекту, и то у електронској или штампаној форми. Средства за заштиту енергетски заштићених купаца обезбјеђују се из буџета Републике Србије.

7. Примједбе на садашња рјешења и приједлози за нова законска рјешења

Имајући у виду добра законска рјешења из Србије, као и сличну друштвено-економску ситуацију, иста би требало имплементирати у законодавство Републике Српске, а путем измјена и допуна, првенствено Закона о заштити потрошача, чији је основни циљ да штити права потрошача, али и Закона о социјалној заштити, као законског прописа који штити социјално угрожена лица. Као прво, неопходно је одредити ко се сматра социјално угроженим потрошачем, а то би требало да буде сваки потрошач који због свог економског или друштвеног положаја, услова живота, посебних потреба или других тешких личних прилика прибавља робу или користи услугу под нарочито отежаним условима или је у томе онемогућен. Након тога, извршна власт би имала обавезу да пропише критеријуме за дефинисање угрожених потрошача и специфичне услове за обезбјеђивање услуга од општег економског интереса угроженим потрошачима у појединим областима услуга од општег економског интереса које су неопходне за живот (електрична енергија, гас, топлотна енергија, вода и сл.), као и да доносе програм заштите угрожених потрошача у појединим областима услуга од општег економског интереса. Тим програмира утврдиле би се одговарајуће мјере и инструменти у циљу обезбјеђења ефективне заштите угрожених потрошача, нарочито у погледу приступа, доступности, искључења са дистрибутивне мреже или ускраћивања пружања услуга, начину одређивања цијене, информисања, савјетовања и помоћи потрошачима у рјешавању потрошачких проблема.

У погледу заштите потрошача од обуставе пружања услуга од општег економског интереса, а везано за члан 53 Закона о заштити по-

трошача, треба обрадити и случај када је потрошач раскинуо уговор са трговцем који пружа услугу, тако да би у том случају трговац могао обуставити пружање услуге. Садашњим законским рјешењем прописано је да трговац не смије потрошачу обуставити пружање услуге до окончања судског или вансудског поступка (сваки поступак предвиђен важећим прописима, као и сваки поступак предвиђен општим условима или другим правилима пружаоца економске услуге) када се рачун за пружену економску услугу оспорава у судском или вансудском поступку, а потрошач уредно плаћа све сљедеће неспорне рачуне, па ако је трговац обуставио пружање услуге прије него што је од надлежног органа обавијештен о покретању судског или вансудског поступка, дужан је да настави пружање исте све до окончања тога поступка, а исто се односи и на случај када трговац покрене поступак присилне наплате против потрошача. Како је пружање овакве врсте услуга у режиму обавезног уговорног односа, поставља се питање зашто би трговац био у обавези да пружа услугу неком потрошачу са којим нема закључен уговор о пружању услуга. Садашњим законским рјешењем одређено је да трговац не смије обуставити пружање услуге и у случају када покрене поступак присилне наплате против потрошача. Овакво законско рјешење је нејасно и у супротности са осталим ставовима истог члана. Законодавац је као кључни моменат одредио оспоравање рачуна, а у поступку присилне наплате више није могуће оспоравати рачун. Наиме, ако је трговац водио судски поступак ради наплате дуга за пружену економску услугу и на крају истог суд донесе пресуду којим се тужени потрошач обавезе на плаћање одређеног дуга, па та пресуда постане правоснажна и извршна судска одлука, на основу које се путем извршног поступка тражи присилна наплата, више не постоји законска могућност да се оспорава рачун, односно дуг који треба да се плати.

Други приједлог је да досадашњи члан 53 Закона о заштити потрошача носи назив „Заштита од обуставе пружања услуга“, а истим би било прописано да трговац може да обустави пружање услуге од општег економског интереса ако потрошач не измири своје обавезе за пружене услуге у року прописаном законом и општим условима пословања, али да је прије обуставе дужан да потрошача у писаном или електронском облику упозори на обавезу по основу уговора и да га позове да измири заостале обавезе у року који не може бити краћи од 15 дана од дана достављања упозорења. У случају да потрошач оспори постојање или висину обавезе и настави да уплаћује све сљедеће неспорне рачуне,

трговац не би могао да искључи потрошача са дистрибутивне мреже и обустави пружање услуге од општег економског интереса до окончања судског или вансудског поступка.

Надаље, утврдила би се дужност трговца да, у случају обуставе пружања услуге, настави са пружањем услуге потрошачу најкасније у року од 48 часова од дана пријема уплате за заостали дуг, као и забрана да трговац обустави пружање услуге снабдијевања електричном и топлотном енергијом или гасом којима се потрошач снабдијева ради гријања током трајања гријне сезоне, ако у домаћинству живи угрожени потрошач због узраста, посебних потреба или болести.

Слична ограничења прописана су Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом²⁶ тако да дистрибутер и снабдјевач предузимају одговарајуће мјере да избјегну обуставу испоруке због неплаћања крајњим купцима из категорије домаћинстава током зиме за вријеме екстремно хладног времена, при чему се обустава испоруке може примијенити као крајња мјера. Такође, дистрибутер не може искључити или одбити поновно укључење на мрежу за објекат становања ако крајњи купац или корисник објекта користи електро-медицинску опрему неопходну за одржавање здравља, а за чији рад је неопходно напajaње из дистрибутивне мреже, што се дефинише уговором о приступу.

Закључак

Заједничко обиљежје свих модерних демократских држава јесте заштита привредно слабије стране у уговорним односима на тржишту, па се стога прописима о заштити потрошача, прије свега, штите физичка лица, односно потрошачи, када на тржишту купују производе и услуге за своје личне потребе или за потребе свога домаћинства. Заштита потрошача је цивилизацијска тековина развијених демократија и уређених тржишта, те систем вриједности у сталном развоју.

У Републици Српској у оквиру законског прописа којим се свеобухватно штите права потрошача, посебно је регулисана заштита потрошача од обустављања пружања услуге од општег економског интереса, када се рачун за пружену услугу оспорава у судском или вансудском поступку, а потрошач уредно плаћа све остале неспорне рачуне. Истим

²⁶ Члан 100 ставови 3 и 4 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом („Службени гласник Републике Српске“ бр. 85/08, 79/10, 67/12 и 90/12 – Пречишћени текст).

је утврђена обавеза пружаоца услуге да успостави пређашње стање у пружању услуга, а ова забрана односи се чак и на случај када је покренут поступак присилне наплате.

Међутим, садашњи законски прописи у Републици Српској и Босни и Херцеговини не регулишу заштиту социјално угрожених потрошача, а на тржишту пружања услуга од општег економског интереса постоји велики број потрошача који нису у могућности да редовно сервисирају све своје комуналне трошкове, а посебно рачуне за електричну енергију, гас, гријање, воду и канализацију. Иако се цијена ових услуга покушава одржати на ниском нивоу и испод стварних тржишних тенденција, због тренутне економске ситуације велики број потрошача није у могућности да плаћа своје рачуне, па се јавља потреба да држава, у сарадњи са локалном самоуправом, преузме одређене активности на увођењу категорије становника који би имали статус социјално угроженог потрошача и којима би се омогућиле одређене субвенције, посебно у области снабдијевања електричном енергијом и гасом, те испоруке топлотне енергије и воде, као неких од најважнијих услуга од општег економског интереса.

ЛИТЕРАТУРА

Јовановић, Татјана, *Заштита корисника услуга од општег економског интереса*, Зборник радова Копаоничке школе природног права бр. 11/2009.

Мићовић, Миодраг, *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009.

Payet, M. S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001.

Закон о заштити потрошача у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“ бр. 6/2012, 63/2014 и 18/2017).

Закон о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/2011 и 100/2017).

Закон о заштити потрошача („Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 25/2006 и 88/2015).

Закон о заштити потрошача („Службени гласник Републике Србије“ бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018).

Закон о заштити потрошача („Народне новине Републике Хрватске“ бр. 41/2014, 110/2015 и 14/2019).

Закон о заштити потрошача („Службени лист Црне Горе“ бр. 2/2014, 6/2014, 43/2015 и 70/2017).

Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом („Службени гласник Републике Српске“ бр. 85/08, 79/10, 67/12 и 90/12 – Пречишћени текст).

Уредба Владе Републике Србије о енергетски заштићеном купцу, односно угроженом купцу топлотне енергије (Уредба објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 90/2013, од 14. 10. 2013. године).

RESTRICTIONS IN VIEW OF CESSATION OF PROVIDING SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AND PROTECTION OF SOCIALLY – IMPERILLED CONSUMERS

Dragan Baltić, LL.M.*

Abstract

Services of general economic interest are a specific type of service of special importance for normal functioning of the modern society, which require a specific legal regulation and legal protection. It is therefore the provision of these services regulated by specific legal regulations and general business terms, which are brought by competent authority or business entities by themselves whose activity is to provide this type of services. One of the basic characteristics and specificity for all services of general economic interest is the manner of contract conclusion, wherein there is an immense significance of general business terms and general terms of standard form contracts. When concluding a contract of this type, questioned are the fundamental principles of law of obligations such as autonomy and agreement of will of contracting parties which can have negative consequences for the weaker contracting party, i.e. the consumer. As our society gradually enters the international economic integrations, in particular, the integrations referring to linking European states and its mutual co-operation and development, there is a need for harmonization of our legislation with European legal opinion with regards to protection of consumers and provision of services of general economic interest. The legislation has prescribed the manner and procedure

* Dragan Baltić, LL.M, Head of the Legal and Human Resources and General Affairs Department at the company “Elektrokrajina” joint stock company Banja Luka, Working Unit “Elektrokrajina” Prijedor.

of protection of consumers, particularly regarding the cessation of provision of services of general economic interest when initiated the court or out of court proceedings, which is a new important moment in our legal system and it deserves to be considered in particular. However, what remains undefined is the manner of protection of socially imperiled consumers that make a significant part of the consumers' population.

Key words: *service, public service, general economic interest, consumer, cessation of service, socially-imperiled consumer.*

INSURTECH DRUŠTVA I INDUSTRIJA OSIGURANJA

Dr sc. Katica Tomić*

***Apstrakt:** Digitalizacija poslovanja osiguravajućih društava, nove tehnologije i pojava InsurTech društava stvaraju nove pravne rizike i otvaraju brojna praktična pitanja vezana za funkcionisanje tradicionalnih osiguravajućih društava i razvoj tržišta osiguranja. InsurTech društva i njihovi poslovni modeli nude nove inovativne proizvode i usluge osiguranja i uspješno konkurišu postojećim osiguravajućim društvima. Osiguravajuća društva moraju se prilagoditi promjenama koje donosi digitalizacija poslovanja i proaktivno djelovati na uvođenje novih poslovnih rješenja i iskorištavanje prilika koje pružaju inovacije zasnovane na tehnologiji u oblasti osiguranja, kao i uspostaviti partnerstvo s InsurTech društvima. Uzimajući u obzir da su razmjer i učinak novih tehnologija na rad osiguravajućih društava i njihova saradnja sa InsurTech društvima još uvijek nejasni, cilj ovog rada je analiza pojma i poslovnih modela InsurTech društava i njihov odnos prema tradicionalnim osiguravateljima. Na osnovu provedene analize, autor će izvesti zaključke o izazovima i rizicima koje donosi digitalna transformacija poslovanja osiguravajućih društava, kao i uloga i položaj novih InsurTech društava na tržištu osiguranja EU.*

***Ključne riječi:** digitalizacija, tehnologije, InsurTech društva, proizvodi osiguranja, tržište osiguranja.*

* Rechtsanwältin BVM, Beč Austrija

Uvod

Tržište osiguranja doživjelo je transformaciju u posljednjih nekoliko godina i ubrzan razvoj uzrokovan globalizacijom, odnosno internacionalizacijom poslovanja osiguravajućih društava, liberalizacijom tržišta, uvođenje novog regulatornog okvira poslovanja društava za (re)osiguranje zasnovanog na Direktivi Solventnost II,¹ implementaciju Direktive (EU) 2016/97 o distribuciji osiguranja,² kao i niz promjena koje donosi Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka³.

Digitalizacija poslovanja, inovativni poslovni modeli zasnovani na tehnologiji, promjene zahtjeva i potreba potrošača usluga osiguranja, razvoj i ponuda novih proizvoda i kanala distribucije osiguranja dovode do pojave novih oblika natjecanja, inovacija i partnerstva među tržišnim sudionicima te izdvajanja poslova i funkcija društava za osiguranje odnosno društava za reosiguranje.⁴

Korištenje tehnoloških inovacija utječe na gotovo svaki segment lanca vrijednosti u industriji osiguranja i omogućuje povećanje diversificiranosti proizvoda i usluga osiguranja i načina njihova pružanja, a što doprinosi boljem razvoju i konkurentnosti tržišta osiguranja. Najznačajnije tehnološke inovacije koje se već primjenjuju u industriji osiguranja jesu sljedeće: tehnologije napredne analitike,⁵

¹ Direktiva 2009/138/EZ od 25. novembra 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II), „Službeni list Evropske unije“ L 335/1; A. Battista, A. Paltrinieri, *Life Insurance and Bancassurance After Solvency II: A Market and Management Perspective, Insurance Regulation in the European Union*, Palgrave MacMillan, 2017, str. 361–376; T. J. Boonen, „Solvency II – solvency capital requirement for life insurance companies based on expected shortfall“, *European Actuarial Journal*, Vol. 7, Issue 2, Springer, 2017, str. 405–434.

² Direktiva (EU) 2016/97 od 20. januara 2016. o distribuciji osiguranja, „Službeni list Evropske unije“ L 26/19; M. Beenken, „IDD: Regulatorische Herausforderung für das Marketing“, *Handbuch Versicherungs Marketing*, 2. Auflage, Springer, 2019, str. 77 i dalje.

³ Uredba (EU) 2016/679 od 27. maja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, „Službeni list Evropske unije“, L 119/1; KPMG, *The GDPR and key challenges faced by the Insurance industry*, February 2018. Dostupno na: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ie/pdf/2018/03/ie-gdpr-for-insurance-industry.pdf> (zadnji pristup 28. 6. 2019).

⁴ „Izdvajanjem poslova“ smatra se ugovorni prijenos ključnih poslova koje inače društvo za (re) osiguranje samostalno obavlja u okviru svoje registrovane djelatnosti, na pružatelja usluga koji za društvo obavlja djelatnosti koje su predmet izdvajanja poslova ili funkcija; Committee on Economic and Monetary Affairs, *Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector*, A8-0176/2017, 28. 4. 2017, str. 16.

⁵ Tehnologija napredne analitike je autonomno pregledavanje podataka ili sadržaja sofisticiranom tehnologijom i alatima (npr. rudarenje podataka (engl. *Data Mining*)), strojno učenje, uzorkovanje, predviđanje, vizualizacija, analiza sentimenta (tj. analiza iznesenih mišljenja i stavova korisnika u pisanim tekstovima), analitika Big Data (tj. analitika velike količine podataka koji se ne mogu analizirati pomoću standardnih alata i tehnika analize podataka, i koje nije moguće obraditi zbog nestruktuiranosti tih podataka), kako bi se omogućio uvid, napravila predviđanja i izvlačenje vrijednosti iz podataka za identifikaciju rizika i kapitalizaciju novih prilika. Detaljnije pogledati: V. Ravi, S. Kamaruddin, *Big Data Analytics Enabled Smart Financial Services: Opportunities and Challenges*, International

blockchain tehnologija,⁶ internet stvari (engl. *Internet of Things – IoT*),⁷ određene oblasti primjene umjetne inteligencije,⁸ robotska automatizacija procesa (engl. *Robotic Process Automation – RPA*),⁹ strojno učenje,¹⁰ telematika¹¹ i druge.

Dostupnost informacija i proliferacija internetske komunikacije, kućnih računala i mobilnih uređaja te razvoj aplikacija smanjili su barijere ulaska novih društava na tržište i na taj način stvorili veću konkurenciju u industriji osiguranja.¹² Novi pravni subjekti – InsurTech društva – ulaze na tržište osiguranja sa svojim specifičnim poslovnim modelima koji su u potpunosti okrenuti potrebama korisnika/kupaca i nude veću specijalizaciju ponude novih i postojećih proizvoda i usluga osiguranja, kao i veći izbor u odabiru širine osigurateljnog pokrivača.

InsurTech društva koriste internet i inovativne tehnologije kako bi kreirala nove ili superiornije proizvode i usluge osiguranja koje distribuiraju alternativnim prodajnim kanalima. Digitalna tehnologija i InsurTech društva pružaju podlogu za brži razvoj proizvoda i usluga osiguranja i tradicionalna osiguravajuća društva moraju se prilagoditi brzom tempu inovacija i disrup-

Conference on Big Data Analytics, BDA 2017: Big Data Analytics, Springer, str. 15–39.

⁶ K. Tomić, *Blockchain tehnologija, pametni ugovori i njihova implementacija u industriji osiguranja*, 19. savetovanje Pravo i praksa osiguranja – izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje, Zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, 2018, str. 133–144.

⁷ V. Vasković, „Primena biometrijskih metoda identifikacije u bankama“, *Bankarstvo* 11–12, 2008, str. 91–101.

⁸ Hrvatski ICO CryptoTask predstavlja prvu burzu rada na svijetu na kojoj će poslodavci i posloprimci biti i ljudi i roboti (<https://www.cryptotask.org/>)

⁹ Robotska automatizacija procesa predstavlja alat koji se temelji na softverima koji su osmišljeni s ciljem automatizacije širokog raspona poslovnih procesa, a koji se sastoje od jasnih pravila te su repetitivni i radno intenzivni i mogu se koristiti u kompanijama u cilju dalje optimizacije poslovanja vezane za smanjenje troškova, povećanje kvalitete i ubrzanja poslovnih procesa. Detaljnije pogledati: S. Anagnoste, *Robotic Automation Process – The next major revolution in terms of back office operations improvement*, Proceedings of the International Conference on Business Excellence, Vol. 11, Issue 1, 2017.

¹⁰ Strojno učenje je vrsta umjetne inteligencije koja se bavi oblikovanjem algoritama koji svoju učinkovitost poboljšavaju na temelju empirijskih podataka i imaju brojne mogućnosti, kao, npr., prepoznavanje uzoraka i dubinsku analizu podataka, robotika, bioinformatika i računalna lingvistika.

¹¹ Telematika je nauka o slanju, primanju i čuvanju informacija uz pomoć telekomunikacionih uređaja. Tehnologija telematike donosi niz prednosti u poslovanju osiguravajućih društava u osiguranju od autoodgovornosti i određenim drugim vrstama osiguranja. Primjenom tehnologije telematike osiguravajuća društva prikupljaju informacije o stvarnom ponašanju osiguranika na cesti te time ravnopravnije određuju premije automobilskog osiguranja, uzimajući u obzir dinamičke faktore, kao što su brzina vožnje, ceste po kojima osiguranik vozi, vožnju u dnevnim i noćnim uvjetima itd. Više informacija o upotrebi telematike u osiguranju pogledati u: M. Ayuso, M. Guillen, J. Perch Nielsen, „Improving automobile insurance ratemaking using telematics: incorporating mileage and driver behaviour data“, *Transportation*, Vol. 46, Issue 3, 2019, str. 735–752; P. Vavouranakis, S. Panagiotakis, G. Mastorakis, C. Mavromoustakis, „Advances in Mobile Cloud Computing and Big Data in the 5G Era“, *Studies in Big Data book series*, Springer International Publishing, Vol. 22, 2017, str. 309–339.

¹² A. Braun, F. Schreiber, *The Current InsurTech Landscape: Business Models and Disruptive Potential*, Institute of Insurance Economics, University of St. Gallen, I.VW-HSG Schriftenreihe, Band 62, 2017, str. 10.

tivnom potencijalu novih tehnologija.

Pored svih prednosti koje nosi digitalizacija i pojava novih društava na tržištu osiguranja, digitalna transformacija industrije osiguranja i primjena inovativnih tehnologija ne provodi se u jednakoj mjeri u cijelom sektoru osiguranja, a što je rezultiralo štetnom fragmentacijom tržišta osiguranja. Također, svaka promjena poslovanja, razvoj novih proizvoda i usluga osiguranja iziskuje velika finansijska sredstva, a što predstavlja dodatno opterećenje za mnoga osiguravajuća društva.

Postoje brojni rizici koje donosi digitalizacija industrije osiguranja i inovativne tehnologije, kao što su: pojava novih proizvoda osiguranja, koji mogu biti složeni, netransparentni, teško razumljivi i riskantni za potrošače, problemi oko predugovornog informisanja potrošača, zaštita ličnih podataka i prava na privatnost potrošača usluga osiguranja, cyber sigurnost, kao i složena regulatorna i nadzorna pitanja vezana za InsurTech društva.

U nastavku rada upoznat ćemo se sa pojmom i osnovnim karakteristikama InsurTech društava, kao i pravnim položajem ovih društava na tržištu osiguranja EU.

I. Insurtech društva

Osiguravajuća tehnološka društva (u nastavku: InsurTech društva) predstavljaju dinamičan segment presjeka sektora osiguranja i tehnologije i narušavaju tradicionalno poslovanje uvođenjem novih proizvoda ili usluga i stvaranjem novih tržišta i/ili vrijednosti istiskivanjem etabliranih tradicionalnih osiguravajućih društava i uspostavljenih partnerstava.¹³

Pojam „InsurTech“ je neologizam koji potječe od riječi „osiguranje“ i „tehnologija“ i označava društva ili predstavnike društava koja kombiniraju proizvode i usluge osiguranja korištenjem modernih i inovativnih tehnologija (npr. računarstvo u oblaku – engl. *cloud computing*, mobilni internet) sa postojećim poslovnim aktivnostima industrije osiguranja.¹⁴ Pojmovi „InsurTech“ i „InsurTech društva“ predstavljaju podskup FinTech i FinTech društva-

¹³ S. L. B. VanderLinden, S. M. Millie, N. Anderson, S. Chishti, *The INSURTECH Book: The Insurance Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech visionaries*, Wiley, 2018, str. 8.

¹⁴ Ova InsurTech društva djeluju prvenstveno kao predstavnici klijenta u poslovnom odnosu sa osiguravajućim društvima. E. Stoeckli, C. Dremel, F. Uebernickel, „Exploring characteristics and transformational capabilities of InsurTech innovations to understand insurance value creation in a digital world“, *Electronic Markets*, Vol. 28, Issue 3, Springer, 2018, str. 287.

va,¹⁵ koja koriste inovativne tehnologije u finansijskom sektoru.¹⁶

U naučnom smislu nije moguće napraviti jedinstvenu pravnu definiciju „InsurTech“ društva koja se može koristiti za sva lica koje su tradicionalno povezana sa ovim terminom. Iako većina InsurTech društava ima određene zajedničke karakteristike, uvijek postoje izuzeci, tj. poslovni modeli koji su neadekvatni za izradu opšte definicije.¹⁷ InsurTech je pojam koji se odnosi na start-up društva u sektoru osiguranja, ali, također, i različite segmente nove tehnologije koji imaju potencijal da promijene konkurentno okruženje i ekosistem industrije osiguranja. Ovaj pojam uključuje nove poslovne modele i digitalne komponente (engl. *Digital Service Infrastructure*) usluga kao što je automatizirano savjetovanje i obrada podataka, procjena rizika, osiguranje od novih rizika poput cyber napada, alate za ubrzanje isplate zahtjeva itd.

InsurTech društva mogu se različito podijeliti u skladu s njihovim karakterističnim poslovnim modelima, i to na sljedeći način: 1) InsurTech portali za usporedbu i online ugovaranje proizvoda i usluga osiguranja;¹⁸ 2) InsurTech društva za posredovanje u osiguranju;¹⁹ 3) InsurTech društva koja koriste cross-selling model, tj. tehnike unakrsne prodaje da bi postojećim klijentima ponudili drugi, komplementarni proizvod ili usluge iste kompanije;²⁰ 4) InsurTech društva koja koriste peer-to-peer (P2P) model osiguranja;²¹ 5) InsurTech

¹⁵ K. Tomić, „Pravni položaj FinTech društava na tržištu kapitala u Republici Hrvatskoj“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. X No. 1, 2019, str. 389–407.

¹⁶ Pojam finansijska tehnologija ili „FinTech“ odnosi se na društva inovatore i disruptore u finansijskom sektoru koji imaju nove poslovne modele, automatiziranu obradu informacija i koji obećavaju veće mogućnosti, fleksibilnost, sigurnost, učinkovitost od postojećih finansijskih usluga. Više detalja o Fintech društvima pogledati u: European banking authority, Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech), EBA/DP/2017/02, 4 August 2017. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1919160/EBA+Discussion+Paper+on+Fintech+%28EBA-DP-2017-02%29.pdf> (17. 6. 2019).

¹⁷ S. L. B. VanderLinden, S. M. Millie, N. Anderson, S. Chishti, *The INSURTECH Book: The Insurance Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech visionaries*, Wiley, 2018, str. 6.

¹⁸ U Njemačkoj i Švajcarskoj najuspješnija InsurTech društva ovog poslovnog modela su Check24 (www.check24.de) i Comparis (<https://en.comparis.ch>). Pored osiguranja, ova InsurTech društva nude usporedbu i online ugovaranje i drugih proizvoda kao što su telekomunikacione i mobilne usluge itd.

¹⁹ Digitalni brokeri nude usluge posredovanja u osiguranju putem modernih tehnoloških rješenja kao što su online portali ili mobilne aplikacije. Kao primjer možemo navesti InsurTech društva kao što su: Knip iz Švajcarske (<https://www.knip.ch/>), GetSafe iz Njemačke (<https://www.hellogetsafe.com/en-de>), Worry+Peace iz Velike Britanije (<https://worryandpeace.com/>) i drugi.

²⁰ Kao primjer ovog modela možemo navesti InsurTech društvo Simpleurance (<https://www.simpleurance.com/>), koje nudi e-komercijalnim kompanijama poput Amazona da prodaju svoje primarne proizvode s odgovarajućim osiguranjem. Pomoću cross-selling platforme, koja se zasniva na tehnologiji, vlasnici trgovina mogu povećati svoje prihode kroz prodaju polisa osiguranja.

²¹ Postoje različite varijacije ove vrste InsurTech društava. Kao primjer možemo navesti američki start-up Lemonade (<https://www.lemonade.com>), koji posluje isključivo putem interneta i nudi određene

platforma za osiguranje na zahtjev (engl. *on-demand insurance*);²² 6) InsurTech digitalni osiguravatelji koji nude rješenja za personalizirana osiguranja koja su dostupno samo putem online kanala;²³ 7) InsurTech društva za analitiku Big Data podataka²⁴ i softvera za osiguranje;²⁵ 8) InsurTech društva koja prikupljaju podatke putem pametnih uređaja;²⁶ 9) InsurTech društva koja koriste blockchain tehnologiju i tehnologiju smart (pametnih) ugovora za različite transakcije.²⁷

Prema statističkim podacima u EU, InsurTech društva se u najvećoj mjeri bave poslovima posredovanja u osiguranju i reosiguranju, risk menadžmentom, distribucijom proizvoda osiguranja i konsaltingom u oblasti ljudskih resursa.²⁸

Finansiranje novih tehnologija i inovacija u sektoru osiguranja potiče u velikoj mjeri od alternativnih investicijskih fondova poduzetničkog kapitala (engl. *venture capital* – u nastavku: VC). U Sjedinjenim Američkim Državama, InsurTech društva su imala koristi od bogatog i konkurentnog tržišta za VC ulaganja i mnoga nova osiguravajuća start-up društva uspješno su finan-

proizvode neživotnog osiguranja. Proizvodi osiguranja koje ovo InsurTech društvo nudi svojim korisnicima su hibridni paketi osiguranja imovine i odgovornosti.

²² Pružatelji usluga osiguranja na zahtjev nude pokrivenost rizika za određene odabrane vremenske periode. Polise osiguranja na zahtjev omogućavaju klijentima da pokriju određene rizike u određenom trenutku. Npr. putno osiguranje može se aktivirati kada je kupljena avionska karta ili osiguranje motornih vozila može se aktivirati kada se koristi automobil. InsurTech društvo Tröv nudi personalizaciju proizvoda osiguranja, i to na način da osiguranik može odabrati konkretne stvari koje želi osigurati na razdoblje koje želi preko online aplikacije. Tröv ne potpisuje police samostalno, nego se udružuje s etabliranim partnerima na pojedinim tržištima.

²³ Jedno od prvih InsurTech društava u ovoj kategoriji je kompanija Oscar (<https://www.hioscar.com/>), koja nudi zdravstveno osiguranje. Oscar i Ottonova (<https://www.ottonova.de/>) InsurTech društva imaju sjedište u SR Njemačkoj.

²⁴ Termin “Big Data“ ili „veliki podaci“ prvi je u računarski svijet uveo Roger Magoulas 2005. godine kako bi definisao veliku količinu podataka koja se ne može analizirati pomoću standardnih alata i tehnika analize podataka i koje nije moguće obraditi zbog nestrukturiranosti tih podataka.

²⁵ Primjeri InsurTech društava za analitiku Big Data podataka su InsurTech društva Earnix iz Izraela (<https://earnix.com/>), AdviceRobo iz Nizozemske (<https://advicero.com/>), Logical Glue iz Velike Britanije (<https://www.logicalglue.com/>) i druga. Kao primjere InsurTech društava za osiguranje softvera možemo navesti InsurTech društva IBA (<https://ibapplications.com/>), Roundcube (<https://roundcube.net/>), Outshred (<https://insur-tech.com/Startup/outshred/>) i druga.

²⁶ Tehnologije “internet stvari” koriste sistem za prikupljanje i obradu podataka na način da se spriječi gubitak ili oštećenje podataka, a podaci se prikupljaju kontinuirano. Ključni izazovi vezani za razvoj i unapređenje tehnologije interneta stvari predstavlja razmjena podataka u kompleksnim sistemima događaja, stvarna integracija u sistemu i prilagođavanje interakcije sa različitim uređajima, kao i privatnost podataka, sigurnost i pouzdanost uređaja, kriptografija i internetska sigurnost mreže.

²⁷ A. Braun, F. Schreiber, *The Current InsurTech Landscape: Business Models and Disruptive Potential*, Institute of Insurance Economics University of St. Gallen, I.VW-HSG Schriftenreihe, Band 62, 2017, str. 48.

²⁸ Podaci dostupni na: http://www.inzurer.com/Insurance_Post_April_2018.pdf (posljednji pristup 2. 7. 2019).

sirana u brojnim rundama VC ulaganja. S druge strane, neka tržišta nemaju snažnu kulturu VC ulaganja i sredstva se prikupljaju putem drugih izvora, kao što su npr. javni izvori.²⁹

II. InsurTech društva i tržište osiguranja

Proces digitalizacije i savremeni trendovi u razvoju tržišta osiguranja u Evropskoj uniji tokom posljednjih nekoliko godina obuhvatili su novi zakonodavni i regulatorni okvir poslovanja društava za osiguranje i reosiguranje, alternativne izvore financiranja³⁰ i razdoblje niskih kamatnih stopa³¹. U posljednjih nekoliko godina na tržištu povećava se broj nezavisnih InsurTech društava koja nude inovativne proizvode i usluge osiguranja i uspješno konkurišu tradicionalnim osiguravateljima i njihovim prihodima. InsurTech proizvodi osiguranja omogućuju fleksibilnije ugovaranje polica osiguranja kako bi zadovoljili potrebe potencijalnih osiguranika, tj. potrošača usluga osiguranja, a što predstavlja glavni izvor prihoda za ova društva.

Postoje brojne prilike i izazovi povezani s pojavom InsurTech društava, inovativnim proizvodima i uslugama osiguranja i zaštitom potrošača, ali i neriješena regulatorna i pravna pitanja koja ograničavaju razvoj poslovanja InsurTech društava. Evropsko nadzorno tijelo za osiguranje i profesionalno penziono osiguranje (EIOPA)³² 2019. godine objavilo je izvještaj o licenciranju InsurTech društava u kojem se analizira položaj InsurTech društava na tržištu osiguranja EU.³³ U izvještaju je posebno naglašen progresivan rast InsurTech društava i uloga digitalnih tehnologija, posebno za kanale distribucije osiguranja. Prema statističkim podacima prikupljenim od strane zemalja članica EU, na tržištu osiguranja registrovano je 779 InsurTech društava koja

²⁹ Npr. francuski start-up InsurTech InsPeer nudi inovativni pristup autoosiguranju i finansira se sredstvima iz više javnih izvora.

³⁰ Insurance information institute, *Alternative capital and its impact on insurance and reinsurance markets*, 2015. Dostupno na: https://www.iii.org/sites/default/files/docs/pdf/paper_alternativecapital_final.pdf (posljednji pristup 15. 6. 2019).

³¹ Trend niskih kamatnih stopa može pridonijeti padu neto kamatnog prihoda osiguravajućeg društva, a naročito smanjenjem neto kamatnih marža jer pasivne kamatne stope mogu biti ograničene efektivnom donjom granicom, te smanjiti profitabilnost; J. H. Holsboer, „The Impact of Low Interest Rates on Insurers“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance, Palgrave MacMillan Journals*, Vol. 25 No. 1, 2000, str. 38–58.

³² <https://eiopa.europa.eu/>

³³ EIOPA, *Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an insurtech context*, 2019. Dostupno na: <https://eiopa.europa.eu/Publications/EIOPA%20Best%20practices%20on%20licencing%20March%202019.pdf> (posljednji pristup 17. 7. 2019).

posjeduju dozvolu za obavljanje djelatnosti i 123 InsurTech društava bez dozvole za rad.³⁴ Uzimajući u obzir poteškoće oko definisanja pojma InsurTech i djelatnosti novoosnovanih i rastućih poduzeća, smatra se da je broj ovih društava mnogo veći.

Prilikom podnošenja zahtjeva za izdavanje dozvole za obavljanje poslova osiguranja i poslova reosiguranja, mlada start-up društva moraju dostaviti potvrdu o adekvatnosti kapitala s obzirom na vrstu i opseg poslova koje će obavljati, kao i ispuniti određene uslove za obavljanje djelatnosti osiguranja. Upravo iz ovog razloga postoji mali broj InsurTech društava koja posjeduju dozvolu nadležnog organa za obavljanje poslova osiguranja, saosiguranja i reosiguranja, kao i poslova neposredno povezanih sa poslovima osiguranja. Najveći broj InsurTech društava u EU obavlja poslove posredovanja ili zastupanja u osiguranju.³⁵

Većina nacionalnih nadležnih tijela država članica EU nisu poduzela nikakve posebne aktivnosti u području izdavanja odobrenja za rad i licenci za inovativne poslovne modele InsurTech društava. Postoje razlike u propisima različitih država članica EU za izdavanje odobrenja za rad i registraciju InsurTech društava, kao i različiti pristupi utvrđivanju primjenjivog zakonodavnog okvira EU koji se primjenjuju na ova društva. Ovo predstavlja problem mnogim InsurTech društvima i onemogućuje prekogranično širenje njihovog poslovanja.

Najveći broj registrovanih InsurTech društava na tržištu EU zabilježen je u SR Njemačkoj. Prema zakonskim rješenjima, InsurTech društva koja posluju na njemačkom tržištu osiguranja trenutno imaju ulogu posrednika u osiguranju i na njih se primjenjuju odredbe čl. 34 Uredbe o obavljanju privrednih djelatnosti (*Gewerbeordnung – GewO*).³⁶ Na osnovu čl. 34, st. 1 GewO, posrednici u osiguranju (uključujući i InsurTech društva) koji žele posredovati u zaključenju ugovora o osiguranju moraju biti registrovani od strane ovlaštene industrijske i trgovinske komore (njem. *Deutsche Industrie*

³⁴ EIOPA, Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an insurtech context, 2019, str. 10.

³⁵ OECD, Technology and innovation in the insurance sector, 2017, str. 29. Dostupno na: <https://www.oecd.org/pensions/Technology-and-innovation-in-the-insurance-sector.pdf> (posljednji pristup 23. 7. 2019).

³⁶ *Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202) zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1822) m.W.v. 26. 6. 2017.* Postoji razlika između obavljanja poslova posredovanja od poslova zastupanja u osiguranju. Zastupnik ima veća ovlaštenja od posrednika u osiguranju i veza između osiguravatelja i društva za zastupanje je mnogo čvršća. V. Čolović, *Osiguravajuća društva – zakonodavstvo Srbije, pravo EU, uporedno pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 18.

und Handelskammertag).³⁷ Prema ovoj odredbi, pokriće rizika iz određenog ugovora o osiguranju ne snosi InsurTech društvo, već društvo kojem je njemačko regulatorno tijelo BaFin (njem. *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) izdalo odobrenje za rad na osnovu čl. 8 st. 1 njemačkog Zakona o nadzoru osiguranja (njem. *Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*)³⁸.

InsurTech društva koja žele podnijeti zahtjev za izdavanje odobrenja za rad moraju ispuniti iste zakonske uslove koji se primjenjuju i na ostala osiguravajuća društva. BaFin provodi nadzor nad poslovanjem InsurTech društava, kao i tradicionalnih osiguravajućih društava.

InsurTech društva podliježu nadzoru osiguranja ako obavljaju poslove osiguranja. Svi osiguravatelji koji imaju sjedište u SR Njemačkoj obavezni su da podnesu zahtjev za dobijanje dozvole nadležnog organa, tj. BaFin-a za obavljanje poslova, i to na osnovu čl. od 8 do 11, kao i čl. od 23 do 33 VAG-a. U skladu s čl. 8 st. 2 VAG-a, dozvola se se može izdati samo javnim akcionarskim društvima za osiguranje (njem. *Aktiengesellschaften*), društvima za uzajamno osiguranje (njem. *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*), te samostalnim agencijama kao što su ustanove i korporacije javnog prava (njem. *Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts*).

Čl. 9 VAG-a propisuje koja se dokumentacija podnosi uz zahtjev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova osiguranja. Plan poslovanja društva koji se odnosi na obavljanje djelatnosti posredovanja u osiguranju ključni je dokument za dobijanje dozvole za rad InsurTech društva (čl. 9 st. 1, 2 i 3 VAG-a). Postoje i drugi važni zahtjevi koje InsurTech društvo mora ispuniti da bi dobilo dozvolu za rad, a koji uključuju sljedeće: InsurTech društva moraju imati kapital povezan s njihovim profilom rizičnosti kako bi garantovala da imaju dovoljno finansijskih sredstava za slučaj finansijskih poteškoća (čl. 9 st. 2(4) u kombinaciji sa čl. 9 st. 3 i čl. od 89 do 95 VAG-a). Također, u postupku podnošenja zahtjeva moraju se poštivati i odredbe čl. 15 VAG-a ako InsurTech društvo obavlja poslove neživotnih osiguranja.

Na osnovu ovoga možemo zaključiti da se pravni položaj InsurTech društva uređuje istim zakonskim aktima kao i za ostala osiguravajuća društva i da ova društva spadaju pod poseban oblik privrednog društva koje se bavi djelatnošću osiguranja.

³⁷ Par. 34(d), st. 3 GewO Nemačka.

³⁸ *Versicherungsaufsichtsgesetz (Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen)* Artikel 1 des Gesetzes vom 1. 4. 2015. (BGBl. I S. 434), in Kraft getreten am 1. 1. 2016, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. 3. 2016. (BGBl. I S. 396) m.W.v. 17. 3. 2016, bzw. 21. 3. 2016.

Zaključak

Tehnološke inovacije i digitalna transformacija poslovanja mijenjaju industriju osiguranja, a pojačano tržišno natjecanje otvara brojne prilike za pojavu i poslovanje novih InsurTech društava na tržištu osiguranja. Danas InsurTech predstavlja naprednu i dinamičnu industriju u kojoj postoji mnoštvo različitih društava čiji inovativni poslovni modeli utječu na način oblikovanja proizvoda i pružanja usluga osiguranja. Osiguravajuća društva pritiskom InsurTech konkurencije moraju da diferenciraju svoje standardizovane proizvode i usluge osiguranja putem ulaganja u tehnologiju za prikupljanje, skladištenje i analizu podataka kako bi povećali uvid u potrebe, želje i navike svojih klijenata na osnovu kojih će moći da im isporuče personalizovane proizvode i usluge osiguranja. Digitalna transformacija poslovanja nameće osiguravajućim društvima skupo tehnološko, organizacijsko i kadrovske restrukturiranje, kao i korištenje alternativnih kanala distribucije osiguranja. Partnerstvo između InsurTech i osiguravajućih društava postaje imperativ za pristup novim klijentima i/ili unapređenje ponude postojećih i inovativnih proizvoda i usluga osiguranja. InsurTech društava i veći izbor ponude proizvoda i usluga osiguranja koje nastaju kao rezultat inovacija i korištenja tehnologija donose brojne pozitivne promjene na tržištu osiguranja, ali postoje neriješena regulatorna i pravna pitanja koja ograničavaju razvoj poslovanja InsurTech društava. Da bi InsurTech društva postala ozbiljni konkurenti tradicionalnim osiguravateljima, potrebna su jednostavnija i ujednačenija pravila u vezi s njihovim aktivnostima, ali i pristup kapitalu, prostor za eksperimentiranje i veći poticaji za inovacije. Također, da li će InsurTech sektor dosegnuti svoj puni potencijal razvoja u EU zavisi od mnogih faktora, uključujući potrošačke preferencije i prilagodljivost strukturnim promjenama u sektoru osiguranja.

LITERATURA

- A. Battista, A. Paltrinieri, *Life Insurance and Bancassurance After Solvency II: A Market and Management Perspective*, Insurance Regulation in the European Union, Palgrave MacMillan, 2017.
- T. J. Boonen, „Solvency II – solvency capital requirement for life insurance companies based on expected shortfall“, *European Actuarial Journal*, Vol. 7, Issue 2, Springer, 2017.
- M. Beenken, *IDD: Regulatorische Herausforderung für das Marketing*, Handbuch Versicherungs Marketing, 2 Auflage, Springer, 2019.
- KPMG, The GDPR and key challenges faced by the Insurance industry, February 2018.
- Committee on Economic and Monetary Affairs, Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector, A8-0176/2017, 28. 4. 2017.
- V. Ravi, S. Kamaruddin, *Big Data Analytics Enabled Smart Financial Services: Opportunities and Challenges*, International Conference on Big Data Analytics, BDA 2017: Big Data Analytics, Springer, 2017.
- K. Tomić, *Blockchain tehnologija, pametni ugovori i njihova implementacija u industriji osiguranja*, 19. savetovanje Pravo i praksa osiguranja – izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje, Zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, 2018.
- V. Vasković, „Primena biometrijskih metoda identifikacije u bankama“, *Bankarstvo* 11–12, 2008.
- S. Anagnoste, *Robotic Automation Process – The next major revolution in terms of back office operations improvement*, Proceedings of the International Conference on Business Excellence, Vol. 11, Issue 1, 2017.
- M. Ayuso, M. Guillen, J. Perch Nielsen, „Improving automobile insurance ratemaking using telematics: incorporating mileage and driver behaviour data“, *Transportation*, Vol. 46, Issue 3, 2019.
- P. Vavouranakis, S. Panagiotakis, G. Mastorakis, C. Mavromoustakis, *Advances in Mobile Cloud Computing and Big Data in the 5G Era*. Studies in Big Data book series, Springer International Publishing, Vol. 22, 2017.
- A. Braun, F. Schreiber, *The Current InsurTech Landscape: Business Models*

and Disruptive Potential, Institute of Insurance Economics, University of St. Gallen, I.VW-HSG Schriftenreihe, Band 62, 2017.

S. L. B. VanderLinden, S. M. Millie, N. Anderson, S. Chishti, *The INSURTECH Book: The Insurance Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech visionaries*, Wiley, 2018.

E. Stoeckli, C. Dremel, F. Uebernickel, „Exploring characteristics and transformational capabilities of InsurTech innovations to understand insurance value creation in a digital world“, *Electronic Markets*, Vol. 28, Issue 3, Springer, 2018.

K. Tomić, „Pravni položaj FinTech društava na tržištu kapitala u Republici Hrvatskoj“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. X No. 1, 2019.

European banking authority, Discussion Paper on the EBA’s approach to financial technology (FinTech), EBA/DP/2017/02, 4 August 2017.

J. H. Holsboer, „The Impact of Low Interest Rates on Insurers“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance, Palgrave MacMillan Journals*, Vol. 25 No. 1, 2000.

EIOPA, Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an insurtech context, 2019.

OECD, *Technology and innovation in the insurance sector*, 2017.

V. Čolović, *Osiguravajuća društva – zakonodavstvo Srbije, pravo EU, uporedno pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010.

INSURTECH COMPANIES AND INSURANCE INDUSTRY**Dr. iur. Katica Tomić*****Summary**

The digital transformation of the business process in insurance companies, new technologies and the emergence of InsurTech companies creates new legal risks and opens numerous practical issues related to the functioning of traditional insurance companies and the development of insurance markets. InsurTech companies and their business models offer new innovative products and insurance services and successfully compete with existing insurance companies. Insurance companies must adapt to the digital revolution and proactively engage in the introduction of new business solutions and take advantages provided by technology and innovation in the insurance sector and to establish partnerships with InsurTech companies. Bearing in mind that the impact of new technologies on insurance market and partnership between insurers and InsurTech companies are still unclear, the aim of this paper is the analysis definition and the new business models of InsurTech companies and their relation to traditional insurers. Based on the analysis, the author will draw conclusions about the digital transformation challenges and risks facing insures and position of new InsurTech companies in the insurance market of the EU.

Key words: *digitalization, technology, InsurTech companies, insurance products, insurance market.*

* Rechtsanwälte BVM, 1010 Vienna, Austria

НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ОСНИВАЊЕМ ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Виши асистент Ђорђе Перишић, мр*

Апстракт: У раду су обрађена најважнија питања материјалног и процесног права у вези са оснивањем друштва са ограниченом одговорношћу у Босни и Херцеговини. Ова материја највећим дијелом је регулисана на нивоу ентитета и Брчко Дистрикта. Пошто се законска рјешења у извјесној мјери разликују, аутор указује на разлике у рјешењима законодавстава ентитета и Брчко Дистрикта, истичући рјешења која су добра или лоша по његовој оцјени. Присутна је тенденција олакшавања услова за оснивање ове форме привредних друштава, што законодавци виде као начин привлачења инвестиција. Аутор сматра да то дугорочно доводи до лошијег пословног амбијента. То је показано кроз анализу правила о основном капиталу, форми оснивачког акта и организацији и вођењу регистра пословних субјеката.

Кључне ријечи: друштво са ограниченом одговорношћу, основни капитал, основачки акт, регистрација.

1. Увод

Основне карактеристике друштва са ограниченом одговорношћу добро су познате. То је друштво капитала које може основати једно или

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Алексе Шантића 3, Пале
djordje.perisic@pravni.ues.rs.ba

више физичких и/или правних лица, ради обављања неке привредне дјелатности. Чланови друштва не одговарају за обавезе друштва, већ се обавезују да ће унијети улог, а само друштво, за своје обавезе, одговара неограничено, свом својом имовином. Друштво са ограниченом одговорношћу правни субјективитет стиче уписом у одговарајући регистар и увијек је затвореног карактера, тј. не може прикупљати капитал јавном понудом. С тим у вези, *intuitu personae* елемент може бити више или мање наглашен. Потврде о удјелима његових чланова не могу имати карактер хартија од вриједности, за разлику од акција акционарског друштва које то јесу и чији је промет, самим тим, лакши. Непостојање одговорности чланова за обавезе друштва (осим код примјене института пробијања правне личности), флексибилност унутрашње структуре, изражено начело аутономије воље, могућност обављања великог броја дјелатности, само су неки од разлога његове велике заступљености свуда у свијету. Без икакве сумње, у Босни и Херцеговини то је најдоминантнији начин привредног организовања.¹

У привреди Босне и Херцеговине доминирају мала предузећа, а друштво са ограниченом одговорношћу је најпогоднији начин организовања управо тих предузећа.² Крупни привредни подухвати су у привреди Босне и Херцеговине ријетки. Исто тако, велики број предратних привредних субјеката, који су се по економским критеријумима могли сврстати у велика предузећа, потпуно је нестао у процесу приватизације, или су од њих остали само мали дијелови. Сходно томе, ријетка су и акционарска друштва, која су погодна за реализацију таквих подухвата. У форми акционарских друштава у Босни и Херцеговини се оснивају махом банке и осигуравајућа друштва, јер је то једини дозвољен начин њиховог организовања, те јавна предузећа.

Оснивање привредних друштава тема је која не престаје бити у фокусу законодавца у Босни и Херцеговини. Томе у прилог говори и чињеница да су припремљени нацрти закона о измјенама и допунама

¹ У Федерацији БиХ тренутно је регистровано 32 616 друштава са ограниченом одговорношћу, наспрам 452 акционарска друштва. У Брчко Дистрикту регистрована су 1 822 друштва са ограниченом одговорношћу наспрам 15 акционарских. За Републику Српску нема обједињених података о броју регистрованих привредних друштава. Извор: Портал правосудја Босне и Херцеговине. Доступно на адреси: <https://bizreg.pravosudje.ba/pls/apex/f?>

² Види саопштење Агенције за статистику БиХ – Структурне пословне политике, прелиминарни резултати за 2017. годину. Доступно на адреси: http://www.bhas.ba/saopstenja/2018/SBS_00_2017_Y1_0_BS.pdf.

закона о регистрацији пословних субјеката и у Републици Српској – РС³ и у Федерацији Босне и Херцеговине – ФБиХ⁴. Циљ је да се олакша и убрза оснивање привредних друштава, што је, између осталог, изражено у Програму економских реформи Републике Српске за период 2018–2020⁵. Тиме структуре власти предузимају мјере како би се побољшало привредно окружење и како би се привукле нове инвестиције, нарочито стране.

То се чини поједностављивањем услова које оснивачи треба да задовоље, али на погрешан начин. Није спорно да је поједностављење оснивања привредних друштава неопходно и да се тиме, донекле, побољшавају услови пословања. Треба учинити све да инвеститори уштеде своје вријеме, енергију и новац. Чекање на шалтерима, попуњавање бројних образаца истовјетним подацима, који се често већ налазе у одређеним евиденцијама, непотребно је, и стога је неопходно радити на томе да се поједностави процедура оснивања привредних друштава.⁶ Међутим, олакшавање материјалноправних услова за оснивање привредних друштава је ризично, како са аспекта угрожавања јавног, тако и приватног интереса.

2. Услови За Оснивање

2.1. Оснивачи

У погледу оснивача, не постоје било какве специфичности нити разлике између законских рјешења у Босни и Херцеговини, осим у мак-

³ Народна скупштина Републике Српске (2019). Нацрт закона о измјенама и допунама Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској. Доступно на адреси: <http://www.narodnaskupstinars.net/?q=la/akti/zakoni-u-proceduri/nacrt-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona-o-registraciji-poslovnih-subjekata-u-republici-srpskoj> (последњи пут приступљено 20. марта 2019. године).

⁴ Дом народа Федерације Босне и Херцеговине (2019). Нацрт закона о измјенама и допунама Закона о регистрацији пословних субјеката у Федерацији Босне и Херцеговине. Доступно на адреси: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/file/Materijali%2520u%2520proceduri_2018/Zakon%2520o%2520registraciji%2520%2520poslovnih%2520subjekata_bos.pdf.

⁵ Народна скупштина Републике Српске. Програм економских реформи Републике Српске за период 2018–2020. године. Доступно на адреси: <http://www.narodnaskupstinars.net/?q=la/akti/ostali-akti/program-ekonomskih-reformi-republike-srpske-za-period-2018-2020-godina>.

⁶ На Форбсовој листи најбољих држава за пословање за 2018. годину, Босна и Херцеговина се налази на 98. мјесту од укупно 161 државе. Ако се посматра само критеријум административне процедуре, ту је Босна и Херцеговина на поражавајућем 156. мјесту. Доступно на адреси: <https://www.forbes.com/places/bosnia-and-herzegovina/>

сималном броју чланова друштва. Наравно, сва три законодавства омогућују оснивање друштва као једночланог,⁷ што је модерно рјешење и у складу је са Једанаестом директивом Европске уније. Међутим, максималан број оснивача је различито регулисан. Тако је у Републици Српској и Брчко Дистрикту – БД одређен максималан број од 50 оснивача, односно чланова, а изузетно их може бити и више,⁸ док у Федерацији Босне и Херцеговине ограничење није предвиђено. Ограничавање броја чланова нема смисла ни потребе, и представља својеврсни атак државе на сопствену привреду, што је нарочито било изражено у вријеме приватизације. Ово ограничење представља, у ствари, начин да се чланови друштва (а који су често истовремено и запослени), најприје преко затвореног, а потом отвореног акционарског друштва доведу (тј. отјерају) на берзу. На берзи, неријетко уз различите сплетке, постају плијен домаћих и страних тајкуна који купују њихов капитал и овладавају друштвима.

2.2. Основни капитал

У погледу правила о основном капиталу друштва, постоје велике разлике између важећих закона у Босни и Херцеговини. У Републици Српској, минимум новчаног основног капитала који се захтијева за оснивање друштва са ограниченом одговорношћу је 1 КМ,⁹ у Федерацији БиХ 1000 КМ,¹⁰ а у Брчко Дистрикту 2000 КМ.¹¹ Законски минимум мора бити обезбијеђен у новцу, чиме се жели постићи ликвидност друштва од његовог почетка. Постојање законског минимума основног капитала сматрало се препреком за оснивање друштава, па се тај минимум константно смањивао.¹²

⁷ Закон о привредним друштвима Републике Српске – ЗПДРС, “Службени гласник РС” бр. 127/08, 58/59, 100/11, 67/13, 100/17, члан 99 (1); Закон о привредним друштвима Федерације БиХ – ЗПДФБиХ, “Службене новине ФБиХ” бр. 81/15, члан 302 (1); Закон о предузећима Брчко Дистрикта – ЗОПБД, “Службени гласник БД БиХ”, бр. 49/11 – пречишћен текст, члан 341 (1).

⁸ У ЗПДРС, члан 99, стоји да друштво са ограниченом одговорношћу има највише 50 чланова. Ако се њихов број повећа, али максимално до 100, и одржи у периоду од једне године, то друштво мора да промијени правну форму у затворено акционарско друштво. У Брчко Дистрикту, према ЗОПБД, члан 341 (3), да би друштво са ограниченом одговорношћу могло да има више од 50 чланова, мора добити одобрење Владе.

⁹ ЗПДРС, чл. 107 ст. 1.

¹⁰ ЗПДФБиХ, чл. 307 ст. 1

¹¹ ЗОПБД, чл. 343 ст. 1.

¹² У Републици Српској је првим Законом о предузећима („Службени гласник РС“ бр. 24/98) чл. 331 ст. 1 био прописан минимум од 5000 КМ. Затим је минимум измјенама Закона из 2003. године

Основни капитал представља новчану вриједност улога за које су оснивачи преузели обавезу да ће их унијети у друштво. Његова улога је, прије свега, да се прикупе средства неопходна за отпочињање привредне дјелатности због које је друштво основано. Прикупљањем довољне количине средстава остварује се и друга његова функција, гарантна, јер је основни капитал гаранција будућим повјериоцима друштва да ће имати одакле да намире своја потраживања. Такође, адекватно одређен основни капитал показује озбиљност привредног подухвата.¹³ Што је вриједност основног капитала већа, значи да су оснивачи уложили више својих средстава, односно да преузимају већи ризик. Тиме показују да је њихова намјера озбиљна и стварна да оснују друштво и да обављају дјелатност одређену у оснивачком акту. Уношењем улога у основни капитал, та средства неће нестати, нити ће бити заробљена. Она постају имовина друштва коју ће друштво користити за обављање дјелатности и, можда, остварити добит којом оснивачи могу располагати. Уношењем улога стиче се удио у привредном друштву који представља дио имовине оснивача. То даље значи да се имовина оснивача обавезно не смањује уношењем улога у основни капитал, већ одређена права излазе из ње, док одређена права улазе у њу.¹⁴

Знајући све ово, можемо поставити питање: Зашто не захтијевати виши износ минималног основног капитала за друштва капитала генерално, а тиме и за друштво са ограниченом одговорношћу? Зашто не захтијевати од оснивача да преузму већи ризик, да више уложе и тиме дају већу шансу за успјех привредног друштва? Какву поруку трећим лицима, повјериоцима друштва, шаљу оснивачи који су, чак, заједно, ако их има више, уложили само 1 КМ? Шта они ризикују? Такво друштво нема средства која може да користи, нема капитал који може обртати и у старту је неликвидно. Ако оснивачи неће да пристану на извјестан ризик или немају потребан капитал, онда им не треба дозволити да се

смањен на 2000 КМ ("Службени гласник РС" бр. 38/03), да би измјенама члана 4 новог Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС" бр. 67/13) минимум основног капитала био сведен на 1 КМ. У Федерацији БиХ Законом о привредним друштвима из 1999. године био је одређен минимум од 15 000 КМ ("Службене новине ФБиХ" бр. 23/99 чл. 314 ст. 1) Измјенама из 2003. године, минимум основног капитала је спуштен на 2000 КМ ("Службене новине ФБиХ" бр. 29/03 чл. 70). Новим Законом о привредним друштвима из 2015. године чл. 307 ст. 1, минимум је поново спуштен и сада износи 1000 КМ.

¹³ Види: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012, стр. 132–135.

¹⁴ О имовини види: Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 2. издање, Правни факултет, Београд, 2004, стр. 409–411.

уопште појављују као учесници у привредном животу, односно не смије им се дозволити да уживају у погодностима које им даје ограничена одговорност за обавезе друштва. Једноставно, такве треба елиминисати док још нису започели привредну активност и спријечити будуће проблеме које могу проузроковати, а који се могу јавити у виду немогућности наплате потраживања, губљења радних мјеста, неплаћања пореза и сл. То даље значи веће оптерећење за судове и управне органе, јер је неизбежно вођење одговарајућих поступака пред њима (нпр. принудне наплате, стечаја и др.). Адекватним прописивањем минималног нивоа основног капитала могућа је селекција оснивача привредних друштава, онемогућавањем оснивања друштва онима који немају намјеру или немају услове да обављају изабрану дјелатност као добри привредници.

Често се правила о формирању и одржавању основног капитала сматрају непотребним и превазиђеним. Критике су разноврсне. Најприје, да основни капитал није ефикасан у заштити повјерилаца, јер се средства која га формирају користе у пословању друштва, што значи могућност њиховог губитка. Повјериоци имају на располагању различита лична и стварна средства обезбјеђења, тако да се гарантна функција основног капитала, донекле, остварује само према необезбијеђеним повјериоцима. Затим, да је такав извор финансирања превазиђен и да су доминантни екстерни извори финансирања. Такође, прописивање законског минимума основног капитала види се као непотребно и препрека оснивању друштава, јер различита дјелатност захтијева различиту висину капитала.¹⁵ Не може се рећи да ова аргументација није без основа, али корист коју основни капитал доноси, у случају оснивања друштава са ограниченом одговорношћу, по нашем мишљењу, значајнија је. То се нарочито односи на Босну и Херцеговину и њене ентитете, гдје владавина права и правна држава још увијек нису успостављени. Прописивањем реалног минимума основног капитала, држава поручује инвеститорима да у привредним односима настоји одржати ред, јер се бори против превараната, отежавајући им приступ тржишту. На овај начин се не могу елиминисати преваранти који посједују велики капитал и спремни су

¹⁵ Више: Татјана Јевремовић Петровић, „Заштита поверилаца путем правила о капиталу друштва“, у: Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Београд, 2011, стр. 133–138. Jean-Marie Nielsen Grade, Matthias Wauters, „Reforming Legal Capital – Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection“, у: Koen Geens, Klaus J. Hopt, *The European Company Law Action Plan Revisited: Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven, 2010, стр. 24–58.

да га уложи, али они са мало или без капитала, дефинитивно могу.¹⁶ То је, можда, и најважнији аргумент зашто захтијевати законски минимум основног капитала.

У овом случају, који није усамљен, законодавци у Босни и Херцеговини предност су дали квантитету у односу на квалитет. Ниске вриједности минимума основног капитала у законима о привредним друштвима у Босни и Херцеговини представљају такмичење законодаваца према доље и са таквом праксом треба престати. Нажалост, најдаље у томе одмакао је законодавац Републике Српске, док су законодавци Федерације БиХ и Брчко Дистрикта били умјеренији, предвиђањем минимума који има стварну економску вриједност. Минимум основног капитала треба поставити реално и уједначити га у Босни и Херцеговини, јер је привлачење инвеститора на овај начин, спуштањем доње границе, потпуно погрешно и, суштински, контрапродуктивно. Дозвољавање да се било ко појави као учесник на тржишту, не захтијевајући од тих лица било какву гаранцију за савјесно пословање, правни, односно пословни амбијент чини несигурним, што одбија инвеститоре.

2.3. Улози оснивача

Основна обавеза сваког оснивача јесте уношење улога. Али, ако је уписан основни капитал у неком симболичном износу, онда, фактички, ова обавеза ни не постоји. Законима о привредним друштвима у сва три правна подручја Босне и Херцеговине предвиђено је да улози оснивача могу бити новац, ствари и права.¹⁷ Једино у Републици Српској постоји могућност да се улог оснивача може састојати и у извршеном раду и пруженим услугама.¹⁸

Оснивачи уносе улоге како би се формирала имовина привредног друштва. Имовина представља скуп преносивих субјективних права, која се могу новчано изразити, а која у једну цјелину обједињује једно лице, и то када је у активном својству (својству титулара права).¹⁹ Уношењем улога, оснивачи из своје имовине преносе преносива субјективна права у имовину друштва. Стога, *stricto sensu*, предмет улога у привредно друштво је увијек

¹⁶ Исто: Horst Eidenmüller, Barbara Grunewald, Ulrich Noack, „Minimum Capital in the System of Legal Capital“, у: Marcus Lutter, *Legal capital in Europe – European company and financial law review – special volume*, Berlin, 2006, стр. 30.

¹⁷ ЗПДРС чл. 14 ст. 1; ЗПДФБиХ чл. 45; ЗОПБД чл. 343 ст. 3.

¹⁸ ЗПДРС чл. 105 ст. 1.

¹⁹ Д. Стојановић, О. Антић, *нав. djelo*, стр. 405.

преносиво субјективно право. То може бити: право својине, потраживање, право закупа, патент и слично. Предмет обавезе оснивача на уношење улога јесте одређено чињење (најчешће) или нечињење. Имовина друштва, која се формира улозима оснивача, састоји се од имовинских права, као предмета улога, и треба је разликовати од имовинске масе, коју чине ствари на којима постоје та имовинска права.²⁰ Објекти улога јесу објекти имовинских права које су оснивачи унијели као свој улог у друштво. Ти објекти могу да буду новчани и неновчани. Неновчани објекти су ствари (покретне и непокретне), људске радње (рад и услуге, извршене или будуће), производи људског духа (ауторска дјела, проналасци који се, опет, материјализују преко ствари). Важно је да предмет улога мора имати неку вриједност у економском смислу.

Што се тиче рада и услуга, они су специфични као објекат улога. Специфичност се огледа у томе што није лако разликовати шта представља рад, а шта услуге.²¹ Затим, тешкоће се јављају у њиховој процјени, односно вредновању. Као и сваки други улог, тако и рад и услуге морају допринијети или су допринијели циљу друштва, стицању добити или уштеди трошкова, тј. морају имати економску вриједност. Процјена је обавезна да би се утврдила величина удјела у друштву. Код рада и услуга, потписивањем оснивачког акта, оснивач је стекао обавезу да изврши предвиђени рад и/или услуге, а друштво, односно остали оснивачи (ако рад и/или услуге треба извршити до регистрације друштва) право да то од њега захтијевају. Може се рећи да је правни однос који настаје врло сличан уговору о дјелу.²² То значи да оснивачи, а касније и друштво, стичу одређено имовинско право у виду неновчаног потраживања чији је предмет одређено чињење, конкретно, вршење људских радњи. Са друге стране, оснивач стиче потраживање (најчешће новчано, мада може и неновчано) према друштву, односно оснивачима, које се конвертује у удио у друштву. Што се тиче извршеног рада и/или услуга, ситуација је другачија, јер је већ дошло до њихове материјализације. Њиховим извршавањем већ је остварена економска корист за осниваче, односно друштво које настаје. Та корист се рефлектује тако што се имовина друштва, односно имовинска маса, није умањила, а што би услиједило да су остали оснивачи плаћали неком трећем лицу за извршени рад или услуге. У овом случају, уговор је извршен јер је оснивач, извршавањем рада и/или услу-

²⁰ Андрија Гамс, *Увод у грађанско право – општи део*, Београд, 1974, стр. 159; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Osnove imovinskog prava*, 9. izdanje, Zagreb, 1994, стр. 79.

²¹ Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Београд, 2015, стр. 59.

²² Марко Радовић, „Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2013, стр. 229.

га, испунио своју уговорну обавезу, а и оснивачи, односно друштво своју, додјељујући му удио у друштву.

Како смо рекли, друштво са ограниченом одговорношћу погодно је и за мале привредне подухвате, тзв. породична привредна друштва, у којима ће се сами оснивачи лично радно ангажовати. Такође, друштво карактерише начело диспозитивности, односно законодавац, најчешће, оставља оснивачима, тј. члановима да сами уреде своје односе. Тако и у погледу рада и услуга, чини се да је исправно рјешење да се дозволи улог у извршеном раду и услугама, ако између оснивача постоји сагласност у погледу њихове вриједности и корисности за друштво. Са аспекта повјерилаца друштва, проблем представља чињеница да након што су извршени рад и/или услуге, у имовинску масу друштва нису ушле ствари на којима се може спровести извршни поступак. Међутим, њихов интерес се може сачувати прописивањем реалног минимума основног капитала који мора бити обезбијеђен у новцу. Тиме се формира имовина и имовинска маса као гарант извршавања обавеза друштва.

Предмет сваког улога мора имати вриједност која се изражава у новцу. У Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту појединачни улог оснивача мора имати вриједност од најмање 100 КМ. Тиме се жели постићи да сваки оснивач преузме одређени ризик за пословање друштва. То је још један начин елиминације оних оснивача чија је намјера сумњива. У Републици Српској такав захтјев у погледу минималног улога појединачног оснивача не постоји.²³

3. Регистрација друштва

3.1. Регистар

На простору Босне и Херцеговине задржао се систем судског вођења регистра са свим својим предностима и недостацима.²⁴ Република Српска је Законом о регистрацији пословних субјеката из 2013. године покушала значајније измијенити поступак регистрације, уводећи Агенцију за посредничке, финансијске и информатичке послове

²³ ЗПДФБиХ чл. 307 ст. 2; ЗОПБД чл. 343 ст. 1. У ранијем ЗОПРС постојала су слична ограничења. У првој верзији овог закона ("Службени гласник РС" бр. 24/98), у чл. 331 ст. 2, било је одређено да најмањи појединачни новчани улог износи 500 КМ. Измјенама и допунама ЗОПРС из 2003. године, чл. 4, смањена је вриједност појединачног улога на 100 КМ.

²⁴ У Републици Српској систем судског регистра задржан је због његове боље контролне и заштитне функције, на штрб његове ефикасности. Марко Рајчевић, „Регистрација пословних субјеката у Републици Српској“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014, стр. 51. Види: Дијана Марковић Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011.

(АПИФ). Агенција је управни орган. При оснивању друштва, она има улогу посредника који би требало да убрза и поједностави комуникацију између оснивача и суда

Поступак регистрације у Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту почиње подношењем пријаве суду, а у Републици Српској АПИФ-у. Пријаву подносе оснивачи лично или преко пуномоћника.²⁵ Пуномоћник може, осим подношења пријаве, да врши и друге радње, као што су примање рјешења и закључака регистарског суда. Пријава се подноси у писменом облику на унапријед одређеном обрасцу. Још увијек није могуће подношење пријаве за регистрацију електронским путем, иако је то предвиђено у законима. Разлози су техничке природе. Неопходно је обезбиједити рачунарску опрему, софтвер и стручњаке који би управљали њиме. У Републици Српској је припремљен Нацрт Закона о измјенама и допунама Закона о регистрацији пословних субјеката, у коме се предвиђа могућност електронске регистрације, подношења електронске пријаве и коришћење електронског потписа и документа. Добро би било да се друштву у тренутку регистрације додијели имејл адреса.²⁶ На тај начин, сва каснија комуникација између привредног друштва и регистра могла би се одвијати електронским путем. Прописивањем обавезе привредног друштва да провјерава електронску пошту отклонили би се проблеми које изазива немогућност достављања поште на регистровану адресу сједишта друштва, а комуникација би била брза и јефтина. У току је дигитализација комплетне јавне управе, па би комуникација са државним органима била могућа и једноставна.²⁷

²⁵ У Републици Српској у ЗРПСРС чл. 2 тач м) и Закону о нотарима – ЗОНРС („Службени гласник РС” бр. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14, 68/17), чл. 68а, предвиђена је могућност да пуномоћник буде нотар, и то без посебне пуномоћи. Нотару се овлашћење за заступање може дати у оснивачком акту или другој нотарској исправи. У Федерацији БиХ нотар може бити пуномоћник јер је то дозвољено ЗРПСФБиХ чл. 48 ст. 1. Иако ништа није речено како се та пуномоћ даје, нема сметњи да то буде у оквиру оснивачког акта. Могућност да нотар буде пуномоћник оснивача је начин олакшања оснивања привредних друштава. Пошто му се овлашћење за заступање може дати у оквиру оснивачког акта, није потребно да оснивачи одвојено плаћају посебно пуномоћје. У Брчко Дистрикту нотар уопште не би могао бити пуномоћник јер то питање нигдје није регулисано. Законом о нотарима („Службени гласник БД БиХ” бр. 9/03, 17/06), чл. 43, послови нотара су таксативно наведени, тј. ограничени на: обраду исправа, издавање потврда, овјеру потписа, рукознака и преписа, као и на друге послове који су дозвољени Законом о нотарима.

²⁶ Добросав Миловановић, „У сусрет новим решењима Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре“, у: Вук Радовић, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Београд, 2011, стр. 79–80.

²⁷ Проблеми достављања могу се јавити због тога што регистрована адреса привредног друштва није и његова стварна адреса. Наиме, оснивачи формално региструју сједиште у једном ентитету, а обављају дјелатност у другом. Тиме се на њих примјењује право ентитета регистрованог

Поступак регистрације је брз, што се види по кратким роковима који се остављају суду за поступање у том поступку. У Републици Српској, АПИФ одмах документацију доставља суду, који треба да испита пријаву и потребне исправе и донесе одговарајуће рјешење у року од два дана од пријема пријаве,²⁸ а у Брчко Дистрикту и Федерацији БиХ у року од три дана.²⁹ Може се поставити питање да ли су ови рокови реални, узимајући у обзир да суд цијени испуњеност и формалних и материјалних услова за упис? Под претпоставком да судови савјесно раде свој посао, ипак је потребно више времена како би се ваљано провјерила испуњеност свих услова за оснивање друштва.³⁰ Ниједан законодавац не предвиђа било какве посљедице, односно санкције у случају да суд не донесе рјешење у законском року. Брзина у поступању суда јесте нешто што је потребно и корисно за осниваче. Међутим, да би се побољшао пословни амбијент, много је важније да се обезбиди брзина у поступању управних и судских органа након што друштво буде основано, наравно, не на штету правне сигурности. Тек тада брзо оснивање привредних друштава добија смисао.

3.2. Форма оснивачког акта

У Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту, оснивачки акт сачињава се у писаном облику, а потписи оснивача се овјеравају.³¹ Међутим, одредбе Закона о привредним друштвима Федерације БиХ нису у складу са Законом о регистрацији пословних субјеката Федерације БиХ.³² Како Закон о регистрацији има карактер *lex specialis*, примјењују се његове одредбе,

сједишта које је повољније у вези са одређеним питањем које је њима битно (нпр. мањи порез на добит).

²⁸ ЗОРПСРС, чл. 10.

²⁹ ЗОРПСФБиХ чл. 81; ЗОРПСБД чл. 81 ст. 1 У ОЗОРПСБиХ чл. 20 ст. 1 такође је предвиђен рок од пет дана.

³⁰ Ранка Рачић, „Поступак регистрације привредних субјеката“, у: Маријана Дукић Мијатовић, *Актуелности привредне легислативе као детерминанте развоја економија држава у региону*, Нови Сад, 2013, стр. 17.

³¹ ЗПДФБиХ, члан 304 (1); ЗОПБД, члан 5 (3).

³² У члану 304 ЗПДФБиХ стоји да се друштво са ограниченом одговорношћу оснива уговором у писаној форми који закључују оснивачи, чији потписи се овјеравају у складу са законом. У ЗОРПСФБиХ, члан 26, стоји да се уз остале потребне исправе за упис оснивања друштва подноси нотарски обрађен оснивачки акт. Такође, и у Закону о нотарима ФБиХ – ЗОНФБиХ, „Службене новине ФБиХ“ бр. 45/02, члан 73, стоји да се оснивачка акта привредних друштава нотарски обрађују.

па оснивачки акт мора бити нотарски обрађен.³³ У Републици Српској форма оснивачког акта зависи од броја оснивача и висине основног капитала. Ако се оснива једночлано друштво са основним капиталом од 1 КМ, врши се само нотарска овјера потписа тог оснивача.³⁴ У случају да је основни капитал виши од 1 КМ, односно ако постоји више оснивача, оснивачки акт има форму нотарски обрађене исправе.³⁵ Према томе, у Републици Српској, на овај начин, стимулише се оснивање друштава са основним капиталом од 1 КМ, јер је форма оснивачког акта мање строга, а самим тим и услуга нотара је јефтинија.

3.3. Испитивање исправа

Након што добије пријаву са потребним исправама, суд испитује да ли су испуњени формални и материјални услови за упис привредног друштва у регистар. Овдје срећемо одређене нелогичности у самом поступку регистрације, које су последица промјене правног система, али на несистематичан начин, јер поједини његови елементи нису освјетљавани. Наиме, као што је претходно указано, у поступку оснивања привредних друштава обавезно је учешће нотара. Законима о привредним друштвима, нотарима је додијељена значајна улога, што би требало довести до веће сигурности и ефикасности. Супротно, у законима о регистрацији пословних субјеката установа нотара је занемарена. Иако су закони о регистрацији пословних субјеката доношени након увођења нотара у правни систем Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, ти закони нису промијењени на начин да се ближе уреди мјесто и улога нотара у овој области. Најбољи примјер за наведену тврдњу је да суд у фази испитивања пријаве за регистрацију привредног друштва, или пријаве за упис било којих других података, провјерава испуњеност материјалних услова за упис. То значи да суд провјерава садржину и форму исправе коју је сачинио нотар. Такво рјешење је непотребно и

³³ У литератури (Мојовић, 2012, 653–654) и законодавству, нотарска обрада представља строжи облик форме у односу на нотарску овјеру. Нотарски обрађену исправу саставља нотар на основу воље заинтересованог лица уз утврђивање материјалне истине, тј. уз провјеру свих чињеница на основу којих сачињава исправу. ЗОНРС, члан 70–86; ЗОНФБиХ, члан 74–89; ЗОНБД, члан 48–63. Нотарска овјера потписа значи да је оснивач, у присуству нотара, својеручно потписао оснивачки акт. У овом случају, нотар не контролише садржину цијеле исправе, већ је ограничен само на вјеродостојност потписа. ЗОНРС, члан 90; ЗОНФБиХ, члан 95; ЗОНБД, члан 69.

³⁴ ЗПДРС, члан 7 (3).

³⁵ ЗПДРС, члан 7 (3); ЗОНРС, члан 68 (1).

неприхватљиво, јер су нотарске исправе јавне исправе. Нотар има јавноправна овлашћења која је добио испуњавањем строгих услова прописаним законом и повјерењем које му је указала држава, исто као и судијама.

Увођење нотара у правни систем Босне и Херцеговине није довело до било какве промјене у самом поступку регистрације. Поступак је остао исти, али је оснивачима наметнута још једна обавеза, у виду обраде оснивачког акта од стране нотара. Логично би било да нотари преузму спровођење одређених радњи у поступку регистрације и у том дијелу замијене суд. Тај дио поступка требало би да се односи на провјеру материјалних услова за оснивање привредног друштва. Провјеру материјалних услова нотар врши док саставља оснивачки акт. Стога нема потребе да то, након њега, ради још и суд. Тако долазимо до закључка да је учешће суда у регистрацији привредног друштва сувишно, па се поставља питање да ли је циљ ефикаснијег поступка регистрације заиста постигнут?

Овдје се не улази у расправу да ли је добро то што се суд искључује из регистрације, тј. да ли је бољи судски или управни систем вођења регистра. Једноставно, увођењем нотара у поступак регистрације, улога суда постала је сувишна, а фактички је учињено опредјељење за управни систем регистрације. Постојеће стање у Босни и Херцеговини би се лако могло реорганизовати, јер управни органи који би провјеравали формалне услове за упис већ постоје. То су АПИФ у Републици Српској и Финансијско-информатичка агенција у Федерацији БиХ. Они већ воде различите регистре значајне за одвијање привредног живота и обављање других важних послова. Због тога не би био проблем да се њихова надлежност прошири и да у потпуности преузму регистрацију пословних субјеката. Наравно, било би потребно оснажавање њихових, прије свега, кадровских капацитета, јер би послове регистрације требало да обављају правници са положеним правосудним испитом.

4. Резиме

Оснивање друштава са ограниченом одговорношћу, као најважнијег облика привредног организовања у праву Босне и Херцеговине, представља увијек актуелно питање како за правну теорију, тако и за праксу. Још увијек је у овој области неријешено питање усклађивања захтјева правне сигурности и ефикасности поступка оснивања. У Босни

и Херцеговини, као сложеној држави, отвара се и питање да ли законско уређивање поступка оснивања треба чинити на принципима хармонизације или конкуренције. Хармонизовање правних рјешења у ентитетима Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикту значило би да би оснивачима било свеједно гдје ће започети привредни подухват, јер би услови и поступак оснивања били исти или слични. С друге стране, конкуренција законодаваца значила би њихово такмичење у томе ко ће оснивачима пружити боље материјалноправне и процедуралне услове оснивања друштва.

Закључује се да законодавце треба пустити да се такмиче, изузев када се прописивањем лакших услова оснивања наноси штета правној и пословној сигурности, када је неопходно донијети једнака правила која ће важити у читавој Босни и Херцеговини.

У законима о привредним друштвима ентитета и Брчко Дистрикта БиХ морају се поставити уједначени и строжи услови у погледу минималног износа основног капитала и улога појединог оснивача, како би у старту добили здрава привредна друштва, чији су оснивачи искрени и озбиљни у намјери да се баве привредном дјелатношћу. Низак или непостојећи законски минимум основног капитала и вриједности улога појединог оснивача отвара простор за изигравање правила о ограниченој одговорности.

Правила процесне природе остављају простор за поједностављење поступка оснивања, смањењем броја процедура. Прије свега, неопходно је да регистрацију обавља управни орган, јер је постојећи правни и институционални оквир већ усмјерен ка томе. Остало је само да се начини посљедњи корак и да агенције које воде привредне регистре у потпуности преузму на себе вођење поступка регистрације привредних субјеката.

ЛИТЕРАТУРА

Васиљевић, Мирко. 2015. *Компанијско право*. Београд: Удружење правника у привреди Србије.

Васиљевић, Мирко, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић. 2012. *Компанијско право Европске уније*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Vedriš, Martin, Petar Klarić. 1994. *Osnove imovinskog prava*, Zagreb:

Narodne novine.

Гамс, Андрија. 1974. *Увод у грађанско право – општи део*. Београд: Научна књига.

Eidenmüller, Horst, Barbara Grunewald, Ulrick Noack. 2006. Minimum Capital in the Sistem of Legal Capital. *Legal capital in Europe – European company and financial law review – special volume*: 17–42.

Јевремовић Петровић, Татјана. 2011. Заштита повјерилаца путем правила о капиталу друштва. *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*: 114–146.

Марковић Бајаловић, Дијана. 2011. *Право привредних друштава*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

Миловановић, Добросав. 2011. У сусрет новим решењима Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*: 67–91.

Мојовић, Ирена. 2012. Улога нотара код регистрације пословних субјеката. *Правна ријеч* 32: 647–667.

Nielsen Grade, Marie, Matthias Wauters. 2010. Reforming Legal Capital – Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection. *The European Company Law Action Plan Revisited: Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*: 24–59.

Радовић, Марко. 2013. Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва. *Право и привреда* 4–6: 226–241.

Рајчевић, Марко. 2014. Регистрација пословних субјеката у Републици Српској. *Право и привреда* 4–6: 50–61.

Рачић, Ранка. 2013. Поступак регистрације привредних субјеката, *Актуелности привредне легислативе као детерминанте развоја економија држава у региону*: 11–22.

Стојановић, Драгољуб, Оливер Антић. 2004. *Увод у грађанско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Агенција за статистику БиХ. (2019). Саопштење – Пословне статистике, стање 30. јун 2018. године. http://www.bhas.ba/saopstenja/2018/SBR_01_2018_Y1_0_BS.pdf (последњи приступ 20. март 2019. године).

Дом народа Федерације Босне и Херцеговине. (2019). Нацрт закона о

измјенама и допунама Закона о регистрацији пословних субјеката у Федерацији Босне и Херцеговине.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/file/Materijali%2520u%2520proceduri_2018/Zakon%2520o%2520registraciji%2520%2520poslovnih%2520subjekata_bos.pdf (последњи пут приступљено 20. марта 2019. године).

Народна скупштина Републике Српске. (2019). Нацрт закона о измјенама и допунама Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској.

<http://www.narodnaskupstinars.net/?q=la/akti/zakoni-u-proceduri/nacrt-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona-o-registraciji-poslovnih-subjekata-u-republici-srpskoj> (последњи пут приступљено 20. марта 2019. године).

18. Народна скупштина Републике Српске. Програм економских реформи Републике Српске за период 2018–2020. године <http://www.narodnaskupstinars.net/?q=la/akti/ostali-akti/program-ekonomskih-reformi-republike-srpske-za-period-2018-2020-godina> (последњи пут приступљено 20. марта 2019. године).

Портал правосуђа Босне и Херцеговине. (2019).

<https://bizreg.pravosudje.ba/pls/apex/f?p=183:26:4499924105920674::NO::> (последњи пут приступљено 20. марта 2019. године).

<https://www.forbes.com/places/bosnia-and-herzegovina/> (last updated March 20, 2019).

Правни прописи:

Оквирни закон о регистрацији пословних субјеката у Босни и Херцеговини, „Службени гласник БиХ” бр. 42/04.

Закон о привредним друштвима Републике Српске, „Службени гласник РС” бр. 127/08, 58/59, 100/11, 67/13, 100/17.

Закон о регистрацији пословних субјеката Републике Српске, „Службени гласник РС” бр. 67/13 и 15/16.

Закон о нотарима Републике Српске, „Службени гласник РС” бр. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14, 68/17.

Закон о предузећима Републике Српске, „Службени гласник РС“ бр. 24/98, 38/03.

Закон о привредним друштвима Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ” бр. 81/15.

Закон о регистрацији пословних субјеката Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ” бр. 27/05, 68/05, 43/09 и 63/14.

Закон о нотарима Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ” бр. 45/02.

Закон о привредним друштвима Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ” бр. 23/99, 29/03.

Закон о предузећима Брчко Дистрикта, „Службени гласник БД БиХ” бр. 49/11 – пречишћен текст.

Закон о регистрацији пословних субјеката Брчко Дистрикта, „Службени гласник БД БиХ” бр. 15/05.

Закон о нотарима Брчко Дистрикта, „Службени гласник БД БиХ” бр. 9/03, 17/06.

SOME QUESTIONS REGARDING THE FOUNDING OF A LIMITED LIABILITY COMPANY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Senior Assistant Đorđe Peršić, LL.M.*

Abstract

In this paper the most important issues of material and procedural law were treated, regarding the establishment of a limited liability company in Bosnia and Hercegovina. This matter is largely regulated at the entity and Brčko District level. Since legal solutions differ to a certain extent, the author points to differences in the entity legislation and the Brčko District legislation, emphasizing solutions that are good or bad in his assessment. There is a tendency to easing the conditions for establishing this form of business, which legislators see as a way of attracting investments. The author believes that this leads to a worse business environment in the long term. This is illustrated by the analysis of the rules on share capital, the form of the founding act and the organization and maintenance of the register of business entities.

Key words: *Limited liability company, Basic capital, Founding act, Notary; Registration.*

* Faculty of Law of the University in East Sarajevo, Alekse Šantića 3, Pale
djordje.perisic@pravni.ues.rs.ba

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК: 614.8.06:355(497.6РС)''1999''

doi 10.7251/PR5919487P

Оригинални научни чланак

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ НА МЕЂУНАРОДНОМ ПЛАНУ ПРОУЗРОКОВАНУ НАТО БОМБАРДОВАЊЕМ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Академик проф. др Витомир Поповић*

Дејан Пилиповић, ма**

***Апстракт:** Као посљедица НАТО разарања на подручју Републике Српске (РС) настала је енормна штета. Посматра се грађанскоправна одговорност у међународном праву поводом НАТО бомбардовања РС. На међународном плану може се разматрати подношење тужбе пред Међународним судом правде од стране „оштећених“ држава против држава чланица НАТО-а које су извршиле бомбардовање или против НАТО-а као међународне организације. С тим је повезано питање одговорности држава чланица за противправне радње НАТО-а. Може се поставити питање подношења ове тужбе против наведених тужених пред Међународним судом правде од стране оштећених појединаца, или пак од стране држава, а ради заштите оштећених појединаца као њених грађана.*

***Кључне ријечи:** НАТО бомбардовање РС, штета, међународно право, одговорност.*

1. Увод

НАТО бомбардовању Републике Српске претходила су ратна дешавања на простору бивше СР БиХ, али и шире. Ради се о периоду распада бивше СФРЈ пропраћеном ратним страхотама. У ова дешавања се укључио

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, vitomirpopovic20@gmail.com

** Асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, dejan.pilipovic@pf.unibl.org

и Сјеверноатлантски савез. Анализом правних докумената који регулишу Сјеверноатлантски савез (НАТО-савез или пакт), закључује се да не постоји могућност напада овог савеза на другу земљу, уколико није извршен напад на НАТО или његове чланице.¹ С друге стране, НАТО је заступник, у теорији и пракси спорне и критиковане, идеје о хуманитарним интервенцијама. У новембру 1992. године, НАТО је добио овлашћење да врши мониторинг и да може присилити земље да поштују ембарго и санкције, а све према резолуцијама 781 од 09.10.1992. године и 816 од 31.03.1993. године Савјета безбједности УН.² Сјеверноатлантски савјет је августа 1993. године проширио мандат наведене операције „Забрањени лет“ и допустио НАТО-у да ваздушне ударе врши и на циљевима на земљи, а што се правдало заштитом мировних снага.³ Августа 1995. године НАТО је почео са операцијом „Намјерна сила“, општим ударом на РС, с циљем неутралисања Војске Републике Српске (ВРС) у „зонама безбједности“, као и тешког оружја, артиљерије, тенкова, складишта муниције, командних мјеста и линија комуникације, а истовремено је покренута акција „Мртво око“ ради онеспособљавања ПВО система ВРС.⁴ У операцији „Намјерна сила“ је било укључено преко 5.000 војника НАТО-а из 15 држава и преко 400 летјелица, а напади су трајали уз прекиде 16 дана, тј. до 20.09.1995. године.⁵

Сваки оружани сукоб доноси људске жртве и материјална разарања, па се као једно од нужних питања јавља питање накнаде штете, односно ратних репарација.⁶ Као посљедица НАТО разарања на подручју Републике Српске (РС) настала је енормна штета. На међународном плану може се разматрати подношење тужбе пред Међународним судом правде од стране „оштећених“ држава против држава чланица НАТО-а које су извршиле бомбардовање или против НАТО-а као међународне организације. С тим је повезано питање одговорности држава чланица за противправне радње НАТО-а. Може се поставити питање подношења ове тужбе против наведених тужених пред Међународним судом правде од стране оштећених поје-

¹ Републички центар за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица (Милорад Којић, Невенко Враћеш, Виктор Нужић и Дарио Новковић), *Намјерном силом на Републику Српску*, Бања Лука, 2017, 30.

² *Ibid.*, 49–50, према С.Р. Овен, USAF, *Deliberate Force, A Case Study in Effective Air Campaigning, Final Report of the Air University Balkans Air Campaigning Study*, Air University Press, Maxwell Air Force Base, Alabama, 2000), 18.

³ *Ibid.*, 51.

⁴ Д. Богојевић, Д. Ивић, *Орлови са Врбаса*, Рума, 2014, 168.

⁵ *Ibid.*, 69 и 85.

⁶ Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права*, II дио, Бања Лука, 2019, 204.

динаца, или пак од стране држава, а ради заштите оштећених појединаца као њених грађана. Такође, могуће су тужбе пред националним судовима, домаћим и иностраним (држава чланица НАТО-а).⁷ Интересантан је став ЕСЉП везан за питање бомбардовања од стране НАТО-а. О свему наведеном говориће се у овом раду.

2. Одговорност у међународном праву држава (чланица НАТО-а) за штету насталу бомбардовањем РС

На међународном плану могуће је размотрити питање одговорности за штету проузроковану НАТО бомбардовањем од стране појединих држава – чланица НАТО-а, као и од стране НАТО-а као међународне организације. Питање одговорности држава за штету нанесену противправним актима базира се на одредбама Нацрта правила о противправним актима држава или Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте (*Draft Articles On Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts*) и пракси Међународног суда правде. За правила из овог нацрта истиче се да имају статус обичајног права.⁸ Повредом међународне обавезе од стране државе долази до настанка обавезе да иста надокнади проузроковану штету.

Сваки акт државе *противан међународном праву* има за посљедицу међународну одговорност државе.⁹ Квалификација одређеног акта као противног међународном праву врши се по правилима међународног права, при чему на ту квалификацију нема утицаја његова законитост по правилима унутрашњег права.¹⁰

Акт државе противан међународном праву постоји када нека радња, која се састоји у чињењу или нечињењу, испуњава слjedeћа два услова¹¹:

а) *може се приписати тој држави по међународном праву*. Радња неког државног органа ће се сматрати актом државе по међународном

⁷ Дејан Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске и Србије“, *Зборник радова са XXIV будванских правничких дана „Актуелна питања савременог законодавства“*, 2019, 407–425.

⁸ Бојан Милисављевић, „Одговорност међународних организација са освртом на захтеве Републике Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 2 (2016), 132.

⁹ Чл. 1 Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте, http://www.pf.uns.ac.rs/component/jdownloads/send/4-materijali-medjunarodno/132-2001?option=com_jdownloads, 01.04.2019.

¹⁰ Чл. 3 Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте; у даљем тексту у овом поглављу означени су само чланови овог нацрта.

¹¹ Чл. 2. Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте.

праву, независно од тога да ли тај орган обавља законодавну, извршну, судску или неку другу функцију, независно од положаја који тај орган заузима у организацији државе, и независно од тога да ли је у питању орган централне власти или неке територијалне јединице те државе (члан 4). Радња државног органа или других лица или тијела овлашћених да врше елементе државне власти сматраће се актом државе по међународном праву ако орган, лице или тијело поступа у свом званичном својству, чак и ако прекорачи своја овлашћења или се понаша супротно добијеним упутствима (члан 7). Дакле, вршење војне функције од стране било којег органа државе која је бомбардовала Републику Српску, па чак и у случају прекорачења овлашћења, води испуњености овог услова.

б) *представља кршење међународних обавеза те државе*. Кршење међународне обавезе државе постоји када акт те државе није у складу са условима које та обавеза намеће, независно од њеног поријекла или природе (чл. 12). Нацрт надаље предвиђа да кршење међународне обавезе државе путем низа чињења или нечињења која се у цјелини могу дефинисати као противправна настаје када се предузме оно чињење или нечињење које заједно са свим осталим чињењима и нечињењима постаје довољно да би представљало противправан акт. У оваквом случају, кршење се протеже током цијелог периода, почевши са првим чињењем или нечињењем у низу и траје све док се ова чињења или нечињења понављају, све док су и она у супротности са међународном обавезом. Међународне обавезе држава које су извршиле бомбардовање налазе се у низу међународних конвенција.

Које су то међународне обавезе држава, односно који су међународни документи прекршени? Хашка конвенција о законима и обичајима рата на копну први пут предвиђа да повреда ових правила повлачи одговорност државе за акте које су починиле оружане снаге.¹² Оштећена држава има право на накнаду штете од одговорне државе, али ово питање постаје и питање са општим дејством према свим државама. Цитирајући П. Рутера, З. Вучинић наглашава да је свако кршење међународног права акт његове повреде, а да степен причињене штете може бити одлучујући фактор само код одређивања висине њене накнаде.¹³

Имајући у виду Хашке конвенције из 1899. и 1907. године, Женевске конвенције из 1925. и 1949. године, као и Нирнбершку повељу из 1945. године, забрањено је употребљавати оружје или тактику која проузрокује непотребно или увећано разарање или страдање; употребљавати оружје

¹² Зоран Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Београд, 2006, 434.

¹³ *Ibid.*, 437.

или тактику која наноси штету цивилима или цивилним објектима; употребљавати оружје или тактику која повређује неутралност држава које не учествују у сукобу; употребљавати отровне гасове и друге сличне супстанце, укључујући и бактериолошке методе рата; употребљавати оружје или тактику која проузрокује распрострањена, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине, што значи да није дозвољена употреба касетних бомби и оружја са осиромашеним уранијумом.¹⁴ Сматра се да њихова употреба није у складу са Додатним протоколом 1 уз Женевску конвенцију који се односи на заштиту цивилног становништва и цивилних објеката.¹⁵ При томе треба имати у виду да неке државе нису ратификовале све ове међународне документе, као нпр. САД I Допунски протокол. Међународни оружани сукоби представљају оружане сукобе како између држава, тако и између држава и међународних војних снага, али и држава и недржавних субјеката. Стога, могло би се говорити о примјени ових правила на активност НАТО-а према Републици Српској 1995. године. Напад представља, према овом протоколу, сваки акт насиља против противника, без обзира на којој територији се предузимају, укључујући националну територију стране у сукобу, а која је под контролом противничке стране, и без обзира на то да ли се ради о копненом, ваздушном или поморском ратовању (чл. 49). Забрањени су напади на цивилно становништво, као и напади без избора циљева у контексту чл. 51 ст. 4 и 5 Протокола. Од значаја је и Женевски протокол из 1925. године о забрани хемијских и бактериолошких средстава у рату. И други аутори су сагласни да НАТО бомбардовање, што укључује и употребу оружја са осиромашеним уранијумом, представља кршење међународних докумената и конвенција и правила обичајног међународног права.¹⁶ Повреде међународних докумената и настала штета значајне су и код разматрања одговорности међународних организација за штету.

Чланом 2 Повеље УН забрањено је интервенисати у унутрашње ствари држава, осим у случају предвиђеном главом VII Повеље УН. Дакле, забрањена је употреба силе у међународним односима. Употреба силе у међународном праву, само у случају индивидуалне или колективне само-

¹⁴ Републички центар за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица, *Намјерном силом на Републику Српску*, 181. Види све изворе међународног хуманитарног права: <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf>, 02.04.2019.

¹⁵ *Ibid.*, 182.

¹⁶ Илија Зиндовић, „Правне основе грађанске одговорности за накнаду штете од последица бомбардовања СР Југославије 1999. године од НАТО-пакта, осиромашеним уранијумом“, у *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање*, Београд–Ваљево, 2018, 15.

одбране, предвиђена је чланом 51 Повеље Уједињених нација.¹⁷ Чланом 51 Повеље Уједињених нација предвиђено је сљедеће: „Ништа у овој Повељи не умањује урођено право на индивидуалну или колективну самоодбрану у случају оружаног напада против члана Уједињених нација, док Савет безбедности не предузме мере потребне за очување међународног мира и безбедности. О мерама које предузму чланови при вршењу овога права на самоодбрану биће одмах извештен Савет безбедности и оне неће ни на који начин довести у питање овлашћења и одговорност Савета безбедности да по овој Повељи предузме у свако доба такву акцију ако је сматра нужном ради одржања или успостављања међународног мира и безбедности.“ Изузетак се не смије широко тумачити.¹⁸

Према Резолуцији УН број 3314 од 14.10.1974. године, иако је деклараторни акт, дата је дефиниција агресије, коју не садржи Повеља УН или други документи, а према којој агресија представља употребу војне силе од стране једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе или на било који други начин који није у складу са Повељом УН, а поступање супротно овој повељи представља доказ акта агресије чак и у случају мањих насилних аката.¹⁹ Под агресијом се подразумева и инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, што укључује и напад копнених или ваздухопловних снага на копно, море, ваздушни простор или морнарицу друге земље, као и бомбардовање територије друге земље.

Примјера ради, и устави неких држава чланица НАТО-а забрањују учешће њихових војника ван њихове матичне земље, као што је случај са Уставом СР Немачке.²⁰

Истиче се да је бомбардовањем СР Југославије директно или индиректно прекршен велики број међународних докумената из области заштите животне средине: Међународне конвенције о спречавању загађивања мора уљем, Међународне конвенције о интервенцији на отвореном мору за случај несреће коју проузрокује загађење нафтом, Конвенције о мочварним подручјима која су од значаја као станишта птица мочварица, Споразума о заштити вода ријеке Тисе и њених притока од

¹⁷ Повеља УН, https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Povelja_Ujedinjenih_nacija.pdf, 01.04.2019.

¹⁸ Види више: Hayder Ajeel Fadhil Al-Tamimi, „Како тумачити члан 51 Повеље Уједињених нација“, *Цивитас*, бр. 9 (2015), 9–31.

¹⁹ Зиндовић, „Правне основе грађанске одговорности за накнаду штете од последица бомбардовања СР Југославије 1999. године од НАТО-пакта, осиромашеним уранијумом“, 18.

²⁰ *Ibid.*, 19.

загађивања, Конвенције о дјеловању на животну средину, Конвенције о заштити свјетске природне баштине, Стокхолмске декларације о животној средини, Конвенције о забрани употребе одређених убојитих средстава, Бечке конвенције о заштити озонског омотача, Монреалског протокола о супстанцама које оштећују озон, Конвенције о прекограничном загађењу ваздуха на великим удаљеностима, Конвенције о климатским промјенама итд.²¹

Тешко би се могло говорити о постојању околности које искључују противправност, а које предвиђа Нацрт.

Према члану 31 Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте предвиђено је да одговорна држава има обавезу да *потпуно накнади штету* проузроковану актом противном међународном праву. Штета обухвата сву материјалну и нематеријалну штету нанесену противправним актом. При томе, одговорна држава се не може позивати на одредбе свог унутрашњег права као оправдање за непоштовање својих обавеза (чл. 32).

Током бомбардовања је страдао велики број цивила и уништени су и оштећени цивилни објекти и јавни објекти, што је дјелимично документовано. Република Србија је формирала Комисију ради утврђивања узрока, обољења и смрти од рака и утицаја бомбардовања од стране НАТО оружјем са осиромашеним уранијумом 1999. године. Слично се десило и у БиХ, као и у Италији. Употребом оружја са осиромашеним уранијумом приликом спорних дејстава НАТО-а настале су несагледиве последице по људе и животну околину, а када се узме у обзир вијек распада овог хемијског једињења, последице и даље трају, што може бити од значаја за утврђивање евентуалне застарјелости потраживања накнаде штете у унутрашњем праву.²² О штетности и повезаности смртности лица (леукемија, карцином....) са подручја контаминираних осиромашеним уранијумом воде се истраживања (Хацићи, Хан Пијесак), а постоје неки реални показатељи у погледу стопе смртности. Правни значај овом питању је дат, у јавности већ познатом случају досуђивања штете због смрти италијанских војника пред италијанским судовима због тзв. балканског синдрома.²³

Члан 34 наведеног нацрта прописује облике накнаде: реституцију,

²¹ Саша Бакрач, Емилија Клем и Мишко Милановић, „Еколошке последице НАТО бомбардовања Републике Србије 1999. године“, *Војно дело*, бр. 7 (2018), 477.

²² Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске и Србије“, 424.

²³ *Ibid.*, 412.

новчану накнаду или сатисфакцију, било појединачно или заједно. Реституција подразумијева успостављање стања које је постојало прије извршења противправног акта, под условом и у обиму: (а) да реституција није фактички немогућа; (б) да реституција не представља терет несразмјеран користи која ће се добити враћањем у пређашње стање умјесто новчаном накнадом штете (чл. 35). Теоријски, не треба искључити ове видове репарације када су у питању штете проузроковане током бомбардовања РС.

Држава одговорна за акт противан међународном праву има обавезу да новчано надокнади штету проузроковану тим актом, у оном обиму у коме штета није надокнађена реституцијом. Дакле, реституција има предност над новчаном накнадом. Накнада ће обухватати сву финансијски процијењену штету, укључујући и измаклу добит у оној мјери у којој је она доказана (чл. 36). Камата на главницу која се дугује плаћа се само када је то неопходно да би се осигурала пуна накнада (чл. 38), што значи да има функцију накнаде штете. Дјелимично је евидентирана и процијењена штета (стварна штета) у Републици Српској, док је много детаљније то учињено у Републици Србији кроз рад разних домаћих и иностраних комисија и група. Измакла добит ће постојати када се добит објективно очекивала према редовном току ствари, али се није остварила због противправних радњи држава чланица НАТО.

Одговорна држава има обавезу да пружи сатисфакцију за проузроковану повреду, у оном обиму у коме се повреда не може надокнадити реституцијом или новчаном накнадом. Сатисфакција се може пружити признањем учињене повреде, изјавом жаљења, формалним извињењем или на неки други пригодан начин (чл. 37). Ради се о неновчаној сатисфакцији, и то је минимум који се очекује од стране НАТО чланица.

Како треба да тече поступак обештећења? Оштећена држава која се позива на одговорност друге државе треба да обавијести ту државу о свом захтјеву. Оштећена држава може посебно навести: (а) радњу коју би одговорна држава требало да предузме да би прекинула са вршењем противправног акта, ако оно и даље траје; (б) који облик надокнаде би требало да пружи у складу са претходно реченим.

Члан 45 Нацрта говори о губитку права позивања на одговорност. На одговорност државе не може се позивати: (а) ако се оштећена држава на пуноважан начин одрекла свог захтјева, (б) ако се може сматрати да се оштећена држава, **услед протекла времена** и сопственог понашања, одрекла права на истицање захтјева. Дакле, тражење накнаде штете од одговорних држава је значајно као показатељ да се оштећена држава није одрекла свог захтјева, те како се не би могао извући исти закључак

из њеног пасивног држања. Према изложеним правилима, код одговорности државе за штету у међународном јавном праву није предвиђен рок застарјелости потраживања накнаде штете. Једина одредба јесте одредба члана 45 Нацрта која говори о протеку времена када се може сматрати да се оштећена држава одрекла свог потраживања, али узимајући у обзир понашање оштећене државе из којег се то може закључити. Дужина тог времена, као и квалитет понашања, нису одређени. Потраживање накнаде штете је и овдје од значаја како се не би могло сматрати да се оштећена држава одрекла права на позивање на одговорност других држава. Може бити спорно да ли давање имунитета НАТО снагама кроз Додатак Б Анексу 1-А, Споразума између Републике БиХ и Организације сјеверноатлантског пакта (НАТО) о статусу НАТО и његовог особља, представља такво понашање које има значај одрицања од позивања на одговорност. Прво, ради се о споразуму који представља саставни дио Дејтонског мировног споразума, који је потписан након спорног бомбардовања Републике Српске, и друго, у БиХ не постоји таква сагласност која значи анулирање аката које је предузео НАТО, што се огледа и кроз непостојање јединствене жеље за приступањем БиХ НАТО-пакту.

На страни одговорних држава постоји плуралитет, јер је више држава чланица НАТО бомбардовало РС. У том случају, тј. када је више држава одговорно за исти акт противан међународном праву, оштећена држава се може позивати на одговорност сваке од тих држава у односу на тај акт (чл. 47 Нацрта). Међутим, оштећена држава нема право да, путем накнаде, прибави више од износа штете који је претрпјела. Такође, то нема утицаја на евентуално право регреса једне одговорне државе према другој.

Према члану 55 Нацрта, правила из овог нацрта се неће примијенити у случају и у оном обиму у коме су услови постојања неког акта противног међународном праву или садржина и остваривање међународне одговорности државе регулисане специјалним правилима међународног права. Таква посебна правила могу да предвиђају разне конвенције из области међународног ратног и хуманитарног права. Ова општа правила ће се примијенити и на те случајеве у обиму у којем није другачије регулисано тим конвенцијама.

Хашка конвенција о законима и обичајима рата на копну из 1907. године, чланом 3 прописује одговорност зараћене стране за штету коју учини другој страни са обавезом њене накнаде. Грађанскоправну одговорност познаје и Други протокол из 1999. године уз Конвенцију за заштиту културних добара у случају оружаног сукоба из 1954. године. Према члану 91 Протокола бр. 1 од 08.06.1977. године уз Женевску конвенцију

од 12.08.1949. године, страна у сукобу која повриједи одредбе конвенција или овог протокола биће, у зависности од случаја, обавезна да плати обештећење. Она ће бити одговорна за сва дјела која учине лица која се налазе у редовима њених оружаних снага.²⁴ Околности случаја подразумијевају ситуацију када је повредом заиста и проузрокована штета.

Одредбе ових чланова немају утицаја на било које питање одговорности међународних организација по међународном праву, односно државе за понашање неке међународне организације (чл. 57 Нацрта).

Дакле, општи услови одговорности за штету (насталу НАТО бомбардовањем Републике Српске) на међународном плану, у теоријском смислу, јесу повреда међународне обавезе у виду радње или пропуштања, приписивост исте држави и одсуство основа искључења одговорности.²⁵

У процесном смислу, тужба државе за накнаду штете на међународном плану против друге државе остварује се пред Међународним судом правде. Члан 34 ст. 1 Статута Међународног суда правде²⁶ предвиђа да се само државе могу појављивати пред Судом као странке. Пред Међународним судом правде, као тужилац не могу да се појаве оштећени појединци (физичка лица). Појединац не може да се појави пред судом, али држава може да поднесе тужбу Међународном суду правде, што држава користи као сопствено право ради заштите свог држављанина, да према њему буде поштовано међународно право (случај *Mavrommatis*).²⁷ Оштећени цивили и чланови њихових породица могу да поднесу тужбу пред националним судовима.

Члан 36 Статута предвиђа да се надлежност Суда простире на све предмете које му спорне стране поднесу и на све случајеве који су изрично предвиђени у Повељи Уједињених нација или у пуноважним уговорима или конвенцијама. Такве конвенције су нпр. тзв. женевске конвенције. И поред тога, државе које су уговорне стране овог статута могу у свако доба изјавити да признају, *и без икаквих посебних уговора*, наспрам сваке друге државе која прими исту обавезу, надлежност Суда по свим правним споровима који се односе на: тумачење уговора, *свако питање међународног права*, постојање сваке чињенице које, ако би се утврдиле, сачињавају повреду једне међународне обавезе, природу или *обим дужне одштете за повреду једне међународне обавезе*. Наравно, у

²⁴ За више види Коментар уз члан 91 Првог протокола: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1066AF25ED669409C12563CD00438071>, 11.04.2019.

²⁵ О међународној одговорности држава види: Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2016, 220-239.

²⁶ http://www.mvep.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/ugovori/statut_icj_hr.pdf, 01.04.2019.

²⁷ Крећа, *Међународно јавно право*, 767.

овом другом случају неопходна је сагласност држава. Суд одлуке доноси саобразно међународном праву и примјењује: међународне конвенције, било опште било посебне, које постављају правила изрично призната од парничних држава, међународни обичај као доказ опште праксе признате за право, општа правна начела призната од цивилизованих нација, придржавајући се одредаба члана 59, судске одлуке и доктрину најпозванијих стручњака из области јавног права разних народа као помоћно средство за одређивање правних правила. Овим се не дира у овлашћење Суда да рјешава *ex equo et bono* ако спорне стране на то пристану.

У погледу тужби држава против држава пред Међународним судом правде, а поводом НАТО бомбардовања, СР Југославија је поднијела тужбу против дијела чланица НАТО-а (због немогућности да тужи НАТО) захтијевајући утврђивање, између осталог, и солидарне одговорности држава за акте НАТО-пакта везане за бомбардовање СРЈ 1999. године. Међутим, Међународни суд правде се огласио ненадлежним и одбацио је тужбу (нпр. *Serbia and Montenegro v Belgium*, *Serbia and Montenegro v France*, *Serbia and Montenegro v Germany* итд.). Међународни суд правде је једногласно одлучио да није надлежан за тужбу коју је тадашња СР Југославија поднијела 1999. године против осам земаља НАТО-а због бомбардовања њене територије, јер СРЈ тада није била чланица УН-а нити странка Статута Суда, па стога није имала право на приступ Суду. Суд се одмах прогласио ненадлежним за САД и Шпанију, јер је као услов за надлежност Суда била неопходна сагласност тих држава, коју нису дате. Суд је тада навео да се надлежност за тужбу не може заснивати ни на чланству СРЈ у Конвенцији УН-а о геноциду, јер члан 35 Статута Међународног суда правде предвиђа да се као странке на Суду могу појавити и нечланице УН и Статута ако то појављивање темеље на посебној одлуци Савјета безбједности УН или другом важећем међународном уговору.²⁸

Иако је процедурално постојао проблем везан за чланство СР Југославије у УН, када је у питању БиХ ситуација је другачија, па и у погледу евентуално постављеног тужбеног захтјева. Међутим, остаје упитно како ће БиХ да поднесе тужбу за накнаду штете због НАТО бомбардовања против појединих држава учесница тог чина и чланица НАТО с обзиром на комплексну политичку структуру и систем одлучивања у БиХ (Република Српска се не би могла појавити као подносилац такве тужбе пред Међународним судом правде).

²⁸ International Court Of Justice, Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders, Case Concerning, Legality Of Use Of Force (Serbia And Montenegro V. Belgium), Preliminary Objections Judgment Of 15 December 2004, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/105/105-20041215-JUD-01-00-EN.pdf>, 01.04.2019. Види остале одлуке: <https://www.icj-cij.org/en/case/105/judgments>, 01.04.2019.

3. Одговорност НАТО-а и Уједињених нација за штету

Комисија за међународно право је, поред Нацрта правила о одговорности држава за противправне акте из 2001. године, усвојила и Нацрт правила о одговорности међународних организација (*Draft Articles On The Responsibility Of International Organizations*) из 2011. године, након једанаестогодишњег рада.²⁹ И овдје се тражи да кумулативно постоји повреда међународног права и захтјев приписивости (постојање сталне везе у погледу финансијских средстава, односно према члану 7 Нацрта правила о одговорности међународних организација – вршење ефективне контроле). Неопходно је да дође до кршења примарних правила која се односе на међународне организације.³⁰ У овом нацрту су садржана слична правила као код регулисања одговорности држава.

У литератури се поставља питање одговорности Уједињених нација због недостатка адекватне реакције када је постојала дужност да дјелује, а везано за случај интервенције НАТО-а на СРЈ.³¹ Слично питање може се поставити и када је у питању бомбардовање Републике Српске 1995. године. Тако се истиче да је могуће установљивање и одговорности Уједињених нација у случају постојања контроле над спровођењем конкретне акције неке државе или организације, а у правној пракси је забиљежен случај одговорности и међународне организације и државе (*Mustafić – Mujic v The State Of The Netherlands, Supreme Court Of The Netherlands*).³² Према члану 8 Нацрта правила о одговорности међународних организација, акт органа или представника међународне организације сматра се актом те организације уколико орган или представник поступа у том својству или у оквиру укупних функција организације, иако поступањем прекорачи овлашћења тог органа или представника или поступи супротно упутствима.

²⁹ О одговорности међународних организација и анализи Нацрта из 2011. године види више код: Љубо Руњић, „Међународне организације и међународноправна одговорност“, *Гласник права*, бр. 2 (2013), 59–87, <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/1114.htm>, 01.04.2019.

³⁰ Татјана Папић, „Међународне обавезе међународних организација“, *Правни записи*, бр. 2 (2014), 349–383, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2217-2815/2014/2217-28151402349P.pdf>, 01.04.2019.

³¹ Бојан Милисављевић, „Одговорност међународних организација са освртом на захтеве Републике Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 2 (2016), 139.

³² *Ibid.*, 137.

Међутим, спорно је да ли Нацрт правила о одговорности међународних организација има карактер међународног обичаја, па самим тим је спорна и његова примјењивост на конкретан случај. Упркос томе, истиче се развој универзалности ових правила и давање новог основа за покретање поступака због активности међународних организација.³³

Поред непостојања обичајног или другог правила, додатни проблем код подношења тужбе против НАТО-а као организације може настати у вези са процедуралним питањима. Пред Међународним судом правде *locus standi* имају државе, али не и међународне организације (које само изузетно могу да затраже савјетодавно мишљење). Аутори налазе објашњење за то у чињеници да је Статут Међународног суда правде усвојен давне 1921. године када међународне организације нису имале надлежности какве данас имају.³⁴ И Комисија за међународно право препознала је потребу за постојањем јурисдикције међународног суда који би одлучивао по тужбама држава против међународних организација.³⁵ Стога се може дати приједлог да се прошири могућност подношења тужбе пред овим судом, што је у складу са препознатим потребама на међународној сцени, а што би посљедично ишло у прилог државама оштећеним НАТО бомбардовањем.

Међутим, сам НАТО има правила за рјешавање захтјева за накнаду штете коју причини. Споразум о статусу снага НАТО-а, потписан између страна Сјеверноатлантског савеза у Лондону 19.06.1951. године,³⁶ у члану 8 предвиђа начин рјешавања одштетних захтјева који произлазе из поступака или пропуста припадника снага или цивилне компоненте учињених у вршењу службене дужности. Сваки одштетни захтјев који исплати земља пријема на чијој територији се налазе војне снаге или цивилна компонента НАТО-а биће саопштена земљама одашиљања којима снаге НАТО-а припадају, при чему је ставом 5 овог члана предвиђен принцип расподјеле износа штете. Такође, овим чланом су регулисана и питања одштетних захтјева против припадника НАТО-а који проистичу из противправних поступака или пропуста у земљи пријема који нису направљени у вршењу службене дужности, тако што ће органи земље пријема утврдити накнаду подносиоцу одштетног захтјева према принципу правичности и поштења,

³³ *Ibid.*, 142.

³⁴ *Ibid.*, 134.

³⁵ *Ibid.*, 138.

³⁶ Вид. и Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске и Србије“, 422.

те ће се сачињени извјештај доставити органима земље одашилања, која може одлучити да исплати накнаду у одређеном износу. Овај начин обештећења не дерогира судску надлежност судова земље пријема да поступи по тужби против припадника НАТО-а. Цитираним чланом је предвиђено да земља одашилања неће тражити имунитет од надлежности судова земље пријема за припаднике снага или цивилну компоненту у односу на грађанску надлежност судова земље пријема, осим изузетка из става 5 овог члана. Поред тога, ова одредба указује и на специфичан однос држава чланица и самог НАТО-а приликом одговорности, тј. репарације штете. Неки аутори, иако сматрају да не постоје изричите одредбе о одговорности НАТО-а за штету проузроковану извођењем војних операција, системским тумачењем уговора о оснивању НАТО-а (чл. 5 и 7) закључују да НАТО и његове државе чланице могу бити одговорне за штету причињену војним дејствима на територији трећих држава.³⁷

4. Одговорност за штету држава чланица за акте НАТО-а

Иако се НАТО не може појавити у улози туженог субјекта пред Међународним судом правде, а у хипотези да се акти бомбардовања приписују тој организацији, поставља се питање да ли се може за акте те организације поднијети тужба против држава чланица пред Међународним судом правде.

У погледу одговорности држава чланица за акте међународних организација, у међународноправној науци превладава став да је одвојена међународноправна одговорност међународних организација од одговорности држава чланица због посебног субјективитета међународних организација.³⁸ С друге стране, мањинско схватање, које води рачуна о заштити права и интереса трећих, залаже се за истовремену или секундарну одговорност држава чланица за међународне противправне акте

³⁷ Срђан Алексић и Миша Петковић, „Грађанска одговорност међународне организације и држава чланица са освртом на одговорност НАТО-а за бомбардовање СР Југославије 1999. године“, у *Последице НАТО агресије на СРЈ 1999, две деценије после*, Београд, 2019, 212.

³⁸ Љубо Руњић, „Међународноправна одговорност држава чланица за чине међународних организација“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 4 (2014), 683. О посебним правилима одговорности ЕУ и њених чланица види Јелена Стојшић Дабетић, „Међународна одговорност ЕУ у светлу правила међународног права о одговорности међународних организација“, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 2015, <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/5328/Disertacija2594.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 01.04.2019.

међународних организација.³⁹ У теорији међународног права се истиче да супсидијарна и солидарна одговорност не доводи у питање одвојену правну способност међународних организација.⁴⁰ Међутим, према Нацрту правила о одговорности међународних организација само изузетно је предвиђена одговорност држава чланица за противправне акте међународних организација и то у случају да су такви акти почињени уз њихову подршку или помагање, или уз управљање, или уз њихову присилу, те када су државе чланице избјегле своје међународне обавезе навођењем међународних организација да почине противправне акте, који би, да су учињени од стране држава чланица, престављали повреду њихових обавеза, и у случају да државе чланице прихвате одговорност за противправне акте према оштећенима или наведу оштећене да се ослоне на њихову одговорност.⁴¹ Међутим, постоје два проблема у вези са овим правилима: 1. ова правила нису важећа нити се могу сматрати, у овом моменту, дијелом обичајних правила, 2. и да се прихвати важење ових правила, остаје проблем доказивости услова за установљавање одговорности држава чланица за противправне међународне акте међународних организација. Најприближнији модел одговорности држава чланица НАТО-а реалности ситуације у вези са бомбардовањем јесте одговорност држава чланица за противправне акте међународних организација у случају да су такви акти почињени уз њихову подршку или помагање, или уз њихово управљање. Анализа праксе судова и трибунала разних земаља показује да је у већини пресуда одбијено постојање одговорности држава чланица за акте међународних организација.⁴² Према И. Зиндовићу, а према члану 57 Нацрта чланова о одговорности међународних организација за акте противне међународном праву аналогijом се може закључити да одговорност за противправне акте постоји и на страни држава чланица међународних организација, односно да је та одговорност солидарног карактера (НАТО-пакта и држава чланица).⁴³ У судским случајевима познатим у међународном праву у којима је одлука била другачија, Зиндовић закључује да се

³⁹ Руњић, „Међународноправна одговорност држава чланица за чине међународних организација“, 683.

⁴⁰ А. Stumer, „Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections“, *Harvard International Law Journal*, vol. 48, no. 2 (2007), 574, према Алексић и Петковић, „Грађанска одговорност међународне организације и држава чланица са освртом на одговорност НАТО-а за бомбардовање СР Југославије 1999. године“, 209.

⁴¹ *Ibid.*, 684.

⁴² *Ibid.*, 672.

⁴³ Зиндовић, „Правне основе грађанске одговорности за накнаду штете од последица бомбардовања СР Југославије 1999. године од НАТО-пакта, осиромашеним уранијумом“, 21.

ту радило о уговорној одговорности, док је у случају НАТО бомбардовања ситуација другачија јер је одговорност деликтна.

Према И. Зиндовићу, може постојати одговорност државе у вези са међународном организацијом ако је држава морала имати сазнање о околностима међународног противправног поступања и ако би поступање имало карактер противправности и да је предузето од стране саме државе чланице (у контексту чл. 58–62 Нацрта чланова о одговорности међународних организација).⁴⁴

Поред свих разматрања, треба знати и већински став да ова правила о одговорности међународних организација нису важећа нити се могу сматрати, у овом моменту, дијелом обичајних правила.

Питање одговорности држава чланица за акте међународних организација поставило се и пред Међународним судом правде поводом тужбе СР Југославије против 10 чланица НАТО савеза, због њихове политичке контроле и вођства НАТО-а од стране тих држава, а поводом бомбардовања СР Југославије од стране НАТО-а 1999. године, али се овај Суд није изјаснио о овом питању због доношења одлуке о ненадлежности. Међутим, забиљежен је случај да је НАТО платио одштету бугарској породици за штету насталу на њиховој имовини приликом споменутог НАТО бомбардовања СРЈ.⁴⁵

5. Одговорност за штету насталу НАТО бомбардовањем „у сјенци“⁴⁶ праксе Европског суда за људска права

Европски суд за људска права – ЕСЉП (*European Court of Human Rights – ECHR*) изјашњавао се у случају *Банковић и други против Белгије и других*⁴⁷ поводом НАТО бомбардовања. У овом случају, који је везан за бомбардовање зграде РТС у Београду, представку су поднијели насљедници преминулих против европских држава које су учествовале у НАТО бомбардовању СР Југославије 1999. године. У овом предмету,

⁴⁴ *Ibid.*, 23.

⁴⁵ N. Blokker, „International Organizations and Their Members“, *IOLR*, sv. 1, br. 1 (2004), 160; према Руњић, „Међународноправна одговорност држава чланица за чине међународних организација“, 672.

⁴⁶ Користе се ријечи „у сјенци“ да означе да се ЕСЉП није позитивно, кроз призму ЕКЉП, изјаснио у погледу захтјева жртава НАТО бомбардовања.

⁴⁷ *Banković and others v. Belgium and others*, бр. 52207/99, Decision 12.12.2001. године, <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//BANKOVI%C4%86%20i%20drugi,%20odluka%20o%20nedopu%C5%A1tenosti.pdf>, 01.04.2019.

Влада Француске је тврдила да се бомбардовање не може приписати туженим државама него НАТО-у, организацији која има међународно-правни субјективитет одвојен од субјективитета тужених држава. Становиште влада је, између осталих, било да ЕСЉП не може одлучити о основаности захтјева, јер би тиме одлучивао о правима и дужностима Сједињених Америчких Држава, Канаде и самог НАТО-а, који нису уговорне странке Конвенције, па тако ни странке у овом предмету. На крају, ЕСЉП је закључио да није увјерен да је постојала јурисдикцијска веза између жртава акта којем се приговара и тужених држава. Према томе, није увјерен да су подносиоци захтјева и њихови преминули рођаци могли доћи под јурисдикцију тужених држава на основу предметног извантериторијалног акта (у контексту члана 1 Конвенције). Наведено је сагласно ставу судске праксе ЕСЉП који само изузетно признаје извршавање извантериторијалне јурисдикције од државе уговорнице и то онда када је тужена држава, путем стварне контроле над дијелом државног подручја и његових становника у иностранству, која је последица војне окупације или допуста, позива или прећутне сугласности владе тог државног подручја, извршавала све или неке од јавних овлашћења које уобичајено обавља та влада. Међутим, становиште ЕСЉП-а је да тога није било у конкретном случају.

Међутим, Европски суд за људска права у неким одлукама прихватило правило о екстериторијалној примјени Конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁴⁸, док то није учинио у овом случају. Због тога, неки аутори закључују да такво поступање представља „доказ да је Суд временом развио сопствену вољу и да његова тумачења Конвенције постају врло екстензивна, а некада и контрадикторна.“⁴⁹

Поред покушаја посматрања одговорности држава чланица НАТО-а кроз призму конвенцијских права и слобода пред ЕСЉП, из судске праксе ЕСЉП се сазнаје и за случај покушаја заснивања одговорности наведених држава и НАТО-а пред националним судовима једне од тих држава.⁵⁰ У свим овим случајевима, судови су се бавили јурисдикционим питањима и питањима надлежности.

⁴⁸ На примјер у случајевима *Soering* против Уједињеног Краљевства и *Cyprus* против *Turkey*.

⁴⁹ Марија Милојевић, *Процесна легитимација пред Европским судом за људска права*, мастер рад, Ниш, 2014, 37, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/master-radovi/marija-milojevic.pdf>, 01.04.2019.

⁵⁰ О овоме и код: Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске и Србије“, 413.

Ради се о случају *Марковић и други против Италије*.⁵¹ Подносиоци представке су покренули поступак за накнаду штете пред италијанским судовима због смрти њихових рођака током ваздушних напада на СР Југославију 1999. године. У поступку за накнаду штете пред Окружним судом у Риму, позивајући се на одредбе Устава, Грађанског законика, Кривичног законика, Ратног војног кривичног законика, Законика о парничном поступку, женевских конвенција и осталих међународних докумената, сматрали су да је учешће Италије у војним операцијама било веће од учешћа других чланица НАТО-а, јер је Италија пружила важну политичку и логистичку подршку, дајући на употребу своје ваздухопловне базе и летјелице које су коришћене за напад на Београд и зграду РТС-а.⁵²

Италијански судови су одлучили да нису надлежни за поступање по овој тужби, јер је одлука Италије да учествује у ваздушним нападима била политичка и стога се не може преиспитивати на суду, према Краљевском декрету из 1924. године.

Тужиоци нису наставили поступак против НАТО пакта. Закључак ЕСЉП јесте да није дошло до повреде члана 6 ЕКЉП. Суд је нагласио да је на домаћим властима да интерпретирају и примијене домаће право, те да је то правило примјењиво и у случају када су домаће власти упућене на опште међународно право или међународни споразум. Суд је навео да нема конкретног примјера успјешног провођења поступка против НАТО-а тако да га италијанска Влада није увјерила да би поступак против НАТО-а био успјешнији од оног против Италије. Додао је да, једном кад су подносиоци покренули поступак пред италијанским судовима, неспорно постоји „веза јурисдикције“ у смислу члана 1 Конвенције. Али, суду није било могуће закључити, из начина на који је интерпретирано домаће право, односно примијењени релевантни међународни уговори, да постоји „право“ на одштету из казненог права у околностима какве су у овом случају.⁵³ Треба нагласити да ЕСЉП није једногласно одлучио у овом случају и да је постојало издвојено мишљење.

ЕСЉП се, дакле, није бавио мериторним питањем одговорности за штету држава нанесену цивилима НАТО бомбардовањем СР Југославије 1999. године, а није утврдио ни повреду Конвенције поводом конкретних поступака.

⁵¹ Пресуда ЕСЉП од 14.12.2006. године, представка бр. 1398/03, http://www.zastupnik.gov.rs/images/Markovic_P_1398-03_ser_cir.pdf; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141976%22%5D%7D> , 01.04.2019.

⁵² Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске и Србије“, 413.

⁵³ Види: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141976%22%5D%7D> , 01.04.2019.

6. Закључак

Као посљедица НАТО разарања на подручју Републике Српске настала је енормна штета. Питање одговорности држава за штету нанесену противправним актима базира се на одредбама Нацрта правила о противправним актима држава или Нацрта чланова о одговорности државе за међународно противправне акте, који је стекао статус обичајног права. Услови одговорности за штету (насталу НАТО бомбардовањем Републике Српске) на међународном плану (праву), у теоријском смислу, јесу повреда међународне обавезе у виду радње или пропуштања, приписивост исте држави и одсуство основа искључења одговорности (нпр. чл. 45 Нацрта). НАТО бомбардовање, што укључује и употребу оружја са осиромашеним уранијумом, представља кршење међународних докумената и конвенција и правила обичајног међународног права, анализираних у овом раду. У процесном смислу, тужба државе за накнаду штете на међународном плану против друге државе остварује се пред Међународним судом правде и само се државе могу појављивати пред Судом као спорне стране, а не и оштећени појединци (физичка лица). И поред тога, државе могу и без икаквих посебних уговора пред Суд изнијети питање одштете за повреду међународне обавезе, али и дати могућност рјешавања према правичности, али само ако на то пристану. Иако је процедурално постојао проблем везан за чланство СР Југославије у УН када је СР Југославија поднијела тужбу пред Међународним судом правде, када је у питању БиХ ситуација је другачија, па и у погледу евентуално постављеног тужбеног захтјева. Међутим, остаје упитно како ће БиХ да поднесе тужбу за накнаду штете због НАТО бомбардовања против појединих држава учесница тог чина и чланица НАТО-а с обзиром на комплексну политичку структуру и систем одлучивања у БиХ. Република Српска се не би могла појавити као подносилац такве тужбе пред Међународним судом правде. Дакле, иако се материјалноправно може говорити о одговорности држава НАТО-а за наведену штету, остају процедурални проблеми.

Међутим, спорно је да ли Нацрт правила о одговорности међународних организација има карактер међународног обичаја, па самим тим је спорна и његова примјенивост на конкретан случај. С друге стране се у литератури истиче развој универзалности ових правила и давање новог основа за покретање поступака због активности међународних организација. Поред непостојања обичајног или другог правила, додатни проблем код подношења тужбе против НАТО-а као организације може настати у вези са процедуралним питањима. Пред Међународним судом

правде *locus standi* имају, по правилу, државе, али не и међународне организације. Међутим, сам НАТО има правила за рјешавање захтјева за накнаду штете коју причини. У погледу одговорности држава чланица за акте међународних организација (НАТО-а), превладава став у међународноправној науци да је одвојена међународноправна одговорност међународних организација од одговорности држава чланица због посебног субјективитета међународних организација.

Европски суд за људска права се у случајевима *Банковић и други против Белгије и других* и *Марковић и други против Италије* изјашњавао везано за НАТО бомбардовање. Из изложених одлука ЕСЉП слиједи да се сам ЕСЉП није бавио мериторним питањем одговорности за штету држава нанесену цивилима НАТО бомбардовањем СР Југославије 1999. године, али и да није утврдио повреду Конвенције поводом конкретних поступака држава чланица према подносиоцима тужби пред националним судовима тих држава, који поступци су негативно окончани по жртве или оштећене. Нису успјешно прошли покушаји да се парнични поступци воде пред националним судовима држава које су учествовале у бомбардовању СР Југославије, док поступци пред домаћим судовима, начелно, нису могући, јер државе уживају судски имунитет. Рјешење за обештећење се може наћи, уколико се не успије са тужбама, у неким новим приликама, кроз договоре са државама учесницама бомбардовања или кроз одлуке међународног тијела, као што је случај Резолуције 687 из 1991. године о оснивању посебне комисије за компензацију, као помоћног органа Савјета безбједности.

ЛИТЕРАТУРА

A. Stumer, „Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections“, *Harvard International Law Journal*, vol. 48, no. 2 (2007)

Banković and others v. Belgium and others, бр. 52207/99, Decision 12.12.2001. године, <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//BANKOVI%20i%20odluka%20o%20nedopu%20A1tenosti.pdf>, 01.04.2019.

Бојан Милисављевић, „Одговорност међународних организација са освртом на захтеве Републике Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 2 (2016).

Д. Богојевић, Д. Ивић, *Орлови са Врбаса*, Рума, 2014.

Дејан Пилиповић, „О одговорности у националним правима за проузроковану штету НАТО бомбардовањем Републике Српске

и Србије“, *Зборник радова са XXIV будванских правничких дана „Актуелна питања савременог законодавства“*, 2019.

Зоран Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Београд, 2006.

International Court Of Justice, Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders, Case Concerning, Legality Of Use Of Force (Serbia And Montenegro V. Belgium), Preliminary Objections Judgment Of 15 December 2004, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/105/105-20041215-JUD-01-00-EN.pdf>, 01.04.2019.

Илија Зиндовић, „Правне основе грађанске одговорности за накнаду штете од последица бомбардовања СР Југославије 1999. године од НАТО-пакта, осиромашеним уранијумом“, у *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање*, Београд–Ваљево, 2018).

Јелена Стојшић Дабетих, *Међународна одговорност ЕУ у светлу правила међународног права о одговорности међународних организација*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 2015, <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/5328/Disertacija2594.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 01.04.2019.

Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права*, II дио, Бања Лука, 2019.

Љубо Руњић, „Међународне организације и међународноправна одговорност“, *Гласник права*, бр. 2 (2013), <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/1114.htm>, 01.04.2019.

Љубо Руњић, „Међународноправна одговорност држава чланица за чине међународних организација“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 4 (2014).

Марија Милојевић, Процесна легитимација пред Европским судом за људска права, *мастер рад*, Ниш, 2014, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/master-radovi/marija-milojevic.pdf>, 01.04.2019.

Миленко Крећа, *Међународно јавно право* (Београд, 2016).

Нацрт чланова о одговорности државе за међународно противправне акте, http://www.pf.uns.ac.rs/component/jdownloads/send/4-materijali-medjunarodno/132-2001?option=com_jdownloads, 01.04.2019.

N. Blokker, „International Organizations and Their Members“, *IOLR*, sv. 1, br. 1 (2004).

Пресуда ЕСЉП од 14.12.2006. године, представка бр. 1398/03, http://www.zastupnik.gov.rs/images/Markovic_P_1398-03_ser_cir.pdf; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141976%22%5D%7D>,

01.04.2019.

Републички центар за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица (Милорад Којић, Невенко Врањеш, Виктор Нуждић и Дарио Новковић), *Намјерном силом на Републику Српску*, Бања Лука, 2017.

Саша Бакрач, Емилија Клем и Мишко Милановић, „Еколошке последице НАТО бомбардовања Републике Србије 1999. године“, *Војно дело*, бр. 7 (2018).

Срђан Алексић и Миша Петковић, „Грађанска одговорност међународне организације и држава чланица са освртом на одговорност НАТО-а за бомбардовање СР Југославије 1999. године“, у *Последице НАТО агресије на СРЈ 1999, две деценије после*, Београд, 2019.

Тајјана Папић, „Међународне обавезе међународних организација“, *Правни записи*, бр. 2 (2014), <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2217-2815/2014/2217-28151402349P.pdf>, 01.04.2019.

Наyder Аjeel Fadhil Al-Tamimi, „Како тумачити члан 51 Повеље Уједињених нација“, *Цивитас*, бр. 9 (2015).

LIABILITY FOR DAMAGE ON THE INTERNATIONAL PLANE CAUSED BY THE NATO BOMBING OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Academician PhD Vitomir Popovic *
Dejan Pilipovic, LL.M. **

Abstract

As a consequence of NATO destruction in the area of the Republic of Srpska (RS), enormous damage has been caused. On the international plane, a question of filling a lawsuit before the International Court of Justice by “injured” countries against NATO member states that have carried out the bombing or against NATO as an international organization, could be taken into consideration. This is related to the question of the liability of the member states for the unlawful actions of NATO. It could also be argued about the question of filling this lawsuit against the defendants mentioned before the International Court of Justice by the injured individuals, or by the states, in order to protect the injured individuals as its citizens.

Key words: *NATO bombing of RS, damage, International Law, liability*

* Full Professor

** Assistant

СЕДИШТЕ АРБИТРАЖЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ¹

Проф. др Јелена С. Перовић Вујачић*

Апстракт: Излагања у овом раду посвећена су питању седишта арбитраже у међународној трговинској арбитражи. Ово питање анализирано је са становишта решења међународних конвенција и других униформних правила која се односе на област арбитраже, релевантних националних закона и правилника институционалних арбитража, при чему је пажња посвећена и ставовима судске и арбитражне праксе, као и одговарајућим доктринарним опредељењима. У тим оквирима, у раду су анализирана три кључна питања – појам и одређење седишта арбитраже у међународној трговинској арбитражи, правни значај седишта арбитраже и споразум страна о седишту арбитраже. У раду је учињено настојање да се странама укаже на најчешће проблеме који се у пракси међународне трговинске арбитраже јављају у контексту седишта арбитраже и предложе решења за избегавање спорних ситуација и различитих тумачења у овом домену.

Кључне речи: седиште арбитраже, арбитража, стране у спору, споразум, арбитражи.

УВОД

Избор седишта арбитраже у споровима пред међународном трговинском арбитражом може проузроковати правне последице значајне за

¹ Овај рад објављен је у часопису *Право и привреда*, бр. 4-6/2018, Београд, стр. 157–173, у издању Удружења правника у привреди Србије, поводом Конференције правника у привреди Србије на Златибору у мају 2018. Овде се објављује уз дозволу редакције часописа *Право и привреда*.

* Редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

арбитражни поступак и арбитражну одлуку. Пракса показује да стране, приликом избора седишта арбитраже, често не узимају у обзир правни значај овог питања, већ седиште арбитраже одређују пре свега на основу извесних ванправних фактора, као што је „неутралност“ државе седишта арбитраже, његов географски положај, комуникациона и саобраћајна повезаност, техничка опремљеност, седиште изабране арбитражне институције или место боравка арбитра односно арбитра, традиција, углед и „популарност“ одређеног града као седишта арбитраже, а некад чак и његова атрактивност у смислу туристичке дестинације. У неким случајевима, стране се опредељују за одређено седиште арбитраже по пукој инерцији, преузимајући дословно и без резерве текстове појединих модел уговора или модел клаузула или се пак, седиште арбитраже одређује на основу „препоруке“ или налога економски моћније стране или финансијера посла. Поред тога, приликом избора седишта арбитраже, стране некад не разликују седиште арбитраже од места одржавања усмених расправа или погрешно држе да седиште конкретне арбитраже мора бити у месту изабране арбитраже институције. Предмет овог рада представља анализа појма седишта арбитраже у међународној трговинској арбитражи (I), његовог правног значаја (II) и споразума страна о седишту арбитраже (III), како би се у закључним разматрањима истакле сумарне констатације у погледу поменутих питања (IV).

Одређење појма седишта арбитраже у међународној трговинској арбитражи

Седиште арбитраже (место арбитраже) у међународној трговинској арбитражи може се на општи начин одредити као место које је правно релевантно за утврђење повезаности арбитраже са правним системом одређене државе, због чега се сматра *правним* седиштем арбитражног поступка.

Седиште арбитраже у поменутом смислу треба разликовати од места одржавања усмених расправа и места већања арбитра о арбитражној одлуци, која могу бити изван државе седишта арбитраже. У арбитражном праву широко је прихваћено да усмене расправе, на предлог страна или уз њихову сагласност, могу бити одржане и изван седишта арбитраже, до чега по правилу долази из разлога економичности и ефикасности поступка. Тако на пример, у спору између страна из Србије и Аустрије, у коме је уговорено седиште арбитраже у Женеви, при чему је већина адвоката

и чланова арбитражног већа лоцирана у државама географски блиским Србији и Аустрији, расправе се, из практичних разлога, могу одржавати у неком месту из тог региона, на пример у Љубљани. То ни у ком смислу не утиче учињен избор седишта арбитраже, те се седиштем арбитраже сматра Женева, са свим правним последицама које из тога проистичу.² У истом смислу, арбитрари се, ради консултација у току поступка или већања о арбитражној одлуци, могу састајати и изван места седишта арбитраже, у било ком месту које сматрају подесним. Полазећи од тога, извесни аутори чине дистинкцију између седишта арбитраже у географском (фактичком) смислу и седишта арбитраже у правном смислу.³

С друге стране, арбитражни поступак се, кад су за то испуњени услови, може водити без одржавања усмене расправе, а ако се усмена расправа одржава, у данашње време она се, по правилу, може водити електронским путем (телефонске и видео-конференције).⁴ Поред тога, у одређеним случајевима, арбитрари се, у циљу уштеде трошкова и ефикасности поступка, не састају ради дискусије и гласања о одлуци, већ размењују мишљења и нацрте одлука путем средстава писмене и електронске комуникације.

Кад је реч о институционалној арбитражи, седиште арбитраже потребно је разликовати од седишта изабране арбитражне институције с

² Те правне последице одређене су правним значајем седишта арбитраже. Питање разликовања седишта арбитраже од места са којим арбитража може бити фактички повезана у поменутом смислу често се покреће у судској и арбитражној пракси. Тако, на пример, разграничење између седишта арбитраже и места одржавања усмених расправа јасно је учињено у спору *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air* који је решавао Апелациони суд у Сингапуру. У овом случају, арбитражном клаузулом било је предвиђено да ће „арбитража бити одржана у Џакарти, Индонезија“. Ипак, тужилац је у спору истакао да су стране, накнадним (прећутним) споразумом седиште арбитраже измениле у Сингапур, с обзиром на то да је усмена расправа одржана у Сингапуру и да је административну и правну помоћ у овом спору пружао саветник Секретаријата Арбитражног суда МТК надлежан за подручје Сингапура. Апелациони суд није уважио овај навод, наставши да се седиште арбитраже утврђено споразумом страна не може сматрати измењеним на основу саме чињенице да је усмена расправа одржана у неком другом месту. *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air* [2002] 1 SLR (R) 401, нав. према А. Henderson, *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration*, Singapore Academy of Law Journal, 2014, 26SacLJ, str. 892–893. Детаљно о судској и арбитражној пракси у том погледу, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, стр. 676–677.

³ В. F. De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 12, Issue 1 Spring, стр. 54.

⁴ Тако, на пример, Правила МТК охрабрују арбитраре и стране у спору да, у циљу уштеде времена и трошкова, узму у обзир овакав начин вођења расправе сваки пут кад њихово физичко присуство на усменој расправи није неопходно (в. додатак Правилима – Appendix IV: Case Management Techniques, тачка f)

обзиром на то да седиште конкретног арбитражног поступка може бити различито од места у коме изабрана арбитражна институција има своје административно седиште. Модерни правилници институционалних арбитража странама у спору дају широку слободу у избору седишта арбитраже и тај избор *не везују* за место у коме арбитражна институција има седиште. Тако, на пример, у случају кад стране уговоре надлежност Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе (у даљим излагањима: Арбитражни суд МТК) чији је административни центар у Паризу, то не значи да су се аутоматски определиле за Париз као седиште арбитраже у њиховом арбитражном спору. То значи да су стране одлучиле да арбитражни спор подвргну Правилима МТК, док се у погледу седишта арбитраже могу определити за било које место, а то ће по правилу бити оно место које им у конкретном случају највише одговара. С друге стране, у одсуству споразума страна о седишту арбитраже, правилници институционалних арбитража се разликују према томе да ли арбитражном већу односно суду/председништву изабране арбитражне институције дају слободу да одреди седиште арбитраже (у ком случају то може бити место различито од места седишта арбитражне институције)⁵ или пак одређују да је седиште арбитражног поступка у месту у коме изабрана арбитражна институција има своје седиште (у ком случају седиште арбитраже кореспондира седишту изабране арбитражне институције).⁶

Најзад, у погледу терминологије, потребно је приметити да се у упоредном праву паралелно користе термини „седиште арбитраже“ (*seat of arbitration, siège de l'arbitrage*) и „место арбитраже“ (*place of arbitration, lieu de l'arbitrage*).⁷ У том контексту, у литератури се истиче да термин

⁵ На пример, Правила МТК, чл. 18(1), Швајцарска правила о међународној арбитражи (у даљим излагањима: Швајцарска правила) у чл. 16; Правила Арбитражног института Привредне коморе Стокхолма – SCC (у даљим излагањима: Стокхолм Правила) у чл. 20; Правила немачког Института за арбитражу – DIS (у даљим излагањима: Правила DIS) у чл. 21.

⁶ На пример, Правила Лондонског међународног арбитражног суда – LCIA (у даљим излагањима: Правила LCIA) која у чл. 16.2 предвиђају да је, у одсуству споразума страна, седиште арбитраже у Лондону, осим ако арбитражно веће, у светлу околности случаја, не одреди неко друго седиште арбитраже као подесније; Правила Међународног арбитражног центра Беча – VIAC (у даљим излагањима: Правила VIAC) у чл. 25, која предвиђају Беч као седиште арбитраже ако се стране друкчије не споразумеју; Правилник Београдског арбитражног центра (у даљим излагањима: Правилник БАЦ), према коме је место арбитраже у Београду, ако стране друкчије не уговоре (чл. 4).

⁷ Тако, на пример, Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. са изменама из 2006. године (у даљим излагањима: УНЦИТРАЛ Модел-закон) у том контексту користи термин „место арбитраже“ (чл. 20), као и УНЦИТРАЛ Правила о арбитражи из 1976. са изменама из 2010. (у даљим излагањима: УНЦИТРАЛ Правила о арбитражи) у чл. 18. Термин „место арбитраже“ прихваћен је и у великом броју националних закона који регулишу област

„седиште“ арбитраже јасније наглашава јурисдикциону природу арбитраже, уз констатацију да је седиште арбитраже „правна конструкција, а не географска локација,“ и да представља место у коме међународна арбитража проналази свој „правни домицил или судски дом“.⁸ Поред тога, аутори који се залажу за употребу термина „седиште арбитраже“ наводе да овај термин јасније подвлачи разлику између правног седишта арбитраже с једне и места одржавања усмених расправа као фактичког седишта с друге стране, чиме се избегавају различита тумачења у погледу овог питања.⁹ У овом раду, користи се термин „седиште арбитраже“ искључиво у циљу његовог што прецизнијег теоријског означања, без улажења у оцену питања правне природе арбитраже.¹⁰

Све ове околности, као и комплексност правног значаја седишта арбитраже, проузрокују тешкоће у давању свеобухватне и прецизне дефиниције појма седишта арбитраже. Доктрина се претежно фокусира на питања која покреће правни значај седишта арбитраже, док одређењу овог појма поклања релативно скромну пажњу.¹¹ Проблем је још већи ако се има у виду да извори арбитражног права, иако се баве уређењем различитих питања у контексту седишта арбитраже, углавном *изостављају* дефиницију овог појма. Одсуство било какве дефиниције у том погледу уочава се пре свега у међународним конвенцијама и националним законима из области арбитраже. Изузетак представља на пример енглески *Arbitration Act* из 1996. (сек. 3) који седиште арбитраже одређује као „правно седиште“ арбитраже.

С друге стране, поједини национални закони, узимајући у обзир значај седишта арбитраже, садрже правило којим се место арбитраже одређује супсидијарно, у случају кад оно није изабрано споразумом

арбитраже и правилника институционалних арбитража, као што су на пример Правила МТК у чл. 18(1), Правила DIS у чл. 21, Правила VIAC у чл 25, итд. С друге стране, термин „седиште арбитраже“ користи се у енглеском *Arbitration Act* из 1996 (сек. 3) и у значајном броју правилника институционалних арбитража, као што су на пример Швајцарска правила у чл. 16, Стокхолм правила у чл 20, Правила LCIA у чл. 16, итд. Српски Закон о арбитражи одређује се за термин „место арбитраже“, а у том погледу следи га и Правилник БАЦ, који у чл. 4 термин „место арбитраже“ ближе одређује као „седиште арбитражног поступка.“ О питању терминологије у поменутом контексту, Y. Derains, E.A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, стр. 201 и даље.

⁸ G.Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2nd ed. 2014, стр. 1537.

⁹ A.Henderson, нав. дело, стр. 892.

¹⁰ О правој природи арбитраже, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002, стр. 18–21.

¹¹ О покушајима одређења овог појма у доктрини, в. F. De Lu, нав. дело, стр. 54 и даље.

страна или одређено од стране арбитражног већа или другог надлежног тела. У истом смислу, одређени број националних закона и правилника институционалних арбитража експлицитно захтева да у арбитражној одлуци буде наведено место њеног доношења. Тако, на пример, српски Закон о арбитражи предвиђа да се, у поменутих околностима, сматра да је место арбитраже место које је у арбитражној одлуци означено као место њеног доношења (чл. 34 ст. 4),¹² а да у арбитражној одлуци мора бити наведено место њеног доношења (чл. 53 ст. 2).

Полазећи од поменутих тешкоћа у одређењу појма седишта арбитраже, чини се потребним прецизирати да се у овом раду под седиштем арбитраже подразумева: 1) место арбитраже које су изабрале стране у спору или, у одсуству споразума страна, арбитражно веће, арбитражни суд или друго овлашћено лице или тело, или које је, у одсуству претходних одређења, предвиђено законом; 2) које представља правно седиште арбитраже с обзиром на то да се на основу њега арбитража повезује са правним системом одређене државе и 3) које треба разликовати од места одржавања усмених расправа и места у коме се арбитражно веће састаје ради дискусије и већања о арбитражној одлуци (фактичка седишта), као и од места у коме се налази седиште изабране арбитражне институције кад је реч о институционалној арбитражи (административно седиште).

Правни значај седишта арбитраже

Правни значај седишта арбитраже може се посматрати са више аспеката.

На првом месту, на основу седишта арбитраже одређује се право које се примењује на арбитражни поступак – право арбитраже или *lex arbitri*.¹³ *Lex arbitri* често се изједначава са процесним правом иако није

¹² Правило је, чини се, инспирисано решењем из чл. 31 (3) УНЦИТРАЛ Модел-закона. У истом смислу, на пример Закон о арбитражи Хрватске, чл. 19 ст. 3 холандски Законик о парничном поступку, чл. 1037 ст. 2.

¹³ У савременом арбитражном праву широко је прихваћено да стране, у оквирима аутономије воље, могу бирати, како меродавно материјално право, тако и процесна правила и/или процесно право која ће се применити на њихов арбитражни поступак. Тако, стране су слободне да оптирају између институционалне и *ad hoc* арбитраже, да одреде број арбитрара и начин њиховог именовања (детално, Ј. Перовић, *Конституисање арбитражног већа у међународној трговинској арбитражи*, Правни живот бр. 11, том III, Београд, 2016, стр. 223–233), језик арбитражног поступка (детално, Ј. Перовић, *Језик арбитражног поступка у међународној трговинској арбитражи*, Liber amicorum Гашо Кнежевић, Београд, 2016, стр. 274–290), као и друга питања од значаја за арбитражни поступак. Избор процесних правила у првом реду зависи од тога да ли су се стране определиле за институционалну или *ad hoc* арбитражу. У случају

реч о идентичним појмовима. Наиме, и поред тога што *lex arbitri* у првом реду уређује поступак пред арбитражом (путем процесноправних норми), оно обухвата и одређена питања која су уређена (у целини или у претежном делу) правилима материјалноправне природе, а која се могу поставити у контексту арбитраже. У таква питања улази на пример арбитрабилност појединих врста спорова, као што су спорови из области интелектуалне својине, интеркомпанијски спорови, потрошачки спорови, спорови из области права конкуренције, и сл.¹⁴ Разуме се, од сваког појединог правног система зависи да ли су и у којој мери ова и слична питања уређена законима процесне или материјалноправне природе. Поред тога, арбитражна одлука може бити поништена или њено признање и извршење одбијени, ако је у супротности са јавним поретком *lex arbitri*, а појам јавног поретка¹⁵ и значајна питања која он покреће¹⁶

институционалне арбитраже, сматра се да су стране, уговарањем одређене институционалне арбитраже, прихватиле и правила те арбитраже која се примењују на арбитражни поступак. При томе, потребно је имати у виду да се модерна арбитражна правила институционалних арбитража одликују високим степеном флексибилности који странама допушта да арбитражни поступак креирају према индивидуалним карактеристикама спора и потребама страна у сваком конкретном случају. У случају одређења за *ad hoc* арбитражу, слобода страна у погледу одређења процесних правила је још ширира – оне могу уговорити примену одређених постојећих правила (на пример УНЦИТРАЛ Правила о арбитражи) или пак, споразумно формулисати „оригинална“ правила која ће се применити на њихов поступак. Од избора процесних правила потребно је разликовати избор меродавног процесног *права*. Наиме, процесним правилима (како институционалних арбитража тако и правила која се примењују на *ad hoc* арбитражу) нису обухваћена сва питања која се постављају у контексту арбитражног поступка, због чега се на њих може применити одређено национално процесно право. Иако се у арбитражном праву странама оставља слобода да арбитражном клаузулом одреде меродавно процесно право, у пракси се такав избор ретко чини унапред. Процесна питања која нису обухваћена правилима поступка најчешће се решавају накнадно, по настанку спора, и то према праву или правилима која стране изаберу или, у одсуству споразума страна, према праву или правилима која арбитражно веће најде одговарајућим (подесним, целисходним) у конкретном случају (о пракси Арбитражног суда МТК у погледу овог питања, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce ICC, Paris, 2012, стр. 209–210). У сваком случају, без обзира на то која су процесна правила и/или процесно право одређена као меродавна, стране у спору и арбитражи *морају поштовати* свако императивно правило државе седишта арбитраже које се односи на међународну арбитражу – *lex arbitri*. Непоштовање ових правила представља разлог за евентуални поништај арбитражне одлуке и одбијање њеног признања и извршења. Према томе, процесна аутономија воље страна у спору може се кретати само у границама *lex arbitri* (в. Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2010, стр. 105, где се истиче да „*lex arbitri* представља процесни оквир у коме странке могу исказати своју аутономију воље“).

¹⁴ В. у целини Зборник реферата *Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредујемо?* Међународна конференција, 6-7. октобар 2017. године, Стална арбитража при Привредној комори Србије, поводом 70. годишњице, Београд, 2017

¹⁵ О јавном поретку, С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд, 1975, стр. 99–165.

¹⁶ Детаљно, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, стр. 953–963.

у великој мери превазилазе оквире процесног права.¹⁷ Аспекти јавног поретка који се односе на *суштину* спора узимају се у обзир у једнакој мери као и захтеви јавног поретка који се односе на процесна питања. Као случајеви поништаја односно одбијања признања и извршења арбитражне одлуке по основу њене супротстављености материјалноправним аспектима јавног поретка, у литератури се наводе одлуке засноване на верској или расној дискриминацији, одлуке које прихватају пуноважност уговора закључених по основу корупције, одлуке супротстављене основним начелима економске политике одређене државе,¹⁸ и сл.¹⁹ Полазећи од тога, може се закључити да је *lex arbitri* шири појам од „чисто“ процесног права, те да, поред тога што уређује сам поступак пред арбитражом, „покрива“ и извесна питања материјалноправног карактера.²⁰

Најзад, *lex arbitri* је релевантан и кад је реч о обиму овлашћења суда да предузима радње везане за арбитражни поступак, нпр. у погледу спровођења привремених мера и мера обезбеђења, прибављања

¹⁷ У том смислу, Г. Кнежевић, В. Павић, нав. дело, стр. 105.

¹⁸ Тако, Апелациони суд Париза је у одлуци из 1990, разматрао арбитражну одлуку којом су повређена правила релевантна за регулисање инвестиција. Суд је у том погледу нашао да ова правила настоје да, у општем интересу, успоставе равнотежу у економским и финансијским односима са страним државама путем контроле прекограничног кретања капитала, те да је уговор закључен под утицајем мита, супротан француском међународном јавном поретку и етици међународног пословања (SA Paris, Sept. 30, 1993, *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd*, *Revue de l'arbitrage*, No. 2, стр. 359, note D.Bureau.

¹⁹ В. Ph. Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, нав. дело, стр. 961.

²⁰ Детаљно о односу *lex arbitri* и меродавног процесног права: N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Student Version, fifth edition, Oxford University Press, 2009, стр. 173–193; Г. Кнежевић, В. Павић, нав. дело, стр. 105–106; А. Henderson, нав. дело, стр. 887–889. Различит приступ овом питању, у коме је значај седишта арбитраже у великој мери релативизиран, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 635–644. Генерално, у литератури се уочава оштра разлика између аутора који заступају либерално становиште у погледу права односно правила која се примењују на арбитражни поступак, при чему се право седишта арбитраже ни у чему не фаворизује у односу на остале опције (нпр. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 635–638 и 648–651 и тамо наведени аутори) и оних који подвлаче доминантан утицај седишта арбитраже при одређењу меродавног процесног права (N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, стр. 176–186 и тамо наведени аутори). Као екстремно либералан приступ овом питању истиче се концепција присталица тзв. „делокализације“ арбитраже, који наглашавајући уговорну природу арбитраже, полазе од тога да међународна арбитража „нема форум“, те се на њу не мора применити *lex arbitri*, јер је она „измештена“ из сваке националне јурисдикције (в. о томе, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, стр. 188–198; J. Paulsson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, *International and Comparative Law Quarterly* 32, 1983 стр. 53; E. Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, *The Practice of Transnational Law*, 2001, стр. 59–71; A. Henderson, нав. дело, стр. 893–896; F. De Ly, нав. дело, стр. 61 и даље; Д. Јанићијевић, *Delocalization in International Commercial Arbitration*, *Facta Universitatis*, Vol. 3. No. 1, 2005, стр. 63–71; Г. Кнежевић, В. Павић, нав. дело, стр. 108–109).

доказа од трећих лица, обезбеђења присуства сведока, и сл. (помоћна функција суда). За стране у спору од посебног значаја је чињеница да се *lex arbitri* примењује у евентуалном поступку за поништај домаће арбитражне одлуке (надзорна функција суда), а припадност арбитражне одлуке (тј. да ли се арбитражна одлука сматра домаћом или страном) у највећем броју правних система одређује се према седишту арбитраже.²¹ При томе, за одлучивање о тужби за поништај, по правилу је надлежан национални суд у месту седишта арбитраже.²²

Широки оквири у којима *lex arbitri* производи дејства, релативизирају значај чињенице да је у данашње време већина националних закона који се односе на међународну арбитражу мање-више слична (нарочито кад је реч о законима базираним на УНЦИТРАЛ Модел-закону).²³ То значи да разлике у решењима правних система која се односе на арбитражу *превазилазе* границе закона о арбитражи односно процесних закона и могу доћи до изражаја на пространству материјалноправне регулативе. Поред тога, и саме државе које своје законе базирају на УНЦИТРАЛ Модел-закону могу одступити од његових појединих решења, док се у тумачењу одредаба ових закона од стране националних судова уочавају извесне разлике.²⁴ Најзад, за било коју интервенцију суда у контексту арбитражног поступка, по самој логици ствари, надлежни су судови у месту седишта арбитраже. Из тих разлога, приликом одлучивања о седишту међународне арбитраже, пожељно је одредити се за државу

²¹ Насупрот овом решењу стоји критеријум који полази од тога да арбитражна одлука има националност оне земље чије је процесно право било примењено у арбитражном поступку. Ипак, овај критеријум се ретко прихвата у изворима арбитражног права. Такво решење прихватао је на пример југословенски ЗМПП у чл. 97 (в. Г. Кнежевић, В. Павић, нав. дело, стр. 164). Ипак, Њујоршка конвенција га познаје и на њега упућује предвиђањем да ће признање и извршење арбитражне одлуке бити одбијени ако арбитражна одлука још није постала обавезна за стране или је поништена или суспендована од стране надлежног органа *земље* у којој или на *основу чијег закона је одлука донесена* (чл. V.1.e). Детаљно о овом питању, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, нав. дело, стр. 591–592; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 644–646 и 902–907.

²² В. на пример српски Закон о арбитражи, чл. 57, према коме „Тужба за поништај може да се поднесе само против домаће арбитражне одлуке. Домаћа арбитражна одлука је одлука која је донета у унутрашњој или међународној арбитражи у Републици. За одлучивање о тужби за поништај месно је надлежан суд места арбитраже“.

²³ Према подацима УНЦИТРАЛ-а, до данас је 80 држава света усвојило законе о арбитражи базирани на УНЦИТРАЛ Модел-закону (доступно на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

²⁴ В. Case Law on UNCITRAL Texrs (CLOUT) доступно на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

која има модеран и флексибилан закон који се примењује на арбитражу, чији су остали закони (процесноправне и материјалне природе) од директног или индиректног утицаја на арбитражни поступак прихватљиви за стране у спору, као и неутралан и ефикасан судски систем који је према арбитражи „пријатељски“ настројен.

Правни значај седишта арбитраже може се посматрати и са аспекта „националности“ арбитражне одлуке, што може бити од значаја у поступку њеног признања и извршења. Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. (у даљим излагањима: Њујоршка конвенција) примењује се на „признање и извршење арбитражних одлука у споровима донетим на територији друге државе, а не оне у којој се признање и извршење таквих одлука тражи“ (чл. 1. 1). Надаље, ова Конвенција допушта да, приликом њеног потписивања или ратификације, свака држава, на основу реципроцитета, изјави да ће Конвенцију примењивати на признање и извршење само оних одлука које су донете на територији неке друге државе чланице те конвенције (чл. 1. 3).²⁵ То *de facto* значи да ће арбитражна одлука бити извршена према одредбама ове конвенције само ако је седиште арбитраже било у другој држави која је такође чланица ове конвенције. Према томе, приликом избора седишта арбитраже потребно је одредити се за државу која је чланица Њујоршке конвенције. Ипак, услед чињенице да је до данас велики број држава (159) потписао Њујоршку конвенцију,²⁶ ова резерва у великој мери губи на значају. С друге стране, приликом избора седишта арбитраже, у контексту признања и извршења арбитражне одлуке, потребно је имати у виду да ће, према Њујоршкој конвенцији, признање и извршење арбитражне одлуке бити одбијени, између осталог: ако су стране из уговора о арбитражи неспособне према закону који се на њих примењује или ако уговор о арбитражи није пуноважан према закону коме су га стране подвргнуле или, ако нема назначења у том погледу, према закону *земље у којој је арбитражна одлука донесена* (чл.V.1.а); ако конституисање арбитражног већа или арбитражни поступак није био у складу са уговором страна или, ако не постоји такав уговор, ако није био у складу са *законом земље места арбитраже* (чл.V.1.д); ако арбитражна одлука још није постала обавезна за стране или је поништена

²⁵ Тзв. „резерва реципроцитета“.

²⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

или суспендована од стране надлежног органа земље у којој или на основу чијег закона је одлука донесена (чл.V.1.е).

Споразум страна о седишту арбитраже

У савременом арбитражном праву широко је прихваћено да стране имају слободу да споразумно изаберу седиште арбитраже.²⁷ Седиште арбитраже стране могу изабрати у арбитражној клаузули или накнадно, по настанку спора. Тек у одсуству споразума страна, ово седиште одређује арбитражно веће, арбитражи суд или председништво изабране арбитраже у институционалној арбитражи односно овлашћеник за именовање у *ad hoc* арбитражи.

Правни значај седишта арбитраже о коме је било речи у претходном делу рада указује на то да стране овом питању, приликом уговарања арбитраже, треба да посвете посебну пажњу. Кад не изаберу седиште арбитраже, стране су аутоматски лишене једног значајног фактора у планирању арбитраже, што може проузроковати неизвесност и неочекивана решења у свакој фази арбитражног поступка. Из тих разлога, стандардне арбитражне клаузуле институционалних арбитража упућују стране да одреде седиште арбитраже, остављајући место за то одређење у самом тексту клаузуле²⁸ или пак, подсећају стране да је за њих пожељно да арбитражном клаузулом предвиде седиште арбитраже.²⁹ У том погледу, пракса Арбитражног суда МТК указује на то да стране, у више од 76% случајева, седиште арбитраже уговарају у самој арбитражној клаузули, о њему се споразумевају накнадно, на почетку арбитражног поступка у 12% случајева, док ово седиште одређује Арбитражни суд МТК у преосталих 12% случајева.³⁰ Избор седишта арбитраже још је значајнији у *ad hoc* арбитражи, већ и због саме њене природе и карактеристика; за стране које се определе за ову врсту арбитраже оптимално решење је да следе неку од модел клаузула препоручену од стране међународ-

²⁷ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. (Европска конвенција 1961), у чл.IV 1.(b) (ii) за *ad hoc* арбитражу; УНЦИТРАЛ Модел-закон у чл. 20; одредбе о седишту арбитраже националних закона који се односе на арбитражу, а који су базирани на УНЦИТРАЛ Модел-закону; УНЦИТРАЛ Арбитражна правила у чл. 18; правилници институционалних арбитража. Упоредно-правни приказ ових решења, F. De Lu, нав. дело, стр. 55 и даље.

²⁸ Највећи број стандардних клаузула институционалних арбитража.

²⁹ Стандардна арбитражна клаузула Арбитражног суда МТК. Детаљно о овој клаузули, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, нав. дело, стр. 447–449.

³⁰ Подаци се односе на период 2007–2011. В. J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, табела 28, стр. 204.

них организација (на пример модел клаузула УНЦИТРАЛ Арбитражних правила), које упућују стране да, поред осталих елемената арбитражне клаузуле (број арбитрара и начин њиховог именовања, језик арбитраже, овлашћеник за именовање и сл.), одреде и седиште арбитраже.³¹

Према томе, свака добро формулисана арбитражна клаузула треба да садржи одређење седишта арбитраже. О избору седишта арбитраже стране треба да одлучују опрезно и промишљено, узимајући у обзир све факторе од важности за тај избор, при чему у првом реду треба да имају у виду *правни* значај седишта арбитраже у изложеном смислу.

Споразум страна о седишту арбитраже треба да буде формулисан јасно, прецизно и недвосмислено, тако да не отвара простор за различита тумачења.³² Оптимално решење у том погледу постоји кад стране предвиде одређени град као „седиште“ арбитраже или „место“ арбитраже (на пример: „седиште арбитраже биће Цирих“ или „место арбитраже је Беч“).

До спорних ситуација у контексту избора седишта арбитраже може доћи из различитих разлога.

Тако, арбитражне клаузуле некад само упућују на одређени град, без прецизирања да се он сматра седиштем арбитраже (на пример: „МТК арбитража у Женеви“, „Лондон МТК арбитража“). Оваква и слична упућивања Арбитражни суд МТК најчешће је тумачио као споразум о седишту арбитраже, осим кад су стране у спору истакле да то није била њихова намера.³³ С друге стране, арбитражне клаузуле које садрже широка упућивања, као на пример „МТК Париз“ или „арбитража администрирана од стране Међународног арбитражног суда МТК у Паризу“, овај суд је тумачио са опрезом. Такве формулације углавном се узимају као индикатор избора саме арбитражне институције, у овом случају Арбитражног суда МТК, чије је административно седиште у Паризу. У таквим случајевима, Арбитражни суд МТК па правилу одређивао је Париз као седиште арбитраже, ако је бар једна од страна истакла да је то била заједничка намера страна приликом избора седишта арбитраже. У циљу избегавања неизвесности, уобичајено је да Секретаријат МТК унапред обавести стране о поменутој пракси Суда и позове их да изнесу своје

³¹ О стандардним и модел арбитражним клаузулама, в. Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, стр. 207–208.

³² О тумачењу избора седишта арбитраже од стране судова у Енглеској и врло спорних одлука у том погледу, в. А. Henderson, нав. дело, стр. 907–908.

³³ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, стр. 201.

ставове у том погледу.³⁴ Овакве и сличне клаузуле у којима је неспоран избор арбитражне институције, а спорно само њено седиште, потребно је разликовати од „патолошких“ арбитражних клаузула, посебно тзв. бланко клаузуле и клаузула којима се уговара непостојећа арбитража, које се могу показати у целини неприменљивим.³⁵

У одређеним случајевима, избор седишта арбитраже показује се контрадикторним. Пре свега, то је клаузула којом стране предвиђају два различита седишта арбитраже или кад је у анексу уговора предвиђено седиште арбитраже различито од седишта арбитраже предвиђеног у уговору, при чему није прецизирано које се од њих узима као релевантно. Тако, у једном случају из праксе Арбитражног суда МТК, арбитражном клаузулом било је предвиђено да ће „место усмених расправа бити изабрано од стране странке која није захтевала арбитражу“. На основу тога, тужени у спору истицао је да он има право да одреди место арбитраже, док је тужилац захтевао да то место одреди Арбитражни суд МТК. У том погледу, Арбитражни суд одлучио је да одреди привремено седиште арбитраже, а да коначну одлуку о овом питању препусти арбитражном већу.³⁶ Клаузуле у којима се предвиђа да ће седиште арбитраже бити у месту туженог (посебно честе у уговорима које закључују стране из Јапана), у суштини рефлектују општа правила о одређењу надлежности суда према месту туженог.³⁷ У сличном смислу, клаузуле којима се туженом оставља право избора између два могућа седишта арбитраже, иако су у принципу пуноважне,³⁸ у пракси могу довести до проблема у тумачењу, као и до успоравања арбитражног поступка.

Надаље, до проблема може доћи и у случају кад стране у арбитражној клаузули као седиште арбитраже предвиде одређену државу, не прецизирајући конкретан град у њој. Наиме, у одређеним државама, нарочито оним са федералним уређењем, различити кантони, провинције регије и сл. могу имати различите судске системе, што, у одсуству одређења конкретног града као седишта арбитраже, може довести до неизвесности у погледу радњи које судови предузимају у контексту арбитраже, о чему је

³⁴ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, стр. 202.

³⁵ Детаљно о патолошким клаузулама, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002, стр. 43–51; исти аутор, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, нав. дело, стр. 199–207.

³⁶ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, стр. 204.

³⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 675.

³⁸ Ibidem.

било речи у претходним излагањима у овом раду. Кад је реч о избору конкретног града као седишта арбитраже, пракса показује да извесни градови (нпр. Париз, Лондон, Цирих, Женева), традиционално познати као „арбитражни центри“, задржавају своју „популарност“ у арбитражном свету.³⁹

Избор седишта арбитраже који су учиниле стране⁴⁰ мора се поштовати од стране арбитражног већа (и арбитражног суда у случају институционалне арбитраже),⁴¹ што је универзално прихваћено у земљама које своје законе о арбитражи базирају на УНЦИТРАЈЛ Модел-закону. Из тога произлази да се учињен избор може се изменити само накнадним споразумом самих страна, те да арбитри (односно арбитражни суд у случају институционалне арбитраже) не могу изменити седиште арбитраже. Таква измена од стране арбитра (арбитражног суда) могла би представљати разлог за поништај арбитражне одлуке односно одбијање њеног признања и извршења с позивом да арбитражни поступак није био у складу са уговором страна. У том смислу, Арбитражни суд МТК је више пута одбио захтев једне од страна за изменом седишта арбитраже које су стране изабрале.⁴² Тако, у пракси овог суда, тужилац из Америке у два повезана спора против туженог из Србије (из 1999. и 2000. године), захтевао је да се седиште арбитраже измени, те да се, уместо првобитно уговореног седишта у Београду, одреди Женева као седиште арбитраже, а због политичке ситуације у Југославији у то време. Арбитражни суд је одбио да измени седиште арбитраже али је арбитражно веће одлучило да расправе одржава у Женеви, упркос противљењу стране из Србије.⁴³

Приликом одлучивања о избору седишта арбитраже, стране првенствено треба да имају у виду његов *правни* значај. Разуме се да је поред тога потребно узети у обзир и факторе ванправног карактера које могу бити од значаја за тај избор, као што су неутралност седишта арбитраже, његов географски положај, саобраћајне и комуникационе везе, приступачност, тех-

³⁹ Према статистици Арбитражног суда МТК, у 2011. години, као седиште арбитраже уговоран је Париз у 111 случајева, Лондон у 62, Женева у 53, Цирих у 40, Сингапур у 24, Њујорк у 20, Франкфурт у 14, Брисел и Мадрид у 13 и Сао Паоло у 12 случајева (J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, табела 27, стр. 204).

⁴⁰ У том погледу, F. De Lu, нав. дело, стр. 5б, подвлачи потребу да је реч о *bona fide* избору, а не оном који је учињен у циљу избегавања императивних прописа друге земље или због неарбитрабилности спора у другој земљи.

⁴¹ Некад је управо седиште арбитраже у одређеном месту одлучујући разлог због кога је страна прихватила арбитражу.

⁴² J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, стр. 204.

⁴³ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, нав. дело, стр. 207.

ничка опремљеност, и сл. Најзад, посебно је важно имати у виду економски аспект овог питања. Наиме, градови који се традиционално сматрају „центри-ма арбитражне активности“ као што су на пример Париз, Цирих, Женева или Лондон су скупи, што се одражава како на саму организацију арбитражног поступка тако и на трошкове хотелског смештаја и путовања лица која учествују у арбитражном поступку. То посебно долази до изражаја кад се пред арбитражом саслушава више сведока који путују из своје земље у земљу седишта арбитраже и тамо проводе извесно време, некад и више дана.⁴⁴

Закључак

Учињена анализа указује на то да седиште арбитраже у међународној трговинској арбитражи улази у ред оних питања на која није лако дати свеобухватан, а истовремено прецизан одговор. Највећи број извора арбитражног права не дефинише седиште арбитраже, а доктрина одређењу овог појма поклања релативно скромну пажњу, због чега се у пракси међународне трговинске арбитраже отварају бројна спорна питања у том контексту. Из тих разлога, потребно је да се стране које спор поверавају арбитражи упознају са појмом седишта арбитраже, те да приликом избора седишта арбитраже на првом месту имају у виду његов правни значај у смислу повезивања са правом арбитраже (*lex arbitri*), а тек затим околности и факторе ванправне природе. Пошто одлуче о седишту арбитраже у поменутом смислу, стране треба да формулишу споразум о седишту арбитраже на јасан, прецизан и недвосмислен начин, који не отвара простор за различита тумачења.

SEAT OF ARBITRATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Prof. Dr. Jelena S. Perović Vujačić*

Summary

This contribution offers an analysis of the seat of arbitration in international commercial arbitration from the perspective of international conventions and other uniform rules relevant for arbitration, national legislations and rules

⁴⁴ В. Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, нав. дело, стр. 194.

* Full professor, University of Belgrade Faculty of Economics

of institutional arbitrations, taking into consideration the relevant case law and the views expressed in doctrine. In that respect, the paper examines three basic questions – definition and determination of the seat of arbitration, legal importance of the seat of arbitration and party agreement on the seat of arbitration. The analysis aims to offer the practical recommendations to the parties with respect to the choice of the seat of arbitration and drafting of an agreement on the seat of arbitration which precisely reflects the parties' intention on the international level.

Key words: *seat of arbitration, arbitration, parties, agreement, arbitrators.*

УДК: 41.63:339.5(100)
doi 10.7251/PR5919525V
Orininalni naučni članak.

JUDICIJALIZACIJA MEĐUNARODNIH INVESTICIONIH ARBITRAŽA

Akademik prof. dr Radovan D. Vukadinović*

***Kratak pregled:** Nakon decenija primjene mehanizma ISDS (eng. Investor State Dispute Settlement) za rješavanje arbitražnih sporova iz bilateralnih i multilateralnih sporazuma o zaštiti i promociji stranih investicija, koji su ugovoreni u različitim vrstama međunarodnih investicionih sporazuma, u posljednje dvije decenije intenzivno se radi na njihovoj reviziji ili zamjeni. Rasprave se vode unutar UNCITRAL-a, UNCTAD-a, OECD-a i EU. U radu se analizira prijedlog koji je u ime EU dala Evropska komisija. Evropska komisija predlaže da se postojeći sistem arbitražnog rješavanja sporova zamijeni pravosudnim mehanizmom, uspostavljanjem stalnog međunarodnog suda i Apelacionog suda. U početku bi se stalni sudski mehanizam ugovorio u bilateralnim sporazumima koje bi EU zaključila s trećim zemljama. Nakon toga usvojila bi se posebna međunarodna konvencija koja bi izmijenila bilateralne sporazume. U radu se daje analiza rješenja koje je predložila EU, ali ostaje dilema da je to samo „prepakovan“ mehanizam ISDS i može li predloženi pravosudni mehanizam ispuniti očekivanja koja postoje u pogledu veće transparentnosti postupka, nepristranosti sudaca i očuvanja zakonodavne autonomije zemalja domaćina.*

Uvodna razmatranja

Mehanizam arbitražnog rešavanja sporova davanjem prava stranim investitorima da direktno pokrenu postupak protiv države prijemnice kapitala (investor-state-dispute-settlement, ili ISDS) ponuđen je Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, od 1966.

* Akademik, prof. dr Radovan Vukadinović, Pravni fakultet u Banjoj Luci

godine (Vašingtonska konvencija).¹ Trenutno je na snazi preko 3.000 različitih međunarodnih investicionih sporazuma (o trgovini, slobodi plovidbe, podsticanju i zaštiti stranih investicija², Energetska povelja i drugi sporazumi), u kojima je predviđen ISDS mehanizam. U početku su sporazumi o zaštiti i podsticanju stranih investicija zaključivani uglavnom između zemalja u razvoju i visoko razvijenih država.³ Kao razlozi za to navođena je pretpostavka da zemlje u razvoju nemaju “dovoljno demokratske kulture i da su podložne visokoj korupciji,”⁴ koju bi trebalo izbeći ugovaranjem ISDS klauzule. Kasnije su ove sporazume zaključivale i visoko razvijene države između sebe. Bez obzira na razlike koje postoje između ovih sporazuma, svima su zajedničke određene “klauzule o materijalnoj i procesnoj zaštiti stranih investitora.”⁵ U materijalnom smislu, stranim investitorima su garantovani tzv. standardi zaštite ugovaranjem klauzula o zabrani eksproprijacije bez potpune i adekvatne naknade, priznanjem nacionalnog tretmana ili najvećeg povlašćenja. U procesnom smislu, zemlje u razvoju su kao države prijemnice kapitala (*host states*) radi privlačenja stranih investitora prihvatile arbitražni mehanizam rešavanja sporova⁶ kojim je u slučaju spora jedino stranim investitorima dato pravo pokretanja arbitražnog postupka. Takve arbitraže se obično nazivaju investicionim arbitražama. Sa stanovišta arbitrabilnosti, njihovo ugovaranje nije samo po sebi ništa neobično⁷. Stoga je ISDS mehanizam predviđen u gotovo svim međunarodnim investicionim sporazumima (MIS), od kojih se izdvajaju bilateralni sporazumi o podsticaju i zaštiti stranih investicija (*bilateral investment treaties* – BiT). U okviru BiT-ova, posebnu vrstu čine sporazumi između država članica EU (EU intra BiT-ovi) i sporazumi između jedne države članice EU i trećih država (EU ekstra ili spoljni BiT-ovi). Obično se navode tri osnovne prednosti ugovaranja ISDS

¹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Konvencija je stupila na snagu 14.10.1966. godine. Konvenciju su ratifikovale 154 države. U Srbiji se primenjuje na osnovu Zakona o ratifikaciji koji je objavljen u Sl. listu SCG – Međunarodni ugovori, br. 2/06.

² Prema podacima iz jula 2019. godine, zaključeno je 3.299 takvih sporazuma. Vid. Investment Policy Hub, July 2019, iss. 4. Global Policy Data. Dostupno na <https://investmentpolicy.unctad.org/>

³ Vid. Beatriz Pérez de las Heras, The European Union in International Investment Governance: a Hybrid Approach to Dispute Settlement, *Romanian Journal of European Affairs*, Vol. 18, No. 2, December 2018, 77.

⁴ *Isto*, 83.

⁵ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, OUP, 2008. 89-194.

⁶ Vid. Stone Sweet, A., Chung, M. and Saltzman, A. *Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investment Arbitration*. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2919723> (pristupljeno 12. juna 2019), 3.

⁷ Vid. Jelena Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska teza odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 2016. godine.

mehanizma. Prvo, način sprovođenja (izvršenja) arbitražne odluke, budući da su arbitraže po samoj prirodi “fleksibilan i pragmatičan postupak koji olakšava autonomiju stranaka.”⁸ Drugo, odluke koje donose ISDS arbitri su konačne, ne postoji pravo žalbe, a može se tražiti poništiti samo iz malog broja definisanih razloga (čl. 52 Vašingtonske konvencije). Treća prednost se odnosi na izvršni karakter donete arbitražne odluke koja se prema odredbama Vašingtonske konvencije izvršavaju automatski u državama koje su je ratifikovale, osim ako nisu u suprotnosti sa nacionalnim pravom i javnim poretком.

Međutim, i pored, u početku čini se nekritičkog i po inerciji isticanih prednosti ovakvog načina arbitražnog rešavanja sporova, u poslednjih nekoliko decenija su se pojavile i ozbiljne kritike.⁹ Da “nešto trulo ima u državi Danskoj”, odnosno u ISDS mehanizmu arbitražnog rešavanja sporova, pokazalo se naročito nakon tzv. velikog proširenja EU (2004), kad su primljene brojne države koje su uglavnom bile prijemnice stranog kapitala (*host states* – države domaćini). Tako su dotadašnji klasični međunarodni investicioni sporazumi ili tzv. spoljni sporazumi EU postali interni ili unutrašnji EU BiT-ovi.¹⁰ Analiza u primeni ovih sporazuma je pokazala da im se može prigovoriti netransparentnost investicionih arbitraža, nepredvidivost odluka, nepostojanje precedentnih odluka, sumnja u nezavisnost i nepristrasnost arbitara,¹¹ sumnja u legitimnost odluka (i arbitara), negativno dejstvo sporazuma na zakonodavnu i izvršnu politiku država domaćina (*chilling effect*), visoki troškovi. U pravnoj teoriji su ovi nedostaci grupisani u tri grupe, kao: 1) nedostatak doslednosti u odlukama; 2) moguća pristrasnost arbitara; i 3) nedostatak transparentnosti postupka.

⁸ Juan Pablo Charris Benedetti, The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?, *Revista Derecho del Estado* n.º 42, enero-abril de 2019, pp. 83-115, 89.

⁹ Vrlo radikalni stav prema ISDS mehanizmu je zauzela EU komesar za trgovinu Cecilija Malmstrom izjavom da ISDS predstavlja najotrovniji akronim u Evropi. Vid. Umair Ghori, Investment Court System or ‘Regional’ Dispute Settlement?: The Uncertain Future of Investor-state Dispute Settlement, *Bond Law Review*, 30(2018)1, 95.

¹⁰ Interesantno je pomenuti pismo profesora Erwina Chermerskyja upućeno senatoru Mitch McConnelliju i ostalima vođama Kongresa koje je potpisalo gotovo 100 profesora, od 11.3.2015, u kome se upozorava na opasnost za domaći suverenitet davanjem prava stranim korporacijama da zaobiđu domaći pravosudni sistem i oslabe načelo vladavine prava. Vid. Nolan, Michael „Challenges To The Credibility Of The Investor-State Arbitration System“, *American University Business Law Review*, Vol. 5, No. 3 (2018). Dostupno na: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol5/iss3/6>. Poslednji pristup 7 juna 2019.

¹¹ U sramnom *Lowen* predmetu američki arbitar koji je nominovan u ime NAFTA javno je priznao da su na njega vršili politički pritisak zvaničnici administracije SAD. Vid. Paulsson, ‘Moral Hazard in International Dispute Resolution’ (2010) 25 (2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 341-343 Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010, dostupno na https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson_moral_hazard.pdf

U teorijskom smislu, kao principijelno, može se postaviti pitanje i koliko su investicioni sporovi podesni ili arbitrabilni za rešavanje putem međunarodnih arbitraža¹². Ovo zbog toga što su investicioni sporovi iz raznih međunarodnih investicionih sporazuma po svojoj prirodi javnopravnog karaktera. Oni ne samo da potiču iz sporazuma koje su zaključile suverene države, već se odnose i na pitanja vršenja suverenih (javnopravnih) ovlašćenja od strane država prijemnica kapitala. Otuda se postavlja pitanje da li je uputno prihvatiti da arbitri postavljeni od stranaka u sporu (pojedinaца) kao pojedinci i privatna lica, raspravljaju i odlučuju o važnim javnopravnim pitanjima države domaćina, kao što su propisi o zaštiti životne sredine, akcijama, javnom zdravlju i slično. Ne zbog njihove kvalifikovanosti, već zbog prirode akata i aktivnosti države domaćina koji se preispituju. Država prijemnica može, a katkad i mora, da promeni svoju ekonomsku politiku ili drugu politiku, npr. zaštite potrošača, ili politiku zamene prljave energije čistijom energijom. U tom smislu se postavlja pitanje koliko je uputno da o tome odlučuju privatna lica koja su dobila privatna ovlašćenja od svojih stranaka¹³. Ne može se očekivati od arbitara, od kojih su većina (dvojica u veću od trojice), da u potpunosti sagledaju dugoročne efekte takvih aktivnosti država, jer je njihov zadatak da što je moguće više zaštite stranog investitora. To nekada ide toliko daleko da već postoji anegdota da država prijemnica ne sme da kihne kako strani investitor ne bi dobio kijavicu i time umanjio svoju dobiti ili oštetio svoje interese i očekivanja.

Budući da se kod imenovanja arbitara od njih ne traže posebni školski ili stručni uslovi, može se desiti da izabrani arbitri ne budu dovoljno kvalifikovani da odlučuju o složenim pitanjima koja se tiču i javnopravnih i privatnopravnih interesa.

Potpuno je drugačija situacija sa sporovima iz komercijalnih ugovora koje su strani investitori zaključili sa domaćim kompanijama u kojima je prirodno očekivati da ugovorne strane suvereno odlučuju ne samo o zasnivanju pravnih odnosa, već i načinu njihovog rešavanja.¹⁴

Sa druge strane, postojeći ISDS mehanizam je stranim investirima pružao niz pogodnosti, pri čemu im nije nametao bilo kakvu obavezu.¹⁵ U materijalnom smislu i sa stanovišta državnih (javnih) interesa, postojeća rešenja u međunarodnom inve-

¹² Vid. Radovan Vukadinović, O (ne)arbitrabilnosti investicionih sporova iz EU intra BIT-ova, *Pravo i privreda*, 4-6/2018, 46–65.

¹³ Colin M. Brown, A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes, *ICSID Review*, 32, Fall 2017, 677.

¹⁴ Vid. Jelena Vukadinović, *n. delo*, 83–89.

¹⁵ Love Rönnelid, Research Report: An Evaluation of the Proposed, Multilateral Investment Court System, An independent report commissioned by the European United Left/Nordic Green Left (GUE/NGL) in the European Parliament

sticinom pravu (pre svega u BiT-ovima)¹⁶ praktično onemogućavaju ili značajno sužavaju zakonodavnu i upravnu aktivnost država prijemnica kapitala zbog (navodne) opasnosti da se time ne ugroze prava stranog investitora (*regulatory chill*). Stoga je ISDS mehanizam jedino stranim investitorima pružao mogućnost pokretanja sporova pred arbitražom, ali ne i državama prijemnicama kapitala, što predstavlja ozbiljnu proceduralnu neravnopravnost i odraz neravnoteže stranaka¹⁷. Otuda se sa pravom sve češće govori da je postojeće investiciono pravo i dalje zadržalo kolonizatorske karakteristike,¹⁸ što je izazvalo antiarbitražni talas¹⁹ tako da su ISDS arbitraže postale “žrtve sopstvenog uspeha.”²⁰ Da je takva situacija i u praksi pokazuju neke arbitražne odluke. Iako je nemoguće nabrojati sve arbitražne odluke u kojima su manifestovani neki od navedenih nedostaka, ipak izdvajamo odluke donete u predmetima *Micula*²¹ i *Ahmea*²². U prvom je Evropska komisija pokušala da zabrani vladi Rumunije da postupi po arbitražnoj odluci i isplati arbitražnom odlukom dosuđeni iznos na ime naknade štete, pretnjom da će isplaćeni iznos štete stranom investitoru tretirati kao nedozvoljenu državnu pomoć Rumunije. Bez obzira na to što je Osnovni sud EU poništio odluku Komisije²³, odluka je već izazvala navedenu bojazan kod država članica.

U drugoj odluci, Sud pravde je zauzeo stav da su arbitri u slučaju kolizije između unutrašnjeg i međunarodnog prava i prava EU u sporovima koji se odnose na tzv. intra BiT-ove dužni da primene pravo EU. To je opravdao potrebom da se očuva monopol nadležnosti Suda pravde kako bi Sud obezbedio jedinstveno tumačenje prava EU i njegov autonomni karakter. Suočene sa mogućim posledicama takvog stava, neke države izvan EU su i ranije nagovestile ili počele postupak otkazivanja ICSID konvencija (Bolivija, Ekvator, Venecu-

¹⁶ O izvorima više vid. Radovan Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2012, 234–271; Radovan Vukadinović, Pojam i pravno regulisanje stranih investicija, *Pravo i privreda*, 147–162.

¹⁷ Vid. Netherlands-based Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO). Kao anegdotski, nvođi se podatak da SAD nisu izgubile ni jedan ISDS spor. Vid. S Puig, G Shaffer, ‘Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law’ (2018) 112 *American Journal of International Law* 400

¹⁸ Vid. Love Rönnelid, *Research Report*, 5.

¹⁹ Alan Uzelać, Why Europe should Reconsider its Anti-Arbitration Policy in Investment Disputes, *Access to Justice in Eastern Europe*, Iss. 12)2019.

²⁰ *Isto*, 16.

²¹ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20. Dostupno na <https://www.italaw.com/cases/697>

²² Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic. Dostupno na <https://www.italaw.com/cases/417>

²³ T-624/15, T-694/15 and T-704/15 *European Food SA and Others v European Commission*, ECLI:EU:T:2019:423. Na ovakvu odluku Osnovnog suda, dozvoljena je žalba Sudu pravde EU.

ela) i EU BiT-ova.²⁴ Nakon odluke donete u predmetu *Ahmea*, i mišljenja Suda pravde, Evropska komisija je praktično obavezala države članice da otkazu sve BiT-ove koji su u suprotnosti sa pravom EU. Najveći broj država članica je odmah postupio po “uputstvu” iz Deklaracije od 19.01.2019. Time stvar, međutim, nije rešena. Jednostranim otkazivanjem BiT-ova (za sada samo internih, mada bi se po istoj logici moglo očekivati otkazivanje i Energetske povelje i spoljnih BiT-ova)²⁵ države članice EU su praktično prestale da primenjuju do tada važeći, hvaljeni i preporučivani mehanizam, ali nisu odredile drugi (bolji) mehanizam koji će ga zameniti. Na multilateralnom planu, ovaj posao je preuzeo UNCITRAL, pre dve decenije kad je u okviru jedne od svojih radnih grupa (III) već od sredine 1990. godine prošlog veka počeo rad na reviziji i preispitivanju postojećeg ISDS mehanizma. Predmet ovog rada je, međutim, ograničen na predoge koje je u tom pogledu učinila EU.

Ideja o osnivanju investicionog suda

Nakon što je konstatovano da postoji nezadovoljstvo velikog broja država sa načinom kako se primenjivao ISDS mehanizam, počele su diskusije o njegovoj reformi. Diskusije su vođene na multilateralnom nivou, pre svega u okviru UNCITRALA²⁶, UNCTADA²⁷, OECD-a²⁸ i Evropske unije, i na bilateralnom nivou, između zainteresovanih država prilikom zaključivanja novih investicionih sporazuma, ili revizije ISDS klauzule u postojećim sporazumima.

U okviru UNCITRAL-a, diskusije su vođene u okviru posebne III radne grupe i pokazale su da su sve države saglasne da postojeći ISDS mehanizam nije pogodan za rešavanje investicionih sporova²⁹, te da je potrebno “ubrzzati diskusiju o otkazivanju ili potpunoj zameni postojećih sporazuma bez obaveze odnosnih država da unesu tzv. klauzule o preživaljavanju (*‘survival’ clause-*

²⁴ C.F. Romero Roa, What Are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America? Dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/326957250_What_Are_the_Consequences_of_the_Denunciation_of_the_ICSID_Convention_to_Investor-State_Arbitration_in_Latin_America

²⁵ Vukadinović Radovan D., Vukadinović-Marković Jelena, Arbitrabilnost investicionih sporova iz ugovora o Energetskoj Povelji, *Pravo i privreda*, vol. 57(2019)4-6, 536–554.

²⁶ Vid. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

²⁷ UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a roadmap, United Nations, 2013

²⁸ Vid. The determinants of foreign Direct Investment - Do statutory restrictions matter? Dostupno na <https://www.oecd.org/investment/the-determinants-of-foreign-direct-investment-do-statutory-restrictions-matter.htm>

²⁹ Vid. diskusiju na Bečkom zasjedanju III WG, od oktobra 2018.

s)“.³⁰ Međutim, mišljenja se razlikuju u pogledu načina i sredstava kako prevazići uočene nedostatke ISDS mehanizma i u kom pravcu sprovesti reforme.

U dosadanjim diskusijama u okviru UNCITRAL-a (poslednja je održana od prvog do petog aprila 2019), iskristalisalo se više stavova i mišljenja³¹ o pravcima i sadržini reformi.

Prema prvom mišljenju, rešenje bi trebalo tražiti u angažovanju domaćih sudova koji bi trebalo da zamene i preuzmu ulogu ISDS arbitraža.

Prema drugom shvatanju, za koje su se posebno zalagale EU i njene države članice, ISDS mehanizam bi trebalo zameniti sistemom međunarodnog investicionog suda, koji podrazumeva postojanje stalnog investicionog suda i apelacionog tela.

I prema trećem shvatanju, potrebno je reformisati ISDS mehanizam tako što bi se propisao kodeks ponašanja za arbitre, da bi se ograničila zloupotreba prava od strane arbitara, ali i rešilo pitanje finansiranja i slična pitanja.

Postoje i mišljenja da bi postojeći mehanizam arbitražnog rešavanja spороvа trebalo zadržati uz izvesna poboljšanja, npr. omogućavanjem veće transparentnosti i uvođenjem apelacionog mehanizma.³²

Konačno, u jednom broju država nije iskristalisan jasan stav šta bi trebalo reformisati u postojećem sistemu.

U teoriji su navedena mjišljenja grupisana u ona koja se zalažu za nalaženje tzv. “sistemskog rešenja” koja se temelji na osnivanju stalnog investicionog suda, za šta se zalažu EU i njene države članice, i na predloge da se proces reformi postojećeg ISDS sistema nastavi kako bi se našle i druge opcije za koja se zalažu Rusija, Japan, SAD, Meksiko, Australija i Čile. Poslednji predlog je ocenjen kao svojevrsna “opstrukcija” reforme. Švajcarska je predložila srednje kompromisno rešenje koje obuvata i sistemske i “dopunske” (inkrementalne) reforme. U daljem tekstu će detaljnije biti reči o predlogu koji je u ime Evropske unije formulisala Evropska komisija.

Predlog Evropske komisije

U EU je raspravu o reformi ISDS mehanizma pokrenula Evropska komisija, marta 2014. godine, javnom diskusijom o investicionoj zaštiti i ISDS meha-

³⁰ SDS Platform. (n.d.). *More than 300 civil society organizations from 73 countries urge fundamental reform at UNCITRAL's investor-state dispute settlement discussions*. Dostupno na <http://isds.bilaterals.org/?more-than-300-civil-society>. Vid . i: SOMO. (2018, October 30). *The limitations of the UNCITRAL process on ISDS reform*. <https://www.somo.nl/the-limitations-of-the-uncitral-process-on-isds-reform>

³¹ Vid. Lise Johnson, *What happened at UNCITRAL's April WG III Session? What will happen next?*, <http://ccsi.columbia.edu/2019/05/03/what-happened-at-uncitral-april-1-5-what-will-happen-next/>

³² U ovom smislu Beatriz Pérez de las Heras, *n. delo*, 84, navode SAD i Kanadu.

nizmu³³. Naredne godine, Komisija je objavila tzv. “koncept papir“: “Investicije u TTIP i izvan njega – put za reformu”.³⁴ Prvi predlog novog i transparentnog sistema za rešavanje sporova između ulagača i država Evropska komisija je saopštila 16. septembra 2015. godine,³⁵ u toku pregovora sa SAD o zaključivanju transatlantskog trgovinskog i investicionog sporazuma o partnerstvu (TTIP). Predlog nije bio ograničen na primenu novog sudskog mehanizma samo u aktuelnom TTIP-u, već bi se primenjivao i u kasnijim međunarodnim investicionim sporazumima (MIS)³⁶ (na primer sa Kinom, Mjanmarom, Tunisom, Marokom, Japanom, Australijom, Novim Zelandom i Čileom). Od tog vremena Komisija aktivno učestvuje u brojnim raspravama i u okviru UNCITRAL-a i izvan njega. Tako je septembra 2017. godine objavila Preporuku o putu za uspostavljanje multilateralnog investicionog suda.³⁷ Preporukom su predviđene dve faze za uspostavljanje novog sudskog mehanizma: faza bilateralnih sporazuma i faza multilateralne konvencije. U prvoj fazi je trebalo klauzulu o sudskom načinu rešavanja investicionih sporova uneti u bilateralne trgovinske i investicione sporazume Unije. U drugoj fazi Unija bi radila na uspostavljanju multilateralnog investicionog suda, čije bi osnivanje, status i nadležnost bili regulisani posebnom konvencijom. Multilateralni sud bi trebalo da zameni sve bilateralne sisteme investicionih sudova uključene u trgovinske i investicione sporazume Unije i da omogući Uniji, njenim državama članicama i partnerskim zemljama da odredbe za rešavanja sporova između investitora u svojim postojećim sporazumima o ulaganju zamene pristupom multilateralnom investicionom sudu. U tom cilju je potrebno usvojiti posebnu konvenciju, koja bi regulisala samo procesna pitanja, ali se ne bi primenjivala

³³ Commission staff working document, Report on the online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), SWD(2015) 3 final, 13 January 2015

³⁴ Concept paper “*Investment in TTIP and beyond – the path for reform*” dated 5 May 2015

³⁵ European Commission, ‘Investment in TTIP and Beyond—The Path for Reform, Enhancing the Right to Regulate and Moving from Current ad hoc Arbitration Towards an Investment Court’ (May 2015) 11 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> Pristupljeno 25 juna 2019. Vid. i saopštenje za štampu European Commission - Press release, Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations, 16 September 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm

³⁶ European Commission, Inception Impact Assessment: Establishment of a Multilateral Investment Court for Investment Dispute Resolution (1 August 2016) <http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf (01/08/2016)>.

³⁷ Commission recommendation for a Council decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes (COM(2017)493). Predlog je podržao i EP. Vid. Resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament’s Recommendations to the European Commission on the Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), at paragraph 2d (XV). Dostupno na <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//EN>

na sporove iz EU BiT-ova i iz Energetske povelje. Pitanja kao što su merodavno pravo ili standardi tumačenja, uključujući osiguranje doslednosti s drugim međunarodnim obavezama, na primer iz konvencija Međunarodne organizacije rada i UN-a rešavaće se u predmetnim sporazumima o investicijama koja će primenjivati multilateralni investicioni sud.

U generalnom smislu, od novog sistema se očekuje da vladama država prijemnica kapitala omogući da vrše zakonodavnu aktivnost i da osiguraju da se investicioni sporovi rešavaju u potpunosti u skladu sa načelom vladavine prava. Što se tiče konkretnih rešenja, navodimo sledeća:

- sistem investicionih sudova bi se sastojao od *prvostepenog suda i žalbenog suda*,
- presude bi donosile *visoko kvalifikovane sudije*, koji moraju da ispunjavaju uslove koji se traže od članova stalnih međunarodnih sudova, kao što je Stalni međunarodni sud ili Žalbeno telo STO-a,
- *žalbeni sud* bi delovao u skladu sa sličnim načelima koja se primenjuju pred Žalbenim telom STO-a,
- nadležnost suda bi bila *precizno definisana* i ograničena na predmete kao što su ciljana diskriminacija na osnovu pola, rase ili vere odnosno nacionalnosti, eksproprijacija bez naknade ili uskraćivanja sudske zaštite.
- *vlade država prijemnica kapitala bi zadržale pravo na zakonodavnu aktivnost*,
- postupci bi bili transparentni, saslušanja javna, a primedbe dostupne na internetu, kako bi se zainteresovanim stranama u postupku omogućilo pravo intervencije,
- izbor nadležnosti („forum-shopping”) bi bio onemogućen,
- neosnovane tužbe će biti odbijene po skraćenom postupku,
- zadržala bi se jasna razlika između međunarodnog i nacionalnog prava i
- izbegavaće se višestruki i paralelni postupci.

Predlog Komisije je podržao Evropski parlament koji se u posebnoj rezoluciji zalagao za više “sudsko telo sastavljeno od nezavisnih i profesionalnih sudija koje bi pratilo apelaciono telo.”³⁸

Predlogu su, međutim, upućene i brojne kritike.³⁹

Razlozi u prilog uvođenja stalnog sudskog mehanizma

Nakon što je u toku pregovora o zaključivanju TTIP sa SAD dobila niz

³⁸ Resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament’s Recommendations to the European Commission on the Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)’, at paragraph 2d (XV). Dostupno na <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//EN>

³⁹ Vid. Love Rönnelid, Research Report, 7, Marta Latek, Investor-State Dispute Settlement (ISDS)

primedbi i kritika na ISDS mehanizam za rešavanje sporova, a u skladu sa novodobijenim ovlašćenjima o isključivoj nadležnosti za vođenje trgovinske politike, EU je u pregovorima sa Kanadom o zaključivanju sveobuhvatnog ekonomskog i trgovinskog sporazuma (CETA) umesto dotadašnjeg ISDS mehanizma za rešavanje sporova predložila osnivanje posebnog investicionog sudskog mehanizma koji bi se sastojao od investicionog suda i Apelacionog suda. Nadležnost investicionog Suda je određena na povrede obaveza od strane države prijemnice kapitala koje se odnose na širenje, sprovođenje, poslovanje, upravljanje, održavanje, upotrebu, uživanje ili prodaju ili raspolaganje njegovim obuhvaćenim investicijama ili, ako investitor tvrdi da je pretrpeo štetu, zbog navodne povrede.⁴⁰

Zamišljeno je da model investicionog sudskog sistema (*investment court system* – ICS) iz CETA sa Kanadom bude primenjivan i u svim sporazumima koje EU bude kasnije zaključivala.

Nakon stupanja na snagu CETA predviđeno je da bude konstituisan Investicioni sud na sledeći način.⁴¹ Zajednički odbor CETA bi imenovao petnaest članova Suda: pet članova moraju biti državljani države članice Evropske unije, pet moraju biti državljani Kanade, a preostalih pet moraju biti državljani trećih zemalja. Zajednički odbor CETA može odlučiti da poveća ili smanji broj članova Suda, s tim što se dodatna imenovanja sprovode po istom načelu. Članovi Suda moraju da poseduju kvalifikacije koje su potrebne u njihovim zemljama za imenovanje na pravosudnu dužnost ili biti priznati pravnici. Moraju imati dokazano iskustvo u području međunarodnog javnog prava, a poželjno je da imaju potrebnu stručnost naročito u području međunarodnog investicionog prava, međunarodnog trgovačkog prava te u području rešavanja sporova koji proizlaze iz međunarodnih sporazuma o ulaganjima ili međunarodnih sporazuma o trgovini.

Članovi Suda se imenuju na mandat od pet godina, koji se može obnoviti jednom. Međutim, sedmorici od 15 lica imenovanih odmah nakon stupanja na snagu ovog CETA, koji se odabiraju žrebom, produžava se mandat na šest godina. Ispražnjena mesta popunjavaju se čim se pojave. Lica koja su imenovana kao zamena člana Suda kome nije istekao mandat na dužnosti

– State of play and prospects for reform, EPRS, European Parliament, 2015; Hindelang, Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and alternatives of dispute resolution in international investment law, in Kuijper et al., Investor-State dispute settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements, Policy Department on External Policies of the Union, European Parliament, 2014. Public consultation on investor-state arbitration in TTIP', Submission to the European Commission consultation on investor-state arbitration in TTIP, July 2013 <https://www.kent.ac.uk/law/downloads/ttip_isds_public_consultation_final.pdf>, Vid. i OECD, Investor-state dispute settlement: summary reports by experts at 16th Freedom of information roundtable, OECD (2012).

⁴⁰ Čl. 8.18 CETA.

⁴¹ Vid. 8.27 CETA.

ostaje do isteka mandata svog prethodnika. U načelu, član Suda koji u trenutku isteka svog mandata obavlja dužnost člana sudskog veća Suda može nastaviti obavljati tu funkciju do donošenja konačne odluke.

Sud odlučuje u sudskim većima od tri člana Suda, od kojih je jedan državljanin države članice Evropske unije, jedan državljanin Kanada, a jedan državljanin treće zemlje. Sudskim većem predsedava član Suda koji je državljanin treće zemlje. Stranke u sporu se mogu dogovoriti da o predmetu odlučuje samo jedan član Suda koji se imenuje nasumično među državljanima trećih zemalja. Tuženi mora u dobroj nameri razmotriti zahtev tužioca da o predmetu odlučuje samo jedan član Suda, posebno ako je tužilac malo ili srednje preduzeće ili ako je tražena naknada ili odšteta relativno male vrednosti. Takav zahtev se mora podneti pre osnivanja sudskog veća Suda. U bilo kom trenutku spora, stranke mogu sporazumno da odluče da pokrenu postupak medijacije, kao i da prekinu medijaciju. Pokretanjem postupka medijacije ne dovode se u pitanje pravni položaj ili prava bilo koje stranke u sporu. Ako se spor ne može rešiti u roku od 90 dana od podnošenja zahteva za konsultacije, kad se zahtev odnosi na navodnu povredu ovog Sporazuma koje je počinila Evropska unija ili država članica Unije, a investitor namerava da podnese zahtev u skladu s članom 8.23, investitor dostavlja Evropskoj uniji obaveštenje u kome traži da se utvrdi tuženi.

Što se tiče postupka, on se ne razlikuje bitno od postupka koji se primenjuje kod ISDS arbitraža, ali su onemogućeni postupci koji su povezani sa “*forum shopping*” i neozbiljnim tvrdnjama.

Odredbama člana 8.21. CETA predviđeno je da, ako se spor ne može rešiti u roku od 90 dana od podnošenja zahteva za konsultacije, investitor iz EU dostavlja obaveštenje kojim traži da se utvrdi tuženi, u kome navodi i mere zbog kojih namerava da podnese tužbu. S obzirom na podeljene nadležnosti, EU će utvrditi tuženoga (EU ili država članica) i o tome obavestiti investitora.

Ako se u prethodnoj fazi postupka ne nađe zajednički prihvatljivo rešenje, strani investitor podnosi tužbu i pokreće glavni postupak, ako je ispunio sledeće uslove:⁴²

1. da je tuženome zajedno sa zahtevom/tužbom dostavio svoju saglasnost za rešavanje spora prede Sudom u skladu sa pravilima koja su utvrđena ovim odeljkom;
2. da je proteklo 180 dana od podnošenja zahteva za konsultacije i, ako je primenjivo, najmanje 90 dana od podnošenja obaveštenja kojim se zahteva utvrđivanje tuženoga;
3. ako je ispunio uslove za obaveštenje kojim se traži utvrđivanje tuženoga;

⁴² Vid. deo F, čl. 8.22. CETA. Dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

4. ako je ispunio uslove koji su povezani sa zahtevom za konsultacije;
5. ako u svom zahtevu nije naveo meru koja nije bila navedena u njegovom zahtev za konsultacije;
6. ako je povukao je ili obustavio sve postojeće postupke pred sudom ili tribunalom u skladu sa domaćim ili međunarodnim pravom u pogledu mere iz njegovog zahteva za koju tvrdi da da predstavlja povredu i
7. ako se odrekao prava da podnese zahtev ili pokrene postupak pred sudom u skladu sa domaćim ili međunarodnim pravom u pogledu mere iz zahteva za koju tvrdi da predstavlja povredu.

Ako se zahtev koji je podnet u skladu s članom 8.23. odnosi na gubitak ili štetu nanetu preduzeću s lokalnim poslovnim nastanom ili udeo u preduzeću s lokalnim poslovnim nastanom koje je u direktnom ili indirektnoj svojini stranog investitora ili pod njegovom direktnom ili indirektnom kontrolom, zahtevi iz stava 1. tačke (f) i (g) primenjuju se i na investitora i na preduzeće s lokalnim poslovnim nastanom.

Na zahtev tuženoga, Sud se proglašava nenadležnim ako investitor ili, zavisno od slučaja, preduzeće s lokalnim poslovnim nastanom ne ispune neki od navedenih zahteva.

Što se tiče saglasnosti za rešavanje spora, koja je bila dosta kritikovana kod ICSID arbitraža, odredbama člana 8.25. CETA propisano je da tuženi daje saglasnost za rešavanje spora pred Sudom u skladu sa odredbama člana 25 ISCID Konvencije i poglavlja II rasporeda C Pravila o dodatnim mogućnostima ICSID-a u pogledu pisane saglasnosti stranaka u sporu, i člana II Njujorške konvencije u pogledu pisanog dogovora.

Apelacioni sud i postupak pred njim

Položaj i način rada Apelacionog ili žalbenog suda su regulisani u članu 8.28 CETA. Prema odredbama ovog člana, Apelacioni sud se osniva za preispitivanje odluka Suda po osnovu pogrešne primene ili tumačenja merodavnog prava, očiglednih grešaka u činjeničnom stanju i iz razloga koji su navedeni u članu 52 st. 1 tačke od (a) do (e) ICSID konvencije, ako nisu obuhvaćeni napred navedenim razlozima. Članovi Apelacionog suda se imenuju odlukom Zajedničkog odbora CETA i moraju ispunjavati zahteve kao i članovi Suda i postupati po etičkim normama koje su posebno propisane. Sudsko veće Apelacionog suda čine tri nasumično izabrana člana – sudije. Na

postupke pred Apelacionim sudom se primenjuju pravila o transparentnosti iz člana 8.36 i pravila o situaciji kad Stranka nije stranka u sporu iz člana 8.38.

U postupku po žalbi, može se u roku od 90 dana od dana donošenja odluke Suda tražiti potpuni i delimični poništaj odluke Suda, u skladu sa odredbama člana 52 ICSID konvencije. Praktično, poništaj se može tražiti iz sledećih razloga: ako Sud nije propisno konstituisan, ako postoji bitna povreda postupka, ako je Sud prekoračio svoja ovlašćenja, ako nije naveo obrazloženje svoje odluke i ako je jedan od članova veća korumpiran.

Što se tiče postupka, odredbama člana 8.28. CETA je propisano da stranka koja nije zadovoljna odlukom Suda može Apelacionom sudu podneti žalbu u roku od 90 dana od donošenja odluke kojom može da zahteva preispitivanje, ukidanje, poništaj, revizija ili pokretanje drugog sličnog postupka.

Doneta odluka se smatra konačnom (i izvršnom) ako je proteklo 90 dana od dana donošenja a nije podneta žalba, ako je podneta žalba odbijena ili povučena, ili je proteklo 90 dana od odluke Apelacionog suda, a Apelacioni sud nije vratio predmet Sudu.

Poslednja dva zahteva imaju za cilj da spreče pokretanje tzv. paralelnih postupaka i izbegavanje “*forum shopping*”, tako što se tužioci obavezuju da izaberu da spor bude rešen ili prema CETA pravilima, ili na drugi način, u skladu sa domaćim i međunarodnim pravom. Zahtevi/tužbe koji ne ispunjavaju navedene zahteve će biti u prethodnom postupku odbačeni kao neosnovani.

Ocena Predloga

Kao što je već rečeno, rešenja koja je EU predložila u CETA su izazvala oprečna mišljenja i komentare.⁴³

Oni koji se zalažu za uspostavljanje stalnog sudskog mehanizma za rešavanje međunarodnih investicionih sporova navode brojne razloge koji idu tome u prilog, kao što su: stalnost funkcije ili izbornost sudija, obezbeđeno finansiranje sudova, mogućnost preispitivanja donete odluke prvostepenog suda u postupku po žalbi, mogućnost usklađivanja sudske prakse, veća predvidivost, transparentnost

⁴³ Za kritički osvrt u pogledu nedostatka demokratičnosti ili legitimiteta EU Predloga vid. José Manuel Alvarez Zárate, Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible? studiju „Južnog centra“ (South Centre) *Investment Policy Brief* 18, June 2019, <https://www.southcentre.int/investment-policy-brief-18-june-2019/>, objavljeno i u José M. Zárate, Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?, 59 *B.C.L. Rev.* 2765 (2018), <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/9>; Sonja Heppner, A Critical Appraisal of the Investment court System, Proposed by the European Commission - *Dispute Resolution Journal*, Vol. 72, No. 2, kao i Izveštaj *GUE/NGL Left European Parliamentary Group*

i kontrola mogućeg štetnog uticaja ili pritisaka na sudije, tj. veća nepristrasnost i profesionalizam. ISDS mehanizmu se zamera da ne može da obezbedi neutralnost, nepristrasnost i predvidivost ishoda spora, čak ni u predmetima koji se zasnivaju na istim činjenicama, kako u pogledu odluke o nadležnosti, tako i pogledu merituma.⁴⁴ Pobornici osnivanja sudova navode da ovo kod država prijemnica kapitala stvara pravnu nesigurnost, koja se može otkloniti ako o sporovima odlučuju sudovi u kojima bi radile izabrane sudije na duži rok (između 6 i 9 godina) sa pravom reizbora. Stalnost sudija, odnosno duži rok na koji se biraju učinili bih imunijim na pritiske sa strane, nakon što budu izabrani u osnovne ili apelacione sudove. Takvom razmišljanju se ipak može prigovoriti da upravo nestalnost sudskog mesta čini sudije oportunističkim i podložnim da radi izbora ili reizbora "oslušnu" političku klimu. Tek bi stalnost sudske funkcije sudije učinila manje "obazrivim" na spoljne uticaje. Međutim, stalnost sudskog poziva se može tumačiti kao ograničavanje autonomije volje ugovornih strana kojima je uskraćena mogućnost da imenuju ili predlažu svoje arbitre i predsednika arbitražnog veća, kao kod ISDS. Nezavisnost Suda trebalo bi da bude zajemčena strogim zahtevima koji se odnose na etičnost i nepristrasnost, nemogućnost odlaganja ročišta, zapošljavanje sudija na puno radno vreme i nezavisni mehanizam imenovanja. Interesantno je, međutim, da većinu ovih karakteristika zastupnici ISDS mehanizma navode upravo u prilog arbitražnog rešavanja sporova.

U pogledu izvora finansiranja i naknada, ISDS mehanizmu se prigovara da nema stalni izvor finansiranja pa je zbog toga prinuđen da koristi admini-

⁴⁴ Primer za to je arbitražna odluka doneta u predmetu *Lauder*, u kojima su različiti UNCITRAL-ovi sudovi koji su imali isto činjenično stanje, gotovo identičnim podnositeljima zahteva i sličnim primenjivim standardima zaštite, s jedinom razlikom da su postupci vođeni pod različitim ugovorima, donosio dramatično suprotne odluke. Prvu arbitražu pokrenuo je g. Lauder, kontrolni akcionar CME-a, kao američki investitor u američko-češki BIT. Drugi je doneo CME, kao firma koja je registrovana u Holandiji s obzirom na holandsko-češki BIT. Dok je sud sa sedištem u Londonu odbacio zahteve za eksproprijaciju, Stokholmski sud je našao da je Češka počinila eksproprijaciju, dodelivši 355 miliona dolara odštete. Bez obzira na spornu „ispravnu“ odluku, jasno je da su kontradiktorni rezultati pokazali strukturne nedostatke sustava.

Drugi primer nedoslednosti nalazi se u slučajevima *SGS-a*, u kojima su različiti Međunarodni sudovi ICSID-a na suprotni način tumačili sadržaj „krovne klauzule“, primenjive na slične činjenice, iako artikulisane u različitim ugovorima, tj. Švajcarsko-pakistanski BIT i Švicarsko-filipinski BIT. Dok je SGS-Pakistan sud usvojio restriktivno tumačenje, SGS-Philippines Tribunal je sproveo opsežno tumačenje. Budući da su u tim slučajevima primenjive krovne klauzule bile različite verzije sadržane u zasebnim BIT-ovima, „kontradiktorni pristupi tribunala, na konceptualnom nivou, nisu toliko problematični kao dva slučaja *Lauder*. No s obzirom na broj krovnih klauzula unutar modernih BIT-ova, praktične posledice odluka su značajne“. Konačno, SGS dodjeljuje državama i ulagačima bez jasnog razumevanja značenja i obima krovne klauzule, doprinoseći osećaju neizvesnosti i nepredvidivosti u rešavanju budućih sporova.

Ostali primjeri nedoslednosti predstavljeni su nizom odluka, kao što su *Metalclad protiv Meksika* i *SD Myers protiv Kanade*, u kojima su sudovi različito tumačili standard „poštenog i pravednog postupanja“ (FET) sadržanog u istom ugovoru, odnosno člana 1105. NAFTA-e.

strativni aparat neke institucije koja to može iskoristiti za pritisak. Isti prigovor, međutim, može se uputiti i Sudu koji nema svoj administrativni mehanizam, pa Evropska komisija predlaže da Sud koristi ili ICSID ili PCA platformu.

I naknade za rad arbitara i sudija se tumači na različite načine. Pobornici sudskog rešavanja sporova u tome vide elemenat stabilnosti i nezavisnosti, dok pobornici ISDS navode da takva naknada može demotivisati sudije da se stvarno i potpuno predaju traženju rešenja za svaki predmet.

Kao posebna prednost multilateralnog sudskog mehanizma navodi se i samo postojanje drugostepenog (žalbenog ili apelacionog) tela. Ova prednost se ističe naročito i zbog toga što se od žalbenog tela očekuje ne samo da samim postojanjem vrši pritisak na sudije u prvom stepenu da se potpuno posvete materijalnim i procesnim zahtevima svakog konkretnog spora, već i da u postupku po žalbi radi kao sud pune jurisdikcije. Time bi se povećala pravna sigurnost svih učesnika u sporu (i potencijalnih) i značajno doprinelo ujednačavanju sudske prakse. Međutim, u pogledu nadležnosti i rada apelacionog tela postavljaju se brojna pitanja,⁴⁵ koja se generalnim imenom mogu označiti kao pitanje standarda preispitivanja. Pri tome se, kao osnovna, nameće dilema da li bi apelaciono telo trebalo da preispituje i činjenična i pravna pitanja, ili samo pravna pitanja, pre svega ako postoji pogrešna primena materijalnog prava. Sporno je to što između ova dva pitanja postoji uzročna veza. Tako, pogrešno utvrđeno činjenično stanje vodi pogrešnoj primeni prava, ali od apelacionog suda ne bi trebalo očekivati da zbog toga praktično povede postupak iznova (*de novo*).⁴⁶

Neki autori kao ključnu razliku između arbitražnog rešavanja sporova koji je predviđen ISDS klauzulom i predloženog sudskog sistema, vide u odsustvu autonomije volje prilikom izbora sudija.⁴⁷

Rezime

Nakon višedecenijske primene ISDS mehanizma za rešavanje arbitražnih sporova iz bilateralnih i multilateralnih sporazuma o zaštiti i podsticanju stranih investicija koji je ugovaran u raznim vrstama međunarodnih investicionih sporazuma, u poslednje dve decenije se intenzivno radi na njihovoj reviziji ili zameni. Diskusije se vode u okviru UNCITRAL-a, UNCTADA, EOCED i EU. U radu je analiziran predlog koji je u ime EU sačinila Evropska komisija. Evropska komisija predlaže da se postojeći sistem arbitražnog rešavanja spo-

⁴⁵ Colin M. Brown, *n. delo*, 683.

⁴⁶ *Isto*.

⁴⁷ Beatriz Pérez de las Heras, *n. delo*, 86.

rova zameni sudskim mehanizmom, tako što bi se osnovao stalni međunarodni investicioni sud i Apelacioni sud. U početku bi se stalni sudski mehanizam ugovarao u bilateralne sporazume koje bi EU zaključivala sa trećim državama. Kasnije bi bila usvojena posebna međunarodna konvencija čijim stupanjem na snagu bi se menjali bilateralni sporazumi. U radu je data analiza rešenja koja je predložila EU, ali je i dalje ostala dilema da je reč samo o “prepakovanom” ISDS mehanizmu i da li predloženi sudski mehanizam može da ispuni očekivanja koja postoje u pogledu veće transparentnosti postupka, nepristrasnosti sudija i očuvanja zakonodavne autonomije država prijemnica kapitala.

JUDICIALIZATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Academician, Radovan Vukadinović, PhD⁴⁸

Summary

After decades of implementation of the ISDS mechanism for the settlement of arbitration disputes from bilateral and multilateral agreements on the protection and promotion of foreign investment, which has been contracted in various types of international investment agreements, in the last two decades there is intensive work on their revision or replacement. Discussions are conducted within UNCITRAL, UNCTADA, OECD and EU. The paper analyzes the proposal made on behalf of the EU by the European Commission. The European Commission proposes to replace the existing system of arbitration settlement of disputes by a judicial mechanism, by establishing a permanent international court and the Court of Appeal. Initially, a permanent court mechanism would be contracted into bilateral agreements that the EU would conclude with third countries. Subsequently, a special international convention would be adopted which would change bilateral agreements. The paper provides an analysis of the solution proposed by the EU, but the dilemma remains that it is only a “repackaged” ISDS mechanism and whether the proposed judicial mechanism can meet the expectations that exist in terms of greater transparency of the procedure, impartiality of judges and preservation of the legislative autonomy of the host countries.

Keywords: Foreign direct investment, ISDS mechanism, BiT, UNCITRAL, European Union, reforms, investment court.

* Professor, Faculty of Law in Banja Luka

УДК: 34/35:323.1(497.11)(497.6)

doi 10.7251/PR5919541B

Оригинални научни чланак

ПРАВО НА ИСТИНУ ЗА ГРАЂАНЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Проф. др Драган Батавељић*
Академик проф. др Митар Лутовац**

Резиме: Аутори у раду указују на предузимање НАТО агресија противно самом оснивачком акту и начелима садржаним у овом споразуму потписаном пре равно шест деценија. Тиме су погажени основни принципи на којима почива овај тзв. „систем колективне одбране”, који је бомбардовање започео и водио без неопходног одобрења Савета безбедности. Током наведених агресија се нису поштовале конвенције и усвојени међународни документи о забрани употребе појединих врста муниције. Такође, намерно је уништавана инфраструктура, која није имала никакве везе са војним циљевима. Тако су разорене бројне фабрике хемијске индустрије, нафтна постројења и рафинерије, трансформатори са пираленом и други невојни циљеви. Последице свега тога су настале врло брзо, такорећи истог момента, а данас су, скоро, попримиле размере епидемије. Агресор скрива информације и онемогућава жртвама остваривање свог права на истину. У томе је, све до скоро, имао несебичну подршку појединих органа УН-а, Светске здравствене организације, САД-а и већине њених западних савезника, као и бројних званичника појединих држава чланица НАТО-а. Међутим, истина излази на видело, додуше полако, али сигурно! Зато је неопходно указати читавој међународној заједници на непоштовање међународног права, кр-

* Правни факултет Универзитет у Крагујевцу

** Универзитет Унион „Никола Тесла” Факултет за посао и индустријски менаџмент Београд

шење основних људских права и владавину права силе, а не „силе права”. Такође, потребно је ангажовати све релевантне институције у свету, како би се утврдиле стварне последице тешких злочина против човечности, починиоци кривичних дела били процесуирани, а жртве агресије обештењене.

Кључне речи: Република Србија, Република Српска, осиромашени уранијум, пирален, карцином, леукемија, право на истину, обештењење, Народна скупштина

Увод

НАТО агресија на територију Републике Српске и некадашње Савезне Републике Југославије (данас простора независних и суверених држава Републике Србије и Републике Црне Горе), представља једнострану одлуку здружених снага овог, како пише у оснивачком акту, тј. Северноатлантском споразуму из 1949. године, “система колективне одбране”. Наиме, агресија на СРЈ је извршена, пре свега, без одобрења Савета безбедности Организације УН, уз кршење бројних међународних декларација и конвенција, док је овај савез свој формални ангажман на територији бивше СФРЈ започео под окриљем мисија Уједињених нација¹. Приликом предузимања војних акција у току ових агресија, коришћен је осиромашени уранијум, као изузетно отрован и штетан, високотоксичан радиоактиван отпад. С обзиром на то да је складиштење и чување оваквог отпада веома скупо и да представља изузетно велики проблем за сваку државу која има развијену нуклеарну технологију, наведени НАТО систем колективне одбране је нашао, за себе, тј. своје чланице, идеално решење: понуђен је на “поклон” и “чување” другим, мањим земљама (нечланицама), али на специфичан, тј. принудан начин?! Овај “поклон” им је послат из ваздуха (избацивањем из авиона), са копна или са мора (путем носача авиона и ратних бродова). Наравно, притом се није мислило на последице које ће изазвати осиромашени уранијум ²³⁶U, који не постоји у природи, већ настаје вештачким путем (прерадом и искоришћавањем нуклеарног горива), као ни још опаснији изотоп плутонијума ²³⁹Pu (нађени су и трагови америцијума, нептунијума, технецијума и других штетних радиоактивних елемената). Њихово дејство на садашње и будуће генерације је трајно, као и на животну средину у којој живимо, флору и фауну и комплетан биодиверзитет².

¹ Уједињене нације имале су за циљ блокаду Јадранског мора и контролу ваздушног простора изнад Босне и Херцеговине.

² Време полураспада осиромашеног уранијума је 4,5 милијарди година.

Буђење у времену

Несумњиво је да НАТО агресија на Републику Српску и СР Југославију представља рушење самих темеља на којима почива међународно право, тј. основних начела која важе у свим правним системима савремених држава широм света³. Због чињенице да је и према Републици Српској направљен злочин, сматрамо да је неопходно да се у активности Стручног савета, формираног почетком фебруара 2018. године у Нишу, укључе и стручњаци из овог ентитета, с обзиром на то да је НАТО бомбардовао Бању Луку, Пале и друга места са српским живљем. Потребно је разговарати о прикупљању доказа и остварити међусобну сарадњу. Поред тога, 1999. године је дошло до непоштовања споразума који су раније склопљени, пре свега, Дејтонског споразума (Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини) из новембра 1995. године⁴, којим је постигнут мировни договор и прекинут четворогодишњи рат и који у свом члану VI/9a/1 његовог Анекса 1А садржи одредбу која изричито предвиђа да “неће бити никаквог војног ваздушног саобраћаја, чак ни кретања невојних ваздухоплова... без директног пристанка команданта СФОР-а”⁵. Међутим, НАТО је користио територију и инфраструктуру БиХ, без икаквог одобрења надлежних власти те земље, за спровођење напада на СРЈ (коришћено је неколико коридора за полетање авиона, пилоти погођених ваздухоплова су тражили уточишта на тој територији, вршено је осматрање, давана логистичка подршка и слично). Но, то не треба да чуди, јер је врховна команда НАТО-а (у тренутку када је кренула агресија на СРЈ) одузела СФОР-у право контроле лета над БиХ. Поред тога, прекршен је и Споразум “Два плус четири” из 1990. године, којим је дошло до уједињења две Немачке, али је остала на снази обавеза Немачке да, после Другог светског рата, користи своју војску само у одбрамбене сврхе. Напротив, уједињена Немачка је, супротно Повељи Уједињених нација и свом уставу (Основном закону), активно учествовала у наведеној агресији. Такође, прекршен је и Споразум о нормализацији односа између СРЈ и Републике Хрватске из 1996. године, који у члану 2 садржи одредбу да “обе уговорне снаге имају обавезу поштовања суверености, територијалне целовитости и независности друге уговорне стране”, као и да ће “јачати међусобно поверење, добру

³ Самим тим, прекршена су и основна начела на којима почива целокупни међународно-правни поредак, тј. начела садржана у Повељи Уједињених нација.

⁴ Споразум је званично потписан у Паризу, 14. децембра 1995. године.

⁵ То значи да су све ваздушне активности војне авијације у Босни и Херцеговини биле (и остале) подложне војним акцијама СФОР-а.

вољу, сарадњу и толеранцију”. Међутим, Хрватска је уступила НАТО-у свој ваздушни простор, чиме је погазила напред наведене одредбе, док је агресијом на СР Југославију НАТО пакт, такође, прекршио и Споразум са Русијом из 1997. године, који је предвиђао да ни једна страна не користи силу у Европи⁶.

НАТО пакт није одмах по отпочињању агресије 24. марта 1999. године користио муницију са осиромашеним уранијумом, већ је то учињено 28. и 30. марта 1999. године, када су ваздухопловне снаге САД, из својих авиона А-10 гађале град Призрен (његов шири рејон) овом муницијом. Оваква дејства су настављена и у даљем току агресије, с тим што је током априла и маја месеца, као и почетком јуна, бомбардован простор некадашње Савезне Републике Југославије, али претежно простор Републике Србије. Међутим, оно што треба посебно нагласити, јесте чињеница да се често нису бирали циљеви, па су у преко 60% случајева то били цивилни циљеви и то најчешће у насељеним местима, док се око 40% свих напада овим авионима (А-10) десило у последњих 10 дана агресије⁷. Последице дејства ове врсте муниције су фаталне, боље рећи катастрофалне по људе, биљни и животињски свет, с обзиром на то да је дошло до трајне контаминације

Становништво Републике Српске и Републике Србије је током НАТО агресије (предвођене САД и њеним савезницима) 1995, односно 1999. године, бомбардованом недозвољеним средствима, која су оставила трајне последице на здравље људи⁸. Зато су Италијани тражили, од своје Владе, узроке смрти својих војника, који су били у мисији на Балкану. Такође, они су тражили да им неко (њихова Влада, Влада САД, НАТО савез, чланице НАТО-а...) пружи конкретне податке о разлозима зашто су војници, који су били у мисији на Балкану, добили децу са веома тешким деформитетом. Наиме, они су у Републици Српској прикупљали материјал који је заостао од бомбардовања, тако да је, у Италији, од краја ратова на Балкану (Босна и Херцеговина, Косово и Метохија), па до краја тзв. “Балканског синдрома”, умрло 45 италијанских војника, док је 515 повратника са Балкана оболело од рака штитне жлезде⁹.

⁶ Иако су се на одредбе овог споразума позивали тадашњи руски шеф дипломатије Иванов и руски министар одбране Сергејев, њихови апели су остали безуспешни.

⁷ Овај податак, сам по себи, говори какве су биле стварне намере агресора.

⁸ То се врло брзо показало као истинита тврдња, јер су, најпре, почели да оболевају сами војници који су учествовали у овим операцијама (пре свега, италијански војници).

⁹ Судска пракса у Италији је потврдила постојање везе изложености дејству муниције са осиромашеним уранијумом и оболевања од тешких болести, па је Врховни суд Италије пресудио да,

Злоупотреба научних достигнућа у ратне сврхе

Неспорно је, на основу напред наведеног, да је осиромашени уранијум веома опасан по здравље људи, а у прилог томе говори чињеница да је фебруара 1980. године, судским налогом државе Њујорк, забрањен рад фабрике за производњу пенетратора од осиромашеног уранијума. Међутим, без обзира на ову забрану, која је тада била стара скоро пуне две деценије, Влада САД је тврдила да осиромашени уранијум није штетан по здравље људи и дозвољава његово коришћење у ратним дејствима?! Када је у питању Операција “Племенити наковањ” (енгл. *Operation Noble Anvil*), која је изведена после 3,5 година од Операције „Намерна сила” (енгл. *Operation Deliberate Force*), треба рећи да је становништво Србије убијано и климатским оружјем. Наиме, многи су се тада питали (мада је, чак и 20 година после бомбардовања СРЈ, на небу Србије могуће видети такву слику), какве су то летелице (авиони), које праве различите акробације и, притом, остављају дуготрајне беле трагове за собом. То, међутим, није била кондензована водена пара какву смо навикли да виђамо из млазних мотора и коју смо гледали још као деца, него су то били облаци наночестица, чија је основна сврха била да ометају српске радаре и комуникације. Но, оно што је још опасније, јесте чињеница да су ови облаци утицали и на временске прилике¹⁰, које је могуће модификовати електромагнетним зрачењем, помоћу мреже постројења, познатом по називу HAARP (High-frequency Active Auroral Research Program).

На овом месту се нећемо посебно бавити HAARP-ом, али ћемо указати на чињеницу да је Никола Тесла о његовој примени, тј. примени електромагнетизма у војне сврхе, писао још 1908. године, наводећи да ће се “ратови у будућности водити применом електричних таласа”, као и да је још тада било могуће направити “бежична енергетска постројења, којима би се било које подручје на планети могло начинити неподесним за живот”. Нажалост, временом је дошло до злоупотребе бројних научних достигнућа, којима је и сам Тесла, један од највећих научника човечанства, дао несебичан допринос, тако да су и хемијски трагови, који често

због тога, треба да се надокнади штета италијанским војницима. Отуда, ова пракса има велики значај да наши адвокати и правници реагују и поднесу појединачне тужбе у име грађана који су оболели. О овоме видети шире: Станојевић, М.А., *Године ћутања*, ПАНУВИС, Ниш, 2019, стр. 78–79.

¹⁰ <https://www.nrl.navy.mil/news/releases/nrl-scientists-produce-densest-artificial-ionospheric-plasma-clouds-using-haarp>.

пута шарају небо, резултат наставка примене његове технологије¹¹. Тако је и са мистериозним авионским траговима на небу, који су, последњих година, постали предмет бројних контроверзи. Међутим, као што је то и у другим областима живота, тако је и овде: истина полако, али сигурно, излази на видело. У свом сведочењу, на Конференцији одржаној 2007. године, италијански генерал Фабио Мини¹² је први почео да говори и пише о постојању “нове генерације оружја” које убија, али изгледа природно?! Он је том приликом навео да су у ратним условима хемијски елементи попут алуминијума, баријума и натријума, често коришћени, јер омогућавају скретање електромагнетних таласа. Што је још опасније, климатско оружје може бити коришћено и за изазивање одређених елементарних непогода, поплава и, чак, разорних земљотреса!?

Без обзира на то што постоје одређена спорења, неслагања и приговори да је све ово измишљено, дело нечије бујне маште или, чак, теорије завере, чињенице говоре сасвим другачије. Наиме, све је почело пре три деценије, када је творац НААРП-а, амерички физичар Бернард Истлунд 1987. године, у свом ауторском тексту под називом “Метод и опрема за модификовање региона у Земљиној атмосфери, јоносфери и/или магнетосфери”, објаснио да је овај систем емисионих постројења направљен “да би загрејао део јоносфере и претворио је у огледало од плазме, од које би се радарски зраци рефлектовали и откривали веома удаљене циљеве, који су невидљиви због закривљености површине Земље”. Званичне институције и наука САД су протеклих деценија негирале употребу хемијских елемената у војне сврхе, наводећи да се све то радило како би се спречили ефекти глобалног загревања, које изазива тзв. “стаклена башта”. Међутим, ситуација се знатно променила када су објављени резултати истраживања Елане Фриленд у књизи која је посвећена хемијским траговима¹³, НААРП-у и потпуној доминацији на планети Земљи¹⁴. Ово дело, већ пуних пет година, изазива праву буру у

¹¹ Ова Теслина достигнућа названа су „зраци смрти“, иако је он свој изум назвао „Teleforce“ (телесила), која је, по његовом мишљењу, била довољно снажна да сруши авионе и убије људе одмах. Он се надао да ће његов проналазак омогућити националне енергетске оgrade, која би уништила сваког непријатеља који би прошао кроз њу, што би учинило ратове потпуно бесмисленим и довело до њиховог окончања. Међутим, то многим (пре свега, великим силама – тада САД-у и СССР-у) није одговарало, тако да његов пројекат није прихваћен за финансирање у мирољубиве сврхе.

¹² Некадашњи начелник Здруженог штаба НАТО-а за операције на Балкану и командант КФОР-а у периоду од 2002. до 2003. године.

¹³ Chemtrails (чита се кемтрејлс – енгл. од chemical: хемикалија и trail: траг).

¹⁴ Freeland, E., *Chemtrails, HAARP, and the Full Spectrum Dominance of Planet Earth*, Elana Freeland and Feral House, 2014.

целом свету, а посебно у САД, јер даје доказе о постојању и коришћењу многих убојитих средстава, која су произведена, управо, “захваљујући” употреби технологија базираних на Теслиним открићима.

Оно што нас у овом раду посебно интересује и на шта желимо да укажемо пажњу, јесте општепозната чињеница да је, у ратним условима (као и у одређеном временском периоду после завршетка рата), најугроженије људско право – право на истину. Зато је и основни циљ аутора да становништву Републике Српске и Републике Србије отворе очи и пробуде их у времену, како би сазнали право стање ствари. Наиме, врло често се дешава да у послератним условима дође до подељености становништва на државе у одређеним погледима, па је тако било и код нас (таква ситуација је и дан-данас). На једној страни су они који, износећи доказе, тврде да је бомбардовање 1999. године изазвало праву еколошку катастрофу, да су се последице осетиле већ после неколико месеци и да оне сваким даном расту, са великом неизвесношћу шта ће бити у ближој и даљој будућности. На другој страни су они који су вршили ову агресију (учествовали у бомбардовању) и њихови сарадници у нашој земљи, који лобирају за евро-атлантске интеграције и тврде да наведена агресија није изазвала никакве штете. Очигледно, истина је овде заобиђена, али њу осећају грађани Републике Србије, који све више оболевају од канцерогених и других болести, али званични државни органи то ретко саопштавају, анализирају и коментаришу.

Ускраћивање правих информација

Од свих чланица НАТО-а, САД, тј. њихова администрација, настојала је (а то и данас чини) да заташка последице коришћења муниције са осиромашеним уранијумом, релативизује здравствене утицаје на становништво и умањи опасност од осиромашеног уранијума. То је, нажалост, учинила и Светска здравствена организација, која је из једног извештаја од 2001. године упућеног Уједињеним нацијама, фалсификовала истину избацујући податак да је оружје са осиромашеним уранијумом, које је коришћено на просторима бивше СРЈ 1999. године, опасно по здравље људи и канцерогено. Супротно овоме, Кит Бавершток (британски физичар и бивши шеф радиолошког одељења СЗО) је, у свом извештају, навео да је “оружје са осиромашеним уранијумом канцерогено и генотоксично, тј. да оштећује генетски материјал, што доводи до деформитета новорођене деце”. Бавершток је даље навео да су испи-

тивања, обављена у радиолошкој лабораторији Министарства одбране САД, недвосмислено показала генотоксичност осиромашеног уранијума. Међутим, Светска здравствена организација му је забранила да све те, научно доказане, податке било где објављује, док је Мајк Рипачоли, као члан ове организације, чак написао и потписао да је осиромашени уранијум здрав и да су потребне велике количине, како би се манифестовале штетне последице по здравље људи¹⁵.

Међутим, чињенице говоре нешто сасвим друго, јер су резултати испитивања најреферентнијих установа специјализованих за мерење контаминираниости ваздуха, земљишта и воде, указали на то да се, на основу присутних радионуклида¹⁶, са сигурношћу може тврдити да узорци остатака муниције и земљишта садрже осиромашени уранијум. Тако, према извештају Института за нуклеарне науке “Винча” од 23.4.1999. и 21.5.1999. године, “на основу граница које је прописала Међународна агенција за атомску енергију из Беча 1996. године, испитивани материјал је радиоактиван... Имајући у виду брзину којом се муниција испаљује, као и измерене активности које су **неколико стотина хиљада пута веће од просечног природног садржаја** ²³⁸U у земљишту, може се закључити да примена испитиване муниције доводи до контаминације животне средине са дугорочним последицама по животну средину и локално становништво”. Наиме, муниција са осиромашеним уранијумом, по самим ефектима свога дејства, представља високотоксично радиоактивно оружје, које је штетно по живи свет. Управо због чињенице да ово оружје оставља штетне последице ван бојног поља и то, пре свега, цивилима (лицима која нису учествовала у ратним дејствима) за време, као и после ратног сукоба, његова употреба се сматра грубим кршењем закона рата, што је био случај и са током НАТО бомбардовања СРЈ 1999. године, када су прекршени основни принципи међународног хуманитарног права. Ови принципи су дефинисани Хашким конвенцијама из 1899. и 1907. године, Женевским конвенцијама из 1923, 1925. и 1949. године и Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу из 1945. године.

¹⁵ Карла дел Понте, која је била, скоро читаву деценију, главни тужилац при Међународном суду за ратне злочине почињене на подручју бивше Југославије (тзв. „Хашки трибунал“), изјавила је да „НАТО и САД, бомбардујући Републику Српску 1995. године и СР Југославију 1999. године, нису повредиле Женевске конвенције“. То је у својим обраћањима јавности изјавио и амерички амбасадор у Србији, не желећи да призна велику штетност бомбардовања СРЈ и употребе муниције са осиромашеним уранијум.

¹⁶ Радионуклид или радионуклеид је радиоактивни изотоп једног хемијског елемента, који је супротан стабилном изотопу.

Без обзира на то што је истина дуго скривана, резултати истраживања UNEP-а (*United Nations Environment Programme*), како током бомбардовања, тако и после завршетка ратних сукоба, показују сасвим другачију слику. Наиме, да ситуација на терену (местима која су бомбардована) није онаква, као што се приказује бројним извештајима (“стручним” и “званичним”) од стране оних који су бомбардовали СРЈ, говори и податак да су припадници мултинационалне бригаде “Запад”, одмах по уласку КФОР-а на Косово и Метохију (новембар 1999. године) добили бројна упутства. Она су била садржана у нуклеарно-хемијско-биолошком приручнику, под називом: “KFOR International Brigade West / MNB-W/ Depleted Uranium / Information book”, при чему је на насловној страни била мртвачка глава, која упозорава на радиоактивну опасност. Овај приручник садржи детаљна упутства о понашању припадника КФОР-а и њиховој заштити, при чему указујемо на тзв. “Златна правила”, која саветују да се држе што даље од тенкова, возила и зграда погођених пројектилама са осиромашеним уранијумом, да носе заштитну маску уколико раде на удаљености до 500 метара од њих, да често перу униформу и да су храна и вода неупотребљиви, уколико дођу у контакт са прашином осиромашеног уранијума. То значи да су САД и друге земље чланица НАТО-а много година раније биле упознате са последицама и канцерогеним дејством ^{238}U , што је објављено и у документу америчке војске још 1995. године¹⁷.

Због напред наведеног, треба погледати истини у очи и јасно свима рећи да употреба муниције са осиромашеним уранијумом, приликом бомбардовања територије СРЈ 1999. године, представља употребу оружја за масовно уништење и повреду основних принципа међународног хуманитарног права, па се као таква може квалификовати као ратни злочин¹⁸, који се, између осталог, састоји у “...коришћењу муниције која се лако распрскава у људском телу... коришћењу оружја, пројектила, материјала и метода ратовања, који узрокују тешке повреде или непо-

17 *Health and Environmental Consequences of Depleted Uranium use in the U.S. Army: Technical report*, AEPI – U.S. Army Environmental Policy Institute, June 1995. Доступно на: https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Tomei_Torres/publication/263890814_Health_and_Environmental_Consequences_of_Depleted_Uranium_Use_in_the_US_Army/links/54bf9f4a0cf2acf661ce1caf.pdf, последњи пут приступљено: 25.7.2019. године.

18 Не постоји јединствена дефиниција термина „ратни злочин“, али у најопштијем смислу, он представља тешка и озбиљна кршења ратног права и обичаја, због којих се њихови починиоци могу кривично гонити. Члан 8 Римског статута Међународног кривичног суда (Римски статут је међународни уговор којим је створен овај Суд, а ступио је на снагу 1. јула 2002. године) дефинише ратни злочин као „тешке повреде закона и обичаја почињених у међународном

требне патње или се истим крши међународно право оружаног сукоба”. Деловање осиромашеног уранијума на људе, биљни и животињски свет је трајно и, у многим сегментима се не може умањити, па су зато ефекти његовог дејства фатални за човека (и живу силу, уопште), јер долази до трајне контаминације са катастрофалним последицама. На то штетно дејство су указивали најеминентнији стручњаци из земље и иностранства, а један од њих је и проф. др Слободан Чикарић, који је својим дугогодишњим истраживањем анализирао стање повећања малигних болести у Србији и утврдио да број оболелих, почев од 2001. године, па све до данас, стално расте. То је уочено на свим локацијама и код оба пола. Тако је он назвао “српском катастрофом” стање које указује на то да је 2014. године број новорегистрованих малигних тумора у Србији за 2,8 пута већи него у свету и да ће, највероватније, у периоду који долази, овај број и даље расти.

Бомбардовање Републике Српске и последице због коришћења муниције са осиромашеним уранијумом

У овом делу рада морамо нагласити чињеницу да тај “одбрамбени” савез (НАТО), није поштедео својих “услуга” ни Републику Српску и то три и по године раније. Наиме, САД, Велика Британија, Француска, Шпанија, Италија, Холандија и Турска (значи, не све земље чланице овог савеза) су, скоро пуне три недеље, бомбардовале Војску Републике Српске, помажући, на тај начин, тзв. “Армију БиХ”, ХВО и Војску Хрватске. По неким подацима, убијено је више од стотину људи (Срба), мада тачан број убијених цивила и војника никада неће бити утврђен, јер по неким подацима, тај број се мери хиљадама?!¹⁹ Међутим, оно што је још трагичније и са далекосежним последицама, а што се може, бар приближно утврдити, јесте чињеница да становништво Републике Српске и дан-данас умире од малигних болести, које су, управо, последица употребе муниције са осиромашеним уранијумом. Наиме, на српске положаје је, од стране НАТО авијације, бачено преко 1.000 бомби, од чега је више од 700 навођених, а укупна тежина баченог експлозива је износила око 10.000 тона. Ова акција

оружаном сукобу“.

¹⁹ Војна алијанса, позната под називом НАТО, формирана у одбрамбене сврхе, извршила је, у последњој деценији XX века, агресију на Републику Српску Крајину, Републику Српску и СР Југославију и, притом, усретила више од 4.000 људи, остављајући несагледиве последице, које ће трајати „док је света и века“.

је названа “Намерна сила”, а “објашњење” за коришћење радиоактивне муниције је било да “она треба Србе у БиХ да доведе за преговарачки сто”.

Нажалост, као и многе друге чињенице које су од националног значаја за опстанак српског народа, тако је и овај податак временом мало истицан и, самим тим, полако заборављан. Прошло је скоро четврт века од тог бомбардовања, а да се о том НАТО “демократском” осиромашеном уранијуму, није много дискутовало, ни у политичким круговима, ни на научним скуповима, а ни у свакодневnoj јавности. Но, последице су ту! Од тешких болести умире све више људи и то, нажалост, младих. Домаћи и страни стручњаци су о томе говорили много раније, тј. после саме агресије, најављујући прави скок малигних обољења. То се, посебно, односи на места која су тада била под контролом Војске Републике Српске – Хаџићи, Илијаш, Вогошћа, Јахорина, Пале и Братунац. О томе смо говорили и у претходном делу рада, а овде још једном указујемо на стравичне последице бомбардовања Хаџића, чији су становници (њих око 5000), после потписивања Дејтонског споразума, прешли да живе на подручју Братунца. Међутим, врло брзо, за само четири-пет година после бомбардовања, умрло је од неке врсте карцинома око 400 пресељених становника Хаџића, који су сахрањени на братуначком гробљу, а према неким подацима до сада је умрло око 800. Оно што посебно чуди јесте да за све ове године Република Српска није реаговала, нити тражила одштету?! А, НАТО “демократски” уранијум, као тихи убица, и даље односи жртве.

С обзиром на то да се овој теми “број 1” није довољно посвећивала пажња протеклих година, о последицама се могло чути само из саопштења одређених званичника, пре свега, припадника медицинске струке. Тако, познати хирург и универзитетски професор Славко Ждрале је, пре годину дана, изјавио да су током наведене агресије, највише гранатирани насеље Павловац у Српском Сарајеву (бомбардован је велики резервоар питке воде), затим Лукавица, касарна у Јахоринском потоку код Пала, радарски системи на Јахорини и српски војни положаји у општини Источни Стари Град. Професор Ждрале је, том приликом, рекао да је НАТО користио пројектиле са осиромашеним уранијумом²⁰, ради постизања веће разорне моћи. Ови пројектили су били радиоактивни, тако да је, већ после само пет година (2000), уочен драстичан пораст једног броја малигних обољења (злоћудних тумора), пре свега, обољења коже, диге-

²⁰ Тако, на пример, коришћене су авио-бомбе, митраљеска муниција, пушчана муниција и слично.

стивног трака, респираторног система и крви²¹. Ти застрашујући подаци су се доста разликовали од резултата, тј. сличних података из 1996, 1997. и 1998. године, а истраживања су показала да је већина ових малигнух обољења констатована код пацијената који су долазили са бомбардованих подручја из 1995. године. То се односи, пре свега, на више пута бомбардоване локације (на пример, Хаџићи), које су “бесомучно” и “насумично” бомбардоване огромним бројем пројектила, што је довело до погубног деловања на људе, животиње, воду, земљу и ваздух (на природу у целини). Отуда не чуди избијање праве ерупције малигнух обољења²², што се убрзо одразило и на здравље страних војника, који су учествовали у овом бомбардовању²³. Државе чланице НАТО савеза, које су учествовале у бомбардовању Републике Српске, оповргавале су и нерадо прихватале понуђене доказе о штетном деловању коришћене муниције са осиромашеним уранијумом, јер су знале да, у случају признања или позитивног решавања тужбених захтева за накнаду штете, морају да исплате велика обештећења оболелим припадницима мултинационалних снага.

У досадашњем току рада смо, на неколико места, указали на токсичност и велику штетност осиромашеног уранијума, који, ако уђе у организам човека, буквално разара ћелију, врши њену деструкцију и доводи до наглог бујања малигнуог ткива. Зато не треба да чуди ни податак да су, често, оболевали и становници који су живели 40-50 километара далеко од места дејствовања наведених пројектила, јер су они веома токсични и трују све око себе. Уколико се неко и усудио да истражује и пише о последицама наведене агресије, ризиковао је да буде смењен и удаљен са функције коју је обављао, што се и догодило, када је, између осталих, од стране Педија Ешдауна, тадашњег високог представника Међународне заједнице за БиХ²⁴, смењен и Драган Калинић. Разлог његовог смењивања је залагање да се домаћој и светској јавности предоче резултати истраживања о страдању Срба после НАТО бомбардовања. Зато, Република Српска и

²¹ У свом извештају из августа 2018. године, др Ждрале је потврдио наше напред наведене податке о страдању становника Хаџића, које је највише бомбардовано током агресије.

²² Ове податке су, у својим истраживањима, потврдили и научници у другим земљама света, који су истраживали деловање осиромашеног уранијума на здравље људи.

²³ Међународни фактори су годинама после бомбардовања Републике Српске чинили све да оповргну налазе домаћих и страних стручњака, али су после бројних научних излагања (заснованих на дугогодишњим истраживањима) саопштених на стручној међународној конференцији у Бриселу 2001. године, полако почели да прихватају чињенице које су биле неумољиве.

²⁴ Само у једном дану, сменио је 59 јавних и партијских функционера (углавном, чланова СДС-а), а укупно 90 званичника (углавном из Републике Српске).

њене институције треба да следе потез Републике Србије и њеног Парламента о оснивању Комисије за утврђивање последица НАТО бомбардовања (мада је и то учињено са великим закашњењем), чији би основни задатак био сазнавање истине о стварним последицама бомбардовања, утврђивање тачног броја погинулих и умрлих након бомбардовања, као и броја оболелих који се, данас, лече од најтежих болести. Такође, задатак ове комисије би био да санкционише све одговорне за злочин над српским народом, да породицама страдалих помогне у обештећењу, а оболелима омогући лечење у најеминентнијим домаћим и страним медицинским установама.

Оно што посебно изненађује и још више забрињава, јесте чињеница да овој најзначајнијој теми, “проблеми свих проблема” који подједнако прети како становништву Републике Србије, тако и становништву Републике Српске, до сада није посвећена потребна пажња. Наиме, није дата неопходна стручна, правна, медицинска, финансијска и свака друга подршка истраживањима, како би наведене тврдње биле научно доказане и у међународним институцијама. Зато, последице НАТО бомбардовања Републике Српске из 1995. године и СР Југославије из 1999. године, још нису довољно истражене, ни од државних институција, ни од невладиног сектора²⁵. Такође, још није тачно утврђено колико је пројектила са осиромашеним уранијумом бачено и на којим локацијама (подаци у различитим извештајима се разликују), као ни колико је тачно било жртава. Посебне разлике постоје у утврђивању материјалне штете, због уништавања инфраструктуре и других значајних објеката, као и у саопштењима од стране бројних “експерата”, која се тичу дужине трајања последица по људско здравље, због употребе осиромашеног уранијума приликом наведених НАТО агресија: у неким извештајима наилазимо на стручан налаз да ће то трајати стотинама година, у другим хиљадама година, а у трећим заувек, тј. да време полураспада ²³⁸U износи 4,5 милијарди година. На тежину и обим ових последица указао је и Милорад Којић, директор Републичког центра за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица Републике Српске. Примера за то има много, али је најупечатљивији онај који је испричао Жељко Самарџић, који је августа месеца 1995. године, са својих петнаестак сабораца, на локалитету Градиште у близини Пала, био изложен ракетирању НАТО бомбардера. Том приликом је испалено око 60 ракета обогаћених осиромашеним уранијумом. Услед удисања дима и

²⁵ На ово је указивао у својим извештајима директор Евроазијског безбедносног форума, Митар Ковач.

радиоактивне прашине, половина бораца није преживела, већ је умрла од малигних болести, док су други претрпели тешке последице.

Чињеница је да је над Републиком Србијом и Републиком Српском бачен огроман број неконвенционалних ракета са осиромашеним уранијумом, мада су то Уједињене нације, НАТО савез, па чак и Европска унија, годинама оспоравале, скривале истину и фалсификовале податке. Међутим, то није могло тако дуго да траје, јер су диоксини (веома токсичне материје) чија је концентрација у ваздуху била много пута већа од дозвољене, тако да се њихово присуство осетило у Грчкој, Украјини и Белорусији! Очигледно, ми смо били експеримент – требало је испразнити НАТО складишта са застарелом муницијом и видети како она делује на (туђу) живу силу. То је ратни злочин и геноцид (са одложеним, боље рећи, трајним дејством), за које нико није одговарао, а нико није ни тражио њихову одговорност?! С обзиром на то да ова кривична дела не застаревају и да никада није касно да се тражи правда за жртве и одговорност за злочинце, аргументима науке треба изаћи пред међународне институције и надлежне судове. Полако, али сигурно, истина излази на видело, јер већ постоји неколико правоснажних пресуда највиших судова у Италији, а све су чешћи захтеви за накнаду штете озрачених војника и других чланица НАТО алијансе. Тако се “зид ћутања” руши, јер су о последицама употребе муниције са осиромашеним уранијумом током наведених НАТО агресија проговорили и припадници италијанског, шпанског и других контигената КФОР-а на Косову и Метохији. И њихово здравље је нарушено услед канцерогених и генотоксичних дејстава забрањене муниције. А, они који су је употребљавали 1995. и 1999. године, одлично су знали шта ради и били упознати са последицама својих противзаконитих активности.

Није људски (а, ни српски) ћутати!

Много је српских народних пословица које представљају део културне баштине нашег народа и, због њиховог огромног броја, тешко их је, бар неколико, запамтити и увек користити у разговору. Међутим, ретко ко није чуо за пословице: “Ћутање злата вреди”, “Ћутање је злато”, “Ћути и гледај своја посла” и многе друге, које имају сличну поруку. Наравно, постоје и друге мудрости, које кажу: “Природа нам је дала по два ока и по два уха, а само један језик, да би смо могли више да гледамо и слушамо, а мање да говоримо”. Но, ове мудре мисли и поуке за живот нису универзалне и примењиве у свим могућим ситуацијама (иако су

врло корисне и треба их се, у већини случајева, придржавати). Таква је ситуација и са нашим односом према злочину који нам је почињен 1999. године, за време бомбардовања које је трајало пуних 78 дана, тако да се слободно може констатовати да смо ћутали и превише и предуго (пуних 18 година). Додуше, било је бројних негодовања, али незваничних, у пролазу, када се људи окупе и почну да причају о нанетом злу, убијеним људима, разореним градовима, затрованом животном простору, али тај гнев није исказиван јавно и није се ишло даље од тога. Тек пре две године (2017), код једног круга интелектуалаца окупљених у Српској краљевској академији научника и уметника (СКАНУ), родила се идеја да се са таквом “праксом” престане и да се окупе слободоумни и храбри припадници различитих професија, који би имали прилику да, на једном заједничком скупу, подигну свој глас и затраже одговорност оних који су нас бомбардовали. Та идеја је сазрела скоро годину дана, да би се остварила јуна 2018. године, када је у Нишу, на челу са адвокатом др Срђаном Алексићем, одржан научни скуп посвећен овој теми. Пре тога, 8. фебруара 2018. године, формиран је Стручни савет, чија је улога била да уобличи даље потезе и сагледа ову проблематику са више аспеката, као и да припреми одржавање првог научног скупа²⁶. Отуда овај научни скуп представља прави “ехо истине” и он је, на неки начин, дао смернице за даље активности, у циљу изналажења могућности за задовољење правде.

На наведеном научном скупу констатовано је, пре свега, да смо предуго били “успавани”, тј. да смо ћутали за време бомбардовања, као и скоро две деценије после његовог завршетка!? А, чињеница је да је злочин почињен и да неко за то треба да одговара, посебно због тога што се број жртава није завршио Кумановским споразумом 9. јуна 1999. године, који је означио крај НАТО агресије и прекид ваздушних удара. Наиме, из године у годину, све до данас, број жртава се повећава због све већег степена морталитета од карцинома, што је последица бомбардовања осиромашеним уранијумом. Готово да нема града у Србији који није био мета агресора (једанпут или више пута)²⁷, при чему је бачено око 15 тона осиромашеног уранијума (САД су признале 11 тона), непозната количина плутонијума и 25 тона барута. Зато се слободно може рећи да је, том приликом, вођен

²⁶ Сигурно је да ће за будући рад Савета бити од велике користи чињеница да је Истражна комисија италијанског парламента, пре нешто више од пола године, утврдила да постоји јасна веза између излагања осиромашеном уранијуму и оболевања италијанских војника који су боравили у мисијама на Косову и Метохији и Босни и Херцеговини.

²⁷ Влада Републике Србије је саопштила податак да је у бомбардовању погинуло најмање 2.500

хемијски и радиолошки рат са циљем да се изазове еколошка катастрофа (у чему су НАТО и успео), јер су постројења хемијске и нафтне индустрије и складишни простори са опасним и штетним материјама бомбардовани у више наврата у Панчеву²⁸, Новом Саду, Прахову, Бору, Лучанима и другим местима²⁹. Отуда, не чуди податак да све више америчких лекара и војних аналитичара говоре о штетности и разорним последицама осиромашеног уранијума на здравље људи³⁰.

Имајући пред собом ове податке, оправдано се постављају бројна питања, и то, пре свега: зашто је политички врх наше државе за протекле две деценије “гурао под тепих” питање употребе осиромашеног уранијума у агресији НАТО-а на СР Југославију³¹. Почетком 2017. године, на Хемијском факултету Универзитета у Београду, одржан је округли сто који је био посвећен управо овом питању, са жељом да се бројни проблеми који су настали после НАТО агресије сагледају мултидисциплинарно, са више аспеката и да се дају одговори на поједина питања, која су скоро пуне две деценије остала нерешена. Због тога је овом скупу присуствовало преко 100 научника, професора универзитета, чланова појединих академија наука, научних института и припадника других професија, који се не мире са досадашњим односом према злочину који је учињен према Србији и српском народу. Свој допринос одржавању овог скупа дали су бројни лекари специјалисти (пре свега, онколози, радиолози и хематолози), физичари, хемичари, правници, социолози, технолози и други. У тражењу одговора на питање зашто се скоро пуне две деценије упорно ћути и ништа не предузима према онима који су својом агресијом на једну суверену земљу, направили “ратни злочин” и изазвали “геноцид са одложеном дејством”, сви су жељно очекивали интернет укључење др

људи, док је рањено и повређено више од 10.000, а материјална штета је процењена на 100 милијарди америчких долара.

²⁸ Панчево је три дана било прекривено густим облаком загушљивог и отровног дима, па је током целог дана морало да буде упалено светло у домаћинствима, која су бомбардовање дочекала и провела у својим домовима.

²⁹ Тако, на пример, панчевачка „Петрохемија“ је намерно гађана и притом погођен резервоар, у коме је складиштено једињење које се користи за израду пластичних маса (врло отровно и канцерогено).

³⁰ Веома су алармантни и забрињавајући извештаји појединих светских института, који указују на велики садржај радиоактивних елемената у води, ваздуху и земљишту на подручју Републике Србије, као и у контролисаној храни.

³¹ Представници наших највиших политичких институција су, често пута, на различите начине забрањивали да се о овом питању, у свим аспектима, расправља, да оно буде у потпуности, у свим својим димензијама, предочено нашој и страниј јавности.

Јасмине Вујић, која је редовни професор на Универзитету у Берклију³². У разговору који је трајао више од сат времена, она је у једном тренутку и сама поставила питање зашто се толико чека и шта је разлог да наша јавност није упозната са резултатима који су саопштени на научном скупу, одржаном само годину дана после бомбардовања (2000. године у САД). Наиме, овом скупу је присуствовао велики број научника, који су презентовали резултате својих истраживања и исте објавили у научним радовима, који су штампани у зборнику на енглеском језику у обиму од око 1.000 страна. Они су тај зборник, у одређеном тиражу, послали нашој тадашњој власти, али српска јавност никада није упозната са резултатима који су објављени у њему?!

Не може се, са сигурношћу, дати одговор на ово питање, али је недвосмислено један од разлога неспремност државних органа да се више ангажују на решавању овог проблема, незамерање са НАТО алијансом и њеним чланицама (који су нам, у међувремену, постали најближи “партнери” и “савезници”), идеолошка пристрасност и довођење на поједина кључна места људи по партијској линији, а не по стручности и слично. Такође, овоме је допринела и чињеница несхватања степена опасности коју носи сав тај радиоактивни материјал, који је разбацан по Србији (пре свега, на Косову и Метохији) и недовољно истражен. Означено је неколико (5) црних еколошких тачака, односно градова у којима су бомбардована петрохемијска, нафтна и друга постројења, трансформатори са пираленом, фабрике лакова и боја и других хемијских производа: Нови Сад, Панчево, Крагујевац, Бор и Врање. Посебно чуди (и забрињава) податак да је Народна скупштина Републике Србије тек крајем маја 2018. године изабрала Комисију за истрагу последица НАТО бомбардовања 1999. године по здравље и животну средину, о чему ће она свој први прелиминарни извештај поднети кроз две године (2020). Основна сврха и циљ формирања ове комисије јесте утврђивање истине, јер изгубљене жртве, велики број оболелих и цео наш народ то заслужују.

³² Јасмина Вујић је била прва жена декан Катедре за нуклеарни инжењеринг на високо котираном факултету у САД-у, а сада је директор Центра за нуклеарна истраживања.

Резултати истраживања Комисије за утврђивање последица НАТО бомбардовања

За непуних годину дана утврђене су катастрофалне последице НАТО агресије по живот становништва и околину у којој живе. Једно од првих истраживања тиче се Крагујевца и фабрике “Заводи Црвена застава”. Наиме, недвосмислено је утврђено да је током овог злочиначког подухвата река Лепеница затрована пираленом, једним од највећих и најканцерогенијих токсина (дошло је до контаминације пираленом слива Лепенице од Крагујевца до ушћа Лепенице у Велику Мораву)³³. Тако је истраживање Рударско-геолошког факултета у Београду, извршено у првој половини 2019. године, показало да је загађеност (контаминираност) испитиваних места и до десет пута већа од граничних вредности пиралена. Оно што се од самог почетка (извршеног бомбардовања) причало, после пуне две деценије се и потврдило, а то је чињеница да је приликом ове агресије дошло до разарања великих индустријских трафоа у Заставином погону “Лакирница” и ослобађања веће количине пиралена, при чему је дошло до највеће контаминације (у досадашњој историји) овим токсичним материјалом слива реке Лепенице. Ови резултати су тачни (егзактни)³⁴ утврђени на основу спроведене студије која је финансирана од стране Европске уније, а анализа резултата је рађена у Чешкој, у референтним лабораторијама за пирален³⁵. Научна истраживања стручњака са Рударско-геолошког факултета у Београду, на челу са проф. др Иваном Матићем³⁶, показала су да је контаминирано читаво приобаље реке Ждраљнице и Лепенице. Међутим, треба нагласити да је о последицама изливања 3.000 литара пиралена током бомбардовања крагујевачке “Заставе” прва говорила др Миљана Стојановић Милосављевић (рођена Крагујевчанка), која је одбранила докторску дисертацију на Биолошком факултету у Београду, а која је била посвећена (првом) детаљном научном приказу судбине Крагујевчана после наведене агресије. Нажалост, било је оних којима се то што је писала у својој дисертацији

³³ Ово је, у бројним интервјуима и саопштењима за јавност, изјавио председник Комисије за утврђивање последица НАТО бомбардовања, доц. др Дарко Лакетић.

³⁴ Пирален, према становишту Светске здравствене организације, спада у ред највећих токсина који данас постоје и он је најканцерогенији.

³⁵ Председник наведене комисије, Дарко Лакетић, нагласио је да је још 2005. године било објављено истраживање о наведеним последицама, али да нико од надлежних није реаговао (ни законодавна, ни извршна власт државе).

³⁶ Члан тима који је израдио значајну студију под називом „Контаминација пираленима слива Лепенице од Крагујевца до ушћа у Велику Мораву“, која је рађена у периоду од 2002. до 2005. године.

и бројним научним радовима није допало, због чега је остала без посла. Умрла је 2010. године од тешке болести, која је највероватније настала као последица њеног вишегодишњег истраживања читавог приобаља река Ждралице и Лепенице, као и ушћа Лепенице у Мораву.

Чињеница је да је агресор, између осталог, имао за циљ да, на простору тадашње Савезне Републике Југославије (пре свега, Републике Србије), изврши експеримент “уживо” (латински *in vivo*), у намери да испита рушилачко дејство свог оружја, а пре свега, његов утицај на здравље становништва у току и после бомбардовања. То је чињено веома перфидно, јер је највећи број локација гађан овом забрањеном муницијом на Косову и Метохији, с обзиром на то да се на територији јужне српске покрајине налазе бројна изворишта река које су притоке Западне и Јужне Мораве, које у Сталаћу чине Велику Мораву (она се улива у Дунав). То је очигледан пример вођења радиолошког рата и геноцида са одложеним дејством, тако да је прошло довољно времена да се схвати једна чињеница: последице бомбардовања нашег цивилног и војног становништва, као и природе која нас окружује, више су него јасне и видљиве. Тако је, на пример, стручна јавност у области екологије, бомбардовање СР Југославије поредила са еколошком катастрофом, која не угрожава само наше становништво, већ шири простор Балкана.

Веома су забрињавајући подаци, који долазе из светских извештаја у смислу указивања на заштиту животне средине, коју су прогласили Бор, Панчево, Крагујевац, Врање и Нови Сад. Неспорно је да су наведени градови од стране појединих држава оформили тело УН за заштиту животне средине, проглашавајући наведене средине еколошки црним тачкама у Европи. Само један милиграм осиромашеног уранијума, који је унет у организам, може да изазове заустављање рада бубрега, поремећај централног нервног система, пораст малигну оболeња (рак плућа, штитне жлезде, јајника и органа за варење, леукемију), као и генетске поремећаје стерилитета код оба пола. То је потврдио и немачки професор др Хорст Гинтер Зигварт, који је вршио мерења на земљишту бившег војног логора у Сремчици код Београда. Он је, са својим тимом стручњака, закључио да међународни стручњаци са специјалном опремом треба да од стране присуство ^{238}U . Када је у питању подручје општине Бујановац, треба рећи да су све израженије генетске промене код животиња. Такође, локално становништво Врања је веома узнемирено, јер је брдо Пљачковица пуно уранијума, због чега 6.000 људи у Пчињском округу (коме и Врање припада), болује од канцера, док се у Дому здравља “Врање”, дневно региструје по два новооболела пацијента.

Подаци српског стручног часописа “Праксис медика” из 1997. године, говоре да је на одељењу пнеумофтизиологије у болници у Косовској Митровици било 2,6% оболелих од тумора плућа, а 2000. године, тај проценат се повећао на 22%. Према истом истраживању, на урологији је било 1,6% оболелих од тумора, а 2000. године (само годину дана после агресије НАТО-а на СРЈ), чак 10 пута више. Све то има за последицу да се у Србији региструје, сваке године, 30.000 новооболелих од различитих врста малигнитета. Оно што је веома значајно, јесте да су НАТО снаге, бомбардујући СРЈ, прекршиле бројне међународне конвенције, резолуције и протоколе, у које спадају: Конвенција о деловању на животну средину из 1927. године, Стокхолмска декларација из 1972. године, Конвенција о заштити светске природне баштине из 1982. године и многе друге. Употребом осиромашеног уранијума у муницији, бомбардовањем постројења хемијске индустрије и складишног простора пуног опасних и штетних материја, НАТО алијанса је угрозила становништво Србије и његово потомство. То је, несумњиво, повреда основних принципа међународног хуманитарног права, који се тичу употребе, тј. забране коришћења оружја којим се наносе непотребна разарања или сувишне патње становништву. Зато сматрамо да су у праву они који кажу да је тзв. “Милосрдни анђео” из 1999. године био, у ствари “фабрика смрти са продуженим дејством”³⁷

Одговорност и могући начини обештећења

Када је реч о одговорности за извршење одређеног кривичног дела, треба рећи да разликујемо две основне врсте одговорности – грађанско-правну и кривичноправну (то је био и један од основних закључака научног скупа у Нишу). Говорећи о првој врсти одговорности, указаћемо на чињеницу да је општеприхваћено правило у погледу надлежности суда да се поступак води по месту пребивалишта или седишту туженог, што значи да се судски поступци могу покренути пред судовима оних земаља чији су пилоти (и авиони) учествовали у бомбардовању и, притом, користили пројектиле са осиромашеним уранијумом. Међутим, овде важи и друго правило, по коме је критеријум за утврђивање надлежности (у случају

³⁷ Један од њих је и Станојевић М. Аца, аутор књиге „Године ћутања“, који у свом делу наводи и чињеницу да је над српским народом, поред бомбардовања, учињен још један злочин – због бомбардовања муницијом са осиромашеним уранијум, Србији и српском народу је направљена (и заувек остављена) сколошка катастрофа. Последице ове катастрофе осећаће сва наша покољења, с обзиром да се време полураспада²³⁸ У мери, не годинама, деценијама, вековима, миленијумима..., него милијардама година!

вануговорне одговорности) пребивалиште оштећеног, тј. подручје где је штета наступила, а где је штетна радња извршена³⁸. То значи да би се, према овом критеријуму, могла засновати надлежност судова у нашој земљи, тј. у Србији. Такође, овде је веома значајно питање активне и пасивне легитимације, тј. питање ко може да поднесе тужбу и тражи одговорност и против кога. Један од закључака наведеног скупа је био да су активно легитимисани Република Србија³⁹ и сваки појединац који је претрпео штету, тј. чије је здравствено стање угрожено због штетног деловања осиромашеног уранијума. С друге стране, пасивно је легитимисана држава чланица међународне организације (НАТО-а) за деловање те организације. Оштећени може од штетника тужбеним захтевом да тражи надокнаду материјалне и нематеријалне штете, лечење оболелих грађана, као и накнаду за отклањање штетних последица по животну средину. Постоји неколико начина, тј. облика у којима је могуће надокнадити штету, и ту спадају: реституција, компензација, рехабилитација, сатисфакција и осигурање да неће бити даљег кршења међународног права⁴⁰.

Такође, један од закључака овог научног скупа јесте и постојање кривичноправне одговорности. Наиме, у међународном кривичном праву постоји принцип индивидуалне кривичне одговорности, тако да, према правилима прописаним Римским статутом, међународне организације не могу да добију статус окривљеног, нити да буду изведене пред лице правде. Међутим, ако постоје одређени услови, могућа је кривична одговорност одређених (виших) званичника, и то: 1) ако нису предузели мере за сузбијање (спречавање) чињења злочина; 2) ако је реч о руководиоцу који је вршио ефективну контролу над својим подређенима или 3) ако је реч о особи која је знала или намерно занемарила информације о извршењу кривичних дела својих подређених. Појединци могу да носе кривичну одговорност само на основу националних закона, пред националним судом, с тим што ова одговорност постоји независно од места извршења дела и да ли су таква дела нормирана као кривична дела националним законодавством на чијој су територији извршена. Притом је потребно утврдити да ли постоје одређени елементи кривице, тј. да ли је учинилац био урачунљив, да ли је поступао са умишљајем или из нехата и да ли је имао свест или је био дужан да буде свестан о противправности учињеног дела⁴¹.

³⁸ Ово правило је преузето из међународног приватног права.

³⁹ Ово, због тога што је наша земља (Србија) сукцесор СРЈ и, отуда, има право да тражи одговорност агресора.

⁴⁰ О овоме видети шире: Станојевић, М.А., *Године ћутања*, ПАНУВИС, Ниш, 2019, стр. 92–94.

⁴¹ *Исто*.

Закључак

На основу свега наведеног, може се закључити да постоји веза између обољења која су се појавила после бомбардовања Републике Српске 1995. године и СР Југославије 1999. године. То су закључили бројни научници из различитих земаља, а на то указују и оболевања војника који су учествовали у акцији бомбардовања, као и у мисији КФОР-а. Посебно је алармантна чињеница да су неки од њих оболели током самог боравка на контаминираним подручјима или непосредно по повратку у своје земље. Становништво бомбардованих области је, такође, почело да оболева због последица бомбардовања и тај се број, нажалост, из године у годину мултипликује, тако да је тешко и пратити развој болести у појединим местима, која представљају тзв. “црне тачке”. Парламентарна комисија Министарства одбране Италије и тим водећих италијанских адвоката успешно су завршили процес пред италијанским судовима за италијанске војнике који су оболели од последица бомбардовања и понудили су српској страни предочавање судских списа, који би, и те како, могли бити од помоћи. Такође, из Израела је стигла понуда да Јавни суд у Тел Авиву, који има универзалну надлежност, арбитражу у спору који би се водио у спору против земаља учесница у НАТО агресији. Без обзира што Запад не интересује истина до које је пут каменит, али и проходан, заједничким снагама се може доћи до ње и задовољења правде за све невине жртве. Једна од најважнијих чињеница је да рокови за подношење тужбе Републике Србије и Републике Српске против НАТО-а због бомбардовања осиромашеним уранијумом нису прошли. Апсурд је да војници појединих земаља, чланица овог војног Савеза који је био агресор, добију компензације, а да то право буде ускраћено жртвама које су бомбардоване?!

ЛИТЕРАТУРА

Анђелковић-Лукић, М., *Дарови “Милосрдноганђела”*, Балканија, НовиСад, 2015.

Батављевић, Д., Лутовац, М., *Правни и еколошки аспекти НАТО агресије на СР Југославију 1999. године*, Правни живот, 2016, књига 583, број 9.

Батављевић, Д., Галић, Б., *Нато бомбардовање СРЈ и његов утицај на кршење еколошких права грађана Републике Србије*, Правни живот, књига 571, број 9, 2014.

Батавељић, Д., Лутовац, М., *Повећање броја оболелих као последица НАТО агресије на Савезну Републику Југославију*, у: Вујасин, Б. (уредник), Зборник радова “Исхрана будућности”, Друштво за популациону политику “Брег”, Нови Сад, 2016.

Влашковић, З., *Уранијум НАТО-а и даље убија на Косову. Контаминација земљишта чак 1.000 пута већа од дозвољене*, 24. март 2013, Online Media Press, доступно на: <http://www.pressonline.rs/info/drustvo/266854/uranijum-nato-a-i-dalje-ubija-na-kosovu.html>.

Ђуровић, Б., Спасић-Јокић, В., Петковић, С., Фортуна, Д., Селаковић-Мићуновић, В., Атлагић, Н., *Осиромашени уранијум. Методе детекције, санирање непосредних ефеката и превенција касних последица*, Драслар Партнер, Београд, 2011.

Жунић, С., *Рани и одложени здравствени ефекти осиромашеног уранијума*, Медијацентар “ОДБРАНА”, Београд, 2016.

Лазић, Б., *Страдање српског народа у ратовима и агресијама XX века на Балкану – штете причињене ратом – ратна одитета*, у: Зборник докумената међународног српско-словенског научног форума, Удружење Јужних Словена и Комитет за заштиту права ветерана и жртава рата Србије, Београд, 2007.

Рајковић, М., *Животна средина и осиромашени уранијум*, Хемијска индустрија, 2001; 55 (7-8):295–308.

Станојевић, М.А., *Године ћутања*, ПАНУВИС, Ниш, 2019.

The Continuing Legacy of Depleted Uranium Poisoning in Yugoslavia, 2013, доступно на: <http://educate-yourself.org/cn/depleteduraniumlegacyyugoslavia28aug13.shtml>.

Fisk, R., *Effects of DU in Yugoslavia*, 19. januar 2001, доступно на <http://www.wandsworth-stopwar.org.uk/du/yugo.htm>.

Freeland, E., *Chemtrails, HAARP, and the Full Spectrum Dominance of Planet Earth*, Elana Freeland and Feral House, 2014.

Health and Environmental Consequences of Depleted Uranium use in the U.S. Army: Technical report, AEPI – U.S. Army Environmental Policy Institute, June 1995.

<https://www.nrl.navy.mil/news/releases/nrl-scientists-produce-densest-artificial-ionospheric-plasma-clouds-using-haarp>

THE RIGHT TO THE TRUTH FOR THE CITIZENS OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND REPUBLIKASRPSKA

Prof. Dr Dragan Bataveljic*

Prof. Dr Mitar Lutovac, academician**

Abstract

In this paper the authors point to the fact that the NATO aggression was in conflict to its founding act, as well as to the principles contained in this agreement, signed exactly six decades ago. With this act, the basic principles laying the foundation of, so called, “system of collective defense” were broken since the aggression started without the approval of the UN Security Council. In addition, during the aggression, the ratified conventions and international agreements, such as those prohibiting the use of certain type of ammunition. Moreover, the air strikes were directed at destroying the country’s infrastructure which was in no way connected to military targets. Thus, a number of chemical factories, oil refineries, transformers containing pyralene and other non-military targets were destroyed in this action. The consequences of these acts appeared in no time, almost instantaneously, soon assuming the epidemic scales. However, the aggressor conceals the information and prevents the victims to realize their right to hear the truth. Until recently this was supported by certain UN bodies, World Health Organization, USA and most of NATO states. However, the truth is coming into light, slowly, but definitely. Therefore, it is necessary to keep reminding the international community that this act represented the violation of the international law and human rights, that is, that it was the “law of power” instead of “power of law”. Also, it is necessary to animate all competent world organizations to determine the exact degree of consequences of these crimes against humanity, to prosecute the offenders and compensate the victims.

Key words: *Republic of Serbia, Republika Srpska, depleted uranium, pyralene, cancer, leukemia, the right to the truth, compensation, National Assembly*

* University of Kragujevac Faculty of Law

** University Union “Nikola Tesla” Faculty of business and industrial management in Belgrade

УЛОГА НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА ДРЖАВА У МИРНОМ РЕШАВАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА

Академик проф. др Борис Кривокапић*

Анстракт: Најважнији међународни спорови су такви спорови у ужем смислу, а то су они између држава. У начелу, државе не прихватају да њихове важне спорове са другим државама решавају национални судови страних земаља. Ово како из принципјелних разлога (јер би тиме негирале свој суверенитет и правну једнакост са другом страном, чим се потчињавају одлуци њеног државног органа) тако и због разумљиве сумње у пристрасност страног суда у таквим споровима. И поред тога, понекад домаћи суд може расправљати спор у којем је један од учесника нека страна држава. Тако држава која је сама покренула спор пред националним судом неке друге земље или су упустила у такав спор, самим тим је прихватила надлежност тог суда. Имунитет државе остаје очуван утолико што је прихватање надлежности страног суда последица њене добровољне одлуке и, посебно, што се пресуда, ако је на њену штету, не може принудно извршити. Поред тога, данас се, у складу са доктрином функционалног имунитета, прави разлика између приватноправних и јавноправних послова и делатности државе и сматра да држава не може да одриче надлежност страног суда у стварима за које по њеном унутрашњем праву могу да се против ње подносе тужбе пред њеним сопственим судовима. Домаћи судови могу расправљати и друге ситуације са страним елементом, па могу и су-

* Руска академија природних наука – РАЕН, Пословни и правни факултет Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд, Правни факултет Самарског националног универзитета „С.П. Корољов“, Самара, krivokapicboris@yahoo.com.

дити за извршење најтежих међународних кривичних дела. Зависно од случаја, таква пресуда може помоћи да се спречи или изглади спор са страном државом (спорови могу бити не само правни већ и политички). Посебно су занимљиви судови за поморски плен, који су део националног система своје државе, али су по мого чему особени, а нарочито по томе што примењују међународно право. Општи закључак је да су у наше време глобализације национални судови држава све чешиће у прилици да примењују правила која су утврђена на међународном нивоу, па и да на разне начине решавају међународне спорове.

Кључне речи: међународно право, суд, имунитет, функционални имунитет, суд за поморски плен.

1. Начелна питања

У пракси се под међународним споровима најчешће имају у виду такви спорови у ужем смислу, што значи спорови између држава тј. између суверених јединки.

С тим у вези, јасно је да ниједна држава неће прихватити да њен важан спор са другом решава домаћи суд те друге или неке треће државе. Ово већ из принципијелних разлога, јер би тиме негирала свој суверенитет и своју правну једнакост са другом страном – чим се потчињава поступку у одлуци њеног државног органа. Уосталом, једно од основних начела међународног права је начело о сувереној једнакости држава.¹

Чак и ако се некако пређе преко ове основне препреке, остао би проблем сумње у непристрасност страног суда. Заиста, сигурно је да би у већини случајева суд (свесно или несвесно) био на страни своје државе, њеног виђења проблема и њених аргумената.

Наиме, премда је судство у модерним државама по дефиницији независно, то није случај у свакој савременој земљи, посебно у оној у којој је на делу неки облик диктатуре одн. ауторитативног режима. Уз то, у свакој држави, независно од прокламоване самосталности судске власти, судија, као у суштини државни службеник, може бити изложен утицајима од стране виших судских органа (нпр. председника суда) па чак и органа извршне власти. Такође, не треба заборавити да је судија скоро без изузетка домаћи држављанин дате државе, стално настањен

¹ Оно је садржано у максимама *Par in parem non habet imperium* (једнак над једнаким нема власти) и *Par in parem non habet iudicium* (једнак једнакоме не суди).

у њој, те да у начелу понекад није имун на свакојачке притиске и уцене.

Опасност да ће домаћи суд бити пристрасан постоји и онда када је судија честит човек који суди без икаквог мешања са стране, само на основу свог правничког знања и савести. Чак и ако он сам није свестан, његов поглед на свет, па тако врло вероватно и на спорну ситуацију односно услове који је дефинишу, обликован је добрим делом под утицајем образовања и искуства које је стекао у држави у чијој је служби, као и културних и других погледа односног друштва. У том смислу њему ће резонувања државних органа сопствене државе највероватније заиста бити ближа и разумљивија од оних која долазе од владе неке стране државе, посебно ако постоји и одређени јаз у култури и правној традицији две земље.

Уосталом, није случајно једно од основних правних начела правила *nemo iudex in sua causa* односно *nemo iudex in res sua*² које са пуно разлога истиче да, управо због проблема сукоба интереса, нико не може одлучивати у спору у коме је и сам једна од страна. Као део општих правних начела признатих од просвећених народа, овај принцип је уграђен и у међународно право.³

И поред тога, понекад домаћи суд може расправљати спор у којем је једна од учесница нека страна држава. Реч је о неколико изузетних ситуација.

2. Спор који је покренула страна држава или се у њега добровољно упустила

По логици ствари, држава која је сама покренула спор (поднела тужбу) пред националним судом неке друге земље, прихватила је надлежност тог суда.

Поред тога, држава може прихватити предлог да се спор повери националним суду неке земље (нпр. неке треће, неутралне државе) као што може и прихватити надлежност страног суда у спору који је пред тим судом покренуо неко други. То може учинити изричито (давањем

² Латински: нико није судија у својој ствари, односно, нико не може бити судија у свом спору. Исто значење има и максима *In re propria, iniqum admodum est alicui licentiam tribuere sententiae* – “Био би сасвим неправично да се некоме дозволи да у својој сопственој ствари доноси пресуду”.

³ Tomuschat Christian: „The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 44, 2011, 1105–1140; Fox Hazel, Webb Philippa: *The Law of State Immunity*, Oxford University Press 2013; Yang Xiaodong: *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press 2013; Boggero Giovanni (2013) „Without (State) Immunity, No (Individual) Responsibility“, *Virginia Journal of International Law* No. 2, 2013, 375–398; Peters Anne, Lagrange Evelyne, Oeter Stefan, Tomuschat Christian (eds.): *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, Nijhoff 2014.

такве изјаве) или прећутно (упуштајући се у спор).

У свим овим случајевима имунитет државе остаје очуван утолико што је упуштање у спор последица њене добровољне одлуке и, посебно, што се пресуда, ако је на штету државе, не може принудно извршити – држави увек остаје апсолутни имунитет од извршења стране судске пресуде.

На тај начин, држава може тужити пред судом стране државе, али не може бити тужена пред њим, осим ако добровољно прихвати јурисдикцију страног суда.

3. Функционални имунитет

Премда је у прошлости принцип да једна држава не може судити другој представљао стриктно правило, данас има све више примера одустајања од апсолутног и уместо тога давања предности тзв. функционалним имунитету.⁴

Ближе гледајући, прави се разлика између приватноправних и јавноправних послова и делатности државе. Полазећи од тога, сматра се да држава не може да одриче надлежност страног суда у стварима за које, по њеном унутрашњем праву, могу да се против ње подносе тужбе и воде спорови пред њеним сопственим судовима.

Конкретно, реч је о грађанскоправним споровима који могу настати поводом извршења уговора у којем се држава појављује не као носилац суверене власти, већ као једна од равноправних уговорних страна; споровима у вези са накнадом штете коју су незаконито причинили државни органи и слично. Тако би нпр. држава могла бити тужена зато што је наручила и преузела некакву опрему за државне школе, полицију, војску итд., али није за то у уговореном року платила; лице које је на пешачком прелазу оборио и повредио војни камион има право да тужи државу за накнаду претрпљене штете; итд.

Наиме, општеприхваћено је разликовање између аката које држава доноси или предузима као суверена јединка, у јавноправном својству

⁴ Више, са прегледом занимљиве праксе: Gaukrodger, David, „Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors“ *OECD Working Paper on International Investment* No. 2, 2010, 5–56; Finke, Japer, „Sovereign Immunity: Rule, Commity or Something Else?“, *European Journal of International Law* No. 4, 2011, 853–881; Damrosch, Lori Fisler, „Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 44, 2011, 1185–1200; Wuerth, Ingrid, „Foreign Official Immunity Determinations in U. S. Courts: The Case Against the State Department“, *Virginia Journal of International Law* No. 4, 2011, 915–976.

(акти *jure imperii*, *acta imperii*) од оних које предузима у другим сферама свог деловања, што значи у свом приватноправном капацитету (акти *jure gestionis*, *acta gestionis*). Примери ових других су разни правни послови и односи грађанског односно привредног права државних органа и државних привредних предузећа са другим субјектима – закуп просторија; куповина сировина, канцеларијског материјала и слично; продаја одређене робе итд.

С тим у вези, држава и у земљи и у иностранству ужива потпуну заштиту и имунитете када иступа с позиција власти (*jure imperii*) тј. као суверени субјект, али не и када се ради о актима *jure gestionis*. Она ни на својој сопственој територији, у грађанскоправним одн. привредноправним споровима пред сопственим судовима (својим органима) нема ништа повољнији правни положај од осталих учесника.

Када је већ тако, логично је да не треба да има повлашћен положај ни у сличним поступцима пред страним судовима. Сматра се да није у реду да држава, учествујући у међународној трговини, дакле у чисто комерцијалној делатности, ужива повољнији положај од својих партнера, што би био случај ако би јој се признало право да се кад год зажели позове на свој јурисдикциони имунитет. Уосталом, и њени потенцијални партнери би вероватно избегавали да улазе у пословне односе са државом која је тако заштићена – поред осталог и зато што, кад би држава уживала апсолутни имунитет у овим односима, они у крајњој линији не би могло да од ње наплате своја законита потраживања.⁵

Резоновање о томе да нема оправдања да се држави призна апсолутни имунитет важи за разне врсте грађанскоправних и сродних спорова, као што су нпр. спор о накнади штете причињене страном физичком или правном лицу, спор из радних односа са страним држављанином у служби односне државе, итд.

Да би се ускладила пракса држава и отклониле недоумице и спорови који се повремено јављају, ова питања регулисана су Конвенцијом УН о јурисдикционом имунитету држава и њихове имовине (2004).

⁵ О проблемима имунитета страних држава пред националним судовима држава види: Henderson Conway, W.: *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell 2010, 140–141; Етински, Родољуб, *Међународно јавно право*, Београд 2010, 134–137; Fox Hazel, “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, in: Evans, Malcolm D., *International Law*, Oxford University Press 2010, 340–378; Аврамов, Смиља, *Међународно јавно право*, Београд 2011, 208–211; Degan, Vladimir Đuro, *Међународно право*, Zagreb 2011, 334–342; Крећа Миленко: *Међународно јавно право*, Београд 2016, 215–219; Кривокапић, Борис, *Међународно јавно право*, Београд 2017, 297–302; Škrbić, Ajla, *Imunitet države od suđenja i izvršenja*, Sarajevo 2018.

Она потврђује правило о имунитету државе и њене имовине од јурисдикције друге државе (чл. 5) с тим да прецизира (чл. 7–9) да држава не може да се позива на имунитет када је јавно изразила пристанак на страну јурисдикцију, када је сама покренула или се упустила у спор који је покренула друга страна и у погледу противтужбе по тужби коју је сама поднела.

Овде су посебно интересантна она решења Конвенције која значе прихватање концепта функционалног, а не апсолутног имунитета државе. Према одредби из чл. 10, ако држава закључи трговински (приватно-правни) уговор са страним физичким или правним лицем, па је применом правила међународног приватног права за решавање спора у вези са тим уговором надлежан суд друге државе, прва држава не може да се позива на имунитет од стране јурисдикције у погледу тог уговора. Конвенција у чл. 11–17 предвиђа и неке друге случајеве у којима државе не могу да оспоравају јурисдикцију стране државе – уговори из радних односа; накнада штете због смрти, телесне повреде или уништења или оштећења имовине неког лица; спорови у вези са бродом који је у власништву државе или га она користи, а који се не користи у државне некомерцијалне сврхе; итд.

Када је, међутим, реч о извршењу одлука против стране државе, у складу са начелом о забрани претње силом и употребе силе у међународним односима, Конвенција и даље у принципу потврђује правило апсолутног имунитета од принудног извршења страних судских одлука, с тим да под одређеним условима ипак изузетно дозвољава примену таквих мера.⁶

Такав приступ је у складу са најновијом праксом посебно у САД и Европи, где се бележе одређена одступања, у првом реду у вези са прављењем разлике између државне имовине која служи јавној сврси и оне која нема такав значај, па би, сматра се, у погледу ове друге могле бити предузете мере извршења.⁷

Премда, на тај начин, изгледа да државе имају све мање простора да се крију иза свог имунитета у оним случајевима у којима би то било неправедно, а не дира у њихове виталне интересе, за сада је сувише рано

⁶ Према одредби из чл. 19/с, принудне мере су могуће ако је утврђено да се имовина непосредно користи или је намењена за коришћење од стране државе у друге, а не у државне некомерцијалне сврхе и налази се на територији државе суда, с тим да после доношења судске одлуке принудне мере могу бити предузете само у односу на имовину која је у вези са правним субјектом против кога је вођен спор.

⁷ Reinisch, August, „European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures“, *European Journal of International Law* No. 4, 2006, 803–836.

да се дају било какви дугорочни закључци. Ово зато што је пракса држава неуједначена, а на опрез наводи и чињеница да, премда дуго припремана и релативно одавно изгласана у УН, ни до данас није ступила на снагу Конвенција УН о јурисдикционом имунитету држава и њихове имовине (2004),⁸ а мали број чланица имају и одговарајући регионални споразуми.⁹

Може се приговорити да овде заправо и нема међународног спора, у сваком случају нема спора који би спадао у домен међународног јавног права. Ово зато што се страна држава појављује не као субјект међународног права, а још мање као суверена јединка, већ као правни субјект у истој равни као сва домаћа или страна правна односно физичка лица.

И заиста, такво резонување звучи логично. Па ипак, многи спорови ове врсте тесно су везани за односе између држава у којима се оне појављују у својом јавноправном капацитету. Стога када их национални суд неке земље реши на начин на који су задовољни сви учесници, самим тим отпада потреба да се они решавају неким другим механизмима. Напротив, ако страна држава није задовољна начином на који је решен спор, из тога се може изродити нови, овај пут класичан међународни спор. Најзад, у пракси се јављају и међународни спорови у вези са самим правом националног суда да расправља спор против стране државе.

Конкретно, Међународни суд правде је 2012. решио спор између Немачке и Италије који је избио поводом тога што је Италија дозволила да се пред њеним судовима покрену грађанске парнице против Немачке за накнаду штете коју су односна лица претрпела кршењем међународног хуманитарног права од стране Немачког Рајха за време Другог светског рата. Суд је пресудио да је тиме Италија прекршила своју обавезу да поштује имунитет који Немачка ужива на основу међународног права. Суд је, поред тога, утврдио да је Италија прекршила међународно право

⁸ Након што је на њему 27 година радила Комисија за међународно право, текст Конвенције је 2004. усвојила Генерална скупштина УН. Ипак, Конвенција ни до данас није ступила на снагу – за то се тражи да је ратификује 30, а до данас (10.6.2019) су то учиниле само 22 државе. *United Nations Convention on Territorial Immunity of States and Their Property*, Status as at 10-06-2019, United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en.

⁹ Европска конвенција о имунитету држава, усвојена 1972. под окриљем Савета Европе, која у преамбули (пар. 3) истиче да „у међународном праву постоји тенденција да се смањи број случајева у којима државе могу да се позивају на имунитет од јурисдикције страних судова“, а затим прецизира низ ситуација у којима уговорнице могу да се позивају на тај имунитет, везује и данас, након скоро пола века, само осам држава. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 074*, Status as of 10/06/2019, Council of Europe, www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074/signatures.

предузимањем принудних мера против немачке имовине у Италији (*Villa Vigoni*) те да је додатно прекршила судски имунитет Немачке изјавивши да ће извршити одлуке грчких судова донете у сличним случајевима. Занимљива је констатација Суда да се у датом спору може применити само обичајно међународно право, јер стране у спору нису чланице ниједног уговора који би регулисао спорна питања – Италија није чланица Европске конвенције о имунитету држава (1972) а ни Немачка ни Италија нису чланице Конвенције УН о јурисдикционом имунитету држава и њихове имовине.¹⁰

Шире гледајући, ова пресуда је важна јер је то први случај у коме се Суд непосредно бавио проблемом имунитета држава. Посебан значај има чињеница да, мада добро упознат са шароликом праксом држава (укључујући и тренд неких међу њима да игноришу имунитет других држава и њихових званичника у случајевима тешког кршења људских права односно међународног хуманитарног права) Суд се ипак определио за класично, конзервативно становиште, чиме га је у извесном смислу реафирмирао.

4. Друге спорне ситуације

Домаћи судови расправљају и неке друге ситуације са страним елементом. Они, поред осталог, у кривичним поступцима суде лицима (домаћим држављанима, али и странцима) окривљеним за извршење кривичних дела, па и међународних кривичних дела као што су злочин агресије, геноцид, злочини против човечности, ратни злочини итд.

Ни то, разуме се, нису међународни спорови, мада на тој основи може да избије међународни спор, па чак и конфликт. То би се нпр. могло догодити ако једна држава ухапси и процесуира неко лице које је држављанин друге државе, а посебно ако је то лице актуелни или бивши високи функционер те друге државе.

Међутим, може се лако превидети да се може догодити и супротно – кривична пресуда може окончати међудржавни спор. Не зато што она сама по себи има такву правну снагу (она је, разуме се, нема) већ зато што у пракси може да има такво дејство на укључене стране, њихове владе и јавно мњење.

¹⁰ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, International Court of Justice, Judgment of 3 February 2012, par. 139, Pp. 59-60 (154-155); par. 54, p. 27 (122), www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf.

Ту треба прво подсетити на чињеницу да спор не мора бити правне природе, да постоје и политички међународни спорови.¹¹

У неким случајевима такав (политички) спор може бити решен осудом или ослобађањем неког лица. Тако нпр. ако су између две земље нарушени односи због спора да ли је неко лице извршило одређено међународно кривично дело (нпр. да ли је конкретни држављанин, а тим пре функционер државе А учествовао у геноциду у држави Б) па и да ли је то дело (нпр. геноцид) уопште извршено, спорна ситуација се може превладати када суд државе А по обављеном кривичном поступку утврди да је односно лице криво за дело које му се ставља на терет и осуди га (чиме истовремено признаје и да је заиста извршен геноцид). Тиме спор између државе А и државе Б постаје беспредметан. И обрнуто, ако по спроведеном поступку суд државе А одлучи да је држављанин државе Б невин када је реч о извршењу тешког кривичног дела поводом ког је настао спор између двеју држава, тада и тај спор губи смисао. У оба случаја, премда пресуда уопште нема намеру да реши међудржавни спор (кривични суд није ни позван ни компетентан да се тиме бави, већ само одлучује о кривичној одговорности појединаца) судска пресуда под одређеним условима може да оконча спор међу државама.

Према изложеном, у овим и сличним случајевима решење спора се појављује као узредна последица судског поступка. Разуме се, могуће је и да пресуда, чак и ако је таква да је не оспорава ниједна од заинтересованих држава, не успе да оконча спор. Такође, могу настати и нови спорови који би се тицали тога да ли је одмерена довољно тешка казна, да ли су кажњена сва одговорна лица итд.

Оно што је несумњиво, то је чињеница да у кривичном поступку и грађанским споровима са страним елементом, домаћи суд суди на основу материјалног и процесног права своје земље.¹²

¹¹ Кривокапић, Борис, *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд 2017, 260–264.

¹² Тако нпр. у материји кривичног права, не само да се поступак одвија у складу са домаћим прописима, већ и суд пресуду изриче на основу домаћег кривичног законика, чак и онда када је реч о међународним кривичним делима, онима која су настала у међународном праву, а затим преузета у национално кривично законодавство (злочин агресије, геноцид, пиратство итд.). Уосталом, чак и када довољно прецизно дефинише односно кривично дело (нпр. геноцид) међународно право не прецизира нека друга питања, без којих нема практичне примене. Довољно је поменути само то да међународне конвенције не наводе забрањене кривичне санкције које би као такве обавезивале националне судове (кривичне санкције су прецизиране само статутима међународних кривичних судова, али та решења важе само за сваки односни међународни кривични суд понаособ).

Па ипак, изузетно се могу јавити и ситуације у којима домаћи суд решава спор са страним елементом, а на бази међународног права.¹³ То ће посебно бити онда када предмет расправља суд за поморски плен.

5. Суд за поморски плен

Док је у рату на копну приватна имовина у принципу неприкосновена, у поморском рату свака страна у сукобу овлашћена је да узапти и, на основу одлуке свог суда за поморски плен, заплени приватну непријатељску имовину. Под одређеним условима (нпр. у случају контрабанде) може се, изузетно, заплени и неутрална приватна имовина. Заплени се могу: непријатељски приватни трговачки бродови; непријатељски терет на непријатељском приватном трговачком броду; непријатељски терет на неутралном броду који има непријатељски карактер; неутрални терет на непријатељском трговачком броду, ако представља ратну контрабанду; и неутрални трговачки бродови, без обзира на то да ли су у приватном или државном власништву, ако имају непријатељски карактер.¹⁴

Премда међународно право признаје институт поморског плена, то нипошто не значи да се сме допустити самовоља. Стога је право заплене ограничено на неколико начина. Оно постоји само током трајања ратног стања, а просторно је ограничено на територијалне воде зараћених страна и отворено море. Уз то, Хашком конвенцијом о неким ограничењима у вршењу права на заплени у поморском рату (1907) и Женевском конвенцијом о побољшању судбине рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (1949) утврђени су одређени изузеци од поморског плена.¹⁵

Оно што је овде посебно важно јесте чињеница да је одавно схваћено да је потребно да постоји одређена независна контрола над тиме да ли у конкретном случају има места за заплени брода и/или његовог терета.

¹³ За конкретне примере непосредне примене норми међународног права од стране судова држава види: Фердросс, А.Ф., *Международное право*, Москва 1959, 93–94; Conforti, Benedetto, Labela Angelo, “Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts”, *European Journal of International Law* No. 1, 1990, 44–66; Лукашук, И.И., *Международное право в судах государств*, Санкт-Петербург 1993, 103–209; Brownlie, Ian, “The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice”, *Pace International Law Review* vol. 7, 1995, 257–279; Shaw, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press 2008, 138–178; Benvenisti, Eyal, Downs George W. (2009), “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *European Journal of International Law* No. 1, 2009, 59–72.

¹⁴ Више: Кривокапић, Борис, *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд 2017, 814–819.

¹⁵ Неприкосновеност поштанске преписке, изузеће од узапћења бродова намењених искључиво за локалну пловидбу или риболов, изузеће од узапћења болничких бродова које употребљавају национална друштва Црвеног крста, званично призната друштва за помоћ или појединци (ако им је страна којој припадају дала службени налог и ако испуњавају друге прописане услове) и др.

Одлука о томе мора бити заснована на правилима међународног права.

Разуме се, најбоље би било када би се овим проблемима бавила специјализована међународна институција. Међутим, и поред озбиљних напора да се оснује посебан међународни суд за поморски плен који би представљао гаранцију стручности и, што је посебно важно, непристрасности, из разних разлога до тога ни до данас није дошло.

Наиме, још на Другој хашкој мировној конференцији (1907) усвојен је предлог конвенције (XII хашка конвенција) о установљењу међународног суда за заплону.¹⁶

Требало је да то буде непристрасни међународни орган са седиштем у Хагу и надлежношћу да разматра жалбе против пресуда националних судова држава и доноси коначне одлуке. Конвенција је предвидела услове под којима неутралне државе, појединци који су држављани неутралних држава, па чак и појединци који су држављани непријатељске државе могу да се обраћају Суду. Уговорне стране су се обавезале да ће одлуке Суда извршити у доброј вери и без одлагања.¹⁷

Суд је требало да буде састављен од 15 судија и њихових заменика, које уговорне стране именују на шест година. Било је предвиђено да ће Суд моћи да одлучује ако је присутно девет судија, с тим да одсутног судију може да мења његов заменик. Немачка, САД, Аустроугарска, Француска, Велика Британија, Италија, Јапан и Русија би увек имали своје судије и њихове заменике, док би преосталих седам судија и њихових заменика били из других држава уговорница, с тим да би се ротирали на предвиђени начин.¹⁸

Међутим, иако је овај споразум потписала 31 земља, до 30.6.1909, што је био датум предвиђен за депоновање инструмената о ратификацији, ниједна од њих га није ратификовала. Његовом чланицом постала је само Никарагва и то тек 16.12.1909,¹⁹ тако да никада није ступио на

¹⁶ Премда су се предлози да се оснује међународни суд за заплону јавили већ у XVIII веку, потреба за тим телом нарочито се показала за време руско-јапанског рата (1904–1905) када су судови зараћених страна у неколико случајева одобрили заплону неутралног терета, па чак и бродова, без довољног правног основа. Истина, руски суд за поморски плен у Петербургу је у већини случајева у целости или делимично одбио заплону тј. ослободио заплени брод одн. терет, али је то учинио тек након много одлагања и поновљених протеста од стране Велике Британије и САД. Hershey, Amos S., "An International Prize Courts", *The Green Bag* vol. 19, 652-658, *Articles by Maurer Faculty* 1907, 652, (reprint), www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2960&context=facpub.

¹⁷ Чланови 3–5, 9 и 21 Конвенције. За текст: *Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court. The Hague, 18 October 1907*, International Committee of the Red Cross, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/3227c40628e8dc6ac125641e0039e399?OpenDocument>.

¹⁸ Чланови 10–16 Конвенције.

¹⁹ *Convention (XII) relative to the Creation of an International Prize Court. The Hague, 18 October*

снагу.²⁰ Конвенција је 18.10.1910. допуњена Допунским протоколом који је решио нека спорна питања, али ни он никада није ступио на снагу.²¹

Стога коначну одлуку о томе да ли брод и/или његов терет треба заплени или пустити и даље доноси специјализовани национални суд за поморски плен (евентуално судско-управни орган) државе чије су оружане снаге узаптеле брод (држава каптор).

Примењујући међународно, а делом и домаће право, он, после спроведеног поступка и изведених доказа, пресудом утврђује да ли је у конкретном случају узапћење страног брода, терета и других ствари на њему правоваљано односно да ли има места заплени непријатељског трговачког (приватног) или неутралног брода и његовог терета, као и о другим с тим повезаним питањима.²² Уколико пресуди да брод односно терет треба пустити (нпр. зато што није доказано да се брод бавио контрабандом или је доказано да није знао или није могао знати да је односно подручје под блокадом) суд истовремено одлучује и о томе да ли оштећени имају право на накнаду штете као и о висини те накнаде.

Премда су део националног судског система државе каптора, што значи да су на разне начине везани за њен правни поредак, ови судови су по много чему посебни, а нарочито по томе што примењују међународно право. Ипак, то их не чини међународним судовима у правом смислу речи.

Суштински гледано, они само одлучују о судбини приватне имовине тј. не решавају прави међународни спор (правни однос између држава). Строго узев, прави међународни спор (такав спор у ужем смислу) може настати тек када држава чији је брод узапћен узме у заштиту свог држављанина зато што сматра да је у датом случају повређено међуна-

1907 – *State Parties*, International Committee of the Red Cross, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=235.

²⁰ Главни разлог због којег су државе биле невољне да заиста оснују Суд, лежао је у чињеници да су сматрале да овај орган не може да ради док се не утврде јединствена правила поморског ратног права на основу којих би доносио одлуке. Посебно је за државе било спорно то што је XII хашка конвенција предвиђала да ће Суд примењивати општеприхваћена правила међународног права, а када њих нема, да ће судити по општим начелима правде и правичности, што је створило неизвесност у погледу тога која ће правила заправо Суд сматрати општеприхваћеним. Покушај да се таква правила прецизирају Лондонском поморском декларацијом (1909) није уродио плодом (она никада није ступила на снагу) те се то одразило и на судбину самог Суда.

²¹ Више о припреми Конвенције и разним предлозима и напорима да се оснује међународни суд за поморски плен: Hershey, *op. cit.*, 652–658; Scott James Brown, “The International Court of Prize”, *American Journal of International Law* No. 2, 1911, 302–324.

²² Суд за поморски плен није надлежан да суди о заплени непријатељских ратних и других јавних бродова, нити трговачких бродова који су власништво непријатељске државе, нити друге државне имовине непријатељске државе, пошто ти објекти представљају ратни плен и самим узапћењем прелазе у власништво државе каптора.

родно право. Тек тада овај однос прераста у међудржавни спор, што значи да се решава на неки од начина предвиђених међународним правом, укључујући и могућност парнице пред Међународним судом правде.

Могуће је, међутим, на све гледати и сасвим другачије. Ако суд за поморски плен одлучи да нема места заплени, одреди да се заплењени брод пусти и досуди му правично обештећење због тога што је неосновано био задржан, спорна ситуација се тиме решава. Страна држава ће највероватније бити задовољна таквом пресудом, док држава чији је суд одлучивао не би могла да оспорава пресуду сопственог суда.

У новије време правила међународног поморског ратног права аналогно се примењују и у ваздушном рату, те судови за поморски плен или слични надлежни органи одлучују и о правоваљаности узапћења тј. заплени непријатељских или неутралних ваздухоплова и њиховог терета.

6. Улога националних судова у решавању међународних спорова у будућности

У наше време свет се све више повезује. На разне начине врши се унификација права и то у све већем броју области – у грађанском праву, привредном праву, радном праву, саобраћајном праву, у материји људских права и слобода, кривичном праву, еколошком праву итд.

То чини да се норме међународног права и унутрашњих права држава све више ослањају једне на друге, прожимају и допуњују.²³ Уосталом, и односи који имају међународни или макар прекогранични карактер су све бројнији и сложенији. То има за последицу да се државни органи све више сусрећу са страним односно међународним субјектима и страним, а посебно међународним правом.

С правом се примењује да је глобализација појачала пропустљивост националних правних поредака држава, те да су у тим условима национални судови држава све чешће у прилици да примењују правила која су утврђена на међународном нивоу.²⁴

Истина је и то да међународно право све више постаје део домаћих правних система широм света, који са своје стране дају нове идеје и приступе за решавање питања од међународног значаја, чиме настају дина-

²³ Кривокапић, Борис, „Однос међународног и унутрашњег права“, *Страни правни живот* No. 2, 2013, 59–103; Кривокапић, Борис, „Примат међународног права“, *Страни правни живот* No. 3, 2013, 45–62; Novaković, Marko (ed.), *Monism & Dualism*, Belgrade 2013.

²⁴ Tzanakopoulos, Antonios, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 34, 2011, 133.

мични подсистеми националног, регионалног и међународног (универзалног) права који затим заједно стварају међузависни глобални правни систем.²⁵ У тим оквирима и национални судови држава ће највероватније све више доприносити спречавању настанка међудржавних спорова, тако што ће сами решити спорне ситуације.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов, Смиља (2011), *Међународно јавно право*, Београд
- Benvenisti, Eyal, Downs George W. (2009), “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *European Journal of International Law* No. 1, 59-72
- Boggero, Giovanni (2013), „Without (State) Immunity, No (Individual) Responsibility“, *Virginia Journal of International Law* No. 2, 375–398
- Brownlie, Ian (1995), “The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice“, *Pace International Law Review* vol. 7, 257–279
- Conforti, Benedetto, Labella Angelo (1990), “Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts”, *European Journal of International Law* No. 1, 44–66
- Damrosch, Lori Fisler (2011), „Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol. 44, 1185–1200
- Degan, Vladimir Đuro (2011), *Међународно право*, Zagreb
- Етински, Родољуб (2010), *Међународно јавно право*, Београд
- Фердросс, А.Ф. (1959), *Международное право*, Москва
- Finke, Japer (2011), „Sovereign Immunity: Rule, Commity or Something Else?“, *European Journal of International Law* No. 4, 853–881
- Fox, Hazel (2010), “International Law and Restrains on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, in: Evans Malcolm D.: *International Law*, Oxford University Press, 340–378
- Fox, Hazel, Webb Philippa (2013), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press
- Gaukrodger, David (2010), „Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors“ *OECD Working Paper on International Investment* No. 2, 5–56
- Henderson, Conway W. (2010), *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell

²⁵ Schelton, Dinah L. (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford University Press 2011, 22.

- Hershey, Amos S. (1907), "An International Prize Courts", *The Green Bag* vol. 19, 652–658, *Articles by Maurer Faculty* (reprint), www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2960&context=facpub
- Крећа, Миленко (2016), *Међународно јавно право*, Београд
- Кривокапић, Борис (2013), „Однос међународног и унутрашњег права“, *Страни правни живот* No. 2, 59–103
- Кривокапић, Борис (2013а), „Примат међународног права“, *Страни правни живот* No. 3, 45–62
- Кривокапић, Борис (2017), *Међународно јавно право*, Београд
- Кривокапић, Борис (2017а), *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд
- Лукашук, И.И. (1993), *Международное право в судах государств*, Санкт-Петербург
- Novaković, Marko ed. (2013), *Monism & Dualism*, Belgrade
- Peters, Anne, Lagrange Evelyne, Oeter Stefan, Tomuschat Christian eds. (2014), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, Nijhoff
- Reinisch, August (2006), „European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures“, *European Journal of International Law* No. 4, 803–836
- Scheltom, Dinah L. ed. (2011), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford University Press
- Scott, James Brown (1911), "The International Court of Prize", *American Journal of International Law* No. 2, 302–324
- Shaw, Malcolm N. (2008), *International Law*, Cambridge University Press
- Škrbić, Ajla (2018), *Imunitet države od suđenja i izvršenja*, Sarajevo
- Tomuschat, Christian (2011), „The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 44, 1105–1140
- Tzanakopoulos, Antonios (2011), "Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 34, 133–168
- Yang, Xiaodong (2013), *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press
- Wuerth, Ingrid (2011), „Foreign Official Immunity Determinations in U. S. Courts: The Case Against the State Department“, *Virginia Journal of International Law* No. 4, 915–976

THE ROLE OF NATIONAL COURTS OF COUNTRIES IN PEACEFUL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES

Akademician prof. Boris Krivokapić PhD*

Summary

The most important international disputes are such disputes in the narrower sense, that is between the states. In principle, states do not accept that their important disputes with other states are settled by national courts of foreign countries. This is because of principled reasons (because they would negate their sovereignty and legal equality with the other party, as soon as they submit to the decision of its state body) and because of the reasonable doubt about the bias of the foreign court in such disputes. Nevertheless, sometimes the domestic court can discuss a dispute in which one of the participants is a foreign state. Thus, the state that initiated the dispute itself before a national court of another country, or has put it in such a dispute, therefore accepted the jurisdiction of that court. The immunity of the State remains preserved insofar as the acceptance of the jurisdiction of a foreign court is the result of its voluntary decision and, in particular, that a judgment, if at its expense, cannot be implemented by force. In addition, according to the doctrine of functional immunity, a distinction is made between private law and public law acts of states, bringing to conclusion that the state cannot waive the competent foreign court in matters for which, under its domestic law, it can be charged before its own courts. The domestic courts may also discuss other situations with a foreign element, so they can also prosecute for the execution of the most serious international criminal offenses. Depending on the case, such a judgment can help to prevent or settle the dispute with a foreign state (disputes can be not only legal, but also political). Especially interesting are maritime prize courts, which are part of the national system of their state, but they are particularly peculiar, especially in the application of international law. The general conclusion is that in our time of globalization, the national courts of the state increasingly have the opportunity to apply the rules established at the international level, and to resolve international disputes in various ways.

Keywords: *International Law, Court, Immunity, Functional Immunity,*

* Russian Academy of Natural Sciences - RAEN, Faculty of Business, University "Union - Nikola Tesla", Belgrade, Faculty of Law, Samara National University "S.P. Korolyov"

ПРАВНА РЕГУЛАТИВА ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА (ЈПП)¹

Проф. др Александар Ћирић*

Апстракт: Рад је посвећен правној регулативи јавно-приватног партнерства са одговарајућим целинама које се тичу: појмовних обележја; карактеристика; предмета; анализа законске регулативе у праву Републике Србије; учесника, односно субјекта ЈПП; битних елемената и опитних карактеристика. Посебна пажња је посвећена правним формама ЈПП. Како Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институционално јавно-приватно партнерство, као и партнерство без и са елементима концесије, правне форме јавно-приватног партнерства су у овом раду систематизоване на: јавни уговор; уговор о руковођењу, одржавању и услугама (енг. Operation, maintenance and service contract); уговор о концесији и на институционалне форме ЈПП. На крају прилога се у закључним разматрањима анализирају питања у вези са оправданошћу и потребама за применом јавно-приватног партнерства у пракси.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство, правне форме ЈПП, јавни уговор, уговор о руковођењу, одржавању и услугама, уговор о концесији, институционалне форме ЈПП.

1. Уводне напомене

Јавно-приватно партнерство (енг. Public-private partnership – PPP or 3P or P3) је вид пословног подухвата (кооперације), заснован на заједничком улагању и заједничком управљању, кроз партнерство државе и

¹ Рад је резултат истраживања аутора у оквиру Пројекта бр. 179046 Правног факултета Универзитета у Нишу, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

* Редовни професор Државног универзитета у Новом Пазару. aciric@prafak.ni.ac.rs

једног или више страних и/или домаћих инвеститора, власника приватног капитала.

ЈПП је врста заједничког инвестиционог подухвата, код кога јавни и приватни партнер у међусобној интеракцији, на основу добровољног удруживања средстава и расподеле ризика, теже постизању одређених социјалних и економских резултата. Правила којима се уређују односи јавно-приватног партнерства, по свом карактеру, припадају **инвестиционом праву**.

ЈПП подразумева заједничко улагање капитала, имовинских и неимовинских вредности, у јавној и приватној својини, са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег (јавног) интереса, оличеног у држави, с једне стране, и домаћих и/или иностраних лица, власника приватног капитала, са друге стране. Овај вид сарадње је одраз економске политике јавне власти, коју она спроводи са циљем квалитетнијег обезбеђивања услуга од јавног значаја.

Јавно-приватно партнерство се може **дефинисати** као добровољан оквир сарадње јавног и приватног сектора, праћен избалансираном поделом ризика и учешћем у стицању добити пропорционално вредности улога, између државе и њених органа, као титулара јавног интереса, с једне, и домаћег или страног приватног инвеститора, са друге стране, ради остваривања ефикасног испуњења јавних циљева.

Комисија ЕУ дефинише јавно-приватно партнерство као пословну сарадњу између јавног и приватног сектора која има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор.²

Дефиницију јавно-приватног партнерства даје и Закон о ЈПП и концесијама Србије: „Јавно-приватно партнерство... је дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално”.

Дакле, ЈПП представља оквир за заједничку акцију јавног сектора, оличеног у држави, с једне стране, и домаћих и/или иностраних лица, власника приватног капитала, са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег (јавног) интереса, са друге стране. Оно је резултат спознаје да приватни и јавни сектор кроз кооперацију и постојање узајамних интереса, могу да креирају нове вредности.

² Видети: „Guidelines for Successful Public Private Partnerships“, European Commission, March 2003, на стр. 16–17. Доступно на адреси: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.

2. Предмет јавно-приватног партнерства

Предмет инвестирања партнера–коопераната могу бити све врсте имовинских, неимовинских (дозволе, концесије и др.) и интелектуалних права и вредности, које држава и њени органи, с једне стране, као и иностранци и домаћи инвеститори, са друге стране, улажу у подухват ЈПП.

Предмет ЈПП не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби. За реализацију комерцијалног пројекта, без реализације јавног интереса, јавно тело може користити друге правне механизме (на пример, уговор о закупу).³

Нема основа примена јавно-приватног партнерства за случај да локална самоуправа (или друго јавно тело) располаже (продаје или даје у закуп) земљиште за изградњу објекта или постројења за индустријску производњу. Реч је о располагању које има за циљ стављање у функцију одређеног економског ресурса (земљишта), с циљем његовог оптималног коришћења у економској активности. Јавни интерес се исцрпљује, односно започиње и завршава се обавезом инвеститора (купца или закупца) да земљиште користи за обављање привредне делатности, уз поштовање системских закона (пореско, радноправно, еколошко и друго законодавство).

Изузетак у смислу коришћења ЈПП-а као оквира за обављање комерцијалне делатности је, на пример, ако би јавни партнер дозволио приватном партнеру да обавља комерцијалну делатност у оквиру реализације пројекта ЈПП уколико на други начин није могуће обезбедити потребан ниво исплативости реализације пројекта јавно-приватног партнерства и повраћај уложених средстава у његову реализацију. Овакав изузетак претпоставља да пројекат који реализује јавни интерес већ постоји, док је комерцијална делатност у функцији реализације основног пројекта, са обележјима јавног интереса.⁴ Индиректно, дакле, комерцијално ис-

³ П. Цветковић, У. Здравковић, «Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије – полазна разматрања», *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 63, 2012, стр. 147–168, с. 152.

⁴ За описану ситуацију су свакако сликовити примери различитог приступа у искоришћавању олимпијских капацитета након одржаних Олимпијских игара у Грчкој 2004. године и у Енглеској 2012. године. Грчка је за организацију највећег спортског такмичења на планети уложила око 10 милијарди евра, али није пронашла модел како да и после такмичења користи нове олимпијске објекте. Уместо да на њима остварује трајну зараду, они су постали терет и ругло државе. Грчки негативни сценарио као да је био корисно искуство за Лондон, домаћина Олимпијаде 2012. године. Олимпијским објектима, који су у државној својини, уместо државе, управља приватни сектор. Држава није имала ни новца ни знања како даље да води такве објекте, па је решење нашла у партнерству са приватним сектором. Држава је ушла у партнерски однос са власницима приватног

коришћавање има за циљ да, посредно, кроз подршку основној трансакцији са ЈПП карактером, оствари јавни интерес. Оваква могућност подлеже рестриктивном тумачењу, са циљем превенирања злоупотребе неоправданог подвођења комерцијалне активности под оквир ЈПП.

Предмет јавно-приватног партнерства карактерише супротност основних особина јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању јавног интереса. Други је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Разлика у интересима је кључна тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања наведених интереса.

3. Јавно-приватно партнерство у праву Србије

Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства у Републици Србији има за циљ правно уређивање легитимних потреба јавног сектора за капиталом, знањима, умећима, уз поштовање принципа економске ефикасности заснованом на кооперацији јавног и приватног сектора. ЈПП је предмет непосредног и посредног регулисања **више различитих извора права**.

Основни системски акт за ову област је Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (Закон о ЈПП).⁵ Његовим доношењем је по први пут област јавно-приватног партнерства у праву Републике Србије уређена системским законом.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама несумњиво представља квалитативан помак у развоју домаћег правног система у погледу регулисања области ЈПП-а. Предмет јавно-приватног партнерства у смислу Закона је дугорочна сарадња јавног и приватног сектора ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја, као и пружања услуга од јавног значаја.

капитала, којима је омогућено да изграде објекте, да њима управљају, под договореним условима, уз профит, за одређени период времена, након чијег истека објекти, по Build-Operate-Transfer (BOT) моделу, прелазе у државну својину. Процењује се да је модел ЈПП целисходан и за друге спортске објекте, попут фудбалских стадиона, чија исплативост није довољна само од продаје улазница гледаоцима. По моделу ЈПП се искоришћавају, на пример, познати стадион Вембли у Лондону, национални стадион Француске Stade de France у Паризу, и други спортски објекти.

⁵ Закон је усвојен у Народној скупштини Републике Србије 22. новембра 2011. године ("Сл. гласник РС", бр. 88/2011). Ступио је на снагу 2. децембра 2011. године.

Закон уређује: услове и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства; субјекте ЈПП-а; права и обавезе учесника јавно-приватног партнерства; правни основ ЈПП-а (јавни уговор); поступак давања концесије; заштиту права учесника у поступку доделе јавних уговора; као и сва друга питања која се могу јавити у поступку установљавања и реализације ЈПП.

Поред наведеног закона, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања и Закона о јавним набавкама,⁶ на чију примену упућује и сам Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама. Интензитет упућивања указује на то да је Закон о јавним набавкама суштински важан за имплементацију концепта јавно-приватног партнерства.

Посредно, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања и системских закона чијим се нормама уређује привредни и трговински систем Републике Србије. У том смислу, најзначајнији су следећи извори:

- а) Закон о комуналним делатностима⁷;
- б) Закон о јавној својини⁸ и
- в) Закон о улагањима.

Норме којима се непосредно уређује јавно-приватно партнерство представљају правила опште примене на све типове ЈПП-а, без обзира на правни модалитет или области партнерства (енергетика, инфраструктура, социјално ЈПП – школе, болнице или слично). Уз горе наведене законе, остају релевантни и прописи системског карактера (нпр. Закон о привредним друштвима, Закон о порезу на добит, радноправно законодавство, еколошко законодавство).

4. Субјекти ЈПП

Закон препознаје два главна субјекта у концепту ЈПП-а:

- а) јавног и
- б) приватног партнера.

Јавни партнер има двоструки положај. Најпре, он, као „јавно тело“ које представља еманаацију државне власти и које одлучује о покретању конкретног пројекта ЈПП, уз спровођење прописаног поступка, врши избор приватног партнера. Потом, он сам има статус уговорне стране у уговору о ЈПП.

⁶ „Сл. гласник РС,“ бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

⁷ „Сл. гласник РС,“ бр. 88/2011.

⁸ „Сл. гласник РС,“ бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014.

Закон не даје изричиту разлику између појма јавног тела и јавног партнера.⁹ Ипак, њу је могуће смислено одредити: јавно тело је орган власти надлежан за покретање поступка и за политичку подршку конкретном пројекту ЈПП, док је јавни партнер уговорна страна у пословном подухвату са приватним партнером, која је одговорна за његову реализацију. Јавни актер може у истом поступку бити и јавно тело и јавни партнер, с тим што се може десити да један орган покрене поступак (на пример, скупштина локалне самоуправе), а да га други реализује (на пример, јавно државно предузеће чија је делатност предмет ЈПП).

Закон садржи детаљне одредбе о појму и елементима ентитета, које је означио као **јавно тело** и дефинише његова овлашћења. У основи реч је о:

а) државним органима, организацијама, установама и другим директним или индиректним корисницима буџетских средстава, као и организација за обавезно социјално осигурање;

б) јавним предузећима, односно привредним друштвима, на која јавно тело непосредно или посредно доминантно утиче.

Јавно тело има право да самостално покрене поступак реализације пројекта ЈПП из своје надлежности. Са тим циљем, оно је овлашћено да закључује јавне уговоре са свим правним или физичким лицима.

Приватни партнер је свако **домаће** или **страно** физичко, односно правно лице или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица одабраних у поступку јавне набавке или у поступку одобрења концесије. Приватни партнер с јавним партнером закључује јавни уговор, или у ту сврху оснива друштво посебне намене (ДПН), или с јавним партнером оснива заједничко привредно друштво.

Поред субјеката које Закон препознаје као главне субјекте ЈПП, неопходно је указати и на неке друге актере који се могу појавити у његовој реализацији. У том смислу, у литератури се успоставља дистинкција између тзв. кључних играча (енг. key players) и периферних актера (енг. peripheral actors).¹⁰ Субјекти ЈПП, означени као кључни актери, формално потписују уговор о ЈПП-у. За разлику од њих, периферни актери имају одређени интерес у вези са конкретним јавно-приватним партнерством, али нису перманентно укључени у његову реализацију, нити су уговорне стране јавног уговора. У својству „периферних актера“ најчешће се могу појавити: банке или фондови као кредитори приватних партнера

⁹ Видети: Део 4 Закона – „Јавни партнер“ и део 4. 1 – „Јавно тело и његова овлашћења“.

¹⁰ П. Цветковић, У. Здравковић, *op. cit.*, стр. 157.

и гаранти уредног испуњења уговорних обавеза из ЈПП; осигуравајућа друштва; консултанти; пројектанти и бројни други субјекти. Тако, Закон о ЈПП и концесијама познаје институт саветника, као једно или више правних, односно физичких лица која поседују специјалистичка знања неопходна за припрему, уговарање и реализацију пројеката ЈПП. Јавно тело га може ангажовати ради консултантских услуга у вези са закључивањем уговора о ЈПП-у. У пракси се најчешће финансијери ослањају на своје тимове саветника, у циљу процене финансијске оправданости пројекта, ризика у вези с приходима, као и понуђених инструмената обезбеђења за извршење обавеза из уговора о јавно-приватном партнерству.

Како Закон забрањује дискриминацију по било ком основу у поступку доделе јавних уговора, то значи да су и **домаћи** и **страни** инвеститори у области ЈПП **изједначени**, на шта указује и чл. 21 Закона. Предвиђено је да се за избор приватног партнера примењују критеријуми прописани законом којим се уређује избор у поступку јавних набавки. Комисија за јавно-приватно партнерство, као стручно тело Владе Републике Србије, јесте орган који има задатак да спречи могућност да јавно-приватно партнерство не доприноси реализацији циљева, или чак штети, остваривању јавног интереса.

5. Битни елементи и опште карактеристике ЈПП

Закон о ЈПП и концесијама Србије у члану 7 ст. 2 у **битне елементе** јавно-приватног партнерства сврстава:

- а) предмет ЈПП-а, који не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби или другог добра;
- б) облик ЈПП, који може бити у форми институционалног или уговорног ЈПП, или у форми концесије;
- в) обавезу приватног партнера да од јавног партнера преузме пројектовање, изградњу, односно реконструкцију јавне инфраструктуре, односно објеката од јавног значаја, као и одржавање јавне инфраструктуре, односно обављање услуга од јавног значаја¹¹;
- г) делимично или потпуно финансирање пројекта ЈПП од стране

¹¹ Овај елемент обухвата једну или више обавеза као што су: финансирање, управљање и одржавање, у циљу пружања услуга од јавног значаја крајњим корисницима из оквира надлежности јавног партнера, или у циљу обезбеђивања неопходних предуслова јавном партнеру за пружање услуга од јавног значаја из оквира његових надлежности, или пружање услуга од јавног значаја из оквира надлежности јавног партнера крајњим корисницима.

приватног партнера;

д) могућности јавног партнера да приватном партнеру за преузете обавезе изврши преношење одређених стварних права, или да му додели концесију, или да му за преузете обавезе врши плаћање у новцу;

ђ) обавезу преузимања одговорности сваког партнера за ризик којим може на бољи начин да управља, односно на који може да утиче, или се ризици деле у избалансираном односу, све у циљу оптималног управљања ризиком током трајања пројекта ЈПП, уз коришћење управљачких, техничких, финансијских и иновативних способности приватног партнера, као и унапређењем размене вештина и знања између јавног и приватног партнера.

На крају је значајно нагласити да за ЈПП, било да је реч о његовој уговорној или институционалној правној форми, учешће јавно-правног субјекта у партнерском подухвату не мења пословну приватно-правну природу имовинског односа међу партнерима. У њему државни орган примарно учествује као носилац овлашћења приватно-правног карактера (лат. *jurae gestionis*), без обзира на то што он задржава и одређена јавно-правна овлашћења. Међусобни односи партнера у ЈПП треба да буду засновани на имовинској независности и њиховој аутономији воље, у границама закона и уз поштовање легитимног јавног интереса.

6. Правне форме ЈПП

На избор правне форме јавно-приватног партнерства, у првом реду, утиче законско регулисање области, која је предмет партнерства. У области природних и државних монопола, основни правни облици јавно-приватног партнерства су концесије. У социјалној сфери, заједно са концесијама, обећавајући облици су уговор о управљању имовином и уговор о закупу са инвестиционим условима. У области иновација погодне форме за ЈПП су уговори о оснивању иновативних економских зона, технолошких паркова, бизнис инкубатора итд.

Јавно-приватно партнерство представља крвни појам који обухвата разноврсне форме сарадње јавног и приватног сектора. Структура и карактеристике ових форми варирају у зависности од степена учешћа које приватни партнер остварује, а које се може састојати у пројектовању, финансирању, изградњи, управљању или поседовању објеката од јавног интереса са обавезом враћања након одређеног временског периода.

Како Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институ-

ционално јавно-приватно партнерство, као и партнерство без и са елементима концесије, правне форме јавно-приватног партнерства се могу систематизовати и поделити на:

- а) Јавни уговор;
- б) Уговор о руковођењу, одржавању и услугама (енг. Operation, maintenance and service contract);
- в) Уговор о концесији и
- г) Институционалне форме ЈПП.

6.1. Уговорне форме ЈПП

6.1.1. Јавни уговор

Јавни уговор је осовински појам правног регулисања и уговорног и институционалног јавно-приватног партнерства, који је обавезан у свим случајевима јавно-приватног партнерства, са или без елемената концесије. Закон о ЈПП-у и концесијама предвиђа да се овај уговор закључује у писаној форми. Недостатак такве форме чини овај уговор ништавим.

Према Закону (ст. 1 чл. 46), јавни уговор садржи све одредбе, услове и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима чија је улога важна у реализацији ЈПП, са или без елемената концесије.

У сваком случају, јавни уговор је сложен правни документ, чија израда захтева експертска знања и искуство, што потенцијално отежава преговоре о његовом закључењу. Процес преговора ће бити ефикаснији уколико конфронтирајуће уговарање (енг. confrontational contracting), које је засновано на супротстављеним појединачним интересима партнера, замени партнерским приступом (енг. partnership-based approach), на основу кога обе стране проналазе користи за себе, али на основама успеха заједничког пројекта и узајамној помоћи и сарадњи.

Закон о ЈПП-у и концесијама даје опште параметре за **закључење** и садржину јавног уговора. Закон предвиђа да уговор садржи 28 обавезних елемената (видети чл. 46 Закона о ЈПП). Између осталог, јавни уговор садржи све одредбе, услове и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији ЈПП-а. Јавни уговор у смислу Закона о ЈПП и концесијама

мора да уреди следећа питања: карактер и обим радова и/или услуга; расподелу ризика; стандарде квалитета и/ или услуга; форму и карактеристике Друштва за посебне намене (ДПН) и својинске односе унутар ДПН; правни режим надокнаде коју приватни партнер плаћа за поверавање обављања делатности од јавног интереса (начин обрачунавања, динамика итд.); механизме заштите права јавног партнера (могућност уласка у однос са финансијерима приватног партнера, укључујући и пренос права из јавног уговора на треће лице); обезбеђење континуираног вршења радова или услуга; сагласност владе у случају да јавни уговор ангажује одговорност Републике Србије или њеног буџета.

Услов правног дејства јавног уговора је **сагласност** јавноправног тела, утврђеног одредбама Закона о ЈПП-у и концесијама. Сагласност има карактер претходне сагласности надлежних државних органа, која се даје пре доношења одлуке о избору приватног партнера и закључења јавног уговора.

Према изричитој дикцији Закона, давање сагласности Владе на коначни нацрт јавног уговора у коме Република Србија није уговорна страна, не подразумева одговорност Републике Србије за спорове који настану из тог уговора између јавног и приватног партнера. Уколико није другачије уговорено (при чему уговарање мора бити у писаној форми) јавно тело које је јавни партнер у јавном уговору увек је одговорно за реализацију пројекта ЈПП-а, као и за његове евентуалне последице (видети чл. 47 ст. 5 и 6 Закона о ЈПП).

Закон о ЈПП-у и концесијама оставља могућност да приватни партнер задржи право и на **подуговарање**, при чему одговара неограничено солидарно за извршење обавеза које су пренете подуговарачу. Могућност подуговарања приватног партнера постоји чак и уколико није задржано јавним уговором, под условом добијања сагласности која је по форми и суштини идентична горе описаној претходној сагласности на јавни уговор.

Јавни уговор закључује се на **рок** који не може бити краћи од 5, нити дужи од 50 година. Критеријум трајања уговора је време потребно за амортизацију улагања приватног партнера, као и структура и обим ризика повезаних са комерцијалним коришћењем предмета уговора. Почетак тока рока је дан потписивања јавног уговора, чиме се ризик почетка експлоатације и реализације пројекта јавно-приватног партнерства преноси на приватног партнера.

Неспорно је да, свеједно о којој се форми ЈПП-а ради, јавни уговор како по законском одређењу, тако и по својој природи, представља дуготрајни уговор. Прописивање најдужег **трајања јавног уговора** на

50 година представља продужење рока у односу на решење ранијег Закона о концесијама, који је предвиђао максимално трајање концесије од 30 година. У овом смислу је Закон о ЈПП-у и концесијама усклађен са решењима законодавства појединих развијених земаља која предвиђају максимално трајање концесије у распонима од 20 до 99 година.

Закон предвиђа могућност **престанка** уговора и пре истека рока на који је закључен и то: раскидом јавног уговора због јавног интереса; споразумним раскидом; једностраним раскидом јавног уговора услед пропуста приватног или јавног партнера; смрти приватног партнера, односно ликвидације или стечаја приватног партнера. На последице превременог раскида јавног уговора због пропуста приватног или јавног партнера примењују се посебна правила утврђена јавним уговором, као и општа правила облигационог права.

6.1.2. Уговор о руковођењу, одржавању и услугама

Ова врста уговора је форма ЈПП, на основу кога јавни сектор користи услуге приватно-правних субјеката, или њиховим ангажовањем извршава конкретно дефинисане обавезе, за уговорени период времена. Јавно-правни субјект и даље остаје одговоран за пружање и квалитет услуга према корисницима.

6.1.3. Уговор о концесији

На основу овог уговора, приватно-правни субјект преузима одговорност за пружање и квалитет услуга у одређеној области, као и за оперативно одржавање, прикупљање надокнада за услуге и управљање пословним подухватом у целини. Тежиште улоге јавно-правног сектора помера се од функције пружаоца услуге ка регулаторном телу за цене и квалитет услуга.

Јавно-приватно партнерство **са елементима концесије** се у Закону о ЈПП и концесијама дефинише као уговорно јавно-приватно партнерство у коме је јавним уговором уређено комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби, која су у јавној својини, или обављање делатности од општег интереса које надлежно јавно тело уступа домаћем или страном лицу, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе накнаде од стране приватног, односно јавног партнера, при чему приватни партнер сноси ризик комерцијалног коришћења предмета концесије.

Концесија се може дати ради комерцијалног коришћења природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања делатности од општег интереса, а нарочито: за истраживање и експлоатацију минералних сировина и других геолошких ресурса; за поједине делатности унутар заштићених подручја природе, као и за коришћење других заштићених природних богатстава; у области енергетике; за луке; за јавне путеве, јавни превоз, аеродроме; у области здравства, туризма и др.

Конститутивни елемент концесије је њено комерцијално искоришћавање добра у општој употреби или обављање делатности од општег интереса. При томе се одговорност јавног партнера своди на избор адекватног приватног партнера, који је дужан да чува јавни интерес и да обезбеди његово континуирано спровођење.

Јавно-приватна партнерства **без елемената концесије** се дефинишу негативно. То су партнерства која имају све карактеристике ЈПП-а, с тим што као и код концесија, успешност јавно-приватног партнерства за приватног партнера зависи од његовог економског учинка. Поред тога разлике су и у следећем:

Прво, код ЈПП без елемената концесије, јавни партнер дугује надокнаду из буџета, за разлику од ЈПП са елементима концесије код које концесионар улази у директан однос са коначним корисницима, при чему надокнада из буџета зависи од квалитета учинка приватног партнера;

Друго, док се код концесија интерес концесионара исцрпљује у концесионој накнади и одржању континуитета јавног интереса, код ЈПП-а без елемената концесије, равноправан значај за јавног партнера имају и други елементи: развој инфраструктуре, изградња епистемиолошке (сазнајне) основе и слично. О томе да ли се ради о ЈПП-у са или без елемената концесије, мора се просудити на основу анализе предлога пројекта ЈПП, или концесионог акта као целине, у светлу горе наведених критеријума.

Разлику једног и другог облика концесије можемо уочити на хипотетичком примеру. Ако у организацију пружања услуге јавног превоза у једном граду, у чију организацију, на основу уговора о концесији са локалним органима власти, приватни инвеститор уложи потребна средства, он стиче право да врши наплату услуге превоза од непосредних корисника продајом карата, чиме му се омогућава обављање делатности од јавног значаја, уз право на стицање добити. Пример модела ЈПП без концесије би постојао, на пример, када градске власти имају потребу да изграде основну школу, чије услуге њени корисници не плаћају. У тој

ситуацији град ће из буџета вршити одговарајућу надокнаду приватном партнеру на име инвестираног капитала и цене услуге коју финансира својим средствима.

Као што се из наведених примера може закључити, подела на јавно-приватна партнерства са или без елемената концесије нема искључиво теоријски значај: Законом су предвиђени различити правни путеви за доделу права на реализацију јавно-приватног партнерства без елемената концесије, чији је поступак утврђен Законом о јавним набавкама, док је код ЈПП-а са елементима концесије поступак предвиђен Законом о ЈПП и концесијама. Посебно дефинисање поступка за доделу концесије указује на претпоставку законодавца о специфичности и значају концесије као облика располагања јавним ресурсима, што условљава постојање посебне процедуре доделе права на њену реализацију различите од поступка утврђеног одредбама Закона о јавним набавкама.

6.1.4. Уговор о јавној пасивној инвестицији

Функционални циљ ове врсте уговора огледа се у коришћењу државних зајмова за привредне делатности субјеката у приватној својини. За ову врсту партнерства се одобравају кредити, или гаранције јавних институција, приватноправним субјектима.

6.2. Институционалне форме ЈПП

Институционални елемент, за разлику од уговорног, рефлектује се кроз однос јавног и приватног партнера као оснивача, односно чланова заједничког трговачког друштва, које је носилац реализације пројекта јавно-приватног партнерства. **Оснивање** новог привредног субјекта, или **улагање** приватног капитала иностраних и домаћих инвеститора у већ постојеће јавно трговачко друштво, најчешћи су начини реализације институционалног облика ЈПП. Уговором о оснивању посебно се регулише висина улога учесника у послу, и пропорционално томе, сразмера њиховог учешћа у сношењу ризика и подели добити.

Закон о ЈПП и концесијама предвиђа специјалну форму пословне кооперације, познату под називом „друштво посебне намене“ (ДПН; енгл. *Special purpose Vehicle – SPV*), које се обавезно оснива ради реализације јавног уговора. Друштво за посебне намене оснива се у складу са Законом о привредним друштвима. Оно, у пракси, настаје на два начина.

а) оснивањем нове компаније;

б) партиципацијом приватног партнера у власништву постојећег јавног предузећа чија је делатност пружање услуга од јавног интереса.

За разлику од настанка ДПН-а оснивањем нове компаније, када у правном промету настаје ново правно лице, код учешћа приватног партнера у постојећем јавном предузећу долази само до промене власничке структуре.

Без обзира на начин настанка друштва за посебне намене, оснивачка и управљачка права уређују се слободно између чланова ДПН-а у складу са законом којим се уређује положај привредних друштава.

7. Закључак

На подлози спроведене анализе могуће је говорити о три модела на основу којих држава може остваривати обављање делатности од јавног интереса:

- а) употребом сопствених ресурса (in house метод);
- б) коришћењем кредитног капитала и
- б) успостављањем јавно-приватног партнерства.

Јавно-приватно партнерство је израз **потребе** државе да, због немогућности или нецелисходности прибављања кредитног капитала намењеног изградњи и развоју одрживог система за обављање поједине делатности од јавног интереса, успостави партнерски однос са инвеститором, страним или домаћим правним или физичким лицем, као титуларом својине над приватним капиталом.

У циљу материјалне основе за обезбеђење рада јавних служби, изградње инфраструктуре, пружање различитих услуга грађанима, држави су потребна значајна новчана и друга средства. Државни буџети локалних и централних власти су ограничени, услед чега је јавни сектор упућен на успостављање пословне кооперације са власницима приватног капитала. Јавно приватно партнерство је облик сарадње између локалних или централних власти и приватних компанија. Партнерство међу њима се најчешће успоставља у секторима као што су транспорт, одлагање отпада, снабдевање водом и струјом, заштита здравља становништва, образовање, спорт, култура и друге области од јавног значаја.

Основни циљ и јавноправних и приватноправних учесника у послу је да ризик, у вези са поступањем сваке стране у послу партнерства буде сведен на најмању могућу меру. У дискурсу правне теорије се таква вр-

ста ризика означава **моралним хазардом**.¹²

Морални хазард на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса. Степен уважавања приватног интереса опредељује се мером доприноса приватно-правних ресурса у остваривању јавно-правног интереса.

На основу општих карактеристика ЈПП могу се апстраховати његове три основне вредности:

а) оптимална **расподела ризика** међу партнерима, као главни генератор вредности за овај модел пружања услуга у јавном сектору;

б) иновативни учинак заједничког подухвата, уз кључни допринос приватно-правног партнера, који треба да омогући нова решења за ефикасно остваривање јавног интереса кроз „квалификовану“ кооперацију, која је више од стандардне сарадње и

в) **трајно очување** континуитета у остваривању јавног интереса, као „интереса првог реда“ и незаобилазне карактеристике заједничког подухвата.¹³

Када је реч о економском значају ЈПП, може се закључити да **предмет** партнерства **не може бити искључиво комерцијално** коришћење добра у општој употреби. Елемент остваривања јавног интереса има конститутивни значај за постојање јавно-приватног партнерства: без тог елемента, пројекат није ЈПП.

Јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, остају у **латентној конкуренцији**. У граничним ситуацијама, када није могућно истовремено остварити оба интереса, јавни интерес се сматра интересом првог реда.¹⁴

Може се закључити да је неопходно да основна карактеристика односа у јавно-приватном партнерству треба да буде израз координисане међузависности и сарадње партнера, а не њихова узајамна конкуренција. Успостављањем и реализацијом партнерства, јавни и приватни сектор не треба да изоштре границе њиховог раздвајања, већ да заједничким подухватом, на јасним законским основама, доведу до заједничког циља.

¹² Видети: П. Н. Цветковић, „Ризици јавно-приватних партнерстава: полазна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 63, 2012, стр. 121–146.

¹³ О овоме више: П. Цветковић, *Право јавно-приватних партнерстава*, Ниш 2015, стр. 20.

¹⁴ А. Тирић, П. Цветковић, „Ex ante и ex post контрола јавног интереса у споразумима о јавно-приватном партнерству“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 74, 2016, стр. 149–164, с. 159.

PUBLIC AND PRIVATE PARTNERSHIP LAWS (PPP)

Aleksandar Ćirić, PhD, Professor*

Conclusion

In practice, there are three models known on the basis of which a state can pursue activities of public interest: a) using own resources (in house method); b) using credit capital and v) establishing a public-private partnership.

Public-private partnership is an expression of the need of the state to establish a partnership with an investor, foreign or domestic legal or natural person, as a holder of private ownership, because of the inability or unreasonableness of obtaining credit for the construction and development of a sustainable system for performing a particular activity of public interest capital.

Based on the general characteristics of PPP, its three basic values can be abstracted:

a) optimal risk sharing among partners, as a major value generator for this model of public sector service delivery;

b) the innovative impact of the joint venture, with the key contribution of the private-law partner, which should enable new solutions to effectively pursue the public interest through “qualified” cooperation, which is more than standard cooperation;

v) the continued preservation of continuity in the pursuit of the public interest, as a “first-class interest” and an indispensable feature of the joint venture.

With regard to the economic importance of PPPs, it can be concluded that the partnership cannot be the sole commercial use of the good in general use. The public interest element has a constitutive significance for the existence of a public-private partnership: without this element, the project is not a PPP.

The public and private interests, albeit partnerships, remain in latent competition. In borderline situations where it is not possible to pursue both interests at the same time, the public interest is considered a first-order interest.

It can be concluded that it is essential that the basic characteristic of PPP relations should be an expression of coordinated interdependence and cooperation of partners, not their mutual competition. By establishing and implementing partnerships, the public and private sectors should not sharpen the boundaries of their separation, but should, by a clear undertaking on a clear legal basis, lead to a common goal.

Keywords: *Public and Private Partnership, PPP Legal Forms, Public Contract, Management, Maintenance and Service Agreement, Concession Agreement, Institutional Forms of PPP.*

* Full Professor at the State University in Novi Pazar, aciric@prafak.ni.ac.rs

UDK: 339.5:339.92(100)
doi 10.7251/PR5919597C
Originalni naučni članak

TEORIJA IGARA I MEĐUNARODNO TRGOVINSKO PRAVO: POLAZNA RAZMATRANJA *

Prof. dr Predrag Cvetković**

***Apstrakt:** Teorija igara nastala je kao matematički koncept. Njen doprinos društvenim naukama leži u unapređenju razumevanja i rešavanja realnih društvenih odnosa. Primenjena u pravnom diskursu, teorija igara objašnjava ponašanje aktera odnosnog pravnog sistema. U kontekstu teorije igara, pravila međunarodnog prava imaju se smatrati pravilima igre koja se odvija između različitih aktera. Analiza u svetlu teorije igara identifikuje okolnosti pod kojim međunarodno pravo utiče ili menja ponašanje države. Teorija igara ima korisnu ulogu za definisanje pravnih pravila: njome se objašnjava zbog čega su se akteri pravnog odnosa ponašali na određeni način, ali i predviđa njihovo buduće ponašanje. Kao koncept, teorija igara počiva na analizi norme s pozicije efikasnosti: apstraktna analiza u tom smislu nije ključna. Uloga teorije igara u pravu je što omogućava da norma bude usvojena, primenjivana i ocenjivana u skladu sa istinskom ulogom i efektom koje ima na odnose koje uređuje (odnosno u kontekstu međunarodnog prava, odnose između država). Članak posebno akcentira značaj Nešovog ekvilibrijuma kao rešenja za igru „zatvorenikova dilema“ u kontekstu prava Svetske trgovinske organizacije i bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija.*

***Ključne reči:** teorija igara, Svetska trgovinska organizacija, Nešov ekvilibrijum, zatvorenikova dilema, bilateralni sporazumi o zaštiti i tretmanu stranih investicija.*

* Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru”, br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

** Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, pepi@prafak.ni.ac.rs

1. Uvodna razmatranja

Teorija igara nastala je kao matematički koncept. U poslednjih dvadeset godina teorija se primenjuje izvan okvira matematičkih analiza, uključujući i društvene nauke. Primena teorije igara ima za cilj unapređenje unapređenju razumevanja stvarnih društvenih odnosa: subjekata tih odnosa, tenzija i sukoba koje generišu.¹ Opisana pitanja teorija igara analizira kroz izradu modela koji olakšava analizu stvarne životne situacije. Primenjena u pravnom diskursu, teorija igara objašnjava ponašanje aktera/igrača u određenom pravnom sistemu.²

Teorija igara je supkategorija teorije racionalnog izbora.³ Karakteristika teorije igara je da su predmet njenog razmatranja situacije u kojima postoji strateška interakcija: strateška situacija je ona kod koje postoje najmanje dva aktera pri čemu rezultat odluke svakog od njih (kao i ponašanje koje tu odluku prati) zavisi od toga kako će se ponašati drugi akter.

U igri⁴ akteri biraju opciju ponašanja koja bi trebalo da ih dovede do optimalnog rezultata. Ovi izboru mogu biti parametrijski i strateški. Parametrijski izbor je baziran na parametrima koji su konstantni/fiksni. Ova činjenica olakšava izbor ponašanja/akcije. Strateški izbor, pak, zavisi od ponašanja drugih aktera. Stoga su strateške igre kompleksnije u odnosu na igre sa parametrijskim izborom.

Zadatak teorije igara je da obezbedi teoretski model za analizu strateških situacija, te da identifikuje kriterijume racionalnog izbora aktera, uključujući i procenu važnosti ovih kriterijuma (relativnu procenu, koja se odnosi na njihov međusobni odnos, te apsolutnu procenu, koja se tiče odnosa svakog kriterijuma sa ciljem igrača) za konačan ishod igre.

Teorija igara je koncept koji je primenljiv i na pravni kontekst. Naime, pravni život i procesi često imaju formu strateških interakcija. To što teorija igara koristi matematički format za izlaganje o formi i sadržini ovog uticaja nije nepremostiva prepreka za njeno korišćenje u pravnim istraživanjima.

Teorija igara je način za uvid na koji način pravna pravila utiču na ponašanje aktera. Kao takva ima ima korisnu ulogu za definisanje pravnih pravila: nje-

¹ Ključni fundamenti teorije igara su artikulisani u radu „Theory of the Games and Economic Behavior“, Von Neumann, J., & Morgenstern, O. (2007). *Theory of Games and Economic Behavior (commemorative edition)*. Princeton University Press. Dostupno na: <https://pdfs.semanticscholar.org/0375/379194a6f34b818962ea947bff153adf621c.pdf>

² U ovom radu termin “akter” i “igrač” upotrebljavaju se kao sinonimi.

³ Druga dva pravca su teorija odlučivanja i teorija socijalnog izbora. Videti više u: Cvetković, P., *Pravo i teorija igara: primer prava Svetske trgovinske organizacije* / Predrag Cvetković: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. – Niš: Pravni fakultet, 2018. – Br. 81 (2018), str. 83–102, na strani 84.

⁴ Više o pojmu igre videti infra u tač. 2 ovog rada.

gova primena omogućava ne samo da se objasni zbog čega su se akteri pravnog odnosa ponašali na određeni način, već i da napravi predviđanje njihovog budućeg ponašanja. Kao koncept, teorija igara počiva na analizi norme s pozicije efikasnosti: apstraktna analiza norme i dogmatski pristup u tom smislu nisu ključni.

Uloga teorije igara u pravu je što omogućava da se pravo sagledava kao kompleksan sistem, kroz multidisciplinarnu vizuru: time se obezbeđuje da norma bude usvojena, primenjivana i ocenjivana u skladu sa istinskom ulogom i efektom koje ima na socijalne odnose (odnosno u kontekstu međunarodnog prava, odnose između država)⁵.

2. Pojam igre

Teorija igara pojam "igre" vidi kao interakciju između dva ili više aktera. Igra je definisana pravilima koja specifikuju: listu igrača, raspoložive opcije (strategije) za svakog od njih, korake (sekvence) poteza aktera, dobit (engl. „payoff“) svakog aktera za sve moguće kombinacije u igri.

U teoriji igara strategijom se smatra svaki potpuni plan ponašanja aktera u odnosu na svaku moguću fazu igre. Strategija sadrži unapred definisani redosled poteza aktera igre, pri čemu izbor poteza zavisi i od poteza drugih igrača. U igrama kod kojih igrač ima mogućnost za više različitih akcija, pojam strategije razlikuje se od pojma „akcija“: akteri primenjuju strategiju kao način izbora akcije koju će da preduzmu.

Teorija igara razlikuje dominantnu i dominiranu strategiju.

Dominantna strategija je optimalni izbor za aktera u igri: optimalnost postoji u odnosu na bilo koji mogući izbor drugog aktera. Dominantna strategija donosi akteru maksimalnu dobit bez obzira na strategiju i odluke drugog aktera.

Dominirana strategija je ona koja akteru donosi korist koja je jednaka ili lošija (donosi manju dobit) od druge strategije.⁶ Kada jedna strategija ne donosi bolji rezultat nego druga strategija, nego nekad čak i gori, ona je dominirana od te bolje strategije. Kada je jedna strategija uvek gora od druge, onda je ta strategija striktno dominirana.

2. 1. Tipovi igara

⁵ Videti izlaganje infra u tač. 4 ovog rada.

⁶ Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, Randal C. Picker, *Game theory and the Law*. Harvard University Press, 1998, str. 306.

U teoriji igara postoji nekoliko podela tipova igara.

Prava podela je na klasične i neklasične igre. Klasična teorija igara obuhvata nekooperativne i kooperativne igre, dok neklasična teorija igara obuhvata evolucionarne igre.

a) Kod kooperativnih igara ponašanje aktera uređeno je obavezujućim sporazumom. Nekooperativne igre, pak, jesu one kod kojih sporazum aktera o zajedničkoj akciji nije obavezujući.

Igra kooperacije je praćena ispunjavanjem kriterijuma Pareto efikasnosti,⁷ te principa pravičnosti i jednakosti. Nekooperativne igre su, pak, bazirane na principu da igrači teže maksimizaciji sopstvene koristi.

Summa summarum, igre kooperacije se fokusiraju više na karakteristike i prirodu rezultata igre (npr. da je pravičan) nego na način (strategiju) na koji se taj rezultat ostvaruje. Nekooperativne igre su usmerene na strategiju koja se primenjuje radi ostvarivanja rezultata čije su redukovane karakteristike jasne iz motiva igre (svaki igrač ima cilj da maksimizuje sopstvenu korist iz igre): pravičnost i jednakost ne igraju značajnu ulogu.

Evolutivne igre počivaju na pretpostavci da će manje uspešni akteri težiti da imitiraju aktere koji su uspešniji. Evolutivne igre počivaju na pretpostavci da se igra ponavlja (da ima više iteracija).⁸

b) Druga je podela na igre nulte sume (igra sa fiksnom sumom, engl. “zero-sum game“) i igre sa varijabilnom sumom.

Kod igara sa fiksnom sumom dobitak jednog igrača predstavlja direktan gubitak za drugog. Primer je fudbalska utakmica – svaki gol za jedan tim predstavlja dobitak za taj tim i korespondentan gubitak tima koji je gol primio.⁹ Igre sa fiksnom sumom su igre striktnog konflikta: dobitak jednog aktera je uvek gubitak drugog aktera.

Igre sa varijabilnom sumom su igre kod kojih dobitak jedne strane ne znači gubitak druge strane: svojom aktivnošću one mogu da ukupan zbir dobiti (koji je konstanta kod igara sa fiksnom sumom) povećaju na način koji uvećava dobitak svake od njih. Ove igre pravdaju saradnju (kooperaciju) aktera.¹⁰

c) Treća je podela na igre sa potpunom i nepotpunom informacijom.

⁷ Rezultat igre je Pareto efikasan ukoliko je rezultat igre „x“ bolji od rezultata igre “y” na način da svi igrači imaju veću dobit nego što bi imali da je igra završila rezultatom „y“. Kriterijum je nazvan po italijanskom inženjeru Vilferdu Paretu, koji ga je prvi artikulisao.

⁸ Videti više u: Załuski, W. (2013). *Game theory in jurisprudence*. Copernicus Center Press, str. 74. passim

⁹ Videti: Cvetković, P. *Pravo javno-privatnih partnerstava*, str. 162, napomena 323. Igre nulte sume nemaju rezultate koji su “Pareto” dominantni. Svi ekvilibrijumu su Pareto efikasni, s obzirom na to da nema dobiti jednog igrača bez gubitka drugog.

¹⁰ Određene društvene igre kao šah ili poker imaju specifična pravila i spadaju u igre sa nultom sumom,

Ova je podela bazirana na kriterijumu poznavanja ciljeva (preferenci) drugog igrača.

Igra u kojoj igrač ima znanje o pravilima igre i strukturi igre (ko su igrači, strategija koja je raspoloživa svakom igraču i dobit za svakog igrača za sve moguće kombinacije raspoloživih strategija) naziva se igrom sa kompletnom informacijom.

Ukoliko akter akter učestvuje u igri bez poznavanja preferenci drugog aktera, govorimo o igri sa nekompletnom informacijom.¹¹

d) Četvrta podela obuhvata igre sa perfektnom i igre sa imperfektnom informacijom.

Igre sa perfektnom informacijom su igre kod kojih igrač poznaje ceo prethodni tok igre do momenta kada on počinje da učestvuje u igri. Sa druge strane, igra je imperfektna kada barem jedan igrač ne poznaje u celini prethodni tok igre.¹²

e) Peta podela razlikuje statične ili nesekvencijalne i dinamičke igre, sa jedne, ili sekvencijalne igre, sa druge strane.

Statične igre čine igre kod kojih igrači donose svoje odluke istovremeno, tako da ne znaju izbore drugih igrača. Statične igre su i one kod kojih se izbori vrše sekvencijalno (jedan igrač „igra“ nakon drugog) ali i dalje ne znaju izbore drugih aktera.

Dinamičke igre su dvojake.

Prvu vrstu dinamičkih igara čine striktno nesimultane igre. Kod ovih igara igrači biraju i realizuju svoje akcije sekvencijalno (jedan nakon drugog), pri čemu svaki igrač zna prethodnu istoriju poteza druge strane.

Drugu vrstu dinamičkih igara čine mešovite igre kod kojih u nekoj od faza igrač zna prethodnu istoriju igre, dok u nekoj drugoj fazi takvo znanje izostaje.

Zajednička pretpostavka za sve tipove igara je da su igrači racionalni: da imaju rang ciljeva (odnosno da imaju jasno vezane vrednosti i koristi za te ciljeve), te da su u stanju da naprave razliku većeg i manjeg dobitka. Komplikacije nastaju jer nema generalno dominantne ili bezuslovno najbolje strategije za igrače s obzirom na to da postoji povezanost sa izborima drugih

što čini da saradnja sa drugim igračima jeste neprofitabilna. Pri tome je poker različit od šaha jer je igra sa nekompletnom informacijom (igrači nemaju puno znanje o kartama drugog igrača). Više o igri sa nekompletnom informacijom videti supra u ovoj tački.

¹¹ Załuski, W. (2013). op. cit, str. 32. passim.

¹² Informacija može da bude perfektna ali nekompletna ukoliko svi akteri imaju znanje o strategijama koje su na raspolaganju drugim igračima, kao dobit drugih igrača, ali makar jedan od njih nema znanje o prethodnom toku igre. Zatvorenikova dilema je primer takve igre. Videti: Baird, Gertner, Pickner, op. cit, str. 312.

aktera (strategija kao okvir igre).¹³

2.2. Nešov ekvilibrijum

Ekvilibrijum/ravnoteža se u teoriji igara definiše kao pomoć kriterijumu stabilnog ishoda: ključni pojam u ovom smislu je Nešov ekvilibrijum.¹⁴ U kontekstu društvenih nauka, Nešov ekvilibrijum je fundamentalni koncept teorije igara i najčešće korišćen metod predviđanja strateških interakcija kada se teorija igara primenjuje u društvenim naukama. Nešov ekvilibrijum označava ravnotežu kao stanje strateške igre u kojoj svaki igrač ima ispravna očekivanja o ponašanju druge strane i ponaša se racionalno.¹⁵ Nešov ekvilibrijum je ravnoteža ishoda igre; osnovna karakteristika navedene ravnoteže je da niko od aktera nema podsticaj da se ponaša na način koji menja uravnoteženi ishod. Sadržina opisanog ekvilibrijuma je da je svaka strana izabrala strategiju koja, u kombinaciji sa strategijom druge strane, ima za rezultat izostanak podsticaja za bilo koju stranu da izabranu strategiju menja. Ovaj koncept rešenja igre (engl. „solution concept“) je ključni za teoriju igara.

U igri dva aktera, par strategija formira Nešov ekvilibrijum kada nijedan igrač ne može da ima veći dobitak ukoliko promeni strategiju: pri tome je postojeća strategija birana u skladu sa strategijom drugog igrača i vice versa. Ukratko, Nešov ekvilibrijum je kombinacija strategija koje su međusobno najbolji odgovor jedna na drugu. Testiranje da li je kombinacija strategija Nešov ekvilibrijum ilustrovaće se sledećim primerom. Prvi igrač ima strategiju „x“ a drugi „y“. Pitanje da li je ova kombinacija Nešov ekvilibrijum jeste da li bi prvi igrač (imajući u vidu da drugi igrač ima strategiju „y“), imao veću dobit ukoliko bi umesto strategije „x“ izabrao strategiju „x1“. Obrnuto, kriterijum za strategiju drugog igrača je da li bi ovaj (imajući u vidu da prvi igrač bira strategiju „x“) drugi igrač imao veću dobit time što bi izabrao strategiju „y1“. Ukoliko ne postoji bolja strategija za prvog igrača od strategije „x“ kao odgovora na strategiju „y“ drugog igrača, odnosno ukoliko nema bolje strategije za drugog igrača od strategije „y“ kao odgovora na strategiju „x“ prvog igrača, onda je ovaj par strategija formirao Nešov ekvilibrijum.

¹³ Igre kod kojih postoji samo jedan igrač nazivaju se „igrama protiv prirode“ i spadaju u oblast teorije odlučivanja.

¹⁴ Nešov ekvilibrijum je formulisao čuveni matematičar iz Sjedinjenih Američkih Država, Džon Neš. Ovaj se koncept naziva i „Cournot-Nash“ ekvilibrijum, po Antoanu Kornautu, francuskom ekonomisti iz XIX veka koji je koristio sličan koncept za analizu oligopola. Videt više u: Baird, Douglas, Picker, op. cit, str. 276.

¹⁵ Schelling, Thomas C., *The Strategy of Conflict*, (2nd ed. 1980). str. 3–20

Nešov ekvilibrijum je suprotan konceptu liberalnog kapitalizma koji polazi od toga da u kompetitivnom okruženju individualna ambicija služi opštem dobru, a najbolji rezultat nastaje kada svako radi ono što je najbolje za njega. Nešov ekvilibrijum dodaje ovom konceptu kooperativnost kao važan instrument za ostvarivanje efikasnosti igre (u slučaju prava, norme).

2.3. Zatvorenikova dilema

Naziv “zavorenikova dilema” potiče od modeliranja teorije sa primerom zatvorske kazne.¹⁶ Ukratko, model zavorenikove dileme opisuje se na sledeći način: dve osobe su optužene da su počinile zločin. Sud im nudi istu nagodbu, čija je sadržina sledeća: zavorenik koji prizna i time obezbedi dokaz protiv drugog zavorenika biće pušten (dobit ovog zavorenika je 0, to jest 0 godina zatvora), pod uslovom da drugi zavorenik ne prizna (u kom slučaju će ovaj imati dobitak od -10 , to jest deset godina zatvora).

Ukoliko niko od njih ne prizna, svaki od njih će biti osuđen samo za blaže krivično delo pri čemu će dobit svakog od njih biti -1 , to jest jedna godina u zatvoru.

Ukoliko oba zavorenika priznaju, biće osuđeni za krivično delo ali će kazna biti blaža nego što bi bila u slučaju da je samo jedan priznao (dobitak svakog od njih biće -5 , to jest 5 godina zatvora).

Tabela 1.

	Zavorenik A saraduje (ne priznaje krivicu – K)	Zavorenik A ne saraduje (priznaje krivicu – NK)
Zavorenik B saraduje (ne priznaje krivicu) – K	Oba zavorenika dobijaju po jednu godinu zatvora (rezultat igre: $-1, -1$)	zavorenik A dobija 0 godina; zavorenik B dobija 10 godina (rezultat igre: $0, -10$)
Zavorenik B ne saraduje (priznaje krivicu – NK)	zavorenik B dobija 0 godina; zavorenik A dobija 10 godina (rezultat igre: $0, -10$)	Oba zavorenika dobijaju po pet godina zatvora (rezultat igre: $-5, -5$)

Svakom od igrača na raspolaganju su dve strategije: da saraduju (opcija kooperacije) ili da ne saraduju (opcija izostanka kooperacije).

Oznaka K znači kooperacija (nepriznavanje krivice), oznaka NK znači nesaradnja (što bi značilo priznavanje krivice). Prioritetni cilj oba zavorenika

¹⁶ Model „zavorenikove dileme“ su 1950. godine osmislili Meril Flod i Melvin Drešer, istraživači koji su radili u okviru RAND korporacije koja funkcioniše kao globalni think thank okvir. Videti: www.rang.org.

je identičan: da sami provedu što manje vremena u zatvoru. Cilj nije da se smanji ukupni broj godina koje će igrači provesti u zatvoru.¹⁷

Zatvorenikova dilema je paradigma za situaciju u kojoj je ravnotežni ishod kao rezultat strategije koju biraju akteri a koja ima za njih manje povoljan rezultat nego da su obe izabrale suprotnu strategiju.

Dominantna strategija svakog igrača (ona koja igraču daje superiorni dobitak bez obzira na to šta druga strana radi) jeste da ne sarađuju (NK): ne-saradnja u konkretnom slučaju znači da je akter priznao krivično delo.

Nešov ekvilibrijum¹⁸ je nepovoljniji za oba zatvorenika nego što je to izostanak ekvilibrijuma: kod izostanka ekvilibrijuma dominantna strategija je K (saradnja/kooperacija, odnosno nepriznavanje krivice), jer im donosi najbolji rezultat (-1 za svakog). Kod Nešovog ekvilibrijuma, saradnja izostaje i svako dobija po pet godina zatvora (-5, -5).

Suština zatvorenikove dileme je da čak i kada bi oba igrača u strateškoj situaciji postupala u skladu sa kriterijumom racionalnosti, to jest kriterijumom koji zabranjuje izbor striktno dominiranih strategija (strictly dominated strategies), Nešov ekvilibrijum koji dosegnu je Pareto suboptimalan¹⁹ (NK: NK, to jest obojica priznaju / ne sarađuju, i dobijaju svaki po pet godina zatvora.). Oba igrača bi bila bolja ukoliko bi oba izabrala K (kooperaciju, to jest da niko ne prizna, u kom slučaju bi obojica imala -1 ; -1).

Zatvorenikova dilema je model u kojem je individualna racionalnost u konfliktu sa kolektivnom racionalnošću. Igra jasno pokazuje da grupa racionalnih egoista može da završi gore nego grupa ljudi koja prima facie funkcioniše suprotno svom sopstvenom interesu. Koristeći jednostavne igre kao što je zatvorenikova dilema, teorija demonstrira zašto društvo, pa i pravo ima potrebu koordinacije jednako kao i mehanizme za kooperaciju.

2.3.1. Jednokratna i višekratna zatvorenikova dilema

Postoje dva tipa zatvorenikove dileme: jednokratna i višekratna²⁰. Kod jednokratne zatvorenikove dileme igra se odvija samo jednom. Višekratna zatvorenikova dilema karakteriše se ponavljanjem iste igre između igrača.

Dominantna strategija²¹ kod jednokratne zatvorenikove dileme je ne-

¹⁷ Simetrične igre su one kod kojih dobit zavisi od određene strategije, a ne od toga ko ovu strategiju primenjuje (odnosno ne od igrača). Čak i kada se zameni identitet igrača, dobit ostaje ista.

¹⁸ Više o Nešovom ekvilibrijumu videti supra u tač. 2. 2. ovog rada.

¹⁹ Više o kriterijumu Pareto optimuma videti supra u tač. 2. 1. ovog rada.

²⁰ Pavlović, D., *Teorija igara – Osnovne igre i primena*, Drugo, dopunjeno izdanje, Fakultet političkih nauka i Čigoja štampa, Beograd, 2015, str. 38.

²¹ O pojmu dominantne strategije videti supra u tač. 2 ovog rada.

kooperacija. Ovo rešenje je suboptimalni Nešov ekvilibrijum.²² Navedeno rešenje rezultat je činjenice da kod jednokratne zatvorenikove dileme igrači nemaju širi okvir podoban za strateško obavezivanje u budućnosti.

Za razliku od jednokratne, višekratna zatvorenikova dilema obezbeđuje vremenski okvir (s obzirom na to da se ista igra ponavlja više puta između istih igrača) za razvijanje kooperacije između aktera. Kooperacija (za razliku od igre u formatu jednokratne zatvorenikove dileme) u ovom slučaju jeste održiva: znajući da imaju veću korist iz buduće saradnje sa drugom stranom, igrači su podstaknuti da zanemare kratkoročnu dobit koja bi mogla da se obezbedi kroz nekooperaciju. Akteri igre u formatu višekratne zatvorenikove dileme očekuju da njihova konkretna interakcija (igra) bude samo jedna iz serije budućih igara.²³ Princip stalnosti i trajnosti izrastao je u aksiom teoretičara teorije igara: jednokratna interakcija ohrabruje nekooperaciju; višekratna interakcija je podsticaj za kooperaciju.²⁴

Model koji se pokazao kao efikasan za podsticanje kooperacije kod višekratne zatvorenikove dileme je sistem „tit-for-tat“. Reč je o strategiji prema kojoj igrač A saraduje u igri (kooperira) sve dok i drugi igrač B čini to isto. Igrač A bira drugu opciju (opciju nesaradnje, nekooperacije) isključivo ukoliko igrač B izabere strategiju nesaradnje umesto kooperacije. Time se igrač B koji ne saraduje sankcioniše u budućem periodu. Ukoliko igrač B u budućim igrama ponovo izabere saradnju, igrač A se vraća na strategiju kooperacije.²⁵

3. Teorija igara i međunarodno pravo

Međunarodne institucije i međunarodno pravo promovišu koegzistenciju i kooperaciju između država. Ovaj proces, međutim, nije automatski: pravna regulativa međunarodnih odnosa, uključujući i njenu primenu, ima sopstvenu dinamiku koja navedeni proces čini podobnim za analizu kroz prizmu teorije igara. Stoga se pravila međunarodnog prava imaju smatrati pravilima igre koja se odvija između različitih aktera. Teorija igara identifikuje i razjašnjava suštinu interakcije i saradnje igrača (država, međunarodnih organizacija i drugih aktera) u određenim okolnostima.

²² Videti supra u tač. 3.

²³ „Kome bi se pre moglo verovati: mehaničaru na koga ste naišli tokom svog putovanja, ili mehaničaru sa kojim se vidate svakog dana i koji stanuje na uglu vase ulice?Axelrod, “The Evolution of Cooperation”, supra note 197

²⁴ M. Ridley, *The Origins of Virtue* (New York: Viking Penguin, 1996) at 65.

²⁵ U tom smislu se Tit-for-tat razlikuje od „Grim“ strategije prema kojoj u slučaju da igrač B izabere nesaradnju, igrač A takođe počinje da se ponaša u skladu sa strategijom nekooperacije bez vraćanja na strategiju saradnje, šta god da igrač B učini u budućnosti. Videti: Baird, Gertner, Pickner, op. cit, str. 316.

Teorija igara obezbeđuje okvir za tzv. prospektivnu analizu: polazi se od određenih realnih parametara i pretpostavki kako bi se predvidelo ponašanje subjekata na koje se norma primenjuje. To jest, razvija se model koji uključuje suštinske karakteristike problema u pitanju (engl. forward induction). Time se omogućava predviđanje ponašanja aktera u budućnosti.

Teorija igara takođe predstavlja okvir za retrospektivnu analizu kod koje se polazi od cilja koji se normom ima ostvariti, a potom se definišu načini kako da se do takvog cilja dođe (engl. backward induction). U krajnjem, na taj način se omogućava i analiza načina na koji su se akteri ponašali u prošlosti (polazeći od rezultata tog ponašanja u sadašnjosti).

Na gore navedeni način primena teorije igara omogućava evaluaciju normativnih alternativa, čime se doprinosi boljem razumevanju razvoja međunarodnog prava.

Osnovni kriterijum teorije igara, kao što je već rečeno²⁶, jeste parametar efikasnosti. Sama doktrina međunarodnog prava inherentno je povezana sa principom efikasnosti: ovaj princip pravda izabranu doktrinu. U tom smislu, princip efikasnosti je bazično i sveprožimajuće pravilo međunarodnog prava.²⁷

Dok je u teoriji međunarodnih odnosa teorija igara dala osnov za objašnjavanje odnosa između država, u pravu je otvorila prostor i obezbedila aparat za “novi realizam” međunarodnog prava.²⁸ Naime, stav “novih realista” je da je međunarodno pravo izgubilo normativnu snagu. Razlog ovakvog razvoja je što države poštuju pravila međunarodnog prava samo onda kada je to u njihovom sopstvenom interesu.²⁹ Država postupa u skladu sa međunarodnim normama u specifičnim interakcijama sa određenom državom kada postoji dobar razlog da se veruje da će ta druga država postupati recipročno u odnosu na postupanje prve države.³⁰ U ovom kontekstu, međunarodno pravo je, u kontekstu teorije igara, igra u formatu zatvorenikove dileme.

3.1. Teorija igara i međunarodno trgovinsko pravo

²⁶ Videti izlaganje supra u tač. 1 ovog rada.

²⁷ Benvenisti, E., *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency*; The Impact of International Law on International Cooperation, Theoretical Perspectives, Cambridge University Press, 2004, pages 85-116. 19

²⁸ Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A., *The Limits of International Law* (2005); Posner, Eric A., *Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?*, 55 Stan. L. Rev. 1901 (2003).

²⁹ Goldsmith & Posner, op. cit. str. 84.

³⁰ Ibid, str. 87–88.

Teorija igara ima korisnu ulogu za analizu pravnog režima međunarodnih ekonomskih odnosa utvrđenog pravilima Međunarodnog trgovinskog prava.

Postavke teorije igara značajne su za razumevanje razloga koji stoje iza postupanja država u skladu sa pravom Svetske trgovinske organizacije (dalje i: STO).³¹ Države članice poštuju pravila STO multilateralnog sporazuma jer imaju bojazan da će država koja trpi štetu zbog kršenja sporazuma preduzeti retalijatorne mere. U praksi retalijaciju realizuje upravo oštećena država, dok druge države to ne čine. Prethodna postavka unosi bilateralnost u multilateralni okvir: karakter odnosa povodom neizvršenja obaveze iz prava STO redukuje se na bilateralni nivo (umesto multilateralnog, s obzirom na multilateralni karakter sporazuma o STO).³² Podsticaj za poštovanje pravila iz sistema STO je i čuvanje reputacione vrednosti država. Članice STO učestvuju međusobno u igri sa karakterom višekratne zatvorenikove dileme:³³ ukoliko jedan igrač u toj igri vara, niko neće hteti da „igra“ sledeću igru sa njim (neće uzimati kao verodostojna njegovo obavezivanje da postupa na određeni način kao država članica Svetske trgovinske organizacije). Ergo, država članica koja ne poštuje odluke organa STO³⁴ i preporuke moraće da više „plati“ prilikom novih igara/pregovora u budućnosti: razlog za to je što je njena reputacija pretrpela štetu izostankom poštovanja pravila STO u prošlosti.

Uloga sistema rešavanja sporova u sistemu STO je ključna za poštovanje pravila sporazuma iz sistema Svetske trgovinske organizacije. Navedena se uloga može objasniti kroz primenu postulata teorije igara.

Kao što je rečeno, sistem prava STO funkcioniše kao zatvorenikova di-

³¹ Svetska trgovinska organizacija nastala je kao izraz ekonomske globalizacije, definisane kao proces integracije globalne trgovine robom i uslugama i otvaranju granica za strane direktne investicije. Ubrzavanje procesa globalizacije imalo je za rezultat eliminisanje barijera u međunarodnom protoku robe, usluga i novca. Dijalektika ovog procesa zakonito je vodila kreiranju adekvatnog pravnog odgovora. On je, prirodom postavljenih zadataka, morao proisteći iz polja delovanja međunarodnog ekonomskog prava. Generisana kao kao rezultat uspešnog okončanja urugvajске runde pregovora o Opštem sporazumu o carinama i trgovini (engl. „General Agreement on Tariffs and Trade“; GATT), u svojim temeljima imala je težnju da postane sistemski strukturirani regulatorni okvir svetske trgovine. Danas STO ima 164 države. Više o pravno-političkim i ideološkim premisama na kojima je zasnovana Svetska trgovinska organizacija videti u: Cvetković, Predrag N., *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš, 2010, str. 1–8 i 44–66.

³² Stoga se kao ključni cilj prava Svetske trgovinske organizacije nameće uloga STO kao foruma za pregovore: sistem sankcija ostaje u suštini bilateralan.

³³ O višekratnoj zatvorenikovoj dilemi videti supra u tač. 3. 1. ovog rada.

³⁴ Ključne u ovom smislu su odluke panela i Apelacionog tela STO koji rešavaju sporove država članica. Oblast rešavanja sporova unutar STO definisana je kao kritična za čitav sistem Svetske trgovinske organizacije: Dogovor o pravilima i procedurama za rešavanje sporova (engl. „Dispute Settlement Understanding“) sporazum, kojim se ustanovljavaju osnove ovog sistema smatra se, u smislu njegove važnosti za funkcionisanje Svetske trgovinske organizacije, najznačajnijim rezultatom urugvajске runde pregovora o GATT-u. Sistem rešavanja sporova u STO centralni je elemenat koji obezbeđuje sigurnost i predvidivost multilateralnog trgovinskog sistema“. Videti više u: Cvetković, Predrag, *Uvod u pravo STO*, op. cit, str. 18–19.

lema sa višekratnim interakcijama/igramama. Optimalan Nešov ekvilibrijum (kooperacija igrača A i B kada se sistem STO posmatra kao skup bilateralnih odnosa) ostvaruje se kada države imaju podsticaj za tu kooperaciju. Taj podsticaj je moguć ukoliko postoji fokalna tačka ka kojoj učesnici u igri (konkretno, države članice STO) gravitiraju. Ta je tačka parametar za države kada donose odluke o sopstvenoj strategiji u svetlu strategije drugih država članica Svetske trgovinske organizacije. U kontekstu teorije igara, fokalna tačka je kombinacija strategija koju će igrači verovatno izabrati jer je naročito važna u uslovima i kulturi u kojoj se igrači nalaze.³⁵ Klasična ilustracija fokalne tačke je kada dve osobe treba da se susretnu u Njujorku na određeni dan. Bez mogućnosti da međusobno komuniciraju, morale su da izaberu vreme i lokaciju, uz nadu da će druga strana izabrati isto vreme i tačku susreta. U ovom kontekstu, postoji neograničeni broj Nešovih ekvilibrijuma (svako vreme i svako mesto su potencijalno rešenje dileme). U sprovedenom eksperimentu većina osoba je izabrala susret u podne, na Centralnoj železničkoj stanici u Njujorku³⁶.

Uloga sistema rešavanja STO jeste da definiše fokalnu tačku kojoj teže članice STO.³⁷ To je učinjeno na sledeći način: pravila STO o rešavanju sporova definišu proceduru za formiranje tela (panela) koji ima institucionalni odnos sa prethodnim panelima, čime se formira kolektivna institucionalna memorija kao osnov za dalju izgradnju jurisprudencije STO panela. Uloga panela je da obezbedi odluku koja je fokalna tačka za strategiju država, čime se doprinosi bilateralnoj kooperaciji u multilateralnom sistemu STO. A contrario, da ne postoji sistem rešavanja sporova u sistemu Svetske trgovinske organizacije, postojale bi dileme da li je ponašanje određene države A izraz nesaradnje, ili je samo odgovor na ponašanje države B koje je država A shvatila kao nesaradnju.

Slična struktura prihvatanja ograničenja sopstvenih interesa u kontekstu kreiranja optimalnog Nešovog ekvilibrijuma postoji i kod bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija. Tako, kada država A i država B potpišu sporazum o zaštiti stranih investicija, moguće je da neka od njih (na primer država A) ima političke i/ili ekonomske pritiske da ekspropriše imovinu

³⁵ Naziva se i "šelingovatačka" prema dobitniku Nobelove nagrade za ekonomiju Tomasu Šelingu. U svojoj knjizi "Strategy of Conflict", fokalna tačka je definisana kao "fokalna tačka očekivanja svake osobe o tome šta drugi očekuju da će ta osoba očekivati da bude očekivano" (engl. "focal point[s] for each person's expectation of what the other expects him to expect to be expected to do"). Videti: Scheling, Thomas, *ibidem*, str. 57

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Kako "gotovo sve nacije poštuju gotovo sve principe međunarodnog prava i gotovo sve svoje obaveze gotovo čitavo vreme" (Henkin, L., *How Nations Behave, Law and Foreign Policy*, 2nd edition 1979, pp. 46–48), jasno je da fokalna tačka postoji i u drugim oblastima međunarodnog prava.

investitora. Država A shvata da nepoštovanje tog ugovora ne znači samo rizik retalijacije od strane države B u pitanjima bilateralnih stranih investicija, već takođe nosi veliki broj kolateralnih posledica. Ove posledice, uključuju moguću retalijaciju u drugim bilateralnim odnosima sa državom B, kao i gubljenje reputacije u pregovorima o sporazumima sa drugim državama: te druge države biće manje voljne da potpisuju ove sporazume sa državom A.³⁸ Fokalna tačka u ovom smislu jeste preovlađujuća teorija da strane investicije doprinose pozitivnom razvoju države domaćina investicije (finansijski prihodi, upliv novih tehnologija, poboljšanje nivoa ljudskih prava koje prati ekonomski napredak).³⁹

3.2. Rezultat primene teorije igara na oblast međunarodnog trgovinskog prava

U skladu sa gore navedenim, država koje učestvuju u međunarodnim trgovinskim odnosima evaluira svoju strategiju u kontekstu strategije drugih država. U slučaju da postoji jasan podsticaj za kooperaciju (igra u formi višekratne zatvorenikove dileme; jasno opredeljena fokalna tačka) države će postupati u skladu sa strategijom očuvanja optimalnog Nešovog ekvilibrijuma (saradnja/saradnja): u kontekstu međunarodnog trgovinskog prava, to znači njihovo postupanje u skladu sa pravnom normom, s obzirom na to da izostaje razlog za unilateralno menjanje sopstvene strategije.

Nije isključeno da država ne postupa u skladu sa svojom obavezom iz ugovora kada se to smatra nepovoljnom, čime se država efektivno transformiše u “slepog putnika” (engl. “free rider”) koji dobija korist od pravne regulative ali ignoriše troškove kada se pokažu neodgovarajućim.⁴⁰

Razlog postojanja međunarodnog prava je što kreira strukturu gde troškovi promene strategije od kooperacije prema nesaradnji postaju veći nego što bi bili u situaciji da nema pravne regulative u određenoj oblasti. Rezultat toga je da svaka država u Nešovom ekvilibrijumu odlučuje da poštuje

³⁸ Za gore navedeni primer važno je napomenuti da počiva na pretpostavci da se radi o državama koje obe potencijalno imaju ulagače koji bi hteli da ulažu u ovoj drugoj zemlji (iz države A u državu B i obrnuto). Ukoliko to nije slučaj, retalijacija u ovom kontekstu nije moguća (ali ostaje potencijal za retalijaciju u drugim oblastima odnosa države A i B).

³⁹ Radi se o klasičnoj ekonomsko-političkoj teoriji stranih investicija. Više o drugim teorijama (teorija srednjeg puta i teorija “zavisnosti”) videti u. Zagel, G., *Auslandsinvestitionen in Lateinamerika*, Duncker&Humblot Berlin, 2000.

⁴⁰ Ovaj termin se odnosi na pojedinca koji koristi javna dobra a ne plaća ih. Videti: Silaški, N., *Srpski jezik u tranziciji – o anglicizmima u ekonomskom registru*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 115 napomena 97,

pravnu normu u pitanju.

Važno je da se naglasi da u međunarodnom pravu nema garancije da će stabilni skup da obezbedi najefikasniju moguću regulativu. Mada međunarodno pravo stvara stabilni Nešov ekvilibrijum, nije verovatno da će ikada dovesti do Pareto optimalnosti⁴¹ koja se nalazi u nacionalnim pravnim sistemima.

Zaključak

Zadatak teorije igara je da obezbedi teorijski model za analizu strateških situacija, te da identifikuje kriterijume racionalnog izbora aktera. Teorija igara je koncept koji je primenljiv i na pravni kontekst. Naime, pravno regulisani procesi često imaju formu strateških interakcija. Teorija igara ima poseban značaj za međunarodno pravo. Međunarodne institucije i međunarodno pravo promovišu koegzistenciju i kooperaciju između država. Stoga se pravila međunarodnog prava imaju smatrati pravilima igre koja se odvija između različitih aktera. U kontekstu primene teorije igara na međunarodnopravni kontekst, značajna su dva instituta, Nešov ekvilibrijum i zatvorenikova dilema. U kontekstu društvenih nauka, Nešov ekvilibrijum je (kao fundamentalni koncept teorije igara), najčešće korišćen metod predviđanja strateških interakcija. Nešov ekvilibrijum označava ravnotežu kao stanje strateške igre u kojoj svaki igrač ima ispravna očekivanja o ponašanju druge strane i ponaša se racionalno. Nešov ekvilibrijum je ravnoteža ishoda igre; u igri dva aktera, par strategija formira Nešov ekvilibrijum kada nijedan igrač ne može da ima veći dobitak ukoliko promeni strategiju (biranu u skladu sa strategijom drugog igrača). Nešov ekvilibrijum je suprotan konceptu liberalnog kapitalizma, koji polazi od toga da u kompetitivnom okruženju individualna ambicija služi opštem dobru, a najbolji rezultat nastaje kada svako radi ono što je najbolje za njega. Nešov ekvilibrijum dodaje ovom konceptu kooperativnost kao važan instrument za ostvarivanje efikasnosti igre (u slučaju prava, norme). „Zatvorenikova dilema“ je model igre sa sledećom karakteristikom: čak i kada bi oba igrača u strateškoj situaciji postupala u skladu sa kriterijumom racionalnosti, Nešov ekvilibrijum bi bio suboptimalan posmatrano kroz kriterijum Pareto optimalnosti. Dakle, osnovna karakteristika ove igre je da je individualna racionalnost u konfliktu sa kolektivnom racionalnošću. Igra jasno pokazuje da grupa racionalnih igrača u igri ima lošiji rezultat od igrača koji prima facie deluju suprotno sopstvenom interesu, ali saraduju iz

⁴¹ O Pareto kriterijumu videti supra u tač. 2 ovog rada.

razloga ostvarivanja opšte koristi. Koristeći jednostavne igre kao što je zatvorenikova dilema, teorija demonstrira zašto društvo ima potrebu da uključi kooperaciju u cilju ostvarivanja društveno optimalnog rezultata. Postavke teorije igara su značajne za razumevanje razloga koji stoje iza postupanja država u skladu sa pravom Svetske trgovinske organizacije (dalje i: STO). Sistem prava STO funkcioniše kao zatvorenikova dilema sa višekratnim interakcijama/igrama. Optimalan Nešov ekvilibrijum (kooperacija igrača A i B) ostvaruje se kada države imaju podsticaj za tu kooperaciju. Taj podsticaj je moguć ukoliko postoji fokalna tačka ka kojoj učesnici u igri (države članice STO) gravitiraju. U kontekstu teorije igara, fokalna tačka je kombinacija strategija koju će igrači verovatno izabrati jer je naročito važna u uslovima i kulturi u kojoj se igrači nalaze. U sistemu STO, ta je tačka parametar za države kada donose odluke o sopstvenoj strategiji u svetlu strategije drugih država članica Svetske trgovinske organizacije. Uloga sistema rešavanja STO jeste da definiše fokalnu tačku za strategiju država, čime se doprinosi kooperaciji u multilateralnom sistemu STO. Slična struktura prihvatanja ograničenja sopstvenih interesa u kontekstu kreiranja optimalnog Nešovog ekvilibrijuma postoji i kod bilateralnih sporazuma o zaštiti i tretmanu stranih investicija. Npr, država ugovornica A shvata da nepoštovanje tog ugovora ne znači samo rizik retalijacije od strane države B u pitanjima bilateralnih stranih investicija, već i moguću retalijaciju u drugim bilateralnim odnosima sa državom B, kao i gubljenje reputacije u pregovorima o sporazumima sa drugim državama: te druge države biće manje voljne da potpisuju ove sporazume sa državom A. Fokalna tačka u ovom smislu jeste preovlađujuća teorija da strane investicije doprinose pozitivno razvoju države domaćina investicije). U skladu sa gore navedenim, država koje učestvuje u međunarodnim trgovinskim odnosima evaluira svoju strategiju u kontekstu strategije drugih država. U slučaju da postoji jasan podsticaj za kooperaciju (igra u formi višekratne zatvorenikove dileme; jasno opredeljena fokalna tačka) države će postupati u skladu sa strategijom očuvanja optimalnog Nešovog ekvilibrijuma (saradnja/saradnja): u kontekstu međunarodnog trgovinskog prava, to znači njihovo postupanje u skladu sa pravnom normom, s obzirom na to da izostaje razlog za unilateralno menjanje sopstvene strategije. Razlog postojanja međunarodnog prava je što kreira strukturu gde troškovi promene strategije od kooperacije prema nesaradnji postaju veći nego što bi bili u situaciji da nema pravne regulative u određenoj oblasti. Rezultat toga je da svaka država u Nešovom ekvilibrijumu odlučuje da poštuje pravnu normu u pitanju.

LITERATURA

- Axelrod, R. and Hamilton, W.D., 1981. *The evolution of cooperation. science*, 211(4489), pp.1390-1396.
- Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, and Randal C. Picker. *Game theory and the Law*. Harvard University Press, 1998.
- Benvenuti, E, *Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency; The Impact of International Law on International Cooperation, Theoretical Perspectives*, Cambridge University Press, 2004.
- Cvetković, P, *Pravo i teorija igara: primer prava Svetske Trgovinske Organizacije / Predrag Cvetković: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. – Niš : Pravni fakultet, 2018. – Br. 81 (2018), str. 83-102.*
- Cvetković, P, *Pravo javno-privatnih partnerstava*, Niš, 2015.
- Cvetković, Predrag N, *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš, 2010.
- Goldsmith, Jack L. & Posner, Eric A. *The Limits of International Law* (2005).
- Henkin, L, *How Nations Behave, Law and Foreign Policy*, 2nd edition 1979.
- Pavlović, D, *Teorija igara - Osnovne igre i primena*, Drugo, dopunjeno izdanje, Fakultet političkih nauka i Čigoja štampa, Beograd, 2015.
- Posner, Eric A. *Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?*, 55 Stan. L. Rev. 1901 (2003).
- Ridley, M, *The Origins of Virtue* (New York: Viking Penguin, 1996)
- Schelling, Thomas C., *The Strategy of Conflict*, (2nd ed. 1980).
- Silaški, N, *Srpski jezik u tranziciji - o anglicizmima u ekonomskom registru*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Zagel, G, *Auslandsinvestitionen in Lateinamerika*“, Duncker & Humblot Berlin, 2000
- Zaluski, W. (2013). *Game theory in jurisprudence*. Copernicus Center Press.
- Von Neumann, J., & Morgenstern, O. (2007). *Theory of Games and Economic Behavior (commemorative edition)*. Princeton University Press.
- Dostupno na:
<https://pdfs.semanticscholar.org/0375/379194a6f34b818962ea-947bff153adf621c.pdf>.

GAME THEORY AND INTERNATIONAL TRADE LAW: BASIC CONSIDERATIONS

Prof. Predrag Cvetkovic, LL.D*

Summary

The task of game theory is to provide theoretical model for the analysis of strategic interaction and to identify the criteria for rational choice of actors. Game theory finds application in legal context also. Namely, legally regulated processes not rarely have a form of strategic interactions. Consequently, game theory has critical weight for international law. International institutions and international law promote co-existence and cooperation among states. Therefore, the rules of international law are regarded as rules of the game engaging different actors.

In the context of applying the Game theory to the context of International law, two concepts are of significant importance: Nash's equilibrium and prisoner's dilemma. In the context of social sciences, Nash's equilibrium (as a fundamental concept of game theory) is considered to be the most commonly used method of predicting strategic interactions. Nash's equilibrium denotes the balance as the situation in a strategic game in which each player has the correct expectations of the behaviour of the other party and acts rationally in accordance with those expectations. Nash's equilibrium is the balance of the outcome of the game; in two-player game, a pair of players' strategies forms the Nash equilibrium when no player can make more profit if he changes his own strategy unilaterally (strategy chosen in accordance with the strategy of other player). Nash's equilibrium is not in conformity with the basic concept of liberal capitalism: the latter one starts from the fact that in a competitive environment, individual ambition serves the common good, and the best result is created when everyone does what is best for him. Dissimilar to liberal capitalism premise, Nash's equilibrium posits co-operation as an important instrument for achieving the efficiency of the game (in the case of legal discourse, the efficiency of the norm).

"Prisoner's dilemma" is a model of the game with the following characteristic: even if both players in the strategic situation acted in accordance with the rationality criteria, Nash's equilibrium would be suboptimal using Pareto criteria as the relevant parameter. Therefore, the basic characteristic

* University of Nis, Faculty of law, pepi@prafak.ni.ac.rs

of prisoner's dilemma game is that individual rationality is in conflict with collective rationality. The game clearly shows that a group of rational players in the game has a worse result than the players who play prima facie contrary to their own interest, but cooperate for the purpose of generating general wealth fare for the players as the group. Using simple games such as a prisoner's dilemma, the game theory demonstrates why society needs to be engaged in cooperation in order to achieve a socially optimal result.

Game theory postulates are of importance for in-depth understanding the arguments behind the decision of the states to respect the rules generated in the framework of World Trade Organization (hereinafter: WTO). The system of WTO law functions as an iterated prisoner's dilemma (when the same players play the same game more than ones). The optimal Nash equilibrium (cooperation of players A and B) is achieved when member states have an incentive for cooperation. This incentive is possible if there is a focal point to which the participants in the game (WTO member states) gravitate. In the context of game theory, a focal point is a combination of strategies that players will likely choose because its particularly importance in the context of environment and culture in which the players operate. In the WTO system, the previous statement is relevant premise for countries making decisions about their own strategy in the light of the strategy of other WTO member states. The role of the WTO system is to define a focal point for the member state's strategy, thus contributing to cooperation in the network of WTO system.

A similar structure of accepting the constraints of one's own interests in the context of creating an optimal Nash equilibrium exists in bilateral investment treaties (hereinafter: BITs). For example, the BITs party A understands that breaching of the agreement in stake does not only imply a risk of retaliation of BITs party B in the field of foreign investment, but also a possible retaliation in other field of interests. The breach of BITs contributes to the reputational loss of BITs party "in breach" in negotiations on agreements with other countries (other countries will be less willing to sign the agreements with the state A). The focal point in this regard is the prevailing theory that foreign investments contribute to the positive development of the host country of the investment.

In accordance with the foregoing discussions, state participating in international trade relations evaluates its strategy in the context of the strategy of other countries. When the clear incentive for cooperation effort exists (iterative game in the form of prisoner's dilemma; visible and definable), the states will act in accordance with the strategy of preserving the optimal Nash's equilibrium (cooperation / cooperation): translated into the the con-

text of International trade law, this equilibrium means that states will comply with the legal norm at stake, as there is no reason to unilaterally change its strategy. The reason for the existence of international law is that it creates a structure where the costs of changing the strategy from co-operation to non-cooperation become are higher than would have been in the absence of any legal regulation in a particular area. As a result, each state in Nash`s equilibrium choose to play “cooperate” in the game and comply with the norm in question as the result.

Key words: *Game theory, World Trade Organization, Nash equilibrium, Prisoner`s dilemma, Bilateral Investment treaties-BITs.*

УДК: 341.645:341.231.14(4)

doi 10.7251/PR5919617M

Прегледни научни чланак

НЕКЕ ОД КАРАКТЕРИСТИКА ПОСТУПКА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Проф. др Љиљана Мијовић*

Сажетак: Рад се бави неким од специфичних карактеристика поступка пред Европским судом за људска права, с обзиром на то да се овај поступак битно разликује од свих осталих поступака, како националних, тако и међународних судова. Потреба за теоријским и практичним појашњавањем неких од карактеристика овог поступка условљена је чињеницом да, иако Европски суд за људска права постоји дуги низ година, број неприхватљивих поднесака овом суду и даље премашује 90 одсто од броја укупно поднесених представки, што указује на непознавање правила поступања и услова за прихватљивост предмета.

Кључне ријечи: Европски суд за људска права, правила поступка, надлежност, услови за прихватљивост.

1. Настанак и развој Европског суда за људска права

Европски суд за људска права ће ове године обиљежити шездесет година постојања, од којих преко двадесет година постоји као стални суд пред којим појединац може да тужи било коју од држава чланица Савјета Европе¹ због повреде својих личних, Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода² гарантованих права и

* Професор на Правном факултету Универзитета у Бањалуци, Булевар Војводе С. Степановића 77, ljiljana.mijovic@pf.unibl.org

¹ У даљем тексту СЕ.

² У даљем тексту Конвенција; усвојена 1950. године, ступила на снагу 1953. године.

слобода. Теоријски, Конвенција представља наставак напора учињених усвајањем Универзалне декларације о правима човјека из 1948. године, док је, с практичног аспекта, она први међународни документ правно обавезујуће снаге који штити људска права и слободе. Механизмом заштите људских права и слобода, према првобитном тексту Конвенције, установљена су два тијела, Европска комисија за људска права³ и Европски суд за људска права⁴, а поднеске су могле упућивати државе против других држава или пак, појединци, групе појединаца или невладине организације, против држава чланица СЕ, иако је право на обраћање од стране појединца у том периоду постојало само у односу на оне државе које су прихватиле ту процесну могућност. Такав систем био је на снази све до усвајања Протокола бр. 11⁵, којим је право појединца на обраћање ЕСЉП постало опште у односу на све државе чланице СЕ, чиме је појединац по први пут остварио активну процесну способност (*ius standi in iudicio*) у међународном праву, односно стекао способност да тужи своју или било коју државу чланицу СЕ. Многи теоретичари у овом виде правни основ за стицање међународноправног субјективитета на страни појединца⁶, мада би се исти субјективитет, уколико прихватимо такав став, могао сматрати врло ограниченим и себи својственим⁷.

У почетку дјеловања, Комисија је одлучивала о прихватљивости поднесака, након чега би се, у случају установљене прихватљивости, стране позивале да прихвате приједлог о пријатељској нагодби. Уколико до нагодбе не би дошло, Комисија је сачињавала извјештај о чињеничном стању у коме би изражавала и мериторну одлуку, након чега је извјештај достављан Комитету министара СЕ⁸. У случају да се поднесак односио на државу која је прихватила обавезујућу надлежност ЕСЉП, Комисија и (или) држава против које је покренут поступак, имале би могућност, у року од три мјесеца након подношења извјештаја КМСЕ, да се обрате ЕСЉП у циљу доношења коначне и правно обавезујуће одлу-

³ У даљем тексту Комисија; формирана 1954. године, престала с радом 1998. године.

⁴ У даљем тексту ЕСЉП; установљен 1959. године.

⁵ Овај протокол је усвојен 1994., а ступио на снагу 1998. године.

⁶ О субјективитету у међународном праву детаљније видјети: Љ. Мијовић, *Основе међународног јавног права*, Бањалука, 2019. год., стр. 33.

⁷ Детаљније видјети: Ch. Leben, „Hans Kelsen and the Advancement of International Law, Status of Private Persons in the International Legal Order“, *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 2, 1998, стр. 287.

⁸ У даљем тексту КМСЕ.

ке. Уколико случај не би доспио пред ЕСЉП, сам КМСЕ је одлучивао о томе да ли постоји повреда Конвенције или не, а код постојања повреде, КМСЕ је одлучивао и о накнади за учињену повреду, а имао је и надлежност вршења надзора над извршењем одлука. Даљи помаци у развоју овог система заштите остварени су усвајањем протокола на Конвенцију, којих је до данас донесено укупно шеснаест, иако нису сви још ступили на снагу.⁹ Њима су отклоњени уочени недостаци првобитног текста Конвенције, а успостављен је и чвршћи систем заштите права и слобода. Усавршавање овог система било је условљено наглим порастом броја предмета, те увећањем броја чланица СЕ. Тако је, нпр., број поднесака Комисији на годишњем нивоу од 404 у 1981. години порастао на 4.750 у 1997. години, након чега се на годишњем нивоу увећавао просјечно за 12.000 предмета,¹⁰ што је захтијевало реформу и у погледу организације ЕСЉП, до које је и дошло усвајањем Протокола бр. 11. Основни циљ промјена било је поједностављење и скраћење трајања поступка, на једној, и јачање система заштите људских права и слобода, на другој страни. Протокол бр. 11 довео је и до нестанка Комисије и Суда у облику у којем су дотада постојали, те установљавања сталног суда у његовом данашњем облику. У периоду од три године након ступања на снагу Протокола бр. 11, број регистрованих поднесака од 5.979 у 1998. години порастао је на 13.858 у 2001. години, што је представљало увећање од 130 процената, због чега се ЕСЉП сматрао „жртвом сопственог успјеха“¹¹. Све то је указивало на потребу за даљом реформом, те је 2002. године у Риму одржана Министарска конференција, на којој је инициран процес даљих реформи у раду ЕСЉП. У том циљу, сачињен је Протокол бр. 14, који је ступио на снагу 2010. године, а којим су уведене процедуралне и функционалне измјене у раду ЕСЉП, тако да је број предмета

⁹ Протоколима бр. 1, 4, 6, 7, 12 и 13 допуњен је списак права и слобода; Протоколом бр. 2 уведена је могућност давања савјетодавних мишљења од стране ЕСЉП; Протоколом бр. 9 омогућено је појединцу директно обраћање ЕСЉП, под условом да држава на коју се поднесак односи прихвата ту процесну могућност и уколико органи ЕСЉП одобре обраћање од стране појединца; Протоколом бр. 11 успостављен је стални суд и укинута Комисија, док је Протоколом бр. 14 настављен процес институционализације, у правцу побољшања ефикасности рада ЕСЉП. Протокол бр. 15, који још није ступио на снагу, предвиђа скраћење рока за обраћање ЕСЉП са шест на четири мјесеца од посљедње домаће судске одлуке.

¹⁰ Детаљније видјети Преглед Савјета Европе – Четрдесет година постојања, 1959–1998, доступно на https://www.echr.coe.int/Documents/Survey_19591998_BIL.pdf, дана 16. 06. 2019. године.

¹¹ В. Rainey, Е. Wicks, С. Ovey, Jacobs, White and Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, 2014, str. 53.

са 97.300¹², на почетку 2008. године, крајем те године пао на 56.350.¹³ Према подацима за 2018. годину, ЕСЉП је досад против Босне и Херцеговине¹⁴ донио 62 пресуде, од којих је у 55 пресуда установљена повреда Конвенције, док је у преосталих седам установљено непостојање повреде¹⁵, при чему је неопходно нагласити да је број појединачних поднесака био вишеструко већи, јер се, у складу са Правилником ЕСЉП, поднесци који се односе на идентичну проблематику евентуалног кршења права и слобода гарантованих Конвенцијом, третирају као један, а не више предмета. Илустрације ради, од пријема у чланство СЕ против БиХ је поднесено 9.774 поднесака, од којих је неприхватљивим проглашено 8.747, односно скоро 90 одсто.¹⁶ У оквиру СЕ константно дјелују тијела чији је основни циљ даље унапређење заштите људских права и слобода, првенствено отклањањем системских повреда Конвенције, уочених у одређеним државама чланицама СЕ. Ови напори своде се на усклађивање правних система држава чланица са Конвенцијом, што се у пракси постиже како политичком сарадњом држава чланица и органа СЕ, тако и извршењем пресуда ЕСЉП. Сарадњом на усклађивању правних система држава чланица са Конвенцијом превенирају се пресуде против односне државе, док се код извршења пресуда констатује не само повреда Конвенције, већ се, веома често, држава против које је донесена пресуда, обавезује и на измјену прописа за које је одлуком ЕСЉП установљено да представљају извор повреде Конвенције.

2. Састав и организација ЕСЉП

У облику у који је трансформисан протоколима бр. 11 и 14, ЕСЉП се састоји од по једног судије из сваке земље чланице¹⁷. Судије се бирају од стране Парламентарне скупштине СЕ¹⁸, која се изјашњава за једног од три кандидата са листе достављене од стране државе за коју се су-

¹² Од овог броја су преко половине (57%) предмета представљали поднесци против Русије (28%), Турске (11,4%), Румуније (9,1%) и Украјине (8,5%) .

¹³ Наведена званична статистика ЕСЉП за 2018. годину доступна је на https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2018_ENG.pdf, дана 16.06.2019. године.

¹⁴ Детаљније видјети: Љ. Мијовић, *Босна и Херцеговина пред Европским судом за људска права*, Бањалука, 2014.

¹⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf дана 16.06.2019. године,

¹⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_ENG.pdf, дана 16.06.2019. године.

¹⁷ Тренутно је то број од 47 судија.

¹⁸ Детаљније видјети: Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008, стр. 33.

дија бира¹⁹. Изабраним се сматра кандидат који добије већину гласова присутних парламентарца²⁰, а уколико се то не постигне у првом, за-казује се други круг гласања. Избору претходи консултативни поступак провјере кандидата и њихових референци од стране органа СЕ. Мандат судије је девет година, без могућности поновног избора, а ову функцију појединци могу обављати до седамдесете године живота. Своју дужност судије врше у личном капацитету и потпуно су самостални; не представљају, нити заступају интересе било које државе чланице СЕ, нити за своје поступке у оквиру судске функције могу бити позвани на одговорност. За вријеме трајања мандата уживају мултилатерални дипломатски имунитет, не могу вршити другу дужност која би била неспојива са дужношћу судије, те се морају понашати у складу са принципима независности и непристрасности.

Зависно од сегмента функционисања, ЕСЉП одлучује у више формација – пленуму (све судије), Великом вијећу (седамнаест судија), вијећу од седам судија, панелу од пет судија, трочланом комитету или као судија појединац. Према Правилнику ЕСЉП, сваки судија је члан једног од пет судских одјељења, чији је састав условљен поштовањем географске и полне равнотеже, те специфичностима правних система држава чланица.

У пленуму ЕСЉП засједа кад одлучује о организационим питањима, измјенама и допунама Правилника, саставу судских одјељења, избору дужносника²¹, те осталим административним питањима везаним за састав и функционисање ЕСЉП²². Највећи број мериторних судских одлука доноси се од стране седмочланих вијећа²³, при чему је обавезно учешће предсједника одјељења и судије из државе на коју се поднесак односи²⁴. Уколико „национални“ судија²⁵ није члан одјељења, односно вијећа којем је случај додијељен, он (она) у предмету учествује као *ex officio* члан тог вијећа. За случај да постоје основи за изузеће тог су-

¹⁹ У складу са потребом успостављања равноправности полова у саставу ЕСЉП, од сваке државе чланице се захтијева да листа од три кандидата садржи бар једног представника супротног пола.

²⁰ Делегација сваке земље чланице броји пет чланова.

²¹ Предсједника, два потпредсједника (који су у исто вријеме и предсједници двају од пет судских одјељења), као и предсједнике остала три судска одјељења, те регистрара (секретара) ЕСЉП, као и његовог замјеника.

²² Чл. 20 Правилника ЕСЉП.

²³ *Ibidem*, чл. 26.

²⁴ Изузев у случајевима кад постоје услови за његово изузеће.

²⁵ Ријеч је о судији из државе на коју се поднесак односи.

дије, именује се *ad hoc* судија²⁶, који ће обавити дужност „националног“ судије у поступку. Свако одјелење Суда има своје трочлане комитете, који одлучују у предметима који спадају у “добро установљену праксу Суда”, односно у репетитивним предметима. О (не)прихватљивости поднесака из формалноправних разлога, односно о предметима који су очигледно неприхватљиви²⁷, одлучује судија појединац. Велико вијеће²⁸ се бави предметима који захтијевају детаљнија тумачења Конвенције или представљају предмете од општег значаја (системске повреде права у оквиру одређене државе, нпр.). Свако седмочлано вијеће у било којој фази поступка, може донијети одлуку о просљеђивању предмета Великом вијећу, било на приједлог страна у поступку, било по сопственој иницијативи. Уколико је седмочлано вијеће Суда већ донијело пресуду у предмету, свака од страна у поступку може, у року од три мјесеца након доношења пресуде седмочланог вијећа, захтијевати да о истом предмету одлучује Велико вијеће. О одобравању вођења поступка пред Великим вијећем одлучује панел од пет судија²⁹. Уколико панел одобри захтјев, цијели случај се разматра од стране Великог вијећа отпочетка, подразумевајући и јавну расправу (саслушање). Одлуке се, у оквиру седмочланог и Великог вијећа, доносе натполовичном већином гласова, при чему сваки од судија има право на издвојено мишљење, изузев код одлука о прихватљивости предмета.

3. Надлежност Европског суда за људска права

Како се ради о специфичном међународном суду, питања надлежности (територијалне, персоналне, стварне и временске), регулисана су у складу са одредбама о важењу Конвенције.

3. 1. Просторна (територијална) надлежност ЕСЈП

Територијална надлежност ЕСЈП дефинисана је одредбама Конвенције о њеном просторном важењу (чл. 1), којима се установљава обавеза свих држава потписница на заштиту људских права и слобода гарантова-

²⁶ Чл. 29. Правилника ЕСЈП.

²⁷ Тзв., „*manifestly ill-founded*“ предмети.

²⁸ У његов састав, по службеној дужности улазе председник Суда, потпредседници Суда, као и председници одјелења Суда; чл. 24 Правилника ЕСЈП.

²⁹ Чл. 24, ст. 5а Правилника ЕСЈП.

них “свакоме у својој надлежности”, при чему израз “свакоме” подразумева обавезу те заштите свим лицима на територији те државе. Надлежност ЕСЈП у овом случају можемо посматрати као “изведену”, односно одређену територијом држава потписница. Како, у складу са међународним правом, свака држава у одређеним ситуацијама³⁰ испољава свој субјективитет и ван своје територије, поставља се питање да ли се надлежност ЕСЈП протеже и ван територије држава чланица, паралелно са јавноправним захватима власти истих држава, односно да ли се пред ЕСЈП може установљавати одговорност државе за акте њених органа учињене ван државне територије? Начелно је овдје ријеч о екстериторијалном важењу Конвенције, а пракса ЕСЈП указује на то да се држава може сматрати одговорном и за акте њених органа учињене изван сопствене територије, иако је ова могућност представљена као изузетак од општег правила територијалног важења Конвенције и територијалне јурисдикције ЕСЈП.³¹

3. 2. Персонална надлежност ЕСЈП

Претходно цитираним чланом 1 Конвенције, државе чланице СЕ гарантују поштовање права и слобода “свакоме у својој надлежности”, при чему се израз “свакоме” односи како на држављане, тако и на странце. На основу тога, може се утврдити како се персонална надлежност ЕСЈП заправо изводи из територијалне, иако се не поклапа с њом, јер је круг лица која се у својству подносиоца представке могу појавити пред ЕСЈП шири од круга држављана држава чланица. На тај начин постављена, персонална надлежност ЕСЈП налази се у служби заштите основних људских права и слобода на најшири могући начин.

3. 3. Временска надлежност ЕСЈП

Као и код просторне и персоналне надлежности, и овдје постоји веза између надлежности ЕСЈП и важења Конвенције. Тренутак заснивања надлежности ЕСЈП у односу на одређену државу, а у складу са

³⁰ Мисли се на реализацију јавноправних овлашћења органа власти.

³¹ Ријеч је о ставу ЕСЈП израженом у низу пресуда, по којем ЕСЈП има надлежност за поступање „у изузетним случајевима, а на основу поступка органа јавноправних овлашћења или наступањем дејстава таквих поступака и ван територије држава чланица“; *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 1992, § 91; *Banković and Others*, 2001, § 67; *Ilaşcu and Others*, 2004, § 314, *Hirsi Jaama and Others v. Italy*, 2012, §72.

нормама међународног уговорног права, веже се за тренутак приступања државе Конвенцији. Практично, то значи да се ЕСЉП сматра надлежним у односу на све евентуалне повреде Конвенције, уколико су те повреде настале након приступања државе Конвенцији. Наизглед једноставно рјешење у пракси изгледа знатно сложеније, уколико се временско важење Конвенције посматра као услов за прихватљивост представке у поступку пред ЕСЉП. Наиме, једним од услова за прихватање представке сматра се поштовање принципа временског важења Конвенције, односно надлежности ЕСЉП, тако да је основни став да се поднесак неће сматрати прихватљивим уколико се подносилац у њему позива на евентуалну повреду Конвенције насталу у периоду прије приступања државе чланству СЕ. Ретроактивна примјена Конвенције је у начелу искључена, тако да се држава не може сматрати одговорном за акте својих органа уколико су ти акти почињени прије ступања на снагу Конвенције у односу на предметну државу. Од овог правила, међутим, постоје изузеци, а они се односе на ситуације у којима је дошло до тзв. повреде у континуитету³², односно повреде која је отпочела у тренутку који временски припада периоду у којем држава није била чланица, али се иста повреда наставила и траје и након ступања државе у чланство СЕ. У таквим предметима, ЕСЉП установљава надлежност, иако при мериторном одлучивању о постојању повреде води рачуна о тренутку у коме је држава прихватила надлежност ЕСЉП приступањем Конвенцији.

3. 4. Стварна (функционална) надлежност ЕСЉП

Како је раније речено, стварна надлежност ЕСЉП стипулирана је Конвенцијом, протоколима и Правилима поступка и подразумева одлучивање о прихватљивости представке и (не)постојању повреде Конвенције. Права и слободе на чије се евентуално кршење појединац може позвати пред ЕСЉП су: право на живот; право на правично суђење у грађанским и кривичним стварима; право на поштовање приватности и породичног живота; слобода мисли, савјести и вјероисповијести; слобода изражавања; слобода окупљања и удруживања; право на ефикасан правни лијек; право на мирно уживање имовине (право на имовину); право на образовање; право гласа (активно и пасивно) и слобода кре-

³² Ова повреда се назива и трајном повредом; детаљније видјети: D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates & C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, str. 64.

тања. Поред заштите ових права и слобода, Конвенција и протоколи забрањују мучење, нечовјечно или понижавајуће поступање или кажњавање; самовољно и незаконито ограничавање слободе; дискриминацију у погледу уживања права и слобода гарантованих Конвенцијом и општу дискриминацију; протјеривање или забрану уласка у земљу сопственом држављанину; извршење смртне казне, као и колективно протјеривање странаца. Принципи и стандарди заштите сваког од ових права и слобода детаљно су разрађени праксом ЕСЉП, те је стога, поред познавања саме Конвенције и протокола, за успјешно вођење поступка неопходно познавање и праксе ЕСЉП.

ЕСЉП не представља вишу инстанцу у односу на домаће правосуђе државе на коју се представка односи, стога не може поништавати, мијењати или на било који начин ревидирати пресуде домаћих судова, иако, посредно посматрано, може довести до понављања судског поступка у оквиру националног правосуђа, уколико, примјера ради, установи да су у том поступку повријеђена права подносиоца представке³³. У оквиру ЕСЉП постоји двостепеност одлучивања, јер је могуће да, након одлуке седмочланог вијећа, једна од страна у поступку, незадовољна одлуком седмочланог вијећа, тражи одлучивање од стране Великог вијећа. Уколико таквом захтјеву буде удовољено, одржава се поновно суђење по иницијалној представци, проводи усмена расправа и у коначници, доноси одлука Великог вијећа, против које не постоји право жалбе.

4. Учесници у поступку³⁴

4. 1. Лица овлашћена на покретање поступка пред ЕСЉП

У круг лица овлашћених на покретање поступка пред ЕСЉП, а у складу са чланом 34 Конвенције, спадају појединац, невладине организације и групе појединаца. Практиком ЕСЉП је установљено да право обраћања имају и правна лица³⁵, уколико се ради о евентуалном кршењу права садржаних у Конвенцији. Да би се појавио као страна у поступку пред ЕСЉП, подносилац представке не мора бити држављанин било које чланице СЕ. Довољно је да се поступак (поступци) које подносилац сма-

³³ Такав примјер у односу на Босну и Херцеговину налазимо у пресуди ЕСЉП *Мактоуф и Дамјановић против БиХ*, бр. 2312/08 и 34179/08 од 18. јула 2013. године

³⁴ Рад се бави само поступком по представи појединца, не и поступком између држава.

³⁵ Мисли се на лица приватноправног карактера.

тра кршењем права и слобода гарантованих Конвенцијом може (могу) приписати држави која је чланица Конвенције, при чему је небитно да ли се у својству подносиоца јавља физичко или правно лице.

4. 2. Држава (државе) против које (којих) се може покренути поступак пред ЕСЉП

Својство државе против које се појединац, група појединаца, невладина организација или, како је већ наведено, и одређена правна лица, могу обратити ЕСЉП, имају све државе чланице СЕ. У вези с тим, неопходно је нагласити да ЕСЉП може разматрати само поднеске усмјерене против држава које су ратификовале Конвенцију и одређене протоколе, те поднеске који се тичу околности насталих након датума ратификације. Подносиоци представке се ЕСЉП могу обратити искључиво у вези са поступцима јавних органа власти (законодавних тијела, управе, суда итд.) или, простије речено, ЕСЉП не може разматрати поднеске усмјерене против појединаца или приватних организација. Уколико се ради о позивању на повреду неког од права гарантованих додатним протоколима, неопходно је да се ради о држави која је исти протокол и прихватила, с обзиром на чињеницу да постоје одређена права уведена протоколима на које су одређене државе ставиле резерве у погледу примјене на њиховој територији³⁶. Одговорност пред ЕСЉП у једном поступку може бити установљавана и против више држава, уколико се подносилац позива на повреду неког од права учињену од стране органа јавне власти више држава.

Државу у поступку заступа државни заступник–агент, чији је основни задатак да, штитећи интересе државе, оспори наводе поднеска, односно докаже неприхватљивост поднеска и (или) непостојање повреде права и слобода заштићених Конвенцијом.

4. 3. Учешће трећих лица у поступку

У складу са чланом 36 Конвенције, могуће је и учешће треће стране у поступку пред ЕСЉП, у ком својству се, а на основу претходног одобрења или позива од стране ЕСЉП, могу појавити и друге државе уговорнице (у случају у којем је подносилац држављанин те државе, а

³⁶ Као што је нпр. случај са Протоколом бр. 12, којим је уведена општа забрана дискриминације, а који је ратификовало свега 20 држава чланица СЕ.

покреће поступак против неке друге државе уговорнице, нпр.), као и високи заступник људских права СЕ. Писмена запажања која ЕСЈП у току поступка слободно процјењује, могу упутити и организације које се баве правним или питањима људских права.

5. Услови за покретање поступка пред ЕСЈП³⁷

5. 1. Лично својство подносиоца представке

Једним од неопходних услова за вођење поступка пред ЕСЈП сматра се лично својство подносиоца представке. Неопходно је, наиме, да се евентуална повреда права на које се подносилац представке позива тиче лично њега, а не трећих лица, уколико се не ради о законском заступнику истих. Притом се као на основ за евентуалну повреду права подносилац не може позивати на право, законе или мјере државе које сматра „уопштено неправичним“, односно његов поднесак мора бити конкретизован.

5. 2. Исцрпљивање домаћих (унутрашњих) правних лијекова

Прије обраћања ЕСЈП, подносилац представке има обавезу исцрпљивања домаћих правних лијекова, односно поступака који му стоје на располагању у држави против које иступа пред ЕСЈП. Ти поступци подразумијевају коришћење свих законом предвиђених правних средстава, у оквиру домаћег правног система државе против које се обраћа ЕСЈП. Ово најчешће значи да подносилац мора искористити све предвиђене жалбене поступке, од најнижег до највишег надлежног суда у држави. У вези са овом обавезом, могућа је и изнимка на основу које се ЕСЈП могу обратити и подносиоци који нису искористили сва домаћа правна средства, уколико се одређени правни лијек, према наводу подносиоца, у пракси показао неефикасним. У том случају, обавеза је подносиоца да докаже неефикасност средст(а)ва које(а) није користио. При коришћењу домаћих правних средстава, неопходно је да се подносилац позивао на идентичну повреду због које се обраћа и ЕСЈП; захтјеви у домаћем поступку морају, дакле, бити истовјетни захтјевима истакнутим у поднеску упућеном ЕСЈП. Коришћење домаћих правних лијекова мора бити

³⁷ Чл. 35 Конвенције.

у складу са свим, домаћим правом постављеним процесним правилима, јер, у противном, поднесак неће бити прихватљив ни пред ЕСЈП. Примјера ради, уколико је апликант у домаћем поступку пропустио рокове предвиђене за улагање одређених правних лијекова, или се пак, обраћао ненадлежним судовима, његов поднесак ће бити проглашен неприхватљивим, при чему је потребно нагласити да се молбе или захтјеви у вези са евентуалном повредом права, упућени парламенту, председнику државе или владе, министру или омбудсмену, не сматрају обавезним правним лијековима који се ради задовољавања критерија исцрпљивања домаћих правних средстава морају искористити прије обраћања ЕСЈП.

5. 3. Обавеза поштовања рока за обраћање ЕСЈП-у

За обраћање ЕСЈП подносиоцу на располагању стоји шест мјесеци од коначне одлуке највишег домаћег суда надлежног за повреду на коју се подносилац представке позива³⁸. Након истека тог рока, поднесак се сматра формално неприхватљивим пред ЕСЈП. Једини изузетак од овог правила јесте ситуација у којој се подносилац позива на повреду права на суђење у разумном року, односно ситуација у којој подносилац не посједује коначну одлуку домаћег суда, јер сам домаћи поступак траје непримјерено дуго. У том и таквом случају ЕСЈП може огласити представку прихватљивом и без задовољења овог услова.

5. 4. Поштовање принципа временске надлежности ЕСЈП

Једним од услова за прихватљивост сматра се и поштовање принципа временског важења Конвенције, о чему је већ било ријечи у дијелу који се тиче надлежности ЕСЈП.

Неиспуњавање било којег од формалних услова доводи до проглашавања поднеска неприхватљивим. Пракса указује на то да подносиоци веома често не обраћају неопходну пажњу на формалне услове, услед чега постотак неприхватљивих представки пред ЕСЈП премашује 90% од укупног броја.³⁹

³⁸ Протокол бр. 15 предвиђа скраћење тог рока на четири мјесеца, али још није ступио на снагу.

³⁹ https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_ENG.pdf, дана 16.06.2019. године

6. Начин подношења представке ЕСЉП⁴⁰

Представка се, како је већ речено, може поднијети против једне или више држава чланица СЕ, односно потписница Конвенције, при чему иста представка мора за предмет имати поступак (поступке) органа државе против које се апликант обраћа ЕСЉП. Као основ за подношење представке сматра се евентуална повреда неког од права или слобода заштићених Конвенцијом, а једна представка може да подразумеје и евентуалне повреде више појединачно заштићених права⁴¹. Представка не може бити усмјерена на “опште” кршење Конвенције, већ се у њој мора прецизирати члан(ови) Конвенције на чију се повреду подносилац позива. Начин подношења представке је, у погледу форме, веома поједностављен. Представка мора садржавати јасно и детаљно наведену суштину обраћања ЕСЉП, тј. поступке државе које подносилац сматра кршењем својих права и слобода, а само подношење представке олакшано је постојањем обрасца који се може преузети на веб-страници ЕСЉП⁴². Представка може бити сачињена на једном од званичних језика ЕСЉП⁴³ или на било којем од језика у званичној употреби у државама чланицама Конвенције. Усмено обраћање апликанта није могуће, изузев у случају јавног саслушања, кад је омогућено и подносиоцу да лично присуствује расправи. У случају потребе, право је секретара (регистрара) или судског одјељења да затражи додатне информације или појашњења у вези с поднеском. Неопходним елементима обрасца за обраћање ЕСЉП сматрају се кратки сажетак чињеница везаних за представку; навођење права на чију повреду се подносилац жали; правни лијекови које је подносилац искористио; копије одлука домаћих органа којима се обраћао, те лични потпис подносиоца или потпис његовог правног заступника. Уколико подносилац из било којих разлога жели да заштити свој идентитет од јавности, неопходно је да то нагласи, уз кратко појашњавање разлога

⁴⁰ Детаљније о обраћању ЕСЉП видјети: Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, 2011.

⁴¹ Попут нпр. мучења и нечовјечног поступања према затвореницима, незаконитости хапшења и (или) притварања, повреде принципа правичног суђења, дискриминацију при коришћењу права гарантованих Конвенцијом, повреду родитељских права, повреду личне приватности, породичног живота, личне преписке и дома, ограничавања права на изражавање мишљења и размјену информација, ограничавања права на удруживање, протјеривање и екстрадицију, незаконито одузимање имовине итд.

⁴² Преузимање обрасца за подношење представке ЕСЉП могуће је извршити са странице <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms&c=>, приступљено дана 16.06.2019. године.

⁴³ Званични језици СЕ су француски и енглески.

за заштиту идентитета. О оправданости овог захтјева одлуку доноси предсједник одјељења. У фази подношења представке није неопходно да апликант има правног заступника, но уколико га има, потребно је да представци приложи правно важећу пуномоћ.

Судски поступак пред ЕСЈП не подразумеијева плаћање било каквих такси или финансијских издатака, што практично значи да стране у поступку, без обзира на исход, не подмирују трошкове настале у вези с тим поступком. Иако у почетном стадију поступка помоћ правног заступника није неопходна, претпоставка је да је одређена стручност нужна у фази кад се од државе против које је поднесена представка затражи писмено изјашњавање поводом навода из представке⁴⁴. Појединац који се обраћа ЕСЈП сноси само оне трошкове који су настали на његовој страни, као што су трошкови правног заступања, вођења преписке, превођења докумената и сл. Након улагања представке, појединац може, у недостатку финансијских средстава, затражити од ЕСЈП додјелу средстава за правну помоћ. Иста помоћ се не додјељује аутоматски, већ током поступка, уколико се установи да постоје основи за додјелу помоћи, које основе је дужан доказати сам подносилац доставом докумената из којих се може утврдити непостојање материјалних средстава за вођење поступка пред ЕСЈП.

7. Основне фазе поступка пред ЕСЈП

Поступак пред ЕСЈП почиње испитивањем постојања формално-правних услова за подношење представке, о чему је раније било ријечи. Уколико исти услови нису задовољени, представка неће бити узета у разматрање, односно биће оглашена неприхватљивом. Уколико представка гласи на повреду више појединачних права, ЕСЈП може један или више захтјева огласити прихватљивим, а остатак неприхватљивим. Ако представка буде оглашена неприхватљивом, таква одлука је коначна и не постоји могућност поновног разматрања исте представке. Уколико је представка у цјелини или пак само дјелимично оглашена прихватљивом, ЕСЈП може, кад за то постоје услови, посредовати међу странама у поступку, предлагањем пријатељске нагодбе. У случају да нагодба не буде постигнута, ЕСЈП улази у фазу испитивања меритума, која се окончава доношењем пресуде о (не)постојању повреде Конвенције.

⁴⁴ Ради се о дијелу поступка којим се улази у комуникацију са странама у поступку, односно дијелу у којем ЕСЈП тражи изјашњавање државних власти.

Уколико је оваква одлука донесена од стране седмочланог вијећа, незадовољној страни у поступку остаје могућност подношења захтјева за преиспитивање одлуке од стране Великог вијећа, чија одлука је коначна.

8. Дужина (трајање) поступка

С обзиром на огроман број предмета пред ЕСЈП, уобичајено је да поступање по представци отпочне у року од године дана од дана подношења. Неке представке, уколико испуњавају одређене услове, добијају приоритетни статус и по њима се убрзано поступа⁴⁵. Ако је у предмету ријеч о системској повреди, великом броју подносиоца или чињенично компликованом стању, вријеме трајања поступка се знатно продужава. На дужину трајања поступка битно утиче и понашање страна, испуњавање обавеза у оквиру задатих рокова, као и могућност разматрања истог предмета од стране Великог вијећа.

9. Исход поступка пред ЕСЈП

Уколико ЕСЈП у поступку против одређене државе установи постојање повреде неког од права и слобода заштићених Конвенцијом, он може, на основу претходно постављеног захтјева од стране подносиоца, досудити и накнаду штете. У одређеним околностима, и кад за то постоји документован захтјев подносиоца, ЕСЈП може одлучити и о обавези накнаде трошкова у домаћем поступку подносиоцу представке од стране државе. Уколико пак, ЕСЈП установи да повреде није било, подносиоцу се не ставља на терет обавеза плаћања било каквих додатних трошкова (трошкова које је у поступку имала држава, нпр.). Како је већ наглашено, ЕСЈП нема надлежност да поништава законе или одлуке домаћих судова, иако на основу његових одлука до таквих поништавања или измјене може доћи, но само у поступку извршења његове пресуде. Одговорност за извршење пресуда почива на КМСЕ, а сам начин извршења пресуде КМСЕ утврђује у сарадњи са органима државе против које је одлука донесена.

⁴⁵ У случају кад се као битни појављују фактори животне доби подносиоца представке, његовог здравственог стања, или пак, ситуација високог степена угрожености живота и здравља.

10. Закључак

Поступак пред ЕСЈП битно се разликује од било које врсте судског поступка у земљама чланицама СЕ. Као такав, овај поступак има своје специфичности, иако посједује и све оне неопходне карактеристике које један поступак чине судским, а које се односе на примјену начела независности, непристрасности, економичности у поступању и сл. Особености које се везују за рад ЕСЈП резултат су његове специфичне улоге, мада су дијелом и одраз правне природе Конвенције као међународног мултилатералног уговора са обавезујућом снагом у односу на државе потписнице. У правилу, овај поступак се одвија према правилнику који усваја пленарни састав ЕСЈП. Писана комуникација је редован начин вођења поступка, док се јавне (усмене) расправе одређују само кад ЕСЈП одлучи да су неопходне, у којем случају се даје могућност странама у поступку да се усмено обрате и у току расправе одговоре на питања ЕСЈП и аргументе супротне стране. Поступак пред ЕСЈП је двостепен и његов резултат је или одлука о неприхватљивости или пресуда о (не)постојању повреде Конвенције. ЕСЈП није виша инстанца у односу на домаће правосуђе, стога не може поништавати, мијењати или на било који начин ревидирати пресуде домаћих судова, иако, посредно, може довести до понављања судског поступка у оквиру националног правосуђа или измјене домаћег законодавства.

ЛИТЕРАТУРА

- D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates & C. M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014;
- Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, New York, 2011;
- Ch. Leben, Hans Kelsen and the Advancement of International Law, Status of Private Persons in the International Legal Order, *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 2, 1998;
- Љ. Мијовић, *Босна и Херцеговина пред Европским судом за људска права*, Бањалука, 2014;
- Љ. Мијовић, *Основе међународног јавног права*, Бањалука, 2019;
- Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008;
- V. Rainey, E. Wicks, C. Ovey: *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, 2014;

Преглед Савјета Европе-Четрдесет година постојања, 1959-1998, https://www.echr.coe.int/Documents/Survey_19591998_BIL.pdf, дана 16. 06. 2019;

Статистика ЕСЉП за 2018. годину, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2018_ENG.pdf, дана 16. 06. 2019;

Правилник ЕСЉП, https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf, дана 16. 06. 2019;

Пресуде Европског суда за људска права:

Drozđ and Janousek v. France and Spain, 1992;

Banković and Others, 2001;

Plaşcu and Others, 2004;

Hirsi Jaama and Others v. Italy, 2012;

Мактоуф и Дамјановић против БиХ, бр. 2312/08 и 34179/08 2013;

Образац за подношење представке ЕСЉП, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms&c=>, 16. 06. 2019.

SOME OF THE CHARACTERISTICS OF THE PROCEEDINGS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ljiljana Mijović, Ph. D.*

Summary

The paper deals with some of the specific characteristics of the proceedings before the European Court of Human Rights, since this procedure differs significantly from all other procedures, both national and international courts. The need for theoretical and practical clarification of some of the characteristics of this procedure is conditioned by the fact that, although the European Court of Human Rights exists for many years, the number of inadmissible applications before this Court continues to exceed ninety percent of the total number of submitted applications, indicating ignorance of the rules of procedure and the admissibility criteria.

Key words: *European Court of Human Rights, jurisdiction, rules of procedure, admissibility criteria.*

* Faculty of Law, University in Banjaluka

ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ¹

Проф. др Славко Ђорђевић*

Апстракт: Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ) не садржи специјалну колизиону норму за поклон за случај смрти, па се као основно питање поставља које од постојећих колизионих норми у ЗРСЗ треба применити на овај правни посао. Одговор на ово питање зависи од квалификације поклона за случај смрти који се, у складу са домаћим правом (*lex fori*), може квалификовати као правни посао *inter vivos* (уговор о поклону код којег је предаја ствари одложена до смрти поклонодавца – тзв. уговор о посмртном поклону) или као правни посао *mortis causa* (тестамент/легат или уговор о наслеђивању / уговор о легату). Решавањем проблема квалификације *in concreto* утврђује се да ли се меродавно право за поклон за случај смрти одређује применом колизионих норми за уговоре или колизионих норми за наслеђивање. У овом раду аутор обрађује описани проблем и објашњава како се у складу са одредбама ЗРСЗ одређује меродавно право за поклоне за случај смрти са елементом иностраности.

Кључне речи: квалификација поклона за случај смрти, посмртни поклон, легат (тестамент), уговор о наслеђивању (легату), колизионе норме за уговоре, колизионе норме за наслеђивање.

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу под називом „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“.

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, slavko@jura.kg.ac.rs, slavko.djordjevic77@gmail.com

1. Увод

Добročини правни посао који домаћа правна литература назива поклоном за случај смрти (или уговором о поклону за случај смрти) готово да је потпуно „ишчезао“ из правне праксе Републике Србије¹. Разлог за то вероватно „лежи“ у чињеници да овај правни посао није подробно односно довољно јасно уређен у позитивном праву, што има за последицу да се у домаћој правној теорији и даље воде дискусије о његовој правној природи и о допуштености његових могућих облика². Таква ситуација иде на уштрб правне сигурности и не улива поверење потенцијалним поклонодавцима (и поклонопримцима) који се радије одлучују за састављање тестаментa или закључење неког другог (у домаћој пракси „провереног“) правног посла (нпр. уговор о доживотном издржавању) којим могу успешно остварити жељене циљеве. Имајући ово у виду, реалније је очекивати да се домаћи судови „суоче“ са поклоном за случај смрти који је настао односно који је закључен у иностранству, по правилу у иностраној држави у којој је поклонодавац настањен и у којој се овај правни посао (с обзиром на правне прописе који у тој држави важе) чешће закључује у пракси. У таквим ситуацијама домаћи судови треба

¹ Аутори који су се бавили поклоном за случај смрти углавном упућују на домаћу (југословенску) судску праксу из шездесетих, седамдесетих и раних осамдесетих година прошлог века (види Д. Пантић, *Donatio mortis causa – римско право и српско право*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2014, 333–337, који наводи правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Војводине које је објављено у *Зборнику судске праксе*, бр. 2-3, Београд 1971, 121, одлуку Врховног суда Хрватске Гж. бр. 281/67 објављену у *Збирци судских одлука*, књига 12, свеска 1, бр. 17, 38, одлуку Врховног суда Хрватске, Рев. 617/81 од 13.5.1982. објављену у *Прегледу судске праксе*, бр. 21/82, 101, одлуку Врховног суда Србије, Рев. 98/61, објављену у В. Vizner, *Грађанско право и теорији и пракси*, Трећа књига, Ријека 1969, 1111, као и одлуке других југословенских судова. Види и М. Ђурђевић, „Уговор о поклону за случај смрти“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду, 1/2011*, 250, који наводи одлуку Врховног суда Хрватске Гж. бр. 281/67 објављену у *Збирци судских одлука*, књига 12, свеска 1, бр. 17, 38). У новијој судској пракси пронашли смо једну судску одлуку која, додуше, изричито не спомиње поклон за случај смрти (односно уговор о поклону за случај смрти), већ говори о „неименованом уговору“ који представља „располагање за случај смрти, али не у форми тестаментa“, те као такав „не производи правно дејство“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3279/2007 од 14.2.2008. године). Из текста ове одлуке може се посредно закључити да је суд имао на уму поклон за случај смрти који није био пуноважно закључен.

² Види и упореди М. Ђурђевић, 241 и даље; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 608; Д. Пантић, 283 и даље, 299 и даље; S. Đorđević, „Private international law regime of inter vivos contracts whose effects are postponed to the death of the contracting party disposing of the property – de lege lata and de lege ferenda“, *Revija za evropsko pravo* 2-3/2015, 51–55; N. Stojanović, „PresentincaseofdeathinourLaw“, *Facta Universitas, Niš, University of Niš, Series: Law and Politics* Vol. 1, No 6, 2002, 723–725; М. Станковић, Уговор на случај смрти у српском Грађанском законик, у: М. Плојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година*, Београд 2014, 195 и даље.

да одлуче о пуноважности и дејствима поклона за случај смрти који у себи садржи елемент иностраности, те је зато неопходно да применом колизионих норми Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ)³ одреде меродавно национално право према којем ће се расправити сва садржинска и формална питања овог правног посла.

Међутим, одређивање меродавног права за поклон за случај смрти са елементом иностраности представља нешто компликованији задатак, ако се има у виду чињеница да ЗРСЗ не садржи специјалне колизионе норме за овај правни посао, те да правни појам (правна природа) поклона за случај смрти није једнозначно одређен у домаћој правној теорији и судској пракси, што отвара проблем његове квалификације и утврђивања одговарајућих колизионих норми из ЗРСЗ које треба применити на овај правни посао. Имајући у виду ове проблеме, у одељцима који следе покушаћемо да утврдимо како се у међународном приватном праву Републике Србије одређује меродавно право за поклоне за случај смрти.

2. Квалификација поклона за случај смрти у домаћем међународном приватном праву

Као што смо већ напоменули, у ЗРСЗ не постоји специјална колизиона норма за поклон за случај смрти, тј. не постоји таква колизиона норма која овај правни посао изричито предвиђа као своју правну категорију. Зато се поставља питање коју од постојећих колизионих норми у ЗРСЗ треба применити на поклон за случај смрти? До одговора на ово питање долази се његовом квалификацијом која се врши *lege fori*. То значи да је потребно утврдити „правну позицију“ поклона за случај смрти у систему домаћег грађанског права односно одредити његову правну природу у складу са систематиком, схватањима и мерилима домаћег грађанског права, па затим у ЗРСЗ потражити колизиону норму која садржи одговарајућу правну категорију под коју се ова правна установа може супсумирати⁴.

Основна дилема код квалификације поклона за случај смрти јесте да ли ова правна установа представља уговор (правни посао *inter vivos*)

³ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, Службени лист СФРЈ, бр. 43/82 и 72/82 – испр., Службени лист СРЈ, бр. 46/96 и Службени гласник РС, бр. 46/2006 – др. закон.

⁴ О квалификацији у међународном приватном праву види више S. Đorđević, Z. Meškić, *Međunarodno privatno pravo I, opšti deo*, Kragujevac 2016, 77 и даље, 81–82, 84–86; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, 260 и даље, 267–270.

или располагање за случај смрти (правни посао *mortis causa*)⁵. Разрешење ове дилеме додатно компликује чињеница да поклон за случај смрти није јасно уређен у праву Републике Србије. С једне стране, Закон о облигационим односима (ЗОО)⁶ и Закон о наслеђивању (ЗОН)⁷ не садрже посебна правила о овој правној установи, док с друге стране пар. 568 Српског грађанског законика из 1844. године (у даљем тексту: СГЗ), који се и данас може применити на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације⁸, спомиње поклон за случај смрти утолико што предвиђа да га треба сматрати легатом (испоруком). Због такве „крње“ регулативе у домаћој правној теорији су изношена различита становишта о правној природи поклона за случај смрти, чијим сумаирањем можемо доћи до закључка да се у домаћем грађанском праву могу разликовати три „облика“ поклона за случај смрти који имају различиту правну природу⁹ (што је потврђено и у старијој домаћој односно југословенској судској пракси¹⁰).

Најпре, према схватању домаће литературе и судске праксе, неспорно је да се поклон за случај смрти може, у складу са општим правилима о слободи уговарања, закључити као уговор о поклону *inter vivos* који настаје на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца и код којег је предаја поклона поклонопримцу одложена до смрти поклонодавца¹¹. Реч је, дакле, о уговору о поклону који обавезује обе уговорне стране од момента закључења, тако да га поклонодавац не може једнострано опозвати (изузев у посебно предвиђеним случајевима), док поклонопримац има право да захтева предају поклона након смрти по-

⁵ Види и упореди М. Ђурђевић, 241 и даље; S. Ђорђевић, 51–55.

⁶ Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, Службени лист СРЈ, бр. 31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁷ Службени гласник РС, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС, 6/2015.

⁸ Службени лист ФНРЈ, бр. 86/46.

⁹ Види и упореди М. Ђурђевић, 248–251; Д. Пантић, 299 и даље; S. Ђорђевић, 51–53.

¹⁰ Види и упореди правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Војводине, *Зборник судске праксе*, бр. 2-3, Београд 1971, 121; Врховни суд Хрватске Гж. бр. 281/67, *Збирка судских одлука*, књига 12, свеска 1, бр. 17, 38; Врховни суд Србије, Рев. 98/61, у: В. Vizner, *Грађанско право и теорији и пракси*, Трећа књига, Ријека 1969, 1111 (поједини „делови“ ових одлука који указују на правну природу и модалитете поклона за случај смрти су цитирани односно приказани код Д. Пантић, 333–337). Види и Пресуду Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3279/2007 од 14.2.2008. године.

¹¹ Види пре свих М. Ђурђевић, 249–250 који у фн. 39 наводи одлуку Врховног суда Хрватске Гж. бр. 281/67 (*Збирка судских одлука*, књига 12, свеска 1, бр. 17, 38) у којој се јасно објашњава појам уговора о поклону код којег је предаја поклоњене ствари одложена до смрти поклонодавца и указује се на разлике између овог уговора и уговора о наслеђивању; С. Перовић, 608; Д. Пантић, 305–306.

клонодавца, а ако би умро пре поклонодавца право на предају поклоне би прешло на његове наследнике¹². Овакав облигациони уговор о поклону са одложним роком извршења до смрти поклонодавца¹³ (правни посао *inter vivos*) јасно се разликује од тестамент (легата), као једностраног правног посла *mortis causa*, и више му пристаје термин уговор о поклону *post mortem* односно посмртни поклон (*donatio post mortem*), него поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*)¹⁴.

Од посмртног поклоне, према схватању домаће литературе и судске праксе¹⁵, треба јасно разликовати поклон за случај смрти који је уређен у пар. 568 СГЗ-а. У овом параграфу се наводи да се поклон за случај смрти сматра легатом (испоруком) и да се на њега примењују одредбе које важе за легат (односно тестамент)¹⁶. То значи да „поклон за случај смрти“ из пар. 568 СГЗ представља једнострану правни посао *mortis causa* (легат, тестамент) који је у сваком тренутку опозив од стране поклонодавца (јер настаје искључиво на основу његове изјаве воље) и који производи дејства тек након смрти поклонодавца, што води закључку да се поклонодавчева обавеза на предају предмета поклоне поклонопримцу гаси ако поклонопримац умре пре поклонодавца. Ако је, примера ради, исправа са насловом „поклон за случај смрти“ састављена својеручно од стране поклонодавца коју је само он потписао, нема сумње да овакав правни посао, у смислу пар. 568 СГЗ, треба сматрати легатом сачињеним у форми својеручног тестамент. Међутим, понекад могу постојати недоумице да ли се у конкретном случају ради о поклону за случај смрти као легату или о посмртном поклону као уговору. На пример, исправа о поклону за случај смрти је састављена као класични уговор који су потписале обе уговорне стране, али је у њеном тексту изричито наведено да поклонодавац може једнострано опозвати поклон у сваком тренутку до своје смрти. Према нашем мишљењу, овакву исправу би требало ква-

¹² М. Ђурђевић, 250; Д. Пантић, 306.

¹³ На овај уговор се примењују правила за *inter vivos* уговоре о поклону из пар. 561–567 Српског грађанског законика из 1844. године (која се примењују на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, Службени лист ФНРЈ, бр. 86/46).

¹⁴ Тако јасно М. Ђурђевић, 251.

¹⁵ *Ibid.*, 248–251; Д. Пантић, 336 који наводи одлуке из југословенске судске праксе (наведене у фн. 1 и 10 и у овом раду), које јасно разликују уговор о посмртном поклону од поклоне за случај смрти као једностраног правног посла *mortis causa*.

¹⁶ Текст пар. 568 СГЗ гласи: „Поклон на случај смрти учињени сматра се као легат или испорука, и по томе ће се и судити“.

лификовати као једнострану изјаву воље за случај смрти, тј. као легат (тестамент), с обзиром да се овом акту „одузима“ својство уговора због неограниченог права једностраног опозива које је дато поклонодавцу¹⁷.

Најзад, поред ова два облика поклона за случај смрти за које се може рећи да су допуштени у позитивном праву Републике Србије, домаћа литература и судска пракса препознају и трећи облик¹⁸ који би (према нашем мишљењу) требало сматрати недопуштеним у домаћем праву. Реч је о поклону за случај смрти (*donatio mortis causa*) који се закључује на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, али искључиво под условом да поклонопримац надживи поклонодавца (одложни услов)¹⁹, те такав поклон (по својој правној природи) више одговара уговорном располагању за случај смрти односно уговору о наслеђивању²⁰ (уговору о легату²¹), који је забрањен односно апсолутно ништав у домаћем праву²², него тестаменту (легату) као једностраном правном послу. Уговор о поклону за случај смрти који је закључен под условом да поклонопримац надживи поклонодавца има своје корене у римском праву²³, а данас постоји у појединим страним правним системима (нпр. у Немачкој²⁴) који га, углавном, сматрају добротиним једнострано име-

¹⁷ Овакав закључак се посредно (и условно речено) може извући и из разматрања које је дао М. Ђурђевић, 254.

¹⁸ Види и упореди М. Ђурђевић, нав. дело, 249–251; Д. Пантић, 311–313; N.Stojanović, 723–725; Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Војводине, *Зборник судске праксе*, бр. 2-3, Београд 1971, 121 („одломак“ из овог правног схватања који се односи на квалификацију поклона за случај смрти као уговора о наслеђивању цитиран је у Д. Пантић, 333–334).

¹⁹ Види више Д. Пантић, 312–313, који сматра да овај одложни услов мора бити испуњен код поклона за случај смрти.

²⁰ Види правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Војводине, *Зборник судске праксе*, бр. 2-3, Београд 1971, 121, у коме је недвосмислено наведено да је поклон за случај смрти, који се квалификује као уговорно располагање имовином за случај смрти (тј. као уговор о наслеђивању), апсолутно ништав према позитивноправним прописима (види цитирани одломак овог правног схватања код Д. Пантић, 333–334). Види и Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3279/2007 од 14.2.2008. године, у којој је суд расправљао о добротином уговору који је квалификовао као располагање за случај смрти које не производи правна дејства, јер није закључено у форми тестамена. Иако се Врховни суд Србије у овом случају није директно изјаснио да ли спорни добротини уговор има одлике уговора о наслеђивању, из текста саме одлуке може се (према нашем мишљењу) наслутити такав став.

²¹ Види М. Станковић, 200.

²² Види чл. 179 ЗОН.

²³ Види Д. Пантић, 50 и даље; С. Владетић, „Првобитни облик поклона за случај смрти (*donatio mortis causa*)“, у: Б. Влашковић (ур.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књига 1*, Крагујевац, 2013, 33 и даље; М. Ђурђевић, 242–243.

²⁴ Види пар. 2301 Немачког Грађанског законика (НГЗ). Детаљно о поклону за случај смрти у немачком грађанском праву види К. W. Lange, *Erbrecht*, München 2011, 141 и даље.

нујућим уговором о наслеђивању²⁵ у којем једна страна (уговорни завешталац – поклонодавац) оставља једну или више ствари свом сауговорнику (поклонопримцу), именујући га на тај начин за легатара²⁶ који стиче право да од универзалних сукцесора захтева легат (поклоњене ствари) када уговорни завешталац умре, јер уговор о наслеђивању као располагање за случај смрти производи дејства тек након смрти уговорног завештаоца²⁷. Код таквог уговора о наслеђивању уговорни завешталац је, по правилу, везан својим располагањем (осим ако из воље уговорних страна не произлази другачије) и не може га једнострано опозвати односно не може сачинити нови тестамент или неко друго располагање за случај смрти којим опозива или мења његову садржину (што значи да се уговором о наслеђивању ограничава завештаочева слобода тестирања)²⁸. С друге стране, правни положај легатара као сингуларног сукцесора је исти као код тестамена – да би стекао право на легат, легатар мора да доживи тренутак смрти уговорног завештаоца, мора да буде способан и достојан за наслеђивање и не сме се одрећи легата²⁹.

Имајући у виду претходно речено, када се пред домаћим судовима „јави“ спорно питање које проистиче из правног посла са елементом иностраности из чије садржине произлази да поклонопримац треба да добије поклоњену ствар након смрти поклонодавца, потребно је испитати и утврдити (односно протумачити) под који се од горе приказана три облика поклона за случај смрти, које препознаје домаће право као *lex fori*, може сврстати правни посао у конкретном случају, па након тога потражити одговарајућу колизиону норму у ЗРСЗ под чију се правну категорију тај правни посао може супсумирати. Ако се утврди да је реч о облигационом уговору о поклону код којег је предаја поклона одложена

²⁵ О врстама уговора о наслеђивању види К. W. Lange, 128–130. О подели на једнострано именујуће и двострано именујуће уговора о наслеђивању и о њиховој терминологији (у складу са нашом правном теоријом) види Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 190. Једнострано именујући уговори о наслеђивању су они у којима само један сауговорник именује наследнике и/или легатаре (Д. Ђурђевић, 190, фн. 25; К. W. Lange, 128).

²⁶ У немачком наследном праву је могуће поклоном за случај смрти именовати и универзалног сукцесора, ако то проистиче из тумачења воље поклонодавца (види К. W. Lange, 142).

²⁷ Види и упореди К. W. Lange, 142–143; W. Burandt, § 2301 BGB, in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), *Erbrecht*, 2. Aufl., München 2014, 821–827; Д. Ђурђевић, 188–192.

²⁸ Види и упореди К. W. Lange, 126 и даље, 135–136; Д. Ђурђевић, 196, 197–198. Овде треба напоменути да се ограничење слободе тестирања односи, по правилу, само на правне послове *mortis causa*, што значи да завешталац може слободно располагати имовином (која је предмет уговора о наслеђивању) правним пословима *inter vivos* (види Д. Ђурђевић, 198).

²⁹ Д. Ђурђевић, 190, 197.

до смрти поклонодавца (тзв. посмртни поклон), на такав правни посао треба применити колизионе норме за уговоре (чл. 19, 20 тач. 15 и 21 ЗРСЗ) на основу којих ће се одредити меродавно право³⁰. Ако се, пак, утврди да је реч о поклону за случај смрти који поклонодавац може опозвати у сваком тренутку до своје смрти, тада овај правни посао треба квалификовати као легат (тестамент) и супсумирати га под колизионе норме за наслеђивање из чл. 30 и 31 ЗРСЗ³¹. Најзад, ако се дође до закључка да је у питању поклон за случај смрти који је настао сагласношћу обе уговорне стране под условом да поклонопримац надживи поклонодавца, реч је о уговорном располагању за случај смрти који представља правни посао наследног права (уговор о наслеђивању) на који се, такође, примењују колизионе норме за наслеђивање из чл. 30 и 31 ЗРС. Притом, треба истаћи да је брижљиво и ваљано спровођење квалификације у овим случајевима веома важно, нарочито зато што се колизионе норме за уговоре и колизионе норме за наслеђивање разликују, тј. садрже различите тачке везивања које могу упутити на потпуно различита меродавна национална права, што свакако утиче на коначни материјалноправни резултат приликом одлучивања о спорним питањима³².

3. Меродавно право за посмртни поклон

Када се у конкретном случају, у складу са мерилима домаћег права, утврди да спорни правни посао представља посмртни поклон, тј. уговор о поклону *inter vivos* код којег предаја поклоњене ствари треба да се изврши након смрти поклонодавца, меродавно право за сва садржинска и формална питања у вези са овим уговором одређује се на основу колизионих норми ЗРСЗ које се примењују на уговоре.

Опште колизионо правило за све врсте уговора са елементом иностраности јесте аутономија воље странака која је уређена одредбом чл. 19 ЗРСЗ. У складу са овом одредбом, уговорне стране могу за свој уговор избрати меродавно право, осим ако ЗРСЗ-ом или међународним уговором није другачије предвиђено³³. Дакле, поклонодавац и поклонопримац могу за уговор о посмртном поклону са елементом иностраности

³⁰ S. Đorđević, 54, 59; S. Đorđević, Z. Meškić, 85–86.

³¹ S. Đorđević, Z. Meškić, 85–86.

³² Види и упореди S. Đorđević, 45.

³³ Детаљан коментар ове одредбе види код M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 1991, 72 и даље.

изабрати, у начелу, право било које државе. Уколико они нису извршили такав избор права, меродавно право се одређује комбинованом применом колизионе норме из чл. 20 ст. 1 тач. 15 ЗРСЗ која важи за уговор поклону *inter vivos* (која се примењује и на уговор о посмртном поклону јер он представља један од његових модалитета) и принципа најближе везе (из чл. 20 ст. 1 речен. 1 ЗРСЗ)³⁴. Наиме, у одсуству избора меродавног права, за уговор о поклону меродавно је, сходно чл. 20 ст. 1 тач. 15 ЗРСЗ, право државе у којој поклонодавац има своје пребивалиште (односно седиште), осим ако посебне околности случаја не упућују на неко друго право³⁵. То значи да се на уговор о посмртном поклону (по правилу) примењује право државе у којој поклонодавац има пребивалиште (односно седиште), с тим што се од овог права може одступити уколико је овај уговор у ближој вези са правом неке друге државе које се у том случају примењује уместо права државе у којој поклонодавац има пребивалиште (односно седиште). За форму уговора о посмртном поклону меродавно право се одређује на основу колизионог правила из чл. 7 ЗРСЗ које предвиђа да је уговор пуноважан у погледу форме, ако је пуноважан било према праву које је меродавно за његову садржину (одређено у складу са претходно наведеним колизионим правилима) било према праву државе у којој је уговор закључен (начело *in favorem negotii*)³⁶.

Међутим, када је реч о уговорима који имају за предмет непокретности (што ће често бити случај са уговором о посмртном поклону), примењује се посебна колизиона норма из чл. 21 ЗРСЗ. Према овој колизионој норми, за уговоре који се односе на непокретности меродавно је право државе на чијој територији се непокретност налази. То значи да се на сва питања (садржинска и формална) уговора о посмртном поклону који има за предмет непокретност примењује право државе у којој се поклоњена непокретност налази³⁷. Ако се предметна непокретност налази на територији Републике Србије, на уговор о посмртном поклону примењује се српско право, при чему посебно треба водити рачуна о

³⁴ О овој комбинацији види Т. Varadi, В. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2007, 393–395.

³⁵ Чл. 20 ЗРСЗ: „Ако није изабрано меродавно право и ако посебне околности случају не упућују на друго право, као меродавно право примењује се...“.

³⁶ Види више М. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 30–32; Т. Varadi, В. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 396 и даље; А. Jakšić, 253.

³⁷ О меродавном праву за уговоре који се односе на непокретности и примени чл. 21 ЗРСЗ види М. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 82–83.

условима у погледу форме које за његово закључење захтева српско право (форма јавнобележничког записа или форма солемнизоване приватне исправе)³⁸. Међутим, то не значи да је један такав уговор пуноважан у погледу форме само ако је закључен пред српским јавним бележником. Он, наиме, може бити пуноважно закључен и у иностранству пред јавним бележником стране државе, с тим да се облик (форма) те стране јавнобележничке исправе може уподобити односно да је еквивалентан (битно сличан) јавнобележничком запису односно солемнизованој исправи коју уређује српско право које се у датом случају (као меродавно право – *lex rei sitae*) примењује на форму уговора³⁹.

4. Меродавно право за поклон са случај смрти који се квалификује као једнострано или уговорно располагање за случај смрти

Ако се поклон за случај смрти квалификује као једнострано (тестамент, легат) или уговорно располагање за случај смрти (једнострано именујући уговор о наслеђивању), меродавно право за сва садржинска питања таквог правног посла одређује се применом колизионих норми за наслеђивање из чл. 30 ЗРСЗ, док се на питање форме примењују колизиона правила из чл. 31 ЗРСЗ⁴⁰.

4.1. Меродавно право за садржинска (материјалноправна) питања

Одредба чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ садржи опште колизионо правило које предвиђа да је „за наслеђивање меродавно право државе чији је држављанин био оставилац у време смрти“, одредба чл. 30 ст. 2 ЗРСЗ посебно колизионо правило за тестаменталну способност које упућује на примену права државе чији је држављанин завешталац био у време састављања тестамент⁴¹.

³⁸ Види чл. 82 и 93 Закона о јавном бележничтву, Службени гласник Републике Србије, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

³⁹ Овде је реч о методи супституције односно уподобљавања иностране форме правног посла са формом коју захтева меродавно домаће право (види и упореди Spellenberg, Art. 11, Rn 10 (493–495), MünchKommBGB, Band 7, München 1983; уопште о супституцији види С. Ђорђевић, Супституција у међународном приватном праву, *Правни живот* 5-6/2010, 7 и даље; S. Ђорђевић, Z. Меškić, 175 и даље).

⁴⁰ Види и А. Јакшић, 421 који је на становишту да се на поклоне за случај смрти увек примењује наследни статут односно колизионе норме за наслеђивање.

⁴¹ О одређивању меродавног права за наслеђивање у складу са чл. 30 ЗРСЗ види више М. Дика, G. Кнежевић, S. Стојановић, 101 и даље; T. Varadi, B. Bordaš, G. Кнежевић, V. Павић, 343 и даље; А. Јакшић, 415 и даље.

Правна категорија „наслеђивање“ општег колизионог правила из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ обухвата не само сва питања материјалног наследног права са елементом иностраности која се тичу законског и тестаменталног наслеђивања (осим питања тестаменталне способности), него и питања везана за уговоре о наслеђивању⁴² (као уговорних располагања за случај смрти), укључујући и одређена питања која се тичу правних послова *inter vivos* уколико се она, према *lex fori*, квалификују као питања наследног права⁴³. Притом, чињеница да је уговор о наслеђивању апсолутно ништав правни посао у српском праву не утиче на његову квалификацију у смислу да се она не може вршити према *lex fori*, јер се не ради се о правном послу *motis causa* који је непознат правном поретку Републике Србије⁴⁴, него о правном послу који је познат домаћем праву, али чије закључење не производи дејства према домаћем праву⁴⁵. Отуда је и у „чисто“ домаћим случајевима (без елемента иностраности) неопходно разграничити једнострано располагање за случај смрти (тестамент) које је допуштено од уговорног располагања за случај смрти (уговор о наслеђивању) које је забрањено, као и разграничити уговорно располагање за случај смрти (које је забрањено) од уговора *inter vivos* чија су дејства одложена до смрти лица које располаже имовином (уговор о расподели имовине за живота оставиоца, уговор о доживотном издржавању) који су допуштени у домаћем праву. Ово разграничење не представља ништа друго него тумачење односно квалификацију различитих правних послова која се врши у складу са мерилима домаћег права. Такође, из забране уговора о наслеђивању коју предвиђа домаће право не може се *a priori* извући закључак да ће један такав уговор са елементом иностраности бити ништав, јер његова пуноважност и дејства искључиво зависе од меродавног права на које упути колизиона норма за наслеђивање. Ако би у конкретном случају меродавно било српско право, уговор о наслеђивању ће засигурно бити ништав (према чл. 179 ЗОН). Ако је, пак, меродавно страном право према којем је уговор о наслеђивању пуноважан, он ће производити дејства и у нашем правном поретку, осим ако су

⁴² Тако Т. Varadi, В. Bordaš, Г. Knežević, В. Pavić, 345.

⁴³ Види више S. Đorđević, 45 и даље, 54, 58–59; А. Jakšić, 421.

⁴⁴ Код правних установа које су непознате домаћем правном поретку примењује се метод функционалне квалификације (о функционалној квалификацији види S. Đorđević, Z. Meškić, 89–90).

⁴⁵ Види S. Đorđević, 55–56.

испуњени услови за примену установе јавног поретка⁴⁶ на основу које се може одбити примена норми меродавног страног права⁴⁷.

Имајући у виду претходно речено, када је поклон за случај смрти квалификован као једнострано располагање за случај смрти односно као легат (тестамент), за материјалноправна питања овог правног посла, као што су његова допуштеност, пуноважност, тумачење и престанак, меродавно је, сходно чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ, право државе чије је држављанин био поклонодавац у време смрти (коме се, дакле, приписује улога завештаоца односно оставиоца). Једино се способност за ово доброчино располагање цени према праву државе чији је држављанин био поклонодавац у време сачињавања поклона за случај смрти (чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ). На исти начин се одређује и меродавно право за поклон за случај смрти који је квалификован као уговорно располагање за случај смрти. Наиме, код таквог располагања реч је о једнострано именујућем уговору о наслеђивању код којег постоји само један уговорни завешталац – поклонодавац, те се зато колизиона норма из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ, која спомиње оставиоца (односно завештаоца) у једнини, може без потешкоћа⁴⁸ применити – меродавно је, дакле, право последњег држављанства поклонодавца као уговорног завештаоца⁴⁹. Притом, треба имати у виду да се код уговора о наслеђивању, поред питања која су наведена у погледу тестаментa, јавља и питање везаности уговорног завештаоца за овај уговор које, такође, потпада под наследни статут одређен чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ (тј. под право државе последњег држављанства поклонодавца као уговорног завештаоца).

⁴⁶ Види чл. 4 ЗРСЗ који уређује установу јавног поретка у домаћем међународном приватном праву. Основни услови за примену установе јавног поретка јесу да резултат примене меродавног страног права вређа домаћи јавни поредак у конкретном случају и да постоји довољно блиска веза случаја са домаћим правним поретком (види више Т. Varadi, В. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 157–160; М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право, општи део*, Београд 2008, 350–352; S. Đorđević, Z. Meškić, 131 и даље).

⁴⁷ Види S. Đorđević, 56, фн. 59.

⁴⁸ Када је реч о двострано именујућим уговорима о наслеђивању, у којим оба саговорника именују наследнике и легатаре, настаје проблем како применити колизиону норму из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ, с обзиром на то да се јављају два уговорна завештаоца. Зато се отвара питање да ли на двострано именујући уговор о наслеђивању треба кумулативно применити *lex nationalis* оба уговорна завештаоца (тако сматра А. Јакшић, 420), те да ли таква кумулација треба да буде обична или дистрибутивна, или, пак, треба сматрати да у овом случају постоји правна празнина и да због тога треба изградити нове колизионе норме у складу са чл. 2 ЗРСЗ.

⁴⁹ Упоредити са колизионом нормом из чл. 25 Уредбе Европског парламента и Савета бр. 560/2012 од 4. јула 2012. године о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу јавних исправа у наследним стварима и стварању европског сертификата о наслеђивању (Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal L 201/107, 27.7.2012).

На крају, треба истаћи да сама колизиона норма из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ (с обзиром на начин на који је формулисана) није адекватна за правне послове *mortis causa* (тестаменте и уговоре о наслеђивању односно поклоне за случај смрти који се квалификују као један од ова два правна посла *mortis causa*), што је нарочито видљиво у ситуацији када је завешталац у време настанка једног таквог правног посла имао држављанство једне, а у време смрти држављанство друге државе. У таквој ситуацији поставља се питање да ли је правично на допуштено, материјалну пуноважност (која се првенствено односи на захтеве у погледу *animus testandi*), тумачење и престанак правног посла *mortis causa* ретроактивно применити (сходно чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ) последњи *lex nationalis* завештаоца?⁵⁰ Према нашем мишљењу, одговор мора бити одречан, јер ретроактивна примена последњег *lex nationalis*-а завештаоца на ова правна питања вређа интересе правног промета (правне сигурности) и интересе странака⁵¹. Правично би било да се на ова питања примени право државе на које упућује држављанство завештаоца у тренутку састављања тестаментa односно у тренутку закључења уговора о наслеђивању (поклоне за случај смрти)⁵². С обзиром на то да за тако нешто не постоји упориште у чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ, може се рећи да је законодавац начинио озбиљан пропуст приликом формулисања колизионих норми за наслеђивање, јер није у довољној мери водио рачуна о правним пословима *mortis causa*⁵³.

4.2. Меродавно право за форму поклоне за случај смрти

Када је реч о одређивању меродавног права за форму поклоне за случај смрти, примењују се одредбе чл. 31 ЗРСЗ које важе за форму тестаментa, с тим што основ примене ових одредаба није исти код поклоне за случај смрти који је квалификован као легат (тестамент) и поклоне за случај смрти који је квалификован као уговор о наслеђивању.

Наиме, у одредбама чл. 31 ЗРСЗ имплементирана су колизиона правила Хашке конвенције о сукобу закона у погледу форме тестаменталних располагања из 1961. године (у даљем тексту: Хашка

⁵⁰ S. Ђорђевић, 56–57.

⁵¹ Види S. Ђорђевић, 57; Z. Мешкић, S. Ђорђевић, „Bosni and Herzegovina“, in: B. Verschraegen (ed.), *International Encyclopedia of Laws, Private International Law*, supp. 56, Kluwer Law International, Alphenanden Rijn, NL 2018, 135.

⁵² Види и упореди A. Јакшић, 421.

⁵³ Види S. Ђорђевић, 57; Z. Мешкић, S. Ђорђевић, 135.

конвенција)⁵⁴, тако да се поље њихове примене одређује у складу са овом конвенцијом. Колизiona правила Хашке конвенције (а то значи и колизiona правила из чл. 31 ЗРСЗ) примењују се искључиво на тестаменте (као једностране изјаве воље за случај смрти) и на заједничке тестаменте⁵⁵, али не и на уговоре о наслеђивању⁵⁶. Исти закључак се може извући из самог текста чл. 31 који изричито спомиње само „тестамент“, а не и друга располагања за случај смрти. Према томе, у поље примене колизоних правила из чл. 31 ЗРСЗ „улазе“ само они поклони за случај смрти који су квалификовани као тестаменти односно као једнострана располагања (једностране изјаве воље) за случај смрти, док поклони за случај смрти који су квалификовани као уговорна располагања за случај смрти остају изван њиховог поља примене⁵⁷. То значи да у погледу одређивања меродавног права за форму уговора о наслеђивању (укључујући и поклон за случај смрти који се квалификује као уговор о наслеђивању) постоји правна празнина. Ову правну празнину треба попунити у складу са одредбом чл. 2 ЗРСЗ која, између осталог, предвиђа да се правне празнине у овом закону могу попунити и аналогном применом одредаба ЗРСЗ⁵⁸. Отуда, сматрамо да се меродавно право за форму уговора о наслеђивању и форму поклона за случај смрти који је квалификован као уговор о наслеђивању одређује аналогном применом одредаба чл. 31 ЗРСЗ које важе за форму тестаamenta⁵⁹, што значи да се основ примене ових одредаба налази у чл. 2 ЗРСЗ који уређује

⁵⁴ Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, бр. 10/62. У складу са чл. 3 Хашке Конвенције, која следи принцип *in favorem negotii*, одредбе чл. 31 ЗРСЗ су допуњене још једном алтернативном тачком везивања – *lex fori*.

⁵⁵ Чл. 4 Хашке конвенције предвиђа да се ова конвенција примењује и на облике тестаментарних располагања које су у једном истом акту сачинила два или више лица (коментар ове одредбе види код Ž. Matić, *Međunarodno privatno pravo, posebni dio*, Zagreb 1982, 81–82).

⁵⁶ Види Н. Batiffol, *Rapport explicatif sur la Convention-Forme des testaments de 1961, Tiré à part des Actes et documents de la Neuvième session (1960), tome III, Forme des testaments*, 168; S. Đorđević, 43–44; Z. Meškić, S. Đorđević, 136.

⁵⁷ Домаћи законодавац је могао у одредбама чл. 31 ЗРСЗ да наведе да се оне примењују и на остала располагања за случај смрти (чиме би се у поље примене овог члана укључили уговор о наслеђивању и поклон за случај смрти који се квалификује као уговор о наслеђивању), али је то пропустио да учини (види S. Đorđević, 44; Z. Meškić, S. Đorđević, 136).

⁵⁸ Према чл. 2 ЗРСЗ, „ако у овом закону нема одредбе о праву меродавном за неки правни однос из чл. 1 овог закона, сходно се примењују одредбе и начела овог закона, начела правног поретка Републике Србије и начела међународног приватног права“. О тумачењу и примени овог члана види више М. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 12–13; М. Станивуковић, М. Живковић, 66–68; А. Јакшић, 99–100.

⁵⁹ пореди S. Djordjevic, 'Länderbericht Serbien', in: W. Burandt, D. Rojahn (ed.), *Erbrecht*, 3. Aufl., München 2018, Rn 7-8; Z. Meškić, S. Đorđević, 136; А. Јакшић, 419.

попуњавање правних празнина.

Имајући у виду претходно речено, поклон за случај смрти који је квалификован као (једнострано или уговорно) располагање за случај смрти пуноважан је, сходно чл. 31 ЗРСЗ⁶⁰, у погледу форме ако је пуноважан по било ком од следећих права: а) по праву државе у којој је поклон за случај смрти састављен односно закључен; б) по праву државе чији је држављанин био поклонодавац (завешталац), било у време располагања било у време смрти; в) по праву државе поклонодавчевог (завештаоачевог) пребивалишта, било у време располагања било у време смрти; г) по праву државе поклонодавчевог (завештачевог) боравишта, било у време располагања било у време смрти; д) по праву Републике Србије; њ) када су предмет располагања непокретности, по праву државе у којој се налази непокретност.

5. Закључак

У међународном приватном праву Републике Србије одређивање меродавног права за поклон за случај смрти са елементом иностраности зависи од његове квалификације која се врши у складу са домаћим грађанским правом. Видели смо да се у домаћем грађанском праву овај правни посао може, зависно од околности конкретног случаја (пре свега од воље учесника посла), квалификовати као уговор о поклону *inter vivos* код којег је предаја поклоњене ствари одложена до смрти поклонодавца (уговор о посмртном поклону) или као једнострани (тј. као тестамент/легат) односно двострани правни посао *mortis causa* (тј. као једнострано именујући уговор о наслеђивању односно легату). Ако се у конкретном случају утврди да је реч о уговору о посмртном поклону, меродавно право се одређује применом колизионих норми за уговоре – аутономијом воље странака из чл. 19 ЗРСЗ, комбинованом применом колизионог правила за уговор о поклону *inter vivos* из чл. 20 тач. 15 ЗРСЗ и принципа најближе везе, односно применом колизионог правила из чл. 21 ЗРСЗ уколико је предмет поклоне непокретност. Ако се, пак, утврди да поклон за случај смрти има све одлике (једностраног или двостраног) правног посла *mortis causa*, меродавно право се одређује применом колизионих норми за наслеђивање из чл. 30 ЗРСЗ (који се односи на питања садржине) и чл. 31 ЗРСЗ (који се односи на питање форме посла). Притом,

⁶⁰ Коментар и анализу чл. 31 ЗРСЗ види М. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 108–112.

треба нагласити да примена општег колизионог правила за наслеђивање из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ, који налаже примену последњег завештаоачевог *lex nationalis*, није правична за садржинска питања правног посла *mortis causa* у ситуацији када је завешталац у време закључења једног таквог посла имао држављанство једне, а у време смрти држављанство друге државе, јер у том случају долази до ретроактивне примене његовог последњег *lex nationalis* чије материјалноправне норме није могао да има у виду у време закључења посла.

DETERMINATION OF THE LAW APPLICABLE TO DONATION MORTIS CAUSA

Slavko Đorđević, LLD*

Summary

In Serbian private international law the determination of the law applicable to the cross-border donation mortis causa depends on its characterisation which is to be performed in accordance with Serbian law as lex fori. Serbian substantive law recognizes three „types“ („modalities“) of donation mortis causa. The first one is donation mortis causa which is concluded as inter vivos contract on the basis of mutual agreement of the donor and the donee where the delivery of the gift is postponed to the death of donor (so called donation post mortem). The law applicable to such contractual donation mortis causa is to be determined by conflict-of-law rules of arts 19, 20 and 21 PIL Act which apply to the contracts. The second one is donation mortis causa which is to be regarded as legacy (testamentary disposition). As such it falls under the scope of conflict-of-law rules of arts 30 and 31 PIL Act which apply to the succession. Finally, the third type of donation mortis causa is the one concluded by mutual agreement of donor and donee under the condition that the donee must outlive the donor and is to be characterized as agreement as to succession (inheritance/succession contract/agreement) which also falls under the scope of lex succession determined by arts 30 and 31 PIL Act.

Keywords: *characterization of donation mortis causa, donation post mortem, legacy, inheritance contract, conflict-of-law rules for contracts, conflict-of-law rules for succession.*

* Associate Professor, Faculty of Law of the University of Kragujevac

**КА РЕФОРМИ РЕЖИМА ОДГОВОРНОСТИ ИНТЕРНЕТ
ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ ЖИГА
– ПРЕДМЕТ GUCCI V. ALIBABA**

Др Јелена Ћеранић Перишић*

***Апстракт:** Одговорност интернет посредника за повреду жига једно је од сложенијих питања са којима се суочава право интелектуалне својине данас. До повреде жига најчешће долази на платформама за електронску трговину продајом кривотворене робе. Интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом жига, већ својим услугама најчешће само омогућавају продају кривотворене робе. У том случају, они могу, под одређеним условима, бити посредно одговорни за повреду жига. У САД-у доктрина посредне одговорности резултат је судске праксе. Установљена осамдесетих година 20. века, ова доктрина временом је прецизирана, а њен опсег примене проширен, између осталог, и на сајтове за аукцијску продају робе. У последњих десетак година, дошло је до наглог пораста броја оваквих сајтова и експанзије електронске трговине уопште. Стога се намеће питање адекватности примене доктрине посредне одговорности. Анализирајући предмет *Gucci v. Alibaba*, рад настоји да укаже на потребу реформе режима одговорности интернет посредника у складу са измењеним околностима у којима се одвија електронска трговина, а у циљу ефикаснијег сузбијања продаје кривотворене робе на интернету.*

***Кључне речи:** посредна одговорност, интернет посредник, повреда жига, електронска трговина, кривотворена роба.*

* Виши научни сарадник, Институт за упоредно право Београд
ceranicj@gmail.com

1. Уводне напомене

Феномен неовлашћене употребе туђе жигом заштићене ознаке није нов и постојао је много пре динамичног развоја електронских комуникација и електронске трговине. Овакве радње су кажњиве и правни оквир држава несумњиво штити право коришћења жига, како кроз грађанскоправне поступке, тако и путем прекршаја и кривичноправне заштите. Развојем електронске трговине се међутим развија и улога треће стране у поступку коришћења жига на интернету, хостинг провајдера.¹ Хостинг провајдер подразумева услугу складиштења података у електронској форми.²

Иначе, у процес комуникације на интернету, укључен је велики број субјеката, а њихове улоге међусобно се разликују. Када је реч о коришћењу жигом заштићене ознаке на интернету, издвајају се три групе субјеката: корисници интернета, пружаоци интернет услуга (интернет посредници, хостинг провајдери) и титулари жигова.

Интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом жига. Када то јесте случај, они одговарају по општим правилима за неовлашћену употребу туђег жига. Проблем се, међутим, јавља у оним случајевима, штавише претежним, кад је интернет посредник својом услугом омогућио постављање недозвољеног садржаја. Тада је одговорност пружаоца услуге посредна (подељена, одговорност за другог).³

С обзиром на динамику развоја дигиталне технологије и појаву масовног коришћења интернета, питања у вези са коришћењем жигом заштићене ознаке на интернету постају све сложенија. У току последње две деценије установљене су смернице и регулаторни оквир за регистрацију жигом заштићених ознака као имена домена,⁴ као и за приме-

¹ М. Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 12.

² Хостинг провајдер изнајмљује одређен електронски простор кориснику, у који се складиште електронски подаци које корисник изабере. У најширем смислу, под хостингом се подразумева свако изнајмљивање простора корисницима на серверу провајдера, без обзира на намену његовог коришћења. (М. Рељановић, Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и суседних држава“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 116.)

³ С. Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 86-87.

⁴ Вид. Д. Поповић, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет

ну територијалних закона за коришћење жигом заштићених ознака на интернету.⁵ Ипак, питање одговорности интернет посредника тј. онлајн платформи за повреду жига продајом кривотворене робе на њиховим сајтовима и даље је контроверзно, нарочито у светлу различитих судских одлука у свету.⁶

Режим одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД резултат је судске праксе. Потреба за реформом овог режима све је израженија са повећањем броја платформи за електронски трговину и новим трендовима у вези са начинима њиховог функционисања. У раду је најпре представљена сама доктрина посредне одговорности и услови за њено успостављање у праву САД. Након тога размотрен је предмет *Gucci v. Alibaba*, који је поново отворио дебату о потреби измене режима одговорности интернет посредника. Посебна пажња у раду посвећена је испитивању адекватности примене прецедента *Tiffany v. eBay* у спору *Gucci v. Alibaba*. Рад настоји да укаже да улога интернет посредника мора бити активнија, у смислу да заједно са титуларима жигова надзиру своје платформе за електронску трговину, а све у циљу спречавања продаје кривотворене робе на интернету.

2. Доктрина посредне одговорности у САД

Ланхамов закон (енгл. *Lanham Act*) из 1946. године, којим је уређено жиговно питање у САД на федералном нивоу, не садржи одредбе о посредној одговорности. Доктрина посредне (секундарне, индиректне) одговорности за повреду жига настала је као резултат судске праксе, а почива на деликтном обичајном праву (енгл. *common law of torts*). У складу са принципима индиректне кривичне (деликтне) одговорности, „лице је одговорно уколико дозволи [трећој особи] да делује његовим средствима, знајући или имајући основа да зна да тај други делује или ће деловати деликтно.”⁷

Универзитета у Београду, Београд 2014.

⁵ WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 20. 07. 2019.

⁶ M. Senftleben, “An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 20. 07. 2019.

⁷ K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, “The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 37/2011, 41–42.

Услове за успостављање посредне одговорности Врховни суд САД установио је осамдесетих година 20. века. У деценијама које су уследиле, амерички судови даље су развијали ову доктрину, ширећи њен опсег примене.

2.1. Inwood тест

Врховни суд САД у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*⁸ установио је критеријуме за успостављање посредне одговорности. У овом предмету из 1982. године, тужени произвођач лекова продао је апотекама лекове који изгледају као генерички. Поједине апотеке продавале су даље тај лек представљајући га као брендиран. Тужилац је тужио произвођача лекова за посредну повреду жига. Врховни суд заузео је следеће становиште: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или ако наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету као резултат преваре. Дакле, на основу тзв. *Inwood* теста постоје две ситуације у којим се може установити посредна одговорност.⁹ То су: (1) намерно навођење и (2) наставак снабдевања уз знање о повреди.

Некада је за успостављање посредне одговорности било је потребно тзв. „стварно знање“ да други користи одређени производ са намером да изврши повреду. Након доношења ове пресуде, критеријум знања формулисан је шире, у смислу да је и нешто мање од „стварног знања“, тзв. „имање основа за знање“ довољно да се успостави посредна одговорност.¹⁰

2.2. Судска пракса америчких судова

У деценијама након пресуде у предмету *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, амерички судови наставили су да развијају доктрину посредне одговорности и проширују њен опсег примене.

⁸ Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

⁹ G. Dinwoodie, "Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape", *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014, 472.

¹⁰ E. K. Levin, "A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay", *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

Тако је у предмету *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*¹¹ примена доктрине посредне одговорности проширена на власнике / оператере бувљих пијаца. Суд је утврдио да тужени може бити одговоран за повреду жига коју је починио појединачни продавац на тој пијаци ако је знао или имао основа да зна за повреду, при чему је и тзв. „намерно затварање очију“ еквивалентно „стварном знању“.¹² Да би се сматрало да постоји „намерно затварање очију“, власник мора да сумња на повреду и добровољно пропусти да је истражи“.¹³ Према томе, тужени не може бити посредно одговоран за обично пропуштање да предузме мере предострожности како би спречио директну повреду.¹⁴

У предмету *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*¹⁵ амерички суд применио је тзв. *Inwood* тест на власника специфичне пијаце на којој се окупљају ентузијаста и колекционари ради продаје или размене производа од заједничког интереса (енгл. *swap meet*). Продавци плаћају дневну ренту (закупнину) власницима земљишта за изнајмљивање штанда. Власник пијаце задржава право да искључи сваког продавца из било ког разлога, укључујући и повреду жига. Поред тога, власник пијаце добија накнаду од улазнице коју купац плати како би ушао на пијацу. Узимајући у обзир све поменуте околности, Суд је заузео становиште да је тужени (власник ове специфичне пијаце) одговоран за посредну повреду жига.

Свакако најпознатији предмет из судске праксе САД, када је реч о одговорности интернет посредника за повреду жига, јесте спор између чувене њујоршке златаре и сребрнарнице Тифани (*Tiffany & Co*) и компаније *eBay*.¹⁶ У овом спору амерички судија применио је тзв. *Inwood* тест на платформе за електронску трговину, тачније на сајт за аукцијску продају робе *eBay*. Овај предмет остаће упамћен по томе што је изазвао невероватно велику пажњу не само америчке, већ и светске јавности.¹⁷

Године 2008. компанија Тифани поднела је тужбу против компаније *eBay*, у том тренутку највећег интернет посредника за аукцијску

¹¹ Апелациони суд САД, *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc* 955F.2d 1143 (1992).

¹² Ј. Ђеранић Перичић, „Одговорност платформи за електронску трговину због повреде жига у праву САД – преиспитивање доктрине посредне одговорности у контексту електронске трговине“, *Право и привреда*, 7-9/2019, 66–67.

¹³ К. М. Saunders, G. Berger-Walliser, 42.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Апелациони суд САД, *Fonovisa, Inc. v. Cerry Auction, Inc.*, 76F.3d259 (1996).

¹⁶ Окружни суд САД, *Tiffany Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY, 2008).

¹⁷ Ј. Ђеранић, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 51–54.

продају робе, истичући да она својим понашањем заправо олакшава продају кривотворене робе. Компанија Тифани је сајт *eBay* упоредила са бувљом пијацом на којој се продају фалсификати.¹⁸ Компанија *eBay* одбацила је ове оптужбе, наводећи да је компанија Тифани, суочена са кривотворењем широм света, одабрала да „одржи лекцију“ не онима који су одговорни за производњу, увоз и покушаје продаје кривотворене робе, већ интернет посреднику *eBay*, привредном субјекту који никада није поседовао, сам трговао, или свесно дозволио трећим странама, корисницима његове платформе за електронску трговину, да тргују кривотвореном робом. Компанија *eBay* истакла је да титулари имају законску обавезу да надзиру своје жигове и утужују повреду.¹⁹ Дакле, срж овог спора није била да ли би продаја кривотвореног Тифанијевог накита треба да цвета на интернету, већ ко би требало да понесе терет надзирања употребе жигом заштићене ознаке на платформама за електронску трговину.

Компанија Тифани је, као кључни аргумент, истицала да је *eBay* на неки начин свесно „затворио очи“ пред продајом кривотворене робе марке Тифани. Такво понашање повлачи посредну одговорност, у складу са судском праксом установљеном још у предмету *Hard Rock Café*. Међутим, компанија *eBay* овај аргумент побијала је доказима о вишегодишњим напорима које улаже у циљу елиминисања кривотворене робе са своје платформе. Она је предузела велики број мера како би осигурала аутентичност производа који се оглашавају на њеном сајту. Најпре, развила је и управља Програмом за проверу права власника (енгл. *the Verified Rights Owner (VeRO) Program*), тзв. програм *VeRO*. Реч је о систему обавештења и уклањања (енгл. *notice and take down system*) који омогућава титуларима жигова да доставе обавештење о повреди (енгл. *a Notice of Claimed Infringement (NOCI)*) компанији *eBay*. У обавештењу титулар жига мора да наведе појединачне огласе који нуде кривотворену робу да би *eBay* могло да их уклони са своје трговачке платформе.²⁰ Такође, *eBay* пружа самим титуларима жигова простор на свом сајту, тзв. страница о мени (енгл. *an „About Me“ page*), где они подучавају кориснике како да разликују оригиналне производе од фалсификата. Компа-

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Rimmer, „Breakfast at Tiffany’s’: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011, 7.

²⁰ J. Ђеранић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 43.

нија *eBay* креирала је и аутоматске поруке упозорења које се појављују када продавац оглашава Тифанијево производе на продају. Ове поруке упозоравају продавца да *eBay* не толерише оглашавање реплика, фалсификата и да повреда ове политике може резултирати суспензијом налога. Осим тога, заједно са компанијом за електронско плаћање, *PayPal*, компанија *eBay* је направила програм заштите купаца. Уколико се испостави да производи купљени на сајту *eBay* нису оригинални, купци могу да потражују и добију новац назад.²¹ Најзад, *eBay* суспендује стотине хиљада продаваца сваке године због сумње да су укључени у нелегалне радње.²²

Суд је и у предмету *Tiffany Inc v. eBay Inc.* применио тзв. *Inwood* тест и закључио да компанија *eBay* није намерно омогућавала продају кривотворене робе на свом сајту. Наиме, када би компанија Тифани компанији *eBay* доставила обавештење о повреди (*NOCI*), уз тачно навођење огласа на којима се нуде кривотворени производи, *eBay* би одмах уклањао те огласе са своје трговачке платформе. Сходно томе, Суд је констатовао да се тужба компаније Тифани заправо своди на то да *eBay* наставља да пружа своје услуге у вези са другим огласима, за које на основу општег знања о повредама на свом сајту, има основа да зна да су преварни.²³ Компанија *eBay* је признала да генерално зна да се кривотворена роба марке Тифани продаје на њеном сајту, међутим мишљење Суда је било да то није довољно за успостављање посредне одговорности за повреду жига. За успостављање одговорности интернет посредника потребно је да он зна или има основа да зна за конкретне огласе на којима се нуди кривотворена роба. Суд је заузео становиште да је титулар жига тај који је дужан да надзире употребу свог жига на интернету, а интернет посредник не може бити одговоран за повреду жига само на основу тога што је знао или имао основа да зна да његовој трговачкој платформи може генерално доћи до повреде жигом заштићене ознаке. Према томе, компанија *eBay* ослобођена је пресудом Окружног суда САД. Иако је компанија Тифани уложила жалбу,²⁴ Апелациони суд се сложио са резолуцијом Окружног суда, те потврдио првостепену пресуду.²⁵

²¹ J. Теранић Перишић (2019a), 69.

²² G. Dinwoodie, 472–473.

²³ *Ibid.*, 473.

²⁴ Вид. J. Теранић Перишић (2019a), 70–71.

²⁵ Апелациони суд САД, *Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

3. Предмет Gucci v. Alibaba

Предмет који је поново покренуо бројне расправе у вези са потребом реформе режима одговорности интернет посредника за повреду жига јесте спор између француске групе Керинг (*Kering SA*), власника неколико луксузних модних брендова, и кинеске компаније Алибаба (*Alibaba*).

3.1. „Екосистем Алибаба“

Основана 2000. године, компанија Алибаба данас је највећа кинеска компанија за електронску трговину.²⁶ Концепт пословања компаније Алибаба веома је интересантан. Алибаба представља заправо мрежу међусобно повезаних услуга и робе – све у једном (енгл. *all in one*). Компанија Алибаба нуди услуге аукцијске продаје робе, продају робе широког асортимана, услуге претраживања интернета, као и услуге онлајн плаћања. Дакле, Алибаба представља својеврсну комбинацију сајтова као што су: *eBay, Amazon, Google* и *PayPal*. Компанија Алибаба истиче да ради на томе да повеже купце и продавце, али да сама компанија није продавац. Иначе, Алибаба је „дом највеће онлајн пијаце за гардеробу“.²⁷ Три главна сајта за електронску трговину која су у власништву компаније Алибаба су: *Taobao, Tmall* и *Alibaba.com*.

Компанија Алибаба има већи обим пословања у поређењу са свим другим компанијама за електронску трговину у свету. Последњих година трансакције компаније Алибаба веће су него трансакције Гугла и Амазона заједно. Разлози за то су двоструки. С једне стране, у Кини постоји већи број онлајн купаца него у САД,²⁸ док с друге стране, многи велики градови у Кини немају ни шопинг молове ни велике тржне центре као САД. Стога се Кинези окрећу онлајн шопингу. Оснивач и власник компаније Алибаба²⁹ појаснио је овај феномен сликовито, наводећи да је електронска трговина у САД дезерт, док је у Кини, у којој је због инфраструктуре трговина веома компликована, електронска трговина главно јело.³⁰

²⁶ Преко ове компаније одвија око 80 одсто укупне кинеске онлајн трговине .

²⁷ E. Zuccaro, “Gucci v. Alibaba: A Balanced Approach to Secondary Liability for E-Commerce Platforms”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, 144/2016, 149.

²⁸ На основу статистичких података, у Кини има око 500 милиона онлајн купаца у поређењу са 330 милиона у САД.

²⁹ Оснивач и власник компаније Алибаба је некадашњи професор енглеског језика Џек Ма (*Jack Ma*) кога пореде са Стивом Џобсом (*Steve Jobs*) или Бил Гејтсом (*Bill Gates*) Кине.

³⁰ A. Zuccaro, 151.

3.2. Тужба групе Керинг

Група Керинг (*Kering SA*), власник неколико луксузних модних брендова, 2014. године поднела је тужбу против компаније Алибаба Окружном суду државе Њујорк због продаје велике количине кривотворене робе на свом сајту. Иначе, компанију Алибаба називају „интернет Мека за кривотворену одећу“.³¹ У тужби се наводи да је платформа за електронску трговину свесно олакшала својим интернет корисницима продају кривотворених производа марке Гучи (*Gucci*), Ив Сен Лорен (*Yves Saint Laurent*), Баленсијага (*Balenciaga*) и Ботега Венета (*Bottega Veneta*). Суд је одредио привремену меру против компаније Алибаба. Међутим, врло брзо након тога, странке су склопиле споразум о поравнању, тако да је тужба повучена.

Само годину дана касније, група Керинг поново је поднела тужбу против компаније Алибаба због непоштовања услова поравнања, тачније, споразума на основу кога је дужна да помаже компанији Керинг у спречавању продаје кривотворене робе на свом сајту.³² Штавише, она је, према наводима групе Керинг, олакшавала продају кривотворене робе. Компанија Алибаба порицала је наводе из тужбе, истичући да је и сама жртва кривотворења и да има доказе о томе да је сарађивала са титуларима жигова у борби против кривотворења.³³

Компанија Керинг, пак, у тужби наводи да је политика компанија Алибаба конципирана тако да само изгледа да се бори против кривотворења, а она заправо пословну политику води тако да омогућава продавцима продају кривотворене робе на сајтовима *Alibaba.com*, *AliExpress.com* и *Taobao.com* (енгл. *Alibaba Marketplace*). На пример, у тужби се наводи да компанија Алибаба није признала америчку регистрацију жигова за поруке о обавештењу и уклањању поднете против продаваца на сајту *Taobao.com*, иако је тај сајт специфично намењен америчким потрошачима.³⁴ Исто тако, компанија Керинг тврди да тиме што дозвољава продавцима фалсификоване робе да наставе рад, иако је јасно обавеште

³¹ *Ibid.*, 153.

³² Окружни суд САД, *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.*, 15-cv03784 (S.D.N.Y. 2015).

³³ C. Wolf, “The Internet’s Mecca for Counterfeiting Clothing, Is Being Sued by a Group of High-Fashion Brands”, <https://www.complex.com/style/2015/05/alibaba-being-sued-by-kering-group-again>, 22.07.2019.

³⁴ A. Zuccaro, 158–159.

на о конкретним трговцима који продају фалсификате, а чак и они сами то отворено признају, компанија Алибаба не само да дозвољава већ и охрабрује такве радње.³⁵

Месец дана након подношења тужбе, Суд је, у складу са Ланхамовим законом, донео одлуку о трајној забрани рада појединачним продавцима и накнади штете у корист компаније Керинг. Оваква одлука Суда протумачена је као мали корак ка победи луксузних брендова.³⁶ Стога је јавност са нестрпљењем чекала пресуду, сматрајући да ће Суд, у складу са измењеним околностима под којима се одвија електронска трговина на сајтовима компаније Алибаба, модификовати доктрину посредне одговорности, тачније услове одговорности интернет посредника.

3.3. Адекватност примене прецедента *Tiffany v. eBay* у предмету *Gucci v. Alibaba*?

У предмету *Tiffany v. eBay*, амерички суд, применивши *Inwood* тест на интернет посредника, компанију *eBay*, утврдио је да компанија *eBay* није намерно омогућавала продају кривотворене робе на свом сајту. Сваки пут када компанија Тифани компанији *eBay* достави обавештење о повреди (*NOCI*), уз тачно навођење огласа на којима се нуде кривотворени производи, *eBay* одмах уклања те огласе са своје трговачке платформе. Дакле, тужба компаније Тифани заправо се сводила на то да *eBay* наставља да пружа своје услуге у вези са другим огласима, за које на основу општег знања о повредама на свом сајту, има основа да зна да су преварни. Суд је ипак мишљења да је за успостављање посредне одговорности за повреду жига потребно да пружалац услуге има више од тзв. општег знања или основа да зна да се његове услуге користе како би се продавала кривотворена роба. Дакле, титулар жига је дужан да надзире употребу свог жига на интернету, а интернет посредник, као што је *eBay*, не може бити одговоран за повреду жига само на основу тога што је знао или имао основа да зна да на његовој трговачкој платформи може генерално доћи до повреде жигом заштићене ознаке.

Након пресуде у предмету *Tiffany v. eBay*, овакав начин резонувања примењиван је на све предмете у вези са повредом жигом заштићене ознаке на платформама за електронску трговину. Стога се поставило питање да ли би га требало применити и у предмету *Gucci v. Alibaba*? Већина научне и

³⁵ *Ibid*, 159.

³⁶ *Ibid*, 158.

стручне јавности сматрала је да се прецедент *Tiffany v. eBay* не може применити у предмету *Gucci v. Alibaba*. Два аргумента су се искристалисала као најјача. Један се тиче количине робе која се продаје, док се други односи на начин пословања и уопште понашање компаније Алибаба.

С једне стране, због количине кривотворене робе доступне за продају, продавци на платформи Алибаба представљају већу претњу за титуларе жигова него они на сајтовима као што је *eBay*. Продавци на сајту *eBay* нуде ограничени број кривотворених производа директно купцима, док продавци на платформи Алибаба најчешће нуде цео контингент, обећавајући ниске цене по комаду за велике поручбине.³⁷

С друге стране, за разлику од компаније *eBay*, компанија Алибаба уопште није развила и не примењује јасне и ефикасне мере у циљу сузбијања продаје кривотворене робе на својој платформи. А управо су ове мере биле један од кључних аргумената за Апелациони суд да донесе одлуку какву је донео. Наиме, компанија Алибаба није спроводила мере како би осигурала аутентичност производа који се продају на њеној платформи. Исто тако, није ни уклањала огласе након добијања обавештења о повреди, нити је суспендовала продавце због продаје кривотворене робе. Заправо, компанија Алибаба дозвољавала је и подстицала кориснике да наставе са продајом кривотворене робе на платформама, упркос томе што је била изричито обавештена о конкретним продавцима фалсификата. Штавише, они сами су то отворено признавали.³⁸

Група Керинг је у тужби навела врло озбиљну аргументацију у прилог тврдњи да компанија Алибаба не само да зна за продају кривотворене робе на својој трговачкој платформи, и да ништа не предузима како би то спречила, већ да је на неки начин и подстиче. Прво, компанија Алибаба свесно помаже продавцима у практично свим аспектима њихових нелегалних радњи.³⁹ С обзиром на опсег услуга које пружа, Алибаба обезбеђује не само тржиште за продају робе, већ и услуге подршке, маркетинга, логистике, оглашавања на основу кључних речи, процесовања кредитних картица и шпедиције (тзв. „екосистем Алибаба“⁴⁰). Оно што је посебно занимљиво јесте да је компанија Алибаба чак нудила позајмице малим и средњим трговцима који су имали проблема да добију кредите од вели-

³⁷ *Ibid.*, 171.

³⁸ *Ibid.*, 178–179.

³⁹ *Ibid.*, 179.

⁴⁰ C. Wolf.

ких финансијских институција.⁴¹ Друго, компанија Алибаба пружа услуге оглашавања на основу кључних речи, као што су „реплика“, „имитација“ и жигом заштићене ознаке као што су “Gucci” или “Balenciaga”.⁴² Осим тога, сама компанија предлагала је да, када потенцијални купац откуца „Gucci“ у поље за претрагу, претраживач излиста и линкове за огласе који као кључне речи садрже “Guci” или “Guchi”.⁴³ Треће, санкције компаније Алибаба за повреду права интелектуалне својине, као што су тзв. „политика три ударца“ или систем казни заснован на поенима, уопште нису осмишљене тако да спрече повреду жига и продају кривотворене робе. „Политика три ударца“ омогућава продавцима да наставе да продају кривотворену робу све док их не ухвате да продају производе који повређују идентичне жигове у три различита дана.⁴⁴ Такође, политика обавештења и уклањања платформе *Taobao* дозвољава да она направи листу приоритета како ће поступати са примљеним обавештењима о повредама у зависности од рангирања подносиоца обавештења. А само рангирање зависи од тога колико су подносиоци обавештења о повредама били прецизни у прошлости. Ако је титулар био најмање 90 одсто у праву, рангиран је као „добар“, а оглас ће бити уклоњен у року од три радна дана. Ако је био у праву мање од 90, али више од 45 одсто, рангиран је као „нормалан“ и оглас ће бити уклоњен у року од три радна дана. Ако је био у праву у мање од 45 одсто, рангиран је као „лош“ и не зна се када ће оглас бити уклоњен.⁴⁵

Због свега тога, група Керинг тврдила је да је компанија Алибаба знала за продају кривотворене робе, да је чак и подстицала, те да је посредно одговорна за повреду жига које чине корисници њене платформе.

3.4. Споразум о поравнању

Иако би, с правне тачке гледишта, било занимљиво видети како би амерички суд поступио у овом спору, странке су у августу 2017. године склопиле споразум о поравнању. Група Керинг повукла је тужбу, уз напомену да ће поднети и трећу уколико компанија Алибаба настави да се понаша као после првог поравнања.⁴⁶

⁴¹ A. Zuccaro, 179.

⁴² *Ibid.*, 180.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, 182.

⁴⁵ J. Перанић Перишић (2019а), 74, фн 47.

⁴⁶ “Kering, Alibaba Settle Counterfeiting Lawsuit. Again. But Will it Stick”, <http://www.thefashionlaw.com>.

4. Ка активнијој улози интернет посредника

Одлука Суда у предмету *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*, имала је озбиљне импликације на све титуларе жигова. Она подразумева да су титулари жигова обавезни да сами пажљиво надзиру бројне сајтове за електронску трговину. Будући да је оваква обавеза одувек представљала велико оптерећење за титуларе жигова, одлука Апелационог суда је од самог почетка била предмет дискусије. Тако се нпр. Савет модних дизајнера Америке жалио да уколико је титулар жига у обавези да надзире онлајн аукције на сајту *eBay*, оваква пресуда практично значи да би сви модни дизајнери требало да прате сајт *eBay* и друге сајтове за аукцијску продају робе широм света, 24 сата дневно, 365 дана у години.⁴⁷

Иначе, ова обавеза за титуларе жигова постаје све теже изводљива у ери интернет економије, нарочито ако се узме у обзир све већа распрострањеност електронске трговине и пораст броја платформи. Када се овоме придода и чињеница да су поједине платформе за електронску трговину, попут компаније Алибаба, развиле врло специфичан модел пословања (тзв. „екосистем Алибаба“), чини се да титулари жигова више не могу сами да врше овај надзор.

У интересу ефикасности борбе против продаје кривотворене робе на интернету, режим одговорности интернет посредника требало би да се измени, у смислу да њихова улога буде активнија. То би подразумевало да интернет посредници, заједно са титуларима жигова, надзиру своје сајтове. Интернет посредници, као што су платформе за електронску трговину, имају и капацитете и знање за обављање оваквих активности. Дакле, интернет платформе би требало да контролишу приступ својим онлајн тржиштима, задржавајући могућност да забране приступ фалсификаторима, успоставе филтере, прегледају идентитете продаваца и дефинишу услове приступа платформама за електронску трговину.⁴⁸

Иако у самом предмету *Gucci v. Alibaba*, Суд није имао прилике да се изјасни по питању обавезе интернет посредника у погледу надзирања својих платформи, чини се да ће у перспективи суд морати да ревидира становиште заузето у предмету *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* Дакле,

com/home/kering-alibaba-agree-to-settle-counterfeiting-lawsuit-again, 23.07. 2019.

⁴⁷ The Council of Fashion Designers, „Brief in Support of the Appellants-Plaintiffs“, Submission in *Tiffany (NJ) inc v eBay Inc.*, in the Court of Appeals for the Second Circuit (22 October 2008), https://www.eff.org/files/filenode/tiffany_v_ebay/fashiondesignersamicus.pdf, 23. 07. 2019.

⁴⁸ A. Zuccaro, 183.

с обзиром на изазове у ери интернет економије, једино ће заједничким напорима титулара жигова и интернет посредника моћи да се остваре позитивни резултати у погледу сузбијања продаје кривотворене робе на интернету.

5. Закључни осврт

С обзиром на пораст броја платформи за електронску трговину и повећање броја трансакција, као и нове модалитете рада појединих платформи (нпр. Алибаба), сасвим је извесно да доктрина посредне одговорности за повреду жига, установљена пре три и по деценије, не може у неизмењеном облику да се примењује на онлајн платформе у ери интернет економије. Осим тога, претпоставка је да ће у перспективи и број платформи и број трансакција наставити да расте. Дакле, узимајући у обзир ове околности, поставља се питање у ком правцу би требало реформисати режим одговорности интернет посредника?

С једне стране, улога интернет посредника би требало да буде активнија, у смислу да заједно са титуларима жигова надзиру своје платформе у циљу спречавања повреда жигова продајом кривотворене робе. С друге стране, последњих година намеће се још једно, системско питање. Наиме, у САД се све чешће дискутује о томе да ли би одговорност интернет посредника за повреду жига требало кодификовати, као што је то учињено у случају повреде ауторског права Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму. У том случају, извесно је да би судови имали мање маневарског простора да прилагођавају пресуде специфичностима сваког конкретног случаја, али би се повећала правна сигурност. Посматрано кроз призму постојећег режима који се примењује на одговорност интернет посредника, а који је резултат судске праксе, чини се да Суд, да би донео одлуку у неком предмету, често мора да игра „игру сложенију од танга“.⁴⁹ Ланхамов закон и судска пракса могли би послужити као мапа пута за реформу. Наравно, законодавац мора обезбедити да интереси свих страна буду избалансирани.⁵⁰

И напослетку, када је реч о интересима различитих страна, занимљиво је да се у свим споровима који се тичу повреде жига на платформама за електронску трговину, обе стране, и титулари жигова и

⁴⁹ C. D. Powell, „The eBay Trademark Exception: Restructuring the Trademark Safe Harbour for Online Marketplaces“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, 1/2011, 29.

⁵⁰ *Ibid.*

интернет посредници, формално представљају као заштитници права потрошача.⁵¹ Ипак, чини се да је ситуација сасвим супротна. У оштрој борби између великих и моћних компанија, с једне стране луксузних брендова, а са друге, изузетно утицајних пружалаца интернет услуга, интереси потрошача су заправо потпуно скрајнути.

ЛИТЕРАТУРА

Ђеранић, Јелена, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

Ђеранић, Јелена, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Београд 2018.

Ђеранић Перишић, Јелена, „Одговорност платформи за електронску трговину због повреде жига у праву САД – преиспитивање доктрине посредне одговорности у контексту електронске трговине“, *Право и привреда*, 7-9/2019.

Dinwoodie, B. Graeme, “Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape”, *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014.

Levin, K. Elizabeth, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009.

Поповић, Душан, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

Powell, Connie Davis., „The eBay Trademark Exception: Restructuring the Trademark Safe Harbour for Online Marketplaces“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, 1/2011, 29.

Радовановић, Сања, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.

Рељановић, Марио, Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и суседних држава“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

⁵¹ M. Rimmer, 8.

Рељановић, Марио, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.

Rimmer, Matthew, „Breakfast at Tiffany’s’: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011.

Saunders, M. Kurt, Berger-Walliser, Gerlinde, “The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 36-91.

Senftleben M, “An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 20.07.2019.

Wolf Cameron, “The Internet’s Mecca for Counterfeiting Clothing, Is Being Sued by a Group of High-Fashion Brands”, <https://www.complex.com/style/2015/05/alibaba-being-sued-by-kering-group-again>, 22.07.2019.

Zuccaro A. Esther, “Gucci v. Alibaba: A Balanced Approach to Secondary Liability for E-Commerce Platforms”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, 144/2016.

WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 20.07.2019.

“Kering, Alibaba Settle Counterfeiting Lawsuit. Again. But Will it Stick”, <http://www.thefashionlaw.com/home/kering-alibaba-agree-to-settle-counterfeiting-lawsuit-again>, 23.07.2019.

The Council of Fashion Designers, „Brief in Support of the Appellants-Plaintiffs“, Submission in *Tiffany (NJ) inc v eBay Inc*, in the Court of Appeals for the Second Circuit (22 October 2008), https://www.eff.org/files/filenode/tiffany_v_ebay/fashiondesignersamicus.pdf, 23.07.2019.

Судска пракса

Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

Апелациони суд САД, *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc* 955F.2d 1143 (1992).

Апелациони суд САД, *Fonovisa, Inc. v. Cerry Auction, Inc.*, 76F.3d259 (1996).

Окружни суд САД, *Tiffany Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY,

2008).

Апелациони суд САД, *Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

Окружни суд САД, *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.*, 15-cv03784 (S.D.N.Y. 2015).

TOWARDS REFORM OF INTERNET INTERMEDIARY LIABILITY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT – CASE *GUCCI V. ALIBABA*

Jelena Ceranic Perisic, Ph.D*

Summary

*Internet intermediary liability for trademark infringement is considered to be one of the most difficult issues which Intellectual Property Law is currently facing. Trademarks are often infringed on e-commerce platforms by selling counterfeit goods. Internet intermediaries are not necessarily directly related to trademark infringement. However, by providing services, they make it possible for internet users to sell counterfeit goods. In US the secondary liability doctrine is a result of case law. This doctrine, established in early eighties, has been fine-tuned and the scope of its application has been enlarged, inter alia, to auction sites. In recent years, the number these auction cites has significantly increased and their mode of the functioning has been changed. Therefore, the secondary liability doctrine seems not to be adequate for application in the modern internet economy era. In the wake of recently resolved *Gucci v. Alibaba* litigation, the paper presents an attempt to shed light on the necessity of reforming internet intermediary liability standards. Although brands owners currently bear the burden of policing their trademarks for infringement such as counterfeits on e-commerce platforms, such marketplaces should have a duty to implement effective policy regarding users' trademark infringement on their website. Moreover, e-commerce platforms must cooperate with brand owners who report infringing item listings by removing such listings in a timely fashion and sanctioning users who sell counterfeits and infringe upon intellectual property. In doing so, e-commerce will share the burden of policing counterfeiters with brand owners, resulting*

* Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law

in a partnership to effectively combat trademark infringement.

Key words: *secondary liability, internet intermediaries, trademark infringement, e-commerce, counterfeit goods.*

ПОЛОЖАЈ, СТРУКТУРА И ОРГАНИЗАЦИЈА СУДА ПРАВДЕ У МОНТАН УНИЈИ И РИМСКИМ УГОВОРИМА

Мр Радмила Драгишић*

Сажетак: У овом чланку се, посредством анализе релевантних одредаба Уговора о успостављању Европске заједнице за угаљ и челик, Уговора о Европској економској заједници и Уговора о Европској заједници за атомску енергију, дају одговори на питања која се постављају у вези са положајем, структуром и организацијом Суда правде европских заједница. Наведено се чини како би се са историјске дистанце дао допринос разумијевању положаја који данас има Суд правде Европске уније, као један од најактивнијих међународних судова.

Кључне ријечи: Суд правде, Монтан унија, *en banc session*, *ius standi in iudicio*, панел судија, општи правобраниоци, судија извјестилац.

І Суд правде у Монтан унији¹

Министри иностраних послова Белгије, Федералне Републике Немачке, Француске, Италије, Луксембурга и Холандије² потписали су 18. априла 1951. године у Паризу Уговор о успостављању Европске зајед-

* Магистар Радмила Драгишић, замјеник директора Републичког секретаријата за законодавство. Назив који се користи за означавање Европске заједнице за угаљ и челик.

¹ Назив који се користи за означавање Европске заједнице за угаљ и челик.

² Paul van Zeeland (B), Joseph Bech (L), Joseph Meurice (B), Count Carlo Sforza (I), Robert Schuman (F), Konrad Adenauer (FRG), Dirk Stikker (NL) and Johannes van den Brink (NL).

нице за угљаљ и челик³, који је ступио на снагу 24. јула 1952. године. Претходно је стављању стратешке индустрије у фокус надлежности ове међународне организације највише допринио Jean Monnet, који је, с обзиром на то да су му специјалности биле економско планирање и модернизација привреде, те да му је иманентна савјетничка улога, представљао *éminence grise* тадашњег доба.

Суд правде је иницијално био правосудна институција *Монтан уније* чија су права и дужности садржински одређени у складу са принципом позитивне енумерације, што подразумева да је дјеловао искључиво у оквирима који су детерминисани Уговором. Формиран је на основу члана 7, док су одредбе о његовом функционисању садржане у Поглављу IV (чл. 31 до 45) Уговора из Париза и Протоколу о кодексу Суда правде, који је приложен уз тај уговор. Поред Суда правде, формиране су још три институције Монтан уније, и то: Висока власт (сада Европска комисија), којој је помагао Савјетодавни одбор, Заједничка скупштина и Специјални савјет, састављен од министара држава чланица.

Суд правде био је сачињен од седам судија, чији је основни задатак био да осигурају владавину права у подручју тумачења и примјене Уговора из Париза. Дакле, још у то вријеме владавина права није представљала симболичну идеју, већ уговорну одредбу утврђену у члану 31 Париског уговора у складу са којом је требало да дјелује Суд правде, а употребом правне аналогије и све друге институције Заједнице. Избор судија се вршио на основу споразума влада држава чланица и мандат им је трајао шест година. Ријеч је о личностима познатим по својој независности и компетенцијама, које нису смјеле да обављају политичке и административне дужности у својим државама, те нису могле да буду ангажоване у пословним и професионалним активностима, плаћеним и неплаћеним, осим у изузетним приликама и под условом да се у прилог томе одреди 2/3 већина у Савјету. Такође, нису смјеле имати било какав финансијски интерес или обављати послове у вези са угљем и челиком и та забрана је важила за вријеме обављања њиховог мандата, али и три године након његовог истека.

Прије ступања на дужност, судије су полагале заклетву да ће своје дужности обављати савјесно и непристрасно те да ће чувати пословну тајну. Уживале су правни имунитет, који су задржавале и по истеку мандата. У дијелу кривичне одговорности, њихов имунитет је могао да буде

³ Фран. *Le traité de Paris*.

суспендован под условом да се о томе одлучује на посебној сједници, тзв. *en banc session*⁴, на којој су присуствовале све судије Суда. Међутим, у њиховим матичним државама, у случају суспензије имунитета у дијелу кривичне одговорности, поступак против судија Суда правде могле су спроводити само највише судске инстанце, при чему су судије уживале привилегије које су утврђене чланом 11 пар. (б), (ц) и (д)⁵ Протокола о привилегијама и имунитетима Заједнице.

Дјелимична замјена судија вршена је по протеку три године и алтернативно је дотицала три или четири судије. Предсједник Савјета је одмах након полагања заклетве одређивао судије и правобраниоце чији је мандат истицао на крају првог периода од три године, сходно члану 32 Уговора. Три судије чији је мандат истицао у првом периоду од три године замјењиване су новим. Постојала је могућност реизбора судија, а њихов број се могао повећавати уколико о томе једногласно, на приједлог Суда, гласа Савјет. Предсједника суда су између себе бирале судије и његов мандат је трајао три године.

Савјет је, на приједлог Високе власти, утврђивао плате и друга примања судија, укључујући и пензије. У случају оставке или смрти, судијама је истицала функција и прије формалног истека мандата. Оставка се подносила предсједнику суда и са истом се упознавао предсједник Савјета. У случају оставке, судија би наставио да обавља посао док његов наслједник не преузме дужност.

Судија је могао да буде разријешен дужности и о томе су једногласно одлучивале друге судије Суда у случајевима када судија више није испуњавао услове за обављање функције у складу са условима које су прописивали Уговор и Протокол о кодексу Суда правде, а о чему је секретар Суда обавјештавао предсједника Високе власти, предсједника Савјета и предсједника Заједничке скупштине, од када се имало сматрати да дотични судија више не обавља своју функцију. Судија који је одређен као замјена смијењеном судији настављао је да обавља послове у

⁴ Ријеч је о сједници суда гдје су саслушане све судије суда, а не само одређени панел судија.

⁵ Члан 11 пар. (б), (ц) и (д) Протокола о привилегијама и имунитетима Заједнице гласи: „На територији сваке државе чланице и независно о њиховом држављанству, чланови Високе власти и службеници Заједнице: (б) ослобођени су плаћања националних пореза на плате, наднице и приходе које им исплаћује Заједница; (ц) заједно са својим брачним партнерима и уздржаваним члановима породице не подлијежу имиграцијским ограничењима ни формалностима за пријаву странаца; (д) имају право без царине да увезу покућство и друге предмете за личну употребу приликом првог преузимања дужности у дотичној земљи, те право да их након престанка дужности у тој земљи поново извезу без царина, у оба случаја придржавајући се услова које влада земље у којој остварују то право сматра нужнима.“

мандату свог претходника.

У Суду су била ангажована два правобраниоца (касније општи правобраниоци) и секретар. Правобраниоци су, потпуно непристрасно и независно, усмено образлагали аргументе о предметима достављеним Суду, у настојању да помогну Суду у обављању његове дужности. Бирали су на период од шест година, по истом принципу као и судије, а правобраниоци којима је мандат истицао по протеку првог периода од три године замјењивани су другима. Могли су бити разријешени дужности само уколико више не испуњавају услове за њено обављање и одлука о томе је требало једногласно да буде донесена у Савјету, након прибављања става Суда.

Секретар је био одређен од стране Суда пред којим је полагао заклетву којом се обавезивао да ће своје дужности обављати савјесно и непристрасно, као и да ће чувати службену тајну. Уживао је имунитет у складу са Протоколом о привилегијама и имунитетима Заједнице. Плате и друга примања секретара Суда утврђивао је Савјет на приједлог Високе власти. Секретар је руководио запосленим службеницима и намјештеницима, с тим да је њихов рад на генералној равни надзирао предсједник Суда.

Правила о раду службеника и намјештеника је доносио Суд, при чему је један од њих одређиван за замјеника секретара. У случају потребе, квалификовани посебни стручњаци могли су бити ангажовани да учествују у поступку који се водио пред судом и они су сарађивали са судијом извјестиоцем. Правила о њиховом ангажовању је доносио Савјет, а ангажовани су на приједлог Суда. Одредбе чл. 11, 12 и 13 Протокола о привилегијама и имунитетима Заједнице примјењивале су се на службенике, намјештенике и посебне стручњаке Суда.

Суд је био у сталном засједању и радио је у пуном саставу, међутим била је предвиђена могућност да у оквиру свог чланства формира два одјељења састављена од по три судије, у сврху спровођења претходног поступка или рјешавања одређене категорије предмета, а све под условима који су прописани правилима које је у ту сврху утврдио Суд. Одређења суда када је одржавао *en banc* сједнице била су правоваљана у случају када је засједало пет судија. Одлуке одјељења су биле валидне само ако су донесене од стране троје судија. У случају одсуства једног од судија одјељења, судија другог одјељења је могао бити позван да учествује у засједању. Међутим, захтјеви држава чланица или Савјета су, углавном, рјешавани у *en banc* засједању.

Судије и правобраниоци нису могли присуствовати нити бити ангажовани у предметима у којима су претходно учествовали као представници, савјетници или заступници једне од страна, или су били позвани на израђују пресуду као чланови трибунала, комисије за истраге или у било којем другом својству. Ако је било који судија или правобранилац, због посебних разлога, сматрао да није спојиво да учествује у изради одлуке или у поступку, био је дужан да о томе обавијести предсједника Суда. Са друге стране, ако је предсједник, због посебних разлога, сматрао непримјереним да члан Суда или правобранилац расправљају у конкретном случају, он би о томе обавјештавао заинтересовану странку у поступку. Странка се није могла позвати на држављанство судије као разлог за промјену у саставу Суда или једног од његових одјељења.

На генералној равни је прокламован институт *ius standi in iudicio*, међутим, нису сва физичка и правна лица имала активну и пасивну процесну способност. Државе чланице и различите институције Заједнице су пред Судом представљали заступници који су одређивани у сваком конкретном случају, те је било дозвољено да им помажу адвокати који су били чланови адвокатске коморе једне од држава чланица. Предузећа и сва друга физичка или правна лица могао је заступати адвокат који је члан адвокатске коморе једне од држава чланица. Заступници и адвокати који су се појављивали пред судом имали су права и гаранције неопходне за независно обављање својих дужности, под условима утврђеним у правилима које је доносио Суд и достављао их на одобрење Савјету. Угледни универзитетски професори из држава чланица Уније, уколико је то било дозвољено прописима њихових држава, имали су право да под истим условима као и овлашћени адвокати заступају странке пред Судом.

Предмет је упућиван Суду посредством поднеска који је адресиран на секретара Суда, те који је морао да садржи име и редовно боравиште странке, својство потписника, предмет спора, аргументе и сажетак о правном основу на којем се поднесак темељи. Уз поднесак су се прилагали, када је то могуће, одлука чије се поништење тражи или, у случају жалбе на одлуку за коју се веже неуредна достава, подаци о чињеницама које указују на датум подношења захтјева. Ако ови документи нису приложени уз поднесак, секретар је тражио да их странка достави у разумном року те се није поступало ако би се исти доставили по истеку тог рока. Када је приговор изјављен против одлуке једне од институција Заједнице, та институција је била дужна да достави Суду све документе који се односе на конкретан случај.

Суд је био овлашћен да затражи од странака, њихових заступника, службеника или намјештеника, као и од влада држава чланица, да доставе све документе или информације које Суд сматра потребним. У случају одбијања, сачињавао је службену забиљешку, а могао је у сваком тренутку да ангажује лице, тијело, канцеларију, комисију и сл. да изврше формалну истрагу или експертску анализу. У том смислу, Суд је могао да сачини листу лица или организација квалификованих експерата.

Саслушање је било јавно, осим ако Суд, из оправданих разлога, не би одлучио другачије. У сваком предмету се израђивао извјештај који су потписивали предсједник и секретар Суда. Предсједник је утврђивао распоред саслушања, а свјedoци су били саслушавани под заклетвом. Суд је могао испитивати експерте и особе задужене за формалну истрагу, као и странке. Када је утврђено да свједок или експерт прикрива или фалсификује истину о чињеницама о којима свједочи или је испитиван на Суду, Суд је био овлашћен да о таквој злоупотреби права обавијести министра правде државе из које свједок или експерт долази, тражећи да се примијени санкција предвиђена националним правом. У погледу таквог свједока, Суд је имао права која су на генералној равни призната судовима и трибуналима, под условима стипулисаним у правилима која је донио Суд, а која је претходно одобрио Савјет. У пресуди су навођена имена судија које су чиниле вијеће, а само вијећање је било тајно, док су пресуде потписивали предсједник, судија извјестилац и секретар и исте су читане на јавном рочишту. Трошкове поступка је одређивао Суд. У оправданим случајевима, предсједник Суда је могао да суспендује извршење одређене одлуке или препоруке, у складу са чланом 39 параграф 2, као и да одреди привремене мјере у складу са параграфом 3 истог члана Уговора.

Физичка или правна лица могла су учествовати у поступку у својству умјешача уколико су имали правни интерес да једна од странака успије у спору који тече пред Судом правде. У случају када би тужени који је уредно позван пропустио да достави писане аргументе, била је предвиђена могућност да се донесе пресуда због пропуштања која се могла побијати у року од мјесец дана од дана њеног достављања. Наведено није подразумијевало суспензију извршења пресуде, осим ако Суд другачије не одлучи. Уколико су постојале нејасноће у вези са значењем или досегом пресуде, Суд је био овлашћен да исту тумачи на захтјев било које стране или било које институције Заједнице која за то има интерес. Суд је могао да буде позван да размотри пресуду само на основу чињеница које су имале утицај на предметни спор, а биле су непознате

Суду и странкама које су захтијевале њено преиспитивање. Процедура преиспитивања започињала је искључиво разматрањем нових чињеница, а захтјев за преиспитивање се није могао поднијети истеком рока од десет година од доношења пресуде.

Када је ријеч о споровима између држава чланица које је рјешавао Суд, сходно члану 89 Уговора⁶, о истом су обавјештаване друге државе чланице које су имале право да интервенишу у поступку. Овакви поступци су вођени у оквиру *en banc* сједнице. Држава чланица је била везана интерпретацијом Суда. Такође, Суд је био надлежан да одлучује о приговорима које су државе чланице или Савјет подносили у сврху поништења одлука и препорука Високе власти због ненадлежности, битне повреде поступка, повреде Уговора или злоупотребе права. Међутим, Суд није могао испитивати закључке Високе власти који су донесени поводом економских питања, осим у случају када постоји сумња да Висока власт врши злоупотребу својих права кроз погрешну интерпретацију Уговора или повреду владавине права. Предузећа или удружења су по истом основу могли изјавити приговор против појединачних одлука и препорука које се односе на њих, или против општих одлука и препорука за које су сматрали да доприносе злоупотреби. Рок за подношење таквих приговора износио је мјесец дана од нотификације или објаве одлуке или препоруке. Када би Суд поништио одлуку или препоруку, предмет би био враћен Високој власти, која је требало да предузме неопходне мјере у циљу отклањања недостатака. Уколико би Суд утврдио да је одлуком или препоруком начињена повреда за коју је Заједница одговорна те да је проузрокована директна и посебна штета предузећу или групи предузећа, Висока власт је, у оквиру овлашћења која су јој повјерена Уговором, морала отклонити штету како би осигурала правичну надокнаду за повреду која је настала због одлуке или препоруке. Уколико Висока власт тако не поступи у разумном року, било је дозвољено да се Суду поднесе тужба због накнаде штете.

Уколико се од Високе власти захтијевало да на основу Уговора или спроведбених прописа донесе одлуку или препоруку, а она пропусти да изврши ову обавезу, пријава због оваквог пропуста могла је Суду бити

⁶ Члан 89 Уговора: „Сваки спор између држава чланица који се односи на примјену Уговора, а који не може бити ријешен на основу друге процедуре предвиђене Уговором, може бити прослијеђен Суду на захтјев једне од држава чланица која је страна у спору. Суд је надлежан и да рјешава спорове између држава чланица који се односе на сврху (значање) уговорних одредби, ако је такав спор прослијеђен суду на темељу арбитражног споразума.“

поднесена од стране држава чланица, Савјета или предузећа или удружења. Исто је било могуће и у случајевима у којима Висока власт, у складу са својом надлежношћу, не донесе рјешење или препоруку уколико на такав начин врши злоупотребу права. Ако по протеклу периода од два мјесеца Висока власт није донијела одлуку или препоруку, Суду се могла изјавити жалба у року од мјесец дана, с тим да се претпостављало да је донесена негативна одлука.

Прије изрицања новчане казне или одређивања дневне новчане казне предвиђене Уговором, Висока власт је давала заинтересованом предузећу могућност да презентује свој став. Против новчане казне или дневне новчане казне било је дозвољено изјавити жалбу Суду, при чему су подносиоци жалбе могли поставити и питања о садржају и регуларности одлука и препорука којима се терете. Ако је држава чланица у конкретном случају тврдила да је дјеловање или пропуштање Високе власти да дјелује такве природе да проузрокује неосновану и трајну штету привреди такве државе, предмет се достављао Високој власти која се, након прибављања мишљења Савјета, одређивала по том питању. У оправданим случајевима, Висока власт би отклањала насталу штету, при чему је у исто вријеме штитила основне интересе Заједнице. Такође, на захтјев државе чланице или Високе власти Суд је могао поништити акте које су донијели Скупштина или Савјет, с тим да је захтјев требало да буде поднесен у року од мјесец дана од објављивања таквог акта или његове нотификације државама чланицама или Високој власти, те да буде основан само на недостатку надлежности или суштинским повредама поступка. Подношење захтјева Суду није имало суспензивно дејство у односу на одлуку или препоруку. Међутим, уколико су чињенице тако захтијевале, Суд је могао да одреди суспензију или наложи извршење одлуке или препоруке, као и да одреди неопходне привремене мјере.

Суд је био надлежан да на захтјев оштећене стране процјењује штету коју је евентуално начинила Заједница својим актом. Такође, био је надлежан да процијени штету која је резултат дјеловања и личне кривице сваког службеника или запосленика Заједнице при обављању његове дужности. Уколико је оштећена страна била онемогућена да захтијева обештећење од таквог службеника или запосленика, Суд је могао да јој досуди правичну накнаду.

Сви други поступци између Заједнице и трећих страна, осим оних који се тичу примјене уговорних одредаба и спровођења прописа Заједнице, били су разматрани пред националним судовима. Међутим, ваљаност

аката Високе власти или Савјета могла је бити расправљана само у поступку пред Судом правде, који је за наведено имао искључиву надлежност. Пред наведеног, Суд је имао искључиву надлежност да поступа у предметима који се односе на уговоре у којима је Заједница уговорна страна или који је закључен за рачун Заједнице, те да поступа и у сваком другом случају када је то предвиђено у допунској одредби уговора, када закони државе чланице утврђују такву надлежност. Пресуде суда су биле извршне на територији држава чланица под условима из члана 92 Уговора⁷.

II Римски уговори

У Риму је 25. марта 1957. године потписан Уговор о Европској економској заједници, који је ступио на снагу 1. јануара 1958. године. Потписнице овог уговора, којим је формирана друга Европска заједница, јесу Белгија, Француска, Италија, Луксембург и Њемачка⁸.

Уз овај уговор потписан је и Уговор о Европској заједници за атомску енергију (Еуратом). Оба уговора се називају римским уговорима, међутим, често се и сам Уговор о Европској економској заједници назива Римским уговором.

Чланице Европских заједница су 25. марта 1957. године потписале Конвенцију о одређеним заједничким институцијама европских заједница⁹, којом су утврђене компетенције и финансирање Скупштине, Суда, те Економског и социјалног комитета као заједничких институција Европске економске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију. На основу чл. 2 и 4 Конвенције, јединствена скупштина и јединствени суд замијенили су заједничку скупштину и суд Европске заједнице за угљен и челик, а у стварима које су се тичале Европске заједнице за угљен и челик та тије-

⁷ Члан 92 Уговора гласи: „Одлуке Високе власти којима су утврђене финансијске обавезе за предузећа су извршне и оне ће бити извршене на територији држава чланица, у складу са њиховим позитивним прописима. Извршење не подлијеже било каквим формалностима, осим оних који се тичу овјере вјеродостојности таквих одлука. У том смислу, свака влада држава чланица била је дужна да одреди министра који ће бити одговоран за извршење поменуте формалности. Примјена (ступање на снагу) оваквих одлука може бити суспендована само од стране Суда.“

⁸ Потписници Уговора су Christian Pineau у име Француске, Joseph Luns у име Холандије; Paul Henri Spaak у име Белгије, Joseph Bech у име Луксембурга, Antonio Segni у име Италије и Konrad Adenauer у име Федералне Републике Њемачке.

⁹ Фран. *Convention relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes*, енгл. *Convention on certain institutions common to the European Communities*, њем. *Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften*

ла су дјеловала у оквиру права и дужности прописаних Уговором о успостављању Европске заједнице за угаљ и челик за заједничку скупштину, односно за суд Европске заједнице за угаљ и челик.

1. Уговор о Европској економској заједници

У члану 4 Уговора о Европској економској заједници, између осталог, стипулисано је да ће Скупштина, Савјет, Комисија и Суд правде, у својству институција Заједнице, обављати послове који су им повјерени тим уговором. Детаљније одредбе које се односе на Суд правде биле су садржане у Дијелу V (Институције), Наслов I, Секција 4, чл. 164–188, у којима је детерминисано да Суд правде осигурава да је у тумачењу и примјени Уговора поштовано право.

Остале агенције биле су Економски и социјални комитет, Европска инвестициона банка, Монетарни комитет, Транспортни комитет, Европски социјални фонд, Прекоморски развојни фонд и Комитет за спољну трговину. Европска економска заједница је, у координацији са Европском заједницом за угаљ и челик и Европском заједницом за атомску енергију, надзирала и користила три заједничке службе: правну службу извршних директора, службу за прес и информације европских заједница и Канцеларију за статистику европских заједница. Савјетодавни комитети су били састављени од представника влада држава чланица и Комисије. Такви комитети су постојали у готово свим секторима комунитарних активности укључујући економску политику, социјалну сигурност радника миграната, слободно кретање радника, професионално оспособљавање, осигурање итд.

Одредбе о организацији и структури Суда правде из римских уговора су се, у значајном дијелу, подударале са онима из Уговора којим је основана *Монтан унија*, међутим оне су у много чему обогаћене и прецизније одређене, те је положај Суда ојачан. Са друге стране, постојале су одређене специфичности у дијелу у којем је уређено поступање Суда у споровима који су се односили на различите секторске области које су обухваћене Уговором о Европској економској заједници.

Структуру Суда је, између осталог, чинило седам судија и исти број општих правобранилаца, те регистар који је дјеловао у складу са правилима која је доносио Суд.

Уговорне одредбе које су се односиле на дјеловање Суда су, на првом мјесту, предвиђале ситуацију до које је долазило у случају када је Коми-

сија сматрала да је држава чланица дужна да испуни одређену уговорну обавезу. У наведеној ситуацији, Комисија је првобитно позивала државу чланицу да је обавијести о својој позицији и разлозима за нечињење, након чега је истој достављала образложено мишљење. Уколико се држава чланица није слагала са образложеним мишљењем Комисије, могла је у року који је одредила Комисија да покрене поступак пред Судом правде.

Друга ситуација је постојала када је држава чланица, прије него што покрене спор против друге државе чланице због кршења обавеза из Уговора, била дужна да се обрати Комисији. Након што је свакој од страна била пружена могућност да достави своја писана и усмена изјашњења у вези са наводима друге стране, Комисија им је достављала образложена мишљења. Ако Комисија пропусти да достави мишљења у року од три мјесеца од дана достављања предмета, свака од држава чланица које су стране у спору могле су да се обрате Суду правде. Ако је Суд правде пресудом утврдио да је држава чланица пропустила да испуни обавезу из Уговора, од државе је захтијевано да предузме мјере како би поступила у складу са пресудом Суда.

Прописима које је Савјет доносио на основу Уговора могло је бити дато неограничено овлашћење Суду да изриче казне које су тим прописима предвиђене. Суд правде је надзирао законитост аката које су доносили Савјет и Комисија, осим препорука и мишљења. У том смислу, Суд је био надлежан да рјешава у поступцима које су државе чланице, Савјет и Комисија покретали због ненадлежности, кршења основних процесних правила, кршења Уговора или било којег прописа Заједнице, везано за његову примјену или злоупотребу овлашћења.

Свако физичко или правно лице могло је под истим условима покренути поступак против одлуке институција Заједнице која се на њега односи или против акта који, иако се у форми прописа или одлуке односи на друго лице, има директан и посебан утицај на њега. Поступак се покретао у року од два мјесеца од објављивања одлуке (мјере) или њене нотификације тужитељу или, у случају његове одсутности, од дана када је за њу сазнао. Када је жалба била основана, Суд правде је акт проглашавао неважећим, међутим, у случају када је то било оправдано, могао је да одреди да се одређени дио прописа у погледу дејства сматра коначним.

Уколико су Савјет или Комисија пропустили да дјелују и на тај начин прекршили одредбе Уговора, државе чланице и друге институције Заједнице могле су покренути поступак због кршења права пред Судом правде. Међутим, такав поступак је могао да буде покренут тек након

што су Савјет и Комисија били позвани да дјелују. Уколико, у року од два мјесеца од позива на дјеловање, нису дефинисали своју позицију, поступак је могао бити покренут у наредном року од два мјесеца.

Од институције чији је акт проглашен неважећим или чије је пропуштање дјеловања у супротности са Уговором, захтијевано је предузимање мјера ради усклађивања са пресудом Суда правде. Ова обавеза није утицала на обавезу која је могла проizaћи из захтјева из члана 215 пар. 2 Уговора, у којем је прописано да ће Заједница, у случају вануговорне одговорности, у складу са генералним принципима и заједничким правима држава чланица, измирити сваку штету проузроковану од стране њених институција или њених службеника у обављању њихових дужности.

Суд правде имао је право и дужност да спроводи поступак о претходном питању у вези са тумачењем Уговора, ваљаности и тумачењем аката које доносе институције Заједнице, те тумачењем статута тијела формираних актом Савјета, када је то статутима предвиђено. Када је овакво питање постављено пред било којим судом или трибуналом државе чланице, тај суд или трибунал је могао, ако је сматрао да је одлука о предметном питању неопходна за доношење одлуке, захтијевати од Суда правде да одлучи по претходном питању. Када је такво питање било постављено у случају који се водио пред судом или трибуналом државе чланице, против чијих одлука није било могуће изјавити правни лијек у складу са националним правом, тај суд или трибунал је просљеђивао предмет Суду правде на одлучивање.

Суд правде је био надлежан да поступа у споровима који су се односили на накнаду штете која је предвиђена у члану 215 пар. 2 Уговора, те је био надлежан да рјешава у сваком спору између Заједнице и њених службеника, уз ограничење и под условима садржаним у прописима о запосленима и условима запошљавања.

У оквиру ограничења садржаних у Уговору, Суд је био надлежан да поступа у споровима који су се односили на испуњавање обавеза које су за државе чланице биле предвиђене у Статуту Европске инвестиционе банке. У том смислу Одбор директора банке је имао овлашћење које му је, правном аналогијом, повјерено на основу члана 169 Уговора. Суд је био надлежан и за одлучивање у споровима који су се односили на мјере које је усвајао Одбор директора банке и у вези са тим, свака држава чланица, Комисија или Одбор директора банке могао је започети поступак под условима из члана 173 Уговора. Такође, био је надлежан да одлучује о мјерама које је усвајао Одбор директора банке. Поступци

против таквих мјера могли су бити иницирани само од стране држава чланица или од стране Комисије, у складу са условима из члана 173 и једино због неусклађености са процедуром предвиђеном у члану 21 (2), (5), (6) и (7) Статута Банке.

За поступање у споровима који могу настати у вези са уговорима закљученим у име Заједнице био је надлежан Суд правде, без обзира на то да ли је тај уговор јавног или приватноправног карактера. Осим у ситуацијама када је надлежност Суду правде аброгационо повјерена у складу са Уговором, спорови у којима је Заједница страна у поступку нису на основу тога били ексклуђирани од надлежности судова или трибунала држава чланица. Упркос протеклу времена из члана 173 пар. 3 Уговора, свака страна је могла, у поступку у којем се преиспитивао пропис Савјета или Комисије, расправљати на основама из члана 173 пар. 1 у настојању да се пред Судом докаже да конкретан пропис није примјењив.

Акти разматрани пред Судом нису имали суспензивно дејство, иако је Суд могао, уколико је сматрао да околности то захтијевају, одлучити да суспендује примјену одређених спорних аката. Такође, могао је у сваком случају да одреди све неопходне привремене мјере. Пресуде Суда правде биле су извршне под условима из члана 12 Уговора.

Статут Суда био је садржан у посебном протоколу уз Уговор, а Суд је усвојио сопствена процедурална правила (пословник о раду) за чије је усвајање била неопходна једногласна подршка у Савјету. Статутом Суда правде детерминисано је да ће се Суд, установљен чланом 4 Уговора, конституисати и имати функције утврђене Уговором и Статутом. Одмах након полагања заклетве предсједник Савјета је приступао избору судија и општих правобранилаца жриједом чији ангажман треба да истекне у првом трогодишњем периоду у складу са другим и трећим параграфом члана 167 Уговора.

Прије преузимања дужности, сваки судија је на отвореној сједници полагао заклетву да ће дужност обављати независно и савјесно, те да ће расправу Суда држати у тајности. Судије су уживале имунитет од правних процедура. Након престанка судске функције, и даље су уживале имунитет у погледу усмених и писаних аката које су доносиле за вријеме трајања службе. Засједајући у пленарној сједници, Суд се могао одрећи имунитета. Међутим, у њиховим матичним државама, у случају суспензије имунитета у дијелу кривичне одговорности, поступак против судија Суда правде могле су спроводити само највише судске инстанце.

Судије нису смјеле обављати политичке или административне дужности. Нису могле бити професионално ангазоване у било којој професији, плаћено или неплаћено, осим ако то изузетно одобри Савјет. Када су преузимале дужност, оне су свечано изјављивале да ће и у вријеме и након обављања дужности поштовати обавезе, посебно у вези са тим да се понашају са интегритетом и дискрецијом у вези са прихватањем, након обављања дужности, извјесних ангажовања и користи. Свака сумња у вези са наведеним била је рјешавана одлуком Суда.

Осим у случају регуларне замјене или смрти, дужност судије се могла окончати и оставком. Када судија да оставку, писмо са његовом оставком се адресирало предсједнику Суда у сврху просљеђивања предсједнику Савјета. Након обавјештавања о оставци, а до доласка другог судије, судија у оставци је настављао да обавља дужност. За вријеме обављања своје дужности, судија је могао бити лишен права на пензију или друге користи у вези са својим положајем само ако, у складу са једногласним мишљењем судија и општих правобранилаца Суда, он више није испуњавао захтијеване услове или обавезе које произлазе из његове службе. Дотични судија није узимао учешће у таквом одлучивању. Регистар Суда је саопштавао одлуке Суда предсједнику Скупштине и предсједнику Комисије и обавјештавао је о томе Савјет. У случају доношења одлуке о удаљењу судије са његовог радног мјеста, упражњено мјесто се попуњавало посредством каснијег обавјештавања. Све наведено у чл. 2–7 Статута, примјењивало се и на опште правобраниоце.

Регистар је полагао заклетву да ће своје дужности обављати независно и савјесно и да ће чувати тајне у вези са одлучивањем Суда. Суд је одређивао замјену за регистрара у случају његове спријечености да присуствује рочишту. Службеници и остали намјештеници су радили у Суду како би се омогућило да исти функционише и они су за свој рад одговарали регистрару и били су под супервизијом предсједника Суда. Такође, на приједлог Суда, Савјет је могао једногласно захтијевати ангажовање помоћног извјестиоца и усвојити правила у вези са његовим услугама. Од помоћника се могло захтијевати, под условима садржаним у процедуралним правилима, да учествује у припремним истрагама (припремним фазама поступка) у случајевима који се воде пред Судом и да сарађује са судијом који дјелује у функцији извјестиоца.

Помоћне извјестиоце је бирао Савјет из реда лица чија је независност ван сваке сумње и који посједују неопходне правне квалификације. Полагали су заклетву пред Судом да ће своју дужност обављати независно и савјес-

но и да ће чувати тајне везане за одлучивање Суда. Судије, општи правобраниоци и регистрар морали су боравити у мјесту сталног засједања суда. Суд је био у сталном засједању, а одлуке које је доносио биле су ваљане само ако је непаран број судија учествовао у одлучивању. Наведено подразумијева да су одлуке пуног сазива биле ваљане ако је засједало пет судија, док су одлуке судија комора биле ваљане ако је засједало троје судија.

У случају када је судија коморе био спријечен да учествује, судија друге коморе је позиван да засједа под условима садржаним у пословнику о раду (процедурама). Ниједан судија или општи правобранилац није могао бити ангажован у било којем предмету у којем је претходно учествовао као заступник или савјетник или је дјеловао на страни једне од странака, или у којој је био позван да дјелује као члан судског вијећа или трибунала или истражне комисије или у било којем другом својству. Ако је због посебних разлога било који судија или општи правобранилац сматрао да он не би требало да узме учешће у доношењу пресуде или испитивању конкретног случаја, он је о томе информисао предсједника Суда. Ако је, због посебних разлога, предсједник Суда сматрао да било који судија или општи правобранилац не би требало да засједа или израђује поднеске у конкретном предмету, он га је о томе одмах обавјештавао. Промјену у саставу Суда или једне од његових комора странка није могла тражити због држављанства судије или због тога што у саставу суда или коморе није био судија који је имао исто држављанство као странка.

Државе чланице и институције Заједнице су пред Судом биле представљене посредством заступника који су ангажовани за сваки појединачни предмет. Заступницима су могли асистирати савјетници или адвокати овлашћени за практицирање пред судом државе чланице. Остале странке у поступку су морале бити представљене посредством адвоката овлашћених да практицирају пред судом државе чланице. Заступници, савјетници и адвокати су приликом појављивања пред Судом уживали права и имунитет који су неопходни за обављање њихових дужности. Наиме, била је ријеч о правима која су се уобичајено повјеравала судовима у складу са правилима поступка. Универзитетски професори који су држављани државе чланице, а према чијем праву је истима повјерена могућност појављивања пред судом, имали су иста права као и правници који су практицирали пред судом државе чланице.

Процедура пред судом је била писана и усмена. Писана процедура се састојала од саопштења странкама и институцијама Заједнице које су донијеле одлуке које су у спору, захтјевâ, изјава о случају, одбрани

и опсервацијама, и о приговорима ако постоје, као и свих поднесака и докумената који их подржавају или њихових сертификованих копија. Саопштења је давао регистар по реду и у временском оквиру који је прописан процедуралним правилима. Усмена процедура се састојала од читања извјештаја које су презентовале судије извјестиоци, саслушања заступника, савјетника и адвоката који су овлаштени да практикурају пред судом државе чланице и поднесака општег правобраниоца, као и саслушања свједока и експерата.

Предмет је достављан Суду посредством писаног захтјева адресираног на регистрара. Захтјев се састојао од имена апликанта и сталне адресе и назнаке потписника, имена стране против које се исти подноси, предмета спора, поднесака и кратке изјаве о основу на којем се захтјев темељи. Захтјеву је био, уколико је то било могуће, приложен документ, у складу са условима из члана 175 Уговора, који је служио као доказ и који је садржавао датум када је институција Заједнице позвана на дјеловање. Дакле, прво је било потребно обратити се институцији Заједнице. Ако такав документ није приложен уз захтјев, регистар је тражио од дотичне странке да га у разумном периоду достави, али у случају да то странка не уради у остављеном року њено право се није гасило ако документ достави по протеклу тог рока.

У случајевима предвиђеним у члану 177 Уговора, суд или трибунал државе чланице доносио је одлуку о прекиду поступка и упућивању предмета Суду правде на одлучивање. Одлуку би затим регистар Суда нотификовао странкама, државама чланицама и Комисији, те Савјету ако одлука о чијој се ваљаности или интерпретацији расправља потиче од Савјета. У року од два мјесеца од ове нотификације, странке, државе чланице, Комисија, и уколико је прикладно Савјет, имали су право да доставе изјаве о предмету или писане опсервације Суду. Суд је имао право да захтијева да странке доставе све документе и извјесте Суд о свим информацијама које Суд сматра битним за поступак.

Суд је могао повјерити сваком појединцу, тијелу, ауторитету, Заједници или другој организацији коју изабере задатак да изради експертско мишљење. Свједоци су могли бити саслушани под условима садржаним у процедуралним правилима. У случају неодазивања свједока, Суд је имао овлашћења која су на генералној равни повјерена судовима и трибуналима и могао је да изрекне новчане казне под условима утврђеним у правилима о раду суда. Свједоци и експерти могли су бити саслушани под заклетвом коју су полагали у форми која је садржана у правилима о

раду суда или на начин који је садржан у пропису државе из које долази свједок или експерт.

Свједок или експерт је могао, уколико је Суд тако одредио, бити саслушан од стране органа власти у мјесту гдје има стално боравиште. Налог за провођење се слао надлежној судској инстанци под условима садржаним у процедуралним правилима. Документи састављени и усклађени са замолницом враћали су се Суду под истим условима. Суд је сносио трошкове у вези са наведеним, међутим без прејудуцирања права да их наплаћује, када је то потребно, од странака. Било је предвиђено да држава чланица третира свако кршење заклетве од стране свједока или експерта на исти начин као да је прекршај почињен пред једним од њихових судова који су надлежни да поступају у цивилним (грађанским) поступцима. Дотична држава чланица је водила поступак против учиниоца прекршаја пред надлежним судом. Саслушање пред судом је било јавно, осим ако суд, по сопственом резонувању или на темељу захтјева странака, одлучи другачије због озбиљних разлога. За вријеме саслушања суд је могао испитивати експерте, свједоке и странке у поступку. Посљедњи су се могли обраћати суду само посредством својих заступника. Записник се сачињавао о сваком саслушању и потписивали су га предсједник и регистар. Листу парница је утврђивао предсједник. Вијећања суда су била тајна. Пресуда је, између осталог, садржавала имена судија које су учествовале у вијећању, разлоге на којима се темељи, одлуку о трошковима, те потписе предсједника и регистрара. Читала се на отвореној сједници.

Државе чланице и институције Заједнице могле су интервенисати у поступцима који су се водили пред Судом. Исто право је било омогућено сваком другом лицу које је имало интерес у поступку који се водио пред судом, осим у предметима који су се водили између држава чланица, између институција Заједнице или између држава чланица и институција Заједнице. Поднесци израђени у сврху да умјешач дјелује у спору били су ограничени на подршку једној од странака. Када би тужена страна, која је уредно позвана, пропустила да поднесе писани поднесак о одбрани, доносила се пресуда због пропуштања. Против такве пресуде било је дозвољено изјавити приговор (жалбу) у року од мјесец дана од достављања. Приговор није дјеловао на извршење пресуде, уколико Суд није одлучио другачије. Државе чланице, институције Заједнице и друга физичка и правна лица, могли су у случајевима и под условима који су утврђени у процедуралним правилима, покренути поступак против трећег лица (нови поступак) у сврху оспоравања пресуде из разлога што

нису саслушани, када су пресудом угрожена њихова права.

Ако су значење или обухват пресуде били упитни, Суд је давао тумачење на захтјев било које странке или институције Заједнице која искаже интерес за исто. Захтјев за ревизију пресуде могао се поднијети суду само у случају открића нових чињеница које су такве природе да представљају одлучујући фактор и које, у вријеме када је пресуда донесена, нису биле познате Суду или страни која захтијева ревизију. Захтјев за ревизију се није могао поднијети по протеку десет година од дана доношења пресуде. Суд је водио рачуна о периоду неопходном да странка обави одређене радње у поступку с обзиром на њену удаљеност, а што је одређено процедуралним правилима. Права странке нису могла бити угрожена због истицања временског рока ако страна докаже постојање непредвиђених околности или више силе.

Поступци против Заједнице у предметима који су се водили у вези са вануговорном одговорношћу застаријевали су по протеку рока од пет година од њеног настанка. Период застаре се прекидао ако је покренут поступак пред Судом или ако се у вези са наведеним оштећена страна обратила институцији Заједнице. У другим случајевима поступак се морао покренути у року од два мјесеца, како је то предвиђено у члану 173.

Савјет је могао једногласно донијети одлуку да се изврше даља прилагођавања Статута Суда када је то потребно због мјера које предузима Савјет, у складу са задњим параграфом члана 165 Уговора.

2. Уговор о Европској заједници за атомску енергију (Еуратом)

Институционална структура Уговора о Европској заједници за атомску енергију (у даљем тексту: Еуратом уговор) у великој је мјери слична Уговору о Европској економској заједници и израђена је по принципу истог институционалног троугла (Савјет, Комисија и Европски парламент). С тим у вези, испуњење задатака повјерених Заједници осигурано је не само посредством Европског парламента, Комисије и Савјета, већ и посредством Суда правде (члан 3 Еуратом уговора). Свака институција се кретала у оквирима надлежности које су им повјерене Еуратом уговором, а Савјету и Комисији је помагао Економски и социјални комитет кроз свој савјетодавни капацитет. У прилогу Еуратом уговора садржан је Протокол о Статуту Суда правде.

Овлашћења за поступање Суда правде садржана су у члану 12 Еуратом уговора и тичу се одређивања од стране Суда адекватног термина

у случају кршења уговора о додјели лиценци и подлиценци у области патената који се заштићују у оквиру области обухваћених Еуратом уговором. Такође, у члану 18 истог уговора прописано је да ће се формирати Арбитражни комитет у сврху спровођења одредби из чл. 14 до 23 (Секција II)¹⁰ Уговора, те да ће Савјет именовати чланове Комитета, а да ће Суд правде израдити Приједлог правила о раду тог комитета. Суд правде је поступао као другостепени орган јер је одлучивао о жалбама изјављеним против одлука Арбитражног комитета. О изјављеној жалби је био дужан да одлучи у року од два мјесеца од њеног запримања. Суд се при одлучивању ограничавао на испитивање формалне ваљаности одлуке и на интерпретацију одредаба Еуратом уговора од стране Арбитражног комитета. Својеврсна овлашћења Суд је имао и на основу члана 21 Еуратом уговора и то у погледу поступања у случају када дође до одбијања да се изда лиценца или да се спријечи њено издавање када је Комисија у року од два мјесеца морала да предмет достави Суду на поступање. Власник патента је морао бити саслушан пред Судом.

Чланом 38 Еуратом уговора одређено је да ће Комисија израдити препоруке за државе чланице у вези са нивоом радиоактивности у ваздуху, води и земљи, те да ће у случају хитноће израдити директиве посредством којих ће захтијевати да државе чланице у задатом року предузму све неопходне мјере да спријече кршење стандарда и осигурају усклађеност са прописима. Уколико конкретна држава пропусти да се усклади са директивама Комисије у одређеном року, Комисија или било која друга држава чланица могла је да се обрати Суду правде. Такође, у домену физионог материјала, Комисија је могла послати инспекторе на територије држава чланица, те у ситуацији када је обављање инспекције опозвано, Комисија је могла да захтијева од предсједника Суда правде да изда наредбу како би се омогућило да се инспекција обавезно изврши. Предсједник суда је доносио одлуку у року од три дана. Уколико је постојала опасност у одлагању, Комисија је издавала писани налог, у форми одлуке, да се проведе инспекција. Ова наредба је без одлагања била достављена предсједнику Суда правде у сврху накнадног одобравања.

У вези са спољним односима који су у вези са областима из Еуратом уговора, државе чланице су биле дужне да достављају Комисији начрте уговора са трећим државама и међународним организацијама. Ако

¹⁰ Ширење информација са којима Комисија располаже у домену заштите права по основу патента, коришћења модела или патентних апликација тамо гдје Заједница поседује уговорне лиценце.

нацрт уговора садржи клаузуле које спречавају примјену Еуратом уговора, Комисија је у року од мјесец дана од примитка таквог саопштења израђивала своје коментаре. Држава није закључивала предложени уговор док нису били уважени приговори Комисије или усклађени са одлуком Суда правде, пресуђујући ургентно по захтјеву државе о усклађености предложених клаузула са одредбама Еуратом уговора. Захтјев се могао поднијети Суду правде у свако доба након што је држава запримила коментаре Комисије. Ни једно лице или привредно друштво при закључивању или обнављању уговора са трећом државом, међународном организацијом или држављанином треће државе након ступања на снагу Еуратом уговора није се могао позвати на тај уговор у настојању да избјегне обавезе установљене Еуратом уговором. Свака држава чланица је предузимала неопходне мјере у настојању да консултује Комисију у вези са наведеним промјенама насталим након закључења Еуратом уговора. На захтјев Комисије, Суд правде је доносио одлуку о усклађености таквих споразума са Еуратом уговором.

Суд правде је требало да осигура да се тумачење и примјена Еуратом уговора врши на правно ваљан начин. Суд правде се састојао од седам судија и засједао је у пленарној сједници. Могао је формирати коморе (вијећа) која су била састављана од три или пет судија, било да се спроведу претходне доказне радње или да се суди о посебним категоријама спорова у складу са правилима која су била донесена у наведену сврху.

Суд је засједао у пленарној сједници сваки пут када је поступак иницирала држава чланица или институција Заједнице, а који се односио на потребу да се ријеша претходно питање у конкретном случају. По захтјеву Суда, Савјет је могао једногласно да одлучи да повећа број судија и да изврши одређена прилагођавања. Суду су асистирала два општа правобраниоца, чија је дужност била да дјелују потпуно независно и да израђују образложене поднеске у случајевима који се разматрају пред судом. По захтјеву суда Савјет је могао једногласно да одлучи да повећа број општих правобранилаца.

Ако је Комисија сматрала да је држава чланица пропустила да испуни обавезу из Еуратом уговора, достављала је образложено мишљење о предметном случају након што је дала дотичној држави могућност да достави своје мишљење. Ако се дотична држава није ускладила са мишљењем у року који је доставила Комисија, Комисија је могла покренути поступак пред Судом правде.

Држава чланица која је сматрала да је друга држава чланица пропустила да испуни обавезу из Еуратом уговора могла је покренути поступак пред Судом правде. Међутим, прије покретања тог поступка морала се обратити Комисији. Комисија је израђивала образложено мишљење након што би свакој од држава дала могућност да доставе своје опсервације о наводима супротне стране и то се могло чинити усменим и писаним путем. Уколико Комисија не достави мишљење у року од три мјесеца од дана када јој је предмет достављен, непостојање таквог мишљења није спречавало да поступак буде покренут пред Судом правде.

Уколико је Суд правде нашао да је држава чланица пропустила да испуни обавезу из Еуратом уговора, захтијевао је од државе да предузме неопходне мјере да се усклади са пресудом Суда правде. Суд правде је имао неограничено овлашћење у поступцима који су покретани у складу са чланом 12 Еуратом уговора у домену прикладних термина за издавање лиценци и подлиценци од стране Комисије и у поступцима покренутим од стране физичких лица или привредних друштава против санкција које је наметнула Комисија у складу са чланом 83 Еуратом уговора.

Ако је Комисија сматрала да је физичко лице или привредно друштво прекршило Еуратом уговор према којем се члан 83 не примјењује, тражила би од надлежне државе чланице да изрекне санкције у складу са националним правом. Ако се дотична држава није ускладила са таквим захтјевом у року који је утврдила Комисија, Комисија је могла пред судом да покрене процедуру због кршења права.

Суд је испитивао правну ваљаност аката Савјета и Комисије, осим препорука и мишљења. У ту сврху је имао право поступања у поступцима покренутим од стране државе чланице, Савјета или Комисије у вези са недостатком надлежности, кршења основних процедуралних захтјева, кршења Еуратом уговора или било којег прописа везаног за његову примјену, или злоупотребом овлашћења. Свако физичко или правно лице је могло под истим условима покренути поступак против одлуке која се на њега односила или против одлуке која је, иако је у форми регулативе или одлуке адресирана на другу особу, у директном или персоналном дотицају са њима. Овакве процедуре су се покретале у року од два мјесеца од објављивања мјере, или њене нотификације тужиоцу или, у његовом одсуству, на дан у којем је он то примио к знању. Ако је тужба била основана, Суд би утврђивао да дотични акт не производи дејство. У случају регулативе, међутим, Суд је, ако је то сматрао неопходним, одређивао који ефекти регулативе немају дејство и када ће се то сматрати коначним.

Уколико Савјет или Комисија, у кршењу Еуратом уговора, пропусти да дјелују, држава чланица или друга институција Заједнице је могла покренути поступак пред судом како би се утврдило кршење. Тужба је била допуштена само ако је претходно дотична институција позвана на дјеловање. Ако, у року од два мјесеца од позивања, дотична институција није дефинисала своју позицију, тужба је могла бити поднесена у ванредном периоду од два мјесеца. Свако физичко или правно лице је могло, под одређеним условима у својим процесним забиљешкама, жалити се Суду правде да је институција Заједнице пропустила да достави том лицу било какав акт (мишљење или препоруку).

Институција чији је акт проглашен недјелујућим или која је пропустила да дјелује биће позвана да предузме мјере у правцу усклађивања са пресудом Суда правде. Ова обавеза није утицала ни на коју обавезу која је могла резултирати из захтјева из другог параграфа члана 188 Еуратом уговора.

Суд правде је био надлежан да у претходном поступку одлучује у вези са тумачењем Еуратом уговора, правном ваљаности и тумачењем прописа које су донијеле институције Заједнице и тумачењем статута тијела формираних одлуком Савјета, уколико ти статуту не предвиђају другачије. Када би питање у вези са наведеним било постављено пред било којим судом или трибуналом државе чланице, тај суд или трибунал је могао, уколико је сматрао да је одлука о предметном питању утицала на доношење њихове пресуде, затражити да се о истом одреди Суд правде. Када је такво питање постављено у случају који се води пред судом или трибуналом државе чланице против чије одлуке не постоји правни лијек у складу са националним правом, тај суд или трибунал је достављао предмет Суду правде.

III Закључак

Париски уговор, који је истекао 23. јуна 2002. године, уредио је питања која су се односила на угљаљ и челик, а која су касније пренесена у Уговор о Европској заједници и чинила су дио првог пилаара Заједнице. Римски уговор је, између осталог, омогућио успостављање царинске уније, развој нових заједничких политика, стварање заједничког тржишта, али и допринио томе да интеграциони процеси добију нове, политичке контуре. Еуратом уговор је омогућио формирање европске индустрије атомске енергије и развој истраживања у области нуклеарне енергије.

Напријед описан начин дјеловања судија, општих правобранилаца и других структура, те самог институционалног положаја Суда, говоре у прилог томе да је његова композиција у потпуности била прилагођена потребама трију заједница, а само његово дјеловање усмјерено на формирање директне интеграције комунитарног права у националне правне поретке држава чланица кроз кориштење разних алата и увезивање интереса заједница. Он то није чинио насумично, иако се тако понекад чинило. Чинио је то *expressis verbis*, непрестано чувајући уговоре као што стражар непрестано шета и провјерава да ли је предмет чувања на сигурном. Његове интерпретације уговора, те сви други поступци које је сходно овлашћењима из уговора спроводио, никада нису умањивале компетенције комунитарних институција, већ су их снажиле.

ЛИТЕРАТУРА

Штампана издања

A Handbook on the European Economic Community, Praeger special studies in international economics, Edited by GORDON L. WEIL Director of Research and Studies The European Community Information Service, Published in the United States of America in 1965 by Frederick A. Praeger, Inc., Publishers.

T. M.C. ASSER PRESS, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, 2013.

Лопандић Душко и Јањевић Милутин, *Уговор о Европској унији, од Рима до Мастрихта*, Међународна политика и СЈП Службени лист, Институт економских наука, Европски покрет у Србији, Београд, 1995.

Craig Paul and Gráinne de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, Fifth edition, Oxford University Press, 2011.

Електронски извори

http://www.mvcp.hr/custompages/static/hrv/files/EUugovori/11957E_Ugovor_o_osnivanju_EEZ-a_hrv.pdf

https://www.cvce.eu/content/publication/1998/3/25/4b8f4dee-0df1-4e9a-89f9-28cdb5555138/publishable_en.pdf

<http://aei.pitt.edu/36612/1/A2709.pdf>

https://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/b9fe3d6d-e79c-495e-856d-9729144d2cbd/c21569f1-e6cd-4844-8372-40e7fac77794/Resources#4b8f4dee-0df1-4e9a-89f9-28cdb5555138_en&overlay

<https://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/b9fe3d6d-e79c-495e-856d-9729144d2cbd/c21569f1-e6cd-4844-8372-40e7fac77794/Resources>

<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/euratom-treaty/>

http://www.proyectos.cchs.csic.es/euroconstitution/Treaties/Treaty_Rome.htm

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0024>

https://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/b9fe3d6d-e79c-495e-856d-9729144d2cbd/c21569f1-e6cd-4844-8372-40e7fac77794/Resources#4b8f4dee-0df1-4e9a-89f9-28cdb5555138_en&overlay

http://www.damir-jelusic.info/wp-content/uploads/2017/03/IMG_20170323_0001.pdf (25.7.2019)

<http://aei.pitt.edu/3216/1/3216.pdf> (1.8.2019)

**LOCATION, STRUCTURE AND ORGANIZATION OF THE COURT
OF JUSTICE IN THE MONTAN UNION
AND THE ROMAN TREATIES**

Radmila Dragišić

Abstract:

Through the analysis of relevant provisions of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community, Treaty establishing the European Economic Community and Treaty establishing the European Atomic Energy Community, this Article provides answers to the questions in relation to the position, structure and organisation of the Court of Justice of the European Communities. It is done in order to contribute, from a historical distance, to understanding the position which the Court of Justice of the European Union, as one of the most active international courts, has today.

Key words: *Court of Justice, Montan Union, en banc session, ius standi in iudicio, judicial panel, advocates general, judge-rapporteur*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категоришу у сљедеће врсте: оригинални научни рад, прегледни научни чланак, кратко или претходно саопштење, научна критика, информативни прилог, приказ књиге.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив и адресу установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), (преведено и на енглески језик на крају рада) излагање суштине рада и закључак (до једне странице).
- Извори (литература) се наводе у фуснотама, списак кориштене литературе на крају рада;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Веселина Маслеше 28/1, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
e-mail: info@ud-pr.org

Издавач:
Удружење правника Републике Српске

За издавача:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:
Татјана Атлагић Остојић,
Мијана Кубурић Мацура,
Сњежана Тешић

Припрема за штампу:
ГрафоМарк, Лакташи

Штампа:
 **ГРАФОМАРК**
ЛАКТАШИ

За штампарију:
Јелена Милинчић

Тираж:
450 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је својим Рјешењем број 6-01-4741/04 од 24.09.2004. године утврдило да је часопис „Правна ријеч“, у издању Удружења правника Републике Српске, публикација из члана 33, став 1, тачка 9 Закона о акцизама и порезу на промет, те не подлијеже опорезивању.