МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

„ПРАВНА СИГУРНОСТ КАО ПОСПЕШУЈУЋИ ФАКТОР ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ“

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

„LEGAL SECURITY AS ENHANCING FACTOR FOR THE FOREIGN DIRECT INVESTMENTS“

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

ПРАВНА СИГУРНОСТ КАО ПОСПЕШУЈУЋИ ФАКТОР ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ

ЗБОРНИК РАДОВА

Крагујевац
13-14. април 2016. године

ИЗДАВАЧ

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ЗА ИЗДАВАЧА

Проф. др Славко Ђорђевић, директор Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УРЕДНИЦИ

Проф. др Станко Бејатовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Академик Проф. др Радован Вукадиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Доц. др Вељко Турањанин, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

РЕЦЕНЗЕНТИ

Проф. др Снежана Соковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Проф. др Божидар Бановић, Факултет безбедности у Београду

Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет у Љубљани

КОРЕКТУРА

Драгана Спасић

Маријана Вучићевић

ISBN: 978-86-7623-075-4

Електронска књига

Тираж

100 примерака

Publisher

Faculty of Law, University in Kragujevac

For Publisher

Slavko Đorđević, PhD, Director of the Institute for the legal and social sciences of the Faculty of Law, University in Kragujevac

Editors

Stanko Bejatović, PhD, full-time professor of the Faculty of Law, University of Kragujevac

Radovan Vukadinović, PhD, full-time professor of the Faculty of Law, University of Kragujevac

Veljko Turanjanin, PhD, assistant professor of the Faculty of Law, University of Kragujevac

Reviewers

Snežana Soković, PhD, Faculty of Law, University in Kragujevac

Božidar Banović, PhD, Faculty of Belgrade, Faculty of Security Studies

Vid Jakulin, PhD, Faculty of Law, University in Ljubljana

Proofreading

Dragana Spasić

Marijana Vučićević

ISBN: 978-86-7623-075-4

e-book

Printing

100 copies

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР

Проф. др Станко БЕЈАТОВИЋ, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

Lutz KOBER, руководилац Представништва Фондације „Ханс Зајдел“ за Србију и Црну Гору

Проф. др Радован ВУКАДИНОВИЋ, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

Академик проф. др Миодраг СИМОВИЋ, Правни факултет у Бањој Луци

Проф. др Драго Радуловић, редовни професор Правног факултета у Подгорици

Проф. др Вид ЈАКУЛИН, Правни факултет у Љубљани

Проф. др Бахит НУРГАЛИЕВ, директор Универзитета „Болашак“ у Казахстану

Доц. др Незир ПИВИЋ, Правни факултет у Зеници

Проф. др Гордана ЛАЖЕТИЋ-БУЖАРОВСКА, факултет безбедности у Скопљу

Дубравка ДАМЈАНОВИЋ, председница Апелационог суда у Крагујевцу

Доц. др Вељко ТУРАЊАНИН, доцент Правног факултета у Крагујевцу

Доц. др Емир ЋОРОВИЋ, Државни универзитет у Новом Пазару

ORGANIZING COMMITTEE

Stanko BEJATOVIĆ, PhD, Dean of the Faculty of Law, University in Kragujevac

Lutz KOBER, Head of the Representative of the Foundation „Hanns Seidel“ for the Serbia and Montenegro

Radovan VUKADINOVIĆ, PhD, University in Kragujevac

Miodrag SIMOVIĆ, PhD, Faculty of Law, University in Banja Luka

Drago Radulović, PhD, Faculty of Law, University in Podgorica

Vid JAKULIN, PhD, Faculty of Law, University in Ljubljana

Bahit NURGALIEV, director of the University „Bolašak“ in Kazakhstan

Nezir PIVIĆ, Faculty of Law, University in Zenica

Gordana LAŽETIĆ-BUŽAROVSKA, PhD, Faculty of Skoplje, Faculty of Security Studies

Dubravka DAMJANOVIĆ, president of the Appellate Court in Kragujevac

Veljko TURANJANIN, Faculty of Law, University in Kragujevac

Emir ĆOROVIĆ, State University in Novi Pazar

САДРЖАЈ

Витомир Поповић
ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ ИБОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 12

Методија Ангелески, Злате Димовски
ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ И ЕФЕКТИ ИНОСТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ 25

Александар Ћирић, Предраг Цветковић
ПРИНЦИП ПРАВИЧНОГ И ЈЕДНАКОГ ТРЕТМАНА КАО НАЧЕЛО МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА СТРАНИХ ИМВЕСТИЦИЈА: ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ 37

Ратко Брнабић
СКЛАПАЊЕ УГОВОРА СА САМИМ СОБОМ КОД ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ 53

Јелена Станојевић, Дарко Димовски
УЛОГА ПРАВНЕ ДРЖАВЕ У ПРИВЛАЧЕЊУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА 75

Дијана Јанковић
ЗАШТИТА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ - ПРАВНИ И ИНВЕСТИЦИОНИ ЕФЕКТИ 90

Ђурђа Боланча
ПРАВНА СИГУРНОСТ У КОНТЕКСТУ КРШЕЊА ПРАВИЛА ТРЖИШНОГ НАТЈЕЦАЊА 110

Његослав Јовић
ЗНАЧАЈ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ЗА УЛАГАЊЕ ПАТЕНТИРАНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ ОД СТРАНЕ СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА У БИХ 137

Урош Здравковић
ПРИНЦИП СИГУРНОСТИ И ПРЕДВИДИВОСТИ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ 154

Јован Вујичић
ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ 163

Ивана Симовић-Хибер
КОНЦЕПТ КРИВИЧНОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА И КОНЦЕПТ КОРПОРИЗАЦИЈЕ ПРАВА (У КОНЦЕПТУ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА) 182

Емир Ћоровић, Вељко Турањанин
КРИТИЧКИ ОСВРТ НА КОНЦЕПТ КАЗНЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА У ПРАВУ СРБИЈЕ 206

Аладин Шемовић
КРИВИЧНО ДЕЛО ПОРЕСКЕ УТАЈЕ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКТИЧНЕ ПРОБЛЕМЕ 231

Аднан Бећићанин
ЗНАЧАЈ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ЗАБРАНЕ ВРШЕЊА ПОЗИВА, ДЕЛАТНОСТИ И ДУЖНОСТИ У СУЗБИЈАЊУ ПРИВРЕДНОГ КРИМИНАЛИТЕТА 241

Александар Блануша
УЈЕДНАЧЕНА СУДСКА ПРАКСА КАО ТЕМЕЉ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИИ ПОСПЕШУЈУЋИ ФАКТОР ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ 258

Оливера Бојовић
ИЗМЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НЕКА КРИВИЧНА ДЕЛА И ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА КАО ФАКТОРИМА СИГУРНОСТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА 269

Јелена Деретић
САЖЕТ СЕЛЕКТИВНИ ПРИКАЗ ПОЈЕДИНИХ КЉУЧНИХ НОВИНА НОВОГ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ 276

Драган Батавељић
УСПОСТАВЉАЊЕ ПОРЕТКА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА- КЉУЧНИ УСЛОВ ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ -..... 284

Нина Планојевић
ФУНКЦИОНИСАЊЕ КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ КАО УСЛОВ СИГУРНОГ ИНВЕСТИРАЊА 304

Џевад Дрино, Бењамина Лондрц
ХИСТОРИЈСКО- ПРАВНИ АСПЕКТИ ИСЛАМСКОГ БАНКАРСТВА..... 327

Маша Алијевић, Аида Мулалић
КОНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ДИРЕКТНИХ СТРАНИХ УЛАГАЊА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И ПРАВНИ РИЗИЦИ 333

Енес Бикић, Дубравко Гргић
НОТАР, ПОУЗДАНА ТРЕЋА СТРАНА..... 352

Алаудин Бркић, Енес Бикић
НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ УСВОЈЕНОГ МОДЕЛА УРЕЂЕЊА ПОСЛОВА ЛИЗИНГА У ПРАВУ МОБИЛИЈАРНИХ ОСИГУРАЊА БИХ 383

Спахија Козлић
МОЖЕ ЛИ ЕУ УЧИТИ ОД АРИСТОТЕЛА? ИЛИ: АРИСТОТЕЛОВО РАЗУМИЈЕВАЊЕ ПРАВЕДНОСТИ КАО МОГУЋА ПРОПЕДЕУТИКА ЗА РАСПРАВУ О ЕТИЧКО-ПРАВНИМ ТЕМЕЉИМА ЕВРОПСКОГ (КОЗМО)ПОЛИСА .. 426

Димитар Гелев, Биљана Петревска
ПРАВНА СИГУРНОСТКАО ПОДСТИЦАЈНИ ФАКТОРЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕУМАКЕДОНИЈИ..... 452

Александар Антић
ИНВЕСТИРАЊЕ У ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНО ПОСЛОВАЊЕ У ЦИЉУ ЗАШТИТЕ СОЦИЈАЛНО УГРОЖЕНИХ..... 468

Академик проф. др Витомир ПОПОВИЋ

Правни факултет, Бања Лука

ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

1. Увод

У правној и економској теорији и пракси данас постоје различити приступи око значаја страних директних инвестиција и улагања у општем смислу ријечи. Док једни сматрају да директне стране инвестиције и страна улагања имају огромног значаја за развој нарочито неразвијених и земаља у транзицији, други сматрају да оне представљају инструменте експлоатације ових земаља од стране развијених држава. За вјероватним је претпоставити да један и други приступ имају своје упориште, те да је више него сасвим јасно да неразвијене и земље у транзицији, односно њихове привреде без тих улагања не могу кренути напријед и развијати се без тих страних инвестиција и капитала. Са друге стране посматрано, ни страни капитал развијених земаља, иако он има највећи степен сигурности управо у матичним земљама дугорочно нема перспективе и оплодње без његовог улагања у друге земље. У глобализационом смислу ријечи, нови свјетски поредак је заснован и темељи се на стратегији освајања тржишта мање развијених земаља и земаља у транзицији, запосиједању и експлоатацији природних ресурса, либерализацији трговине и финансијских тржишта, укидању субвенција, дерегулацији прописа који ометају улазак на тржиште, либерализацији страних директних инвестиција, итд. Овакав приступ и стратегија је названа „Вашингтонским консензусом“чији је творац Џон Вилијамсон из Економског института за међународну економију из Вашингтона 1989. године и убрзо је добио подршкуод Међународног монетарног фонда, Свјетске банке и Министарства финансија САД.

Правно-економски положај директних страних инвестиција је имао своју еволуцију и са аспекта односа улагања страног капитала привреде неразвијених и земаља у транзицији. Тако нпр. непосредно послије завршетка Другог свјетског рата разорене привреде неких неразвијених земаља су захваљујући директним страним инвестицијама доживјеле процват као нпр. Јужна Кореја, Тајван и Сингапур и постале су моћне националне економије а њихове компаније, домаћа наука и технологија, саобраћајна и други облици инфраструктуре су доживјели процват. Међутим, ово се не би могло рећи за период послије 1989. године и тзв. Вашингтонског консензуса у коме су глобализациони процеси и борба за природне ресурсе и јефтину радну снагу почели доживљавати „свој процват“кроз тзв. наранџасте, плишане и друге револуције, Арапска и друга прољећа, која су првенствено имала за циљ, не само насилним путем мијењања политичких система, него и потпуно уништавање привреда и могућности за њихово самостално преживљавање и опстанак, у коме ће се тзв. директне стране инвестиције наметнути као услов без кога се не може – **condicio sine qua non**. Другим ријечима, ти дојучерашњи релативно стабилни привредни системи разорених земаља ће кроз директне стране инвестиције остати за њих вјековно везане, њихови природни ресурси ће бити скоро бесплатно коришћени а дојучерашња радна снага ће постати најамна. Уосталом, иста судбина је задесила и бившу Југославију и њене бивше републике, које данас једини спас и излаз из дугогодишње кризе и ратних разарања виде у тзв. директним страним инвестицијама које као један од основних услова представљају потребом за брзим усаглашавањем и доношењем новог законодавства које ће имати првенствене циљеве садржане у тзв. заштити тих инвестиција и инвеститора. У овом контексту треба посматрати директне стране инвестиције и инвеститоре у Републици Српској и Босни и Херцеговини.

2. Појам страних улагања

Иако у економском смислу директне стране инвестиције имају за циљ побољшање економског благостања привреда неразвијених и земаља у транзицији у формално правном смислу постоје различити приступи у њиховом дефинисању, правним моделима и облицима улагања, њиховој заштити итд.

Тако нпр. Свјетска трговинска организација (СТО) под директним страним улагањима подразумијева ситуацију када инвеститор из једне земље (the home country), улаже средства у другу земљу (the host country), са намјером да управља тим средствима, директно или индиректно[1].

Америчка схватања директних страних инвестиција подразумијевају улагање у предузећа са сједиштем у Сједињеним Америчким Државама при чему страно улагање не прелази 10%. Исто тако под директним улагањем америчких фирми у иностранству сматрају се она улагања у којима амерички инвеститори посједују најмање 25% капитала.

Организација за економску кооперацију и развојпод директним страним улагањем подразумијева такав вид улагања код којег страни инвеститор посједује 10% или више обичних акција са правом гласа или мање од 10% ако страни инвеститор на тај начин обезбјеђује одлучујуће право управе над предузећем[2].

Закон о улагањима Републике Србије[3], прави разлику између улагања од посебног значаја за Републику Србију и улагања од локалног значаја.

Улагање од посебног значаја јесте улагање чије остварење би битно утицало на даљи развој привреде Републике Србије, унапређење конкурентности привреде и Републике Србије као инвестиционе локације и њен равномјеран регионални развој у односу на предмет улагања и територијалну концентрацију одређених привредних грана и привредних делатности и код којег постоји значајно улагање у основна средства или отварање већег броја нових радних места. Улагање од посебног значаја је и улагање које се реализује на територији једне или више јединица локалне самоуправе и подстиче реализацију заједничких развојних приоритета више јединица локалне самоуправе у функцији повећања нивоа њихове конкурентности, као и улагање на основу усвојених билатералних споразума и споразума о прекограничној сарадњи.

---

[1] „Управљачка димензија је управо оно што разликује директна страна улагања од портфолио инвестиција. Код ових инвестиција основна намјера страног улагача није да управља предузећем, већ да оствари добит.” Објављено од Свјетске трговинске организације, PRESS/57, 9 October 1996 “Trade and foreign direct nvestment” New Report by the WTO- *http://www.wto.org*

[2] Organisation for economic cooperation and development-Организација за економску кооперацију и развој, http://www.oecd.org

[3] “Службени лист Савезне Републике Југославије“, број 3/2002 и 5/2003.

Улагање од локалног значаја је улагање које у складу са овим законом не представља улагање од посебног значаја, а које доприноси привредном и друштвеном развоју јединице локалне самоуправе на чијој територији се реализује.[4]

Закон о страним улагањима Републике Црне Горе[5] под страним улагањем не дефинише шта се то подразумијева под страним улагањем.

Правни оквир страних улагања у Босни и Херцеговини прати њена унутрашња структура заснована на Општем оквирном споразуму за мир у БиХ, у јавности познатији као Дејтонски мировни споразум[6].Према овом Споразуму дејтонску БиХ чине Република Српска основана 9. јануара 1992. године, Федерација БиХ настала Вашингтонским споразумом од 1. марта 1994. године и Брчко дистриктом као посебном јединицом локалне самоуправе настале на основу арбитражне одлуке за област Брчко од 5. марта 1999. године. Основ за доношење ове Арбитражне одлуке представљао је Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекс 2 Општег оквирног споразума за БиХ.[7]

Правни оквир директних страних инвестиција и улагања страног капитала у Републику Српску и Босну и Херцеговину чине бројни међународни и домаћи извори права из ове области.

У међународне изворе права који посредно утичу на страна улагања спадају споразуми који чине дио пакета Споразума на који се темељи СТО и то Општи споразум о трговини и услугама - GATS (*General Agreement on Trade in Services*) и Споразум о трговинским аспектима трговине правима интелектуалне својине – TRIPS (*Trade-related aspects of intellectual property rights*).

У регионалне споразуме ове врсте спада Споразум о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*), који има за сврху да успостави „легални оквир за дугорочну сарадњу на пољу енергетике, базирану на комплементарности и узајамној користи“у

---

[4]Поближе о томе видјети члан 11. Закона о улагањима Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 89/215).

[5] „Службени лист Републике Црне Горе“, број 52/00.

[6] Општи оквирни споразум за мир у БиХ је усаглашен на Мировној конференцији одржаној од 1-21. новембра 1995. године, а дефинитивно прихваћен и потписан у Паризу 14. децембра 1995. године, од када се примијењује и као Међународни уговор чини дио њеног правног система.

[7] Поближе о томе видјети, члан 5 до 8 наведеног Споразума.

више од 50 земаља Финалног акта Европске конференције о енергетској повељи (OECD), централне и источне Европе и Заједнице независних држава. Од мултилатералних аката универзалног карактета у овој области треба поменути Упутства Свјетске банке о поступању са страним директним инвестицијама – *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Ова Упутства представљају Скуп добровољних принципа усвојених у септембру 1992. године који се односе на поступање влада у доброј вјери према иностраним инвеститорима и баве се понашањем страних инвеститора. У ширем смислу, она подстичу страно инвестирање због користи које настају у смислу побољшања дугорочне ефикасности земље домаћина кроз већу конкурентност, трансфер капитала, технологије и управљачких вјештина, побољшаног приступа тржишту и проширењу међународне трговине.[8]

Земље чланице OECD-а су 2006. године усвојиле Оквирну политику у области улагања која представља одраз успостављене праксе између чланица ове организације и оних које то нису, са циљем мобилисања приватних улагања, а у сврху подстицања привредног раста и развоја земаља. Оквирна политика у области улагања обухвата заједничке ставове земаља чланица у десет различитих области, међу којима су и политика инвестирања, инвестициони подстицаји и олакшице.[9]

Према одредбама Закона о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини, директно страно улагање или страно улагање значи стицање, стварање или проширење било којег пословног подухвата, или било које активности која, сама или са другом, истовремено или једна за другом, има за исход омогућавање једном или више страних улагача стицање или повећање контроле над неком компанијом која под својом контролом обавља индустријске, пољопривредне, комерцијалне и финансијске послове и послове везане за некретнине, услуге или друге активности, или да омогући проширење предузећа које је већ под контролом страног улагача. Такве инвестиције могу обухватити било који објекат стварних и права интелектуалне својине укључујући, али не и неопходно ограничено на: слободно

---

[8] Поближе о томе видјети Walter Goode, Dictionaryof Trade Policy Terms Fourth Edition, 405.

[9] Policyfreworkforinvestment, OECD, 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/1/31/36671400.pdf

конвертибилну валуту или на локалну валуту, позајмице, авансе, вриједносне папире, лиценце, закупе и права заснована на уговору, укључујући концесије, постројења, опрему, резервне дијелове, сировине, права индустријске или интелектуалне својине или било које финансијске погодности дате од стране физичког или правног лица под страном контролом, изузев ситуације између матичних компанија и њихових филијала ако то не резултира повећањем стране контроле над домаћим предузећима.

3. Ефекти страних улагања за развој домаће привреде

Нема прецизних података о самом поријеклу страних улагања, али се претпоставља да су она, историјски посматрано, у директној вези са развојем међународне трговине, почев од њеног најпримитивнијег облика, зачетог још у доба прије нове ере и да су нарочито почела долазити до значаја у 19. вијеку нове ере, када је дошло до већег степена развоја друштва, транспорта, технологија, комуникација и стварања првих облика модерних предузећа и мултинационалних компанија. Нарочито ће доћи до изражаја интереси првих предузећа и мултинационалних компанија из тог периода за ширењем идеје о већем профиту за искоришћавањем првенствено јефтиније плаћене радне снаге у неразвијеним земљама. Дакле, да би након тога дошло и до јачања интереса за улагањем капитала и у развијене, па и најразвијеније земље. Са данашње временске дистанце посматрано, ово улагање страног капитала се обавља на скоро све познате и уобичајене начине, било улагањем предузећа или мултинационалних компанија која потичу из развијених земаља у неразвијене земље, било улагањем предузећа или мултинационалних компанија из неразвијених у развијене земље, а што првенствено зависи од самог интереса тог капитала и инвеститора. У крајњем посматрано, улагање страног капитала је искључиво везано за остваривање профита оних који га инвестирају и настојања земаља у које се капитал улаже да уз помоћ страног капитала остваре бржи напредак и развој.

Такође се, када су у питању страна улагања и њихов значај уопште, намеће логично питање: с обзиром да страни инвеститор улагањем стиче право контроле и управљања, не доводи ли држава домаћин тада у опасност свој властити систем од иностране контроле? У свом тексту: „Стране инвестиције у Сједињеним Америчким Државама“, Mack Ott каже: „…страни капитал инвестиран у Сједињене Америчке Државе повећава бруто домаћи

производ у САД-у. То значи да је америчким грађанима боље са, него без иностраног капитала.... Ипак дугорочни сценарио иностраног улагања изазива забринутост: Која је цијена употребе страног капитала? Хоће ли стални прилив иностраног капитала дати странцима контролу над основним капиталом САД-а, смањити квалитет посла или довести у неравноправан положај инвестиције и истраживања САД-а? Срећом, та забринутост може се одагнати сталним надзирањем страних инвестиција у САД, с обзиром на мотивацију за страна улагања, а контрола је занемарива у односу на корист од иностраних улагања“[10].

Предност страних улагања за домаћу државу је развојни утицај на домаћа предузећа у која се инвестира, а то се чини углавном трансфером савремене технологије и менаџмента. Домаћа држава очекује да ће инвестицијама савремене технологије и предузетничког менаџмента побољшати општу привредну структуру у држави.

Да би привукла стране инвестиције, од којих ће имати корист, држава домаћин неминовно мора да либерализује поступак самих улагања, тако што ће он бити једноставнији и бржи, па чак прописује и одређене погодности за стране инвеститоре, као што су пореске или царинске олакшице.

С друге стране држава домаћин мора да заштити и домаћи интерес, а то постиже на разне начине: прописивањем обавезе страном инвеститору да у производњи мора у одређеном проценту користити домаће сировине и друге локалне изворе, или да извезе одређени обим, или да одређена средства улаже у истраживања и развој, тзв. услови учинка (*performance requiremenms*)[11].

Полазећи од горе наведеног,могао би се на први поглед извести закључак да држава инвеститор и држава домаћин имају супротне интересе: страни улагач тежи да оствари што већи профит, док држава домаћин жели да побољша општу привредну структуру, а да при томе предузеће у које је инвестирано испуњава све законом утврђене обавезе у држави, као што је плаћање пореза и других обавеза. Ова два интереса треба довести у одређену равнотежу, а што се углавном постиже националним прописима

---

[10]Library economics liberty, www. econlib.org

[11] Витомир Г. Поповић и Радован Д. Вукадиновић, Међународно пословно право, општи део, Бања Лука – Крагујевац, 2005. године.

држава, којима се утврђује политика контроле и самог регулисања страних инвестиција[12].

Према подацима Централне банке Босне и Херцеговине за период од 1994. до 2013. Године из августа мјесеца 2014. Године укупна директна страна улагања у Босни и Херцеговини су износила око 11 милијарди КМ. У 2013. Години ова улагања су износила 418,5 милиона км што је у поређењу са 2012. Годином представљало смањење улагања за око 21,6%. Ако ово посматрамо у односу на Републику Српску за период од 2005. до 30.09.2014. године на првом мјесту су улагања из Србије у којима доминира инвестиција у телекомуникације (куповина Телекома). На другом мјесту су улагања из Русије, које се односе на инвестиције у Рафинерију нафте Брод и Рафинерију уља Модрича. На трећем мјесту су улагања из Словеније која се састоје из више инвестиоционих пројеката (метална индустрија, банкарство и трговина). На четвртом мјесту се налазе улагања из Велике Британије која се односе на инвестиције у ЕФ Трудник и термоелектрана Станари док су на петом мјесту улагања у инвестиције из Аустрије и углавном се односе на банкарство.

Према подацима окружних привредних судова у Републици Српској који се заснивају на формалној регистрацији страних предузећа и њиховог основног капитала код одговарајућих судова за 2014. Годину директне стране инвестиције у Републици Српској за период од 1.01. до 30.09. 2014. Године су износиле 178,9 милиона км што у поређењу са 2013. годином, у којој је вриједност ових директинх страних улагања укупно износила 136,6 км, представља благи порас тових улагања.[13]

Очекивани ефекти директних страних инвестиција у Републику Српску и Босну и Херцеговину у цјелини, и поред релативно стабилног правног оквира, нису достигли очекивани ниво. Зато постоји како у погледу броја и обима ових инвестиција тако и у погледу очекиваних ефеката из ових улагања у односу на

---

[12]Према Витомиру Г. Поповићу и Радовану Д. Вукадиновићу то се постиже на три начина: политиком правног регулисања само најнужнијих питања (политика минималне правне регулативе), коју спроводе државе Суб-Сахаре Африке и Далеког Истока; политиком подстицаја страних инвестиција уз учешће локалних квота, коју практикују државе Средњег Истока и Сјеверне Африке, и политиком локалног надзора, коју користе државе Латинске Америке, Међународно пословно право, општи део, Бања Лука – Крагујевац, 2005. године, стр. 309.

[13]http://www.frontal.ba/novost/75599/strane-direktne-investicije-u-bih-postojeće-prepreke-i-nuzni-koraci.

повећање друштвеног бруто производа, запослености, веће наплате пореза итд. Неке анализе оправдање за овако низак ниво страних инвестиција и по обиму и по квалитету инвестирања налазе у чињеници постојања релативно ниског степена политичке и правне несигурности. Ова несигурност се огледа у чињеници да и послије више од 20 година ступања на снагу и примјене Дејтонског мировног споразума постоји висок ниво политичких тензија које прате унутрашњу структуру власти дејтонске Босне и Херцеговине. Према неким подацима од 148 рангираних земаља у свијету Босна и Херцеговина се налази на 87. Мјесту а када је ријеч о конкурентности и лакоћи пословања према подацима Свјетске банке за 2013. Годину од 185 рангираних земаља Босна и Херцеговина се налази на 126. Мјесту и најлошије је рангирана земља у региону. У циљу повећања инвестиција како по њиховом обиму тако и у економском смислу Спољнотрговинска комора Босне и Херцеговине и Министарство за економске односе и регионалну сарадњу Републике Српске су пошли од претпоставке да би било неопходно извршити већу хармонизацију прописа на нивоу Босне и Херцеговине затим реформу у области судства, привреде, спољнотрговинског пословања итд., ов онарочито посматрано у односу на релативно сложени систем опорезивања и постојања великог броја парафискалних обавеза али и повећање степена сигурности страних улагања.[14]

У циљу стварања стабилног правног и политичког оквира за стране инвестиције треба посматрати и доношење Стратегије подстицања страних улагања у Републику Српску за период од 2015. до 2020. године коју је усвојила Народна скупштина Републике Српске на сједници одржаној марта мјесеца 2016. године.

И органи власти на нивоу заједничких институција Босне и Херцеговине су у складу са својим надлежностима и овлашћењима преузели обавезе на провођење реформи дефенисане Реформском агендом за БиХ за период 2015-2018. године које се односе на област јавних финансија, опорезивања, фискалне одрживости, пословне климе и конкурентности, тржишта рада, социјалне заштите и пензија, јавне управе, обезбјеђивање владавине права и ефикасног управљања.

---

[14] Поближе о томе видјети: http://www.frontal.ba/novost/75599/strane-direktne-investicije-u-bih-postojeće-prepreke-i-nuzni-koraci.

Смањење свих могућих потенцијалних ризика би могло бити у функцији подстицања страних инвестиција и побољшања конкурентности Републике Српске а и Босне и Херцеговине у односу на остале земље у региону.

Ризици пословања се најчешће анализирају путем индекса економских слобода[15] (за 2015. годину за БиХ вриједност индекса економских слобода износи 59, што представља побољшање за 0,6 поена у односу на претходну годину. Од 178 рангираних земаља БиХ се налази на 97. мјесту) и кредитног рејтинга земље[16] (рејтинг Босне и Херцеговине прате двије агенције: Moody's Investors Service[17]и Standard & Poors[18]), а на захтјев Владе Републике Српске, агенција Standard & Poor's је, први пут, урадила кредитни рејтинг за Републику Српску[19].

Од посебног значаја за област директних страних инвестиција и улагања јесу начини заштите страних инвестиција и инвеститора, којима домаће а и друга национална права поклањају посебну пажњу а којима се ми, имајући у виду природу и карактер овог рада, нећемо посебно бавити.

Босна и Херцеговина је прихватила примјену Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава- ICSID*Convetion* и Конвенцију о мултилатералној агенцији за гарантовање инвестиција из 1987. године (MIGA*Convetion*), поред наведених конвенција читав низ закључених билатералних и мултилатералних споразума у области страних инвестиција и улагања поред одредаба о заштити и

---

[15]Индекс економских слобода18 објављује Херитиџ фондација (Heritage foundation) и The Wall Street Journal. Велики углед који ужива Херитиџ фондација има значајан утицај на доношење одлука страних инвеститора приликом инвестирања.

[16]Кредитни рејтинг земље одређује генералну кредитну способност земље да обезбиједи сигурно инвестиционо окружење и обухвата сљедеће индикаторе: економски статус земље, транспарентност кретања капитала, кретање страних и домаћих инвестиција, ниво страних државних резерви и способност земље да остане стабилна и у условима политичких промјена.

[17]У јулу 2012. године агенција Moody's Investors Service потврдила је Босни и Херцеговини суверени кредитни рејтинг „Б3" и измијенила изгледе са „посматрања – негативно“ на „стабилне изгледе“.

[18]Као резултат анализа 13. марта 2015. године агенција Standard & Poor's потврдила је Босни и Херцеговини суверени кредитни рејтинг „Б са стабилним изгледима“.

[19]У јануару 2015. године, кредитни рејтинг оцијенила са „Б3 са стабилним изгледима".

сигурности ових улагања садржи и одређене погодности у виду уобичајених клаузула и међународних стандарда као што су нпр. клаузула националног третмана, клаузула најповлаштеније нације, клаузула слободног транзита, клаузула недискриминације итд. Сви ови инструменти за заштиту директних страних инвестиција и улагања као и наведене клаузуле које чине саставни дио Споразума о оснивању Свјетске трговинске организације су у функцији јачања правне и других облика сигурности страних инвестиција и инвеститора као и домаће привреде.

У овом контексту треба посматрати и релевантне одредбе Споразума о стабилизацији и придруживању који је БиХ потписала са чланицама Европске уније 2008. године а који је ступио на снагу 1.06.2015. године.

4. Облици страних улагања

Улагање страног капитала је могуће посматрати кроз различите облике и моделе и зависно од тога како су они регулисани националним законодавством.

Закон о страним улагањима Републике Српске прописује сљедеће облике ових улагања:

1. Оснивање правног лица у потпуној својини страног улагача;
2. Оснивање правног лица у заједничкој својини домаћег и страног улагача;
3. Улагање у постојеће правно лице и
4. Посебни облици улагања.

Поред наведених постоје и посебни облици страног улагања, који се заснивају на различитим уговорним облицима којима се регулишу међусобни односи страних улагача у односу на домаћа предузећа, као што су нпр.: Jointventure, уговор о лизингу, уговор о франшизингу, уговор о менаџменту, тајм шерингу, концесија за коришћење природних богатстава, добара у општој употреби и обављању дјелатности од општег интереса за Републику Српску, послови по моделима B.O.T (Build-Operate-Transfer) и B.O.O.T. (Biult-Own-Operate-Transfer).

Закон о страним улагањима Србије познаје два основна облика улагања и посебне облике улагања.

Основни облици страног улагања уређују се уговором о оснивању или уговором о улагању.Страном улагачу може бити уступљена дозвола (концесија) за коришћење природног богатства, добра у општој употреби или за обављање дјелатности од општег интереса, у складу са законом.Страном улагачу може се одобрити да изгради, искоришћава и трансферише (B.O.T. - Buildoperateandtransfer) одређени објекат, постројење или погон, као и објекте инфраструктуре и комуникација.

Међусобна права и обавезе уговорних страна се регулишу уговором о страним улагањима. Закон о страним улагањима Републике Српске[20]не прописује елементе овог уговора него их очигледно препушта пословној пракси док је бивши Закон о страним улагањима и концесијама ове елементе прописивао.[21]

Одредбе о уговору и његовим битним елементима не садржи ни нови нови Закон о улагањима Републике Србије[22]. С обзиром да се ради о читавом низу права и обавеза који проистичу из страног улагања, мишљења смо да су рјешења, која је садржавао ранији Закон о страним улагањима и концесијама Републике Српске, о дефинисању међусобних права и обавеза боља у односу на садашња рјешења у постојећем Закону, који не садржи одредбе о правним актима којима се регулишу страна улагања. Препуштање овог веома значајног питања пословној пракси изазива одређену несигурност, тако да и данашња пословна пракса све више нагиње рјешењима да се страна улагања регулишу уговором или одлуком о оснивању, чији елементи су садржани у закону, и на тај начин избјегну могући евентуални неспоразуми и евентуални спорови између уговорних страна.

Страни улагачи у Босни и Херцеговини су дужни своја појединачна улагања регистровати код Министарства спољне трговине и економских односа БиХ.[23]

---

[20] „Службени гласник Републике Српске“ бр. 24/04, 52/11 и 68/13.

[21] Поближе о томе видјети члан 18 ранијег Закона о страним улагањима и концесијама Републике Српске „Службени гласник Републике Српске“ бр.

[22] Службени гласник Републике Србије 89/2015.

[23] Поближе о томе видјети Закон о измјенама и допунама закона о страним улагањима Републике Српксе („Службени гласник Републике Српске“, бр. 24/04).

5. Закључак

Директне стране инвестиције су се, нарочито у овом периоду глобализације и интернационализације међународних економских односа и раста вриједности финансијских токова и развоја технологија у општем смислу ријечи,наметнуле као потреба и постале предметом интереса привредних система и земаља различитих економских нивооа њиховог развоја а нарочито су постале предметом интересовања средње развијених и неразвијених земаља. Економске, социјалне, политичке и други облици потреба за директним страним инвестицијама и улагањима страног капитала по било ком основу је наметнуо потребу за стварањем стабилног пословног окружења и нормативно-правног оквира у коме би ове инвестиције и инвеститори били заштићени и могли бити у функцији остваривања како сопствених тако и циљева земље домаћина.

У овом контексту треба посматрати директне стране инвестиције и страна улагања у стратешким и другим нормативним актима Републике Српске и Босне и Херцеговине од којих се полази као битне полуге за стварање самоодрживог привредног система и задовољавања читавог низа економских, социјалних, културних и других разлога за овакве облике инвестирања. Поред стабилног нормативно-правног оквира неопходно је извршити прилагођавање читавог низа других прописа нарочито у сфери пореске политике и опорезивања, ефикаснијег рјешавања судских и других поступака од значаја за страна улагања али истовремено радити и на повећању степена политичке сигурности и ефикасности рада институција које се баве директним инвестицијама и страним улагањима.

Методија АНГЕЛЕСКИ
Редовни професор, Факултет за детективи и безбедност, ФОН Универзитет, Скопје Р. Македонија
Злате ДИМОВСКИ
Ванредни професор, Факултет за безбедност Скопје, Универзитет "Св.Климент Охридски" Битољ, Р.Македонија

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ И ЕФЕКТИ ИНОСТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

Апстракт*. Један од фактора који генеришу одржљиви економски раст су инвестиције. Анализе показују да би могла Република Македонија да обезбеди неопходних 4-5% економски раст треба сваке године да "увози" 500 милиони евра. Најбоље решење за то је привлачење страних директних инвестиција због тога што се на тај начин држава не задужују, а ризик преузима инострани инвеститор.*

Пред око десет година Република Македонија је установила модел за слободне економске зоне због привлачења крупних инвестиција. Због овога је донесена законска регулатива за формирање и рад трговских индустријских развојних зона (ТИРЗ). ТИРЗ су наменски простор у коме инвеститори за обављање њихове делатности добивају порезне и царинске бенефиције, као и државну помоћ за покривање инвестицијских трошкова.

Не постоји официјални податак за ефекат иностраних директних инвестиција у Републици Македонији. Познаваоци ове проблематике сматрају да актуелни модел за слободне економске зоне не доноси очекиване резултате због тога што стране директне инвестиције немају никаквих директни импликација за буџет Републике Македоније.

Кључне речи*: правно регулисање, иностране директне инвестиције, економски развој, слободне економске зоне.*

1. Увод

Инвестициона политика представља најзначајнији део развојне макро-економске политике са великом улогом са економски раст и за постизање вишег нивоа економске развијености. Инвестициона политика, полазећи од циљева економског развоја, опредељује начине како да се најефикасније постигну циљеви у свакој фази развоја нацоналне економије[24]. Један од доминантнијих модалитета за убрзани економски раст и за подизање бруто домаћег производа на домаћем нивоу је привлачење иностраних директних инвестиција, тако да земље (нарочито оне у развоју, каква што је Македонија, при креирању економске политике спроведе реформе које обухваћају одређена легислативна, фискална и друга решења) реформишу се домаћа законска регулатива, укидају се административне баријере, смањују се порези, нуде се бенефиције, ослобођају се продузећа од велики број трошкова, додељују се субвенције и т. д.).

Напори за креираање и одржавање инвестиционе климе иду у правац подобравања" целовите бизнис климе у држави".[25]

2. Дефинисање и правно регулисање ИДИ у Републици Македонији

Иностране директне инвестиције (ИДИ) су категорија међународних инвестиција која одсликује циљ резидентне фирме из једне економије (инострански директни инвеститор) да стекне долгорочни интерес у фирми која је резидент у другу економију.

У Републици Македонији у Закону за девизно пословање се каже да и " директне инвестиције су улагања са којима инвеститор има намеру да успостави трајну економску повезаност или да успостави право на управлање са трговачким друштвом или са другим правним лицем у коме инвестира." [26]

---

[24] Нефоски Сашо, Стручен труд од областа на макроекономијата, Инвестициона политика - Случајот со Република Македонија, Скопје, 2007. http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/3ta-nagrada-investiciona-politika-slucajot-so-RM0.pdf

[25] Халачева Катерина, Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови како механзизам за заштита на меѓународниот елемент во Македонија при инвестирање - Магистерски труд, Ноември, 2011, https://eprints.ugd.edu.mk/584/1/Katerina_Halaceva.pdf .

[26] *Закон за девизно работење* („Службен весник на Република Македонија" бр. 34/01, 49/01, 103/01, 51/03, 81/08, 24/11, 135/11, 188/13, 97/15, и 153/15).

ИДИ не обухвата само трансфер капитала из једне у другу земљу него и трансфер менаџерских или техничких вештина у управљању, ширењу знања или претпријемаштва и форми истраживања и равоја, производне технологије, маркентишких знања, менаџерских вештина и т.д. "[27]

Директне иностране инвестиције могу да се дефинишу као улагање капитала од предузећа иностраних земаља или мултинационалних компанија у капицитетима у виду предузећа или филијала у земљи домаћина. Према томе са ИДИ стиче се власничка контрола[28].

За велики број земаља ИДИ су важан елеменат за активирање властитих потенцијала и за приступ до најсовременијих технологија, а као главни носиоци ИДИ су мултинационалне корпорације[29].

У практици привлачање ИДИ је повезано са функционисањем различних модела за слободне економске зоне и за то постоје различна легислативна решења.

У Републици Македонији проблематика у вези са функционисањем слободних економских зона правно је регулисана са Законом за технолошке индустриске развојне зоне, који од доношења од 2007 год. до сада је претрпео неколико измена[30].

Чак и елементарна анализа пречишћеног текста Закона за ТИРЗ, чији је циљ убрзавање економског развоја преко привлачења иностраног и домаћег капитала, показује да инвеститори који се одлучују да отворе фабрику или неки други капацитет у слободним економским зонама (који законодавац имењује као ТИРЗ) на територију Р. Македоније имају прилично комотан и привилеговани статус. Овакав закључак произлази из садржаја законских одредби, према којима држава инвеститорима по различним основама, и то делимично или чак у целости, покрива огромне трошкове за њихово пословање.

---

[27] Dunning J.: *Multinational Entreprise and Global Economy*, Addison Wesley Publishing, 1992.

[28] Несторовски М.: *Економија на инвестиции*, Економски факултет, Скопје, 2002, стр. 138.

[29] Неновска Н.: *Макроекономски аспекти на странските директни инвестиции со посебен осврт на странските директни инвестиции во Република Македонија*, докторска дисертација, Универзитет „Св. Климент Охридски" – Битола, Економски факултет – Прилеп, 2013, стр. 29.

[30] Види Службен весник на Р.Македонија 14\2007, 103\2008, 130\2008, 139\2009, 156\2010, 127\2012.

Закон на површини избацује и једну другу индикативну чињеницу: максималне суме за покривање инвестицијских трошкова наводе се у релативним износима (проценат од укупног инвестиционог трошка), а не номинално.

Тако, инвеститори који инвестирају у ТИРЗ добивају државну помоћ поред следеће скале: 25% од оправданих трошкова; 50% од оправданих трошкова или од трошкова за нова радна места за период од две године; 60%, односно 70% за оваквих трошкова када је реч о средним, односно малим предизеќима (чл. 2).

Када је у питању почетни инвестицијски пројекат, државна помоћ за покривање трошкова у ТИРЗ додељује се у оваквом обиму: 100% за инвестиције до 50 милиона евра; 50% за инвестиције од 50-100 милиона евра; 34% за инвестиције преко 100 милиона евра (чл.4-а).

Инвеститори у ТИРЗ имају погодности и у порезној сфери: за период од десет година не плаћа се порез за профит, као и персонални порез за плате њихових запошљених лица (чл.5).

Македонски законодавац је предвидео и помоћ за обуку и усавршавање, која се движи од 25-50%, а постоји могућност за њено повишавање (чл.6-а).

Поред горе наведених одредби, Закон за ТИРЗ предвиђа и следеће погодностик корисник зоне не плаћа надомест за уређивање градежног земљишта; Влада може да учествује у трошкове за изградњу објекта у висини до 500 хиљада евра; земљиште се даје на закуп за период од 99 година (чл.8).

Не траба да се забрави и чињеница да Реупблика Македонија у ТИРС обезбеђује просторне, енергетске, техничке и друге инфраструктурне услове за вршење делатности у зонама.

3. Обим и динамика ИДИ у Репблици Македонији

У транзициским земљама, каква што је и Македонија, привлачење ИДИ на почетку је било повезано за потребе приватизације, као и због недостига домаћег капитала за економско реструктуирање, а касније и због изгледе за приступање у ЕУ.

Економска практика и компаративна искуства показују да су стране компаније: “веће; капитално интензивно су ориентисани и запошљавају квалификованију радну снагу; имају веће

технолошко знање и виши ниво продуктивности од домаћих компанија." [31]

Прва ИДИ ушла је у децембру 2007 године. У овој години уведен је и рамни порез од 12% за корпоративни и персонални добит. Корпоративни добит предходно износио је 15%, а порез персоналне добити износио је 15%, 18%, 24%. Ова стопа у 2008 години снижује се на 10%, чиме Македонија постаје земља са најнижим стопама у Европи. Порез за реинвестирање износи 0%.

У макроекономским проекцијама за Македонију се предвиђује економски раст од 4 до 5% годишно. Једини фактор који може да регенише одржљивији економски раст су инвестиције. Македонија треба да постигне ниво инвестирања од око 25% од БДП. Колико је то тежак задатак може да се види од чињенице да у задњих десетак година инвестиције у оснивним средствима у Македонији нису достигле ни 18% у БДП, а штедња која је основни извор за инвестиције у моменту износи око 13% од БДП.[32]

За да обезбеди економски раст од 4-5%, Република Македонија треба сваке године да "увози" 500 милиона евра, а то је могуће само на два начина: 1) са задуживањем у иностранство; 2) са ИДИ.

Најбоље решење је привлачење ИДИ због тога што се држава не задужује, а ризик преузима инострани инвеститор. Међутим пракса показује да се Македонија убрзаним темпом задужује (и ван и код куће), а инострани инвеститори су изложени ризицима при вођењу њихових бизниса у нашој земљи.

Одређена истраживања показују да су " корупција, гломазни бирократски апарат и политичка нестабилност главни узроци који одвраћају инвеститора од региона."[33]

Објективни недостаци Македоније на које не може да се утиче су мало тржиште, немање излазак на море и завршена приватизација, али са друге стране су политичка и макро-економска стабилност, владање права и правне државе, независно судство и корупција, на које држава може да утиче.[34]

---

[31] Чабулева К., Миладинов Г. и Мицески Т.: *Влијанието на странските директни инвестиции во Република Македонија врз вработеноста за период 1997-2011 година*, Годишен зборник 2012, Универзитет „Гоце Делчев" – Штип, Економски факултет, 2012.

[32] Нефовски С.: *Инвестициона политика – случајот со Република Македонија*, Скопје, 2007, стр. 29-30.

[33] Нефовски, Исто стр.31

[34] Срѓан Стојанчов, Странски инвестиции - многу врева, малку резултати, http://novatv.mk/index.php?navig=8&cat=18&vest=22017 , дата на пристап: 25.02.2015.

ПОТЕКЛО НА СДИ ВО МАКЕДОНИЈА
(ВО МИЛИОНИ EUR)

Земја на Потекло на Инвестициите	Сума
Холандија	815,07
Австрија	484,28
Грција	433,45
Словенија	396,66
Унгарија	324,56
Турција	168,13
Бугарија	138,89
Франција	137,19
Обединето Кралство	111,63
Германија	111,26
Хрватска	92,08
Естонија	85,25
Србија	72,44
Швајцарија	72,04
Италија	67,20
Кипар	68,70
Британски Девствени Острови	66,79
САД	58,97
Сент Винсент и Гренадини	43,14
Белгија	29,91
Вкупно	**3777,64**

ПОТЕКЛО НА СДИ ОД ОФШОР ДЕСТИНАЦИИ ВО РМ
(ВО МИЛИОНИ EUR)

Земја на Потекло на Инвестициите	Сума
Кипар	68,70
Британски Девствени Острови	66,79
Сент Винсент и Гренадини	43,14
Лихтенштајн	29,26
Панама	10,31
Белизе	4,38
Сејшелски Острови	0,76
Бермуди	0,36
Џерси	0,16
Малезија	0,01
Кајмански Острови	-3,14
Вкупно	**220,73**

ИЗВОР: НБРМ

Према подацима Народне банке Македоније за период од две деценије (закључно за 2013 г.) у Р.Македонији су ушле ИДИ у износу од 3,77 милијарди евра. Најавећи инвеститори су Холандија, Аустрија, Грција, Словенија и Мађарска (60% од свих ИДИ.

На листи од двадесет иностраних инвеститора доминирају државе из ЕУ и НАТО или су из суседства. Интересантно је то што 220 хиљада евра ИДИ су ушли из офшор дестинација, односно из земаља где влада такозвани порезни рај (Кипар, Британска Девствена Острова, Сент Винсент и Гренадини, Линхенштајн, Панама, Белизе и т. д.). Економски други експерти упозорују да ове инвестиције нису иностране, већ да је реч о парама које потичу из Македоније и које се на индиректни начин поново враћају у земљи за да се легализирају или да су то паре криминалаца који не плаћају порез.

Обим ИДИ показује да је реч о приливу врло скромног иностраног капитала, у задњих неколико година бележи тренд смањивања (од 507 милиона евра у 2007 години, до 252 милиона евра у 2013 години). У задње две године прилив ИДИ драстично опада и износи: 205 милиона евра у 2014 години и 157 милиона евра у 2015 години.

Република Македонија бележи прилив иностраних инвестиција у обиму од 182 долара по глави становника (у Албанији тај прилив је већи за 2,5 пута, а у Црној Гори за 4 пута).

Неуспех у погледу привлачања ИДИ резултира са интензивним екстерним и интерним задуживањем.

4. Ефекти ИДИ у Републици Македонији

Радознали истраживач и обични граганин као порезни обавезник не може реално да сагледа и анализира ефекте ИДИ због два разлога: 1) држава за пословну тајну третира податке које се односе на услове под којима инострани инвеститора раде у Македонији (за висину државне помоћи за отварање радног места или за било какву другу државну помоћ за инстрано инвестирање; за реално отворених радних места; за обим извоза сваког иностраног пословног субјекта; за обим профита који је изнешен из земље и т.д.; 2) држава не објављује официјалне податке за обим трошкова за привлачење ИДИ (за рекламирање земље као повољне дестинације за инострано инвестирање; за неформалне лобисте или за официјалне економске промоторе у иностранство; за бројна роудшоуа која је реализирала Влада са бројним делегацијама. Неофицијални подаци говоре да су у периоду од 2009 до 2014 године посетене 31 земља и да укупни трошкови за привлаење инвестиција из иностранства износе око 110 милиона евра.[35] Међутум, и поред недостатка егзактних података sa ИДИ, врло скромни прилив иностраног капитала и велико задуживање земље индиректно показују да су залудна настојавања за изградњу модела за економски развој који се подупире само на туђа средства.Нити једна држава на свету па ни Македонија не може очекивања за економски раст да базира само на иностране инвестиције због тога што свуда су домаће компаније основни генератори националне економије. Иностраним инвеститорима нуде се бројне бенефиције (порезне и царинске олакшице; субвенције за запошљених: делимично покривање трошкова за изградњу фабрика или за обуку запошљених; привилеговани приступ до енергенса; и т. д, а то проузрокује осећај дискриминације код домаћих компанија. Бизнисмени, представници привредних комора и економски аналитичари указују да је потребно изедначивање услова за рад домаћих и страних компанија и да постоји клима за равноправну сарадњу. И поред то што домаће компаније имају могућност да инвестирају у

[35] Према податцима из једног истраживања спроведено од стране удружења ЗМАЈ.

ТИРЗ до сада је евидентиран само један такав случај, и то у ТИРЗ Бунарџик. Уколико Македонија хоће да има интензивнији економски раст и развој, потребан је пораст извоза и у том правцу да се граде економске мере за подршку и за оба типа инвестиција (стране и домаће).

4.1. Ставови испитаника за инвестиције (резултати емпириско истраживања)

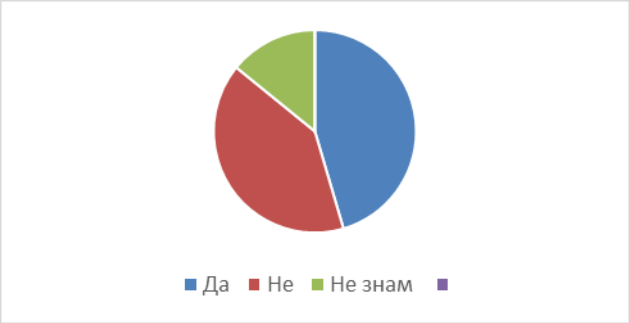
Једна телефонска анкета спроведена од стране Удружења младих аналитичара и истраживача (ЗМАИ) показују да ИДИ у ТИРЗ имају позитивни ефекат за националну економију, али истовремено испитаници сматрају да македонске и иностране компаније треба да имају исте услове за рад. Анкета је направљена на национални репрезентативни узорак од 1.118 грађана (циљне групе су били: приватни бизнисмени, запошљени у приватни сектор, запошљени у јавној администрацији, студенти). У кратким цртама наводимо резултате тог истраживања.

1. Какав је ефекат ИДИ на македонску економију?

Графикон бр.1

Чак 53% испитаника сматрају да су ефекти позитивни. Овакво мишљење је заступљено код свих циљних група грађана. Једино бизнисмени немају јасно опредељење за модалитете одговора. Овакви резултати не кореспондирају са ставовима економских и других познаваоца ове проблематике.

2. Дали сматрате да су оправдани повољности који Влада нуди иностраним инвеститорима ?



Графикон бр.2

Ставови су подељени. Студенти и власници приватног бизниса сматрају да повољности за иностране инвеститоре нису оправдани. Запошљени у јавној администрацији сматрају да су оправдани.

3. Дали је оправдано да инострани инвеститори не плаћају порез на профит?

Графикон бр. 3

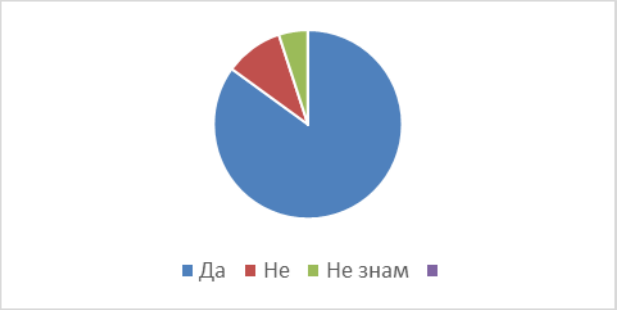
За више од половине испитаника то није оправдано. Овакво мишљење је најзаступљено код бизнисмена и код запошљених у приватном сектору.

4. Дали сматрате да је добит од иностраних инвестиции већи од трошкова за њихово привлачење?

Графикон бр. 4

Ставови испитаника су рамномерно подељени на три дела. Према образовању, 53 % од испитаника који су магистри или доктори наука сматрају да су трошкови привлачења ИДИ већи од бенефите које има држава.

5. Дали македонски инвеститори треба да уживају исте повољности као и инострани инвеститори?



Графикон бр.5

Испитаници по овом питању имају јасан став. Чак 85% од њих сматрају да македонске компаније треба да уживају исте повољности како и иностране компаније.

Овакав став доминира код свих образовних групи. Магистри и доктори наука у целости сматрају да македонски инвеститори треба да имају исте привилегије као и инострани инвеститори, што

значи да ова циљна група заузима став да постоји евидентна дискриминација македонских инвеститора.

Анкетирање било је спроведено у оквиру пројекта „Утицај владиних субвенција на иностране директне инвестиције и њихов ефекат на економски раст.“ [36]

5. Закључак

У Републици Македонији пред десетак година уведен је модел за функционирање слободних економских зона због привлачења иностранских инвестиција. Циљ је био убрзани развој националне економије. Ова проблематика је правно регулисана са посебним законом (Закон за технолошке индустриске развојне зоне). Анализа модела показује да законодавац инвеститорима који отворају фабрике или друге капацитете у зонама омогућује разноврсне финансиске погодности које се однесе на делимично (а у неким случајевима и тотално) покривање њихових трошкова за кратки или дужи временски рок. Држава показује невероватну широкогрудост која је процентуално (а не номинално) изражена у законским одредбама са којима се правно регулише рад у ТИРЗ. Нужни су транспарентнији критеријуми за додељивање државне помоћи, као и одредба за јавну достапност до висину износа због тога што се троши новац грађана.

Комплексна и свеобухватна анализа ефеката иностраних директних инвестиција за македонску економију није могућа због простог разлога што је држава за пословну тајну прогласила економске параметаре из ове сфере (нема официјалних података за то колико пара је потрошено за субвенционирање инвеститора у слободним економским зонама по свим основама, а не зна се ни колико пара Македонија троши за рекламирање због привлачења иностраних инвестиција. Једина светла тачка је можда чињеница да се отварају нова радна места, али индикативно је то што нема егзактних података за износ плата, за којих се сматра да су врло ниске.

У Републици Македонији у задњих неколико година ИДИ се намањују и поред тога што се инострани инвеститори фаворизирају. Прилив иностранских инвестиција по глави становника износи 182 долара. Само према овим параметрима може да се закључи да постојни модел за привлачење ИДИ није

[36] http://www.mkd.mk/makedonija/ekonomija/stranskite-direktni-investicii-se-pozitivni-no-domashnite-kompanii-treba-da

успешан и да су потребне промене не само у правној регулативи која покрива ову материју, него и много шире на друштвено-економском плану да би се креирала повољна бизнис клима. Сваки модел за привлачење ИДИ предпоставља проектирање и позитивно ефектуирање зацртаних економских и других мера. Инострани инвеститори, пак, очекују правну сигурност и функционисање свих механизама правне државе, како и политичку стабилност у земљи у којој инвестирају свој капитал.

Са економским мерама за подстицање економског развоја (порезне, царинске и друге субвенције или повољности) треба да биду обухваћени не само инострани него и домаћи инвеститори. Домаће компаније имају потенцијал да буду главни носиоци развоја националне економије, али њима требају исти услови за економско такмичење са иностраним компанијама.

Проф. др Александар ЋИРИЋ *
Правни факултет Универзитета у Нишу

Проф. др Предраг ЦВЕТКОВИЋ **
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРИНЦИП ПРАВИЧНОГ И ЈЕДНАКОГ ТРЕТМАНА КАО НАЧЕЛО МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА СТРАНИХ ИМВЕСТИЦИЈА: ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ

***Апстракт**. Циљ рада је оквирна анализа савремених карактеристика начела правичног и једнаког третмана као стандарда поступања државе домаћина са страном инвестицијом. Начело има корективно дејство у односу на примену одредби међународног и националних инвестиционих законодавстава и служи за попуну празнина присутних у правном режиму страних улагања. Међународни извори права страних улагања без разлике усвајају начело правичног третмана. Пракса решавања инвестиционих спорова није артикулисала потпуну и системску теорију о значењу принципа правичног и једнаког третмана: фокус анализе и интерпретације FET принципа преовлађујуће је усмерен на дефинисање понашања која су in concreto околностима квалификована као кршење обавезе државе домаћина да са страном инвестицијом поступа у складу са наведеним стандардом. Пракса форума који решавају инвестиционе спорове препознаје две групе понашања која се имају сматрати као кршење обавезе поступања државе домаћина у складу са FET принципом: прве се тичу кршења материјалноправних овлашћења и права страног инвеститора, док друге имају процедуралну природу. У прву групу спадају следеће мере и понашања државе домаћина: арбитрарност, груба неправичност,*

* Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

амбивалентност и дискриминација у поступању. У другу групу спада кршење права на правичан, регулисан и транспарентан поступак утврђивања права, обавеза и одговорности страног инвеститора. У оба случаја, за услов одговорности државе је да је инвеститор имао разуман основ поверења и поуздања да ће се држава домаћин понашати у складу са FET стандардом. Када се ради о материјалноправном аспекту обавезе државе да поступа у складу са принципом правичног и једнаког поступања, правна теорија и арбитражна пракса апстраховали су четири критеријума који (алтернативно) могу да се користе у функцији утврђивања да ли је у конкретном случају држава домаћин прекршила обавезу поступања у складу са FET стандардом. Ради се о следећим критеријумима: разумности, конзистентности, недискриминације и транспарентности.

***Кључне речи**: принцип правичног и једнаког третмана (FET); стране инвестиције; недискриминација; ICSID.*

1. Увод

Начело правичног и једнаког третмана (е. „Fair and Equitable Treatment“: даље и: „FET“) као стандард поступања државе домаћина са страном инвестицијом има корективно дејство у односу на примену одредби међународног и националног порекла којима се уређује правни режим страних улагања. Међународни извори права страних улагања (даље и: Међународно право страних инвестиција -MPSI)[37] без разлике усвајају наведено начело. Пракса решавања инвестиционих спорова није артикулисала потпуну и системску теорију о значењу принципа правичног и једнаког третмана: фокус анализе и интерпретације FET принципа преовлађујуће је усмерен на дефинисање понашања која су *in concreto* околностима квалификована као кршење обавезе државе домаћина да са страном инвестицијом поступа у складу са наведеним стандардом.

Садржина и структура наведених норми резултат су међуигре „*различитих економских, политичких и историјских фактора који га перманентно обликују*“.[38] Како међународно право

[37] Gramlich, Ludwig, "Rechtsgestalt, Regelunstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen", Baden-Baden, 1984, стр. 45.

[38] Sornarajah, Muthucumaraswamy. The international law on foreign investment. Cambridge University Press, 2010, стр. 6,

у целини има за циљ решавање супротстављених националних, пословних или социјалних интереса, међународно право страних инвестиција представља илустрацију наведеног развоја, посматрано пре свега кроз визуру сукоба држава извозница и држава увозница капитала. Међународно право страних инвестиција, настало као резултат ових конфликата, модел је који стандарде и опште (е. „*open-ended*“) формулације користи са циљем правног решавања конфликата држава у вези страних улагања. Стога се MPSI има посматрати као интердисциплинарно поље у коме се аргументи формирају и бране како правним, тако и механизмима и појмовима из области економије и политичких наука. При томе се у обзир узимају значајне политичке импликације и сукоби интереса на које утичу правила којима се уређују стране инвестиције. Тумачење начела пуне заштите и сигурности којим се установљава одређени стандард поступања са страним инвестицијама има се посматрати у горе наведеним оквирима.

1.1. Карактеристике начела правичног и једнаког третмана стране инвестиције

Начелом правичног и једнаког третмана утврђује се општи стандард поступања државе домаћина са страном инвестицијом. Начело има корективно дејство у односу на примену одређених одредби националних законодавстава и међународних извора, односно служи за попуну *lacunae* присутних у правном режиму страних улагања.

Извори MPSI-а без разлике усвајају начело правичног и једнаког третмана. Оно је садржано у самосталној клаузули или у комбинацији са клаузулом о забрани експропријације, односно са клаузулом којом се утврђује начело пуне заштите и сигурности инвестиције.

Начело правичног и једнаког третмана није присутно у домаћем Закону о улагањима,[39] али је садржано у у билатералним споразумима о заштити инвестиција који се примењују на правни режим страних инвестиција у Републици Србији.[40]

---

[39] „Сл. Гласник Републике Србије“, бр. 89/2015. Наведено начело није било присутно ни у ранијем Закону о улагањима.

[40] Видети нпр. споразуме са Турском (чл. II ст. 2; Сл. лист СРЈ”, додатак “Међународни уговори бр. 4/2001) и Хрватском (чл. 3. ст. 2;.“Сл. лист СРЈ”, додатак “Међународни уговори” бр. 12/2002)

Трибунали су избегавали велике теорије о значају стандарда правичног и једнаког третмана. Предмет њиховог разматрања било је идентификовање појавних облика понашања којима се крши стандард. У овом смислу илустративна је одлука у спору *Waste Management v. Mexico,* где је ICSID арбитража сматрала да је стандард прекршен понашањем које је арбитрарно, очигледно неправедно, неконзистентно (идиосинкратично), дискриминаторно, односно да се њиме тужилац (инвеститор) излаже деловању расних и других предрасуда. Арбитража је сматрала и да је стандард прекршен тиме што није обезбеђен правичан процес, те да је изостао очекивани ниво транспарентности у процесу доношења административнихи одлука везаних за инвестицију у питању.[41]

У одлукама којима се испитује садржина FET стандарда његова интерпретација почива на концепту правне сигурности. Концепт правне сигурности има своју материјалноправну и процесноправну димензију, који се огледа и у тумачењу постојања кршења начела правичног и једнаког третмана у споровима између државе и страног инвеститора. Процесноправна димензија односи се на процедурална средства која држава користи да би утврдила права и обавезе страног инвеститора. Кључна процесноправна манифестација начела правичног и једнаког третмана је начело правичног процеса: њиме се (у контексту односа државе и страног инвеститора) предвиђа обавеза државе да инвеститор буде обавештен о примени одређене мере, те право приступа инвеститора судовима и административним органима државе домаћина и могућност да захтева испитивање садржине односне мере у одређеном правно регулисаном поступку. Пропуштање државе да поступа у овом смислу представља кршење процесноправне димензије FET принципа.

Начело правне сигурности на коме почива принцип правичног и једнаког третмана као материјалноправни принцип је противтеза владавини силе и арбитрарности. Начело правне сигурности функционише у контексту владавине права.

Одлуке форума пред којима су решавани инвестициони спорови интерпретирали су принцип правичног и једнаког третмана кроз тумачење начела правне сигурности у материјалном и процесноправном смислу. FET принцип је интепретиран на начин који страним инвеститорима обезбеђује разуман,

---

[41] Видети одлуку у спору Waste Mgmt., Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/ 3, Award, ¶ 98 (Apr. 30, 2004), 43 I.L.M. 967.

недискриминаторан, конзистентан и транспарентан третман у материјалноправном смислу који се спроводи кроз правичан процесноправни механизам. Улога принципа правне сигурности као претпоставке принципа правичног и једнаког третмана конкретизује се кроз потребу обезбеђења стабилности и предиктабилности правног оквира.[42] Баланс између наведеног захтева и потребе да се уважи еволутивни карактер по правилу дугорочне и комплексне инвестиционе трансакције (чије се карактеристике мењају у зависности од измене контекста) илустрован је ставом арбитраже у спору *CMS Gas Transm. V. Republic of Argentina.* У одлуци арбитраже наглашено је да се не може очекивати да држава замрзне свој правни оквир који по природи увек "*еволуира и адаптира се на измењене околности*", али и да се при томе она има сматрати одговорном за испуњавање обавеза које је изричито преузела према инвеститору, како би се очувало поверење улагача на коме великим делом почива његова позитивна инвестициона одлука.[43]

2.1. Разумност

Принцип разумности захтева да понашање државе домаћина буде рационално посматрано кроз критеријум потребе остваривања легитимних јавних циљева мере коју је ова држава предузела, а којом се утиче на правну ситуацију страног инвеститора и/или његове инвестиције.[44] Принцип се сматра прекршеним када мера није усвојена у циљу спровођења легитимних интереса државе домаћина.

У одлукама судова, у циљу утврђивања да ли је понашање државе домаћина разумно (како би се утврдило да ли је дошло до кршења FET стандарда), утврђено је да је обавеза да се инвеститору обезбеди поступање у складу са начелом правичног и једнаког третмана прекршена уколико "*се покаже да је инвеститор био третиран на неправичан и арбитраран начин који третман чини*

[42] Видети одлуку у спору: CMS Gas Transm. Co. v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/01/18, Award (May 12, 2005), 44 I.L.M. 1205., ¶ 276.

[43] *Ibidem* ¶ 277.

[44] У одлуци у спору Saluka Investments BV v. Czech Republic, указано је да држава која има намеру да се понаша у складу са начелом једнаког и правичног третмана мора да обезбеди постојање "*разумног односа свог понашања са такође рационалном политиком чијем спровођењу мера служи*" Видети одлуку у спору: Saluka Invs. BV v. Czech Republic, Partial Award, ¶ 460 (Perm. Ct. Arb. Mar. 17, 2006), доступно на: http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf.

неприхватљивим из међународноправне перспективе. Утврђивање наведене чињенице мора да се спроведе у светлу околности да међународно право уважава право државе да регулишу питања везана за њихове сопствене јавне интересе (...)".[45]

A contrario, арбитраже су сматрале да је понашање државе у складу са начелом правичног и једнаког третмана уколико је оправдано легитимним регулаторним разлозима. На пример, у спору *Genin v. Estonia*, који је решаван позивањем на билатерални споразум о заштити и третману страних инвестиција између Сједињених Америчких Држава и Естоније, спорна је била мера којом се повлачи дозвола коју је држава домаћин (Естонија) издала инвеститору за обављање банкарских послова. Последица ове мере била је немогућност инвеститора да настави пословање. Арбитража је сматрала да кршење принципа правичног и једнаког третмана мора да има карактер "*вољног занемаривања дужности са интензитетом активности који је значајно иза међународних стандарда, укључујучи понашање у лошој вери".*[46] Арбитража је сматрала да је одлука била разумна регулаторна одлука: влада Естоније имала је право да се брине за управљање и финансијску одрживост банке.

У спору „Eastern Sugar B. V. v Czech Republic", наведено је да" *кршење билатералног споразума о заштити и третману страних инвестиција не наступа искључиво у форми инвазиваног и агресивног мешања"*. Споразум се, међутим, не може сматрати *а приори* прекршеним увек када је повређена његова одредба или када је изостала потпуна имплементација споразума од стране државе. Одређени ниво неефикасности и људске имперфекције (која се делом мора узети у обзир и толерисати) морају да буду да буде прекорачени пре него што се установи да је споразум прекршен. У супротном, било какво минорно кршење обавезе државе из билатералног споразума о заштити и третману страних

[45] Видети одлуку у спору: S.D. Myers, Inc. v. Canada, Partial Award, (NAFTA Arb. Nov. 12, 2000), 40 I.L.M. 1408 (2001), ¶ 263

[46] Видети одлуку у спору: Genin v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (June 25, 2001), 17 ICSID REV. – FOREIGN INV. L.J. 395 (2002) ¶ 367. Elemenat dobre vere inkorporiran je u načelo FET-а и у одлуци у спору Bogdanov v. Republic of Mold., Award (Arb. Inst. Stockholm Chamber of Commerce, Sept. 22, 2005), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/Bogdanov-Moldova-22September2005.pdf, at 4.2.4. Арбитража у овом спору позвала се на став неупитног ауторитета у овој области, Кристофа Шројера изнет у раду Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, 6 J. WORLD INV. & TRADE 357 2005);

инвестиција могло би да буде предмет међународне арбитраже, што није сврха ових споразума.[47]

Анализирајући одлуке арбитража, релевантна јуриспруденција је закључила да *"арбитраже не евалуирају акције државе домаћина у смислу њених грешака у дефинисању правнополитичких циљева и у њиховом спровођењу, већ идентификују акте који су ирационални или арбитрарни".*[48] Стога понашање државе које је супротно обавези понашања у складу са FET принципом мора да се се карактерише као "политички мотивисани акт", то јест да се ради о понашању које није мотивисано реализацијом легитимних јавноправних циљева, већ је усмерено ка инвестицији односно инвеститору. Арбитраже које су прихватиле политичку мотивацију као критеријум за утврђивање неразумности (и даље кршење FET стандарда) захтевају прецизирање форме и садржине такве мотивације.[49]

2.2. Недискриминација

Принцип правичног и једнаког третмана везан је за принцип недискриминације. Тако је у спору спору *Eureko v. Poland*, арбитража је сматрала да је Пољска прекршила принцип правичног и једнаког третмана тиме што је пропустила да испуни обавезе које је преузела приватизацијом. Наведено понашање је било приписано ономе што је арбитража сматрала "чисто арбитрарним понашањем повезаним са политичким односима у Пољској, те националистичким разлозима који имају дискриминаторни карактер".[50]

---

[47] Видети одлуку у спору: Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic, Partial Award, SCC Case No. 088/2004, ¶ 272(Mar. 27, 2007).

[48] Видети: Vandevelde, Kenneth J. "A unified theory of fair and equitable treatment." New York University Journal of International Law and Politics (JILP) 43.1 (2010), на strain 55.

[49] Тако је у спору Eureko v. Poland тужилац (investitor iz Holandije) стекао 30 % власништва у државној компанији за осигурање која је била у процесу приватизације. Инвеститор се при томе поуздао у обећање државе домаћина (Пољске) да прода остатак акција, што би омогућило тужиоцу да стекне већинско власништво. Каснији развој догађаја учинио је приватизацију политички контроверзном због чега је Пољска одбила да испуни своју обавезу и оконча је продајом преосталог пакета акција страном инвеститору. Арбитража је сматрала да је Пољска прекршила принцип правичног и једнаког третмана тиме што је одбила да испуни своју обавезу *из „арбитрарних разлога који су повезани са дешавањима на домаћој политичкој сцени и националистичким разлозима дискриминаторног карактера"*. Видети одлуку у спору: Eureko B.V. v. Republic of Poland, UNCITRAL Arb., Partial Award (Aug. 19, 2005), 12 ICSID Rep. 335 (2005), ¶ 233)

[50] *Ibidem*

2.3. Конзистентност

Форуми пред којима су решавани инвестициони спорови су у обавезу државе да поступа у складу са начелом правичног и једнаког третмана укључивали и потребу конзистентности у поступању. Наведена обавеза није апсолутна: држави домаћину се начелно мора признати одређена маргина дискреције у дефинисању одређене политике и њеном имплементирању. Инвеститор не може да очекује да држава увек и без изузетка одступи од сопствених правно-политичких циљева како би обезбедила интересе самог улагача. Кључни критеријум за утврђивање да ли се држава понашала конзистентно јесте да ли је својим радњама и понашањем дала основ за разумно поуздање инвеститору да ће се у односу на његову инвестицију понашати на одређени начин. Овај основ може да буде у форми обећања или давања одређеног осигурања да ће се инвестицији обезбедити одређени третман. Наведени концепт се у пракси манифестује кроз појам „легитимних очекивања“ инвеститора.

2.3.1. Легитимна очекивања инвеститора

Позиција арбитражне праксе је да „легитимна очекивања“ конституишу кључни критеријум за евалуацију питања да ли је или није дошло до кршења FET-а.[51] За ову процену, арбитража би требало да испита услове које је држава домаћин понудила у време инвестирања’[52], правну могућност да инвеститор тражи испуњавање обавезе државе да наведене услове испуни,[53] те спецификацију тих услова.[54] Арбитраже морају и да евалуирају на који су начин измене наведених услова биле *de facto* релевантне за положај инвеститора.[55]

---

[51] Видети одлуку у спору Saluka Investments BV v Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, IIC 210 (2006), ¶ 302.

[52] Видети одлуку у спору: LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1, IIC 152 (2006), ¶ 130

[53] *Ibidem*

[54] Видети одлуку у спору: CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, ¶ 275

[55] *Ibidem* ¶ 277

Питање легитимних очекивања има три основне карактеристике.

Прво, очекивања су легитимна уколико проистичу из поуздања страног инвестира да ће се држава домаћин понашати на одређени начин. Обећање може бити у различитој форми (усмено, писано, политичка обавеза и слично). Тако је у образложењу одлуке Иранско-америчког трибунала у случају Rankin v. Iran наведено је да је "*анти-америчка изјава иранских званичника у нестабилним револуционарним условима, која је довела до уништења и крађе америчке имовине инконзистентна са принципом обезбеђивања правичног третмана страних инвеститора*".[56]

Друго, легитимна очекивања укључују поуздање у стабилан и предиктабилан правни оквир инвестиције који задовољава стандарде транспарентности и правне сигурности.

Треће, легитимно очекивање подразумева да инвеститор од државе домаћина очекује правичан однос и једнак третман за своју инвестицију.

У арбитражној пракси преовладава став да се инвеститор има поуздати у обавезу државе уколико је она у довољној мери спецификована. [57] На инвеститору је терет доказивања (*onus probandi*) да је прекршено његово поуздање (легитимно очекивање) да ће се држава понашати на одређени начин, при чему је то поуздање резултат конкретног уверавања државе домаћина.

Када се ради о времену процењивања „легитимности очекивања", арбитраже су заузеле став да "*инвеститорова очекивања морају да буду легитимна и разумна у време када је инвеститор реализовао инвестицију (...). Процена разумности или легитимности мора да узме у обзир све околности, укључујући не*

---

[56] Наведено према: Mouri, Allahyar, "The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, стр. 334.

[57] Пример наведеног приступа је одлука ICSID арбитраже у спору National Grid v. Argentina. Предмет спора била је мера којом је Аргентина изменила сопствене прописе са последицом модификације система субвенција пројектима за производњу електричне енергије (које су делом биле разлог за улагање и у чије се постојање инвеститор поуздао). Арбитража је сматрала да су нарушена легитимна очекивања инвеститора, чиме је прекршен и стандард правичног и једнаког третмана: систем субвенција био је довољно спецификована обавеза државе домаћина која је била основ поуздања и легитимног очекивања инвеститора да ће остати на снази током реализације његовог улагања. Видети одлуку у спору: National Grid P.L.C., Claiman V. Argentine Republic, Respondent, Award, Date: November 3, 2008, ¶177-179. Слична аргументација присутна је и у одлукама у споровима CMS v. Argentine, ¶ 181 i Azurix Corp v Argentine Republic, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006), ¶ 377.

само чињенице које окружују инвестицију, већ такође политичке, социоекономске, културне и историјске услове државе домаћина.[58] Начелно, арбитраже лимитирају заштиту на очекивања која су разумна према околностима конкретног случаја.[59]

Очекивања инвеститора о будућем понашању државе у редовним околностима не транспонују се безусловно у "легитимна очекивања" о понашању државе у нередовним околностима: утврђивање „легитимности" очекивања инвеститора мора да укључи могућност да држава због нових околности предузима одређене регулаторне акције којима се утиче на страног инвеститора и његову инвестицију. Тако је арбитража у спору *Saluka v. Czech Republic* посебно упозорила на штетне последице могућности да се очекивања инвеститора апсолутизују: тиме би се, наиме, "*наметнула држави домаћину нереална обавеза*".[60] Арбитража је упозорила и да "*оквир заштите споразума коју обезбеђује релевантан билатерални споразум о заштити и третману страних инвестиција кроз примену начела правичног и једнаког третмана не може да буде детерминисан искључиво субјективним мотивима и ставовима страног инвеститора*".[61] Очекивања инвеститора се имају сматрати легитимним (у контексту испуњења обавезе правичног и једнаког третмана) у светлу околности конкретног случаја.[62] Инвеститор не може да „*разумно очекује да околности које постоје у време инвестирања могу да остану у потпуности неизмењене. У циљу дефинисања да ли је нарушавање очекивања инвеститора јесте разумно и оправдано, у обзир мора да се узме легитимно право државе домаћина да и након инвестирања као суверен уређује питања од јавног интереса (...)".*[63]

Наведени приступ отвара питање: када ће се сматрати да су испуњени услови одступања од основног принципа да инвеститор има право на заштиту легитимних очекивања као елеменат његовог права заснованог на начелу правичног и једнаког третмана? Арбитраже су заузеле став да право државе домаћина да одступи од обавеза у чије се постојање инвеститор „легитимно поуздао" мора да се заснива на принципу "*одмеравања легитимних интереса тужиоца (инвеститора) и његових легитимних*

---

[58] Видети одлуку у спору Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, ¶ 340.

[59] Видети одлуку у спору: Saluka Invs. BV v. Czech Republic, Partial Award, ¶ 304

[60] *Ibidem* ¶ 304.

[61] *Ibidem* ¶305.

[62] *Ibidem* ¶ 304.

[63] *Ibidem* ¶ 305.

очекивања, са једне стране, те легитимних регулаторних интереса туженога (државе домаћина), са друге стране".[64] Арбитража у конкретном случају није описала како се ови конкурентни интереси могу "одмерити", оставивиши то околностима конкретног случаја.

Пример горе наведеног одмеравања је резоновање арбитраже у спору Parkerings-Compagniet v. Lithuania. Арбитража у наведеном спору је сматрала је да је "*право сваке државе да врши своја суверена легислативна овлашћења. Држава има право да усвоји, модификује или укине правну норму према сопственој дискрецији. Осим уколико не постоји споразум у форми стабилизационе клаузуле*[65] *или на други начин, не може се оспорити право измене регулаторног оквира који је постојао у време када се инвеститција реализовала. Штавише, сваки инвеститор зна да право еволуира током времена. Наведено право државе на модификацију, укидење или усвајање правних норми условљено је испуњавањем критеријума правичности, разумности и недискриминације"*.[66] Арбитража у наведеном спору додала је да *"у начелу, инвеститор има право на одређену стабилност или предиктабилност правног окружења инвестиције. Инвеститор има право на заштиту својих легитимних очекивања уколико су та очекивања била разумна у светлу околности конкретног случаја. У складу са напред наведеним, инвеститор мора да антиципира да се околности могу променити, и стога да структуира своју инвестицију на начин који омогућава њену адаптацију на потенцијалне измене правног окружења"*.[67]

Одлука ICSID арбитраже у спору MTD Equity v. Republic of Chile осветљава блиски однос између легитимних очекивања инвеститора и обавезе државе домаћина да примењује право на

---

[64] *Ibidem* ¶ 306

[65] Стабилизациона клаузула је одредба уговора државе и инвеститора или норма инвестиционог законодавства којим се правни режим који је важио за инвестицију у моменту закључења уговора односно њене имплементације. Више о стабилизационој клаузули видети у: Предраг Цветковић, Право страних инвестиција, Фондација Андрејевић, 2007, стр. 44.

[66] Видети одлуку у спору: Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lith., ICSID Case No. ARB/05/8, Award (Sept. 11, 2007), ¶ 332.

[67] *Ibidem* ¶333. Претходна напомена је у суштини понављање позиције која је наведена у једној од ранијих одлука ICSID арбитраже (Tecmed S.A.v. The United Mexican States, ICSID Award, No. ARB AF/00/2 ¶ 154.):"*Страни инвеститор очекује да држава поступа у конзистентном маниру, слободна од двосмислености и транспарентно тако да се унапред знају сва правила и норме које се примењују на инвестицију, као и разлози иза релевантних политика административне праксе, а са крајњим циљем да му се омогући планирање инвестиције*".

конзистентан начин. При томе, међутим, улогу игра и понашање тужиоца (инвеститора): непостојање конзистентности на страни државе домаћина (и тиме кршење обавезе обезбеђења FET третмана) не може да буде изговор за недостатак одговарајуће пажње на страни инвеститора. У наведеном спору арбитража је пресудила у корист тужиоца, али је у обзир узела и недостатак пажње (дилигенције) инвеститора у процени легитимности сопствених очекивања. Арбитража је сматрала да је изостанак дужне пажње тужиоца (инвеститора) допринео настанку штете, што је имало за резултат да је додељена штета била 50 % нижа од додељене."[68]

У спору GAMI Investments, Inc v The Government of the United Mexican States предмет спора је била експропријација коју је влада Мексика спровела над пет шећерана које су припадале тужиоцу (страном инвеститору). У циљу утврђивања да је прекршен стандард FET-а, део захтева инвеститора (GAMI) био је базиран на ставу да је Мексико пропустио да спроведе сопствене прописе о извозним квотама појединачним шећеранама, чиме је нарушио конкуренцију између произвођача шећера и тиме узроковао губитак инвеститора: извоз конкуренције није био ограничен квотама (што је чињеница у коју се инвеститор поуздао и имао "легитимно очекивање" да ће држава да спроведе сопствену политику ограничавања извозним квотама). Примењујући приступ арбитраже у спору MTD Equity којим се анализира да ли је у конкретним околностима поуздање инвеститора у одређену меру (а тиме и легитимна очекивања да ће се држава домаћин понашати конзистентно и у крајњем у складу са ФЕТ принципом) арбитража је навела да "*међународно право не оцењује садржину регулаторног режима који је утврђен пре него што је инвеститор донео позитивну инвестициону односу. Правне последице се везују искључиво за чињеницу да ли је држава домаћин спроводила тако дефинисан програм".*[69] Арбитража је сматрала да у регулаторном оквиру државе домаћина није било недвосмислене обавезе да ће све шећеране добити одређене извозне квоте чије ће поштовање бити контролисано, односно санкционисано у случају да их се шећеране не придржавају. Стога страни инвеститор није имао оправдање за сигурно поуздање у наметање и контролу извозних квота. У складу

[68] Видети одлуку у спору: MTD Equity v. Republic of Chile, Case No. ARB/01/7 Award, ¶117, 127, 164, 173.

[69] Видети одлуку у спору: GAMI Investments, Inc v The Government of the United Mexican States, Final Award, UNCITRAL, 15. Nov. 2004, ¶ 91.

са тим, арбитража је сматрала да FET стандард није прекршен. Аргумент арбитраже био је да очекивања инвеститора не могу да проистекну из његове имагинације већ морају имати основ у недвосмислено преузетој обавези државе домаћина.

Релевантне одлуке судова идентификују већи број фактора који се сматрају вредним за разматрање у погледу утврђивања да ли понашање државе домаћина даје основ за тврдњу да су прекршена "разумна легитимна очекивања" инвеститора:

-посебно дефинисана, кроз уговор или на други начин обавеза држава ствара виши ниво "легитимних очекивања" него обавеза садржана у пропису опште примене (нпр. у системском законодавству које се тиче страних улагања) ;

-чињеница да је мера у питању недискриминаторна и односи се на јавни интерес требало би да буде узета у обзир: уколико је то случај, могућност да је одређена мера нарушила ниво легитимних очекивања је мања. Vice versa, уколико се мера не односи на питање од јавног интереса постоји виши степен вероватноће да се ради о мери којом се нарушавају легитимна очекивања улагача. [70]

2.4. Транспарентност

У неколико арбитражних одлука принцип правичног и једнаког третмана сматран је прекршен тиме што се држава није понашала транспарентно. У овим одлукама утврђено је да је држава домаћин прекршила принцип FET-а било тиме што није учинила јавним правила која се примењују на инвстицију (материјална или процедурална), било тиме што није публиковала образложење за меру коју је преузела или је одбила да преузме. Обавеза транспарентности као елеменат FET-а се примењује не само на правни оквир државе домаћина, већ и на њену политику у односу на стране инвестиције (начелну или политику према одређеној врсти страних улагања односно улагањима у одређени сектор привреде). Када се ради о политици према страним инвестицијама, принцип трансапрентности не подразумева објављивање интерних дискусија и "пута" којим се дошло до структуре и садржине наведене политике: међутим, држава има обавезу да једном усвојену политику према страним инвестицијама треба да се учини јавном у складу са обавезом транспарентности. Супротно понашање представља кршење начела FET-а.

[70] Видети одлуку у спору: Cont'l Cas. Co. v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, ¶¶ 260-61 (Sep. 5 2008),

Страни инвеститори се у пракси као тужиоци у највећем броју случајева позивају на то да држава домаћин није на адекватан начин учинила транспарентним своје законе и политику према страним улагањуима. Одлуке у корист тужилоца, међутим, донете су уколико је држава домаћин пропустила да током преговора са инвеститором представи све чињенице које су од значаја за његово улагање.[71]

[71] У спору MTD Equity v. Chile, арбитража је сматрала да је држава домаћин (Чиле) неконзистентним понашањем прекршила принцип правичног и једнаког третмана. Алтернативно, арбитража је сматрала да недостатак транспарентности такође крши стандард. У време када је Чиле преговарао са инвеститором, није учинио транспарентном чињеницу да је пројекат супротан нациналном праву. Да је то учинио, инвестор је могао да донесе валидну одлуку да ли да инвестира у светлу ризика да захтевано одобрење локалне самоуправе не буде добијено. Дакле, Чиле је могао да поступа у складу са начелом правичног и једнаког третмана на два начина: обезбеђењем конзистентне политике (обезбеђењем издавања дозвола у свим случајевима када је потребно одобрење локалне самоуправе) или транспарентношћу информација о потреби добијања тог одобрења доступним. Није поступио ни на један од два начина и стога је прекршио FET третман. Видети: MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/ 01/7, Award, (May 25, 2004), 12 ICSID Rep. 6 (2007). Para. 163

Prof. Aleksandar Ciric,
Full Professor, Faculty of Law, University of Nis

Prof. Predrag Cvetkovic,
Full professor, Faculty of Law, University of Nis

THE PRINCIPLE OF FAIR AND EQUITABLE TREATMENT AS THE PRINCIPLE OF THE LAW ON FOREIGN INVESTMENTS: CONCEPT AND CARACTERISTICS

***Abstract**. The goal of the paper is the general analysis of of contemporary features of the principle of fair and equitable treatment (s. "Fair and Equitable Treatment": hereinafter:"FET") as the standard of treatment which should be provided by the host country to the foreign investment. of the host country to foreign investment. The principle has a corrective effect in relation to the application of the provisions of the international rules applicable on foreign investment regime, as well the provisions of national investment legislations. It also serves as the tool for filling the gaps in the legal regime of foreign investments. The legal sources which form the International Law on Foreign investments accept without exception the application of FET principle. The practice of the settlement of investment disputes, however, haven't yet articulated full scale systemic theory about the scope and reach of the FET principle: the prevalent focus of the analysis and interpretation of FET principles is to define behaviors that in "in concreto" circumstances can be qualified as a violation of the obligations of the host country to act in accordance with the above standard as regard the foreign investment at stake. The case law of the forums entrusted to resolve the investment disputes recognizes two groups of behaviors that should be considered as a violation of the obligations of the host country to respect FET standard of treatment toward foreign investment: the first group includes the violations of substantive rights, while the other group deals with the breach of procedural rights. The former group includes the following actions and behavior of the host country as the manifestation of the breach of FET standard: arbitrariness, gross injustice, ambiguity and discrimination in treatment. The second group includes the right to a fair, regulated and transparent procedural mechanism of determining the rights, responsibilities and obligations of foreign investors. In both cases, the condition of the State's responsibility is that the investor had a sound basis of trust and confidence that the host country will comply with the FET standard. With regard to the substantive aspect of the state's obligation to act in accordance with the principle of fair and equitable*

treatment, legal theory and practice of arbitration derived four criteria which can be used alternatively in the function of determining whether in the case at stake the host State is in breach of the obligation to treat foreign investment in accordance with the FET standard: reasonableness, consistency, non-discrimination and transparency.

Key words*: principle of fair and equitable treatment (FET); foreign investment; non-discrimination; ICSID.*

Доц. др. сц. Ратко БРНАБИЋ
Правни факултет Сплит

СКЛАПАЊЕ УГОВОРА СА САМИМ СОБОМ КОД ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

***Апстракт**. У раду се расправља о проблематици правних послова које директори склапају с друштвом а код којих правних послова директори с једне стране наступају као заступници по закону тих друштава а с друге стране као физичке особе. Могућност за склапање таквих уговора произлази из чињенице да је ту ријеч о различитим правним субјектима. Анализира се опсег овласти директора за заступање друштва те се утврђују границе те овласти. Надаље, утврђује се повезаност института заступништва с институтом пословодства. Посебице се проучава појавни облик једночланог друштва с ограниченом одговорношћу јер је управо код таквог друштва присутан ризик склапања уговора са самим собом а због чињенице да је директор истовремено и једини члан друштва. У раду се проводи рашчламба одредаба хрватског Закона о трговачким друштвима и других прописа у свези с тим уговорима. Такође, уважавајући околност да су узор у изради хрватског закона о трговачким друштвима били одговарајући прописи њемачког права, даје се поредбеноправни приказ одредаба које уређују проблематику склапања споменутих уговора. Посебице се у раду разматра допустивост њиховог склапања, правних учинака те питање одговорности члана/директора.*

***Кључне ријечи:** заступање, једночлано д.о.о., склапање уговора са самим собом, одговорност управе, одговорност члана друштва за обвезе.*

1. Увод

Сваки сувремени правни поредак омогућава удруживање особа на приватноправној основи утемељено правним послом и усмјерено на постизање заједничкога циља. Те правне заједнице друштва су приватног права, а нека од њих су уз то и правне особе - самостални носитељи права и обвеза, одвојене од својих чланова. Питање је само тко одговара за њихове обвезе, односно произлази ли из чланства изравна одговорност чланова за обвезе друштва. Посебну скупину чине друштва чији чланови сносе пун ризик пословања, а истовремено околност чланства не значи да одговарају и за обвезе тих друштава. То су друштва капитала - друштво с ограниченом одговорношћу (д.о.о.) и дионичко друштво (д. д.). Забрана захвата вјеровника тих друштава у имовину њихових чланова цијена је коју пословни свијет треба платити ради општег господарскога напретка и развоја чији су она најважнији чимбеник. Кад би за обвезе свих друштава, које неки правни сустав прописује, одговарали њихови чланови неограничено и цијелом својом имовином, то би се увелике одразило на господарство јер се нитко тада не би упуштао у ризичне подузетничке потхвате па нити кад би се у случају успјеха могла остварити вишеструка добит. Негативне посљедице евентуалног неуспјеха имале би превагу у односу на позитивне учинке успјеха потхвата.

Господарске предности друштава су бројне и оправдавају признање правне особности трговачких друштава што посебице вриједи за друштва капитала. У правној теорији ту је ријеч о начелу одвојености друштва од његових чланова.[72] Начело одвојености значи осамостаљење друштва према трећима, али и према органима и члановима друштва. Посебно је раздвојена правна особност друштва у односу на чланове друштва. Друштво самостално дјелује у правним односима, има властиту имовину те одговара за своје обвезе.[73] Подузетничка активност приписује се друштву као самосталној правној особи па се и имовина коју друштво стекне сматра имовином друштва, а одговорност друштва

[72] *Weick, G.,* u: *Staudinger, J.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 826—829; Produkthaftungsgesetz; Neubearbeitung 2003 *v. Jürgen Oechsler, J.,* Berlin 2003, § 21, Rdnr. 37; Једнако, али с додатном аргументацијом *Bitter, G.,* Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, Köln, 2000, str. 82.

[73] *Wilhelm, J.*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln, 1981, str. 1.

ограничена је само на ту имовину.[74] Сва трговачка друштва су трговци. Начело одвојености значи да је друштво у персоналном и имовинско-правном смислу одвојено од чланова који, с друге стране, не одговарају за обвезе друштва. Друштво и члан не само да су самостални носитељи права и обвеза који су неовисни један од другога, него располажу и различитим имовинама којима одговарају за испуњење обвеза вјеровницима.[75] Могуће је да чланови друштва одговарају вјеровницима за обвезе сличнога садржаја али из различитих правних основа. Конкуренција двију одговорности није супротна начелу одвојености, већ га напротив и потврђује. Примјерице, члан може починити деликт с друштвом (као супочинитељ) или може преузети јамство за друштво, али и обрнуто. У описаном контексту ваља проматрати и проблем склапања уговора са самим собом јер је он изравна посљедица начела одвојености. Код тих правних послова, физичка особа која заступа друштво с једне стране очитује вољу друштва а с друге стране наступа и у приватном капацитету те очитује вољу као самостална физичка особа. Већ и из кратког описа може се закључити да такви правни послови могу бити штетни за само друштво а тиме неизравно и за вјеровнике друштва јер свако смањење имовине друштва утјече на његову способност да испуњава обвезе. Стога ће у наставку рада бити више ријечи о правним рјешењима којима Законодавац уређује „правила игре“ у том осјетљивом подручју. Наиме, потребно је осигурати примјену начела одвојености али истовремено треба спријечити евентуалну злопорабу споменутог начела.

2. Овласти управе и начелна забрана склапања уговора са самим собом

Друштво с ограниченом одговорношћу мора имати управу. Управа води послове и заступа друштво. Без ње оно не може дјеловати, јер је то орган који изражава вољу друштва према трећима па се заправо тако изражава пословна способност друштва.[76] Међутим управа није једини орган друштва којем припада овласт

[74] *Ibid.,* str. 1.

[75] Тако њемачки Врховни суд (*Bundesgerichtshoff*), позивајући се на одредбу из §13. Abs. 2 GmbHG одређује начело одвојености с аспекта одвојене одговорности за обвезе; *V.* BGH, NZG 2004, стр. 40.

[76] *Барбић, Ј.,* Право друштава – друштва капитала, св. II., 5. Издање, Организатор, Загреб, 2010, стр. 326.

на заступање друштва. У неким случајевима друштво заступа скупштина или надзорни одбор (ако га друштво има). Ако друштво нема ниједног члана управе ни привременог управитеља, надзорни одбор прима очитовања воље и писмена за друштво, а ако друштво нема нити тај орган онда су на то овлаштени чланови. Друштво стјече права и преузима обвезе из послова које склопи управа па и онда када то није било јасно назначено али из околности конкретног случаја произлази да је воља страна у послу била склапање правног посла за друштво. [77] Том одредбом уређено је питање очитовања воље и слања различитих исправа друштву па се спрјечава злопораба у случају када је опозван директор друштва а није одмах именован нови (или ако је директор поднио оставку). Стога ту нема потребе за постављањем друштву привременог управитеља [78].

Чланови управе морају поштовати ограничења овласти за заступање постављена друштвеним уговором те одлукама и обвезним упутама чланова друштва. [79] Овласт за заступање обухваћа и склапање правних послова који нису у складу с циљем друштва нити с предметом пословања. Управа смије склапати правне послове који не спадају у редовито пословање, даје прокуру и трговачку пуномоћ, [80] смије располагати имовином друштва, дати

---

[77] Усп. чл. 426 ст. 7. и ст. 9. хрватског Закона о трговачким друштвима (Народне новине 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013, 110/2015, у наставку: ЗТД)

[78] *König, J./Bormann, D.*, Die Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, DNotZ 2008, стр. 671. Usp. *Barbić, J.*, Право друштава – друштва капитала, св. II., стр. 338. и даље.

[79] Види чл. 427. ст. 1. ЗТД-а.

[80] Давање прокуре и трговачке пуномоћи у њемачком праву код друштава с ограниченом одговорношћу уређено је одредбом § 46 Нр. 7. њемачког Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу (GmbHG-puni naziv "Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist"). Скупштина поставља прокуристе и трговачке пуномоћнике. Та интерна овласт не ограничава овласт управе на заступање. Управа може и без одлуке скупштине именовати прокуристу и опозвати га али то мора одобрити скупштина или надзорни одбор, ако га друштво има. *Zöllner, W./Noack, U.*, u: Baumbach, A./Hueck, A., GmbHG, 20. Auflage, C.H.Beck, 2013, § 35, Rdnr. 84. Такође, Скупштина је овлаштена одлучивати о склапању менаџерског уговора јер одлучује о именовању и опозивању чланова управе (чл. 441. точ. 3. ЗТД-а, за њемачко право усп. § 46 Nr. 5. GmbHG). У пракси се показало као најбоље рјешење да се та одлука донесе једногласно иако је Законом прописана обична већина а како би се избјегло побијање те одлуке. Такво полазиште заузима њемачки OLG Франкфурт у пресуди од 28.4.1981 - 20 W 795/80, NJW 1982, стр. 2389.

кредит, изјаву о јамству те даровати дио имовине друштва. [81] Пословни партнери друштва нису дужни испитивати је ли у конкретном случају управа интерним актом ограничена код склапања тих послова. Трећи као доказану узимају чињеницу да управа може обвезати друштво неограничено те да тај орган слободно може располагати имовином друштва.

Овласт управе на заступање неограничена је и због разлога правне сигурности [82]. С друге стране, она ипак може бити ограничена у персоналном смислу самом чињеницом да Закон прописује скупно заступање друштва. У том контексту расправља се о проблему *заступника без овласти за заступање*. То ће примјерице бити директор друштва који је овлаштен заступати друштво само скупно с другим директором али он ипак самостално за друштво склопи неки правни посао. [83] Из тога произлази закључак да одредбе друштвеног уговора о заступању, посебна одобрења скупштине и њезине упуте као и посебна одобрења надзорног одбора (ако га друштво има) производе правне учинке само у унутарњем односу, уз изузетке о којима ће бити ријечи у наставку рада. Тим мјерама не ограничава се овласт управе да заступа друштво. [84] Надаље, према трећима не производи правне учинке

---

[81] Ако чланови друштва и управа фактички промијене циљ друштва, сједиште и предмет пословања а без да су мијењали друштвени уговор, неки њемачки аутори сматрају да је тиме настало јавно трговачко друштво. Тако примјерице *Ulmer, P.*, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH? u: Hadding W. et al. (ur.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München, de Gruyter, 1984, str. 929. Такође видi *Zöllner, W./Noack, U.*, у: Baumbach, A./Hueck, A., GmbHG, § 35, Rdnr. 80.

[82] Види примјерице пресуду њемачког Врховног суда од 23.6.1997 - II ЗР 353/95, на: http://ruessmann.jura.uni-sb.de/Kredit/Entscheidungen/Realsicherheiten/IX_ZR_74_95.htm, прегледано 16.03. 2016.

[83] У погледу садржаја овласт за заступање практички и није могуће ограничити нити проширити. Ако примјерице друштво има два директора при чему је један задужен за финанције а други за послове продаје. Оба директора овлаштени су на самостално заступање друштва. Директор задужен за послове продаје дао је у име друштва изјаву о јамству за кредит другог друштва иако о томе није обавијестио другог директора нити чланове друштва. Суд одбија тужбу банке против јамца уз образложење да је директор злоупорабио свој положај, тј. овласт за заступање. Примјер наводи *Schmidt, K.,* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002, стр. 257.

[84] Иако чланови управе морају поштивати ограничења овласти за заступање постављена друштвеним уговором, одлуком чланова друштва и обвезним упутама надзорног одбора она су без правнога су учинка према трећима. То вриједи напосе ако се овласт за заступање ограничава на склапање одређених послова или послова одређене врсте или се оно даје само под одређеним околностима, за одређено вријеме или мјесто или је за склапање појединих послова потребна сугласност чланова друштва, надзорног одбора или неког другог органа друштва (чл. 427. ЗТД-а). За њем. право усп. одредбу из § 37 Abs. 2. GmbHG.

нити ограничење овласти управе само за подружницу или ограничење да управа самостално смије подузимати точно одређене послове. Друштво сноси ризик ако се директори не придржавају интерних ограничења. [85]

Надаље, законски заступници као ни прокуристи не смију без посебног овлаштења трговачког друштва склапати уговоре с друштвом ни као изравни сууговаратељи ни као комисионари или заступници трећих особа.[86] Овом одредбом Законодавац је желио спријечити евентуалне штетне посљедице за друштво ако би једна те иста особа склапала уговор и као заступник друштва с једне и као сууговаратељ, односно заступник/комисионар неког трећег с друге стране услијед чега долази до сукоба интереса. [87] Та се одредба примјењује увијек када постоји персонални идентитет јер постоји опасност постојања сукоба интереса. У теорији и судској пракси анализира се сврха и циљ одредбе а све с намјером да се ограничи допустив број случајева када иста особа заступа међусобно супротне интересе. Стога се споменутом одредбом штити заступано друштво али штити се и начело једнаке вриједности чинидаба за правни посао па се тиме посредно остварује и заштита вјеровника.[88]

Примијенимо ли на одредбу само језично тумачење, могло би се закључити да је допустиво понашање ако директор, да би

---

[85] Међутим то не искључује могућност да се уговором уреди да он производи правне учинке само ако се с тим сложи скупштина или надзорни одбор. Тако примјерице ако је друштвеним уговором предвиђено да се директора одлуком друштва може ослободити забране склапања послова са самим собом онда у судски регистар није потребно уносити (цитирати) одредбу друштвеног уговора уз навођење правног посла, али зато је потребно унијети податке о одлуци скупштине којом се директору допушта такав посао. *Vollkommer, M.,* у: Zoller, R., Zivilprozessordnung, 30. Aufl., dr. Otto Schmidt Verlag, 2014, § 52 ZPO Rdnr. 2.

[86] Види чл. 41. ст. 3. у свези с чл. 49. ЗТД-а.

[87] *Gorenc, V.* et al., Коментар Закона о трговачким друштвима, IV. издање, RRiF, Загреб, 2008, стр. 62. То подручје у њемачком праву уређено је одредбом § 181 њемачког BGB – а. Споменута одредба примјењује се и на правне послове између других органа и друштва а не само управе. Види пресуду њемачког Врховног суда од 13.6.1984 - VIII ZR 125/83, presuda dostupna na https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1984-06-13/VIII-ZR-125_83, прегледано 15.04.2016. Текст споменутог Закона доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/, прегледано 15.04.2016.

[88] *Wälzholz, E.* u: Fuhrmann, L., Wälzholz, E. (Ur.) Formularbuch Gesellschaftsrecht, Muster und Erläuterungen für alle Rechtsformen, Konzerne und Umwandlungen mit Steuer- und Kostenanmerkungen, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2015, str. 771. Такође види пресуду њемачког Врховног суда од 28.2.1983 - II ZB 8/82, пресуда доступна на http://www.dnoti.de/entscheidungen/index.html/zur-eintragung-der-befreiung-des-gmbh-alleingesell/19e277e1-fd96-4919-bef9-84f7782d5c13?mode=detail,прегледано 15.04.2016.

избјегао забрану склапања уговора са самим собом, именује заступника који ће склопити правни посао јер давање пуномоћи трећима није забрањено а формално то онда више није правни посао склопљен са самим собом. Заступник који склапа уговор с друштвом доиста није иста особа.[89] Ако на норму примијенимо циљно (телеолошко) тумачење посве је јасно да околност ''уметања'' заступника у бити не може промијенити чињеницу да иста особа заступа двије уговорне стране код истог правног посла а чији интереси могу бити супротстављени. Не смије се занемарити чињеница да је заступника именовао директор који му уједно даје и упуте а заступник је њима везан. Споменути случај не смије се мијешати са случајем када заступник по закону неког друштва у своје име склопи уговор с тим друштвом којег у конкретном случају заступа други директор (заступник по закону). Начелно, нема повреде те одредбе ако директор у своје име склопи уговор с друштвом којег заступа прокурист или трговачки пуномоћник.[90] Ипак, двојбено је питање је ли прокурист неовисан или је везан упутама, посебице стога што би директор могао као заступник по закону друштва отказати пуномоћ прокуристу друштва. Наиме, у смислу вањског односа, прокуру даје и опозива директор. Та пуномоћ даје прокуристи одређену неовисност, самосталност у заступању подузећа. Међутим у унутарњим односима друштва, скупштина одлучује о додјели и опозиву прокуре. [91] Стога је за процјену ваљаности уговора који склопе директор (као физичка особа) и прокурист (као заступник друштва) кључна околност је ли прокурист злопорабио своју овласт за заступање а није од значаја сама чињеница да је директор темељем одлуке скупштине именовао прокуристу друштва.

Међутим, ако се прокурист у конкретном случају не може обратити скупштини друштва јер је директор истовремено једини члан друштва, тада се прокуристу има сматрати подзаступником

---

[89] *Jung, P.*, Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, str. 213. Taj став заузима и њемачки Врховни суд. Види пресуду њемачког Врховног суда од 6.10.1960 - II ZR 215/58, пресуда доступна на https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1960-10-06/II-ZR-215_58, прегледано 15.04.2016.

[90] *Kleindek, D.* u: Lutter, M./Hommelhoff, P., Kommentar zum GmbHG-Gesetz, 18. Aufl., Köln 2012, § 35, Rdnr. 51.

[91] Усп. *Барбић, Ј.*, Право друштава, Општи дио, Информатор, Загреб, 2006, стр. 440. и 441.

чија очитовања воље дана у правним пословима с директором друштва не производе правне учинке. [92]

Посебну позорност захтијевају случајеви када друштво има више директора који су овлаштени на скупно заступање. Један од двојице директора који скупно заступају друштво а који жели у своје име склопити уговор с друштвом није спријечен у том науму одредбом о забрани самоуговарања. Он може прво дати пуномоћ на самостално заступање другом директору те с њим потом склопити уговор. [93] Као аргумент против такве праксе наводи се, да у конкретном случају директор ипак неизравно наступа с обје стране уговора. Ипак, овај случај разликује се од случаја када директор даје пуномоћ било којој трећој особи јер је тај други директор по самом закону овлаштен заступати друштво те није дужан поступати према упутама другог директора. Он неовисно и објективно, као савјесни господарственик, процјењује је ли правни посао у интересу друштва. Другачије вриједи ако један од директора поступа по упутама другог директора који је уједно и једини члан друштва јер тада је јасно да директор није био самосталан у одлучивању. [94]

Напосљетку, треба размотрити и правне учинке који настају за случај да ипак дође до склапања таквог правног посла. Ако је ријеч о уговору са самим собом или о случају кад иста особа заступа више субјеката, правни посао није ништетан већ је ријеч о пендентном (висећем) правном послу. [95] Он ће производити правне учинке уз барем и прешутно одобрење чланова друштва тј. скупштине. [96] Не смије се заборавити да код одлучивања о одобрењу нема право гласа директор који је и члан друштва. Наиме на скупштини не може о одлуци гласовати особа којој се том одлуком прибавља нека корист или се ослобађа неке обвезе. Она не може гласовати ни као заступник члана друштва. Исто вриједи и када се одлучује о правноме послу између члана и друштва те о

---

[92] *Fleck, H. J.*, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH, Wertpapier-Mitteilungen (WM), (22) 1985, стр. 679.

[93] Види пресуду њемачког Врховног суда од 8.10.1991 - XI ZR 64/90, пресуда доступна на https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1991-10-08/XI-ZR-64_90, прегледано 15.04.2016.

[94] *Kleindek, D.* u: Lutter, M./Hommelhoff, P., Kommentar zum GmbHG-Gesetz, 18. Aufl., Köln 2012, § 35, Rdnr. 51.

[95] Vidi *Hübner, U.*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht. Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des 181 BGB, Beck C. H., 1995, стр. 104.

[96] Види чл. 441. и 445. ЗТД-а. Успореди за њемачко право одредбу из § 46 нр. 5. и § 47. Abs. 4. GmbHG-a.

покретању или рјешењу спора међу њима. [97] У сваком случају, ретроактивно одобрење правног посла има и порезно-правне учинке.

У пракси је широко прихваћен став да такав правни посао неће у свим случајевима бити пендентан. Тако би склапање уговора са самим собом било допуштено и одмах би наступили правни учинци ако се правни посао састоји само у испуњењу обвезе. То је примјерице случај код исплате плаће или исплате накнаде трошкова. Такође, правни посао одмах производи правне учинке ако је видљиво да је склопљен у корист друштва. Ипак, отежано је тумачење значења појма правног посла који је у „интересу друштва'' тј. правног посла који је склопљен „у корист друштва“. Код процјене предност би требали имати правни а не економски аргументи. При томе се у разматрање морају узети и могући будући имовински интереси директора као уговаратеља. На крају, изузетак представља и случај када је друштво унапријед дало директору одобрење за склапање таквог уговора. Одобрење није увијек везано за један конкретан правни посао већ може укључивати скупину послова које би директор у будућности требао склопити са самим собом. [98] Такво одобрење може се дати директору већ у друштвеном уговору. Оно се уноси у судски регистар као правило о заступању. [99] Једина је претпоставка да додјела таквог одобрења није супротна Закону, тј. циљу норме. Стога такво одобрење не производи правне учинке код једночланог друштва у којем је једини члан уједно и директор. [100]

Посебно рјешење вриједи за тзв. једноставно друштво с ограниченом одговорношћу. Наиме, ако то друштво има само једног директора, он је аутоматски ослобођен забране самоуговарања. То произлази из самог формулара друштвеног уговора за тај појавни облик друштва с ограниченом одговорношћу.[101] Ако се не жели тај

---

[97] Успореди *Kleindek, D.* у: Lutter, M./Hommelhoff, P., Kommentar zum GmbHG-Gesetz, 18. Aufl., Köln 2012, § 35, Rdnr. 51.

[98] Usp. *Zöllner, W./Noack, U.*, u: Baumbach, A./Hueck, A., GmbHG, 20. Auflage, C.H.Beck, 2013, § 35, Rdnr. 132.

[99] Види пресуду Савезног суда СР Њемачке, BGH v. 18.11.1999 - IX ZR 402/97, пресуда доступна на https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1999-11-18/IX-ZR-402_97, прегледано 15.04.2016.

[100] *Kleindiek, D.,* u: Lutter, M./Hommelhoff, P., § 35, Rdnr. 52.

[101] У њемачком праву, код оснивања д.о.о.-а по поједностављеном поступку темељем одредбе из § 2 Abs. 1a GmbHG, једини директор је аутоматски ослобођен ограничења из одредбе § 181. њемачког BGB-а.

учинак, скупштина мора донијети одлуку о измјени друштвеног уговор што изискује додатне трошкове јер се то мора направити у облику јавнобиљежничке исправе.[102] Ако у друштвеном уговору нема претходног одобрења, одобрење даје скупштина која о томе одлучује обичном већином. Одобрење се не мора дати у посебној форми штовише достатно је да се из конклудентних радњи чланова скупштине може закључити да је одобрење дано иако ту могу настати двојбе у погледу тумачења конклудентних радњи. Ако друштво има надзорни одбор, тада тај орган даје одобрење за склапање тих уговора.[103]

Двојбено је може ли се одлуком скупштине пружити опће (генерално) ослобођење директору од забране самоуговарања.[104] У прилог томе да би то било допустиво говори чињеница да опће ослобођење нема посебне правне значајке различите од оних када се доносе појединачне одлуке о ослобођењу од забране самоуговарања у конкретном случају. На први поглед споменути акт није супротан интересима вјеровника друштва нити је супротан правилу о томе да се у судски регистар мора уписати врста овласти за заступање која припада директору. [105] С друге стране, против такве праксе говори одредба о забрањеним исплатама (недопуштена плаћања) [106] јер клаузула којом се директора унапријед ослобађа забране представља знатан ризик за друштво и његове чланове. Начелно, одобрење за конкретан правни посао не даје се у посебној форми нити се форма захтијева за ваљаност тог правног посла. У порезно-правном смислу, плаћања се признају владајућем члану – директору као трошак друштва ако се испунила претпоставка да је недвојбено ријеч о трошку који је настао због пословања друштва. [107]

---

[102] *Gehrlein, M.*, Schwerpunkte der aktuellen BGH-Rechtsprechung zum GmbH-Recht, Der Konzern 2007, стр. 775.

[103] Vidi *Hübner, U.*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, стр. 232.

[104] *Zöllner, W./Noack, U.,* u: Baumbach A./Hueck A., § 35, Rdnr. 132.

[105] Види чл. 24. ст. 2. точ. 5. хрватског Закона о судском регистру (Народне новине 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2005, 40/2007, 91/2010, 90/2011, 148/2013, 93/2014, 110/2015, у наставку: ЗСР) у свези с чл. 59. ЗТД-а. За њемачко право успореди § 10 Abs. 1. S. 2. GmbHG.

[106] Vidi čl. 407. ZTD-a. Za njemačko pravo usporedi § 31. Abs. 3 GmbHG.

[107] Vidi presudu Saveznog financijskog suda SR Njemačke, BFH v. 15.10.1997 - I R 19/97. Tekst presude dostupan je na domeni https://www.jurion.de/Urteile/BFH/1997-10-15/I-R-19_97?q=BFH+v.+15.10.1997+-+I+R+19%2F97&sort=1 , pregledano 15.04.2016.

3. Склапање уговора са самим собом јединог директора који је уједно и једини члан друштва

У цјелокупној расправи о питању самоуговарања централно мјесто има случај када уговор са самим собом склапа директор који је уједно и једини члан друштва. С обзиром на значај ове подгрупе случајева потребно је дати кратак преглед повијесног развоја института у њемачком праву које иначе користимо као узор при изради наших прописа из подручја права друштава. Њемачки Царски суд и након њега у почетку и њемачки Врховни суд заузели су полазиште да због правне сигурности и заштите вјеровника директор који је једини члан друштва не смије склапати уговоре са својим друштвом. Врховни суд касније ипак одступа од тог строгог полазишта уз образложење да ту ипак није увијек ријеч о сукобу интереса. Штовише, у приједлогу Новеле Закона 1977 планирано је да се та судска пракса преточи у одредбу која је требала гласити: ако су сви пословни удјели друштва у рукама једног члан а он је истовремено и једини члан управе друштва, његови правни послови с друштвом морају бити у писаној форми. На те правне послове не примјењује се правило о забрани самоуговарања. Међутим Новела из 1980 није садржавала предложену измјену већ је остала на снази важећа одредба која се није мијењала ни увођењем у правни сустав једноставног друштва с ограниченом одговорношћу. [108]

Према споменутој одредби садржаној у одредби § 35 Abs. 3. њемачког GmbHG, ако се сви пословни удјели налазе у рукама само једног члана друштва или уз њега још и у рукама друштва, и ако је он истовремено једини директор, на све правне послове између њега и друштва примјењује се одредба § 181. њемачког Грађанског законика (BGB). О свим правним пословима између њега и друштва које заступа мора бити састављен записник одмах након њиховог подузимања па и онда када члан није једини директор друштва. У чл. 426. ст. 8. ЗТД-а садржана је слична одредба према којој, ако друштво има само једног члана, због тога што држи све удјеле у друштву или уз њега још и друштво, правни послови између њега и друштва у којима он заступа друштво могу се склапати без обзира на забрану (да не може без посебне овласти трговачкога друштва

[108] Tako *Schneider, U., Schneider, S.,* u: Scholz, GmbHG, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II, Otto Schmidt, Köln, 2014, § 35, Rdnr. 147. i 148.

наступати као друга уговорна страна и с друштвом склапати уговоре у своје име и за свој рачун, у своје име а за рачун других особа, или у име и за рачун других особа), па и када није једини члан управе, али те и послове које у име друштва склапа с трећима мора склопити у писаном облику или се о томе мора саставити исправу с текстом онога што је договорено. Споменуте исправе нису потребне када је ријеч о пословима у оквиру уобичајеног пословања друштва склопљеним под уобичајеним увјетима. [109]

Видљиво је да описана слична законска рјешења упућују на расправу, служи ли одредба доиста остварењу боље заштите вјеровника друштва. Прво вриједи примијетити да код једночланог друштва нема правог сукоба интереса између члана и друштва. Наиме, без обзира на то што је друштво самостални правни субјект, не може бити ријечи о самосталном интересу друштва различитом

---

[109] Приједлог Новеле њемачког Закона о друштву с ограниченом одговорношћу (GmbHG) iz 1980 (текст доступан на *dipbt.bundestag.de/doc/btd/08/013/0801347.pdf,* прегледано 15.04.2016.) предвиђа у одредби § 35 Abs. 4 S.1 писану форму за уговоре са самим собом јединог члана – директора друштва. Та одредба није ушла у законски текст. Ипак, у тексту смо више пута нагласили да се захтјева писана форма у таквим случајевима. Темељем 12. Директиве ЕУ о праву друштава (Twelfth Council Company Law Directive 1989/667/EZ од 21.12.1989, у међувремену стављена изван снаге новом директивом 2009/102/EZ од 16. 9. 2009., ор. а.), та је одредба унесена у § 35 Abs. 3. Satz. 2 GmbHG. Одредба тражи тумачење које се везује уз право Уније. Према том тумачењу, за ваљаност уговора између једног члана и његовог друштва као и за било који други правни посао није потребна претходна одлука скупштине већ је достатно унијети забиљешку о тој чињеници уз текст (§ 48 Abs. 3 GmbHG). Та обвеза постоји без обзира има ли друштво и друге директоре те без обзира на то заступају ли они друштво самостално или скупно. Ако друштво има неколико директора који скупно заступају друштво, забиљешка је потребна и кад друштво скупно заступају директор (једини члан) и други директор. Такав поступак је нужан без обзира на то заступа ли директор друштво или када се склапа менаџерски уговор с директором друштва. За такву забиљешку од кључног је значаја да се у поступку ревизије може једноставно утврдити њезино постојање. Треба навести главне податке о правном послу, садржај, чинидбу и протучинидбу и датум склапања уговора. Није потребан потпис испод забиљешке, достатно је да се зна тко су били субјекти.

Двојбено је питање о ваљаности правног посла ако се није поштовало правило о форми. Ипак, изостанак писаног трага о правном послу нема за посљедицу његову ништетност. Наиме, заштита интереса вјеровника већ се остварила кроз правне учинке правног посла ако се устало са захтјевом за накнаду штете; јер ако је забиљешка изостала, може се устати са захтјевом за накнадом штете према директорима, не улазећи притом у питање могућих порезно-правних учинака. Могло би се бранити и полазиште да уношење забиљешке представља дужност јединог члана/директора која произлази из начела заштите вјеровника. Ипак, ријетки су случајеви да ће вјеровницима друштва због тога настати штета. Међутим, ако је супротно начелу савјесности и поштења директор/једини члан пропустио израдити забиљешку, на њему је терет доказа да тим послом нису оштећени вјеровници. Детаљније види код *Kleindiek, D.,* у: Lutter, M./Hommelhoff, P., § 35, Rdnr. 57.

од интереса његових чланова.[110] Та одредба примјер је нес(п)ретног законског уређења. Постоји ту више двојбених тврдњи. Прво, двојбено је у којој се мјери овом одредбом штите вјеровници друштва кад знамо да се њоме вјеровнике не штити од, примјерице, недопуштених исплата (добити). Питање недопуштених исплата ријешено је другим одредбама.[111] Друго, споменута одредба нема за циљ потпуну забрану правних послова између друштва и директора већ се њоме само намећу додатни увјети које директор мора испунити. Тако се мора са сигурношћу утврдити да се вјеровници могу информирати о томе да је ријеч о склапању посла са самим собом. Из тога произлази да се споменутом одредбом доводи у неједнак положај директор који је једини члан друштва а у односу на директора који то није. [112]

Одредба се примјењује ако су сви пословни удјели друштва у рукама физичке особе која је једини директор друштва. Није од значаја питање је ли тако било од оснивања друштва или су други чланови односно директори накнадно отпали. Из наведеног произлази закључак да се одредба о забрани (ограничењу) самоуговарања не примјењује ако уз јединог члана постоји и друга особа на функцији директора друштва. Ако се спорном одредбом хтјела појачати заштита вјеровника тада правна празнина настаје онда кад је у то друштво ''уметнут'' још један директор само да би се избјегло строже правило. Таквим поступањем практички није смањена опасност недопуштеног располагања на штету имовине друштва па заправо ту није ријеч о другачијем случају. Стога је забрана самоуговарања на снази и онда када друштво има више директора али у конкретном случају управо онај директор који је једини члан друштва склопи уговор са самим собом.[113] Њему се свакако приписују и удјели које за њега држи трећа особа - његов повјереник. Иако се то у тексту не наводи, приписују му се и удјели које држи овисно друштво. Ако директор као члан изравно или неизравно држи све удјеле друштва, по нарави ствари, иако то одредба изричито не наводи, она се примјењује и у случајевима

---

[110] *Брнабић, Р.*, Пробој правне особности и одговорност за обвезе, властита наклада, Загреб, 2010, стр. 199.-204.

[111] Тако *Altmeppen, H.*, Gestattung zum Selbstkontrahieren in der GmbH, NJW, 1995, стр. 1185. У њемачком праву ријеч је о одредбама из § 30, 31. i 32. GmbHG, за хрватско право види чл. 406. ЗТД-а.

[112] Види пресуду њемачког Врховног суда од 8.3.2004 - II ZR 316/01, доступно на https://openjur.de/u/344162.html, прегледано 20.4.2016.

[113] *Kleindiek, D.,* у: Lutter, M./Hommelhoff, P., § 35, Rdnr. 56

вишеструког заступања.[114] Заступник у овом случају не наступа у своје има већ заступа обје уговорне стране. То ће примјерице бити случај ако је заступник члан у органима двају друштава па код склапања уговора заступа обје стране. Ријеч је о вишеструком заступању ако иста особа заступа овисно и владајуће друштво или је у више овисних друштава директор. Ту спада и случај када директор у комплементару правној особи склопи уговор с командитним друштвом.[115] Надаље, ако владајуће друштво у овисном друштву има све удјеле а директор овисног истовремена заступа и владајуће друштво, тада се на заступање овисног друштва примјењује одредба о забрани самоуговарања. Директор у том случају не мора нужно бити једини члан друштва, нема разлике дјелује ли он као једини члан или вишеструки заступник који заступа јединог члана. Одредба се примјењује и на владајуће друштво када је код правних послова у концерну директор који заступа друштво уједно и једини члан друштва. Ту такођер вриједи правило да друштвеним уговором владајућег друштва треба предвидјети могућност ослобођења директора од ограничења код склапања правних послова са самим собом.[116]

У погледу *правних учинака*, ако заступник склопи правни посао без претходног одобрења тај правни посао је пендентан и (засад) не производи правне учинке али није ништетан. Двојбено је вриједи ли ово правило када је ријеч о директору – јединому члану д.о.о.-а. Дијелом се заступа полазиште да су такви правни послови ништетни ако директору није дозвољено склапање таквих уговора, јер то је сврха заштитне одредбе.[117] Ипак такав изузетак од правила није оправдан. Наиме, пендентни правни посао производит ће правне учинке ако је директор већ друштвеним уговором ослобођен ограничења и накнадно одобри тај правни посао. У том случају не вриједи одредба о забрани ретроактивног опорезивања. Изузетно ће такви правни послови одмах производити правне учинке ако су у корист друштва (у интересу друштва) или се састоје у испуњењу обвезе (накнаде трошкова, накнаде штете). [118]

---

[114] *Bachmann, G.*, Zum Verbot von Insichgeschäften im GmbH-Konzern, ZIP, 1999, стр. 85.

[115] Timm, W., Mehrfachvertretung im Konzern, AcP 193, (1993), стр. 423. и даље.

[116] *Bachmann,* Zum Verbot von Insichgeschäften im GmbH-Konzern, стр. 91.

[117] *Ibid.*, стр. 88.

[118] Усп. *Барбић, Ј.*, Право друштава - друштва капитала, св. II, стр. 364, који цитирајући пресуду Високог трговачког суда РХ од 12. рујна 2003, Пж-1651/03, заузима полазиште да се ваљаност посла склапања уговора са самим собом код једночланог

Како је већ раније истакнуто, једини члан може поставити другог директора који ће заступати друштво у правним пословима. Тада више није ријеч о случају вишеструког заступања. С друге стране, постављање другог директора може представљати заобилажење права ако он само служи сврси склапања конкретног правног посла. [119] Међутим, да би се то остварило други директор мора бити овлаштен на самостално заступање друштва. То ће бити случај само ако је то предвиђено друштвеним уговором. Ако не, вриједи законско правило о скупном заступању. Тада би један директор могао овластити другога да склопи правни посао с друштвом али при томе није дужан поступати по упутама другог директора. Стога директор/једини члан не може овластити другог директора (када друштво има два директора) да сам заступа друштво. [120]

друштва (с једним чланом управе) не може увјетовати постојањем претпоставке да се посао склапа ради испуњења обвезе друштва јер за ту претпоставку нема упоришта у ЗТД-у. У споменутој пресуди се наводи: ако друштво има само једног члана, који је и једини члан управе, он може склопити правни посао у име друштва и са самим собом само ако за то има посебну овласт друштва и ако се посао склапа ради испуњења обвезе друштва."Законито и правилно је поступио првоступањски суд када је одбио тужитеља с тужбеним захтјевом утврдивши притом да је у вријеме склапања уговора тужитељ био једини члан Управе (и једини члан друштва) туженика прије него што је туженик пао под стечај. Жалитељ нити у жалби не спори да је он у вријеме склапања уговора о закупу од 1. коловоза 1995. године био једини члан Управе туженика. У том уговору није наведено никакво испуњење раније постојеће обвезе туженика према тужитељу ради које би обвезе био склопљен наведени уговор, нити да се тиме испунила раније постојећа обвеза туженика. Произлази, дакле, да уговор о закупу од 1. коловоза од 1995. године није имао сврху да би туженик извршио неку раније постојећу обвезу коју би морао испунити тим уговором. Према одредби чл. 426. ст. 7. (прије Новеле из 2003. године) Закона о трговачким друштвима (даље: ЗТД), ако друштво има само једног члана који је истодобно и једини члан управе, он не може, ако му се не дозволи другачије, склапати у име друштва правне послове са самим собом или као заступник неког другог осим ако се посао склапа искључиво ради испуњења неке обвезе. Према утврђеном чињеничном стању уговор о закупу од 1. коловоза 1995. године није склопљен ради испуњења некакве обвезе туженика према тужитељу или обрнуто. Произлази да је тужитељ као тадашњи једини члан Управе туженика склопио уговор у име туженика као једини члан Управе те је истодобно и тужитељ као физичка особа био закуподавац, дакле странка једног те истог уговора. Наведено поступање тужитеља у супротности је с чл. 426. ст. 7. ЗТД-а, што је законито и правилно утврдио првоступањски суд кад је тужбени захтјев одбио." Новелом из 2003. године (чланак 207. Закона о измјенама и допунама Закона о трговачким друштвима) прописани су строжи увјети под којима члан управе друштва с ограниченом одговорношћу може склопити уговор са самим собом (правни посао мора се склопити у писаном облику или се о томе мора саставити исправа с текстом оног што је договорено). ВТС Републике Хрватске, Пж-1651/03, од 12. ИХ. 2006. (ТС Осијек Р-577/02, od 9.1.2003.). Доступно на http://www.ingbiro.com/sudska/sadrzaj.aspx?Brojac=5211, прегледано 15.4.2016.

[119] *Bachmann, G.*, Zum Verbot von Insichgeschäften im GmbH-Konzern, стр. 86.

[120] *Hübner, U.*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, стр. 235.

Ако друштво има једног члана који је уједно и директор, не би био могућ правни посао гдје би вољу за друштво очитовао прокурист или трговачки пуномоћник. Наиме, у том случају изостала је могућност да прокурист буде неовисан јер ће скупштина у којој сједи један члан опозвати прокуристу који не поступи по упути директора – јединог члана. Ако директор – једини члан није ослобођен ограничења/забране склапања уговора са самим собом, то не може заобићи тако што ће поставити прокуристу или трговачког пуномоћника. [121]
У таквим случајевима могло би се размислити о томе да се друштву постави привремени управитељ. [122]

Надаље, слиједи ли се полазиште да је правни посао пендентан ако одобрење за његово склапање није предвиђено друштвеним уговором, тада би се правни посао могао склопити прије измјене друштвеног уговора а производит ће правне учинке тренутком измјене друштвеног уговора а којом измјеном се даје споменуто одобрење.

Склапање уговора са самим собом може се допустити директору – јединому члану и од почетка (оснивањем друштва), друштвеним уговором. Ослобођење се може дати опћенито за све директоре или примјерице само једном директору. Одобрење се може унијети као допуна друштвеном уговору. Достатно је да се друштвеним уговором уреди могућност ослобођења па да се потом пред јавним биљежником члана друштва постави за директора без ограничења а та се измјена унесе у судски регистар. Ту је ријеч о располагању темељем овласти из друштвеног уговора.[123] Тада директор може одобрити правни посао који је раније подузет али је до одобрења био пендентан.. Ако је одобрење дано у вријеме када се друштво састојало од више чланова а у међувремену је постало једночлано друштво, оно и даље вриједи те га није потребно посебно обнављати. Одобрење (ослобођење) вриједи за правне послове између директора и друштва. То посебице укључује склапање уговора о раду с директором, дакле ријеч је о правном

[121] *Zöllner, W./Noack, U.,* u: Baumbach, A./Hueck, A., § 35, Rdnr. 138.

[122] *Hübner, U.*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, стр. 258.

[123] Види пресуду њемачког Врховног суда од 18.11.1999 - IX ZR 402/97, доступно на https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1999-11-18/IX-ZR-402_97 , прегледано 20.4.2016.

послу код којег друштво према директору заступају чланови – тј. скупштина. [124]

Назнака о ослобођењу директора од забране самоуговарања уноси се у судски регистар на уобичајен начин. Свакако треба осигурати могућност да се пословни партнери и вјеровници друштва могу информирати о праву директора на самоуговарање. Сватко има право увида у друштвени уговор који је као исправа положен у судски регистар али у овом случају иде се корак даље јер се уз име директора прецизно наводи опсег његове овласти на заступање друштва. [125]

С друге стране, ако у друштвеном уговору нема одредбе о томе да се директора ослобађа од забране самоуговарања, тада члан не може одобрити такав правни посао јер је то супротно сврси норме. У том случају директор – једини члан, с друштвом може склопити уговор само ако је питање заступања на неки други начин уређено. Ако те одредбе није било у друштвеном уговору, прво је потребно измијенити га, потом дати одобрење темељем овласти из друштвеног уговора и тек тада правни посао који је био пендентан производи правне учинке. Допустиво међурјешење јест да се друштвеним уговором само назначи могућност давања одобрења у конкретном случају. Тада друштвени уговор заправо садржи одредбу да се директора може ослободити забране одлуком скупштине а која одлука се доноси обичном већином. Одлука мора бити протоколирана на законит начин. Тада се не примјењује правило о забрани члана да гласује на скупштини када скупштина одлучује о пословима које тај члан склапа с друштвом.[126]

Сљедеће важно питање јест о томе како поступити ако се друштву које има само једног директора накнадно постави други, додатни директор или више њих. Ако друштвеним уговором није прописан број директора нити је прецизиран опсег овласти за заступање а у почетку друштво има само једног директора, он самостално заступа друштво. Ако се обичном већином гласова у

---

[124] *Tiedtke, K.*, Fortbestand der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bei der Umwandlung einer mehrgliedrigen in eine Einmann-GmbH, ZIP, (6)1991, стр. 355.

[125] *Hübner*, *U.*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, стр. 234. У пресуди њемачког Врховног суда BGH од 28.2.1983 - II ZB 8/82, Суд прихваћа могућност да се директора – јединог члана ослободи ограничења код самоуговарања. Ако се жели заштитити вјеровнике друштва, онда ту чињеницу треба уписати у судски регистар па и онда када друштво има више чланова и више директора. Пресуда доступна на https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1983-02-28/II-ZB-8_82, прегледано 15.4.2016.

[126] *Kleindiek, D.,* u: Lutter, M./Hommelhoff, P., § 35, Rdnr. 5

скупштини именује још један директор, тренутком именовања директори сада скупно заступају друштво. Ако је у конкретном случају један од директора спријечен у заступању због субјективних разлога или постоје правне препреке (склапа уговор с друштвом) тада преостали директор није аутоматски постао овлаштен на самостално заступање. Ако је други директор чешће искључен из заступања, треба процијенити хоће ли тада други директор добити право на самостално и појединачно заступање. Ако то питање није детаљно уређено друштвеним уговором, не може се из непостојања одредбе закључити да је друштво које има два директора трајно ''осуђено'' на скупно заступање. Међутим ако друштвени уговор изријеком предвиђа да друштво мора имати најмање два директора који скупно заступају друштво, тада у случају када један од директора не може заступати друштво оно мора именовати још једног директора или се мора измијенити друштвени уговор. До тада друштво не може ваљано очитовати вољу.

Посебно је питање како поступити ако се именују нови директори у једноставном д.о.о.-у које је основано уз кориштење формулара (обрасца), у поједностављеном поступку. Приликом оснивања, директор је ослобођен ограничења код склапања уговора са самим собом. Међутим, постави ли се додатни директор тада више нема мјеста примјени посебног правног режима већ се активира опће правило према којем могућност ослобођења од ограничења мора бити предвиђена друштвеним уговором.

Позорност заслужује и питање уговора о раду с директором друштва (манагерски уговор).[127] Ако у друштвеном уговору нема одредбе о ослобођењу од забране склапања уговора са самим собом а ипак се такав правни посао склопи, настају специфични правни и практични проблеми. Код склапања уговора друштво заступају чланови а не директор. Из одредбе о заступању није посве јасно хоће ли тада друштво заступати директор или скупштина (чланови) па се може закључити да би члан могао склопити уговор са самим собом као директором. Као што члан практички себи даје одобрење да може склапати друге уговоре са самим собом, нема препреке да склопи и менеџерски уговор. Евентуални пропуст да се пружи одобрење имао би и порезно-правне учинке јер би тада било ријеч о недопуштеним исплатама. Ако би се склапање менаџерског уговора искључило из одредаба о заступању, тада није настала

[127] На овом мјесту не улази се у расправе о правној нарави тог уговора па тако ни о називу који сугерира да је ријеч о класичном уговору о раду.

правна празнина већ груба повреда закона. Не смије се заборавити нити могућност да се друштву постави привремени управитељ који заправо не замјењује директора већ скупштину друштва. Надаље, ако је директор друштвеним уговором ослобођен ограничења код самоуговарања, може се поставити питање вриједи ли ослобођење и у случају када скупштина а не директор заступа друштво. Начелно, може се закључити, ако друштвени уговор садржи клаузулу о ослобођењу од забране самоуговарања, природно је и логично да то вриједи и за склапање таквих уговора код којих скупштина заступа друштво.

4. Закључак

Питање склапања уговора директора са самим собом код друштава капитала уређено је Законом, но ипак бројна питања остају отворена. Законски заступници као ни прокуристи не смију без посебног овлаштења трговачког друштва склапати уговоре с друштвом ни као изравни сууговаратељи ни као комисионари или заступници трећих особа. Овом одредбом Законодавац је желио спријечити евентуалне штетне посљедице за друштво ако би једна те иста особа склапала уговор и као заступник друштва с једне и као сууговаратељ, односно заступник/комисионар неког трећег с друге стране услијед чега долази до сукоба интереса. Та се одредба примјењује увијек када постоји персонални идентитет јер постоји опасност постојања сукоба интереса.

Примијенимо ли на ту одредбу само језично тумачење, могло би се закључити да је допустиво понашање ако директор, да би избјегао забрану склапања уговора са самим собом, именује заступника који ће склопити правни посао јер давање пуномоћи трећима није забрањено а формално то онда више није правни посао склопљен са самим собом. Заступник који склапа уговор с друштвом доиста није иста особа. Ако на норму примијенимо циљно (телеолошко) тумачење посве је јасно да околност ''уметања'' заступника у бити не може промијенити чињеницу да иста особа заступа двије уговорне стране код истог правног посла а чији интереси могу бити супротстављени. Не смије се занемарити чињеница да је заступника именовао директор који му уједно даје и упуте а заступник је њима везан. Споменути случај не смије се мијешати са случајем када заступник по закону неког друштва у своје име склопи уговор с тим друштвом којег у конкретном случају заступа други директор (заступник по закону).

Посебну позорност захтијевају случајеви када друштво има више директора који су овлаштени на скупно заступање. Један од двојице директора који скупно заступају друштво а који жели у своје име склопити уговор с друштвом није спријечен у том науму одредбом о забрани самоуговарања. Он може прво дати пуномоћ на самостално заступање другом директору те с њим потом склопити уговор. Као аргумент против такве праксе наводи се, да у конкретном случају директор ипак неизравно наступа с обје стране уговора. Ипак, овај случај разликује се од случаја када директор даје пуномоћ било којој трећој особи јер је тај други директор по самом закону овлаштен заступати друштво те није дужан поступати према упутама другог директора. Он неовисно и објективно, као савјесни господарственик, процјењује је ли правни посао у интересу друштва. Другачије вриједи ако један од директора поступа по упутама другог директора који је уједно и једини члан друштва јер тада је јасно да директор није био самосталан у одлучивању.

Дође ли до склапања таквог правног посла (уговора са самим собом или уговора између различитих субјеката које заступа иста особа), правни посао није ништетан већ је ријеч о пендентном (висећем) правном послу. Он ће производити правне учинке уз барем и прешутно одобрење чланова друштва тј. скупштине. Не смије се заборавити да код одлучивања о одобрењу нема право гласа директор који је и члан друштва. Наиме на скупштини не може о одлуци гласовати особа којој се том одлуком прибавља нека корист или се ослобађа неке обвезе. Она не може гласовати ни као заступник члана друштва.

У пракси се показало да такав правни посао неће у свим случајевима бити пендентан. Тако би склапање уговора са самим собом било допуштено и одмах би наступили правни учинци ако се правни посао састоји само у испуњењу обвезе. То је примјерице случај код исплате плаће или исплате накнаде трошкова. Такође, правни посао одмах производи правне учинке ако је видљиво да је склопљен у корист друштва. Правни посао неће бити пендентан нити у случају када је друштво директору унапријед дало одобрење за склапање таквог уговора. Одобрење није увијек везано за један конкретан правни посао већ може укључивати скупину послова које би директор у будућности требао склопити са самим собом. Такво одобрење може се дати директору већ у друштвеном уговору. Оно се уноси у судски регистар као правило о заступању.

Посебно рјешење вриједи за тзв. једноставно друштво с ограниченом одговорношћу. Наиме, ако то друштво има само једног

директора, он је аутоматски ослобођен забране самоуговарања што се мијења у случају када се том друштву постави други директор.

У цјелокупној расправи о питању самоуговарања централно мјесто има случај када уговор са самим собом склапа директор који је уједно и једини члан друштва. Ако друштво има само једног члана, због тога што држи све удјеле у друштву или уз њега још и друштво, правни послови између њега и друштва у којима он заступа друштво могу се склапати без обзира на забрану (да не може без посебне овласти трговачкога друштва наступати као друга уговорна страна и с друштвом склапати уговоре у своје име и за свој рачун, у своје име а за рачун других особа, или у име и за рачун других особа), па и када није једини члан управе, али те и послове које у име друштва склапа с трећима мора склопити у писаном облику или се о томе мора саставити исправу с текстом онога што је договорено. Споменуте исправе нису потребне када је ријеч о пословима у оквиру уобичајеног пословања друштва склопљеним под уобичајеним увјетима.

Abstract. *The issue of self-contracting of the limited liability company director is regulated by Law, yet many questions remain open. Legal representatives as well as procurators may not, without special authorization of the company, enter into a contract with the company as direct contracting party nor as Commissioners or representatives of third parties. With this provision the Legislator wanted to prevent possible harmful consequences that can occur if the same person has concluded a contract as a representative of the company on one side and as a contracting party or representative/commission agent of a third party on the other, causing a conflict of interest. This provision shall apply whenever there is a personal identity because of the possible conflict of interest.*

If a conclusion of such a legal transaction takes place, a legal transaction is not void but still hanging. It will produce legal effects with at least the tacit approval of the Assembly. It must be remembered that when deciding on granting of the approval a director who is also a shareholder has no voting right if the decision provides him some benefit or releases him of some obligations.

If a company has only one member, because of the fact that he holds all the shares in the company, legal transactions between him and the company in which he represents the company may be concluded regardless of the special approval, but the contract or other transaction must be concluded in written form. The above mentioned written document is not necessary when it comes to matters within the normal day to day business activities of the company concluded under normal conditions.

Keywords*: representation, one-member Ltd., self-contracting, liability of a manager, the responsibility of a company member for liabilities.*

маст. екон. Јелена СТАНОЈЕВИЋ*
др Дарко ДИМОВСКИ*

УЛОГА ПРАВНЕ ДРЖАВЕ У ПРИВЛАЧЕЊУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Апстракт. *Стране директне инвестиције (СДИ), као један од најважнијих облика међународног кретања капитала, представљају кључан фактор економских интеграција и битно доприносе економском просперитету. СДИ могу обезбедити финансијску стабилност, унапредити економски развој и допринети подизању животног стандарда. Оне воде креирању директне, стабилне и дугорочне везе између привреда путем трансфера капитала, технологије и знања. У циљу њиховог привлачења, неопходни су перманентни напори државе у правцу креирања неопходних услова за стварање повољне инвестиционе климе за страна улагања. Ефикасан правни систем државе представља оквир којим се обезбеђује повољно окружење за економски развој привреде и заштиту интереса свих њених учесника и тиме стимулише прилив СДИ. Правном регулативом држава би требало да обезбеди довољно флексибилне политике и финансијске подстицаје што је од изузетног значаја не само за стране инвеститоре, већ и за земљу у коју се улаже. У раду се указује на различите аспекте СДИ, њихов утицај на националну привреду, као и улогу правног система у привлачењу СДИ.*

Кључне речи: *правна држава, владавина права, стране директне инвестиције, национална привреда.*

1. Увод

Финансијска тржишта су еволвирала у глобално интегрисано тржиште као резултат убрзане либерализације и слободног приступа националним тржиштима. Та интеграција, уз додатни

*сарадница на пројекту, Природно-математички факултет у Нишу, E-mail:jelenastanojevic83@yahoo.com

* доцент, Правни факултет у Нишу, E-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

утицај снажне конкуренције међу учесницима на тржишту, увела је нове финансијске инструменте са отвореним приступима тржишту и ниским трансакционим трошковима, привлачећи инвеститоре из различитих земаља. Експанзија прекограничних финансијских токова додатно је убрзана технолошким иновацијама у сфери комуникација и обраде података.

Стране директне инвестиције, као један од кључних елемената рапидних међународних економских интеграција, везују се за процес глобализације. СДИ обезбеђују директну, стабилну и дугорочну везу између привреда, и пре свега, подстичу трансфер технологије и знања између њих. Такође, пружају могућност пласирања домаћих производа и на другим тржиштима, односно на међународном тржишту. Поред чињенице да обезбеђују позитиван ефекат на развој међународне трговине, СДИ такође представљају значајан извор капитала за велики број домаћих и земаља инвеститора.

Степен у коме ће једна земља бити привлачна страним инвеститорима зависи од односа између трошкова које инвеститори имају пре улагања и бенефита које очекују након извршених улагања. Трошкови пре инвестирања произилазе из прикупљања информација и анализе истих везано за услове на локалном тржишту, као и информације које се односе на секторе и перформансе предузећа. Трошкови самог инвестирања такође укључују ризик и трошкове адаптације који се односе на локално институционално окружење, право и регулативе, итд.[128]

Уз адекватну инвестициону климу, подржану одговарајућом правном регулативом, СДИ могу битно допринети унапређењу конкурентске позиције како државе у коју се инвестира, тако и самог инвеститора. Стога, предуслов доласка страних инвеститора у једну земљу и њиховог потенцијалног улагања јесте стабилан правни систем који ће пружити потребну сигурност датих инвестиција. Наиме, као један од фактора који доприноси расту бруто домаћег производа земље, као и повећању животног стандарда њених грађана, јесте постојање ефикасног правног система који се отелотворује кроз владавину права.

Деведесетих година прошлог века између теоретичара и практичара који су се бавили овом тематиком није постојао

[128] Firat, D., Li, S. (2016). Total Factor Productivity, Foreign Direct Investment, and Entry Barriers in the Chinese Automotive Industry, Emerging Markets Finance & Trade, 52: 302–321, p. 303.

консензус у вези односа између правне државе и страних директних инвестиција. Међутим, данас је, пре свега, опште прихваћено да се страни инвеститори могу привући правним системом који је предвидљив и ефикасан. Такође, веома битна је могућност идентификације сета јединствених карактеристика и правила које управо чине један правни систем предвидљивим и ефикасним.

Са становишта (правне) државе, „важно је шта правила налажу... али је још важније шта она значе у пракси. Статут о инвестицијама који није јавно познат, не примењује се и не администрира - није ефикасан“.[129] Идеалан правни систем са аспекта привлачења СДИ би требало да буде ефикасан. Неефикасан правни систем повећава трансакционе трошкове с обзиром да не може да обезбеди механизам који ће подстаћи примену правних норми и обавеза. Ниски трансакциони трошкови се могу остварити уколико је правни систем у држави у коју се инвестира високог квалитета, модеран, где судство и бирократија имају адекватну инфраструктуру, са квалификованим и добро утрениираним радницима.

Појам владавине права, иако по многим правним теоретичарима јесте сам по себи одређен, и даље изазива бројне контраверзе. Наиме, једно од одређења владавине права може бити да се под њим подразумева систем права и да право мора да влада, што указује да се владавина права заснива на принципу легалитета. С обзиром да народни посланици доносе законе, поставља се питање како се народни посланици онда морају понашати у складу са тим истим законима. Полазећи од ове чињенице можемо закључити да је појам владавине права недостижан.

Ипак, поред наведене дефиниције владавине права, постоје и друга одређења попут „руковођење на основу права, не на основу дискреције људи“, „потчињавање целокупне државне снаге праву“, као и „ограничење арбитрерности владе“. На основу наведених одређења владавине права произилази да је достизање јединствене дефиниције овог појма немогуће, јер појам владавине права зависи од историјског, идеолошког и институационалног контекста у којем се развијао.[130]

---

[129] Perry, A. (2000). An Ideal Legal System for Attracting Foreign Direct Investment? Some Theory and Reality. American University International Law Review 15, 6: 1627-1657.

[130] Lautenbach, G. (2013). The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford, p. 18.

Елементи владавине права, како наводе правни теоретичари, су принцип легалитета, одвојеност три гране власти, постојање судских механизама заштите, постојање демократије, независност правосуђа од утицаја извршне власти, као и поштовање људских права.[131]

2. Стране директне инвестиције – појам и значај

Стране директне инвестиције (СДИ) представљају један од кључних фактора међународне економске интеграције. Уз адекватну правну регулативу, СДИ могу обезбедити финансијску стабилност, унапредити економски развој и допринети благостању друштва.

Стране директне инвестиције се најчешће дефинишу као постојање производних постројења на страној локацији, али и куповину значајног удела у капиталу стране компаније са тежњом изградње дугорочних пословних односа између домаћих и страних партнера. Међутим, уз ово уобичајено објашњење, ОЕЦД такође пружа дефиницију СДИ. Наиме, „СДИ имају за циљ дугороочно прибављање користи од стране страних инвеститора у привреди земље чији нису резиденти. Дугорочни интереси се огледају у трајним пословним односима између страног инвеститора и домаће компаније, као и значајног утицаја на менаџмент те компаније. СДИ укључују иницијалне трансакције између два субјекта, као и све касније капиталне трансакције између њих и других повезаних компанија.“[132]

СДИ дају глобалном процесу интеграције снажан подстицај путем повезивања тржишта капитала и тржишта рада, као и раста зарада и капиталне продуктивности у земљама које добијају те инвестиције. У условима либерализације трговине и инвестиционих режима, са новим технологијама које смањују транспортне и трошкове комуникација, мултинационалне компаније остварују велике користи и уштеде путем специјализације и дисперзије активности. Либерализација је током претходних година водила снажној експанзији СДИ у земљама у развоју, и то пре свега 80-их и

[131] Lautenbach, G. (2013). The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford, p. 19.

[132] OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment (1999). OECD, Fourth edition, p. 7.

90-их година XX века.[133] Ипак, бенефити у тим земљама били су условљени степеном отворености привреде и правном регулативом у њима.

Импозантан раст нивоа СДИ у последњим деценијама, као и њихова свеприсутност и укорењеност, рефлектовали су се у расту величине и броја индивидуалних СДИ и трансакција, као и у растућој диверзификацији предузећа у привредама и њиховим секторима. Велике мултинационалне компаније су традиционално доминанти учесници у прекограничним инвестиционим трансакцијама. Њихова доминантност коинцидира уз њихову повећану склоност да партиципирају у међународној трговини. Последњих година се сматра да мала и средња предузећа такође постају све више укључена у СДИ.[134]

Компаније које имају приступ страном капиталу најчешће остварују већу продуктивност, користе савременију технологију, боље управљају ризиком и знањем, имају бољи приступ међународном тржишту добара и услуга, итд.[135] Међутим, ниво њихове продуктивности пре свега зависи од врсте СДИ (нпр. вертикалне или хоризонталне, greenfield или мерџер и аквизиција), од локалних услова (укључујући финансијски систем, степен институционалне развијености, итд.), као и нивоа конкурентности, али и апсорпционих капацитета компанија које примају СДИ.

Постоје два основна начина на која СДИ доприносе економском просперитету привреде једне земље. Пре свега, СДИ спроводе мултинационалне компаније које су носиоци већине глобалних истраживачко-развојних активности и које примењују најсавременију технологију. Путем постављања производних постројења (тзв. *Greenfield investments*), ове компаније директно упошљавају најновију производну технологију у домаћој земљи и доприносе расту стопе њеног економског раста у дугом временском периоду. Такође, присуство страних компанија у земљама у развоју олакшава домаћим компанијама адаптацију новим технологијама и

---

[133] Foreign Direct Investment, International Finance Corporation, Foreign Investment Advisory Service, Washington, 1997, p. 6.

[134] OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment (2008). OECD, Fourth edition, p. 14.

[135] Firat, D., Li, S. (2016). Total Factor Productivity, Foreign Direct Investment, and Entry Barriers in the Chinese Automotive Industry, Emerging Markets Finance & Trade, 52: 302–321, p. 304.

раст укупне производње путем преноса технологије и знања од страних инвеститора.[136]

Стране директне инвестиције су одувек имале значајну улогу у развоју недовољно развијених земаља. Међутим, повремено се код тих земаља јављала сумња везана за економске, друштвене и политичке последице инвестиција из иностранства. Пре свега, постојао је страх од губитка контроле над важним сегментима привреде и могући одлив капитала. У циљу заштите сопствене привреде од могућег конфликта између националних и циљева страних корпорација, земље у развоју су често усвајале рестриктивне политике. Ипак, ограничењем страног профита и користи изостали су и општи бенефити од СДИ како за стране инвеститоре, тако и за земље у које се инвестирало.[137]

СДИ могу бити ограничене протекционистичким политикама земље у коју се инвестира. Тако нпр. може се контролисати врста и износ инвестиције, тип инвестиције, локација. Такође, може се наметнути партнерство са локалним инвеститорима било да то страни инвеститори желе или не. Путем СДИ страни инвеститори су изложени правном систему земље у коју улажу, што их може учинити неравноправним са домаћим улагачима.

Креирање међународних стандарда за заштиту страних инвеститора је увек био примарни политички циљ за капитално-извозне земље. Са друге стране, земље увознице капитала је забрињавао степен у коме таквом протекционистичком политиком могу да задрже своју суверену правну регулативу.[138]

Државна политика и правни систем би требало да полазе од основног циља: максимизирање економских користи од СДИ уз истовремено минимизирање друштвено-економских и политичких трошкова. Међутим, проблем се јавља услед најчешће испреплетености трошкова и користи, тако да се мора потражити баланс између њих.

---

[136] Neuhaus, M. (2005). The impact of FDI on economic growth, Physica Verlag, UK, p. 43.

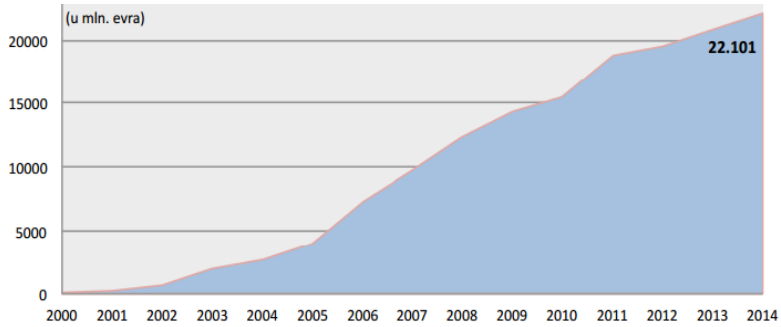
[137] Foreign Direct Investment, International Finance Corporation, Foreign Investment Advisory Service, Washington, 1997, p. 5.

[138] De Schutter, O., Swinnen, J., Wouters, J. (2013). *Foreing direct investment and human development, The law and economics of international investment agreements*, Routledge, USA.

Fingar, C. (2015). The FDI report 2015, FDI Magazine, The Financial Times, UK, p. 10.

Стране дирекне инвестиције су значајно порасле од почетка „ере глобализације“, тј. 80-их година XX века, остварујући у 2014. години вредност од 642 милијарде долара. Њихов раст се у наредних пет година предвиђа по стопи од 2,5% годишње. СДИ су у 2014. години креирале преко 1,8 милиона нових радних места. Земља која је у истој години рангирана као топ дестинација са аспекта капиталних инвестиција је Кина, уз вредност СДИ од 75 милијарди долара. Такође, САД је најбоље рангирана дестинација у погледу броја СДИ пројеката, са 1.577 СДИ пројеката од укупно 12.069 у 2014. години. У Европи, највеће учешће у реализованим СДИ остварује Велика Британија (28%), Русија (10%), Шпанија (7%), Немачка (5%), Пољска (5%), итд.[139]

Слика 1 показује кумулативни нето прилив СДИ у Србији у периоду од 2000. до 2014. године.



Слика 1. Кумулативни нето прилив СДИ у Србији 2000-2014. године

Извор: Народна банка Србије

У Србији је у 2014. години нето прилив СДИ износио 1,2 милиона долара. Од тога је више од трећине инвестиција било усмерено на прерађивачку индустрију (34%), финансијски сектор је остварио 26% СДИ, а сектор трговине 15%.[140] Пре кризе, најпривлачнији сектор страним инвеститорима је био финансијски сектор.

[139] Fingar, C. (2015). The FDI report 2015, FDI Magazine, The Financial Times, UK, pp. 2-8.

[140] Привредна комора Србије (2015). *ПКС Инвестиције инфо*, Центар за подршку инвестицијама и јавно приватно партнерство.

3. Ограничења остваривања владавине права у Републици Србији и њихови ефекти на СДИ

Економски просперитет једне земље, у појединим својим сегментима, може бити условљен степеном остваривања принципа владавине права. Међутим, његова имплементација у пракси је често ограничена различитим факторима.

Одређени елементи владавине права, попут принципа легалитета, демократије, постојања судских механизама заштите, као и поштовања људских права, нису упутни у Републици Србији јер се поштују. Стога ће у наредном делу рада бити обрађени само они елементи владавине права који се не остварају у пуном обиму, а важни су са аспекта стварања повољног инвестиционог окружења у Републици Србији.

Пре саме анализе елемената владавине права који се не остварују у пуном обиму у Републици Србији, неопходно је нагласити да постоје правна и фактичка ограничења остварења одвојености три гране власти и независности правосуђа од утицаја извршне власти.

Законодавац је у Уставу Републике Србије[141] из 2006. године у члану 4 прописао поделу власти на законодавну, извршну и судску, уз наглашавање да однос ових трију власти почива на равнотежи и међусобној контроли. Уједно, у ставу 3 истог члана прописано је да је судска власт независна. Полазећи од поделе власти на три гране, Република Србија је испунила један од основних постулата савремених држава постављеним још од стране енглеског филозофа Џона Лока (John Locke), као и француског филозофа Монтескјеа (Montesquieu). Подела власти на три гране заснована је на тзв. принципу „checks and balances“. На основу овог принципа једна грана власти има могућност да контролише другу грану власти.

Полазећи од напред изнете чињенице, законодавна власт би требало да контролише рад извршне власти. Међутим, политички живот у Републици Србији битно доприноси томе да извршна власт контролише рад законодавне власти, док је законодавна власт ову могућност временом изгубила. Иако формално гледано Република Србија испуњава један од критеријума владавине права - одвојеност три гране власти, треба нагласити да је у највећем броју случајева Влада Републике Србије предлагач закона и да посланици владајуће коалиције гласају аутоматски без сагледавања квалитета законских

[141] Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006

текстова. Другим речима, уставни капацитет Народне скупштине губи на значају у вези доношења закона у специфичним односима са извршном влашћу, јер у погледу подношења законских предлога иницијатива је на Влади Републике Србије (Пејић, 2014: 72).[142]

Стога је неопходно радити на оснаживању позиције народних посланика, с циљем да они могу гласати према сопственом нахођењу уколико се не слажу са квалитетом законског текста који је предмет гласања. Томе би допринела промена изборног система из пропорционалног, на основу којег се мандати распоређују сходно проценту освојених гласова изборне листе, у персонални изборни систем у којем ће се посланички мандати расподељивати на основу тога колико је кандидата неке политичке опције победило у својим изборним јединицама. На овај начин посланици ће постати самосталнији у односу на своје партијске централе, што је веома битно зарад побољшања њиховог рада у процесу доношења закона, а поготово закона из области привреде, јер су односи у привреди најдинамичнији и захтевају благовремено доношење квалитетних законских текстова.

Независност судства, стабилан политички систем, и уопште владавина права, опредељују, између осталог, и стране директне инвестиције. Потенцијални инвеститори очекују да је рад правосудних органа ослобођен било каквог политичког утицаја. Стога су битна законска решења којима је регулисан поступак судијског именовања и разрешења. Наиме, Уставом Републике Србије (члан 99 став 2 тачка 3 и члан 147) прописано је да Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, бира за судију кандидата који се први пут бира на судијску функцију. Мандат судији који је први пут изабран на судијску функцију траје три године. Међутим, с разлогом се поставља питање зашто Народна скупштина Републике Србије има ингеренције да бира први пут неко лице на судијску функцију? Другим речима, зашто није остављено Високом савету судства да оно први пут бира судију? Наиме, сматра се да просечан члан Народне скупштине није у могућности да оцени стручност одређеног кандидата за обављање судијске функције, јер се народни трибуни руководе искључиво политичким налозима странке којој припадају (Ђурђић, 2009: 77-

[142] Пејић, И. (2014). Подела власти и ограничење власти у Уставу Републике Србије, Право и политика, Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад.

78).[143] Уједно, сталност судијске функције, као један од основних принципа његове независности, у супротности је са овим законодавним решењем – избором судије на три године.

Уколико судија који је први пут изабран на судијску функцију после трогодишњег периода буде оцењен са оценом „изузетно успешно обавља судијску функцију“, како је то предвиђено чланом 52 Закона о судијама,[144] обавезно се бира за судију од стране Високог савета судства. Истим чланом је прописано да судија, први пут изабран на судијску функцију, који током трогодишњег периода буде оцењен са оценом „не задовољава“ не може бити биран на судијску функцију. Овако законско решење има својих предности с обзиром да је Високи савет судства „приморан“ да изабере судију на сталну судијску функцију под условом да је оцењем оценом „изузетно успешно обавља судијску функцију“. Са друге стране, постоји изричита забрана избора судије на сталну судијску функцију ако је оцењен оценом „не задовољава“. Оцењивање судија, који су први пут изабрани, врши се једном годишње (члан 35). Стога се са правом поставља питање која је сврха члана 52, ако судија, који је први пут изабран, током свог трогодишњег мандата једном буде оцењен оценом „не задовољава“, као и оценом „изузетно успешно обавља судијску функцију“ – да ли ће тада бити изабран или не? Уједно, овакво законско решење ствара конфузију у смислу да ли једном оцењени судија у трогодишњем периоду са оценом „изузетно успешно обавља судијску функцију“ мора бити изабран на сталну судијску функцију, односно да ли једном оцењени судија у трогодишњем периоду са оценом „не задовољава“ не може бити изабран на сталну судијску функцију?

На овај начин, иако постоје одређење нејасноће код избора судија на сталну судијску фунцкију, направљена је брана политичком утицају на избор судија на сталну судијску функцију. Међутим, законодавац у тој намери није био конзистентан, јер није до краја ослободио поступак избора судија од политичког утицаја. Наиме, разлог томе лежи у чињеници да чланове Високог савета судства бирају народни посланици или су и они сами, као и

---

[143] Ђурђић, В. (2009). Именовање и разрешење судија, Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији, Правни факултет у Нишу и Конрад Аденаур, Ниш, стр. 83.

[144] Закон о судијама, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 21/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС и 106/2015

представници извршне власти, чланови истог тела. Тако је у члану 5 Закона о високом савету судства[145] прописано да су чланови савета председник Врховног касационог суда, којег иначе бира Народна скупштина, министар надлежан за правосуђе, председник надлежног одбора Народне скупштине, као чланови по положају и осам изборних чланова које бира Народна скупштина у складу са овим законом.

Независност судија обезбеђује се и поступком разрешења. Уставом Републике Србије у члану 148 став 1 прописано је да судији престаје судијска функција на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога, као и ако не буде изабран на сталну функцију. Препуштање Народној скупштини Републике Србије да законом нормира услове, као и разлоге, без икаквих уставом наметнутих ограничења за престанак судијске функције је беспотребно прешироко дато овлашћење, чиме се угрожава принцип сталности судијске функције.[146] Поступак разрешења судија додатно је компромитован органом који одлучује о престанку судијске функције – Високи савет судства. Наиме, претходно је истакнуто да Високи савет судства није ослобођен политичког утицаја.

Стога се као закључак намеће потреба промена уставних и законских решења у погледу именовања и разрешења судија, с циљем смањивања утицаја народних посланика, као и припадника извршне власти. То би се постигло променом правила у погледу чланства Високог савета судства, при чему би главна интенција била елиминисање могућности да политичари буду чланови овог стручног тела, што би знатно смањило политички утицај на именовање и разрешење судија.

Поред правних ограничења остваривања независности правосуђа од утицаја извршне власти, постоје и фактичка ограничења која произилазе из лоших нормативних решења. Наиме, фактичка ограничења независности правосуђа од утицаја извршне власти отелотворују се у постојању политичке корупције. Одређење политичке корупције мора поћи од носиоца овог типа корупције –

---

[145] Закон о високом савету судства, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 101/2010, 88/2011 и 106/2015

[146] Ђурђић, В. (2009). Именовање и разрешење судија, Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији, Правни факултет у Нишу и Конрад Аденаур, Ниш, стр. 84.

политичке партије. Иако политичке партије[147] постоје у свакој држави, њихово партиципирање је различито.[148]

Стога, политичка корупција се одређује као специфична употреба политичке функције за стицање политичке користи за себе или другог, а противно начелима интегритета у политици и јавном интересу.[149] Такође, она обухвата широк спектар преступа и незаконитих аката које почине политичке вође пре, током и након вршења функције. Од ситне или бирократске корупције се разликује по томе што је врше политичке вође или изабрани функционери којима је поверена јавна власт и који носе одговорност да представљају јавни интерес. Последице политичке корупције се не мере само у новцу, јер она својом појавом изазива неједнакост у приступу власти и јавним положајима што резултира губљењем поверења јавности у политички систем.

Један од облика политичке корупције је корупција у судском поступку. Она има различите облике, попут купопродаје судских одлука и селективне и лажне истраге. Неретко се дешава да се открића корупције и борба против ње користи ради обрачуна на политичкој сцени.[150] Овај облик корупције обухвата и корумпираност самих правосудних органа. Често су тужиоци и истражне судије склони непокретању истраге у оним случајевима у којима постоје елементи корупције.[151] Несумњиво је да постоји

---

[147] Више видети: Хејвуд, Е. (2004). Политика, Clio, стр. 470-477..

[148] Као функције политичких странака могу се навести: 1) укрупњавање и изражавање интереса различитих друштвених група; 2) да буду место одабира, обуке, стварања и промовисања нове генерације политичара; 3) да допринесу стабилности у друштву омогућавајући различитим групама да учествују у политичком процесу на миран начин и у складу са општеприхваћеним правилима; 4) да „ослушкују“ захтев јавности ради доношења разних закона и политичких одлука и 5) да се преко њих врши промена власти путем демократских избора. Видети: Ђурић, Ж., Јовашевић, Д., Ракић, М. (2007). Корупција- изазов демократији, Институт за политичке науке, Београд, стр. 77.

[149] Фатић, А. (2008). Политичка корупција, Ревија за безбедност, Центар за безбедносне студије, Београд, број 12, стр. 29.

[150] За време владавине председника Владимира Путина, Министарство унутрашњих послова Русије је током августа 2000. године покренуло тридесетак истрага против службеника управе Москве након што се градоначелник Москве Лушков успротивио новом плану пореза.

[151] У Србији је позната афера „Сателит“ у којој истражни судија Вук Туфегџић није донео решење о покретању истраге против министра одбране државне заједнице Србија и Црна Гора због потписивања штетног уговора о закупу сателита са Израелцима 2005. године.

висока стопа тамне бројке везана за корупцију, што неки теоретичари користе за закључак о постојању корупције и у самим правосудним органима с циљем негоњења учиниоца ових кривичних дела.

Истраживање које је спровео Transparency International између јуна и септембра 2006. године показује да је већина испитаника у 33 од 62 земље обухваћене истраживањем описала своја национална правосуђа и правосудне системе као корумпиране. Близу 60.000 људи обухваћено је узорком из земаља широм света. У извештају се наводи да је од 8.263 грађана који су скоро имали контакт са правосудним системом, више од једног на сваких десет било је приморано да плати мито. Ситуација је, према извештају, најгора у Парагвају, где је скоро 90% испитаних описало правосудни систем своје земље корумпираним. У Данској 10% грађана сматра да је њихово правосуђе корумпирано, док се у региону југоисточне Европе стопа корупције у правосуђу креће од 54% у Грчкој до 80% у Македонији. Око 78 одсто Хрвата сматра да је њихово правосуђе корумпирано, што је сврстава на 7. место на листи. Бугарска је 9, Турска 16, а Албанија 26. Затим долазе Румунија, па Србија као 29. и Грчка на 31. месту. Унутар региона, Косово је једина територија на којој мање од 50 одсто испитаника описује своје правосуђе и правни систем као корумпиране.[152]

Овај тип корупције „рађа“ корупцију у разним другим областима друштва, а нарочито корупцију у правосудним органима, што негативно утиче на обим страних директних инвестиција. Политичка корупција је увек постојала у сваком друштву, а све указује да ће још опстајати још неко време. Питање је да ли ће једно друштво смоћи снаге да је смањи на прихватљиву меру, чиме би се смањио негативни утицај политичара и политичких партија на независност правосуђа. То би допринело суђењу у складу са законом, као и благовременошћу у доношењу судских одлука.

4. Закључак

Стране директне инвестиције у последњим годинама показују тренд раста, како глобално тако и на нивоу државе. Међутим, с циљем њиховог даљег привлачења, неопходно је обезбедити повољно инвестиционо окружење и ублажити

[152]Видети:http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/sr_Latn/features/setimes/features/2007/05/25/feature-01, приступ 19.06.2010. године

рестриктивну и протекционистичку климу у појединим земљама, а самим тим и у Републици Србији.

За стране инвеститоре, правни оквир представља веома битан фактор који опредељује инвестиционо окружење. Постојање таквог оквира често осликава ред и закон и одражава се и на привредни систем земаља. Такође, постојање таквог правног система уверава стране инвеститоре да ће моћи да ускладе своје корпоративне циљеве са циљевима и окружењем земље домаћина.

Извесна ограничења остваривања независности правосуђа од утицаја извршне власти, правна и фактичка, дестимулишу прилив СДИ. Високи трошкови инвестирања и операционализације инвестиција са аспекта корупције, институционалних баријера, политичког и економског ризика, високих пореза, језика и културних баријера, удаљености, али и других трансакционих и информационих трошкова, значајно редукују ниво СДИ.

Корупција, као фактичко ограничење, може да угрози СДИ тиме што земљу у коју потенцијално може да се инвестира чини неатрактивном за стране инвеститоре путем високих трошкова уласка на тржиште и високе неизвесности. Негативан утицај корупције на СДИ је неспоран: мито плаћен од стране компаније представља извесну врсту „пореза“, као и немогућност закључивања уговора који резултирају из корупционе праксе.

Стога, неопходно је да држава уклони или ублажи постојање поменутих ограничења, као и да обезбеди довољно флексибилне политике и финансијске подстицаје што је од изузетног значаја како за стране инвеститоре, тако и за земље у које се инвестира.

THE ROLE OF LEGAL STATE IN ATTRACTING FOREIGN DIRECT INVESTMENTS

Abstract. *Foreign direct investment (FDI), as one of the most important forms of international capital movements, represents an essential factor of economic integration and contribute significantly to economic prosperity. FDI can provide financial stability, promote economic development and contribute to raising the living standard. They lead to the creation of direct, stable and long-term relationship between the economies through the transfer of capital, technology and knowledge. In order to attract them, a permanent state efforts are essential in the aim of creating the necessary conditions for the creation of a favourable investment environment for foreign investment. An efficient legal system of the country is a framework that provides a favourable environment for the national economic development and protect interests of all its participants, and thus stimulate the inflow of FDI. The legal regulation of the state should provide sufficiently flexible policies and financial incentives which are of great importance not only for foreign investors but also for the country in which it invests. The paper looks at different aspects of SDI, their impact on the national economy, and the role of the legal system in attracting FDI.*

Key words: *legal state, владавина права, foreign direct investment, national economy.*

Др Дијана ЈАНКОВИЋ
Судија Апелационог суда у Нишу

ЗАШТИТА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ - ПРАВНИ И ИНВЕСТИЦИОНИ ЕФЕКТИ

Апстракт. *Заштита права интелектуалне својине може имати вишеструки значај за развој једног друштва, допринети јачању економије и унапређењу стандарда живота. Државе које су лидиери у иновацији и креативности утврђују јаке легалне механизаме који обезбеђују заштиту права интелектуалне својине. Практично сви проналасци који у коначном убрзавају економски развој и повећавају животни стандард - нарочито нове технологије и производни процеси - су развијени у друштвима са јаком заштитом права интелектуалне својине. Новоусвојени закони у нашој земљи усаглашени су у највећој мери са важећим регионалним и међународним стандардима из области заштите права интелектуалне својине. У овом раду обрађена је судска заштита права интелектуалне својине у случају повреде и значај интелектулане својине као покретача глобалних токова капитала, као и њен утицај на развој националне економије. У циљу оцене последица повреда права интлектуалне својине, у раду се анализира штетни утицај пиратерије на економију и стране инвестиције.*

Кључне речи: *права интелектуалне својине, судска заштита интелектуалне својине, фалсификовани производи, Интернет, инвестиције, ауторска права.*

1. Увод

Правна заштита интелектуалне својине има велику важност за модерне државе и састоји се из међународне и националне компоненте. Глобални економски аспекти заштите интелектуалне својине подразумевају испуњење свих основних принципа из мултилатерланих конвенција и њхово укључивање у национално законодавство. Предмет заштите је нематеријално добро које кроз економску функцију омогућава носиоцу права материјалну корист

од економског искоришћавања.[153]

Појам интелектуалне својине означава скуп овлашћења које аутори, проналазачи и остали носиоци права интелектуалне својине имају над оригиналним делом из области индустријске својине (патент, мали патент, корисни модел, индивидуални и колективни жиг итд.), ауторског права (дела људског духа из области књижевности, науке и уметности укључујући компјутерски софтвер) и сродна права (права уметника интерпретатора, право произвођача фонограма и др.) укључујући и право на заштиту од нелојалне конкуренције и пословне тајне.

Савремена култура и привредни развој свакога дана стварају производе и пружају услуге који побољшавају могућности да се у свету комуницира, да се разумеју различите културе и уверења, да се буде мобилан, да се живи боље и дуже, да се успешно користе различити облици енергије. Већи део вредности оваквог рада је "неопипљив" – он лежи у предузимачком духу, креативности, довитљивости и инсистирању на напретку и стварању бољег живота широм света. Управо те вредности које представљају суштинске вредности и квалитет људског духа означавају се често као ауторско право, патент, заштитни знак, пословна тајна или други облик интелектуалне својине. Спровођење права интелектуалне својине је кључна спона за јачање економије, отварање радних места и унапрђење извоза. Интелектуална својина подупире послове у областима свих индустрија, а нарочито тамо где постоји доста креативности, истраживања и иновација.

Заштита нових идеја или одржавање постојеће трговинске тајне је веома значајан део конкурентности. Иновације могу бити заштићене тако што ће бити регистроване код релевантне институције која ће гарантовати заштиту права интелектуалне својине. Патенти, робне марке, дизајн, географско порекло уз ауторска права представљају пример значајних права која могу онемогућити конкуренцију да једноставно прекопира нови производ или услугу. Трговинске тајне и знање такође могу бити заштићени кроз споразуме о поверљивости и уговоре са запосленима.

Фалсификовани производи могу представљати велики ризик по јавно здравље. То подразумева фалсификоване производе који доспевају у ланце набавке, као и економску шпијунажу и крађу

---

[153] Стефан Симић, "Судска заштита права интелектуалне својине у Републици Србији", *Право – теорија и пракса, број 1–3 / 2015*, 47-60, стр.47.

пословних тајни од стране иностраних грађана и компанија, заштиту од енкрипције.[154] Општи је став да решења захтевају јаку и одлучну акцију од стране свих друштвених структура, транспарентност и сарадњу међу носиоцима права.

Кршење права интелектуалне својине, двосмислености у закону и недостатак спровођења доводе до несигурности на тржишту, у правном систему и нарушавају поверење у привредном пословању. Набавни ланци постају "загађени" фалсификованом робом. Потрошачи нису сигурни у вези са тим какво је понашање одговарајуће и да ли је роба коју купују легална и безбедна. Заштита интелектуалне својине обезбеђује привредну стабилност, штити иновативне идеје и подстиче економију. Закони о интелектуалној својини пружају не само правну заштиту ствараоцима и потрошачима, већ и стимулишу улагање у иновације.

Сузбијање повреде права интелектуалне својине је значајан приоритет за сваки правни систем јер је њен утицај на послове, економију, здравље људи и јавну безбеност велики. Тежи се томе да се смањи повреда права интелектуалне својине на међународном нивоу и у том смислу су од великог значаја међународни документи као и међународна сарадња у примени закона. Кривичне истраге се стога, посебно фокусирају на идентификовање, ометање и онемогућавање међународних криминалних организација које се баве кримналним активностима усмереним на повреду права интелектуалне својине.

2. Глобални аспекти заштите интелектуалне својине

Када говоримо о интелектуалној својини фундаментално је да лоцирамо место, значај, проблеме и тренутак у коме се налази интелектуална својина, ток светских збивања, међународне конвенције у овој области, као и проблеме са којима се срећу права интелектулне својине у својој примени, а у вези са тим и неопходну кривичноправну заштиту.

[154] Енкрипција је начин заштите порука од нежељеног читања. На овај начин се спречава неауторизовано читање или мењање података Степен заштите се одређује алгоритмом или кључем (*encryption algorithm*). Постоје две врсте система за криптовање (*cryptosystems*): симетрични и асиметрични. Симетрични користе исти тајни кључ који се користи и за криптовање и за декриптовање, а асиметрични користи један јавни кључ за енкриптовање поруке, и други, тајни, за декриптовање.

Висок ниво заштите интелектуалне својине својеврсни је сигнал потенцијалним инвеститорима да на тржишту влада сигурност кад је реч о заштити брендова, резултатима научно истраживачког рада и другим елементима интелектуалног капитала у које се дугорочно улагало. Извесно је, такође, да ефикасан механизам за заштиту интелектуалне својине позитивно утиче на стране директне инвестиције. Заштита права интелектуалне својине стимулише економски раст у државама са високом стопом прихода, а такође омогућава остваривање још већих прихода државама са ниском стопом дохотка, подстицањем увоза и директних страних инвестиција из развијених земаља. Економски моћне иновације настају пре свега у развијеним привредама, које су интензивно посвећене истраживању и развоју нових технологија, односно у политички и економски стабилним срединама где су релативно мале препреке за покретање нових послова, а права интелектуалне својине се поштују.[155]

Према саопштењу Светске банке, почев од 1980. године, највећи економски напредак су постигле државе, које су отвориле своју економију страним технологијама и новим пословним методама, и заштитиле права интелектулане својине њихових иноватора.

Мање економски развијене државе сучавају се различитим проблемима у вези интлектуалне својине и глобализације. Ове државе имају мање економски вредну интелектуалну својину и стога су често значајни увозници нових технологија. Ова перспектива може изазавати протекционистичке реакције у неким сиромашнијим земљама и довести их у искушење да једноставно игноришу права интелектуалне својине страних држава. То може имати велике штете за државу извозника, која има интерес да заштити своју интелектуалну својину. Наведено посебно из разлога, јер током периода у коме је патент заштићен, право интелектуалне својине гарантује да његов носилац може остварити већу цену за свој производ. Стога, прибегавање пиратерији или фалсификовању производа може значајно смањити могућности економског искоришћавања патентираног производа у држави, која нема развијен систем заштите интелектуалне својине.

Појавни облици повреде права интелектуалне својине исказују се углавном кроз нелегалну производњу, кријумчарење и

---

[155] Stephen E. Siwek, *The True Cost of Copyright Industry Piracy ti the U.S. Economy*, Policu Report 189, Institute for Policy Inovation, 2007, p.21.

дистрибуцију фалсификованих и пиратских производа, затим кроз кривична дела у вези са прањем новца као и дела која се односе на кршење закона у погледу заштитног знака, имена и ауторских права. Такође на међународном нивоу долази до фалсификовања државних обвезница и вредносних папира, затим финанасијских злочина, који укључују преваре у вези са приступним уређајима, преваре финансијских институција, крађе идентитета, компјутерске преваре, напади путем компјутера на финансијску, банкарску, телекомуникациону и инфраструктуру држава. Кривичне истраге се стога, посебно фокусирају на идентификовање, ометање и онемогућавање међународних криминалних организација које се баве кримналним активностима усмереним на повреду права интелектуалне својине.

Неколико организација, укључујући и Савез за ауторска права (*Copyright Alliance*) се позвало на извештај из 2009. године који су направили Програм за безбедност и правду РАНД корпорације (*The RAND Corporation´s Safety and Justis Program*) и Центар за глобални ризик и безбедност (*The Global Risk and Securitiy Center*). Проучавајући 14 различитих случајева, извештај је издвојио "широку, географски разуђену и активну везу између пиратерије филмова и организованог криминала". Такође, повезује пиратерију играних филмова са 17 области организованог криминала из САД-а, Хонг Конга, Италије, Јапана, Малезије, Мексика, Пакистана, Парагваја, Русије, Шпаније, Северне Ирске и Велике Британије.[156] У извештају се наводи, да је пиратерија филмова коришћена како би се финансирале активности терористичких група у 3 од 14 случајева, укључујући и активности Хезболаха, групе која је означена као терористичка организација.[157]

Трговински споразум против фалсификовања (АСТА) је потписан 1. октобра 2011.г. у Токију од стране САД, Јапана, Канаде, Марока, Новог Зеланда, Сингапура и Јужне Кореје, а овом споразуму се придружила и Европска унија почетком 2012.г.

Удружење за безбедност Интернет апотека (*The Alliance for Safe Online Pharmacies*-ASOP) наводи примере истрага, оптужница и пресуда у којима се фалсификовање лекова који се добијају на рецепт повезује са терористичким организацијама и мрежама

---

[156] Gregori T. Treverton, Karl Matis, Karla Dž. Kaningem, Džeremaja Gulka, Greg Ridžvej, Eni Vong, "Film Piracy, Organized Crime, and Terrorism", *The RAND Corporation´s Safety and Justis Program and the Global Risk and Securitiy Center*, 2009, p.12,13.

[157] Ibid, p.12.

организованог криминала.[158] У кривичном поступку који се у САД водио маја 2010. године, оптужени се изјаснио кривим за продају фалсификованих лекова за рак преко Интернета. Он је признао да је од њега најмање 65 људи купило оно за шта је лажно тврдио да су екпериментални лекови за рак содијум дихлорацетат, такође познат и као DCA, у САД, Канади, Великој Британији, Белгији и Холандији. Он је признао да је, у ствари, жртвама слао белу прашкасту супстанцу за коју се касније лабораторијски утврдило да садржи штирак, дектрин, декстрозу или лактозу, а да не садржи DCA. Према судским документима, осим лажног DCA, паковања су такође садржала и лажне сертификате о анализи из измишљених лабораторија и успутства како да се раствори и прогута лажни DCA. DCA је експериментални лек за рак који још није одобрен за употребу у САД-у од стране Администрације за храну и лекове.

Глобална студија Организације за економску кооперацију и развој (*Organzation for Economic Co-operation and Development*, OECD) по имену "Економски утицај фалсификовања и пиратерије" ("*The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*") која је спроведена 2008. године, а ажурирана 2009, наводи да је вредност трговине фалсификованим и пиратским производима достигла вредност од приближно $200 милијарди америчких долара током 2005. године (овај број је касније прилагођен на основу ажурираних података и био је ближе $250 милијарди).[159]

У циљу сузбијања наведених појава на међународном нивоу је у Украјини јуна 2010. године одржан Програм о начинима да се боље спречи улаз фалсификоване робе за 65 представника царина и других владиних установа Украјине, Словачке, Мађарске, Румуније, Молдавије и Русије.

Организације попут Безбедносног института за фармацеутске производе (*Pharmaceutical Security Institute*, PSI) сакупљају и дају информације о фалсификованим фармацеутским производима и помажу да се покрену акције спровођења заштите.

---

[158] Асоцијација ASOP указује на везе две репортаже из вести. Видети: Ed Vajt, "Detroit-area man guilty in cigarette scheme," *Associated Press 1/12/2009* http://archive.tobacco.org/news/277076.html (on-line 29.06.206.); Reuters, "Counterfeit goods are linked to terror groups", *International Herald Tribune, Feb, 12, 2007*, http://www.nytimes.com/2007/02/12/business/worldbusiness/12iht-fake.4569452.html (on-line 29.06.2016).

[159] Информације из: "Економски утицај фалсификовања и пиратерије" ("*The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*"), OECD, 2008, http://www.oecd.org/industry/industryandglobalisation/38707619.pdf (on-line 29.06.2016).

Партнерство за безбедност лекова (*The Partnership for Safe Medicines,* PSM) је у својим коментарима нагласило, да је PSI 2009. године увидео повећање броја фалсификованих производа широм света, са 1,216, у 2006. години на 1,585, 2008. године, као и повећање броја земаља које су повезане са овим инцидентима. Према Светској здравственој организацији (*World Customs Organization*, WCO), приближно 8% лекова који се увезу на велико су фалсификовани, неодобрени или не задовољавају стандард и "10% глобалне фармацеутске трговине, или $21 милијарди, чине фалсификовани лекови".[160]

С обзиром да су иновације производ интелектуалног рада а од њих у већини земаља зависи стопа раста продуктивности, поставља се питање како заштита интлектуалне својине утиче на ширење иновација и инвестиције. Очигледно је да ће вредност иновација нагло пасти, уколико иновације које су развијене од стране појединца или компанија, могу бити ископиране или умножене без ограничења или без компнзације од стране другог предузећа или неке стране државе. Развој већине модерних економских иновација, посебно у области технологије, обично захтева високо образоване кадрове, савремену опрему и добру пословну организацију.

Канцеларију за међународно спровођење права интелектуалне својине (IPE) у оквиру Државног секретаријата САД је основао Конгерс 2005. године у оквиру Бироа за питања економије, енергетике и пословања (*Bureau of Economic, Energy and Business Affairs,* EEB) и она је посебно намењена промовисању спровођења права интелектуалне својине и иновације. Тим ове канцеларије сарађује са службеницима у испоставама Државног секретаријата у иностранству, како би се нагласила кључна улога коју има заштита интелектуалне својине. Канцеларија сарађује и са другим агенцијама у међународним организацијама и билатералним преговорима посвећеним интелектуалној својини и њеној заштити, укључујући Светску организацију за интелектуалну својину и Савет светске трговинске организације за трговинске

[160] Albert I. Verthaijmer, Nicole M. Chaney, and Thomas Santella, "Фалсификовани фармацеутски производи: Тренутни статус и будући пројекти," ("*Counterfeit pharmaceuticals: current status and future projections*"), 43 Журнал америчке фармацеутске асоцијације 710-8 (43 *J.Am.Pharm. Assoc.* 710-8), 2003.

аспекте права интелектуалне својине (*Trade-Related Aspects of Intellectual Preperty Rights,* TRIPS).[161]

Једна велика студија је показала да заштита интлектуалне својине има значајан утицај на привредни раст у свим случајевима, односно да остварује значајне финансијске ефекте како у земљама са високим приходима у којима су иновације развијене, тако и у земљама са ниским дохотком које јаком законском заштитом права интелектуалне својине могу охрабрити увоз и директне стране инвестиције. Јака заштита интелектуалне својине стимулише економски раст у државама са високом стопом прихода, а такође омогућава остваривање још већих прихода државама са ниском стопом дохотка по глави становника, подстицањем увоза и директних страних инвестиција из развијених земаља.

У привредној сарадњи истиче се потреба за јаком и одлучном акцијом од стране свих држава, транспарентност и сарадња међу носиоцима права и привредних субјеката. У том смислу је и информисање ноциоца права један од битних сегмената у заштити интелектуалне својине и усмерен нарочито у правцу доступности информација о томе (1) на који начин, којим легалним средствима се могу пријавити потенцијалне повреде права интелектуалне својине, (2) које врсте повреде права интелектуалне својине се кривично гоне (3) коју врсту информација би носиоци права требало да презентују приликом подношења пријава у случају повреде права интелектуалне својине како би се предузело кривично гоњење.

Са аспекта проширења могућности страних инвестиција, значајно је да државе својим унутрашњим правним системима обезбеде заштиту интелектуалне својине и истовремено омогуће и поштовање међународних обавеза које извиру из међународних докумената, јер у супротном не пружају довољну гаранцију за инвестирање успешних компанија, којима је значајно да заштите оригиналност свог производа.

3. Утицај компјутерског криминала на инвестиције

Најновија истраживања упућују да се тренутно одвија конвергенција технологија, тако да се садржај и брзина преноса информација повећавају и омогућавају све брже и брже доношење

[161] Заједнички стратешки план за спровођење права интелектуалне својине из 2010, године у САД (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, june 2010 US*).

одлука и прилоагођавање пословне политике условима на тржишту. На Интернету је већ увелико присутан проблем означавања који се назива "*problem domain name*", познатих фирми које имају своје сајтове или презентације на Интернету. Ради се о својеврсној адреси произвођача на Интернету. Позивањем на ту адресу, потршач може добити произвођача оргиналног или копираног производа. У позадини ознака познатих фирми стоје велика улагања, а копрање на Интернету је једноставно. Да ли је то проблем жига, фирме или знакова? С обзиром на конвергенцију технологија питање је када ће се разрешити ова питања.

Штете настале вршењем компјутерских деликата, зависно од појавног облика компјутерског криминалитета, могу се поделити на: 1. Финансијске – које могу да настану када учинилац врши дело у циљу стицања противправне имовинске користи, па ту корист за себе или другог, заиста и стекне, или је не стекне, али својим делом објективно причини одређену штету, или када учинилац не поступа ради стицања користи за себе или другог али објективно учини финансијску штету, 2. Нематерјалне – које се огледају у неовлашћеном откривању туђих тајни, или другом „индискретном поступању", 3. Комбиноване – до којих може доћи откривањем одређене тајне или повредом ауторског права, или ако се путем злоупотребе компјутера или информатичке мреже нарушава нечији углед, односно повређује морално право а истовремено проузрокује и конкретна финансијска штета. [162]

Интелектуална својина као интелектуални капитал својих носиоца добија апсолутно једну нову димензију са развојем Интернета а компјутерски криминал данас најчешће у различитим видовима експонирања фокусиран је ка интелектуалној својини. Напредак у технологији и то: 1) развој микропроцесора и 2) развој Интернета довео је до повећања продуктивности (ефикасности), а истовремено је дошло до појаве нових облика криминалних радњи.

Сагледавајући процес напретка његова основна одлика је да је до деведесетих година постигнуто огромно повећање брзине обраде података, а од 1995. године ова обрада је спојена са светском мрежом Интернет. Тако је, по мишљењу неких економиста, дошло је до наступања прогресивне ере у којој се ствара држава регулатор ("*regulator state*").[163] Принципи

---

[162] Живојин Алексић, Милан Шкулић, *Криминалистика*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2002, стр.396.

[163] Michael Ryan, *Knowledge Diplomacy, Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Brookings Institution Press, Washington DC, 1998., p.12.

функционисања такве државе се укратко могу описати шемом: Б – привреда (*business*), Г – Влада (*goverment*), Ц – потрошач (*consummer*), у којој постоји нова пословна стратегија која се састоји у поступању по шеми: Б према Ц, Б према Г, Г према Ц итд. У вези са наведеним, аналитичари указују на два технолошка периода: период пре-дигиталне револуције и период пост-дигиталне револуције, у најновијем добу. У ери пре-дигиталне револуције познати су бројни случаји копирања видео касета с филмовима и других интелектуалних творевина. Начин откривања илегално копираних видео снимака је релативно једноставан и обавља се тако што органи откривања прате трговину осумњиченог и утврде постојање свих битних елемената наведеног кривичног дела тако што заплене робу у продавницама и пореде је с оригиналним касетама и цео материјал достављају јавном тужиоцу на даљи поступак. У пост-дигиталном периоду познато је да се копирање и неовлашћено коришћење права интелектуалне совојине дешава на Интерету на тзв. „*Wape Cute*"-овима. На овим сајтовима сами корисници дају свој софтер који су претходно копирали и омогућавају да се и други корисници упознају с њим и да га користе на својим компјутерима, дакле, да пренесу и шире кршење права интелектуалне својине у недоглед. У оваквим случајевима, када се ради о неовлашћеном копирању, у неким земљама органи откривања су овлашћени да спроведу тзв. „прикривену операцију".[164]

Извршиоци кривичних дела из области компјутерског кримнала, умишљајно поступају са намером да остваре што већу противправну имовинску корист. Свесни вредности интелектуалне својине, потенцијала Интернета и софистицираности компјутерских технологија, они незаконитим радњама условљављају егзистирање кривичих дела која су по својој правној природи специфична и захтевају студиозни приступ. Не постоји општеприхваћена дефиниција компјутерског криминала. У најширем смислу, високотехнолошки (или компјутерски) криминал је свака криминална делатност која се врши уз употребу рачунара и рачунарских система и мрежа. Опсег ових криминалних активности је веома широк и разноврстан и подразумева различите врсте недозвољених радњи, од неовлашћене дистрибуције пиратизованих ауторских дела до вишемилионских

[164] Ibid., .p.33.

крађа и проневера које се врше неовлашћеним *on line* приступом туђим банкарским рачунима.

У вези са наведеним поставило се веома озбиљно питање одговорности пружаоца Интернет услуга за незаконите садржаје презентоване у Интернет мрежама. Затим питање сарадње између органа гоњена и пружаоца Интенрет услуга, као и правно регулицање њихових обавеза, које на међународном нивоу још увек није уједначено, а све са аспекта што сигурнијег пласирања оригиналног производа и сузбијање фалсификата и пиратерије.[165]

Уопште је прихваћен став да би однос између Интернет индустрије и спровођења закона требало развијати у правцу међусобне кординације и сарадње. С друге стране, према истраживању спроведеном 1998 године од стране "*German Federal Crime Office" (*BKA) у 25 земаља већина испитаних представника полицијске власти описала је однос између полиције и пружаоца Интернет услуга као "лош" или "да исти не постоји". Ова недовољна повезаност се односила на различите области, али је посебан проблем који се јавио са аспекта одговорности за нелегалне и штетне садржаје садржаје који се могу наћи на Интернету.[166]

Када су у питању пружаоци интернет услуга – тзв. "провајдери", то су правна лица, деоничка друштва или друштва са ограниченом одговорношћу, позната су под америчким називом ISP/IPP (*Internet Service Provider/ Internet Presence Provider* – пружалац Интернет услуга / услуга смештаја web страница). Велика већина њих своју делатност базира на неколико основних услуга: 1.Омогућавање спајања клијената на Интернет, 2. Пружање услуге смјештаја web-stranica и података, 3. Различити облици едукације и популаризације коришћења Интернета.

Проблем одговорности пружаоца Интернет услуга је углавном повезан са анонимношћу и глобалношћу комуникације на Интернету. Ове тешкоће су покренуле питање у којој мери је

---

[165] Yuval Karniel, "Freedom of Speech on the Internet" ("Слобода говора на Интернету"), *Dvarim Achadim 2*, 1997, pp. 165–8.

[166] Ulrich Sieber, " Legal Regulation, Law Enforcement and Self-Regulation: A New Alliance for Preventing Illegal Content on the Internet" (Правна регулатива, спровођење закона и саморегулација: Нова алијанса за спречавање незаконитог садржаја на Интернету) in: Jens Waltermann, Marcel Machill (eds.), *Protecting Our Children on the Internet, Towards a New Culture of Responsibility* (Заштита наше деце на Интернету, У сусрет новој култури и одговорности*)*, Bertelsmann Foundation Publishers, Gütersloh 2000, p.320.

http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_17233_17234_2.pdf (on-line 29.06.2016).

информациона и комуникациона индустрија одговорна за кривична дела учињена од стране трећих лица која злоупотребљавају инфраструктуру на Интернету? Наведено из разлога, јер је често више правних лица, односно пружаоца услуга укључено када неко приступа кривично релевантном садржају. На пример, преузимање дечије порнографије са Интернт странице, не укључије само актуеланог провајдера садржаја и корисника који преузима тај садржај, већ такође и "домаћина" провајдера који снадбева web простор са инкриминисаним садржајем. Дакле, разликује се пружање услуге интернт приступа и пружање услуге смештаја web страница.

Немачка је једна од првих земаља која се бавила овим питањем и има значајна искуства и у законодавној и судској пракси у овој области. Активности немачког правосуђа против неколико Интернет провајдера, углавном против *CompuServe Germany*[167] привукле су пажњу светске јавности. Чињеница да је канцеларија у Минхену започела истрагу против директора приступног провајдера *CompuServe* у 1996 за помоћ у ширењу дечије порнографије, довела је до светске критике и изазвало немачко законодавство да донесе специјалне прописе о одговорности провајдера 1997. године.[168] У Минхену 1998. године је локални првостепени суд осудио бившег директора *CompuServe Germany*, на две године затвора условно, за илегалну дистрибуцију дечије порнографије и садржаје који пропагирају насиље. У другостепеном поступку, је прихваћен став да оптужени није ни на који начин лично учествовао у дечијој порнографији, као што је то и случај са већином представника Интернет индустрије. Тако је у другостепеном поступку новембра 1999. године он ослобођен.

У Немачкој је 1970. године у покрајини Хессен донет један од првих закона у свету - Закон о заштити података. Но, тек у Савезном закону о заштити података из 1977. унесене су кривичноправне санкције на подручју заштите аутоматске обраде података. Тако на пример, у немачком кривичном праву због нехата пружалац Интернет услуга не може бити кажњен. Немачки законодавац се такође позива на природу и техничку страну посла

---

[167] Amtsgericht München (Окружни суд у Минхену), 1998, Видети сајт: http://cronimus2.free.fr/all/recht.htm (on-line 29.06.2016).

[168] Dieter Dörr, Steffen Janich, „The Criminal Responsibility of Internet Service Providers in Germany" ("Кривична одговорност пружаоца Интернет услуга у Немачкој), *Mississippi Law Journal*, 80 Miss. L.J. 1247, 2011. http://mississippilawjournal.org/category/volume-80/(on-line 29.06.2016).

пружаоца услуге која га онемогућава да буде свестан садржаја свих информација пренесених од стране корисника његове услуге. Наводи се да је улога пружаоца услуга да само преноси информације, и да не мора бити свестан њиховог садржаја. Поменули бисмо и то да у погледу грађанскоправне и кривичне одговорности немачки правни систем разликује пружаоце интернет приступа и пружаоце услуга смештаја web страница. За разлику од француског приступа и приступа из Cybercrime Конвенције, где је начелно кроз опште прописе предвиђена, осим одговорности за намеру, и одговорност за нехат (неглигенце). У немачком праву је ипак изражена бојазан да је ефективна контрола и свест пружаоца услуге о садржају, због огромне количине информација практично немогућа, па су и TDG и MDStV искључили нехат и прихватили само намеру. Предузеће пружаоц Интернет услуга дакле може бити одговорно само ако је свесно садржаја.

У САД, је одговорност пружаоца Интернет услуга регулисана је прописима: The Communications Decency Act[169], Child Online Protection Act[170], Online Copyright Infrigement Liability Limitation Act, i deo Digital Milennium Copyright Protection Act.

У Француској је донет Закон о емитовању аудиовизуелних садржаја из 1986. допуњен одговарајућим амандманима 1998. (*Ammendment Fillon*). Крајем деведесетих година у Француској десио се низ случајева у којима су се заузимали различити ставови о одговорности провајдера (*Union des Etudiants Juifs de France vs. Compuserve, zatim Francuska protiv FranceNet i WorldNe*t) међутим ипак је прихваћен коначан закључак да: предузећа која се баве пружањем услуге коришћења Интернета нису у могућности да прате сав промет који пролази њиховим рачунарима. Када су у питању предузећа која пружају услугу давања простора на *web* страницама, закључено је да: ако је предузеће пружалац услуга упознат са преступом, и не предузме мере у својим могућностима да спречи ширење кажњивог садржаја, тада би то предузеће

---

[169] The Communications Decency Act из 1996 (CDA) је био први значајан покушај Конгреса Сједињених Америчких Држава да регулише приказивање порнографског материјала на Инетернету.

[170] The Child Online Protection Act (COPA), Закон је усвојен у САД 1998 године, како би ограничио малолетницима приступ материјалима на Интернету који је дефинисан као штетан за малолетнике. Закон је ограничава комерцијални приступ и утиче на добављаче, и обавезује дистрибутере "матријала штетних за малолетнике" да обележе своје сајтове да исти нису за малололетнике.

пружалац услуга могло бити одговорно. Горе наведени амадмани *Amendments Fillon* су додали две обавезе за предузећа пружаоце Интернет услуга и то да су: дужни својим корисницима пружити програме са могућношћу контроле приступа (*parental lock*), и блокирати приступ web-страницама и другим Интернет садржајима који садрже материјале који се могу подвести под неку од инкриминација из корпуса француског кривичног права, у овом случају садржаног у одредбама Кривичног законика и већ наведеног Закона о емитовању аудиовизуелних садржаја са припадајућим амандманима.[171]

Према домаћој судској пракси, (пресуда Вишег трговинског суда у Београду Пж. бр. 2258/06)[172], давалац услуга *web hostinga* - као овлашћени сервис, није одговоран за садржај свог web сајта, већ је за исте одговоран сам корисник услуга - о којем се при закључењу сваког појединачног уговора узимају сви детаљни подаци у смислу означавања одговорног администратора - корисника те услуге.

У основи компјутерског криминала увек је злоупотреба неког интелектуалног добра, најчешће програма или неког другог производа који има за основу програм – а ради прибављања противправне имовинске или какве друге користи или наношења материјалне или какве друге штете. Тако долазимо до сагледавања огромне штетности пиратерије интелектуалних добара, која добија међународну димензију и често користи подручје мање развијених земаља за проток информација, или као базу за криминалне активности, јер те земље по правилу немају јаке механизме заштите интелектулане својине и контроле компјутерског криминала, а своје последице остварује на територији економски развијених држава и наноси економске губитке. То с друге стране, мање развијене земље ставља у лош положај јер се означавају као несигурне за стране инвестиције и без јаких легалних и практичних система заштите интелектулане својине, а што штети економији и тих сиромашнијих држава. У вези са тим сматрамо да би требало обезбедити трансфер знања на међународном нивоу који подстиче развој међународних веза у тој области и евентуално

---

[171] Valérie Sedallian, *Légiférer sur la sécurité informatique: la quadrature du cercle?* Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, décembre 2003 et janvier 2004.

[172] Пресуда Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 2258/06 од 21.12.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2007, Intermex, Београд.

кроз инвестирање у привреде мање развијених земаља, утицати на заштиту интелектуалне својине на глобалном нивоу.

4. Ефикасност кривичноправне заштите интелектуалне својине и успешне инвестиције

Кривичноправна заштита има посебно значајну улогу у заштити интелектуалне својине, а по својој природи уједно је и најефикаснији вид заштите, што је непосредној вези са заштитом привредног пословања и сигурношћу инвестиција. Страх од кривичног прогона и казне која следи након ефикасно спроведеног истражног и судског поступка, као и страх од могуће заплене предмета кривичног дела и средстава за извршење, делују превентивно, одвраћајући потенцијалне учиниоце од извршења кривичних дела. На скоро свим производима, који у себи садрже ауторско право или предмет другог сродног права или права интелектуалне својине, јасно је означен власник тог права и постоји упозорење да је неовлашћено коришћење кажњиво по закону.

Правни системи економски развијених држава су отишли веома далеко у заштити права интелектуалне својине, а посебно у борби против високотехнолошког криминала, а све у циљу заштите производа и његовог пласирања на тржишту, као и коришћења ресурса Интернета у позитивне и легалне сврхе. Судска пракса тих држава (САД, Велика Британија, Немачака, Француска, и др.) показује висок степен ангажованости и значајан је извор података и искуства. Активне мере се предузимају у циљу сузбијања крађе интелектуалне својине и кривичних дела сличне природе. Приоритети у вези са интелектуалном својином подразумевају истрагу и покретање судских поступка према онима који су починили кривична дела повреде права интелектуалне својине против: (1) здравља и безбедности, (2) пословних тајни и економске шпијунаже и (3) комерцијалне он-лине пиратерије и фалсификовања.

Тако на пример, за покретање кривичног поступка је у правосуђу САД овлашћена Специјална јединица за компјутерски криминал и криминалитет у области кршења права интелектуалне својине. Активна примена закона о заштити права интелектуалне својине је један од главних приоритета Министарства правде SAD (*Department of State*, DOS) уз коришћење ресурса Криминалистичке јединице (*Criminal Division*), канцеларије државног тужиоца и

Цивилне јединице, као и ресурса истражних органа, ФБИ и других организација. У области приратерије услов за постојање кривичног дела је да се сачини једна или више копија одређеног производа чија вредност прелази хиљаду долара и да је то учињено у сврху продаје. Предвиђена је новчана казна до милион долара. Елементи кривичног дела су дакле, вредност интелектуалног производа и одређена комерцијална корист од промета.

Када се ради о примерима из стране судске праксе велики број предмета се може срести из области компјутерског криминала. У међународној борби против компјутерског криминала запажени су и следећи видови криминалног понашања: (1) објављивање генератора шифара разних система заштите, (2) давање такозване сервер верзије софтера на пиратизовање и (3) упознавање са системима заштите на сервер везији, (4) „крековање“ верзије (разбијање шифре), (5) давање на коришћење тако лажно регистрованог софтвера без накнаде. Сложенији спорови настају када се користи Интернет презентација као средство за довођење у заблуду и одржавање у заблуди инвеститора или купца. У оваквим и сличним случајевима врши се злоупотреба специфичне интелектуалне својине. Међутим, за разлику од класичних облика интелектуалне својине, где су, на пример, тржишни знаци физички утиснути на објекте, електронски интелектуални производи немају све материјалне димензије. Ту се ради о знању програмера, које је такође тржишни производ.

Суд Округа *Orange California* У.С први пут је у својој пракси пресуђивао у кривичном предмету компјутерског криминала а у вези интелектуалне својине, конкретно повреде права на регистроване жигове чувене *Compaq* компаније. Суд је прогласио *Tony Minh Nguyen*, 37, у првом појављивању кривим на основу оптужнице која га је теретила да је у периоду од Августа 2000. године до децембра 2000. године у својству овлашћеног лица издао наредбу запосленим у компјутерској компанији *Dinasty*, чија је делатност снабдевање компјутерском опремом да неовлашћено користи *Compaq*-ове регистроване жигове у стицању противправне имовинске користи. Наиме, сходно директиви окривљеног његова компанија је отпочела куповину *Compaq*-ових застарелих меморијских компоненти, са којих су уклоњени знакови *Compaq*-а и прилепљени на меморијеске модуле који нису били производени од стране *Comapaq*-а, креирајући тако производ који се суштински није разликовао од оригиналног *Compaq*-овог производа и који је продаван као оригинал *Compaq*. Током истраге докази упућују да је

компанија која је поступала незаконито неовлашћеним коришћењем *Compaq* жигова стекла противправну имовинску корист између $5-$7милиона од продаје компјутер меморијских модула.

Још један пример из судске праксе САД, се може поменути, јер се ради о затворској казни која је изречена оптуженом, који је, иначе грађанин Саудијске Арабије, и маја 2010. године је осуђен на 51 месец затвора и обавезан да платии $119,400 на име накнаде компанији *Cisco Systems, Inc*. Федерална порота га је прогласила кривим по оптужби да је пустио у промет фалсификоване Цисцо производе. Према доказима који су изнети у суду, он је куповао фалсификоване *Cisco gigabit interfejs* konvertore (GBIC) од *online* продаваца у Кини са намером да их прода Америчком министарству одбране како би их користило особље америчких маринаца који се налазе у Ираку. Компјутерску мрежу за коју су ови конвертори намењени користи Амерички марински корпус како би се преносило кретање трупа, преносиле информације и одржавала безбедност војне базе.[173]

Околности које погодују настанку ове врсте криминала су: 1.Лакоћа комуникације на Интернету, 2.Распрострањеност ове светске мреже, могућност наступања материјалне и моралне штете за жртве које су веома удаљене (доступност жртава), 3.Анонимност на Интернету и веома велике могућности скривања трагова, 4.Тешкоће у спровођењу истрага на транснационалном нивоу (неопходна асистенција страног правосуђа), 5.Ограничења у националном законодавству. Може се рећи да глобална природа Интернета отежава примену сваког, а посебног националног законодавства. Многе земље имају модерно национално законодавство и предвиђају кривични прогон, али се кривични прогон не примењује с подједнаком ефикасношћу на територијама свих држава, јер инкриминисане радње могу бити предузете на територији једне државе а последице наступају у другој држави.

Кроз судску праксу може се уочити да се појавни облици кривичних дела повреде права интелектуалне својине исказују кроз нелегалну производњу, кријумчарење и дистрибуцију фалсификованих и пиратских производа, затим кроз кривична дела у вези са прањем новца као дела која се односе на кршење закона у погледу заштитног знака, имена и ауторских права. Такође на међународном нивоу долази до фалсификовања државних

[173] 2010 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, op.cit.p.41

обвезница и вредносних папира, затим финанасијских злочина, који укључују преваре у вези са приступним уређајима, преваре финансијских институција, крађе идентитета, компјутерске преваре, напади путем компјутера на финансијску, банкарску, телекомуникациону и критичну инфраструктуру држава. Казнена политика усмерена је у правцу изрицања затворских казни за наведена дела а уз које се по првилу изричу и новчане обавезе. Оваквим казнама се остварује и специјална и генералана превенција, а са првенственим циљем сузбијања ове врсте криминала и стављање акцената на правну и фактичку заштиту интелектуалне својине. Значајно је и то да се у току спроведних поступака заплењује и у највећем број случајева уништава фалсификована роба повезана са тим кривичним делима.

Повезујући питање страних инвестиција и кривичноправне заштите интелектуалне својине долази се до два два кључна питања: 1) Колико је довољно издвајати средстава за плаћање права по основу интелектуалне својине да би се развили нови производи? Одговор на ово питање диктира јачину заштите права интелектиалне својине. 2) Колико треба издвојити за трансфер знања? Одговор на то питање диктира питање степена примене опортунита у заштити интелектуалне својине.[174] Светске оквире заштите од криминалитета у овој области дају прописи Светске трговинске организације (WTO), Светске организације за интелекртуалну својину (WIPO) и мултилатерална конвенција Споразум о трговинским аспектима заштите права интелектуалне својине (TRIPS).[175]

Правно гледано у области заштите права интлектуалне својине, посебно примене Интернета, још увијек постоје бројна правно нерегулисана и контрадикторно регулисна подручија поготову у односима различитих правних поредака, што умногоме и утиче на привредни сарадну и сигурност инвестирања, али је јасна тенденција да се кроз судске поступке, активности међународних организација, ратификацијом међународних документа и њиховом имплементацијом у националана законодавства изврши њихово усаглашавање и обезбеди широк спектар заштите права интелектуалне својине у свим друштвеним секторима.

---

[174] Michael Rayan, op.cit, p. 21.

[175] World Trade Organisation (WTO), World Intelectual Property Organisation (WIPO), Trade Related Aspects of Intelectual Property Rights (TRIPS).

5. Закључак

Имајући у виду квалитет законске регулативе и међународну акивност бројних националних и интернационалних организација, јасни су напори да сви постојећи видови испољавања повреде права интелектулане својине буду пре свега законски третирани, а затим и практично спроведени како би се остварили што бољи привредни и инвестициони ефекти. Тиме се постиже правна сигурност пре свега носиоца права интелектуалне својине који су највише угрожени експонирањем пиратских производа и уопште нарушавањем свих облика заштићених права интелектулане својине, али и потрошача и целе друштвене заједнице. Поред тога, имајући у виду брзину промета и пренос података путем интернета, јасно је да је један од императива законске регулативе ефикасно прилагођавање новим облицима компјутерског криминала. Сваки тај нови вид компјутерског криминала мора имати законски оквир. Стварањем услова за честе ревизије законских прописа у смислу праћења манифестације компјутерских кривичних дела је приоритет на глобалном нивоу и важан аспект привредног напретка.

У складу са тим мобилност информатичких и правних структура у координцанцији са сваком државом требао би бити подигнут на највиши могући ниво, с обзиром да се свакодневно јављају нови облици криминалних активности које су усмерене ка правима интелектуалне својине у широким глобалним размерама. Успешност инвестиција на светском нивоу се може првенствено остварити кроз заштиту интелектуалне својине.То може подразумевати оснивање и специјализованих асоцијација посебно у оквиру земаља које су заинтересоване, како за пријем страних инвестиција тако и за инвестирање у друге државе и уопште за привредни напредак, које би окупиле информатичке кадрове и специјализоване стручњаке за права интелектуалне својине, правне експерте који би деловали у правцу студозног приступа и ургентних акција спречавања радњи којима се угрожавају права интелектуалне својине.

Dijana Jankovic LL.D
Judge of the Appellate Court in Nis, Serbia

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS - LEGAL AND INVESTMENT EFFECTS

Abstract. *The protection of intellectual property rights can be of a great importance for the development of a society, it can contribute to strengthening of economy and improve life standard. The states who are the leaders in innovation and creativity establish strong legal mechanisms which provide the protection of intellectual property rights. Virtually all of the inventions which ultimately hastened economic development and lifted living standards – especially new technologies and manufacturing processes – were developed in societies with strong intellectual property protections. In our country, the newly adopted laws are, to the greatest extent, harmonized with the current both regional and international standards in the field of protection of intellectual property rights. This paper deals with the judicial protection of intellectual property rights in the case of injury and the importance of intellectual property rights as activators of global streams of capital, as well as their impact on national economies. In order to determine the magnitude of these ripple effects, this paper assesses the harmful impact of the piracy of produced copyright products on the economy and foreign investments.*

Key words*: intellectual property rights, judicial protection of intellectual property, falsified products, Internet, foreign investments, copy right.*

mag. iur. Ђурђа БОЛАНЧА КЕКЕЗ,

Правни факултет Свеучилишта у Сплиту

ПРАВНА СИГУРНОСТ У КОНТЕКСТУ КРШЕЊА ПРАВИЛА ТРЖИШНОГ НАТЈЕЦАЊА

Апстракт. *Постизање правне сигурности у било којој правној области је циљ којем треба увијек тежити. Тога се начела придржава и Европска Унија у своме цјелокупноме правном дјеловању, што је између осталога видљиво и у пракси Суда правде Европске Уније. Слиједом наведога, високи ступањ праве сигурности се жели остварити и по питању правила тржишног натјецања, јер учинковита тржишна утакмица, као и неометано кретање особа, капитала, ствари и услуга, захтијева високу разину повјерења у правне прописе како на разини Уније тако и на разини држава чланица. С обзиром на постојање бројних случајева кршења правила тржишног натјецања, није за чудити да се у оквиру дјелатности Уније одлучило приступити рјешавању и тог правнога проблема како би се осигурало да штета настала на заједничком унутарњем тржишту буде компензирана у пуном облику. Управо у ту сврху је донесена Директива 2014/104/ЕУ за накнаду штете због кршења правила тржишног натјецања. Колики ће бити њех успјех услијед имплементације у националне суставе држава чланица, овисит ће у великој мјери о вољи и спремности самих чланица да хармонизирају националне прописе који би посљедично омогућили високу разину правне заштите услијед кршења правила тржишног натјецања.*

Кључне ријечи: *правна сигурност, право тржишног натјецања, повреда правила тржишног натјецања, Директива 2014/104/ЕУ за накнаду штете*

1. Увод

Остварење високог ступња правне сигурности је опће прихваћено правно начело које се може пронаћи у готово свим демократским државним уређењима. Посебан значај овог начела јест што његово остварење у пракси значи да су физичке и правне особе у сваком тренутку сигурне да ће њихова права бити у потпуности заштићена пред свим државним тијелима, те да је поступак реализације и заштите права унапријед одређен и транспарентан.[176]У сврху остваривања правне сигурности, закони као и остала правна правила морају бити опће важећа, донесена уз поштивање демократске процедуре, с устаљеном и јасном примјеном, те међусобно конзистентна.[177]Само такве норме могу заштитити правне субјекте од самовољне и арбитрарне употребе моћи.

У праву Европске Уније (*acquis communautaire*) принцип правне сигурности је такођер препознат, те усвојен како кроз правне акте тако и кроз богату праксу Суда правде Европске Уније (даље: Суд ЕУ).[178] Ово начело је посебно важно за такав*суи генерис* међународно-правни субјект као што је ЕУ. С једне стране стога што су односи држава чланица и ЕУ у легислативној, управној и правосудној компоненти власти веома сложени, а с друге стога што се Унија састоји од 28 држава чланица, у којима постоји 28 различитих националних правних система. Узимајући у обзир чињеницу да Унија тежи усклађивању различитих подручја права, а све у сврху остваривања неометаног функционирања унутарњег тржишта, строго поштивање овог начела један је од најважнијих инструмената потребних за остварење задовољавајуће разине правне сигурности за грађане и правне особе на подручју Уније.

Учинковита тржишна утакмица, као и неометано кретање особа, капитала, ствари и услуга, захтијева високу разину повјерења у правне прописе, како на разини Уније тако и на разини држава чланица.[179] Основно полазиште учинковитог тржишног натјецања

---

[176] Neuhaus,Paul Heinrich, Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws, 28 *Law and Contemporary Problems*, 1963., стр. 795-807.

[177]Maxeiner, James R., Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 15. No. 2, 2007, стр. 545, (у даљњем тексту:Maxeiner).

[178]Paunio, Elina, *Legal Certainty in Multilingual EU Law: Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, Ashgate Publishing, UK, 2013; Ayhan, Taha, The Principle of Legal Certainty in EU Case Law, *TODAiE's Review of Public Administration*, Vol. 4, No. 3 (September 2010), стр. 149-183, (у даљњем тексту: Ayhan).

[179]Буторац Малнар, Влатка, Пецотић Кауфман, Јасминка, Петровић, Синиша, *Право тржишног натјецања*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2013.; Пошћић,

је равноправност свих судионика на тржишту. Како би се то постигло, правила тржишног натјецања требају бити у високом ступњу координирана на свим разинима. Један од начина којим се то жели остварити је даљње усклађивање националних правила која уређују право на накнаду штете због кршења правила тржишног натјецања. Захваљујући пракси Суда ЕУ, жртвама повреда прописа о тржишном натјецању признато је право на накнаду штете. Тако свака жртва повреде тих прописа мора имати могућност остварити право на компензацију јер је право на накнаду штете неопходно јамство за учинковиту проведбу права тржишног натјецања ЕУ. Међутим, показало се да је остварење тог права у пракси земаља чланица споро и неуједначено, понајвише због разлика у процесним правилима. Управо ради надилажења утврђених препрека, Европска Комисија (даље: Комисија) је одлучила наћи рјешење којим би заштитила особе које су претрпјеле штету услијед кршења одредбичл. 101. и чл. 102. УФЕУ,[180] а које су усмјерне на спријечавање забрањених споразума и злоупорабе владајућег положаја међу подузетницима. Посљедњи корак еуропског нормотворца у том правцу јест доношење Директиве 2014/104/ЕУ за накнаду штете због кршења правила тржишног натјецања.[181] Тим потезом жели се повећати правна сигурност и истодобно смањити разлике између правних правила држава чланица којима се уређују поступци за накнаду штете због кршења правила тржишног натјецања, као и националног права тржишног натјецања када се оно примјењује успоредно с правом тржишног натјецања ЕУ.

2. Правна сигурност у праву Европске Уније (ЕУ)

Правна сигурност представља опћи принцип права ЕУ, те захтијева прије свега, да субјекти права морају знати што је право како би га се могли придржавати и ускладили своје понашање с

Ана, *Европско право тржишног натјецања и интереси потрошача*, Народне Новине, Загреб, 2014, стр. 35-46, (у даљњем тексту: Буторац Малнар/Пецотић Кауфман/Петровић).

[180] Уговор о функционирању Европске уније (УФЕУ) – консолидирана верзија (OJ C 2010, 83, 47).

[181] Директива 2014/104/ЕУ Европског парламента и Вијећа од 26. студенога 2014. о одређеним правилима којима се уређују поступци за накнаду штете према националном праву за кршење одредаба права тржишног натјецања држава чланица и Европске уније, OJ L 349, 5.12.2014, (у даљењем тексту: Директива о накнади штете).

њим.[182] У сврху тога, потребно је: да закони и одлуке буду јавне, коначне и јасне, затим да су одлуке судова обвезујуће, да је ретоактивно дјеловање прописа и индивидиуалних одлука сведено на строге изнимке, те да легитимна очекивања буду адекватно заштићена.

С обзиром да је правна сигурност утемељена као правни принцип у свим држава чланицама ЕУ, није изненађујуће што је и у еуропском правном суставу пронашла свој пут и начин примјене. Дјеловање овог принципа у праву ЕУ се остварује првенствено крозпредвидљиви избор одговарајућег правног правила у некој стварној ситуацији.[183] Имајући у виду да ЕУ правни поредак остварују своју примјену и у државама чланицама и на разини саме Уније, постојање овог принципа свакако поспјешује и олакшава примјену тог права. Оно што је посебно значајно везано за ово начелоу еуропском праву јесте да је оно формулиранокроз дјеловање Суда ЕУ, гдје је утврђено да принцип правне сигурности има структуралну улогу у судској пракси и то као темељни принцип права ЕУ.[184] Другим ријечима, остварење правне сигурност представља једно од најважнијих опћих правних начела афирмираних у пракси од Суда ЕУ. Но, важно је напоменути да Суд ово начело не интерпретира на формалистички начин, што би значило да га схваћа као апсолутни, категорички императив. У својој пракси Суд ЕУ захтјеву правне сигурности приступа првенствено прагматично, тј. практичне учинке недостатка предвидљивости примјене појединог елемента правног сустава разматра првенствено из узрочно-посљедичне перспективе.[185] У еуропском праву главну улогу у реализацији начела правне сигурности има Суд ЕУ, који кроз своје одлуке јасно упућује колика је важност овога принципа. У једној од својих одлука, утемељених на начелу супремације еуропског права, Суд ЕУ је истакнуо

---

[182]Maxeiner, стр. 547-549.

[183]Предвидљивост је циљ принципа правне сигурности. Више о томе види: Raitio, Juha, *The principle of legal certainty in EC law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003, стр. 128; Hartley, T. C., *The foundations of European Community law,* 7th ed., Oxford University Press,Oxford, 2010, стр.146.

[184] C-13/61 *De Geus en Uitdenbogerd v Bosch and others,(1963)*ECR 1962; C-323/88 Sermes(1990) ECR I-3027; C-234/89 *Delimitis v Henninger Bräu* (1991), ECR I-935.

[185] Schwarz, Jürgen, *Droit administratif europeen. Le principe de securite juridique,* Office des publications des Communautes Europeennes,Bruylant, Bruxelles, 1994, стр. 202. Дефиниција принципа правне сигурности се налази у предмету T-18/89 *Tagaras v Cour de Justice* 1991.

слиједеће: „*Принцип правне сигурности, који је дио правног поретка Заједнице, захтијева да законодавство Заједнице буде јасно, те у својој примјени предвидљиво за све заинтересиране стране. Као резултат таквог захтијева, било који акт који је намијењен имати правне учинке мора утемељити своју обвезујућу снагу на одредби права Заједнице, која прописује правни облик тога акта и који мора бити изричито прописан као његова правна основа, иначе ће такав акт бити ништав и неважећи.*“[186] Начело правне сигурности може бити угрожено и начином на који државе чланице инкорпорирају ЕУ правила у националне правне суставе, па је стога Комисија у неким случајевима тужбе против држава чланица пред Судом ЕУ темељила управо на повреди начела правне сигурности. Став Суда ЕУ у том погледу је јасан:„*Правна правила држава чланица морају бити исказана недвосмислено, како би упућеној особи дала јасну и детаљну спознају о њеним правима и обвезама, те омогућила националним судовима да осигурају да су та иста права и обвезе видљива.*“[187] Осим признавања и развијања принципа правне сигурности кроз праксу Суда ЕУ, и европски се законодавац у низу уредби и директива као аката секундарног законодавства,[188] изричито позива на остварење начела правне сигурности.[189]

Иако правна сигурност представља један од темељних принципа европскога права, ипак није несавладиво правно начело, које се мора чувати под сваку цијену.[190] У неким случајевима други правни принципи или значајнија правна правила ипак могу превагнути.[191] Стога, када се год испитују одлуке Суда ЕУ, као и које

---

[186]C-325/91*French Republic v Commission of the European Communities*, (1993) ECR I-3283.

[187] C-257/86 *Commission of the European Communities v Italian Republic*, (1988) ECR 3249.

[188]Уредба (ЕУ) бр. 211/2011 Европског парламента и Вијећа од 16. вељаче 2011. о грађанској иницијативи,OJ L 65, 11.03.2011; Уредба Вијећа (EU) бр. 1259/2010 od 20. просинца 2010. о проведби појачане сарадње у подручју права примјенљивог на развод брака и законску раставу, OJ L 343, 29.12.2010.

[189] Portuese, Aurelien, Gough Orla, Tanega Joseph, The principle of legal certainty as a principle of economic efficiency, *European Journal of Law and Economics*, 2014, доступно на: http://link.springer.com/. (страници приступљено: 26.02.2016.)

[190]Raitio, Juha, Legal certanity, non-retroactivity and periods of limitation in EU law, *Legisprudence*, Vol.II, No. 1, 2008, стр. 8, (у даљњем тексту: Raitio, 2008).

[191] Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, EU Law: Texts, Cases and Materials, Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 557-558. U predmetu *C 49/59 SNUPATv High Authority* [1961] *ECR 53*, Суд ЕУ је изричито утврдио да примјена правне сигурности мора бити комбинирана са принципом законитости.

се позивају на принцип правне сигурности, може се уочити да се то начело схваћа као *a priori* прихваћен концепт, без дефинирања његових ограничења, односно да му се додјељује првенствено функционална улога.[192]

Правна сигурност је битна и у контексту права тржишног натјецања. Либерализам и економија слободног тржишта захтијева постојање правне сигурности, не само због доношења рационалних одлука од стране компанија и појединаца који дјелује на јединственом тржишту ЕУ, већ и због претпоставки предвидљивости и правних гаранција која ублажавају могућа изненађења настала при доношењу административних одлука.[193] Уз то, функционирање тржишта мора бити осигурано правним нормама које су осмишљене под демократском контролом, што је у коначници повезано с принципом правне сигурности.[194]

3. Право тржишног натјецања у ЕУ

3.1. Општи преглед

Правила еуропског права тржишног натјецања садржана су у примарном и секундарном законодавству.[195] У примарном законодавству то су чланци 101.-105. УФЕУ. Срж материје тржишног натјецања уређују чл. 101. који се бави забрањеним споразумима,[196] те чл. 102. који се односи на злоупорабу владајућег положаја.[197] Чланци 103.-105. уређују овласти Вијећа и Комисије да

---

[192]Ayhan, стр. 155.

[193] Raitio, 2008, стр. 8.

[194] Raitio, Juha, What is meant by Legal Certainty and Uncertainty?, Rechtstheorie, Vol. 37, 2006, стр. 393-405.

[195] Cosma, Håkon A, Whish, Richard, Soft Law in the Field of EU Competition Policy, *European Bussiness Law Review*, Vol. 14, 2003, стр. 38-42.

[196] Чл. 101. УФЕУ:

„1. Будући да су неспојиви с унутарњим тржиштем, забрањују се: сви споразуми међу подузетницима, одлуке удружења подузетника и усклађено дјеловање који би могли утјецати на трговину међу државама чланицама и који имају за циљ или посљедицу спречавање, ограничивање или нарушавање тржишног натјецања на унутарњем тржишту,...“ (бивши чл. 81. Уговора о Еуропској заједници (УЕЗ)). Више о чл. 101. УФЕУ види: Whish, Richard, Baily, David, CompetitionLaw, 8thed., OxfordUniversity Press,Oxford, 2015, стр. 84-183, (у даљњем тексту: Whish/Baily).

[197]Чл. 102. УФЕУ:

доносе уредбе и директиве као проведбене прописе за примјену чл. 101. и 102., те даје овласти Комисији да утврђује и санкционира недопуштено понашање подузетника. Трећи облик нарушавања тржишног натјецања (уз забрањене споразуме и злоупотребу тржишног натјецања) су концентрације које су регулиране секундарним законодавством.[198] Најважнији извори за концентрације су Уредба о концентрацијама[199] и Проведбена уредба.[200] Поред уредби, важан извор права тржишног натјецања суи формално-правно необвезујуће препоруке и мишљења.[201] Њих доноси Комисија како би адресатима поближе објаснила правила тржишног натјецања.[202]

Битно је истакнути да Комисија и Суд ЕУ,[203]примјењујући правила тржишног натјецања, утјечу на интерграцију еуропског јединственог тржишта. С обзиром да је јединствено тржиште (*single market*) описано као једно од „највећих циљева у ЕУ“[204], одређено је да се мора заштитити.[205] Стога ће посебно споразуми и понашања која могу имати учинак територијалне подјеле тржишта између држава чланица, бити пажљиво истраживана и могу бити кажњена.

„Свака злопораба владајућег положаја од стране једног подузетника или више њих на унутарњем тржишту или његову знатном дијелу забрањена је као неспојива с унутарњим тржиштем у мјери у којој би могла утјецати на трговину мену државама чланицама“ (бивши чл. 82. УЕЗ). Више о чл. 102. УФЕУ види: Whish/Baily, стр. 183-225.

[198]Forrester, Ian, Modernization of EC Competition Law, *Fordham International Law Journal*, Vol, 23, 1999-2000, стр. 1028-1088.

[199]Уредба Вијећа (ЕЗ) бр. 139/2004 од 20. сијечња 2004. о контроли концентрација између подузетника, (текст значајан за ЕГП),OJ L 24, 29.1.2004.

[200]Уредба Комисије (ЕЗ) бр. 802/2004 од 21. травња 2004. којом се проводи Уредба Вијећа (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација предузетника (текст значајан за ЕГП), OJ L 133, 30.04.2004. Ова је Уредба измијењена Уредбом Комисије (ЕЗ) бр. 1033/2008 од 20. листопада 2008. о измјени Уредбе (ЕЗ) бр. 802/2004 о проведби Уредбе Вијећа (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између подузетника (текст значајан за ЕГП),OJ L 279, 22.10.2008.

[201] Ти документи су садржајно изнимно важни, јер уз то што имају велику интерпретативну снагу, уређују нека од кључних питања примјене тржишног натјецања (нпр., мјеродавно тржиште, начин одређивања санкције подузетницима, споразуми мале вриједности, итд.)

[202] Буторац Малнар/Пецотић Кауфман/Петровић, стр. 24.

[203] C-501/06 *GlaxoSmithKline v Commission* (2009) ECR I-9291, para. 59-61; спојени предмети C-403/08 i C-429/08*Football Association Premier League* (2011) ECR I-9083, para. 135-144.

[204] Commission's *Report on Competition Policy* (2009), COM (2010) 0282, str. 26-28, доступно на: www.ec.europea.eu.

[205]Commission's *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ C 130, 19.05.2010.

3.2. Однос између еуропског и националног права тржишног натјецања

За примјену права тржишног натјецања најважнији је однос између еуропског и националног права. У складу с општим правилима и начелима еуропског права, национално право мора бити усклађено с еуропским правом, те у случају колизије њихових одредби, предност у примјени ће имати еуропско право тржишног натјецања.[206] Стога, примјена правила тржишног натјецања било које државе чланице не смије угрозити уједначену примјену ЕУправа тржишног натјецања на подручју јединственог тржишта. Такав став је заузео и Суд ЕУ утврдивши да тадашњи Уговор о Еуропској економској заједници чини самостални правни поредак који мора бити инкорпориран у правне суставе свих држава чланица, јер би било противно његовој сврси да државе доносе мјере које би довеле у питање практичну учинковитост Уговора.[207] Уколико постоји сукоб права, он мора бити ријешен на темељу начела супремације права Заједнице, из чега слиједи да би тијела државе чланице надлежна за примјену права тржишног натјецања морала на прикладан начин узети у обзир дјеловање одлука Заједнице, те подузети прикладне мјере, ако би право државе чланице забрањивало склапање споразума који је изричито допуштен прописима Комисије, или ако је ријеч о споразуму који је допуштен одлуком Комисије.[208] Међутим, уколико споразум или поступак није уређен еуропским законодавством, те о његовој допустивости Комисија није донијела одлуку, надлежна тијела држава чланица могу покренути поступак на темељу националних прописа о заштити тржишног натјецања.[209] Из овога се може извући закључак да еуропско и национално право тржишног натјецања могу коегзистирати, те да се национално право може и треба примјењивати, али само ако то није противно правилима еуропског права.

---

[206]Према чл. 3. ст. 1. т. (б) УФЕУ, Унија има искључиву надлежност у подручју утврђивању правила о тржишном натјецању потребних за функционирање унутарњег тржишта.

[207] C-14/68 *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt* (1969) ECR 1, para. 6.

[208] *Ibid*, пара. 4. И 6.-8.

[209] Буторац Малнар/Пецотић Кауфман/Петровић, стр. 25.

Све државе чланице ЕУ имају правила тржишног натјецања, и то у великој мјери креирана управо на темељу одредби чл. 101. и 102. УФЕУ. Поједине државе чланице чак захтијевају да се национално право тумачи у складу с правилима ЕУ, потврђујући тиме усклађивање еуропског и националног права.[210] Због тога је у многим случајевима могућ исти исход, без обзира је ли поједини споразум или понашање било истраживано по правилима ЕУ или пак по националним правилима. Међутим, иако је присутан високи ступањ приближавања националних и еуропских правила, и даље постоји могућност различитог исхода овисно који ће се систем примјенити. Но, генерално, у случају конфликта између примјене националних или еуропских правила тржишног натјецања, остаје полазишна точка да право ЕУ има првенство примјене.[211]

3.3. Примјена правила еуропског права тржишног натјецања у државама чланицама

Према Уредби о проведби правила о тржишном натјецању[212] Комисија дијели надлежност за примјену чл. 101. и 102. УФЕУ с националним тијелима надлежним за тржишно натјецање као и с националним судовима, који могу примјењивати и национално право тржишног натјецања. Услијед постојања паралелне примјене права, у предметима у којима тијела за заштиту тржишног натјецања или судови држава чланица примјењују национална правила тржишног натјецања на споразуме, одлуке удружења подузетника или усклађену праксу, ако таква понашања могу утјецати на трговину међу државама чланицама, наведена тијела морају примјенити и чл. 101. УФЕУ (чл. 3. ст. 1. Уредбе 1/2003). Овако рјешење је потребно како примјена права државе чланице не би довела до забране споразума, одлуке удружења подузетника или усклађене праксе који могу утјецати на трговину међу држава чланицама ако је ријеч о споразуму, одлуци или пракси који се према еуропском праву не сматрају ограничавајућим за тржишно

[210] Нпр. Велика Британија – одјељак 60 у Competition Act iz 1998.

[211] C-6/64 *Costa v ENEL* (1964) ECR 585; C 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* (1978) ECR 629; C-213/89 *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* (No 2) (1991) 1 AC 603.

[212] Уредба Вијећа (ЕЗ) бр. 1/2003 од 16. просинца 2002. о проведби правила о тржишном натјецању која су прописана чланцима 81. и 82. Уговора о ЕЗ-у (текст значајан за ЕГП), OJ L 1, 4.1.2003, (у даљњем тексту: Уредба 1/2003).

натјецање.[213] Када је пак ријеч о примјени националног права на злоупорабе владајућег положаја које могу утјецати на трговину међу државама чланицама, уз примјену националног права потребно је примјенити и чл. 102. УФЕУ (чл. 3. ст. 1. Уредбе 1/2003). Ипак, у вези са злоупрабом владајућег положаја, државе чланице могу својим националним правима предвидјети строжа правила забране и санкционирања таквог дјеловања него што су то правила еуропског права, без обзира утјече ли то на трговину међу државама чланицама (чл. 3. ст. 2. Уредбе 1/2003).

Узимајући у обзир да су одредбе чл. 101. и 102. УФЕУ саставни дио правног поретка држава чланица, субјективна права и обвезе које оне уређују уживају заштиту коју, уз Комисију и Суд ЕУ, пружају и национални судови. Такво стајалиште је потврдио и Суд ЕУ који је у својој пракси већ донио одлуке о надлежности судова држава чланица у погледу примјене права тржишног натјецања ЕУ, сматрајући да забране из чл. 101. ст.1 и чл. 102. УФЕУ по својој природи имају непосредно дјеловање у односима међу појединцима, те да заинтересираним особама непосредно додјељују субјективна права која национални судови морају заштитити.[214] Међутим, одредбе чл. 16. Уредбе 1/2003 забрањују судовима држава чланица да доносе одлуке које су супротне онима које је већ усвојила Комисија.

4. Кршење правила тржишног натјецања

Циљ проведбе права тржишног натјецања, с једне стране, је да одврати субјекте који дјелују на унутарњем тржишту од кршења правила што би могло довести до непоштене тржишне утакмице и тиме угрозити и оштетити остале актере на тржишту, а с друге стране, та иста правила представљају правну основу за накнаду штете оним особама које су претрпјеле губитак услијед кршења

[213] Државе чланице не могу усвојити или примјењивати строже право од еуропског права када је ријеч о споразумима, одлукама удружења подузетника или усклађеној праксе којаможе утјецати на трговину међу држава чланицама. Уз то, ако су испуњени увјети из чл. 101. ст. 3 УФЕУ, национално право тржишног натјецања не може довести до забране споразума, одлуке удружења подузетника или усклађене праксе.

[214] C-127/73 *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior* (1974) ECR 51, para. 16; C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* (1991) ECR I-935.

правила тржишног натјецања.[215] Примаран начин провођења правила тржишног натјецања у ЕУ је јавна проведба, најчешће у облику новчане казне која се одређује у поступку покренутом тужбом и након проведене истраге.[216] Но, с обзиром да је пракса показала да јавна проведба не остварује увијек задовољавајући ступањ превенције, те да се право на накнаду штете претрпљене због повреде правила тржишног натјецања у државама чланицама ријетко и тешко остварује, еуропски законодавац је одлучио „створити учинковити сустав приватне проведбе у облику тужби за штету које надопуњују, али не замијењују или угрожавају, јавну проведбу.“[217] Треба напоменути да је већ и приликом доношења Уредбе 1/2003 као један од њених циљева прокламирано потицање оштећеника на приватне тужбе. Стога су од ступања на снагу Уредбе 1. свибња 2004. судови држава чланица у још бољој позицији да омогуће оштећеним особама право на накнаду штете настале због кршења правила тржишног натјецања.[218] Учинковита приватноправна проведба правила тржишног натјецања надопуњује јавноправну проведбу, додајући суставу јавних санкција и приватноправни захтјев за накнаду штете.[219]

4.1. Недостатак правне сигурности и досљедне проведбе правила тржишног натјецања

Постојање прекограничнога елемента у многим судским поступцима поводом повреде правила тржишног натјецања намеће

---

[215] Више о томе види: Wils, Wouter J, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 116-118; Komninos, Assimakis P, *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralized Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2008, стр. 7-8.

[216] Commisssion's *Report on Competition Policy 2010*, COM (2011) 328, стр. 14-18, доступно на: www.ec.europea.eu.

[217] Commisssion's *White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules*, COM (2008) 165, poglavlje 1.2. Više o privatnopravnoj provedbi pravila tržišnog natjecanja u EU vidi: Yeung, Karen, Privatizing Competition Regulation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1998, str. 581-615.

[218] Danov, Mihail, Florian Becker, Introduction – Cross-Border EU Competition Law Actions, u: Danov, Mihail, Florian Becker, Beaumont, Paul (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Hart Publishing, Oxford, 2013, стр. 2-3.

[219] *Commisssion Staff Working Paper*, Annex to the Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2005) 1732, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html., (у даљњем тексту: *Commisssion Staff Working Paper/Green paper*).

питање је ли уопће могуће побољшати проведбу ових правила. Наиме, у ситуацији у којој се повећава број приватних тужбених захтјева, док се у исто вријеме мора одржати сигурност и предвидљивост у проведби правила, проблем постаје повећање трошкова и значајно продуљење трајања поступка.[220] Уз то, јако је важно за сустав ЕУ да се тај процес оствари без поткопавања досљедности у проведби правила у различитим државама чланицама. Управо је недостатак правне сигурности једно од кључних питања којима се бави и *Ashurst* извјешће.[221]

Темељне одредбе европског права тржишног натјецања, чл. 101. и 102. УФЕУ, не уређују одговорност за штету насталу због кршења правила тржишног натјецања. Суд ЕУ је у својој пракси утврдио да особа која је повријеђена праксом непоштеног тржишног натјецања мора имати право на накнаду стварне штете и изгубљене добити, уз припадајуће камате.[222] Стога, одговорност за штету због кршења европских правила тржишног натјецања представља комбинацију права ЕУ и националних сустава држава чланица, и то на слједећи начин: тужитељ мора доказати, да је дошло до кршења чл. 101. и/или чл. 102. УФЕУ, а затим се мора утврдити да је, према правилима националнога права, туженик одговоран за штету коју је проузроковао.[223] Управо због великог утјецаја националних правила на одговорност за штету, долази до високог ступња правне несигурности, а угрожена је и досљедна проведба европских правила тржишног натјецања. Како показују

---

[220] Danov, Mihail, Dnes, Stephen, Cross-Border EU Competition Litigation: New Evidence from England and Wales, u: Danov, Mihail, Florian Becker, Beaumont, Paul (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Hart Publishing, Oxford, 2013, стр. 36, (у даљњем тексту: Danov/Dnes).

[221] Waelbroeck, D., Slater, D., Even-Shosan, G., *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringment of EC Competition Rules (Ashurst Report*), доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/comparative_report_clean_en.pdf. Један од пројеката проведених од стране Европске Комисијеје и ова компаративна студија о увјетима за накнаду штете због кршења европских правила тржишног натјецања у појединим државама чланицама из 2004. године. Циљ пројекта био је детектирати проблеме реализације права на накнаду штете у националним правним суставима. Студија је, између осталога, указала да постоје велике разлике у правилима о приступу суду (тко има право покренути тужбу, колектива тужба), трошковима парнице, приступа доказима и извођењу доказа, итд., (у даљњем тексту: *Ashurst* извјешће). Види: Berrisch, Georg, Jordan, Eve, Roldan, Rocio Salvador, E.U. Competition and Private Actions for Damages, The Symposium on European Competition Law, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 24, Issue 3, 2004, стр. 586.

[222] C-453/99 *Courage v Crehan* (2001) ECR I-6297;Спојени предмети C-295/04.298/04 *Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (2006) ECR I-6641.

[223] Danov/Dnes, стр. 37.

подаци Комисије, одштетно-правни сустави неких држава чланица су повољнији за остварење права на накнаду штете, а уз то постоји и разлика међу њима по питању провођења права тржишног натјецања ЕУ од стране националних судова.[224] Такође, према еуропској судској пракси, у утврђивању права на накнаду штете национални судови морају поштовати начело еквивалентности (тј. правила која суд примјењује у овим поступцима не смију бити неповољнија од правила која исти суд примјењује у заштити сличних или истих права која произлазе из националног права), те за субјективна права призната ЕУ правом морају у националном праву постојати учинковити правни лијекови.[225] Слиједом наведенога, треба повећати улогу Суда ЕУ, јер повећањем опсега приватноправне проведбе еуропског права тржишног натјецања, расте и потреба за претходним поступком пред Судом ЕУ (чл. 267. УФЕУ), који једино на такав начин може осигурати јединствену примјену и интерпретацију правила тржишног натјецања.

4.2. Разлози израде и циљеви доношења Директиве о накнади штете

Слиједом резултата *Ashurst* извјешћа, а тежећи порасту броја тужби за накнаду штете, Комисија је донијела Зелену књигу за накнаду штете због повреда правила тржишног натјецања.[226] Уз то објавила је и студију о накнади те штете,[227] што представља прве потезе према увођењу јединственог приступа накнади штете због повреда еуропских правила тржишног натјецања. Зеленом књигом су као основне препреке у остваривању права на накнаду штете истакнути сљедећи проблеми: ограничена могућност постављања колективних захтјева за накнаду штете, правила о терету доказа

---

[224] Према доступним подацима ради се о слиједећим државама чланицама: Уједињено Краљевство, Њемачка, Низоземска и Шпањолска. Више види: *EUROPA – European Commission – Competition, 'National Judgments'*, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/;Peyer, Sebastian, *Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany*, Centre for Competition Policy Working Paper No. 10-12, 2010., доступно на: http://ssrn.com/abstract=1672695. (страници приступљено: 26.02.2016.)

[225]*Manfredi*, para. 72.

[226]*Green paper – damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (2005) 672 final, 19.12.2005, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html. (у даљњем тексту: Зелена књига). Види: Wхисх/Баилеу, стр. 326-327.

[227]*Commisssion Staff Working Paper/Green paper*.

кривње и опћих претпоставки одговорности, правила о прикупљању и извођењу доказа, те доказној снази одлука регулаторних тијела, опсег признатих штета и методе утврђивања износа накнаде штете, допуштеност приговора пријеноса штете, кратки рокови застаре, високи трошкови поступка и правила о мјеродавном праву.[228] Сљедећи корак Комисије је доношење Бијеле књиге,[229] попраћене двјема изнимно детаљним студијама које образлажу очекиване учинке реформе.[230] Посебно је занимљива чињеница како се у Бијелој књизи фокус реформе института одговорности за штету промијенио, од компензације и застрашивања, чак и расправљања о групној тужби у Зеленој књизи (параг. 2.5.), према начелу потпуне компензације (Бијела књига, параг. 1.2.) Уз то, Комисија је објавила Нацрт Смјерница о израчунавању висине накнаде штету, који служи као практични водич суцима,[231] те је расправљала одвојено о колективној тужби, и на крају, објавила Препоруку о заједничким принципима.[232]

За боље разумијевање цијелог процеса доношења Директиве о накнади штете (који је трајао више од једног десетљећа),

---

[228]*Commisssion Staff Working Paper/Green paper*, стр. 12-14. Више о томе: Буковац-Пувача, Маја, Извануговорна одговорност за штетупроузрошену повредом правилатржишног натјецања, *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 6, Mostar, 2008, стр. 246-272.Види: Whish/Bailey, стр. 326-327.

[229]*White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules*, COM (2008) 165, 2.4.2008., доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html., (у даљњем тексту: Бијела књига)

[230]*Commission Staff working paper*, SEC (2008) 404, 2.4.2008.; *Impact Assessment Report*, SEC (2008) 405, 2.4.2008., доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html. (у даљњем тексту: *Impact Assessment Report*, parag. 34.)

[231] *Draft Guidance Paper – Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*(Brussels 2011), доступно на: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf.; *European Commission, Communication from the Commission on Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102of the Treaty on the Functioning of the European Union* (C(2013) 3440) (Brussels 2013), доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html. Водич није део Директиве о накнади штете.

[232] *Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles forinjunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law,* OJ L201/60, 26.07.2013. (у даљњем тексту: Препоруке о колективној тужби). Такође види: *Commission Staff Working Document –Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress (Brussels 2011*), SEC(2011)173 final.

потребно је објаснити циљеве које се њоме желе постићи. Наиме, у више наврата у документима Комисије је истакнуто стајалиште да је неразвијена приватноправна проведба правила тржишног натјецања у државама чланицама и да се тужитељи суочавају са значајним препрекама када покрену поступак за накнаду штете пред националним судовима.[233] Проблем постоји услијед различитих материјално-правних и процесно-правних препрека у националним правилама која уређују право на накнаду штете и поступак остварења тог права (Бијела књига, параг. 1.1.). На тим темељима дошло се до два закључка. Прво, национална правила држава чланица требају бити хармонизирана, како би се осигурали равноправнији увјети за подузетнике који дјелују на унутарњем тржишту и побољшали увјети за потрошаче при остваривању права која произлазе из унутарњег тржишта.[234] Друго, развијањем приватноправне проведбе ових правила, требао би се повећати и број тужби како би примјена права тржишног натјецања била што учинковитија. Слиједом наведеног, обликовали су се и циљеви Директиве о накнади штете – компензација, те координација јавне и приватне проведбе правила тржишног натјецања.[235] Први циљ је видљив већ у чл. 1. ст. 1 Директиве о накнади штете који каже: "*Директивом се утврђују одређена правила потребна како би се осигурало да сватко тко је претрпио штету проузрочену кршењем права тржишног натјецања од стране подузетника или удружења подузетника може учинковито остварити право на захтијевање потпуне накнаде за ту штету од тог подузетника или удружења*". Стога, сваки би појединац требао бити у могућности тражити пред националним судовима држава чланица компензацију за штету насталу услијед кршења правила тржишног натјецања. Други циљ се такођер може лако уочити у истом чланку, ст.2. који каже: „*Директивом се утврђују правила закоординацију проведбе правила тржишног натјецања од стране тијела надлежних за тржишно натјецање и проведбе тих правила у поступцима за накнаду штете пред националним судовима*". Овај циљ Директиве произлази из проблема који настају када је оштећеницима за реализацију права

[233] *Commisssion Staff Working Paper/Green paper*, parag. 2; *Impact Assessment Report*.

[234] Директива о накнади штете, рецитал 9. Смањујући разлике у националним правилима, побољшат ће се шансе тужитеља да остваре своја потраживања.

[235] Lianos, Joannis, Davis, Peter, Nebbia, Paolisa, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, стр. 34, (у даљњем тексту: Lianos/Davis/Nebbia).

на накнаду штете потребан приступ документима институција задужених за тржишно натјецање, с обзиром да такав захтјев ствара правну несигурност и ризик негативних посљедица за јавну проведбу правила тржишног натјецања (*Impact Assessment Report*, parag. 34). Стога Директива нуди рјешења којима настоји задовољити с једне стране захтјев тајности поступака који се воде пред тијелима надлежним за јавну контролу тржишног натјецања, а с друге стране омогућити у одређеној мјери приватним тужитељима приступ документима.Но, потребно је напоменути да наведена рјешења у великој мјери штите интерес јавне проведне и тиме могу довести до значајног ограничавања прво наведеног циља - пуне компензације.[236] Постојећи конфликт између два главна циља Директиве за накнаду штете је више него очит, јер док с једне стране има намјеру олакшати пут до компензације, с друге стране она покушава заштити јавну проведбу, што је у коначници видљиво и у њеним одредбама.

4.3. Преглед Директиве о накнади штете

Директива за накнаду штете донесена је 26. студенога 2014. године, и представља највећи корак који је подузет у оквиру рада институција ЕУ у погледу приватне проведбе правила тржишног натјецања, с обзиром да је њен темељни циљ уклањање главних препрека за остваривање учинковите компензације у случају кршења правила тржишног натјецања и осигурање минималног ступња заштите за грађане и подузетнике било гдје у ЕУ.[237] Правна основа за доношење Директиве су чл. 103. и 114. УФЕУ.

Главне одредбе Директиве за накнаду штете су сљедеће:[238]

Чл. 3. – упућује на то тко има право тражити накнаду штете, а ради се о свакој физичкој или правној особи која је претпјела штету као резултат кршења права тржишног натјецања те јеовлаштена

[236] То значи, у смислу Директиве за накнаду штете, постављање заштите за приступ документима везаним запрограму ослобођења од казне/умањења казне у праву тржишног натјецања (*leniency programme*), као и приједлозима за нагодбу. Види: Peuer, Sebastian, *Compensation and the Damages Directive*, 2015, доступно на ССРН: http://ssrn.com/abstract=2654187.,(страници приступљено: 26.02. 2016.), (у даљњем тексту: Peuer).

[237] Одредбе Директиве о накнади штете морају бити имплементирана у национална законодавства држава чланица до 27. просинца 2016.

[238]Види: Whish/Bailey, str. 327-328.

тражити накнаду цјелокупне прертрпљене штете, али не и преко тога;[239]

Чл. 4. - нормира утврђену праксу да државе чланице морају поштовати принципе учинковитости и једнакости (еквивалентности) у примјени права тржишног натјецања;

Чл. 5. –уређује о размјерном откривању доказа у тужбама за накнаду штете;

Чл. 6. – између осталога захтијева од држава чланица да осигурају да национални судови не могу наредити откривање докумената из програма ослобођења од казне/умањења казне у праву тржишног натјецања (*leniency programme*), а исто ограничење вриједи и за приједлоге за нагодбу;

Чл. 7. – намеће ограничења у употреби доказа прибављених искључиво увидом у спис предмета тијела надлежног за тржишно натјецање;

Чл. 9. – одређује да државе чланице морају осигурати да се кршење права тржишног натјецања које је правомоћном одлуком утврдило национално тијело надлежно за тржишно натјецање или жалбени суд сматра непобитно доказаним за потребе поступка за накнаду штете покренутога пред њиховим националним судовима; у случају када је правомоћна одлука донесена у другој држави чланици, та правомоћна одлука може се изнијети пред осталим националним судовима као доказ *prima facie*;[240]

Чл. 10. – утврђује правила која се примјењују на застару за покретање поступака за накнаду штете; оштећеници ће имати најмање пет година за покретање поступка за накнаду штете, почевши од тренутка када су имали могућност открити да им је кршењем правила тржишног натјецања нанесена штета;

Чл. 11. – уређује случајеве солидарне и појединачне одговорности, па су подузетници који су повриједили право

---

[239] Директивом није уређена казнена одштета, јер се одштета не замишља као средство које кажњава и одвраћа оне које крше право тржишног натјецања. Међутим, потпуна накнада штете не би смијела довести до прекомјерне накнаде штете, било путем одштете у сврху кажњавања, вишеструке одштете или путем друге врсте одштете. Више о томе види: Lianos/Davis/Nebbia, стр. 38.

[240]Више о томе види: Lianos/Davis/Nebbia, стр. 44-48.

тржишног натјецања заједничким поступцима солидарно одговорни за штету проузрочену кршењем права тржишног натјецања, уз понека ограничења за мале и средње подузетнике, као и за звиждаче;

Чл. 12. – накнаду штете може затражити сватко тко је штету претрпио, без обзира на то ради ли се о изравним или неизравним купцима;

Чл. 13. – туженик у поступку за накнаду штете може као обрану од захтјева за накнаду штете навести чињеницу да је тужитељ у цијелости или дјеломично пренио превисоку цијену проузрочену кршењем права тржишног натјецања, тзв. обрана преношењем;

Чл. 14. – неизравни купци - терет доказивања постојања и опсега преношења превисоке цијене лежи на тужитељу који може разумно захтијевати откривање од туженика или од трећих страна;

Чл. 15. – уређује поступке за накнаду штете тужитеља с различитих разина ланца опскрбе;

Чл. 16. – Комисија издаје смјернице за националне судове о томе како процијенити удио превисоке цијене који је пренесен неизравним купцима;

Чл. 17. – државе чланице осигуравају да ни терет ни стандард доказивања потребан за квантификацију штете не чини остваривање права на накнаду штете практички немогућим или претјерано отежаним; уз то, увијек се пресумира да кршења почињена у облику картела узрокују штету.[241]

4.4. Анализа спорних одредби Директиве о накнади штете

Као што се може видјети из изложенога у претходном дијелу, Директива о накнади штете ће битно утјецати на неколико сљедећих подручја приватних парница поводом кршења правила тржишног натјецања, као што су: приступ доказима и њихов стандард, одговорност бројних туженика, положај неизравних купаца и обрана преношењем, те колективна тужба.

[241]Више о томе види: Lianos/Davis/Nebbia, стр. 37-38.

1) У погледу приступа доказима, Директива олакшава ту могућност у оним јурисдикцијама које иначе не дозвољавају откривање те врсте докумената у грађанским поступцима.[242] Наиме, правила о приступању доказима и њиховом стандарду су више развијена у државама чланицама у чијем суставу је грађанска процедура супростављајућа по својој природи,[243] за разлику од држава чланица у којима ју сустав грађанског поступка више испитујући, па се расправа о доказима проводи уз активно судјеловање суда.[244] Омогућавањем приступа доказима покушавају се ријешити два проблема. Прво, ублажава се асиметрија информација која постоји између странака, с обзиром да најчешће туженик посједује боље информације о штети нанесој тужитељу, а како није за очекивати да ће их сам открити, мора постоји обвеза на то.[245] Друго, откривањем релевантних информација смањује се несигурност о очекиваној вјеројатности за успјех у спору или очекиваној исплати накнаде.[246]Национални судови морају употријебити тест пропорционалности како би процијенили интерес за или против откривања доказа.[247] Међутим, поступак откривања је ограничен на документе који јесу или су пак били у посједу тијела надлежних за тржишно натјецање. Захтјев за таквим документима је уобичајен у поступцима за накнаду штете који се воде паралелно или након јавне проведене истраге

[242]Поједине државе чланице, као нпр. Велика Британијаимају уређен обавезујући режимоткривања доказа.

[243]Таква грађанска процедура је уобичајена у државама из *common law* традиције.

[244]Случај код сустава држава чланица из *civil law* традиције.

[245]Директива о накнади штете, рецитал 14. Обвезујеће откривање доказа рјешава проблем да информације буду од стране штетника повучене.

[246]Dozvoljavanjem otkrivanja dokaza, namjera autora Direktive za naknadu štete je da više potaknu oštećenike da pokrenu postupke pred sudom i na taj način ostvare punu kompenzaciju. Nažalost, u teoriji nije moguće predvidjeti hoće li to zaista biti tako. Više o tome vidi: Cooter, Robert D., Rubinfeld, Daniel L., Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, 1989, str. 1067–1097; Cooter, Robert D., Rubinfeld, Daniel L.,An Economic Model of Legal Discovery,*Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 1994, str. 448

[247]Više o tome vidi: Peyer, str. 16-19; Geradin, Damien, Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is This a Reality Now? (April 13, 2015). *George Mason Law Review*, Vol. 22. Issue 5,2015, dostupno na SSRN: http://ssrn.com/abstract=2593746, str. 1083-1084, (u daljnjem tekstu: Geradin).

тијела надлежног за тржишно натјецање (*follow-on actions*).[248] Такви документи су подложни још строжем тесту пропорционалности (чл. 6. ст. 4). Документи из програма ослобођења од казне/умањења казне у праву тржишног натјецања, као и приједлози за нагодбу су на „црној листи“ и такви документи имају апсолутну заштиту од откривања и не могу се никад предати странци на захтјев (чл. 6. ст. 6). Постоји још и „привремена црна листа“ докумената која је затворена за странке све док тијело надлежно за тржишно натјецање не усвоји одлуку или другачије закључи поступак.[249] По питању цјелокупне проблематике откривања доказа, Директива покушава пронаћи равнотежу између бољег приступа информацијама и уштеди на трошковима, те се предлаже тест пропорционалности који балансира између користи и трошкова.[250]

2) Сљедеће подручје се односи на солидарну и појединачну одговорност туженика,[251] те ова правила имају значајан утјецај на вољу туженика да се нагоди и одреди компензација за оштећенике.[252] У суставу солидарне и појединачне одговорности, тужитељ може одабрати једног, поједине или све туженике уколико је повреда заједнички учињена. Такав избор повећава шансе тужитеља да ће у потпуности надокнадити свој губитак, поготово у случају да један од штетника није у могућности платити штету или њезин дио. Међутим, правила Директиве мијењају неколико ствари у погледу солидарне и појединачне одговорности.

---

[248] U takvim slučajevima, tužitelji mogu biti sigurni da tuženik posjeduje inkriminirajuće dokumente.

[249] Čl. 6. st. 5. Direktive za naknadu štete. Tu se radi o slijedećim dokumentima: a) informacije koje su posebno za postupak tijela nadležnog za tržišno natjecanje pripremile fizička ili pravna osoba; (b) informacija koje je tijelo nadležno za tržišno natjecanje sastavilo i poslalo strankama tijekom postupka; i (c) povučeniprijedlozi za nagodbu. Lianos/Davis/Nebbia, str. 41-42.

[250] Direktiva ne regulira koja stranka snosi financijski teret otkrivanja dokaza, što može imativeliki utjecaj na odluku o pokretanju postupka za naknadu štete. Države članice stoga, imaju mogućnost usvojiti pravilo prema kojem će svaka stranka snositi svoje troškove otkrivanja dokaza, i na taj način potaknuti pojedince na tužbu.

[251]Posebno značajan problem u slučajevima nastanka štete zbog postojanja kartela.

[252] Више о томе види: Hviid, Morten, Medvedev, Andrei, The Role of Contribution among Defendants in Private Antitrust Litigation, *International Review of Law & Economics*, Vol. 30, 2010, Issue 4, стр. 306–316; Geradin, str. 1085; Lianos/Davis/Nebbia, стр. 48-52.

Прво, искључују мале и средње подузетнике из круга солидарно одговорних туженика уколико су одређени увјети испуњени.[253] Затим, стварају несигурност по питању одговорности туженика који је примио пуни имунитет од казни због сурадње с тијелима надлежним за тржишно натјецање, па ће такав туженик бити одговоран за проузрочену штету изравним и неизравним купцима, а осталима само ако не буду могли примити пуну компензацију од осталих подузетника који су судјеловали у истом кршењу права тржишног натјецања (чл. 11 ст. 4.). Туженик који се нагоди такођер ће имати користи због изузећа од солидарне и појединачне одговорности, али и још неколико ограничења у односу на допринос између заједничких прекршитеља. Стога, ако се тужитељ одлучи нагодити, његов захтјев се умањује за дио штете коју је починио туженик из нагодбе (чл. 19. ст. 1.).Очито је да овакво правило Директиве може довести до плаћања компензације која је у коначници мања него стварна штета коју је претрпио тужитељ. Како би барем донекле ријешила ову ситуацију, Директива дозвољава „оживљавање“ туженикове одговорности у случајевима када тужитељ није у могућности добити пуну компензацију од прекршитеља с којима није склопио нагодбу.[254] Нажалост, правила која се односе на нагодбу не потичу тужитеља и туженика/е на нагодбу, већ на судски поступак.[255]Уз овако комплицирана правила о изузецима за туженика који има имунитет или је пристао на нагодбу, тешко је предвидјети колико је могуће да ће се оштећене странке одлучити упустити у судски поступак. Како би се потакнуле странке да траже компензацију,

[253] Чл. 11. ст. 2. Директиве за накнаду штете. Ово је нова одредба која се није налазила у приједлогу Директиве - *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM (2013) 404 final, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html., (у даљњем тексту: Приједлог Директиве).

[254] Чл. 19. ст. 3. Директиве за накнаду штете. Ипак, и тада се одговорност може изричито искључити на темељу увјета споразумне нагодбе. Због тога је врло вјероватно очекивати да ће туженик у нагодби увијек тражити искључење своје накнадне одговорности.

[255] Peyer, стр. 21-23.

доприњети се може једино на темељу једноставних и обухватних правила.[256]

3) Споран може бити и положај неизравних купаца, као и обрана преношењем (*passing on defence*). Наиме, како би се олакшало право на компензацију, Директива омогућује неизравним купцима право на потраживање штете до које је дошло услијед кршења права тржишног натјецања.[257] Међутим, карактеристични неизравни купац трпи малу индивидуалну штету, те је издвојен из стварног кршења и посједује врло мало информација о природи и опсегу штете. Због тога неизравни купци имају веће трошкове за потрагу и скупљање информација.[258] Аутори Директиве су узели у обзир како ће неизравни купци тешко успјети пронаћи довољно доказа за своје потраживање, па су због тога увели оборива пресумпцију да је штета прешла на њих уколико је: туженик починио повреду; повреда је довела до превисоке цијене за изравног купца, те је неизравни купац купио робу или услуге који су били предметом кршења права тржишног натјецања (чл. 14 ст. 2.). Оваква одредба свакако олакшава положај неизравног купца као тужитеља, али ипак не умањује његов терет доказивања колики једио превисоке цијене пренесен на њега.[259] Због тога се лако може доћи до закључка како неизравни купци неће имати довољног

[256] Baker, Donald I., Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement that We Would Recommend to Others, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 16, Issue 4, 2004, стр. 388.

[257] Директива о накнади штете, рецитал 41. Овакав став је потврђен и у судској пракси Суда ЕУ, у случајевима *Courage* і *Manfredi*. Види још: Komninos, Assimakis P., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National* Courts, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2008, стр. 203; Parlak, Süleyman, Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after *Manfredi* and the White Paper of the European Commission, *World Competition*, Vol. 33, 2010, стр. 31–53; Strand, Magnus, Indirect Purchasers, Passing-on and the New Directive on Competition Law Damages, *European Competition Journal*, Vol. 10, 2014, стр. 361–386.

[258]Многи неизравни купци су заправо потрошачи који су несклони улазити у поступак са великим подузећима. Управо зато, доступна истраживања показују да су тужбе неизравних купаца изузетно ријетка. Види: Lande, Robert H., Davis, Joshua P., Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases, University of San Francisco Law Review, Vol. 42, 2008, стр. 879–918; Rodger, Barry J., *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.

[259]Peyer, стр. 26.

потицаја да туже због повреде правила тржишног натјецања у суставу индивидуалне заштите.

С друге стране, узимајући у обзир да се поједини дио или сва штета може пренијети на сљедеће разине у ланцу опскрбе, Директива признаје и обрану преношењем, на коју се туженик може позвати у тужбама за накнаду штете, уколико може доказати да је тужитељ даље пренио поједини дио или цијело преоптерећење.[260] Како би се олакшао терет доказивања туженика, Директива дозвољава да туженик може захтијевати разумно откривање доказа од тужитеља (чл. 13. и чл. 14 ст. 1.).Могућност постојања обране преношењем врло вјеројатно ће имати негативни утјецај на намјеру изравних купаца да подигну тужбу против прекршитеља, из врло једноставнога разлога. Ако туженик може показати да је тужитељпренио дио или чак цијели износ превисоке цијене на сљедећу разину у ланцу опскрбе, накнада штете ће му бити умањена за износ који је пренио. То ће за посљедицу имати двије ствари. Прво, очекивани износ накнаде штете из парнице или нагодбе ће бити мањи у односу на случајеве гдје нема обране преношењем, што ће смањити потицај директних купаца да туже.[261] Друго, правни трошкови ће порасти, јер покушавајући утврдити точан износ који је пренесен, уз трошкове преговорања или вођења поступка, повећава се несигурност у коначну накнаду штете.[262]

Врло је вјеројатно да правила Директиве о неизравним купцима и обрани преношењем неће повисити очекивани износ накнаде штете, али ће врло вјеројатно повећати трошкове поступка, и због тога се може оправдано очекивати

---

[260] Чл. 13. Директиве за накнаду штете. Обрана преношењем је била једна од највише расправљаних тема од доношења Зелене књиге, када је Комисија по први пута поставила питање треба ли, у смислу права, прекршитељу дозволити да се брани са аргументом да тужитељ заправо није претрпио штету јер ју је пренио даље. *Commisssion Staff Working Paper/Green paper*, parag. 2.4.; Geradine, стр. 1085-1086.

[261] Landes, William M., Posner, Richard A., Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick, *University of Chicago Law Review*, Vol. 46, 1979, стр. 602–635.

[262]Више види: Kosicki, George, Cahill, Miles B., Economics of Cost Pass Through and Damages in Indirect Purchaser Antitrust Cases, Antitrust Bulletin, Vol. 51, 2006, стр. 599–630.

како ће и изравни и неизравни купци бити обесхрабљени упустити се у судски поступак.[263]

4) Одредбе о колективној тужби (*collective redress*) нису нашле своје мјесто у Директиви, што је врловјеројатно повољно утјецало на брзину усвајања коначног текста, с обзиром да је ово питање представљало један од највећих камена спотицања у вријеме доношења Зелене и Бијеле књиге.[264] С обзиром да је остала потреба да се на неки начин уреди ово питање, Комисија је 2013. објавила Препоруке о колективној тужби.[265] Принципи изнесени у Препоруци су намјењени за хоризонталну употребу у свим подручјима гдје се колективна тужба може подносити. Главни циљ ових Препорука је поставити заједничке принципе *„како би се олакшао приступ правосуђу, зауставиле незаконите праксе и омогућило повријеђеним странкама да остваре компензацију у случајевима масовних штета нанесених кршењем субјективних права загарантираних правом Уније, те осигурати одговарајуће процедуралне механизме за избјегавање злоупорабе поступка*“.[266] Најважније препоруке се односе на:[267]
   1) Положај за подношење репрезентативне тужбе–државе чланице би требале одредити правне субјекте који ће бити овлаштени поднијети репрезентативну тужбу на темељу одређених увјета за приступ/подобности. Ти правни субјекти требају бити непрофитни, имати изравне везе с материјом колективног поступка, те имати довољно способности, материјалних средстава и правног

[263] Peyer, стр. 24-27.

[264] Иако се и у Зеленој и у Бијелој књизи детаљније расправљајло о сврси постојања колективне тужбе у праву тржишног натјецања јер би се спајајући више мањих индивидуалних захтјева уштедило на времену и новцу, обредбе о колективој тужби нису ушле у Приједлог Директиве. Комисија је предложила комбинацију двије врсте колективне тужбе: репрезентативана тужба које покрећу овлаштени правни субјекти у име одређених жртава; те *opt-in* колективна тужба у којој жртве изричито одлучују да комбинирају индивидуалне захтјеве за претрпљену штету у једну заједничку тужбу.Види: *Commisssion Staff Working Paper/Green paper*, parag. 189; Bijela knjiga, стр. 4.

[265] Види ф. 64.

[266]Препоруке о колективној тужби, рецитал 1.

[267]Lianos/Davis/Nebbia, стр. 64 – 67.

знања да заступају већи број тужитеља у њиховом најбољем интересу;

2) Допуштеност - процес одобравања или овјере колективних тужби од стране суда;
3) Информирање – представници морају располагати информацијама о предложеним поступцима;
4) Трошкови – страна која изгуби спор сноси трошкове;
5) Финанцирање – тужитељи се у првој фази поступка морају изјаснити о изворима свога финанцирања;
6) Случајеви с прекограничним елементом –државе чланице би требале осигурати у оквиру своје јурисдикције да се тужбе могу поднијети и од стране страних група тужитеља или представничких правних субјеката из других држава, поготово ако се ради о представнику из друге државе чланице;
7) *Opt-in* принцип – оставља се на избор тужитељима желе ли приступити тужби за накнаду штете, а изјава о приступању се дати мора дати зричито;
8) Нагодба – странке било којег колективног процеса треба потицати на рјешавање спора консензусом и изван суда, и то прије почетка поступка као и за вријеме трајања поступка;
9) Правно заступање и одвјетничка накнада – државе чланице би требале осигурати да одвјетничке накнаде и начин како се обрачунавају не доводе до беспотребногпродужењапоступка;
10) Казнена одштета – није дозвољена, јер циљ колективне заштите треба бити усмјерен према олакшавању компензације;
11) Колективни поступци за накнаду штете који се воде слиједом одлуке тијела надлежног за тржишно натјецање – таква тужба се може покренути само након што надлежно тијело за тржишно натјецање заврши поступак, како би се избјегао ризик супротстављених одлука.

Државе чланице су замољене да имплементирају принципе из Препорука о колективној тужби до 26. српња 2015., међутим како се овдје ради о препорукама које нису правно обвезујуће, остаје тек

за видјети хоће ли оне изазвати какве промјене у постојећим националним правила.[268]

5. Закључне напомене

Правила тржишног натјецања на врло јасан начин показају колико је важно постојање правне сигурности, поготово у оним ситуацијама када се доносе правна правила на разини Европске Уније а којима онда треба и непосредно дати правни учинак, примјену и заштиту у оквиру националних прописа и пред националним судовима. Срећом, ЕУ је врло рано схватила колико је битно придржавати се принципа правне сигурности, те га је врло рано усвојилила како кроз правне акте тако и кроз богату праксу Суда ЕУ.

Узимајући у обзир како је дјеловање институција ЕУ у највећој мјери усмјерено према стварању и одржавању неометаног функционирања унутарњег тржишта, и у жељи да се константно потиче кретања особа, капитала, ствари и услуга, потребна је висока разина повјерења у правне прописе, како на разини саме Уније тако и на разини држава чланица. Како би се то постигло, национални прописи морају бити хармонизирани и дјеловати усклађено у свим државама чланицама, како не би постојала дискриминирајућа разлика у правима и обвезама. Право тржишног натјецања се може кршити на више начина, било склапањем забрањених споразума било злоупотребом владајућег положаја. Када дође до повреде права, аутоматски долази и до нелојалне тржишне утакмице и изравно се омета функционирање унутарњег тржишта. Када се већ не може спријечити да се крши право тржишног натјецања, онда се барем може погођеним особама дати право на пуну накнаду штете. Управо из наведених разлога Комисија је још 2004. године почела радити на правилилма којим би оштећеницима пружила могућност да пред националним судовима држава чланица, приближно под једнаким увјетима остваре захтјеве за накнаду претрпљене штете. Као резултат активности Комисије донесена је Директива о накнади штете.

Главни циљеви који се желе постићи доношењем Директиве, а посљедично и њеном имплементацијом у националне суставе држава чланица, су компензација и координација јавне и приватне проведбе правила тржишног натјецања. Нажалост, ти циљеви у неким аспектима колидирају, и питање је у колико мјери ће се моћи

[268]Geradin, стр. 1091-1092.

остварити.Иако је неоспорно да ће Директива пружити виши ступањ заштите у односу на постојећу, ипак остају спорне поједине битне одредбе које су детаљније анализиране у раду. Уз постојање таквих ипак недовољно дефинираних правила, остаје за видјети како ће се државе чланице носити са недоумицама у проведби правила Директиве.

Уколико се жели постићи да приватна проведба права тржишног натјецања буде други главни носилац проведбе ових правила, употпуњујући јавноправну проведбу, државе чланице ће у регулирању правила о одговорности за штету узроковану повредом одредби тржишног натјецања морати ићи много више од ограниченог оквира ове Директиве.

Његослав ЈОВИЋ, МА
виши асистент Правног факултета, Универзитет у Бањој Луци

ЗНАЧАЈ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ЗА УЛАГАЊЕ ПАТЕНТИРАНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ ОД СТРАНЕ СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА У БИХ

Апстракт. *Улагање технологије која је заштићена на основу патента од стране страних инвеститора у БиХ је један од облика директних страних инвестиција. Да би се страни инвеститори одлучили да улажу своју технологију која је заштићена правом интелектуалне својине они морају бити сигурни да је законска регулатива државе у коју улажу стабилна и у складу са међународним конвенцијама.*

БиХ је 1992. године ратификовала Конвенцију о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године. Уставом БиХ је заштићено право својине и приватног капитала. Закон о политици директних страних улагања у БиХ је усвојен 1998. године а ову област регулишу и Закон о спољнотрговинској политици БиХ, Закон о инвестиционим фондовима РС и Закон о инвестиционим фондовима ФБиХ, те већи број подзаконских аката.

Из области патентног права БиХ је 1992. године ратификовала Париску конвенцију за заштиту индустријске својине, 1996. године је ратификовала Уговор о сарадњи у области патената, 2004. године је ратификовала Споразум између Савјета министара БиХ и Европске патентне организације о сарадњи у области патената (Споразум о сарадњи и проширењу), 2008. године је ратификовала Будимпештански споразум о међународном признавању депозита микроорганизама ради поступка патентирања, 2008. године је ратификовала Стражбуршки споразум о међународној класификацији патената и 2012. године је ратификовала Уговор о патентном праву. Од законских прописа из области патената у БиХ је важећи Закон о патенту из 2010. године а од подзаконских аката Правилник о поступку за признавања патената и консензуалног патента из 2010. године и Одлука о спровођењу царинских мјера за заштиту права носиоца патента из 2012. године.

Предмет овог рада јесте анализа законстих прописа БиХ који регулишу директне инвестиције у области права интелектуалне својине, конкретно технологије која ужива патентну заштиту као и упоређивање њене усклађености са међународним конвенцијама. Циљ рада јесте да се утврди да ли је законска регулатива БиХ на задовољавајућем нивоу и да ли је у довољној мјери примамљива за стране инвеститоре а ако јесте да ли на адекватан начин штити привреду БиХ.

Кључне ријечи: *директне инвестиције, патент, технологија, законска регулатива.*

1. Увод

Унапређење пословне климе у Босни и Херцеговини захтјева усклађивање националних прописа БиХ са међународним уговорима а такође и са прописима Европске уније и Свјетске трговинске организације у чије чланство БиХ покушава да уђе. У том смислу ни област директних страних инвестиција није изостављена.

БиХ је приступила међународним конвенцијама које регулишу област заштите страних инвестиција а такође је донијела и своје национално законодавство из ове материје. Из области права интелектуалне својине, за потребе овог рада, патентног права, такође је приступила међународним мултилатералним и билатералним конвенцијама а донијела је и свој унутрашњи закон из ове области уз подзаконске акте који прате његово спровођење.

Значај страних инвестиција је вишеструк. Оне утичу на обим, структуру и правац међународне трговине, а поред тога и на положај привредних друштава у које су уложена инвестициона средства. За потребе овог рада нарочито су значајна она улагања која се тичу трансфера савремене технологије и патената који су под патентном заштитом. Стране инвестиције се по статистичким податцима највише инвестирају у земље у транзицији јер су им та тржишта најпривлачнија а након тога опадају.

Државе пријема инвестиција настоје да прописима независно од форме у којима се налазе обезбиједе три циља: да побољшају локалну продуктивност и технолошки развој, да активирају и подстакну учешће локалне привреде и пратећих дјелатности и да минимизирају страну конкуренцију у привредним

областима које држе локални бизнис. Ово постижу политиком правног регулисања само најнужнијих питања као што је политика минималне правне регулативе, политиком подстицања страних инвестиција уз учешће локалних квота и политиком локалног надзора.[1]

У наставку рада ћемо изложити појам страних инвестиција, технолоију која је под патентном заштитом те директне стране инвестиције у БиХ које су под патентном заштитом.

2. Појам страних инвестиција и патентне технологије

2.1. Појам страних инвестиција

Под страним инвестицијама се према схватању која преовладава у теорији подразумијева трансфер средстава или материјала из једне земље тј. земље извознице капитала, у другу земљу тј. земљу домаћина у замјену за директно или индиректно учешће у приходима тог привредног друштва.[2] Овај трансфер обухвата покретну и непокретну имовину као и права интелектуалне својине. Стране инвестиције се могу подијелити на директне инвестиције или директна улагања, портфолио инвестиције или улагања у хартије од вриједности и мјешовите инвестиције или остале облике уговорне сарадње.

2.2. Директне инвестиције

У правном смислу, под директном страном инвестицијом подразумијева се страно улагање које се може квалификовати као дугорочан правни однос између улагача и државе у коју се инвестира његов капитал, посредством неког облика привредног друштва које обавља дјелатност у тој држави, у сврху остваривања добити и уз непосредан утицај инвеститора на дјелатност тог

[1] Вид. Р. Вукадиновић, „Међународно правна заштита страних инвестиција“, Право и привреда, 5-8/2002, стр. 455.

[2] Encyclopedia of Public International Law, Vol. 8, Amsterdam, New York, Oxford, 1985, стр. 246. Према: Р. Вукадиновић, Међународно пословно право, општи и посебни део, Крагујевац, 2012, стр. 235. Исто: А. Ћирић, Р. Ђуровић, Међународно трговинско право, посебни део, Ниш, 2005, стр. 319.

привредног друштва, као и сношење ризика пословања.[3] Директне инвестиције постоје кад резидент из једне државе, тј. државе извознице инвестира у ентитет резидента у другој држави тј. државу пријема са намјером да обезбиједи трајни интерес у том привредном друштву. Из претходне дефиниције произилази да су битни елементи директних инвестиција:

а) постојање трајног интереса, и

б) одређени степен контроле над привредним друштвом.

Трајни интерес подразумијева постојање дугорочних односа између директног инвеститора и привредног друштва. То значи да улагач активно судјелује у привредном друштву у циљу остваривања профита.

Одређени степен контроле над привредним друштвом подразумијева значајан степен утицаја на управљање.[4] Контрола се најчешће манифестује учешћем у органима управљања привредног друштва. Који степен контроле је потребан је фактичко питање и зависи од структуре својине у привредном друштву. У упоредном праву он обично износи 10 %.

2.3. Врсте директних страних инвестиција

Постоје три врсте директних страних инвестиција и то:

а) нове инвестиције (*greenfield*),

б) инвестиције путем стицања и преузимања (mergers and acquisitions) и

в) заједнички пословни подухвати (*joint ventures*).

Нове или *greenfield* инвестиције представљају инвестиције којима се оснива ново привредно друштво, друштаво кћер, филијала, представништо или пословна јединица. Овим

[3] А. Ћирић, Р. Ђуровић, стр. 320. П. Цветковић, „О ефектима страних инвестиција: између стварности и предрасуда“ у Д. Тодоровић, „Квалитет међународних односа, свест о регионалном идентитету и могућност сарадње и интеграције на Балкану“, Ниш, 2004, стр. 159; А. Мулалић, „Инструменти за заштиту и подстицање директних страних инвестиција у БиХ“, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, бр. 6/2010, стр. 213.

[4] Р. Вукадиновић, (2012), стр. 236.

инвестицијама настаје нови привредни субјект са својством правног лица или без својста правног лица ако је основан у облику филијале, представништва или пословне јединице.

Директне стране инвестиције које настају путем спајања и преузимања (mergers and acquisitions) настају тако што страна физичка или правна лица купују акције или удјеле у привредним друштвима државе домаћина а затим та привредна друштва спајају са својим постојећим привредним друштвима у држави извозници или стичу право већинског управљања у привредним друштвима чије су акције или удјеле купили.

Заједнички пословни подухвати (*joint ventures*) настају као разне врсте уговора у којима страни инвеститор и домаће лице успостављају заједничко друштво као врсту ортаклука. Овом врстом посла се пословни подухват може успоставити за само један пројекат или као стални пословни однос. Уговорне стране заједно управљају пословним подухватом а такође заједно сносе ризик посла као и подјелу добити.

2.4. Портфолио инвестиције

Портфолио инвестиције су врста страних инвестиција које се састоје у томе да страно физичко или правно лице улаже своја новчана средства у куповину хартија од вриједности с намјером да оствари добит без управљања привредним друштвом. Превасходни циљ инвеститора је добит у виду дивиденде без утицаја на управљање привредним друштвом. Хартије које инвеститор купује су хартије са правом учешћа и дужничке хартије. Могу бити и обвезнице, финансијски деривати или друге хартије од вриједности. Најчешће се улажу у финансијске институције као што су осигуравајућа друштва, пензијски фондови и сл. Код портфолио инвестиција инвеститори нису заштићени међународним споразумима, већ заштита ових инвестиција је предвиђена националним прописима. Инвеститори сносе већи ризик него код директних инвестиција јер профит од улагања портфолио инвестиција зависи од стања на тржишту капитала.

Ове врсте инвестиција нису погодне за улагање технологије која је под патентном заштитом из разлога што их карактерише потреба за брзим пресељавањем и тражење најпрофитабилнијег тржишта капитала.

2.5. Мјешовите инвестиције

Под мјешовитим инвестицијама или осталим облицима уговорне сарадње подразумијевају се неинституционални заједнички подухвати, концесије повезане са BOT или BOOT аранжманима, различити уговори о улагању или трансферу права интелектуалне својине, најчешће у виду уговора о лиценци, уговори о вођењу привредног друштва и сл.[5] Често се могу наћи и под називом нове форме инвестиција. Њихов предмет је пренос технологије и вршење услуга у држави пријема посредством уговорних инструмената. Ови облици међународних инвестиција су међуформе између међународне трговине и директних инвестиција. Ако се закључују у облику уговора о лиценци, уговора о услугама и уговора кључ у руке ради се о техничком а код уговора о управљању привредним друштвом о предузетничком know-how.[6]

Мјешовите инвестиције су подобне за улагање технологије која је под патентном заштитом у привреду других држава. Најчешће није сама за себе циљ већ прати и новчана улагања у оквиру директних страних инвестиција приликом нових инвестиција или заједничких пословних подухвата (*joint ventures*).

2.6. Технологија која је под патентном заштитом

Под технологијом се подразумијева поступак производње као и процес организације и управљања производњом уз унапређење постојећег нивоа производње. Технологија се може појавити у два облика. Први облик је технолошко знање које представља скуп података, информација о новим проналасцима и поступцима производње, односно као скуп материјалних творевина људског ума док се други облик јавља као опредмећено технолошко знање које обухвата производне факторе као што су индустријска опрема, машине и полусировине које су неопходне у једном циклусу производње и радну снагу која је високо специјализована за руковање тим машинама, за рационално коришћење материјала и за одређени поступак производње. Ови

[5] Р. Вукадиновић, (2012), стр. 239.

[6] А. Ћирић, Р. Ђуровић, стр. 322.

облици технологије су неопходни чиниоци за добијање финалног производа.[7]

Трансфер технологије представља преузимање туђе технологије ради њене практичне примјене. Она је подобна за инвестирање. Трансфер технологије која је под патентном заштитом је могућ само уз пристанак носиоца патента, што подразумијева склапање уговора о промету права на коришћење технологије[8] (најчешће уговора о лиценци). Мада већи дио технологије која је данас у употреби није под патентном заштитом, већина привредних друштава није у стању да ту технологију примјењује и користи јер је за примјену једног проналаска најчечће потребно да се посједује шире техничко знање од оног које је видљиво из самог проналаска. Према томе, за трансфер технологије је поред упознавања са самим проналаском потребно набавити и пратеће знање без кога није могуће примјенити предметни проналазак у производњи.[9] Технологија која се штити као пословна тајна је ризична и врло лако може да постане доступна и другим привредним субјектима. Откивањем и објављивањем ове технологије на било који начин, њен носилац губи ексклузивно знање. Ако је таква технологија заштићена патентом она пружа већу сигурност њеном носиоцу и он једини има искључиво право да је користи.

3. Заштита директних страних инвестицај у БиХ и патентна технологија

Заштита страних улагања мјерама државе пријема постиже се обезбјеђењем примјене стандарда као што су начело правичности, начело националног третмана, начело најповлашћеније нације, начело једнакости, стабилизационе и ревизионе клаузуле и др.[10] Најважнији облици гаранција који се успостављају у објективном смислу су слободан трансфер

[7] В. Бесаровић, Правни аспект преноса технолошког знања у земље у развоју, Београд, стр. 10.

[8] С. Марковић, Патентно право, Београд, 1997, стр. 32.

[9] С. Марковић, стр. 32.

[10] А. Ћирић, „Правна заштита страних инвеститора“, Право и привреда, 5-8/2007, стр. 363.

средстава остварених продајом удјела у привредном друштву, дивиденди, камата или других накнада, несметано уживање стечених права и у случају промјене прописа и правична накнада за случај национализације.[11] Ову заштиту држава може обезбиједити својим националним прописима или прихватањем међународне заштите страних улагања.

БиХ је на плану заштите страних улагања и права интелектуалне својине која су подобна за промет као предмет страних улагања донијела своје националне прописе и ратификовала међународне споразуме који регулишу ове области. Тако је из области страних инвестиција 1992. године ратификовала Конвенцију о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године. Од националних прописа у БиХ, Уставом је заштићено право својине и приватног капитала. БиХ је донијела Закон о политици директних страних улагања 1998. године а ову област регулишу и Закон о спољнотрговинској политици БиХ, Закон о инвестиционим фондовима РС и Закон о инвестиционим фондовима ФБиХ, те већи број подзаконских аката.

БиХ је усклађујући своје национално законодавство са прописима Европске уније и Свјетске трговинске организације ратификовала међународне конвенције и извршила резизију свог законодавства из области права интелектуалне својине. Тако је из области патентног права БиХ 1992. године ратификовала Париску конвенцију за заштиту индустријске својине, 1996. године је ратификовала Уговор о сарадњи у области патената, 2004. године је ратификовала Споразум између Савјета министара БиХ и Европске патентне организације о сарадњи у области патената (Споразум о сарадњи и проширењу), 2008. године је ратификовала Будимпештански споразум о међународном признавању депозита микроорганизама ради поступка патентирања, 2008. године је ратификовала Стражбуршки споразум о међународној класификацији патената и 2012. године је ратификовала Уговор о патентном праву. Од законских прописа из области патената у БиХ је важећи Закон о патенту из 2010. године а од подзаконских аката Правилник о поступку за признавања патената и консензуалног патента из 2010. године и Одлука о спровођењу царинских мјера за

[11] С. Граић – Степановић, „Ка адекватности правног третмана и заштите иностраних улагања“, Право и привреда, бр. 1-4/2009, стр. 529.

заштиту права носиоца патента из 2012. године. Усвајањем ових међународних конвенција и измјеном свог законодавства БиХ је усвојила највише међународне стандарде за заштиту патентног права. Тиме је страним инвеститорима дала јавноправне гаранције да ће њихове инвестиције у облику технологије која је под патентном заштитом уживати највиши степен заштите прописан међународним конвенцијама.

3.1. Директне инвестиције у БиХ

Према члану 2. Закона о политици директних страних улагања у БиХ[12] директно страно улагање је улагање у новоосновано привредно друштво или улагање у постојеће домаће привредно друштво, као и улагање у новоосновану установу или постојећу установу, које може бити у новцу, стварима и правима. Према томе, предмет страних инвестиција могу бити објекти стварног права као и права интелектуалне својине. Страни улагач (инвеститор) је физичко лице које нема стални боравак у БиХ и нема своје главно мјесто пословања у БиХ или правно лице формирано у складу са страним законом које има своју регистровану канцеларију, централну управу или главно мјесто пословања у некој страној земљи.

Страни инвеститор може да инвестира или реинвестира добит од претходних улагања у било који сектор привреде БиХ под истим условима као и резиденти БиХ. Постоје само ограничења за привредна друштва која се баве производњом и продајом оружја, муниције, експлозива за војну употребу, војне опреме и јавним информисањем. У овим привредним друштвима страни улагачи морају добити претходну сагласност од надлежног органа а страни улог не може прећи 49 % учешћа у основном капиталу односно у гласачким правима таквог привредног друштва.

Према члану 10. Закона о спољнотрговинској политици БиХ[13] промет роба које представљају улагање капитала од стране страног правног и физичког лица или повећање улога капитала, осим роба чији је увоз подложан посебним ограничењима слободан

[12] Закон о политици директних страних улагања у БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 17/98, 13/03, 48/10 и 22/15.

[13] Закон о спољнотрговинској политици БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 7/98 и 35/04.

је ако је у складу са правним послом на основу којег се врши улагање.

Страна улагања се региструју у складу са поступком регистрације привредних субјеката у БиХ, односно њених ентитета и Брчко Дистрикту. По завршетку регистације регистарски судови по службеној дужности достављају Министарству спољне трговине и економских односа БиХ податке о регистрованим привредним друштвима са елементом страног улагања.

Према члану 8. Закона о политици директних страних улагања у БиХ страни улагачи имају иста права и обавезе као и резиденти БиХ. То значи да им се признаје национални третман. Према страним инвеститорима се неће вршити дискриминација у било ком облику, укључујући али не и ограничавајући се на њихово држављанство, сједиште односно боравиште, религију или државу поријекла инвестиције. Страна улагања ће бити изузета од плаћања царина и царинских обавеза осим ако другачије није предвиђено законом.

Страним инвеститорима у БиХ је дозвољено да отворе рачуне код пословних банака, да слободно врше конверзију домаће валуте, да врше трансфер добити у иностранство а која је настала као резултат њиховог улагања у БиХ. Они морају да воде пословне књиге и састављају финансијске извјештаје у складу са законима БиХ као и са међународно прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима. Страним инвеститорима се омогућавају власничка права на некретнинама у БиХ. Међутим, страни инвеститори морају поштовати законе и прописе БиХ. Такође, ограничења која постоје за домаћа улагања у области јавног претка, јавног здравља и заштите животне околине се на идентичан начин примјењују и на страна улагања.

Заштита страних улагања је прописана и чланом 16. Закона о политици директних страних улагања у БиХ којим је предвиђено да страна улагања неће бити национализована, експроприсана или реквирирана, те подвргнута мјерама са сличним посљедицама изузев у јавном интересу и у складу са важећим законима и подзаконским актима и уз плаћања примјерене накнаде. Та накнада мора бити адекватна, ефикасна и брза.

Закон о политици директних страних улагања у БиХ садржи и стабилизациону клаузулу. Стабилизациона клаузула је одредба из уговора државе и инвеститора или норма инвестиционог законодавства којом се држава домаћин обавезује да се накнадне промјене легислативе, која је важећа у тренутку закључивања

уговора, неће примјењивати на уговор.[14] Тако је чланом 19. прописано да ступањем на снагу овог закона, одредбе закона и прописа које се односе на директна страна улагања у БиХ а која су супротне или нису у сагласности са овим законом ће престати да важе без повреде права и повластица које су страним улагачима дата и обавеза које су им наметнуте по основу ранијих закона и прописа. Међутим, страни улагач се може изјаснити у писменој форми у року од 120 дана од дана ступања на снагу овог закона да жели да се на њега примјењују одредбе новог закона. Овај члан садржи стабилизациону клаузулу у виду „замрзавања“ прописа из периода закључивања уговора у односу на страног инвеститора, што значи да промјене закона не утичу на његова раније стечена права. У члану 20. Закона прописана је стабилизациона клаузула којом се гарантују права страном инвеститору за улагања која изврши по овом закону. Њиме се омогућује правна сигурност и предвидивост прописа БиХ за страног инвеститора. Чланом 20. се права и повластице дате страним улагачима и обавезе које произилазе из овог закона не могу укинути нити поништити ступањем накнадно донесених закона и подзаконских аката на снагу. Међутим, и садашњи закон оставља страним инвеститорима да се изјасне уколико су накнадно донесени закони и подзаконски акти повољнији за стране улагаче да се изјасне да ли желе да се на њих примјени нови законски прописи или законски прописи који су били на снази у вријеме закључивања њиховог уговора. Према овом закону клаузула „замрзавања“ је обавеза државе БиХ и она не може да мјења законски режим који ће примјењивати на страног инвеститора а страни инвеститор има опцију да бира који ће законски резим да се односи на његово улагање.

3.2. Патентна заштита у БиХ

БиХ је 2010. године извршила реформу свог законодавства из области права интелектуалне својине. Том реформом је донијела Закон о патенту[15] којим је престао да се примјењује Закон о

[14] А. Ћирић, П. Цветковић, „Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора“, Право и привреда, бр. 5-8/2005, стр. 717.

[15] Закон о патенту, „Службени гласник БиХ“, бр. 53/10.

индустријском власништву у Босни и Херцеговини[16] на патенте. Овај закон је модеран и усклађен са прописима Европске уније а у складу је и са Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) усвојеним у оквиру Свјетске трговинске организације и који регулише цјелокупну материју права интелектуалне својине..

Овим законом уређује се правна заштита проналаска патентом и консензуалним патентом, односно поступак за признање патента и додјелу консензуалног патента. Овако признат патент је територијално ограничен на територију БиХ. Чланом 4. је предвиђен национални третман. Тако страно физичко и правно лице у погледу заштите проналаска патентом и консензуалним патентом у БиХ ужива иста права као и домаће физичко и правно лице, ако то произлази из међународних уговора и конвенција којима је приступила, односно које је ратификовала БиХ или из примјене принципа реципроцитета. Међутим, страним физичким и правним лицима је ограничено предузимање радњи пред Институтом за интелектуалну својину, па у осталим случајевима морају имати овлашћеног заступника који је уписан у Регистар патентних заступника.

Према члану 25. Закона сваком физичком или правном лицу које у некој држави чланици Париске уније за заштиту индустријске својине, односно држави чланици Свјетске трговинске организације, поднесе уредну пријаву за исти проналазак признаће се право првенства у Босни и Херцеговини, ако то затражи у року од дванаест мјесеци рачунајући од дана подношења прве пријаве.

Патент може да буде предмет уговора о потпуном или дјелимичном преносу права, као и предмет уговора о лиценци. Пренос права и лиценци има учинак према трећим лицима од датума уписа у Регистар пријава патената, односно Регистар патената. Закон садржи и одредбе о међународној пријави према Уговору о сарадњи у области патената и одредбе о проширењу учинка европског патента.

Према податцима Института за интелектуалну својину БиХ[17] у периоду од 1993. године до 2015. године у БиХ је поднесено

[16] Закон о индустријском власништву у Босни и Херцеговини, „Службени гласник БиХ“, бр. 3/02 и 29/02.

[17] Документ - Статистички показатељи Института за интелектуално власништво БиХ коришћен у овом раду су одговор Института на упит аутора приликом истаживања за

укупно 5125 пријава патената од којих су 1352 пријаве поднесене директно Институту, 1861 пријава је поднесена на основу Уговора о сарадњи у области патената и 1912 пријава европских патената за које су достављени преводи патентних захтјева у складу са Споразумом о проширењу са Европском патентном организацином из Минхена. Од укупног броја поднесених пријава домаћи држављани су поднијели 903 пријаве а странци 2310 пријава, док од 1912 пријава европских патената нема статистичких података колико је домаћих држављана а колико странаца, али је претпоставка да су испод 10 % домаћи држављани а остало су странци. Према овим податцима страна физичка и правна лица су подносиоци патентних пријава у 80 % случајева. Они патенти који су признати или који ће тек бити признати страним физичким и правним лицима су подобни да буду инвестиције у привредна друштва у БиХ.

Проналазак који је заштићен патентом или који је саставни дио технологије која се између осталог састоји и од проналазака под патентном заштитом су подобни за инвестирање у страну привреду. Ово инвестирање може да буде у облику уговора о лиценци или улагањем новчаних средстава у проналаке домаћих проналазача како би њихови проналасци могли привредно да се експлоатишу. Уговором о лиценци се врши конститутивни промет права индустријске својине, што значи да се из субјективног права индустријске својине изводи једно или више имовинскоправних овлашћења која се, као ново субјективно право, конституишу на име стицаоца лиценце.[18] Тиме страни инвеститор остаје носилац патента, али он уговором о лиценци дозвољава стицаоцу лиценце да привредно искориштава његов патент.

Поред Закона о патенту у БиХ заштиту у погледу права интелектуалне својине станим инвеститорима као и домаћим лицима пружа и Закон о спољнотрговинској политици БиХ у члану 30, Закон о царинској политици у БиХ[19] у члану 207. као и Кривични закон Републике Српске[20] у члану 273. којег наслављава

писање овог рада. Институт их је доставио аутору 16.03.2016. године и односе се на статистичке показатеље за патенте за период 1993. до 2015. године.

[18] С. Марковић, Д. Поповић, Право интелектуалне својине, Београд, 2013, 235.

[19] Закон о царинској политици у БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 58/15.

[20] Кривични закон Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

„Неовлашћена употреба туђег проналаска“ и санкционише његову злоупотребу.

4. Закључак

Стране инвестиције имају значајне економске импликације за државу у коју се улажу. Оне подижу економски стандард државе пријема а страним инвеститорима омогућавају пристојан профит од улагања у њихове привреде. Државу пријема инвестиције укључује у токове међународне размјене повећавањем извоза а ова улагања поред свјежег капитала из иностранства обухвата и нову технологију која може да буде под патентном заштитом, као и менаџерска знања и искуства.

Стране инвестиције се могу подијелити на директне инвестиције, портфолио инвестиције и мјешовите инвестиције. Директне инвестиције се даље могу подијелити на нове инвестиције (*greenfield*), инвестиције путем стицања и преузимања (mergers and acquisitions) и заједничке пословне подухвате (*joint ventures*). Технологија која је под патентном заштитом је подобна да буде предмет страних инвестиција. Најчешће је ова технологија предмет мјешовитих инвестиција и директних инвестиција, док портфолио инвестиције нису подобне за промет технологије под патентном заштитом због свог предмета.

Инвестирање у интелектуалну својину у савремено доба представља једну од најскупљих, али истовремено и најпрофитабилнијих инвестиција. Из тог разлога свака држава којој је стало до технолошког развоја националним законодавством пружа адекватну заштиту страним инвеститорима у интелектуално стваралаштво.[21]

Босна и Херцеговина као једна од држава у транзицији има интерес да привуче стране инвеститоре и инвестиције како би ојачала своју привреду и била конкурентнија на међународном тржишту. У том смислу БиХ је приступила међународним конвенцијама које регулишу област међународних страних инвестиција а такође је донијела и своје национално законодавство из ове материје. Из области права интелектуалне својине, за потребе овог рада, патентног права, такође је приступила међународним мултилатералним и билатералним конвенцијама а

[21] З. Миладиновић, „Заштита инвестиција у интелектуалну својину у Србији“, Право и привреда, бр. 5-8/2007, стр. 618.

донијела је и свој унутрашњи закон из ове области уз подзаконске акте који преате његово спровођење. Тиме је БиХ предузела активну улогу да страним инвеститорима и инвестицијама осигура повољну инвестициону климу и обезбиједи правну сигурност у погледу њеног националног законодавства из области страних инвестиција и заштите права интелектуалне својине усклађену са међународним стандардима. Страним инвеститорима се пружају јавноправне и приватноправне гаранције. Јавноправне гаранције су садржане у Уставу Републике Српске и Уставу БиХ а приватноправне гаранције се уговарају конкретним уговором у виду гаранција или јемства.

Njegoslav Jovic, MA
Senior Assistant at Faculty of Law
University of Banja Luka

THE IMPORTANCE OF LEGAL CERTAINTY FOR THE INVESTMENT OF TECHNOLOGY PATENTED BY FOREIGN INVESTORS IN BIH

Abstract. *Investing technology that is protected under patent by foreign investors in BiH is one of the forms of foreign direct investment. For foreign investors to decide to invest their technology that is protected by intellectual property rights, they must be sure that the legislation of the state they invest in is stable and in line with international conventions.*

BiH ratified the 1992 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States in 1965. The BiH Constitution guarantes protection of the right to property and private capital. The Law on Foreign Direct Investment Policy in BiH was adopted in 1998 along with other relevant acts such as the Foreign Trade Policy Act, the Investment Funds Act of the RS and Investment Funds Act of BiH Federation, including a number of bylaws.

In the field of patent law in 1992 BiH ratified the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, in 1996 it ratified the Agreement on Cooperation in the Field of Patents, in 2004 it ratified the Agreement between the Council of Ministers and the European Patent Organisation on cooperation in the field of patents (Agreement Cooperation and Extension), in 2008 it ratified the Budapest Treaty on the international recognition of the deposit of microorganisms for the Purposes of patent procedure, in 2008, it ratified the Strasbourg agreement on international patent classification and in 2012 it ratified the patent law Treaty. In terms of legislation in the field of patents in BiH Patent Act of 2010 is valid and the bylaws of the Rules of Procedure for granting patents and consensual patents from 2010 and Decision on the implementation of customs measures for protection of the rights of the patent holder in 2012.

The subject of this paper is to analyze legal BiH regulations governing direct investments in the field of intellectual property rights, in particular technology that enjoys patent protection as well as a comparison of its compliance with international conventions. The aim of this paper is to determine whether the BiH legislation is satisfactory and

whether it is sufficiently attractive to foreign investors and if so whether it adequately protects the BiH economy.

Keywords: *direct investment, patent, technology, legislation.*

Урош ЗДРАВКОВИЋ,

Асистент, Правни Факултет Универзитета у Нишу

ПРИНЦИП СИГУРНОСТИ И ПРЕДВИДИВОСТИ У ПРАВУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Апстракт. *Очување сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система може се посматрати као фундаментални циљ и сврха постојања Светске трговинске организације (СТО). Иако не уређује на директан начин право страних инвестиција, нормативни систем СТО има значајнан индиректанзначајза сигурност инвестиција. Ступањем у чланство СТО, држава преузма на себе пакет обавеза које предвиђају правила понашања у погледу креирања и спровођења привредног законодавства и трговинске политике. Чланство у СТО представља јасан сигнал инвеститорима да држава домаћин поштује норме и принципе чији је циљ заштита сигурности и предвидивости пословања.У оквиру правног система СТО, сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система окарактерисани су у Договору о правилима и процедурама за решавање спорова (Dispute Settlement Understanding - DSU) као основни циљеви и функције механизма решавања спорова, а њихово очување се сматра једним од водећих принципа СТО. Чињеница да је очување сигурности и предвидивости формално препознато као основни циљ и сврха DSU Споразума, говори о задацима који у том погледу леже на органима који решавају спорове унутар СТО - панелима и Апелацином телу. За разлику од егзактних норми и принципа, интерпретација начела сигурности и предвидивости је врло комплексни задатак и захтева додатни напор, пре свега, због сложене и многоструке природе овог принципа. Из наведених разлога судећа тела СТО немају, нити су имала, лак задатак у тумачењу овог принципа у конкретним ситуацијама.*

Кључне речи*: Светска трговинска организација, сигурност и предвидивост, инвестиције, DSU Споразум.*

1. Увод

Савремени међународни трговински односи (МТО) представљају изузетно комплексан систем и чине окосницу модерног глобалног поретка. Компаније своје пословне одлуке заснивају на очекивању да ће јавноправни субјекти (пре свега државе) поштовати права и обавезе које проистичу из норми и принципа садржаних у регулаторним оквирима међународне трговине.

Правни систем Светске трговинске организације (СТО) представља регулаторни оквир међународне трговине, чија се стабилност и раст обезбеђују бројним нормама и принципима садржаним у праву СТО и ефикасним системом решавања спорова.

Данас СТО има 162 чланице и у оквиру ње се одвија око 97 одсто укупне међународне трговине робом и услугама. Чланице СТО су већином државе, мада то могу бити и други ентитети које воде независну царинску и трговинску политику. Имајући у виду те податке, можемо констатовати да се данашњи МТО одвијају превасходно у оквиру СТО и да су уређени њеним правом и принципима. Ти принципи обезбеђују стабилност савремених МТО, а њихова примена гарантује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система, оличеног у СТО. Другим речима, **СТО се може посматрати као правни одраз савремених и универзалних МТО.**

Једна од најзначајнијих особина нормативног система СТО огледа се у механизму за решавања спорова између чланица ове Организације. У оквиру Споразума о оснивању СТО, донет је и Договор о правилима и процедурама за решавање спорова (енг. *Dispute Settlement Understanding - DSU*), као део Завршног акта Уругвајске рунде. Овај актпредставља основни извор права за решавање спорова у оквиру СТО. Многи аутори га називају „**драгуљем у круни**“ СТО[290], и представљају га као „**тријумф легализма над политиком у међународним односима**.“[291] Одлуке

[290] G. Goh, D. Morgan, “Political Considerations and Pragmatic Outcomes in WTO Dispute Rulings”, UNSW *Law Journal, Volume* 30(2), 2007, 478; H. Rasheed Khan, “Ambitious Quest for Rule- Oriented Dispute Settlement System of WTO”, Asian *Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 2, Issue 10, 2014, 90.

[291] G. Garrett, J. McCall Smith, “The Politics of WTO Dispute Settlement”, Occasional Paper Series, UCLA International Institute, UC Los Angeles, 2002, 1.

о споровима се заснивају на правним, а не на политичким и дипломатским основама. У литератури се овај концепт означава као „*ruleorientedapproach*“. Судећа тела СТО (панели и Апелационо тело - АТ) имају једино мандат да утврде да ли је нека мера несагласна са одређеном нормом СТО споразума, и да у складу са тим утврде своје препоруке. Као значајна особина овог система наводи се и његов мултилатерални карактер: спорови су у основи билатерални, али се морају решавати посредством мултилатералног форума. Ипак, основни циљ система решавања спорова пред СТО представља сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система.

2. Сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система као основни циљ *DSU*и његов утицај на стране директне инвестиције

Очување сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система може се посматрати као фундаментални циљ и сврха постојања СТО. У одсуству промоције и очувања сигурности и предвидивости са циљем заштите права и легитимних очекивања чланица СТО и појединца унутар њих, целокупан правни систем СТО би постао сувишан. Сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система окарактерисани су у самом *DSU*Споразуму као основни циљеви и функције система решавања спорова, а њихово очување се сматра једним од водећих принципа СТО. Своју формализацију овај принцип поседује у првој реченици члана III (2) *DSU*која гласи: „*Систем решавања спорова у оквиру СТО је централни елеменат у обезбеђивању сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система*“. Према наводима поступајућег Панела у спору *US — Section 301 Trade Act*[292], *DSU* Споразум је један од најзначајнијих инструмената заштите сигурности предвидивости мултилатералног трговинског система, а посредством тог система, и међународног тржишта и непосредних учесника на њему.[293]

Правни систем СТО не уређује на непосредан начин стране директне инвестиције. Ова област је остала изван нормативног система СТО, пре свега, због саме природе која се везује за директне

[292] Panel Report, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, adopted 27 January 2000, DSR 2000:II, 815.

[293] Пара. 7.75. Извештаја.

стране инвестиције. Такав облик активности превазилази трговину и подразумева интензивније, сложеније и дуготрајније односе између учесника. Трговина може представљати тек једну од бројних активности које се везују за реализацију стране директне инвестиције. Услед таквих околности, присутне су бројне препреке које глобално правно уређивање страних директних инвестиција чине веома тежим подухватом него што је то случај са трговинским питањима. Због тога на универзалном плану област страних директних инвестиција још увек није уређена. Основни извор права и даље представљају бројни билатерални, и у одређеном степену и регионални, споразуми о третману и заштити страних директних инвестиција.

Иако не уређује на директан начин право страних директних инвестиција, нормативни систем СТО ипак има индиректан значај за њихову сигурност. Ступањем у чланство СТО, држава преузма на себе пакет обавеза које предвиђају правила понашања у погледу креирања и спровођења привредног законодавства и трговинске политике. Чланство у СТО представља јасан сигнал инвеститорима да држава домаћин поштује норме и принципе чији је циљ заштита сигурности и предвидивости пословања. У том смислу, чињеница да је одређена земља чланица СТО утиче позитивно на њен "портфолио" и свеукупну перцепцију те земље у очима потенцијалних страних инвеститора.

3. Концепт сигурности и предвидивости у *DSU* Споразуму

Како се наводи у литератури, четири принципа се сматрају основним за функционисање *DSU* Споразума: стабилност, поузданост, сигурност и предвидивост.[294] Међународна трговина, коју националне владе настоје да олакшају, може да функционише само у ситуацији када су правила која уређују прекограничну трговину стабилна и предвидива.[295]

Концепт сигурности и предвидивости није *novum* карактеристичан за настанак СТО. Оснивањем СТО, овај принцип је добио своју формализацију посредством *DSU*, али то не значи да се током *GATT* ере није указивало на ово начело од стране *GATT*

[294] M. Hilf, "Power, rules and principles – which orientation for WTO/GATT Law?", *Journal of International Economic Law*, 2001, 116.

[295] B. Ruddy, "The Critical Success of the WTO: Trade Policies of the Current Economic Crisis," *Journal of International Economic Law,* 13 (2), 2010, 494.

панела. Они су у више наврата из контекста *GATT*-а извлачили закључак о постојању овог принципа и неопходности старања о његовој примени.[296]

Очување сигурности и предвидивости треба да буде основна сврха сваког националног и међународног правног система. Правни систем без стварног механизма заштите сигурности и предвидивости није ништа више од обичног слова на папиру без икакве моћи да заштити слабијег. Имајући у виду да су међу чланицама СТО и државе које не поседују значајну политичку и економску снагу, обезбеђење и очување сигурности и предвидивости је од великог значаја. Са друге стране, јака интегративна функција СТО и њена делимична супранационална природа сугеришу да се принцип сигурности и предвидивости мора тумачити и као најзначајнији од свих принципа СТО. У том смислу се можемо сложити са Џексоном који тврди да концепт сигурности и предвидивости заправо представља концепт правде:

„Циљ који је блиско повезан са основним циљем „сигурности и предвидивости“ је онај који је често присутан у сваком систему решавања спорова дизајнираног да буде кредибилан, објективан и аполитичан (непристрасан), а односи се на отклањање асиметрије моћи. Тај циљ произилази из настојања да се обезбеди прилика за мале или релативно слабе ентитете (као што су мале или неиндустријске државе или појединци) за приступ систему који ће штитити њихове интересе (односно уделе које им гарантује систем)“[297]

Академска јавност сматра да је унапређивање предвидивости неопходно за правилно функционисање Споразума о оснивању

[296]У случају *Superfund*из 1987. године, поступајући Панел је употребио термин “предвидивост” и тумачио је овај принцип. Како је истакнуто, овај принцип служи да штити очекивања уговорних страна. Панел је закључио да одредбе *GATT*-а не штите само “садашњу” трговину, него и креирају предвидивост која је неопходна за планирање “будуће” трговине. У ранијем случају *Japanese Measures on Imports of Leather* из 1984. године, Панел је у ширем смислу указао на начело предвидивости. Према мишљењу Панела, увођење увозних квота сматра се повредом одредби *GATT*-а, без обзира на чињенцу да квота није испуњена. Панел је закључио да само постојање квота негативно утиче на пословне планове и будућу трговину јер има одвраћајући ефекат.

[297]J. H. Jackson, "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?”, The *American Journal of International Law*, Vol. 98:109, 2004, 118.

СТО.[298]Гиптанаводи да уместо настојања за постизањем компромиса између страна у спору, *DSU* тежи да обезбеди сигурност и предвидивост мултилатералог трговинског система.[299] То се остварује на тај начин што се чланица обавезује да своје законодавство, мере и праксу усагласи са правом СТО. Само се тако може постићи суштинска предвидивост и сигурност за пословне субјекте из других чланица. Уколико би тежиште система решавања спорова било на постизању компромиса путем преговора између страна у спору, остваривање овог циља би изостало, пре свега услед могућности задржавања несагласних мера и праксе.

Концепт сигурности и предвидивости у праву СТО се може посматрати у ширем и ужем смислу. **Шири** *ratio* овог концепта се повезује са Преамбулом Споразума о оснивању СТО, у делу који говори о циљевима ове Организације. У ставу 1 Преамбуле наводи се да чланице признају „*да њихови односи на пољу трговинских и економских настојања треба да се остварују уз сагледавање повећања животног стандарда, осигурања пуне запослености, великог и сталног раста реалних прихода, ефективне тражње и проширења производње и трговине робом и услугама*...“ На везу између ових навода и принципа сигурности и предвидивости указао је поступајући Панел у спору *US — Section 301 Trade Act,* када је истакао да концепт сигурности и предвидивости доприноси остварењу широко постављених циљева у Преамбули.[300]**Уже поимање** овог концепта је везано за активност панела и АТ и, како тврди Вајс, односи се на то до ког степена се правна сигурност и предвидивост може остварити из извештаја судећих тела СТО.[301]

4. Интерпретација принципа сигурности и предвидивости у пракси судећих тела СТО

Чињеница да је очување сигурности и предвидивости формално препознато као основни циљ и сврха *DSU*Споразума, говори о

[298] R. R. Gupta, “Appellate Body Interpretation of the WTO Agreement: A Critique in Light of Japan-Taxes on Alcoholic Beverages”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 6 No. 3, 1997, 701.

[299]*Ibidem*, стр. 691.

[300] Пара. 7.75. Извештаја.

[301]W. Weiss, “Security and predictability under WTO law”, *World Trade Review*, Vol. 2, Issue 02, 2003, 183.

задацима који у том погледу леже на панелима и Апелационом телу(АТ). Дакле, од судећих тела СТО се очекује да обезбеде, заштите, одржавају, тумаче и дају објашњења како се концепт сигурности и предвидивости остварује у пракси, када дође до конкретног спора.

За разлику од егзактних норми и принципа, интерпретација начела сигурности и предвидивости је врло комплексни задатак и захтева додатни напор, пре свега, због сложене и многоструке природе овог принципа, где у појединим случајевима и нијансе могу бити одлучујуће. Из наведених разлога судећа тела СТО немају, нити су имала, лак задатак у тумачењу овог принципа у конкретним ситуацијама.[302]

Поступајући Панел је, у већ поменутом спору *US — Section 301 Trade Act,* указао на значај сигурности и предвидивости за индивидуалне пословне субјекте. Како је наведено у Извештају, најрелевантнији циљеви и сврхе *DSU*Споразума, а уопштено и целе СТО, су они који су повезани са успостављањем одговарајућих услова на глобалном и националним тржиштима ради остваривања индивидуалних економских активности.[303] Овоме се додаје и повезаност са креирањем сигурног и предвидивог мултилатералног трговинског система:

„Мултилатерални трговински систем је неизбежно састављен не само од држава, него свакако, и највише, од индивидуалних економских оператера. Недостатак сигурности и предвидивости погађа највише индивидуалне оператере.“[304]

Панел је, додуше, указао да норме СТО не поседују директни ефекат и да се пословни субјекти не могу директно позивати на кршење одредби СТО које за резултат има нарушавање сигурности и предвидивости. Ипак, Панел је истовремено истакао да се позиција индивидуалних пословних субјеката мора узимати као релевантна у контексту правне „матрице“ *GATT*-а и СТО, јер се међународна трговина и одвија (готово у потпуности) између приватних лица. Стога је неопходно спорну ситуацију сагледавати

---

[302]Детаљније о тумачењу концепта сигурности и предвидивости у оквиру праксе панела и АТ видети у: U. Zdravković, „The role of the WTO Dispute Settlement Mechanism in Providing Security and Predictability to the Multilateral Trading System”, Bratislava Legal Forum 2013, Bratislavské právnické fórum 2013: prvý ročník medzinárodnej vedeckej, 10-11. oktobar 2013, Bratislava, Právnická fakulta, 2013, 1256-1263.

[303] Пара. 7.71. Извештаја.

[304] Пара. 7.76. Извештаја.

из угла пословне заједнице, како би се утврдила повреда принципа сигурности и предвидивости. На овај начин се остварује „индиректно“ дејство норми и принципа *GATT* -а и СТО и на пословне субјекте.[305]

И академска заједница се слаже да остваривање принципа сигурности и предвидивости највише погодује пословној заједници, зато што она препознаје значај јасног и поузданог трговинског система који је заснован на тржишним принципима неопходним за делатност милиона предузетника[306].

У спору *EC — Computer Equipment*[307]АТ је принцип сигурности и предвидивости довело у везу са обавезама чланица на основу тарифних концесија. Према мишљењу АТ, сигурност и предвидивост се остварује на тај начин што се приликом тумачења обавеза из тарифних концесија полази од тога да су оне настале као резултат преговора са циљем суштинског смањења царинских стопа и да су засноване на реципроцитету и међусобним уступцима. АТ је истакло да члан II(1) *GATT*-а гарантује очување сигурности и предвидивости тарифних концесија на основу обавезе чланица да за друге чланице обезбеде не мање повољан третман у погледу царинских стопа од оног који је загарантован у листи тарифних концесија за сваку чланицу понаособ. На основу тога, обавезе из тарифних концесија се не могу тумачити у светлу интереса очекивања друге чланице, односно на основу њеног субјективног схватања у погледу обавеза које су договорене током преговора око концесија. Таквим приступом би се несумњиво нарушио принцип сигурности и предвидивости.[308]

У спору *US — Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*[309]АТ је закључило да би се нарушио принцип сигурности и предвидивости уколико се не би омогућила тужба против акта или мере “као такве”, односно уколико би услов био да се мера стварно примењује и да

---

[305] Пара. 7.78. Извештаја.

[306] C.M. Vazquez, J.H. Jackson, “Some Reflections on Compliance With WTO Dispute Settlement Decisions”, *Law&Policy in International Business*, Vol. 33, 2002, 563.

[307]Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, DSR 1998:V, 1851.

[308] Пара. 82. Извештаја.

[309]Appellate Body Report, *United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/AB/R, adopted 9 January 2004, DSR 2004:I, 3.

има обавезујући карактер. Како је наведено у Извештају, систем решавања спорова је намењен да штити не само постојећу трговину, већ и да омогући сигурност и предвидивост за одвијање трговине у будућности. Тај циљ не би био остварен уколико неки акт не би могао бити оспорен од дана његовог доношења, не узимајући у обзир почетак његове примене.[310]

АТ је у више навратауказивало и на обавезу судећих тела СТО да спорове поводом истих питања решавају на исти начин како су то чинили панели и АТ у претходним споровима, повезујући ту обавезу са принципом сигурности и предвидивости.[311]

Принцип сигурности и предвидивости је од стране АТ доведен и у везу са неопходношћу да се уклањање несагласне мере констатује на мултилатералном нивоу, пре него што се затражи обустава суспензије концесија. Према мишљењу АТ у спору *Canada – Continued Suspension,* уколико би се обустава суспензије концесија могла захтевати само на основу тврдње чланице да је уклонила несагласну меру, то би знатно умањило ефикасност СТО система решавања спорова и његову способност да обезбеди сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система.[312]

Из богате праксе судећих тела СТО, треба поменути и ставове АТ у којима се остваривање циља сигурности и предвидивости постиже и обавезом панела да непосежу за *arguendo* претпоставкама[313], као и њиховом дужношћу да своје налазе и мишљења детаљно образложе.[314]

---

[310] Пара 82. Извештаја.

[311] Видети извештаје АТ у споровима: *Japan – Alcoholic Beverages II; US — Stainless Steel (Mexico) i US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia),* пун назив предмета: *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6481.

[312]Appellate BodyReport, *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS321/AB/R, adopted 14 November 2008, пара. 381.

[313]Appellate Body Report, *China — Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/AB/R 21 December 2009, пара. 213-215.

[314]Appellate Body Report, *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States – Recourse to Article 21.5 of the DSUby the United States*, WT/DS132/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6675, пара. 107.

Јован ВУЈИЧИЋ, асистент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ

Апстракт. *Правна сигурност је једна од највећих вредности које правно организована заједница има и које је дужна да заштити. Стога је начело правне сигурности уграђено у целокупни правни поредак и представља суштински аспект владавине права. У уговорним односима, правна сигурност се обезбеђује прихватањем и санкционисањем начела pacta sunt servanda. Постојањем правне дужности испуњења обавеза гарантује се стабилност уговорних односа и појачава уговорна дисциплина као и поверење у уговор као основни инструмент правног промета. Међутим, када је због промене околности под којима је уговор закључен уговорна равнотежа значајно нарушена, разлози правичности могу захтевати да се одступи од строге и безусловне примене начела да је уговор странкама закон и да се пружи правна заштита страни уговорници на чију су се штету околности измениле. Правило о раскиду или измени уговора због промењених околности не представља негацију начела pacta sunt servanda, већ нужан изузетак који намеће неминовно променљиви ток живота и којим се у уговорно право уноси динамична нота. Управо такав карактер овог правила захтева стриктно тумачење његових конститутивних елемената приликом отклањања ситуација summum ius, summa iniuria.*

Кључне речи: *правна сигурност, pacta sunt servanda, промењене околности, раскидање или измена уговора због промењених околности.*

1. Увод

Правна сигурност је једна од највећих вредности које правно организована заједница има и које је дужна да заштити. Стога је начело правне сигурности, као тековина моралне и правне цивилизације,[315] садржано у целокупном правном поретку и као

[315] Слободан Перовић, Уговор као акт моралне и правне цивилизације, *Правни живот*, бр. 9-10/1993, стр. LXXXI.

такво представља суштински аспект владавине права. За постојање и остваривање начела правне сигурности заинтересован је не само појединац, него и друштвена заједница којој он припада, и која овај принцип уграђује у појам јавног поретка.[316] Правна организација на првом месту има за циљ да установи и одржи ред утичући својом несумњивошћу унапред на понашање људи и пружајући извесност нашим предвиђањима.[317]

У домену уговорног права израз правне сигурности представља начело *pacta sunt servanda*. Поштовање дате речи је и један од основних моралних захтева који делује својом очигледношћу и убедљивошћу.[318] Субјект на кога се односи ова норма усваја је и покорава јој се зато што увиђа да је она и у његовом интересу.[319] Ипак, између норме и стварности постоји неизбежан раскорак, јер када би се стање које се нормом настоји постићи увек остваривало и без њеног постојања, онда би норма била сувишна и бесмислена.[320] Због аутономности морала, моралне санкције су релативно слабе и неорганизоване. Зато је, имајући у виду друштвену и економску улогу и значај уговора, за поштовање овог правила понашања заинтересована и држава. Прихватањем и санкционисањем моралног императива и на правном нивоу, долази до обједињавања моралне и правне принуде у правној норми као „етичком максимуму“.[321]

Закључењем уговора између уговорних страна се успоставља правна веза (*vinculum iuris*). „Разговор је разговор, а уговор странама закон.“[322] Жели се рећи да су уговорне стране дужне да изврше

---

[316] Слободан Перовић, Коментар уз члан 136, у: *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 437. и 438.

[317] Божидар С. Марковић, Правичност и правни поредак, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1-2/1938, стр. 106.

[318] Најопштије речено, морал је управљање људским поступцима према принципу добра. Предмет права није, међутим, субјективно и теоријско морално правило, него објективни, средњи морал који се практикује у одређеном друштву, морал као друштвени „нормативни факт“. Божидар С. Марковић, О правичности и позитивном праву, Извод из докторске дисертације Божидара С. Марковића под насловом „Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l’élaboration du Droit privé positif“ одбрањена и публикована у Паризу 1930, објављен у: *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 583-596, 588.

[319] Радомир Д. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1973, стр. 28.

[320] *Исто*, стр. 21.

[321] С. Перовић, Уговор као акт моралне и правне цивилизације, стр. XXIV.

[322] Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, чл. 1020.

своје обавезе и да су одговорне за њихово испуњење.[323] Ово правило важи и када после закључења уговора услед промене околности[324] дође до поремећаја уговорне равнотеже.[325] Постојањем правне дужности испуњења обавеза гарантује се стабилност уговорних односа и појачава уговорна дисциплина као и поверење у уговор као основни инструмент правног промета.

С обзиром да су странке слободне да своје односе уреде по својој вољи,[326] каже се да је уговор изнад свега акт правичности.[327]

---

[323] Закон о облигационим односима, чл. 17. ст. 1. Начело дужности испуњења обавеза је конкретизовано у чл. 262: „1) Поверилац у обавезном односу је овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је савесно у свему како она гласи. 2) Кад дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео.“ Право на натурално испуњење (*specific performance*), које се у правима континенталноевропских држава подразумева као логична последица повреде уговора и поштовања начела *pacta sunt servanda*, у земљама *common law* система је предвиђено само као изузетак, у случајевима када друга страна има за то посебан интерес. Примарно правно средство које стоји на располагању другој страни је захтев за накнаду штете. Због ових разлика у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција) је предвиђено да када, у складу са одредбама ове конвенције, једна страна има право да захтева извршење неке обавезе од друге стране, суд је дужан да донесе пресуду о извршењу у натури само ако би то учинио према правилима свог сопственог права за сличне уговоре о продаји на које се ова конвенција не односи (чл. 28). Више о томе Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, општи и посебни део*, Крагујевац, 2012, стр. 519-521.

[324] Мисли се на ситуацију у којој је испуњење обавезе још увек могуће, али је због промењених околности постало отежано или се због њих не може остварити сврха уговора. Могућност измене, односно раскида уговора због промењених околности призната је под одређеним условима у многим правним системима у оквиру различитих концепата, као што су *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, итд. У Закону о облигационим односима и Начелима европског уговорног права, за означавање овог правног института користи се термин промењене, односно промена околности, док је у UNIDROIT начелима за међународне трговинске уговоре прихваћен израз *hardship*, који је широко познат у међународној трговини, што потврђује пракса уговарања тзв. *hardship* клаузула.

[325] Ово је изричито предвиђено у UNIDROIT начелима за међународне трговинске уговоре (чл. 6.2.1) и Начелима европског уговорног права (чл. 6:111 ст. 1). Сврха ове одредбе је да нагласи основно правило да се, као последица начела о обавезујућем дејству уговора, обавеза мора извршити све док је то могуће, без обзира колики то терет представљало за дужника. Другим речима, чак и када је странка суочена са великим губицима уместо очекиване добити или када испуњење за њу постане бесмислено, уговор се мора поштовати. Вид. Коментар уз чл. 6.2.1 UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, доступно на: *http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1059-article-6-2-1-contract-to-be-observed*, 01.04.2016.

[326] Слобода уговарања била је увек присутна у праву, са ужим или ширим границама. Најшире је примењивана у деветнаестом веку у оквиру теорије аутономије воље. Посматрано са становишта савременог права, начело слободе уговарања није апсолутно, већ трпи бројна ограничења, пре свега, постављањем граница на општи начин

Уговорна страна не може касније приговорити да јој је обавеза тешка будући да је ту обавезу слободно преузела. Закључен уговор мора бити извршен онако како гласи. Сматра се да је уговор неповредив у том смислу што га нико, ни суд, ни треће лице, нити само једна странка, не може мењати у било ком правцу. То право је резервисано за заједничку вољу уговорних страна, што у ствари представља нов уговор и нов тријумф начела слободе уговарања.[328]

2. Промењене околности као разлог за измену или раскид уговора

Теорији аутономије воље може се упутити критика у погледу тврђења да се сваким уговором постиже правичност. Такође, строга и безусловна примена начела *pacta sunt servanda* може имати за правну последицу неправично решење које се изражава максимом *summum ius, summa iniuria*. Уговор који је у време закључења био правичан може касније постати неправичан. Тако када због промењених околности испуњење обавезе једне стране постане отежано или ако се због њих не може остварити сврха уговора, разлози правичности могу налагати да се пружи правна заштита страни уговорници на чију су се штету околности промениле, тј. да се садржина уговора прилагоди новонасталим приликама или да се уговор раскине. У таквој ситуацији апсолутно поштовање начела *pacta sunt servanda* имало би за последицу повреду интереса једне стране, а могуће и погодовање интересима друге стране, и то због околности за које погођена страна није одговорна.[329] Поставља се питање да ли је у оваквим случајевима дозвољено не одржати реч и не испунити уговор онако како он гласи и тиме, бар у извесној мери, нарушити преко потребну правну сигурност. За ово питање значајна је еволуција моралног и правног поретка.

Још је у делима Цицерона и Сенеке била истакнута идеја да није неморално не испунити дато обећање ако су се околности у међувремену промениле. Ипак, промењене околности биле су

којима се обезбеђује поштовање моралних погледа и основних принципа друштвеног и правног поретка, а затим и предвиђањем конкретних забрана.

[327] Слободан Перовић, Раскид уговора због промењених околности и начело правне сигурности, *Научни преглед*, Београд, 1974, стр. 190.

[328] *Исто*.

[329] Силвија Петрић, Измјена или раскид уговора због промијењених околности према новом Закону о обвезним односима, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2007, доступно на: *http://hrcak.srce.hr/25364*, 01.04.2016, стр. 2.

правно релевантне само онда када је због њих испуњење обавезе постало немогуће. Немогућност испуњења имала је за последицу гашење обавезе. Што се тиче промењених околности услед којих је долазило само до диспропорције у узајамним престацијама, ма колико велика та несразмера била, право о њима није водило рачуна. „Правни поредак са чврстином свог рационалног начела правне сигурности, остао је вековима 'имун' према моралним ставовима римских филозофа стоичке школе."[330] Теорија о промењеним околностима развијана је касније у канонском праву, а затим и у радовима припадника школе постглосатора. У великим кодификацијама грађанског права које су извршене у XIX и почетком XX века, није била прихваћена, јер је то било доба либералног капитализма и владавине теорије аутономије воље и индивидуалистичког схватања права.[331] Сматрало се да се поштовањем принципа апсолутне обавезности и непромењивости уговора у правном промету обезбеђује онај степен правне сигурности који је, према овом схватању, *conditio sine qua non* за афирмацију и успешан развој концепта економске слободе и њеног пратиоца приватне аутономије. Међутим, услед великих и честих политичких, економских и монетарних поремећаја, нестабилности и несигурности током и након Првог и Другог светског рата, које су захтевале одговарајући правни одговор, долази до уважавања промењених околности као разлога за измену или раскид уговора.[332]

---

[330] С. Перовић, Уговор као акт моралне и правне цивилизације, стр. CL.

[331] У вези са овим разлозима је и принцип поделе власти чије стриктно поштовање одговара новом поретку тог доба, а који значи да судија може да расправља, али не може да намеће странкама оно што нису хтеле. То може само законодавац. Ипак, у пракси се показало као целисходније решење давање овлашћења суду да врши усклађивање уговора са промењеним околностима, јер он „иде лакше у корак са животом" у односу на сложену и релативно спору законодавну интервенцију, која треба да уследи само у изузетним случајевима. (Вид. Владимир Капор, Утицај промењених околности на испуњење привредног уговора, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4 (октобар-децембар)/1952, стр. 410. и 413) У савременом уговорном праву присутна је тенденција давања овлашћења суду да „у потрази за уговорном правдом" ублажи строгост „слободе и светости" уговора. *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, Prepared by The Commission on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Коментар уз члан 6:111, стр. 323.

[332] Више о еволуцији теорије о утицају промењених околности, од идеја римских филозофа до прихватања и развијања ове доктрине као позитивноправног правила, вид. Врлета Круљ, *Промењене околности и уговорна одговорност (немогућност испуњења, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Београд, 1967; Атила И. Дудаш, Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015, стр. 197-214.

Тврђењу да је основни захтев права сигурност, може се приговорити да она није и једина његова руководећа вредност. Начело правне сигурности, иако неминован атрибут сваког правног поретка, не сме имати толику моћ да правне институте „окамени у вечности“, јер би тада право издало себе и улогу коју има у друштву.[333] Савремено уговорно право се не може посматрати само из једне „архимедовске тачке“, већ на основу узајамног утицаја више начела, као што су слобода уговарања, дужност испуњења обавеза, правичност,[334] савесност и поштење, и једнака вредност узајамних давања.[335]

Правни поредак треба да тежи и постизању и одржавању правде као „стожерне и потпуне врлине“,[336] врлине која непрекидно и трајно настоји да свакоме да оно што му припада (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). По сродности, појам најближи правди је правичност. Правичност представља апстрактну идеју правде примењену на конкретан случај и прилагођену околностима тог случаја.[337] И правичност представља битан елемент правне организације без којег ни сигурност права није потпуна, јер је неправично право и несигурно право.[338]

---

[333] С. Перовић, Уговор као акт моралне и правне цивилизације, стр. CXLV.

[334] Правичност, мада није поменута међу основним начелима у Закону о облигационим односима, очито има начелни карактер. То проистиче не само из њене природе, већ и из чињенице да добрим делом прожима поменута законска начела, али и друга начела која, у већој или мањој мери, садрже идеју правичности, као што су равноправност страна у облигационим односима, забрана злоупотребе права, примена добрих пословних обичаја, па је несумњиво да се правичност примењује и кроз њихову примену. Стеван Шогоров, Правичност и берзански послови, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 1237-1239. У Закону о облигационим односима се на више места упућује на примену правичности као самосталног основа и критеријума за одлучивање. Поред правила о раскидању или измени уговора због промењених околности, законом је, као допунско правило за тумачење уговора, предвиђено да нејасне одредбе у теретном уговору треба тумачити „у смислу којим се остварује правичан однос узајамних давања“ (чл. 101). На правичност се у закону позива и код уговора о налогу, „ако друкчије није уговорено, налогодавац дугује накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја, онда правичну накнаду“ (чл. 761). Исто тако код уговора о комисиону и уговора о трговинском заступању законом је прописано да суд може, на захтев комитента, односно налогодавца, снизити износ накнаде на „правичан износ“ ако је у датом случају накнада несразмерно велика према обављеном послу и постигнутом резултату, односно према учињеној услузи (чл. 783. ст. 2. и чл. 806. ст. 2).

[335] Драгољуб Стојановић, Правда и правна сигурност, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 683.

[336] Слободан Перовић, Дело Живојина Перића – парадигма културе права, *Правни живот*, бр. 9-10/1993, стр. X.

[337] Б. С. Марковић, О правичности и позитивном праву, стр. 585.

[338] Б. С. Марковић, Правичност и правни поредак, стр. 107.

Одсуство правичности може компромитовати право и више и дубље него несигурност.[339] Ипак, искључиви захтеви правичности могу имати за последицу угрожавање начела правне сигурности. Тако поједини аутори истичу „да је појам правичности неодређен и ненаучан, да то уствари и није појам него једно романтично осећање ближе сентименталној поезији него хладној и разборитој науци, осећање које доводи право у опасно поље произвољности“,[340] „да правичност значи произвољност судијину, да остаје на крају увек субјективан и подсвестан појам с нејасним контурама и сентименталном садржином, да суди више по инстинкту него по разуму, да је дивља биљка која расте тамо где нема правне сигурности...“.[341]

Ако би се правној сигурности као представнику општег интереса и признало првенство, то не значи да треба одустати од покушаја да се сходним средствима отклањају негативне стране формализма,[342] јер правичност одговара не само дубокој духовној потреби, већ представља и практичну неопходност.[343]

Чини се да решење треба тражити негде између, јер се само тако може остварити захтев неопходног двојства кога чине формалноправна извесност и осећање правичности.[344] Правна сигурност и правичност нису појмови који треба међусобно да се супротстављају, а још мање узајамно искључују. Стога се може рећи да су оба неопходна праву, „тако да оно треба да представља синтезу максимума сигурности и максимума правичности“.[345] Колико ће то у пракси бити остварено, остаје питање равнотеже и смисла за меру, јер у правичности пре свега треба видети начин просуђивања, метод тумачења права, који, поред познавања формалног позитивноправног поретка и сувереног владања

---

[339] *Исто*.

[340] Више о томе Божидар С. Марковић, Правичност као мисао и правно искуство, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 597, прештампано из часописа *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3 (септембар)/1937.

[341] Више о томе Божидар С. Марковић, Правичност као извор права, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 624, прештампано из часописа *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1 (јануар)/1939.

[342] Б. С. Марковић, Правичност и правни поредак, стр. 108.

[343] Б. С. Марковић, Правичност као извор права, стр. 624.

[344] С. Перовић, Уговор као акт моралне и правне цивилизације, стр. CXLI.

[345] При томе је важно истаћи да границе примене правичности нису исте ни у свим областима права, нити у свим државама и временима. Б. С. Марковић, Правичност и правни поредак, стр. 108.

правном техником, подразумева и мноштво других знања и оцењивања вредности.[346] Може се стога рећи да примена принципа правичности представља комплексно, али уједно и комплетно суђење.[347] Потребно је нагласити да то никако не значи произвољно суђење по личним и субјективним мерилима судије, већ по извесним објективним, рационалним и друштвеним, тј. научним критеријумима, као што су идеја једнакости и једнаког поступања, идеје нормалног и разумног, владајућа друштвена мерила вредности, објективни друштвени интерес и сл.[348] Према томе аргумент „правично је“ сам за себе није довољан, па је потребно допунити га и оправдати неким ближим и конкретнијим објективним разлогом.[349]

У области уговорног права, први и основни задатак правичности је да обезбеди остварење воље странака. Уобичајено је и да се позовемо на правду када се од некога захтева нешто што је за њега претерано строго и неочекивано.[350] Једна уговорна страна не би требало сама да сноси последице промењених околности које превазилазе нормални ризик на који се, поступајући са потребном пажњом, мора рачунати код уговора односне врсте.[351]

Када уговорне стране изврше своје обавезе у тренутку закључења уговора или у кратком року након тога, питање утицаја промењених околности се по природи ствари и не поставља.[352]

---

[346] Б. С. Марковић, Правичност као извор права, стр. 625.

[347] Божидар С. Марковић, Суђење по правичности, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. 633, прештампано из часописа *Југословенска адвокатура*, бр. 3-4/1969.

[348] *Исто*, стр. 629.

[349] У чл. 782. ст. 2. Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору је предвиђено: „У такоме суђењу [*суђење по правди и правици*, нап. Ј. В.] судија треба да, оцјењујући са сваке стране прилике посла, пази особито на то што часни људи држе да је право, и што је у складу са јавним вјеровањем и поштењем, без којих не може бити уредна саобраћаја међу људима. И ако судија то све ради по души и савјести, он опет треба да пази, колико је год могуће, и на разум и мишљење народа или разреда људи којима су обични послови те руке.“

[350] Д. Стојановић, *нав. чланак*, стр. 664.

[351] Драган Павић, Извршавање уговорних обавеза у условима промењених околности – Инфлација као разлог за раскид или измену уговора, *Правни живот*, бр. 9-10/1993, стр. 1205.

[352] Иако се у Закону о облигационим односима изричито не наводи да између тренутка закључења уговора и доспелости обавезе мора постојати одређени период времена, из правила да се странка не може позивати на промењене околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе (чл. 133. ст. 3), проистиче да се раскид или измена уговора због промењених околности може тражити само код оних уговора код којих се време закључења не поклапа са временом његовог испуњења.

Међутим, када се испуњење уговора простире у дужем временском периоду, без обзира да ли се састоји у предузимању само једног, временски континуираног акта, или у сукцесивном понављању истог акта у одређеним временским размацима, могућност промене околности је увек присутна. Осим уговора са трајним испуњењем обавеза, правила о измени или раскидању уговора због промењених околности могу се применити и код уговора са тренутним извршењем, када су странке споразумно одложиле испуњење дужникове обавезе, па у међувремену од првобитно уговореног рока до истека продуженог рока наступе промењене околности.[353] *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, гласила је још формула постглосатора.

Подразумева се да неће свака промена околности бити правно релевантна. Реч је само о променама већег значаја, јер би у противном постојала потпуна нестабилност правног промета, чиме би начело правне сигурности било доведено у питање.[354] Промена околности може да наступи из различитих узрока.[355] Како су појавни облици промењених околности бројни, немогуће их је таксативно набројати и дати дефиницију која би била истовремено и општа и прецизна. То је установа коју не карактерише *numerus clausus*. Притом, потребно је истаћи да за примену правила о измени или раскидању уговора због промењених околности није довољно да су се после закључења уговора околности промениле, већ је потребно да су промењене околности имале за странку одређене последице.[356]

---

[353] Пресуда Врховног привредног суда Сл-788/59 од 20.07.1959. године. Нав. према: Милош Исаковић, Петар Шурлан, *Опште узансе за промет робом с објашњењима и судском праксом*, Београд, 1960, стр. 46. Исто и Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, књига 1*, Загреб, 1978, стр. 532; Марко Ђурђевић, Коментар уз члан 133, у: *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, главни редактор: Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 261. Довољно је да се ово односи на обавезу стране која се позива на промењене околности, а не и на обавезу друге стране. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 31-32.

[354] В. Капор, *нав. чланак*, стр. 413.

[355] Ти догађаји могу бити веома различити. Тако су у Општим узансама за промет робом као примери „изванредних догађаја“ због којих се може тражити измена или раскид уговора наведени: природни догађаји, као што су суша, поплава, земљотрес; управне мере, као што су забрана или ограничење увоза или извоза или друга ограничења промета робом, промена система цена, промена тарифа и прописаних цена, промена стандарда; и економске појаве, као што је изузетно нагли и велики пад или скок цена (узанса 56).

[356] Вид. у том смислу решење Врховног привредног суда Сл-280/59 од 07.12.1959. године. Нав. према: Ђорђе Чобељић, *Промењене околности у привредном и грађанском*

3. Услови за измену или раскид уговора због промењених околности

Приликом одређивања последица које промена околности изазива за дужника, као услова за примену института промењених околности, обично се користе правни стандарди. У том смислу се одређује да је услед промене околности уговорна равнотежа *битно нарушена*,[357] или да је испуњење обавезе за једну странку постало *претерано отежано* или да би јој нанело *претерано велики губитак*,[358] или да је испуњење обавезе отежано или се због промењених околности не може остварити сврха уговора[359] а у једном и у другом случају у тој мери да је *очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна*[360] и *да би по општем*

праву (clausula rebus sic stantibus), Београд, 1972, стр. 128. Исто и С. Перовић, Раскид уговора због промењених околности и начело правне сигурности, стр. 201; С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 28. За разлику од Општих узанси за промет робом, у Закону о облигационим односима нису, ни примера ради, наведени догађаји који могу довести до промене околности која оправдава примену овог правног института. Промена околности може се састојати и у ненаступању догађаја који се по редовном току ствари очекивао. Најбољи пример је спор из енглеске судске праксе *Krell v. Henry*. То је био први у низу случајева познатих под називом „крунидбени случајеви", који су настали поводом одлагања крунисања краља Едварда VII услед његове болести. Наиме, многи власници зграда које су се налазиле дуж улица којима је требало да прође поворка изнајмљивали су седишта поред прозора за одређену цену ради посматрања свечаности. С обзиром да је церемонија била одложена, поставило се питање судбине закључених уговора. Закупац је захтевао раскид уговора, док је власник стана захтевао плаћање уговорене накнаде. Испуњење обећаних престација било је могуће, закупац је могао да плати закупнину и да користи стан у уговорено време. Међутим, суд је заузео став да је остварење циља уговора, који су стране имале у виду приликом његовог закључења, било онемогућено – осујећено (*doctrine of frustration*), и да су због тога обе стране ослобођене својих обавеза. Више о томе Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 11th edition, London, 2003, стр. 867, 885. и 886.

[357] UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, чл. 6.2.2. Реч је о битном нарушавању уговорне равнотеже било стога што су повећани трошкови испуњења, било стога што се смањила вредност противпрестације. Исти критеријуми су прихваћени и у Начелима европског уговорног права, с тим што се у њима не говори о битној повреди уговорне равнотеже, већ о „претерано отежаном испуњењу". Вид. Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 1. и 2.

[358] Опште узансе за промет робом, узанса 55. ст. 1.

[359] Сврха уговора на коју се упућује не може се изједначити са обичним мотивом који је детерминисао одлуку једне странке да закључи уговор, тј. са искључиво субјективним очекивањима и плановима странке, већ се мора радити о ономе због чега је странка преузела обавезу, а што је у тренутку закључења уговора изричито или прећутно било прихваћено и од друге стране као стварна „основа посла". С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 37. и 39.

мишљењу било неправично[361] *одржати га на снази таквог какав је*.[362] Од начина на који је ова претпоставка дефинисана у великој мери зависи опсег могуће примене института промењених околности, због чега он представља важан део његове дефиниције.[363] Да ли је промена околности имала прописане последице, фактичко је питање које се решава узимајући у обзир релевантне околности сваког конкретног случаја.[364]

Иако идеал правне сигурности представљају јасне и прецизне правне норме, концепција овог правног института искључује сваки крути епитет и захтева гипку формулу којом се омогућује суду да донесе правичну и целисходну одлуку,[365] и тим путем сачува ауторитет формалног правила и пружи задовољење практичним потребама и захтевима правичности.[366] У овој материји није могуће улогу суда свести на аутоматско поступање, јер би се тиме изгубила из вида идеја која се налази у основи овог правног института. Појам правичности подразумева способност

---

[360] Формулација није најбоља, јер уколико уговор више не одговара очекивањима „уговорних страна“, чини се да их ништа не спречава да га споразумно измене или раскину. Дословним схватањем овог критеријума из Закона о облигационим односима, сужава се подручје примене правила о раскидању или измени уговора због промењених околности. Због промене околности уговор више не одговара очекивањима само једне стране, док друга страна обично њоме није погођена, па чак може доћи и у повољнију ситуацију. *Исто*, стр. 39-40; Д. Павић, *нав. чланак*, стр. 1204. фн. 35.

[361] Значај ове законске одредбе је, између осталог, и у томе што се њоме несумњиво указује на повезаност правичности са „општим мишљењем“, тј. да је у праву примењиво само оно схватање правичности које је у друштву општеприхваћено или је бар преовлађујуће, чиме се отклања субјективност индивидуалног схватања правичности лица које примењује право. С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 1238.

[362] ЗОО, чл. 133. ст. 1. У делу теорије се истиче да су ови критеријуми, „иако инспирисани најбољим мотивима“, непрецизни, широки и дифузни, те да могу изазвати веће тешкоће у пракси. Слободан Перовић, Коментар уз члан 133, у: *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 430. Истиче се и да овим критеријумима није место у обавезним претпоставкама за примену института, већ да треба да буду само упутства суду приликом одлучивања о захтеву за раскид или измену уговора због промењених околности. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 40.

[363] С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 36.

[364] Јелена Перовић, Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2012, стр. 193.

[365] Врлета Круљ, Коментар уз члан 133, у: *Коментар Закона о облигационим односима I*, редактори: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, Београд, 1980, стр. 352.

[366] Вид. у том смислу Б. С. Марковић, Правичност као мисао и правно искуство, стр. 603.

разликовања,[367] као и широку дискрециону власт судије,[368] што неминовно носи са собом и могућност судске произвољности. Разуме се, то не значи давање суду неограничене моћи у „дељењу правде“, потпуним препуштањем оцене и решења сваког конкретног случаја његовом потпуно слободном тумачењу и његовим претварањем у законодавца, јер би то представљало атак на начело правне сигурности. Ослонац за своју одлуку суд мора потражити у објективним критеријумима који произилазе из текста позитивноправних прописа, али и из духа целокупног законодавства, који није непосредно изражен словом закона. То несумњиво захтева додатни напор судске праксе приликом одређивања садржине употребљених појмова у сваком конкретном случају, јер упоредо са општошћу правних правила треба да расте и активна улога суда. Пред тим задатком она се не сме никада повући, јер управо те тешкоће представљају цену којом се обезбеђује остваривање идеја правде и правичности којима се право инспирише и које представљају онај „дубљи разлог његовог поштовања и његове примене на уговорне односе“.[369] Једно од средстава заштите од претераног правног формализма и „скучених и ускогрудих“ судија, али и пре тога, од кандидата неумерених амбиција и скромних способности, јесте пажљив поступак њиховог избора и каснијег напредовања, као и организовање континуиране и обавезне обуке и стручног усавршавања.

Околности се морају променити након закључења уговора,[370] а пре доспелости обавезе стране која је тим околностима погођена,[371] и морају још постојати у време испуњења уговора. Дужник мора сносити негативне последице своје доцње, јер да је обавезу испунио у року одређеном за испуњење, питање

---

[367] Још је *Celsus* говорио да ће добар судија доносити различите одлуке с обзиром на личности и околности (Б. С. Марковић, Правичност као извор права, стр. 618), јер је правда једнако поступање са једнаким стварима, а неједнако поступање са неједнаким стварима, сразмерно њиховој неједнакости, и давање свакоме онога што му припада. Б. С. Марковић, О правичности и позитивном праву, стр. 596.

[368] Б. С. Марковић, Правичност као извор права, стр. 618.

[369] Ђ. Чобељић, *нав. дело*, стр. 61.

[370] Према Закону о облигационим односима и Начелима европског уговорног права странка се не може позвати на околности које су постојале у тренутку закључења уговора, без обзира што јој у конкретном случају нису биле познате, док се према UNIDROIT начелима за међународне трговинске уговоре узимају у обзир и околности које су постојале у време закључења уговора, али су погођеној страни постале познате тек након тог тренутка (чл. 6.2.2 а)).

[371] Вид. ЗОО, чл. 133. ст. 3.

промењених околности не би се ни поставило.[372] Странка која је у присуству промењених околности извршила уговорну обавезу о доспелости сагласно уговору не може по испуњењу захтевати измену или раскид уговора, јер је уговор испуњењем престао.[373] Ако би јој се дозволило да захтев истакне накнадно, озбиљно би могли бити нарушени интереси друге стране, која је у доброј вери примила испуњење као дефинитивно.[374]

Тешкоће које се јављају у пракси последица су чињенице да је у суштини овог правног института захтев да се помире и доведу у склад основна начела уговорног права, с једне стране начело дужности испуњења уговорних обавеза и начело аутономије воље, а с друге стране начело савесности и поштења, начело једнаке вредности давања и начело правичности.[375] Стога законодавац даје суду додатна упутства којима ће се руководити и којима се уноси више извесности у правне односе уговорних страна. С друге стране, потребно је водити рачуна да смернице не пређу потребну границу слободе суда у процени околности конкретног случаја и да му улогу не сведу на просту механичку примену права.

Мора се утврдити да ли је страна која се позива на промењене околности била дужна[376] да у време закључења уговора узме у обзир те околности[377] или их је могла избећи или савладати.[378] У супротном, начело правне сигурности било би

---

[372] Ако би се правило о дејству повериочеве доцње (ЗОО, чл. 326), које се састоји у прекидању негативних последица доцње дужника, аналогно применило на овај случај, дужник би се могао позвати на околности које су се промениле након што је поверилац дошао у доцњу. Вид. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 30. фн. 115.

[373] Пресуда Врховног привредног суда Сл-449/58 од 10.06.1959. године. Нав. према: Ђ. Чобељић, *нав. дело*, стр. 128.

[374] М. Ђурђевић, *нав. коментар уз члан 133. ЗОО*, стр. 262.

[375] С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 44.

[376] Степен дужне пажње зависи од врсте уговорног односа (уговори у привреди, остали уговори), односно од својства странке (пажња доброг домаћина, пажња доброг привредника, пажња доброг стручњака).

[377] Овај услов се првенствено односи на последице догађаја који је проузроковао промену положаја странке, и не мора укључивати сам догађај. Могуће је да је странка била дужна да у време закључења уговора узме у обзир тај догађај, али ако су његове последице по врсти, размери или њиховом развоју биле непредвидиве за странку, може се допустити позивање на такве околности. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 35; Д. Павић, *нав. чланак*, стр. 1206.

[378] Ово правило представља конкретизацију начела савесности и поштења којим се не дозвољава да се странка позива на оне околности чији је утицај на уговор могла спречити да је поступала с пажњом која се у правном промету од ње захтева.

доведено у питање, јер би се уговорницима „широм отворила врата“ да непоштују основно начело уговорног права по којем се уговори имају извршавати онако како гласе.[379] Околности које је странка у време закључења уговора била дужна да узме у обзир одразиле су се или су се могле одразити на садржину уговора, па се не сме допустити да их странка истиче као разлог за измену или раскид уговора, будући да њихов утицај на уговор има свој основ у њеном пропусту да у уговор унесе заштитне клаузуле. Потребно је утврдити и постојање узрочне везе између промене околности и поремећаја уговорне равнотеже. При одлучивања о раскидању уговора, односно о његовој измени, суд ће се руководити начелима поштеног промета,[380] водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговра односне врсте, о трајању и дејству промењених околности, о општем интересу,[381] као и о интересима обеју страна.[382]

4. Измена или раскид уговора због промењених околности

Последице промењених околности могу се отклонити на два начина, изменом уговора или његовим раскидом.[383] Приликом

---

[379] С. Перовић, *нав. коментар уз члан 133. ЗОО*, стр. 430.

[380] Под „начелима поштеног промета“ подразумева се начело савесности и поштења. Вид. у том смислу Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 536; Слободан Перовић, Коментар уз члан 135, у: *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 435.

[381] Приликом опредељивања за једну или другу правну санкцију, суд мора имати у виду да се раскидањем уговора прекидају дотадашњи токови промета, чиме могу бити озбиљно угрожени интереси не само других учесника у промету, већ и општи интерес, који некада може бити и значајнији од интереса уговорника да се уговор раскине. Марко Ђурђевић, Коментар уз члан 135, у: *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, главни редактор: Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 266.

[382] ЗОО, чл. 135. Наведене околности нису таксативно набројане, што произилази из формулације да ће суд *нарочито* о њима водити рачуна. Из овакве одредбе се може даље закључити да наведене околности законодавац сматра посебно значајним за одлуку суда.

[383] Према одредбама чл. 133. ст. 1. ЗОО „страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине“, док је у ст. 4. истог члана прописано да се уговор „неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене“. Може се закључити да само страна погођена промењеним околностима може захтевати раскид уговора. С обзиром да раскидом уговора могу бити повређени интереси друге стране, дата јој је могућност да *понудом* правичне измене одговарајућих услова уговора, одржи уговор на снази. Иако се говори о *понуди*, из чега би се могао извести закључак да погођена страна може такав предлог прихватити или одбити, ради се о праву друге стране да се супротстави захтеву за раскид уговора. Да погођена страна нема

признавања права страни погођеној промењеним околностима да се промене узму у обзир, морају се поштовати и интереси друге стране.[384] Разуме се да је реч о другој страни која није одговорна за промену околности. Потребно је имати у виду и темељну сврху овог правног института, као и његов карактер изузетка од начела *pacta sunt servanda*, а сваки изузетак треба уско тумачити (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*) и његово деловање свести на ону меру којом се најмање ограничава правило. Стога, начелно, предност треба дати измени уговора, с обзиром да полази од начела *in favorem contractus*, тј. тежи одржању уговора иако су се околности промениле.[385] Захтев за измену уговора може се односити само на оне одредбе на које су промењене околности утицале, као што су одредбе о цени, количини предмета, висини других обавезе, времену, месту, начину испуњења уговора и сл.

Ако се у конкретном случају не може постићи одговарајућа и за обе стране правична измена уговора, треба дозволити раскид уговора. Потребно је истаћи да за раскидањем уговора, као радикалном мером, не треба олако посезати, будући да би то значило неоправдано поједностављивање ствари.[386] Ако својом

наведену могућност види се из формулације да у случају такве понуде „уговор се неће раскинути“. (С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 40-41) Тада ће суд својом одлуком изменити уговор ако утврди да су предложене измене правичне, без обзира што их страна погођена промењеним околностима не прихвата. Из наведених одредаба проистиче и да страна погођена промењеним околностима не може захтевати измену уговора, већ је у току поступка може само *понудити* уместо првобитно захтеваног раскида уговора. Иницијатива погођене стране не може бити захтев, већ само предлог који је друга страна слободна прихватити или одбити, будући да се уговор неће раскинути само ако друга страна „пристане да се одговарајући услови уговора правично измене“. Одредба према којој друга страна може пристати на понуђену измену уговора може се тумачити и тако да је суд у току поступка овлашћен да предложи да се одговарајући услови уговора правично измене. Вид. В. Круљ, *нав. коментар уз члан 133. ЗОО*, стр. 354. На постојање промењених околности суд не пази по службеној дужности. Као основ за измену или раскид уговора, промењене околности узимају се у обзир само по предлогу заинтересоване странке. (Пресуда Врховног привредног суда Сл-40/55 од 18.01.1955. године) Захтев за раскидање или измену уговора због промењених околности може се истаћи у виду приговора или противтужбе. Пресуда Врховног привредног суда Сл-522/55 од 14.06.1956. године. Нав. према: М. Исаковић, П. Шурлан, *нав. дело*, стр. 45.

[384] Овакво решење заснива се на начелу једнакости. Наиме, променом околности повређени су интереси једне стране, међутим, изменом или раскидом уговора могу бити повређени интереси друге стране. Због тога је остављено суду да водећи рачуна о околностима сваког конкретног случаја одлучи хоће ли се уговор изменити или раскинути, и под којим условима. С. Перовић, *нав. коментар уз члан 133. ЗОО*, стр. 429.

[385] С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 40-41; *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, Коментар уз члан 6:111, стр. 326.

[386] В. Капор, *нав. чланак*, стр. 419.

одлуком раскине уговор,[387] суд ће одредити и услове под којима уговор раскида, као и време од када раскид уговора производи правно дејство (потпуни или делимични раскид, нпр. за преостале сукцесивне испоруке; *ex tunc*, или само за убудуће – *ex nunc*).[388] У зависности од околности конкретног случаја, могућа је и комбинација наведених правних санкција.

У Начелима европског уговорног права и у UNIDROIT начелима за међународне трговинске уговоре, пре судског поступка, предвиђени су преговори странака (*renegotiations*) у циљу отклањања поремећаја уговорне равнотеже изменом уговора или његовим раскидом. У том смислу UNIDROIT начела *овлашћују страну погођену промењеним околностима* да захтева преговоре, док Начела европског уговорног права *обавезују обе стране* да приступе преговорима.[389] Преговори се не могу захтевати када у уговору већ постоји одредба којом је предвиђено његово прилагођавање промењеним околностима (нпр. индексна клаузула или клизна скала), осим ако заштитном клаузулом није обухваћен догађај који је у конкретном случају довео до битног нарушавања уговорне равнотеже.[390] У циљу спречавања могуће злоупотребе права да се захтевају преговори, у UNIDROIT начелима је прецизирано да захтев сам за себе не овлашћује погођену страну да ускрати испуњење своје обавезе.[391] Уколико у разумном року не

---

[387] За разлику од раскида уговора због неиспуњења где је усвојен вансудски раскид простом изјавом, овде је у питању судски раскид, што значи да одлука суда има конститутивно дејство. С. Перовић, *нав. коментар уз члан 135. ЗОО*, стр. 435; М. Ђурђевић, *нав. коментар уз члан 133. ЗОО*, стр. 264.

[388] Вид. UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, чл. 6.2.3 ст. 4. а); Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 3. а).

[389] Вид. UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, чл. 6.2.3 ст. 1; Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 2. У UNIDROIT начелима је изричито предвиђено да захтев мора бити учињен без неоправданог одлагања и да се у њему морају навести разлози на којима се заснива. Иако оваква одредба није садржана у Начелима европског уговорног права, она се изводи из обавезе поступања у складу са начелом савесности и поштења. *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, Коментар уз члан 6:111, стр. 326. Уколико странка не поступи на овакав начин, не губи због тога право да захтева преговоре, али то може утицати на утврђивање да ли су у конкретном случају испуњени услови за измену или раскид уговора због промењених околности. Вид. Коментар уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, доступно на: *http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1057-article-6-2-3-effects-of-hardship*, 01.04.2016.

[390] Коментар уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре.

[391] UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре, чл. 6.2.3 ст. 2.

постигну споразум, странке се могу обратити суду. У сваком случају, суд може досудити накнаду штете једној страни коју је она претрпела због тога што је друга страна одбила преговоре или зато што их је прекинула противно начелу савесности и поштења.[392]

Страна која је погођена промењеним околностима дужна је да о својој намери да тражи измену или раскид уговора обавести другу страну чим је сазнала да су такве околности наступиле.[393] Ако то није учинила, не губи право да се позове на промењене околности,[394] већ одговара за штету коју је друга страна претрпела због тога што јој захтев није био на време саопштен.[395] Благовремено обавештавање је од изузетног значаја за другу страну јер јој пружа могућност да предузме мере у циљу избегавања или смањења штете изазване коришћењем права погођене стране да се позове на промењене околности. За положај друге стране значајно је и право да захтева накнаду штете коју трпи због тога што је суд изрекао раскид уговора. Притом, не признаје јој се право на накнаду целокупне штете, већ само правичног дела.[396] То подразумева да суд мора одредити износ накнаде тако да терет негативних последица промењених околности правично расподели на обе странке.[397]

5. Закључак

Полазећи од правичности као основног образложења могућности измене, односно раскида уговора због промењених околности, може се закључити да овај правни институт не представља негацију начела *pacta sunt servanda*, већ „нужан коректив“[398] којим се у уговорно право уноси динамична нота и којим се обезбеђује да оно „корача упоредо са животом без потреса

[392] Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 3, последња реченица.

[393] Обавеза узајамног обавештавања о чињеницама које су од утицаја на уговорни однос заснива се на дужности уговорника да се у остваривању својих права придржавају начела савесности и поштења.

[394] Вид. у том смислу пресуду Врховног привредног суда Сл-1126/56 од 29.01.1957. године и решење Врховног привредног суда Сл-51/56 од 31.07.1957. године. Нав. према: М. Исаковић, П. Шурлан, *нав. дело*, стр. 49.

[395] ЗОО, чл. 134.

[396] ЗОО, чл. 133. ст. 5.

[397] С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 44.

[398] В. Капор, *нав. чланак*, стр. 409. и 414.

и без великих опасности по сопствену стабилност".[399] Тако се институтом промењених околности усклађује апсолутно оправдано инсистирање на поштовању правне дужности испуњења обавеза с начелима правичности, савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања. Неопходна сигурност правног промета није угрожена допуштањем одступања од првобитно уговорених одредаба у заиста оправданим случајевима и у разумним границама, тако да се тим одступањем не слаби вера у обавезну снагу уговора.

Приликом усклађивања општости и флексибилности института промењених околности са правном сигурношћу, неопходно је, у што је могуће већој мери, избегавати, односно отклањати недоречености и нејасноће у законским решењима. Правна сигурност се штити и приликом примене правила о измени или раскидању уговора због промењених околности, вођењем рачуна да она представљају изузетак од начела *pacta sunt servanda*, што захтева стриктно тумачење њихових конститутивних елемената приликом правичне расподеле губитака и евентуалних користи насталих услед промењених околности. Овим се жели нагласити и са колико се опрезности мора приступити примени овог правног института у пракси, која подразумева оцену многих околности о којима је претходно било речи, што све говори о великој осетљивости и сложености овог правног проблема.

[399] Миодраг Орлић, О смислу правничког позива – посвећено проф. Божидару С. Марковићу, *Правни живот*, бр. 9-10/1994, стр. XI.

Jovan Vujičić, Assistant
Faculty of Law University of Kragujevac

LEGAL CERTAINTY AND CHANGED CIRCUMSTANCES

Abstract. *Legal certainty is one of the biggest values of the legal community which has to be protected. Therefore, the principle of legal certainty is enshrined in the entire legal system and represents an essential aspect of the rule of law. In contractual relationships, legal certainty is provided by accepting and sanctioning the principle of pacta sunt servanda. The stability of contractual relations, contractual discipline and confidence in the contract, as a basic instrument of legal transactions, are guaranteed by the existence of a legal duty of fulfilling the obligations. If, however, contractual balance is violated significantly because of the change of circumstances under which the agreement has been concluded, the reasons of fairness may require a departure from the strict and unconditional application of the principle of binding force of the contract and to give legal protection to the party affected. The rule of the termination or modification of the contract due to changed circumstances is not the negation of the principle of pacta sunt servanda, but a necessary exception which is imposed by inevitably changing flow of life and that brings dynamic notes in the contract law. Exceptional character of this rule requires a strict interpretation of its constitutive elements while eliminating situations summum ius, summa iniuria.*

Key words: *legal certainty, pacta sunt servanda, changed circumstances, termination or modification of the contract because of changed circumstances.*

Проф. др Ивана СИМОВИЋ-ХИБЕР,

Редовни професор Факултета безбедности Универзитета у Београду

КОНЦЕПТ КРИВИЧНОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА И КОНЦЕПТ КОРПОРИЗАЦИЈЕ ПРАВА (У КОНЦЕПТУ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА)

Апстракт. *Текст је посвећен анализи основа стандардизације глобалног (кривично)правног система из угла укључивања одговорности колективитета за кривично дело. Занимљиво је запазити да док проблеми еколошких инцидената или екомског криминала например, не изазивају дилеме у јавном мњењу и медијима, право се у суштини опире реалности, тражећи изговоре у дедуктивном идеализму. Реална спознаја о опасности и размерама организованог криминала је утицала на прихватање чињенице да се криминолошки феномен мора преточити у правне норме, да би се обезбедила адекватна борба против појава те врсте. Прихватање ове идеје као нужности укључује и третирање одговорности правних лица на правно несумњив начин.*

Потреба кажњивости правних лица која је сама по себи, бар на први поглед, индивидуализацији супротна, идентификована је већ почетком двадесетог века (препорука Букурештанског међународног конгреса кривичног права из 1928. године да се у унутрашње кривичноправне системе инкорпорира одговорност правног лица).

Полази се од хипотезе да је нормативна слика реаговања на кажњавање правног лица као колективитета последица неусаглашеног теоријског става о правној природи ове врсте одговорности. У тексту се описују основни модели у упоредном праву и покушаји адекватније реакције у оквирима ЕУ (Зелена књига о кривичноправној заштити финансијских интереса Европске Заједнице и Corpus Juris), без претензије давања препорука за решења de lege ferenda. За представљање законских модела изабрана су као типична решења: аутономна или изведена, субјективна или објективна, супсидијарна или кумулативна одговорност.

У литератури је присутан и израз corporate crime, корпоративни криминал. Желимо нагласити да је данас прихваћено становиште да је правним (привредним) лицима управо као саставни део конкурентности иманентно паракриминално понашање. Одомаћио се и изузетно еуфемистички израз „повремени или повремени пригодни организовани криминал", који подразумева деловање, у смислу повременог (ситуационог), али и заједничког и планираног повезивања правних лица у вршењу криминала, најасније речено организоване преваре уз организовану корупцију.

У тексту се закључује да се теоријски модели који дају општи оквир кривичноправне позиције правног лица могу свести на класификацију: дедуктивно-идеалистички (искључива одговорност физичког лица), индуктивно - емпиријски и дијалектичко - критички приступ проблему. Основна идеја корпоративног права, са друге стране, као аутономног и саморегулирајућг концепта је у супротности са основном идејом потребе кривичноправне регулације кажњивости правних лица.

Такође, као тема за размишљање, може се предложити идеја коришћења економских норми као социјално етичког основа за прекор у кажњавању правног лица и нова интеракција правног и економског система као нови угао посматрања проблема (контрола економије путем система кривичног права -Criminal justice). На крају треба поменути као самостални фактор политичку стабилност, (не)извесност која утиче на стабилност економије укључив и стабилност инвестиција.

Кључне речи: *проблем персонификације злочина, модели директне одговорности правног лица и привредни преступи, модел објективне, субјективне и објективно-субјективне кривичне одговорности правног лица, Зелена књига о кривичноправној заштити финансијских интереса Европске Заједнице, Corpus Juris, корпоративни криминал, сигурност инвестиција*

• Увод

У савременом свету убрзане правне глобализације питање кривичноправне одговорности правног лица представља прворазредни пример отворених проблема кривичног права.

Издвојићемо основну парадигму, а то је идеја персонификације злочина: можда може бити доживљена као метафизичко питање, па самим тим и сувишно, но оно је у суштини

веома прагматично када гласи: ко персонализује злочин, ко је носилац или ко дели одговорност за кривично дело. Према формули класичног кривичног права то је човек, појединац. У литератури се назива дедуктивно - идеалистичким моделом[400]. Он начелно искључује било који колективитет – правно лице или колективни, односно комплексни ентитет (контраверзни институт удруженог злочиначког подухвата, например). Међутим, савремени изглед кривичноправних решења националних или међународних докумената говори управо супротно. Страх од називања ствари правим именом довео је до развоја потпуно нове области у кривичном праву ''без имена''– то је колективна одговорност. Без јасног прихватања чињенице да се управо ради о постојању две паралелне врсте одговорности у савременом поимању субјеката, извршиоца кривичног дела тешко је успоставити, хармонизовати кривичноправни систем у смислу социјално-етичког прекора као његове суштине[401].

Стога није чудно да се у сваком тексту који анализира одговорност правног лица за кривична дела у савременој литератури само помене да се принцип *societas delinquere potest*, доживљава као начело средњевековног права, који је историјски замењен системом индивидуализоване кривичне одговорности.

Криминолошки закључци да су највеће штете односно кривичноправне последице оне које може учинити правно лице – *Legal and Collective Entities* имали су за последицу процес установљавања одговорности правног лица за кривична дела, у двадесетом веку. Развој идеје о криминалитету правних лица у криминолошком смислу је почео препознавањем последица које су много теже од оних које физичко лице или више физичких лица могу произвести. То се описује терминима – велике људске жртве, угрожавање здравља великог броја људи, еколошке катастрофе и привредни криминал у најширем смислу; управо еволуција препознавања ове врсте опасног криминалитета је резултирала

---

[400] Militello, V., The Basis for Criminal Responsability of Collective Entities in Italy, in:Criminal Responsability of Legal and Collective Entities, str. 183.(International Colloquium, Berlin, 1998,) ed. Eser, A., Heine, G.,Huber, B., Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1999.

[401] Gorm Toftegard Nielsen, A., Criminal Liability of Collective Entities-The Danish Model, in:Criminal Responsability of Legal and Collective Entities, (International Colloquium, Berlin, 1998,) ed. Eser, A., Heine, G.,Huber, B., Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1999., стр. 189.

савременим препознавањем правног лица као најважнијег актера организованог криминала.

Насупрот томе, идеја корпоративног права као херметичког простора саморегулације означава тенденције у XXI веку.

Већ тешкоће у одређивању савремене хијерархије правних вредности које штити кривично право довољно говоре о новом плурализму старих и нових заштитних објеката. Да ли се тако модерно кривично право своди на прилагођавање модерним условима друштвеног живота? Економски деликти, деликти објективно повећаног ризика (саобраћајни , еколошки), цубер криминал али и стари проблеми (породично насиље и нарочито насиље мушкарца над женом- из разлога социјалног конформизма досад скривано) чини оправданим питање нове селективности кривичноправне заштите.[402]

Или како наводи Eliot Currie[403] , *private gain* (приватни профит) постаје основ субординације друштвених принципа. Али он је истовремено криминогени фактор, пошто установљава неједнакост, концентрисану економску депривацију, еродира могућности уже заједнице које су пружале неформалну подршку (социјализација и контрола младих), фрагментација породице, глорификује културу Дарвиновске утакмице за статус и ресурсе и поставља нови ниво потрошње, консумпције који не могу сви достићи користећи легалне путеве.

Паралелно са нормативном реализацијом ове идеје одвија се ништа мање значајан процес нормализације злочина који битно утиче на слику кривичног права данас.

Модел индивидуалне кривичноправне одговорности и нужност адаптирања кривичног права новој стварности, и еманципација поменутих нових друштвених чињеница у самосталне и парарелне феномене довела је до сукоба у правном домену. Идеја о самодовољности и саморегулацији (високотехнолошки криминал и корпоративна затвореност у самодовољни систем) са једне стране и тражење заштите и помоћи од класичног кривичног права са друге, несумњиво указују на сложеност проблематике.

---

[402] Arroyo Zapatero, L., The international harmonization of criminal law, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain, 2011-2012, стр.25-58

[403] Crime and market society:lessons from the United States, 134-42 in P.Walton and J. Young, eds. The New Criminology Revisted, London, Macmillan, 1998

Индивидуализација кривичне одговорности и казне је означена као несумњиви цивилизацијски успех великих кодификација деветнаестог века; с друге стране потреба кажњивости правних лица која је сама по себи, бар на први поглед, индивидуализацији супротна, идентификована је већ почетком двадесетог века. Пример је препорука Букурештанског међународног конгреса кривичног права из 1928. године да се у унутрашње кривичноправне системе инкорпорира одговорност правног лица[404]. Поставља се питање разлога отпора да се та уочена потреба уважи.

1. Историјски осврт на развој принципа/модела колективне одговорности правног лица

Претензије овог текста нису да предложи решење *de lege ferenda* које би произашло из комбинације поређења решења де *lege lata* и нових основа одговорности у кривичном праву, или могућност процене ''опште'' воље за хармонизацијом у овој области. Претензије се исцрпљују у расправи о постојању ''дефинитивности'' критеријума који би се односио на колективитет као релевантан облик субјекта кривичног права.

Упоредно право познаје грубо речено два основна модела, решења која или прихватају кривичну одговорност правног лица директну[405], и она која установљавају неку врсту паракривичне одговорности у облицима привредних преступа, грађанске одговорности или административних деликата. Питање које се у овом случају појављује је дали се ради о концептуалном поштовању принципа *ultima ratio* или о паракривичној реакцији?

Питање указује на нужност усаглашавања ставова о кажњавања правног лица у оквиру система кривичног права, уколико је то прихваћен криминално-политички циљ.

Изгледа да су еколошке катастрофе и транснационални привредни криминал „разбиле“ конзервативност традиционалног кривичноправног система. У оба случаја препознато је да традиционално кажњавање непосредних учинилаца кривичног дела просто пада у неку врсту мочварног, неки би рекли и скандалозног некажњавања идејних твораца, или бар особа које су довољно високо у хијерархији правног лица, тако да остају недодирљиве. Један од „историјских“ примера еколошког

[404] Delmas-Marty, M., "La responsabilité pénal des groupement", Revue internationale de droit pénal, 1980/1-2,стр.40.

криминала, који се у литератури често наводи је случај пожара и хемијског загађења водотока Рајне у и око предузећу *Sandoz* (Базел, Швајцарска)[406] из сада већ давне 1986 године.

Из данашње позиције, или става о организованом криминалу несумњиво је да су правна лица која обављају легалну привредну делатност чести извршиоци привредног криминала.[407]

Присутан је и израз *corporate crime,* криминал корпорације. Желим подсетити да је данас прихваћено становиште да је правним (привредним) лицима управо као саставни део конкурентности иманентно ''криминално понашање''. Одомаћио се и изузетно еуфемистички израз „повремени или повремени пригодни организовани криминал", који подразумева деловање, у смислу повременог (ситуационог), али заједничког и планираног повезивања правних лица у вршењу криминала, најасније речено организоване преваре уз организовану корупцију.

Ексклузивност искључивог кажњавања појединца или индивидуализоване криминалне групе за кривично дело је „цивилизацијска" категорија кривичног права. Она је заиста историјско достигнуће победе над концептом средњег века, али је данас реално испражњено од тог историјског садржаја, па самим тим није више недвосмисленог значаја. Стога није некорисно, као и у другим случајевима процене валидности појединог концепта, макар лапидарно се подсетити на историјска решења, али увек уз примедбу да је увек нужно у таквим експериментима не заборавити различитост контекста. Тај контекст је важан да се не би правила формална поређења која су у принципу погрешна, често и немогућа, мада их увек треба пажљиво проценити, да се не би пропустиле

---

[405] Пример решења директне одговорности је пример „новог" Кривичног законика Француске, које напушта вековно ригидни став доктрине и јуриспруденције о немогућности кривичне одговорности правног лица. Француско кривично право је, у погледу кажњивости правног лица , прешло пут од признавања парапеналне одговорности правних лица за неке деликте по принципу изузетка , до уважења потребе установљавања директне одговорности правног лица на релативно општи начин. Вид. за услове и ограничења : Poncela, P., Nouveau Code pénal - Livre I, Dispositions générales, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1993/3, стр.457,458.

[406] Prema Heine, G., Europaische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Fuhrungskraften, Schweizerische Zeitschrift fur Strafrecht, sv. 119, стр.22-39, 2001.

[407] Economic crime, business crime, white- collar crime, criminalité des affaires су само неки од коришћених термина.

неке важне концепцијске идеје које превазилазе историјску вредност појединог решења.

У литератури је понуђена маса аргумената за и против кривичне одговорности правног лица. Њихова окосница је у заузимању става према антропоморфистички постављеном опредељењу да правно лице у суштини не може бити кривично одговорно у индивидуализованом кривичноправном систему.
У крајњој линији, увек се полази од система и атрибута индивидуалне кривичне одговорности (човека) и проверава (непосредна) примењивост тог система на правно лице. Отуда, присталице идеје да је то неприхватљиво износе аргументе о немогућности правног лица да вољно учини радњу кривичног дела (што, наводи се, произлази из природе ствари), па према томе и да према њему буде изречена примерена, индивидуализована казна. Следећи аргумент је био недостатак воље, односно способност за психичке односе. [408] Најзанимљивији аргумент ове врсте се односи на деперсонализацију казне; у случају правног лица казна погађа све (чланове, чак и раднике), а не оне који су дело учинили. На тај начин кажњавање невиног, „укалкулисано“ и у случају физичког лица, прераста из изузетка или грешке у суштину, у правило.

Такође се наводио и аргумент да се правном лицу не може упутити друштвено-етички прекор. [409]

Најбрже је напуштен аргумент који помиње непостојање адекватне казне, пошто део постојећих (новчана, конфискација имовине) може бити примењена и на правна лица, као што се и распуштање (укидање, ликвидација) правног лица да уподобити смртној казни. Истиче се и да тешкоће у креирању нових казни заиста не може бити опредељујући за став о начелној некажњивости.[410]

Суштина теоријског уобличења и оправдања супротног става, да правно лице може бити кривично одговорно је у проналажењу аргумената који треба да објасне превазилажење проблема утврђивања воље правног лица. Једно од решења, којим би се, како се сматра, само незнатно повредио принцип личне одговорности као услов да се изрекне кривична казна је конструкција (или фикција) по којој је, с обзиром на чињеницу да је правно лице неспособно да обави психичке акције којима се уобличава деликтна воља, његову одговорност ипак могуће

[408] Живановић, Т., ibid, додаје као аргумент бесциљност казнене репресије јер се не може остварити поправљање учиниоца.

конституисати применом одредби о саучесништву; правно лице би се тако могло третирати као подстрекач конкретног деликта.[411]
По немачкој доктрини проблем који овом приликом треба превазићи је у чињеници да би прихватање кривичне одговорности правног лица у суштини значило прелазак на објективну одговорност, а како је одговорност без кривице немогућа у кривичном праву, компромис је пронађен у формули неидентификације, која подразумева да дело мора бити учињено и скривљено од неког члана правног лица, али и да он не мора бити идентификован.[412] Отуда начелна могућност да за деликт одговора правно лице.

Енглеско (*common law)* кривично право још од средине 19. века предвиђа кривичну одговорност правних лица примарно за тзв. r*egulatory offences* односно кривична дела којима држава регулише одређену врсту трговине или друге активности од јавног интереса[413], али и за конвенционални криминалитет. Основна разлика је у томе што се у случају регулаторних кривичних дела тражи објективна одговорност – *strict liability,* а код конвенционалних се предвиђа класична одговорност, односно кривица или *ментал element.* У случају објективне одговорности не поставља се питање кривице, већ је довољно да је почињена радња која је законом забрањена, и да ју је починило правно лице на коју се забрана односи. Кривична одговорност правних лица утемељена на кривици утврђује се помоћу теорије идентификације, према којој се особе на високим положајима идентификују са правним лицем на начин да њихове радње, учињене са захтеваним обликом кривице за правно лице правно сматрају радњама самог правног лица.

---

[409] Cofee, M., 79 Michigan Law review, 1981/79, стр. 386.

[410] Bouzat,P., Pinatel, J., Traite de droit penal, et de criminologie, tome I, Paris, 1970, стр. 311,312

[411] Prema Merle, R, Vitu, A., Traite de droit criminal, tome I, 4ed.Paris, 1981, str.732

[412] Vid. Delmas-Marty,M., op. cit., стр.45

[413] Regulatory offences или public welfare offences су кривична дела која се не односе на обичног грађанина, већ на она лица која су одлучила да учествују у одређеној привредној делатности, и представљају део система норми којима се уређује пословање у трговини, индустрији, пољопривреди, јавном саобраћају, продаји алкохолних пића итд. Prema Spenser, V., John, R., La responsabilité pénale dans l'enterprise en Angleterre, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br.2/1997., стр. 289-294.

Први случај утврђивања кривичне одговорности правних лица у континенталним европским државама се везује за правно решење у Холандији, која ју је увела за поједине деликте још 1950. године а 1976. за све деликте. Одредба члана 51. става 1. холандског Кривичног закона гласи: „Постоје две категорије извршилаца кривичних дела; физичка лица и правна лица.“ Кривична одговорност правних лица предвиђена је за сва кривична дела, и заснива се на кривичној одговорности одговорних лица вишег, али и нижег ранга.

У Француској, је у чл. 121–2 новог Кривичног законика из 1994. године уведена кривична одговорност правних лица за кривична дела која су предвиђена законом. Модел директне одговорности правног лица је добро прихваћен у француској судској пракси, иако је пре доношења законика Касациони суд био одлучан у ставу да се правно лице не може подврћи кривичноправној одговорности, ни новчаној (кривичној) казни.[414] Француски Кривични законик се изричито не изјашњава о моделу кривичне одговорности правних лица, но Касациони суд је одлучио да користи посебни модел одговорности као у случају умишљајних кривичних дела.

У Финској је кривична одговорност правних лица ограничена на кривична дела изричито одређена у Кривичном закону, представљајући комбинацију изведене одговорности и аутономне одговорности правног лица у смислу „организацијске кривице“. [415]

У Словенији је Законом о одговорности правних лица за кривична дела[416] утврђено да правно лице одговара за кривично дело које је учинилац извршио у име, за рачун или корист правног лица, уколико извршено кривично дело представља реализацију противправног прописа, наредбе или одобрења његових руководећих или надзорних органа; или су руководећи или надзорни органи утицали на извршиоца или му омогућили да изврши кривично дело; уколико правно лице располаже

---

[414] Cartier, M.E., Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol.12, br.2/2005, str. 279. (Prevod : Ivičević Karas, E.).

[415] Ђурђевић, З., Казнена одговорност и казнени поступак према правним особама у Републици Хрватској, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб,vol. 10, 2/2003, стр. 737 (фуснота 70).

[416] ’’Uradni list Republike Slovenije’’, br. 59/99, 12/00, 50/04.

противправно добијеном имовинском коришћу или користи предмете проистекле из кривичног дела; и уколико су руководећи или надзорни органи правног лица прекинули обавезан надзор над законитошћу поступања њима подређених радника.[417]

У Србији је посебним Законом о одговорности правних лица за кривична дела[418], предвиђена одговорност правних лица за кривична дела из посебног дела Кривичног законика; У чл. 6 Закона предвиђено је да правно лице одговара за кривично дело које у оквиру својих послова односно овлашћења учини одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист;одговорност правног лица постоји и ако је због непстојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица. То значи, а и сам закон то потврђује чланом 7 да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица.

Европске државе које не познају кривичну одговорност правних лица, могу се с обзиром на став својих права и теорије према том питању поделити на три групе.

У првој групи су државе чије кривично право не само да не познаје кривичну одговорност правних лица, већ би усвајање те одговорности било противно њиховим уставним одредбама. Ту припадају Грчка и Италија у којима уставну препреку за увођење кривичне одговорности правних лица представљају одредбе према којима је казна прописана кривичним правом (кривична казна) предвиђена искључиво за физичка лица сходно начелу кривице. Како истиче Милителло[419] прогрес у прихватању могућности колективне одговорности је везан за правне акте којима се одговара на изазове Мафије, што посредно утиче на развој идеје о кажњавању економских деликата.

У другој групи налазе се државе у којима увођење кривичне одговорности правних лица не би изазвало проблеме на уставном, већ на нивоу кривичног закона.

Тако, на пример, у Немачкој и Аустрији кривичноправна одговорност правних лица није супротна уставним начелима јер она не обухватају начело кривице, али јесте противна

---

[417] Jakulin, V., Odgovornost pravnih lica za krivična dela u Sloveniji, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2/2007., str. 19,20.

[418] Службени гласник Републике Србије бр. 97/2008.

[419] Militello, V., op. cit. стр.182.

кривичноправним начелима. Кривичноправна наука те две државе у највећем делу се оштро противи увођењу кривичне одговорности правних лица, и сматра је некомпатибилном кривичноправној догматици и класицистичком начелу кривице утемељеном на слободној вољи појединца и социјално-етичком негативном вредновању, прекору. Ипак, у обе државе све су присутнији заговорници увођења правних лица у кривично право[420]. У Немачкој се већ дуго правна лица кажњавају за кривична дела, али не у оквиру кривичног, већ прекршајног права.

То лажно етикетирање или замену квалификације и казне за кривично дело прекршајном, управно-кривичном или квазикривичном, а не кривичном санкцијом са сврхом поштовања апстрактних догматских начела у теорији се назива и „терминолошки смоквин лист“[421].

У трећу групу се могу сврстати државе које такође не познају ову врсту одговорности, али се сматра да њено увођење не би изазвало инкомпатибилност с позитивним правним начелима или институтима. Међутим, док луксембуршко право, например, уопште не познаје одговорност правних лица ни у једном облику, Шпанија је Кривичним законом из 1995. год. прописала санкције за правна лица које су уврштене у споредне последице, чија је правна природа спорна.

Паралелна идеја постоји и у англосаксонској доктрини, по којој се кривична одговорност правног лица заснива делегирањем кривице физичких лица (*vicarious liability)* на правно. Настала у XIX веку, у борби против злоупотреба великих друштава, показала се као недовољно делотворна, па се почело говорити и о личној одговорности правних лица (*personal liability)*, тако што ће се скривљена дела једног физичког лица приписати правном лицу као његова дела. Ова теорија, познатија под називом теорија идентификације је прихваћена у савременом америчком праву[422].

---

[420] Dnnecker, G., La responsabilité pénale dans l’enterprise –Vers un espace judiciaire européen unifié ? Les propositions "Espace judiciaire éurpéen confrontes – la situation en Allemagne, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br.2/1997., str.275-287.

[421] Dnnecker, G., ibid.

[422] Prihvata je američki Model penal code, American law institute, official draft, 1962, str. 207.

Француски коментатори[423], упоређујући ово решење са решењем новог Кривичног законика сматрају да су ту ради о персоналној одговорности асоцијације (правног лица, удружења), директно заснованој на њеној кривици. Овакво решење, како се даље тврди, има основа у реалном постојању колективне воље код правног лица; овакву колективну вољу потврђују истраживања социјалне психологије.

Теоријске дилеме, па и чињеницу да је теоријска аргументација у сукобу са правном реалношћу, односно потребама кривичноправне заштите показује и развој мишљења у француском праву који је претходио коначном (законском) усвајању става о могућој кривичној одговорности правног лица.

Доктрина се најпре ослонила на грађанскоправна схватања самог појма правног лица. Насупрот теорији фикције по којој је правно лице по природи ствари правом креирани субјект, без сопствене воље, тзв. теорија реалности сматра да је могуће говорити о колективној вољи правног лица и да таква, колективно формирана воља, може чинити грешке. Правно лице, уосталом, своју (колективну) вољу испољава у радном и комерцијалном праву, па по чл. 1382 Грађанског законика Француске може бити грађанскоправно одговорно за деликте[424]. Но, упркос грађанскоправној теорији о реалности правних лица истакнути француски теоретичари радије прихватају већ описано схватање о правном лицу као саучеснику (подстрекачу) кривичног дела и његову одговорност по том основу. Следећи „корак“ ка конституисању кривичноправне одговорности правних лица је тзв. квазипенална одговорност, конституисана посебним законодавством, на пример фискалним.

Преднацрт за нови француски *Code penal* увео је, истина рестриктивно, кривичну одговорност правног лица.

Саме одредбе покрећу три интересантна питања.

Прво се односи на начелно опредељење, ко може бити одговоран. У односу на општу кривичну одговорност физичких лица, одговор је истовремено и шири и ужи[425]. Шири, јер се одговорност може приписати и правном лицу у настајању, па ће се кривичноправном реакцијом спречити настанак одређеног правног лица.

---

[423] Vid. Delmas-Marty M., op. cit., str. 45-46.

[424] Merle,R., Vitu, A., op.cit str. 731.

[425] Вид. Delmas - Marty, M., op. cit., стр. 43-47

Ужи, јер су од одговорности изузете поједине врсте правних лица, удружења, као што су на пример синдикати. Овај „имунитет“ објашњава се опасношћу да би у противном била угрожена нека међународним стандардима и уставима загарантована права, као што је на пример право на слободу удруживања.

Друго питање је *када се,* или под којом претпоставком кривична одговорност правног лица може засновати. Одговор се тражи у теорији интереса, уз све потешкоће у разликовању личног интереса у оквирима колективитета и колективног интереса.

Најзад, као треће, овај пројект предвиђа и арсенал казни за кривично одговорна правна лица: трајно или привремено затварање (забрана рада) правног лица у целини или његовог дела, забрана одређеног облика професионалног деловања у трајању од 1 до 5 година, делимична конфискација имовине, забрана емитовања чекова, стављање под судско старатељство, јавно објављивање пресуде, итд. У односу на предвиђене казне, у дискусији око пројекта, нарочито је постављано питање заштите интереса трећих лица (повериоца или сауговорника правног лица).

Успостављање кривичне одговорности правног лица у новом Законику отворило је, наиме, и у француској доктрини многе старе и нове дилеме. И више од тога, означена као суштинска новина законске реформе[426], а настала као резултат дугогодишњег формирања законског текста, овако формулисана кривична одговорност правног лица изазвала је одређене недоумице.

Разлог томе је лако препознати ако се упореди (описани) текст чл. 37–39 Преднацрта из 1980. године са усвојеним решењем[427]. Наиме, по формулацији из Преднацрта одговорност је ограничена на привредне асоцијације (*groupement*) чија активност је комерцијалне, индустријске или финансијске природе (чл. 37). Даље, без утицања на вођење поступка против физичког лица, свака таква асоцијација је одговорна за деликт који је учињен на основу воље (одлуке) њених органа, донете у њено име и у колективном интересу. Уколико деликт није учињен у колективном интересу, за дело су одговорни чланови асоцијације, физичка лица или подгрупе чијом вољом и у чијем интересу је дело учињено (чл.38). Преднацрт

---

[426] Nouveau code pénal, Mode d'emploi, red. J.C. Zylberstein, Paris, 1993. стр.27.

[427] Desportes. F., Le Gunehec, F., Présentation des dispositions du nouveau Code pénal, "La semaine juridique", Juris-classeur périodique, Droit pénal, Janvier 1993, Paris, стр. 7

не дозвољава да се одговорност правног лица заснује и радњом запосленог, подразумевајући и „више“ службенике, што је различито у односу на англосаксонско право (у америчком праву на пример, и нехатно дело учињено службеном радњом запосленог заснива одговорност правног лица, чак и у одсуству профита, односно користи за њега, а умишљајно ако је учињено од стране „средњег“ нивоа службеника) .[428]
Анализирани законски текст предвиђа одговорност правног лица као кумулативну, специјалну и условљену[429].

2. Модели кривичне одговорности правних лица у савременом европском кривичном законодавству

Европски кривични системи, да поновимо, још увек су подељени по питању кривичноправне одговорности правних лица.
Међутим, стара подела на англоамеричке кривичноправне системе који традиционално познају кривичну одговорност правних лица и континенталне правне системе који је по правилу не познају је избрисана.

У новије време се уочава тенденција раста броја европских континенталних држава које уводе ту врсту одговорности у своје кривично право.

Разлог томе су несумњиво обавезе о увођењу кривичне одговорности правних лица, које за европске државе произилазе из међународноправних и европских правних докумената.
Основно питање кажњавања правних лица за кривична дела је како конципирати њихову кривичну одговорност.

У кривичноправној теорији, како је скицирано, развили су се бројни модели кривичне одговорности правних лица.

Анализом теоријских и законодавних модела може се закључити да постоје три основна: аутономна или изведена, субјективна или објективна, супсидијарна или кумулативна одговорност. Комбинацијом наведених обележја долазимо до свих постојећих теоретских и законодавних модела кривичне

[428] Marty-Delmas, M., op. cit., стр. 49.

[429] Вид. шире Симовић-Хибер, И., Систем расправа о идеји владавине права основама кривичног закона појму злочиначке групе и интернационализацији кривичног права, IKSI, Београд, 2007, стр. 98 и даље.

одговорности правних лица.[430] Томе треба додати и специфичност модела привредних преступа у нашем праву. У теоријском образложењу оваквог система долази се до става да су привредни преступи посебна врста деликата која се разликује, с једне стране од прекршаја, с друге од кривичних дела[431], да су „средња категорија кажњивих деликата у нашем казненом систему“.[432] Постоји њихова сличност са кривичним делима; доказ за то је што Закон о привредним преступима предвиђа сходну примену одредаба материјалног кривичног права које се односе на крајњу нужду, урачунљивост, умишљај и нехат, одговорност за тежу последицу, стварну и правну заблуду, покушај, одредбе о саучесништву и начину, времену и месту извршења кривичног дела. Али, како се наводи у литератури[433], ради се о сходној примени установа материјалног права, и ова ће правила већим делом важити за одговорна лица чији се „субјективитет не доводи уопште у питање нити се битно мења и у овом случају“[434].

Тиме се долази до разлике између кривичних дела и привредних преступа. Највећа је у томе што кривично дело може извршити само човек, а привредни преступ и правно лице (тако се у аргументацији последица појављује као узрок, а појава (разлика) објашњава сама собом). Друга разлика је у томе што се привредни преступ може

---

[430] Вид. шире Симовић Хибер, И., (2010) *Покушаји стандардизовања кривичноправне одговорности правног лица у савременој теорији,* у:Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе књига В, стр. 141-167 Правни факултет Крагујевац

[431]Интересантно је истаћи да је у страној литератури решење у нашем систему виђено као пример пеналне одговорности. V. Delmas -Marty, M., "La responsabilité pénal des groupement", Revue internationale de droit pénal, 1980/1-2, стр 41.

[432] Pihler, S., "Osnovi prava o privrednim prestupima" (u: Grubač,M., Perić, O., Pihler, S.,) Privredna štampa,Beograd, 1982, str. 20,21, који из чињенице да Закон о привредним преступима инаугурише сходно примењивање наведених института кривичног права (што је номотехнички једино решење), изводе закључак о посредној примени одредаба кривичног закона. На први поглед је то несумњиво тачно, али се притом не сме изгубити из вида значење и консеквенце које такво преузимање има (све до "изведености" категорије привредних преступа; ипак,нема јасног одговора ко од кога преузима норме).

[433] Перић, О., Разматрање о појму и месту привредних преступа у нашем правном систему, у "Привредни преступи у законодавству и пракси", Београд, 1981. , стр. 39

[434] Перић, О., op. cit., стр. 41

остварити пропуштањем дужног надзора, а то не може бити радња кривичног дела[435]. И следећа разлика је само формална: састоји се у томе што привредни преступ мора произвести тежу последицу. Међутим, кривична дела се разликују по последицама, а код истог кривичног дела (исте радње извршења), кажњавање може бити различито с обзиром на последицу. Но,установљавање разлике на нагласку да се ради само о тежој последици, може имати, пратећи формално закључивање још једну консеквенцу: дало би се закључити да кривично право санкционише било какву последицу, независно од њене тежине.

3. Одговорност правног лица у савременом европском праву

У савременој Европи постоји плурализам правних поредака (који се сада признаје), и то на три нивоа – међународном, наднационалном и националном. Да се подсетимо. Међународни правни поредак чине уговори. Европски правни поредак има претензију наднационалног поретка. Европске државе имају своје аутономне правне поретке и законодавни суверенитет. На свим наведеним нивоима настали су документи у којима се захтева или предлаже успостављање кривичне одговорности правних лица. Правни акти међународних и европских организација које регулишу ово питање трансформисале су уређење кажњивости правних лица из унутрашњег криминалнополитичког питања појединих држава у спољно криминалнополитичко питање испуњења међународноправних обавеза. У оквиру Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) донета је Конвенција о забрани подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама из 1997. године, којом се државе обавезују да предвиде одговорност предузећа за подмићивање страних јавних службеника у међународном пословном промету (активна корупција). Конвенција захтева прописивање кривичних санкција за све учиниоце давања мита (чл.3. ст.2.), али ако држава не познаје кривичну одговорност правних лица, не мора је уводити,

[435] Перић, О., op. cit., стр. 42. Поред осталог, овом аргументу би се могло приговорити да је у нашем позитивном кривичном праву, код неких дела, по изричитом тексту закона, радња извршења пропуштање дужности надзора, например несавестан рад у служби.

већ је обавезна увести „ефикасне, примерене и ''застрашујуће'' некривичне санкције укључујући и новчане казне“ (чл.3. ст.2.). Конвенција Уједињених нација о транснационалном организованом криминалу захтева прописивање одговорности правних лица за кривична дела организованог криминала, корупције, прања новца и ометања правосуђа, али избор санкција кривичноправних, цивилноправних или управноправних препушта државама (чл.10. ст.2.). У оквиру Савета Европе још седамдесетих година прошлог века започела је расправа о одговорности правних лица за кажњиве радње. До данас је донето неколико препорука у којима се предлаже њено увођење у кривичноправне поретке европских држава.
Свакако је најзначајнија Препорука из 1988. године која се односи на одговорност предузећа за кривична дела, и препоручује увођење одговорности предузећа за кривична дела и ван постојећих облика грађанскоправне одговорности.

У последње време донето је неколико „кривичноправних конвенција“ које предвиђају одговорност правних лица за кривична дела у оквиру свог подручја деловања.[436]

Оне обавезују државе да створе претпоставке за одговорност правних лица за кривична дела која предвиђају а која су извршила одговорна лица у њихово име или за њихов рачун.
Конвенцијом за заштиту финансијских интереса Европских заједница регулисане су обавезе држава чланица у односу на кривично дело преваре на штету финансијских средстава Заједнице.

Међутим, државе чланице сматрале су да ово није довољно, јер постоје и други облици криминала као што је корупција, прање новца, и криминалитет правних лица којима се такође угрожавају финансијски интереси Заједнице, а државе чланице их не инкриминишу интерним кривичним правом на задовољавајући начин. Стога је убрзо након усвајања Конвенције 1996. године донет њен Први протокол о корупцији међу националним и европским службеницима, а 1997. године и Други протокол о кривичној одговорности правних лица и прању новца.

Правна лица су корисници финансијских фондова Уније, па се најчешће управо у њихово име и њихов рачун преварно

[436] То су Конвенција о заштити околине кроз кривично право (1988. година, чл.9.), Кривичноправна конвенција о корупцији (1999. година, чл.18.), и Конвенција о кибернетичком криминалу (2001. година, чл.12.).

присвајају финансијска средства Уније. Стога, Протокол захтева да државе чланице утврде одговорност правних лица када је реч о кривичним делима преваре, активне корупције и прања новца на штету финансијских интереса Заједнице. Кривична одговорност правних лица у случајевима пасивне корупције је искључена јер то дело чини службеник државе чланице или Заједнице, којима се као правним лицима јавне власти не може приписати кривична одговорност. То произлази из појма „правног лица“ који се у Протоколу дефинише као сваки ентитет који има такав статус према националном праву које се на њега примењује, осим државе и других тела која имају државна овлашћења, укључујући и јавне међународне организације.

У члану 3. Протокола државе чланице се обавезују да утврде одговорност правних лица за ове „наднационалне“ деликте учињене у њихову корист од стране било ког лица која делује индивидуално или као орган правног лица, а које има руководећи положај у правном лицу, односно може да представља правно лице, има овлашћење за доношење одлука у име правног лица и овлашћења извршавања контроле унутар правног лица.

Држава чланица је дужна прописати одговорност правног лица не само као учиниоца наведених дела већ и као помагача и подстрекача, као и за покушај ЕЗ преваре (чл.3. ст.1.).

Одговорност правног лица постоји и у случајевима када је недостатак надзора или контроле особе на руководећем положају омогућио чињење кривичних дела против финансијских средстава Заједнице, а од стране њој подређене особе.

Одговорност правног лица не искључује кривично гоњење физичких лица која су учествовала у чињењу дела (чл.3. ст.2.).

У члану 4. Протокола наводе се врсте санкција које се могу изрећи правним лицима. То су кривичне и некривичне новчане казне, искључење могућности добијања помоћи, привремена или стална дисквалификација за учешће у трговачким активностима, одређивање судског надзора и судски налог за укидање.

Да ли је ово отворени пут за утврђивање нове правне природе одговорности правних лица?

У доктрини је спорно питање да ли Други протокол обавезује државе чланице на увођење кривичноправне одговорности правних лица, или само на увођење одговорности правних лица за кривична дела која не мора бити кривичноправна, већ може бити управноправна или цивилноправна.

Говорећи о одговорности правних лица Протокол се не користи појмом „кривична одговорност“, већ само „одговорност“ правних лица (чл. 3.), а исто се тако у односу на врсте санкција које се могу изрећи правним лицима наводи алтернативно кривичне и некривичне новчане казне.

Зато постоје тумачења да Протокол не обавезује изричито на нормирање кривичне одговорности правних лица, нити на кажњавање правних лица кривичним санкцијама.

Међутим, постоје и европски теоретичари који истичу да Протокол обавезује државе чланице на увођење управо кривичноправне одговорности правних лица за наведена кривична дела и кажњавање кривичним санкцијама. Такав је став заузела и Европска комисија у нацрту Другог протокола.

3.1. Corpus Juris

За разлику од претходно анализираних прописа који представљају правне изворе Европске уније, *Corpus Juris* је студија или нацрт европског кривичног закона за заштиту финансијских интереса Европске уније. Осим израде кривичноправних прописа за заштиту интереса Европске уније, циљ пројекта било је и утврђивање могућности за имплементацију кривичноматеријалних и кривичнопроцесних одредаба *Corpus Juris*-а у кривичноправне поретке држава чланица и држава кандидата.

Corpus Juris уз индивидуалну кривичну одговорност (чл. 11.), кривичну одговорност управе предузећа, других овлашћених лица и јавних службеника (чл. 12.) предвиђа и кривичну одговорност правних лица.

Према члану 13. став1. кривична дела против финансијских интереса Европске уније „могу учинити и правна лица, као и друга удружења која према закону могу располагати властитом имовином, ако је кривично дело за рачун правног лица учинио њен орган, представник или друго лице које делује у њено име или има овлашћење, на основу права или стварних околности, да доноси одлуке“. Ставом 2. истог члана предвиђена је могућност кумулативне кривичне одговорности правних и физичких лица као учиниоца, подстрекача или помагача у истим радњама.

Кривичну одговорност имају правна лица, али и сва друга удружења која имају своју имовину, без обзира на то да ли им је право признало правну личност или не. Ограничење кривичне одговорности само на правна лица у ужем смислу не би одговарало

данашњим пословним односима, као ни модерним решењима у националним и европском правном поретку.

Кривична одговорност правног лица се заснива на моделу изведене или посредне одговорности правних лица. За одговорност правног лица потребно је да постоји кривично дело које је учињено у корист правног лица од стране одговорног лица које делује у њено име или има право одлучивања.

3.2. Зелена књига о кривичноправној заштити финансијских интереса Заједнице

Својеврстан наставак *Corpus Juris*-а је Зелена књига о кривичноправној заштити финансијских интереса Заједнице коју је Европска комисија представила 2001. године[437].

Даљи битан корак у реализацији предлога из Зелене књиге је установљавање ''кривичноправне'' надлежности Европске заједнице.

Зелена књига предвиђа хармонизацију кривичноматеријалних прописа држава чланица Уније о кривичној одговорности правних лица[438]. Правна лица би требало да буду одговорна за чињење, саучествовање или покушај преваре, активне и пасивне корупције и прања новца, које у њихово име учини лице које има право одлучивања.

Осим тога, одговорност правног лица треба да постоји и када недостаци у надзору или управљању одговорног лица омогуће да њему подређено лице учини кривично дело у име правног лица.

Дакле, у Зеленој књизи се јасније и екстензивније него у *Corpus Juris*-у, нормира кривична одговорност правног лица, јер је заснована не само на кривичном делу лица на руководећем положају, већ и на његовом пропусту у надзору или управљању, ако је последица тог пропуста кривично дело њему подређеног лица.

„Казненоправна одговорност правних особа, будући да се употребљава праведно и са јасноћом, данас је нужно средство у немилосрдној борби коју модерне државе морају водити против делинквенције. С развитком организираног криминала, тероризма

[437] Објављивање Зелене књиге је начин на који Европска комисија започиње процес консултација о некој будућој законодавној иницијативи.

[438] поглавље 5.4., Одговорност правних лица.

и тешких казнених дјела повезаних с глобализацијом, казненоправни одговор мора бити примјерен и добро циљан."[439]

Наиме, све оно што смо приказали као савремену историју проблематике правног лица, а која се у највећој мери исцрпљивала у оправдавању нужности и основа кажњивости, у савременом европском правном простору бива превазиђена на начин који је веома сличан, или се чак може рећи заједнички ономе што се у литератури схвата као „проширена" (*broadened*) одговорност.

Може се препознати нека врста „изједначавања" радње у смислу извршења и саучесништва, покушаја и пропуста у надзору или управљању. То свакако значи проширење одговорности, и свакако мора имати скривени повратни утицај на традиционално тумачење појма саучесништва и фиксирања кажњиве зоне.

Важно је поновити да, независно од доктринарне стидљивости, установљавање основа сопствене одговорности правног лица дозвољава бар закључак да је она лимитирано акцесорна.

Правно лице одговара за свој допринос кривичном делу, што значи да за његову одговорност није нужна кривична одговорност физичког лица као учиниоца. Довољно је већ то да је својим поступањем објективно остварио обележја кривичног дела, чијем извршењу је поступањем својих органа допринело и правно лице.[440]

Може се закључити да овај велики изузетак иде у прилог хипотези која се покушава доказати, да је наиме савремено кривично право веома близу прихватања одговорности групе.

4. Закључак

Може се закључити да у теоријским објашњењима позиције кажњавања правног лица постоји више модела. Преовлађујући законски модели су савременије признавање аутономности колективне одговорности или као изузетак, проширење антропоморфизма. Према Милителу[441] теоријски модели се могу класификовати као дедуктивно-идеалистички и индуктивно - емпиријски и дијалектичко - критички.

---

[439] Cartier, M.E., Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol.12, br.2/2005, str. 293. (Prevod: Ivičević Karas, E.).

[440] Јакулин, В., Одговорност правних лица за кривична дела у Словенији, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2007., стр. 20.

[441] Militello, V., op cit стр. 183-185.

Дедуктивно-идеалистички у суштини припада класичном или либералном моделу кривичног права који не дозвољава одговорност колективитета већ само индивидуалну. Овај модел уз велике тешкоће ’’шири’’ своје норме да би укључио могућност кажњавања правних лица.То даље значи да у теоријском смислу заступници овог става и даље инсистирају на аргуменнтима типа немогућности поправљења, ресоцијализације правног лица, остваривања идеје о хуманом карактеру казне и слично.

Индуктивно – емпиријски модел је у суштини реалистички, који признаје опасност економског криминала, те полази од става да је нужно користити адекватан одговор на тај феномен.

Дијалектичко - критички модел у суштини покушава да помири претходна два инсистирајући на балансу криминално-политичког и догматског става, тражећи основе легитимитета кривично правне интервенције у случају тешког, организованог криминла правног лица.

Идеја коришћења економских норми као социјално етичког основа за прекор такође даје нови основ разматрању легитимизације у смеру претходних излагања. Једна од важнијих сегмената ове идеје је препознавање групног духа или криминалног става правног лица, односно да ’’култура корпорације’’ у којој дух, став или атмосфера која влада у правном лицу подржава или подстиче криминалитет.

Контрола економије путем система кривичног права (Criminal justice) је такође занимљив приступ. Интеракција правног и економског система је нови угао посматрања проблема, али је до данас ретко коришћен у правној теорији.

Јасно је међутим, да систем контроле кривичнправног система заснованог на индивидуалној одговорности не може функционисати на исти начин као у случају колективног криминалитета, и то треба уважити, али и размишљати о модалитетима нових решења социјалне и правне контроле.

Политичка неизвесност утиче на стабилност инвестиција. То је закључак који није нов, већ само логичан. Европски пројекат промовисања мира и тешње политичке уније кроз еконмске интеграције је у великој кризи. Додајмо томе и слабост европске економије, која је први кандидат за ''секуларну стагнацију''- непрекидну кризу ниског интензитета уз демографске проблеме који одвраћају инвестиције.[442] Дали правна извесност утиче на

[442] Krugman, P., Jutro posle, The New York Times, 24.06, 2016 преузето са – Peščanik-http// pescanik.net- (pristup 26/06/2016)

стабилност инвестиција? Дали се од права очекује заштита или неутралност у односу на (пара)криминално деловање? Владавина права је тако најчешће објашњење привлачности за глобалне инвестиције, док се занемарује дерегулација као главни покретач суштински незаконитих финансијскиј трансакција.

THE CONCEPT OF LEGAL PERSON`S CRIMINAL LIABILITY AND CONCEPT OF CORPORATISATION OF LAW (IN THE CONTEXT OF LEGAL SECURITY OF FOREIGN INVESTMENTS)

Abstract. *The text deals with the analysis of foundation of the standardisation of global (criminal) justice system from the perspective of inclusion of a collectivity's liability for criminal actions. It should be interesting to note that, while problems of ecological incidents or business crimes, for example, do not cause any dilemma among the public and in the media, the law is basically resisting reality, seeking excuses in deductive idealism. Realistic cognizance of dangers and scopes of organised crime affected acceptance of the fact that criminological phenomenon must be transformed into legal norms, in order to be able to provide adequate measures against such occurrence. The acceptance of this idea as necessity includes treating legal person's liability in a legally unequivocal way.*

The need for culpability of legal persons, which, in itself, at least at first glance, is contrary to individualization, was identified as soon as early Twentieth Century (recommendation of the Bucharest International Criminal Law Congress from 1928 was to incorporate legal person's liability into internal criminal justice systems).

The starting point is that a normative image of the reaction to punishment of a legal person as collectivity is a result of unadjusted theoretical stance on the legal nature of this kind of liability. The text describes basic models in comparative law as well as attempts at more adequate reactions within the EU (the European Union's Green Paper on Criminal Law Protection of Financial Interests and Corpus Juris), without any pretence of recommending de lege ferenda solutions. Typical solutions chosen for the representation of legal models are: autonomous or derivative, subjective or objective, and subsidiary or cumulative liability.

The literature also uses the term corporate crime. We want to emphasise that there is an accepted view today that paracriminal behaviour is inherent to legal person's (business company's)

competitiveness. People nowadays normally use an extremely euphemistic expression "occasional or occasionally applied organised crime", which indicates occasional (situational) but joint and planned conspiring of legal persons to perform criminal activity – bluntly put, organised scams in collusion with organised corruption.

The text concludes that theoretical models which offer general framework for legal person's criminal justice position can be boiled down to these classifications: deductively-idealistic (sole liability lies with natural person), inductive-empirical, and dialectic-critical approach to the problem. The corporate law's basic idea, on the other hand, as an autonomous and self-regulating concept, is contrary to the basic idea of necessity for criminal justice regulation of legal person's liability.

Also, as food for thought, we propose the idea of using economic norms as socio-ethical basis for reprehension in punishment of legal persons and new interaction between the legal and economic system as new angle of approach to the problem (controlling the economy via criminal justice system). Finally, we should also mention political stability as separate factor, an (un)certainty which affects the stability of economy and stability of investments.

Keywords: *problem of personalising crime, models for legal person's direct liability and economic offences, model for legal person's objective, subjective, and objective-subjective criminal liability, the European Union's Green Paper on Criminal Law Protection of Financial Interests, Corpus Juris, corporate crime, safety of investments*

Др Емир ЋОРОВИЋ, доцент
Државни универзитет у Новом Пазару
Др Вељко ТУРАЊАНИН, асистент
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА КОНЦЕПТ КАЗНЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА У ПРАВУ СРБИЈЕ

Апстракт. *Правна лица представљају најзначајније субјекте привредног пословања. Отуда њихова одговорност за противправна понашања мора бити детаљно уређена. У Републици Србији правна лица могу бити субјекти три врсте казнених дела: кривичних дела, привредних преступа и прекршаја. Кривична одговорност правних лица је у наш правни систем уведена релативно скоро, доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела 2008. године, с тим да је задржана привреднопреступна одговорност према Закону о привредним преступима из 1977. године, што је концепцијски веома упитно, јер је потоња врста јавних деликата била постављена као сурогат кривичној одговорности правних лица у некадашњој Југославији. Прекршајна одговорност правних лица регулисана је Законом о прекршајима из 2013. године.*

Одговорност правних лица за привредне преступе и прекршаје у казненом праву Србије је постављена објективно, док се њихова одговорност за кривична дела настоји субјективизирати, с обзиром да се ослања на скривљено понашање одређених физичких лица, мада ни тај концепт није доследно спроведен. У том смислу може се поставити питање зашто је српски законодавац различито поступио приликом регулисања појединих видова одговорности правних лица за сличне јавне деликте? Поред тога наведени концепти морају бити преиспитани са становишта одредбе члана 34 Устава Републике Србије. Аутори ће у раду покушати да појасне да наведена уставна одредба поставља захтев да се и казнена одговорност правних лица уреди на субјективним основама, што пак, може бити веома проблематично имајући у виду особеност правних лица као субјеката права.

Аутори ће у раду да скрену пажњу и на могућност закључења како споразума о признању кривичног дела, која није предвиђена Законом о одговорности правних лица за кривична дела, тако и

споразума о признању прекршаја. У том правцу ће се указати на она спорна питања која би требало уредити у важећој легислативи, с циљем адекватне примене овог процесног института и на правна лица.

Кључне речи: *казнена дела, правна лица, објективна одговорност, субјкетивна одговорност.*

1. Уводна разматрања

У теорији казненог права одговорности правних лица се посвећује посебна пажња. Дуго времена је као неприкосновено владало правило *societas delinquere non potest*, тако да се њихова одговорност кретала у оквиру цивилног права. Таква ситуација, међутим, не одговара правом стању ствари, јер правна лица врше и деликте јавног права (*delictum publicum*), што је захтевало да се постави и одређени вид казнене одговорности. У вези са потоњим, најпре се прибегавало прекршајној одговорности, што ће рећи да је на пољу кривичног права правило *societas delinquere non potest* неприкосновено владало до уназад пар деценија.[443] Увиђајући штетност деловања појединих правних лица, кривична законодавства бројних држава одступају од предметног правила, предвиђајући и кривичну одговорност правних лица. На установљавање датог облика одговорности велику улогу су одиграле међународне конвенције и други међународни акти.

Наведена ситуација је, свакако, пратила и право Републике Србије и бивше Југославије, с тим да је за правна лица био установљен и један посебан вид казнене одговорности – одговорност за привредне преступе. Тај вид одговорности је требало да представља суспститут за непостојећу кривичну одговорност. Међутим, код нас је, што је иначе већ било учињено у другим државама насталим на простору бивше Југославије, уведена и кривична одговорност правних лица, доношењем *Закона о одговорности правних лица за кривична дела* 2008. године (ЗОПЛКД).[444] Оно што сада разликује Србију од других југословенских држава јесте то што је код нас задржана привреднопреступна одговорност, док су је тим другим државама она уклоњена услед прописивања кривичне одговорности правних лица. Према томе, *у Србији правна лица могу бити субјекти три врсте казнене одговорности: прекршајне, привреднопреступне и кривичне*.

---

[443] О историјату кривичне одговорности правних лица видети: Горан Илић /2009/. Предговор. У: *Закон о одговорности правних лица за кривична дела*. Београд: Службени гласник, 7-12.

[444] Службени гласник Републике Србије, бр. 97/2008.

Ово „нагомилавање“ облика казнене одговорности правних лица може бити упитно са становишта концепата тржишне привреде и слободе тржишта, који, иначе, представљају постулате на које се, по слову Устава (члан 82.),[445] темељи економско уређење Србије, с обзиром да правна лица, како домаћа тако и страна, представљају најзначајније субјекте привредног пословања. Свакако је то питање на које, пре свега, економски експерти требају да дају одговор, али се већ на једном *идејном* плану може поставити питање *да ли је такав легислативни приступ добар* за државу која не стоји на чврстим економским основама, мада не треба сметнути са ума и да „економије у повоју“ морају бити адекватно заштићене да би се спречило њихово даље слабљење услед иних криминалних активности у овој сфери. Према томе, мора се наћи „златна средина“, односно мора се створити адекватан казненоправни оквир који, с једне стране, неће гушити развијање привредно-економских односа, али ће, с друге стране, тим односима пружати адекватну заштиту, санкционишући сва она понашања, укључујући и деловања правних лица, којима се нарушава „здрава привреда“.

У наредним редовима овог рада испитаће се постојећи концепти казнене одговорности правних лица у Републици Србији, а основ за приступ се налази у одредби члана 34. Устава који се односи на правну сигурност у казненом праву. Као што је питање *одговорности блиско везано за субјективитет правних лица*, сматрамо да је, у том правцу, потребно указати и *на могућност да правна лица*, која се налазе у својству окривљених, *закључе одговарајуће консесуалне процесне форме*, тј. споразуме о признању кривичног дела и прекршаја, с обзиром да се *сам чин признања кажњвог дела темељи*, у ствари, *на признању одговорности за то дело*. Тиме се опет активира питање њиховог субјективитета, али кроз форму: на који начин, или ко је овлашћен да у име правног лица призна кривично дело односно прекршај?

2. Уставни основ казнене одговорности

У члану 34. став 1. Устава Србије је прописано: „*Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена*“.

[445] Службени гласник Републике Србије, бр. 98/2006.

Цитирана одредба Устава се односи на целокупно казнено право, тј. на кривично, прекршајно и привредно преступно право. Ради се о прокламовању начела законитости у казненом праву (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). У том контексту се у наведој одредби оперише са *појмом кажњиво дело*. Оно што је посебно интересантно јесте то да употребљена формулација „нико се не може огласити кривим...“ алудира на *принцип субјективне одговорности*, односно *начело кривице* (*nulla poena sine culpa*).[446] Зато се може рећи да начело законитости инволвира у себи и начело кривице. Шта је, међутим, то што је посебно интересантно? Реч је о томе да је *кривица иманентна само човеку, не и правним лицима*. *Правно лице може бити одговорно*. Сама одговорност, пак, може бити *субјективна* (*на бази кривице*) или *објективна* (*на бази каузалитета*), што даље значи да се само субјективна одговорност може изједначити са кривицом. Зашто је онда законодавац у предметној формулацији употребио појам „нико“, јер се исти односи на сва лица, како на физичка тако и на правна лица. Одговор може, по нашем мишљењу, бити двојак: прво, да уставописац није водио рачуна о језичком значењу појма „крив“, што је, имајући у виду да је у питању *lex superior*, недопустиво; друго, да је уставописац желео да одговорност свих активних субјеката кажњивих дела учини *субјективном*, ако су у питању физичка лица, или да је *субјективизира*, када се ради о правним лицима. Субјективизирање одговорности правних лица значи да се она *нужно изводи из кривице одређених физичких лица*. У вези са изнетом дилемом шта је уставописац хтео са наведеном одредбом, опредељујемо се за друго схватање. Јер, и да је у питању несмотреност, реч је „пуштена“, а правила правно-догматског метода захтевају да се значење конкретне правне норме утврђује на основу јединица (речи, мисли, појмова) које су употребљене унутар саме правне норме.[447]

У наредном излагању анализираћемо концепт казнено одговорности правних лица имајући у виду претходно појашњену

---

[446] Наглашавамо да су пријашњи устави који су важили на простору наше државе предвиђали да „нико не може бити *кажњен*...“. Видети члан 27. став 1. Устава СРЈ (Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 1/1992) и члан 23. став 1. Устава Србије (Службени гласник Социјалистичке Републике Србије, бр. 1/1990). Нешто другачију формулацију је садржавао члан 20. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама (Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 6/2003), која је представљала саставни део Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црне Гора (Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 1/2003), а која је гласила „нико се не може *сматрати кривим или казнити*...“.

[447] Радомир Лукић, Мирослав Живковић /1995/. *Увод у право*. Београд: Савремена администрација, 424-425.

одредбу члана 34. став 1. Устава. Излагање појединих облика казнене одговорности ићи спрам њихове тежине, од лакше ка тежој врсти казненог дела, тако да ће се прво анализирати прекршајна, потом привреднопреступна и на послетку кривична одговорност правних лица.

3. Концепт прекршајне одговорности правних лица

1. Закон о прекршајима из 2013. године (ЗП),[448] када је реч о материјалном праву, почива на *трипартитној концепцији*, што значи да се као основни појмови јављају: 1) *општи појам прекршаја*, 2) *прекршајна одговорност* и 3) *прекршајна санкција*. Појам прекршаја је одређен у члану 2. и заснован је на *објективном учењу*. У смислу наведене одредбе, прекршај се одређује као: „*противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је преписана прекршајна санкција*“.

Овим се одступило од концепта општег појма прекршаја који је био установљен претходним ЗП из 2005. године,[449] а који је по узору на општи појам кривичног дела из члана 14. Кривичног законика (КЗ),[450] у своме члану 2. прекршај одређивао као противправно *скривљено* извршену радњу која је прописом надлежног органа одређена као прекршај. Тиме је *појам кривице био укчључен у општи појам прекршаја*, на исти начин на који је кривица укључена у општи појам кривичног дела. Ипак, претходни ЗП није био доследан поводом односа између института кривице и прекршајне одговорности. Наиме, тај Закон је користио оба појма на један не баш принципијелан начин, на шта се у домаћој литератури поприлично указивало.[451] Кривица је била

[448] Службени гласник Републике Србије, бр. 65/2013 и 13/2016

[449] Службени гласник Републике Србије, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

[450] Службени гласник Републике Србије, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

[451] Видети: Станко Пихлер /2006/. Осврт на одредбе о прекршајној одговорности и прекршајним санкцијама у новом Закону о прекршајима РС. У: Катица Бобар (ур.), *Новине у области прекршајне праксе: зборник радова*. Београд: Глоисаријум, 43-45; Зоран Стојановић /2012а/. Значај појма прекршајне одговорности за прекршајно право. *Ревија за криминологију и кривично право*, бр. 1-2, 25-26.

конститутивно обележје појма прекршаја, али је и глава која је носила назив „Прекршајна одговорност“ садржавала одредбу о кривици.[452]

Одређујући појам прекршаја у објективном смислу, без кривице у његовој садржини, наш законодавац се делом вратио на ситуацију која је постојала пре ЗП из 2005. године. Оно што разликује садашњу дефиницију објективног појма прекршаја од дефиниција из пријашњих прекршајних закона (пре 2005.), јесте то што је она сада чисто *формална*, док су раније биле мешовите, формално-материјалне, јер су се прекршаји исказивали као повреде „јавног поретка“. Одређивање прекршаја у објективном смислу важећим ЗП довело је до „промена концепције прекршајне одговорности која сада додатно добија на значају“.[453]

2. Као субјекти прекршајне одговорности у нашем праву могу се јавити физичка лица, предузетник, *правно лице* и одговорно лице у правном лицу. Ипак, одређена правна лица по слову закона не могу бити прекршајно одговорна. То су Република Србија, територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе, као и њихови органи. Међутим, законом може бити прописано да за прекршај одговара одговорно лице у државном органу, органу територијалне аутономије или органу јединице локалне самоуправе (члан 17. ЗП).[454]

Када су у питању физичка лица, укључујући и предузетнике и одговорна лица у правним лицима, ЗП прихвата концепт *субјективне одговорности* (члан 18.),[455] док је одговорност правних лица, видећемо, *објективна*.

ЗП у члану 31. предвиђа одговорност *страних физичких лица, страних правних лица и одговорних лица у правним лицима*. Начелно,

---

[452] Из одредбе члана 19. ЗП из 2005. произилази да се кривица сводила на њене облике, тј. на нехат и умишљај. У сваком случају, из нејасног односа на релацији кривица-прекршајна одговорност, није јасно да ли је поменути ЗП почивао на бипартитној (услед поимања прекршаја као скривљеног понашања) или трипартитној концепцији (јер је садржавао и посебну главу о прекршајној одговорности).

[453] Ђорђе Ђорђевић /2014/. Нови Закон о прекршајима и новине у општем делу прекршајног права, *Наука, Безбедност Полиција – Журнал за криминалистику и право*, бр. 2, 18.

[454] Како наводи проф. Вуковић, спорно је да ли месне заједнице, које такође представљају правна лица, могу бити субјекти прекршајне одговорности. Више о томе: Игор Вуковић /2015/. *Прекршајно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 61.

[455] Прекршајна одговорност физичког лица, према наведеној одредби ЗП, претпоставља кривицу, која се пак схвата у тзв. психолошко-нормативном смислу.

они одговарају за прекршаје једнако као и домаћи истоврсни субјекти. Ипак, за одговорност страног правног и одговорног лица је постављен, у ставу 2. истог члана, додатни услов. Наиме, ако прописом којим је прекршај регулисан није нешто друго предвиђено страно правно и одговорно лице ће се казнити за прекршај учињен на територији Републике Србије: 1) ако страно правно лице има пословну јединицу или представништво у Републици Србији; 2) или је прекршај учињен његовим превозним средством. Потоња ситуација представља новину у нашем прекршајном праву, а за узор је имала исту одредбу Закона о привредним преступима (ЗПП).[456] „На овај начин се доводе у равноправнији положај домаћа правна лица у односу на страна правна лица када врше превозничку делатност. Према важећим решењима није постојао начин да страно правно лице у оваквим ситуацијама одговара за прекршај, него се кажњавало једино страно физичко лице (возач) које изврши прекршај“.[457]

3. Одговорност правни лица за прекршај регулисана је у члану 27. ЗП. У наведеном члану прихваћена су два модела одговорности правног лица: 1) *модел изведене одговорности* и 2) *модел аутономне одговорности*.[458]

3.1. *Модел изведене одговорности*. У члану 27. став 1. ЗП предвиђен је овај модел одговорности. По овом моделу се „одговорност правног лица изводи из поступака оног круга физичких лица са којима се цело предузеће може идентификовати“.[459] Отуда се ова теорија назива и *теоријом идентификације*, односно *теоријом алтер его*. У наведеној одредби стоји: „*Правно лице је одговорно за прекршај учињен радњом или пропуштањем дужног надзора органа управљања или одговорног лица или радњом другог лица које је у време извршења прекршаја било овлашћено да поступа у име правног лица*“.

Овим је „враћена“ формулација која је у нашем прекршајном праву постојала пре 2005. године (на пример Законом о прекршајима из

---

[456] Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90, Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001, Службени гласник Републике Србије, бр. 101/2005 - др. закон.

[457] Наташа Мрвић-Петровић /2013/. Материјално-правне одредбе Закона о прекршајима. У: *Примена нових одредби у Закону о прекршајима*. Београд: Правосудна академија-USAID, 29.

[458] Видети: ibid., 27-28; И. Виковић /2015/, 62, 66.

[459] Н. Мрвић-Петровић /2013/, 27. Ово се не односи само на предузећа, већ на сва правна лица која могу бити субјекти прекршајне одговорности.

1989.).[460] Супротно оваквом решењу, ЗП из 2005. је прописивао да је правно лице „одговорно за прекршај учињен *скривљено* предузетом радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања или одговорног лица или скривљеном радњом другог лица које је у време извршења прекршаја било овлашћено да поступа у име правног лица“. Овим се поменути модел изведене одговорности *настојао субјективизирати*,[461] јер да би се правном лицу приписао прекршај било је нужно да физичко лице које делује за њега поступа скривљено. Тиме се, у ствари, настојала увести *фикција о субјективној одговорности правног лица*,[462] али не баш успешно.[463] Предметно решење није било принципијелно из разлога што је прописивало *да се „кривица црпи“*, између осталог, *од органа управљања* који, пак, може бити (и по правилу је) *колегијално тело*, чине је описана ситуација представљала својеврсни *контрадиктио ин адиекто*; даље, процесне одредбе истог тог Закона су омогућавале да се поступак води *само против правног лица*, тако да је било упитно *одакле се, онда, „преузима“ кривица* (члан 98. став 2.).[464] Зато су неки аутори сматрали да је и тај Закон прихватао објективну одговорност правних лица за прекршаје, без обзира што је настојао (безуспешно) да је веже за кривицу.[465]

И за постојећу формулацију из члана 27. став 1. ЗП може се поставити питање да ли она *подразумева* и то да лице које делује у име правног лица мора поступати скривљено? Као што је речено, предметна формулација је код нас била заступљена пре ЗП из 2005., тако да су поједини теоретичари сматрали да је за прекршајну одговорност правног лица потребно да „постоји виност (умишљај или нехат)

---

[460] Видети на пример: Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић /2004/. *Кривично право са основама привреднопреступног и прекршајног права*. Београд: Projuris, 254.

[461] О томе: Ђорђе Ђорђевић /2006/. Основне карактеристике новог Закона о прекршајима. *Наука, Безбедност, Полиција – Журнал за криминалистику и право*, бр. 1, 59.

[462] С. Пихлер /2006/, 45.

[463] У Прекршајном закону Хрватске одговорност правних лица је, слично нашем пријашњем решењу, субјективизирана. „Тако се одговорност правне особе темељи на урачунавању кривње одговорне особе у правној особи“. Цитирано: Миливојевић Антолиш Л. /2012/. *Прекршајно право и материјалноправне одредбе Прекршајног закона (Народне новине 107/07.)*. Загреб: Министарство унутарњих послова Републике Хрватске - Полицијска академија 71.

[464] *Ibid.*

[465] *Ibid.*, 46.

одговорног лица, или другог лица које је било овлашћено да поступа у име правног лица".[466] Овако тумачење није одрживо, јер се тада, као и сада, није говорило само о радњама или пропуштању надзора од стране одговорног или другог лица, већ и од стране органа управљања;[467] поред тога, било је, а и сада је, могуће водити поступак само против правног лица. Према томе, ако би се инсистирало на поменутом тумачењу, отворила би се управо она питања која смо споменули у вези са формулацијом из ЗП од 2005. године. Тумачења наведене формулације, како пре 2005., тако и данас, махом иду у правцу да је *одговорност правног лица за прекршај објективна*.[468] Према томе, уколико је код одговорног лица искључена кривица из неког разлога (стварна или правна заблуда, неурачунљивост), тиме *није искључена* и одговорност правног лица.[469] Штавише, нови ЗП у одредби члана 27. став 3. предвиђа да се за случај самосталног вођења прекршајног поступка против правног лица користи модел аутономне одговорности, о чему ће бити речи у наредном излагању.

3.2. *Модел аутономне одговорности*. Овај модел одговорности наше раније прекршајно право није познавало. За разлику од претходног модела који, као што смо видели, захтева функционалну повезаност између одговорности правног лица и радњи одговорних лица у његовом саставу, „у ситуацији аутономне одговорности, правно лице одговара независно од евентуалних пропуста одговорних лица у његовом саставу, већ на темељу властитих противправних дела, где се показује да је вршење прекршаја последица озбиљних недостатака у организацији правног лица или чак и политике пословања која допушта вршење противправних дела".[470] Уважавајући захтеве овог модела, у

---

[466] Славољуб Поповић, Бранислав Марковић, Милан Петровић /1998/. *Управно право: Општи део*. Београд: Савремена администрација, 274.

[467] Видети о томе и код: И. Вуковић /2015/, 63-64.

[468] Видети на пример: Станко Пихлер /2000/. *Прекршајно право*. Нови Сад: Graphica Academica, 61; Миленко Јелачић /2004/. *Прекршајно право: Теорија и пракса*. Београд: Службени гласник, 102; Н. Мрвић-Петровић /2013/, 28; Ђ. Ђорђевић /2014/, 18-19. Ипак, има мишљења да је концепција законодавца код изведене одговорности правног лица поводом овог питања нејасна. Тако: И. Вуковић /2015/, 65-66.

[469] У вези са Нацртом садашњег ЗП проф. Стојановић је поводом питања које расправљамо навео: „Тако, ако би неурачунљво одговорно лице остварило битна обележја прекршаја, постојала би одговорност правног лица. Исто и код стварне заблуде, па чак и онда када нема умишљаја или нехата, тј. када постоји само објективно проузроковање". З. Стојановић /2012а/, 30.

[470] И. Вуковић /2015/, 66.

ставу 2. члана 27. ЗП је прописано да правно лице одговорно за прекршај и када: „*1) орган управљања донесе противправну одлуку или налог којим је омогућено извршење прекршаја или одговорно лице нареди другом лицу да изврши прекршај; 2) физичко лице изврши прекршај услед пропуштања одговорног лица да над њим врши надзор или контролу*“.

У првом случају, који се још назива *директно противправно поступање*,[471] биће конкретног прекршаја остварује неко друго лице, али на основу противправне одлуке или налога органа управљања, односно наређења одговорног лица.[472] При томе то лице не мора бити запошљено у правном лицу.[473] „Овај облик аутономне одговорности почива на непосредном иницирању вршења прекршаја од стране управљачких структура правног лица, и то је оно што оправдава заснивање прекршајне одговорности по овом основу“.[474]

Други случај аутономне одговорности (тачка 2.) подсећа на изведену одговорност, с тим да „код овог облика аутономне одговорности обележја прекршаја не остварује, као тамо, одговорно лице својим нечињењем (пропутањем дужног надзора), већ било које физичко лице – својим чињењем или нечињењем. Услов је, међутим, да то друго физичко лице прекршај учини услед пропуштања одговорног лица да над њим предузме надзор или контролу“.[475]

Правила о аутономној одговорности, како је предходно речено, примењују се, према ставу 3. члана 27 ЗП, и за одговорност правног лица када: „*1) је против одговорног лица прекршајни поступак обустављен или је то лице ослобођено од одговорности у складу са одредбама члана 250. овог закона;2) постоје правне или стварне сметње за утврђивање одговорности одговорног лица у правном лицу или се не може одредити ко је одговорно лице*“.

Управо потоња одредба јасно говори да се *одговорност правног лица заснива независно од кривице одговорног лица*,[476] што ће рећи да је она постављена на објективним основама.

4. Наравно, против правног лица и одговорног лица у правном лицу ће се, по правилу, водити јединствен прекршајни поступак, што је,

---

471 Н. Мрвић-Петровић /2013/, 28.

472 И. Вуковић /2015/, 67.

473 *Ibid.*

474 *Ibid.*

475 *Ibid.*

476 Н. Мрвић Петровић /2013/, 28.

у ствари, последица прихватања модела изведене одговорности, али се, у смислу претходно појашњене одредбе члана 27. став 3. ЗП, тј. према концепту аутономне одговорности, поступак може покренути и спровести само против правног лица, што је добило своју потврду и кроз процесне одредбе ЗП (члан 108. ст. 1. и 2.). Наравно, одговорност физичког или одговорног лица у правном лицу за учињени прекршај, кривично дело или привредни преступ не искључује одговорност правног лица за прекршај (чл. 27 ст. 4 ЗП).

5. Правно лице које се налази у стечају може да одговара за прекршај учињен пре отварања или у току стечајног поступка, али му се не може изрећи казна, него само заштитна мера одузимања предмета и одузимање имовинске користи (члан 28. став 3. ЗП).

Престанком постојања правног лица у току прекршајног поступка престаје и његова одговорност за прекршај. Уколико, међутим, *постоји правни следбеник* овог правног лица онда ће *он одговарати* за прекршај. Ово је јасно прописано у члану 28. став. 1. ЗП. Овакво решење, видећемо, садржи и ЗОПЛКД. „Тиме се излази у сусрет пракси, јер се установило да велики број правних лица избегава одговорност тако што у току судског поступка руководство окривљеног правног лица иницира његове статусне промене које утичу на исход судског поступка и онемогућавају изрицање и извршење прекршајне санкције. У таквим случајевима је код неспорно утврђене прекршајне одговорности учинилаца прекршаја, правног и одговорног лица долазило до прекида или обуставе поступка због немогућности даљег вођења поступка, јер је правно лице престало да постоји или се трансформисало у друго правно лице или је извршило статусну промену такве природе да се поднети захтев за покретање прекршајног поступка више није односио на то правно лице. На овај начин, предвиђањем одговорности правног следбеника требало би да се те злоупотребе сведу на минимум“.[477] Исто тако је прописано да ће се, уколико је правно лице престало да постоји након правноснажно окончаног прекршајног поступка, изречена санкција извршити према правном следбенику (члан 28. став 2. ЗП). Поменута решења свакако *имају своје криминално-политичко оправдање*, али се њима одступа од *принципа персоналитета*, по коме санкција треба да погађа учиниоца кажњивог дела, а не његовог правног следбеника.[478]

---

[477] Н. Мрвић-Петровић /2013/, 29.

[478] О том принципу видети: Емир Ђоровић /2015/. *Систем кривичних санкција Републике Србије*. Нови Пазар-Ниш: СВЕН, 48-49, 285-286.

4. Концепт привреднопреступне одговорности правних лица

1. Привредни преступи су представљали спецификум казненог права бивше Југославије,[479] док их данас познаје само право Републике Србије.[480] Прихватањем концепта одговорности правних лица за кривична дела остале бивше југословенске републике су напустиле концепт привредних преступа, јер је тај вид кажњивих понашања представљао *суспситут* за непостојећу кривичну одговорност правних лица. То је било за очекивати и у српском праву, али до тога није дошло, иако се већ дуже времена указује на њихову спорну правну природу.[481] Иначе, *субјекти прекршајне одговорности могу бити, поред правних лица, и одговорна лица у правним лицима* (члан 6. став 1 ЗПП).[482] Наравно, сва правна лица не могу бити субјекти привредних преступа. Према члану 6. став 2. ЗПП „друштвено-политичке заједнице“ и њихови органи, други државни органи и месне заједнице не могу бити одговорни за привредни преступ.

Страно правно лице и одговорно лице у страном правном лицу су одговорни за привредни преступ ако (члан 62 ЗПП): 1) страно правно лице има представништво на „територији Социјалистичке Федеративне Републике Југославије“, 2) или ако је привредни преступ учињен његовим превозним средством, ако прописом којим је одређен привредни преступ није што друго предвиђено. Потоњи случај

---

[479] Мирослав Ђорђевић, Александар Михајловски /1978/. *Деликти казненог права*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 95. Како истичу ови аутори привредни преступи су у југословенско право уведени 1953. године, с тим да су дефинитивно оформљени доношењем ЗПП из 1960. године.

[480] Зоран Стојановић /2012б/. *Кривично право: Општи део*. Београд: Правна књига, 9.

[481] С тим у вези проф. Стојановић сажето истиче следеће: „Природа одговорности за привредне преступе у нашем праву може бити спорна, као што је спорна и природа самог деликта који је предмет и основ те одговорности“. Зоран Стојановић /1996/. Концепцијски проблеми у вези са привредним преступима. *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 1-2, 12.

[482] Иако ЗПП не наводи предузетнике као субјекте прекршајне одговорности, неки закони и то установљавају. У одговорима Привредног апелационог суда из 2015. године стоји да се оптужни предлог против предузетника треба одбацити. О томе: Емир Ћоровић, Иван Милић /2016/. Шта даље са привредним преступима и актуелним законом о привредним преступима. У: Миодраг Мићовић (ур.), *Услуге и услужна правила*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 962, fn. 26.

одговорности страног правног лица је, по узору на ову одредбу, уведен и у наше прекршајно законодавство.

2. Да је материја привредних преступа поприлично запуштена најбоље говори чињеница да је ЗПП из 1977. године и да терминолошки није усклађен не само са нашим кривичним прописима (материјалним и процесним), већ ни са „очигледним друштвеним чињеницама“, јер у њему још увек стоје одреднице које се односе на сада непостојећу Социјалистичку Федеративну Републику Југославију. Тим поводом указујемо да се тај Закон позива на кривично законодавство социјалистичке Југославије (упућивањем на тачно одређене чланове материјалних и процесних закона – *sic*!)[483] које, пак, одавно не важи.

3. За овај закон се, исто као и за ЗП, у погледу материјалноправних одредаба може рећи да почива на *тродеобној концепцији*, јер се као основни појмови издвајају: 1) *општи појам привредног преступа*; 2) *појам привреднопреступне одговорности* и 3) *појам привреднопреступних санкција*. Појам привредног преступа је регулисан у члану 2. ЗПП у којем стоји: „*Привредни преступи представљају друштвено штетну повреда прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ*“.

Ради се, према томе, о објективној, формално-материјалној дефиницији привредног преступа.

Што се тиче одговорности одговорних лица, она је постављена на *субјективним основама*, јер је у члану 11. ЗПП прописано да је одговорно лице одговорно за привредни преступ ако је привредни преступ извршен његовом радњом или његовим пропуштањем дужног надзора иако је оно при том поступило са *умишљајем или из нехата*, ако прописом којим је одређен привредни преступ није предвиђено да се привредни преступ може учинити *само са умишљајем*. Одговорност правног лица је одређена као у прекршајном праву, с обзиром да у члану 9. ЗПП стоји:„*Правно лице је одговорно за привредни преступ ако је до извршења привредног преступа дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања или одговорног лица, или радњом другог лица које је било овлашћено да поступа у име правног лица*“.

Према томе, у питању је *модел изведене одговорности*, тј. по среди је теорија идентификације. Такође, правно лице одговара, сматрамо, *објективно*, што значи да није нужна кривица одговорног односно другог лица. Истина, неки аутори су, исто као код прекршаја,

[483] Видети на пример чл. 6а., 16., 56. итд.

захтевали постојање одговорности одговорних лица, што се заступало и у судској пракси.[484] Ипак, такво тумачење се тешко може применити из истих оних разлога које смо навели у делу који се односи на прекршаје. С тим у вези истичемо и да ЗПП у члану 51. допушта покретање и спровођење поступка *само против правног лица*, што такође говори у прилог тој аргументацији.

Ипак, да је у питању објективна одговорност можда најбоље говори чињеница да је законодавац својевремено хтео да је субјективизира. Наиме, у једном Предлогу ЗПП са средине 90-тих година прошлог века било је предвиђено да се *поред* постојеће одредбе о одговорности правних лица (која одговара цитираном члану 9. ЗПП) уведе и следећа одредба: „*Правно лице неће одговарати за привредни преступ ако одговорно лице или друго лице које је било овлашћено да поступа у име правног лица није поступало са умишљајем или из нехата*“.[485]

Исту одредбу је садржавао и Предлог закона о привредним преступима, који је Комисија некадашње Владе Савезне Републике Југославије доставила Савезној скупштини 2002. године.[486] Оваквим решењем се настојала „лимитирати чиста објективна одговорност“ правног лица, јер се везивала за виност (тачније њене облике-прим.аутора) одговорног, односно другог лица.[487] Ипак, тиме није била решена, у погледу виности, ситуација ако је до извршења привредног преступа дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања, што опет упућује на објективну одговорност.

4. Правно лице које се налази под стечајем је одговорно за привредни преступ, без обзира да ли је привредни преступ учињен пре отварања или у току стечајног поступка, али му се не може изрећи казна него само заштитна мера одузимања предмета и одузимање имовинске користи (члан 10. ЗПП). Овакву одредбу, видели смо, садрђи и ЗП. Ипак, ЗПП не садржи одредбу о одговорности правног следбеника, тако да у случају престанка постојања правног лица, безусловно престаје и његова привреднопраступна одговорност.

---

[484] У том смислу проф. Стојановић наводи Начелни став XXXVI заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 17.05.1988. године. Видети: З. Стојановић /1996/, 13, fn. 17.

[485] Преузето из: З. Стојановић /1996/, 17.

[486] Видети: Мирослав Врховшек /2008/. Услови одговорности правног лица за кривично дело. *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 296.

[487] З. Стојановић /1996/, 17-18.

5. Концепт кривичне одговорности правних лица

1. Као што је речено, народна скупштина Републике Србије донела је 2008. године ЗОПЛКД. Напомињемо, да је овај вид одговорности правних лица постојао и према Кривичном законику – Општи део из 1947. године.[488] Иако је било за очекивати да се доношењем овог Закона уклони привреднопреступна одговорност, до тога, понављамо, није дошло.

2. Пре него што образложимо позитивноправни концепт одговорности правних лица за кривична дела, истичемо да, као и код других кажњивих дела, кривично не могу одговарати: Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, државни органи, органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, као ни правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења поводом кривичног дела учињеног у вршењу тих овлашћења (члан 3 ЗОПЛКД).

Одредбе ЗОПЛКД се примењују како на домаће, тако и на страно правно лице (чл. 4. и 5. став 1. тачка 1). Основно правило за примену овог Закона на страно правно лице јесте да је кривично дело учињено на територији Републике Србије (члан 4. став 1 ЗОПЛКД). Поред правила о територијалном принципу (*lex loci delicti commissi*), ЗОПЛКД у истом члану, став 2., предвиђа примену реалног принципа, према којем се овај Закон примењује и на страно правно лице које одговара за кривично дело учињено у иностранству *на штету* Републике, њеног држављанина или домаћег правног лица.[489]

3. Правни основ за кривичну одговорност правних лица налази се у члану 12. КЗ. У наведеној одредби КЗ стоји да се одговорност правних лица за кривична дела, као и санкције правних лица за

---

[488] Службени лист Федеративне Народне Републике Југославије, бр. 106/47. Члан 16. овог Законика је прописивао: *„Правна лица су кривично одговорна само за она кривична дела за која је у закону изричито одређена њихова одговорност“*.

[489] У члану 4. став 4. ЗОПЛКД стоји да се овај Закон неће применити за случај одговорности страног правног лица према реалном принципу ако су испуњени посебни услови за кривично гоњење из члана 10. став 1. КЗ. Према тој одредби КЗ кривично гоњење се неће предузети ако је: 1) учинилац потпуно издржао казну на коју је у иностранству осуђен; 2) учинилац у иностранству правноснажном пресудом ослобођен или му је казна застарела или опроштена; 3) према неурачунљивом учиниоцу у иностранству извршена одговарајућа мера безбедности; 4) за кривично дело по страном закону за кривично гоњење потребан захтев оштећеног, а такав захтев није поднет. Разлог из тачке 3) се по логици ствари не може применити на правно лице.

кривична дела уређују посебним законом. Према томе, сам КЗ је установио могућност да се *lex specialis*-ом предвиди *посебан кривичноправни режим за правна лица*.[490]

У вези са одговорношћу правних лица за кривична дела, потребно је да се, пре свега, осврнемо на одредбу члана 14. КЗ у којој је одређен општи појам кривичног дела. Став 1. овог члана прописује да је кривично дело *оно дело које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено*. Непостојање противправности или кривице вуче за собом непостојање кривичног дела (став 2. истог члана). Јасно је да је оваквом дефиницијом наш законодавац прихватио *формално, објективно-субјективно схватање кривичног дела*, те је тиме са *трипартиције* која је постојала до доношења КЗ прешао на *бипартицију*, јер се као основи појмови у нашем законодавству сада јављају појмови кривичног дела и кривичне санкције.[491]

4. Стојећи на линију поменуте одредбе КЗ о општем појму кривичног дела, као и на одредби његовог члана 2. у којој је одређено *начело субјективне одговорности*, наш законодавац је нашао за сходно да одговорност правних лица за кривична дела субјективизира на одређени начин. Наиме, према члану 2. КЗ казне и мере упозорења се могу изрећи само оном учиниоцу који је *крив за учињено кривично дело*. На овом месту нећемо се осврнути на плеоназам законске формулације начела кривице – „крив за учињено кривично дело“ – јер, према поменутом члану 14. КЗ кривичног дела нема без кривице, нагласићемо да се правним лицима од кривичних санкција могу изрећи казне, условна осуда (као мера упозорења) и мере безбедности (члан 12. ЗОПЛКД). Према томе, две од понуђених три врста кривичних санкција су везане за кривицу.

Истина, дикција члана 12. КЗ је допуштала (и допушта) да се ЗОПЛКД-ом, као *lex specialis*-ом, одговорност правних лица одреди другачије, јер у поменутој одредби стоји само да ће се иста уредити посебним законом. Наравно, другачији концепт одговорности би можда био могућ на основу члана 12. КЗ, али не и према одредби члана 34. став 1. нашег Устава, како смо то појаснили. Ипак, своју везаност за

---

[490] Истини за вољу одредба члана 12. КЗ је формулисана у поменутом правцу тек од његових измена и допуна од 2009. године, тј. пошто је ЗОПЛКД усвојен. Раније је члан 12. КЗ садржавао колизионе одредбе, имајући у виду тадашњи државно-правни статус Србије. О томе: Зоран Стојановић /2012ц/. *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник, 60-61.

[491] Љубиша Лазаревић /2006/. Критички осврт на нека решења у Кривичном законику Србије. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3, 135-136.

општи кривични кодекс (тј. КЗ), ЗОПЛКД је потврдио у одредби члана 34., у којој стоји да се на правна лица сходно примењује, између осталог, и одредба о општем појму кривичног дела из члана 14. КЗ.

5. Да наше законодавство у основи прихвата концепт изведене-субјективне одговорности правних лица за кривична дела, јасно произилази из чл. 6. и 7. ЗОПЛКД. Тако у члану 6. стоји: „*Правно лице одговара за кривично дело које у оквиру својих послова, односно овлашћења учини одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист./ Одговорност правног лица из става 1. овог члана постоји и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица*“. Из цитираног члана може се закључити следеће:

1) одговорност правног лица се изводи *само из поступања одговорног лица*, не и из, на пример, поступања органа управљања, по чему се ово решење разликује од решења из прекршајног и привредно преступног права;

2) кривично дело за које одговара правно лице *се везује* или: а) *чињење одговорног лица* – што произилази из формулације: „..у оквиру својих послова, односно овлашћења *учини одговорно лице*...“; или б) *нечињење одговорног лица* – што произилази из формулације: „...због *непостојања* надзора или контроле *од стране одговорног лица омогућено* извршење кривичног дела у корист правног лица *од стране физичког лица* које делује *под надзором и контролом одговорног лица*“ (према томе, и када је кривично дело учињено од стране физичког лица, да би се правном лицу то дело приписало потребно је установити да је кривично дело омогућено, тј. оно је резултат нечиња одговорног лица, које има надзорна и контролна овлашћења према том физичком лицу);

3) кривично дело се врши *у намери да се за правно лице оствари корист*, односно *у корист правног лица*.

Према томе, из члана 6. ЗОПЛКД јасно произилази да је у питању изведена одговорност,[492] с тим да у теорији нема сагласности да је у питању теорија идентификације[493] или викаријска теорија.[494] Поред тога, у члану 7. став 1. је прописано: „*Одговорност правног лица заснива се на кривици одговорног лица*“.

Кривицу одговорног лица свакако треба процењивати у смислу члана 22. КЗ: 1) одговорно лице мора бити *урачунљиво*; 2) мора

---

[492] З. Стојановић /2012ц/, 185.

[493] Тако: М. Врховшек /2008/, 295-296; Н. Мрвић-Петровић /2013/, 27.

[494] Тако И. Вуковић /2015/, 62.

поступати *умишљајно, односно нехатно*; 3) код њега мора постојати *свест о забрањености дела*. Уколико је кривично дело учињено од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица, код тог физичког лица *не мора* постојати кривица, јер се и та ситуација, како смо појаснили, приписује пропуштању (нечињењу) одговорног лица. Другачије речено, и у том случају је потребна само кривица одговорног лица.

Ипак, овај концепт субјективизације одговорности правних лица није доследно спроведен. Наиме, у ставу 2. члана 7. ЗОПЛКД стоји: „*Под условима из члана 6. овог закона правно лице одговара за кривично дело одговорног лица и ако је кривични поступак против одговорног лица обустављен или је оптужба одбијена*“. Ова одредба, као и одредба члана 35. став 2. ЗОПЛКД,[495] према томе, омогућава вођење поступка *само против правног лица*. Пре него што анализирамо ову законску могућност, наглашавамо да ЗОПЛКД није усаглашен са нови Закоником о кривичном поступку (ЗКП) из 2011. године,[496] већ исти концептуално и терминолошки одговара ЗКП-у из 2001. године.[497] Ово је важно јер се у члану 54. ЗОПЛКД-а прописује сходна примена ЗКП-а.[498]

Према важећем ЗКП до обуставе кривичног поступка и одбијања оптужбе може доћи из следећих разлога: 1) *у фази истраге и контроле оптужбе* – а) ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности, б) ако је кривично гоњење застарело или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење, ц) ако нема довољно доказа (чл. 308., 338.-339 ЗКП); 2) *након потврђивања*

---

[495] У овој одредби стоји: „*Ако због постојања законом одређених разлога није могуће покренути или водити кривични поступак против одговорног лица, поступак се може покренути и водити само против правног лица*“.

[496] Службени гласник Републике Србије, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

[497] Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 70/2001, 68/2002; Службени гласник Републике Србије, бр. 58/2004, 85/2005, 85/2005 - др. закон, 115/2005, 49/2007, 122/2008, 20/2009 - др. закон, 72/2009, 76/2010.

[498] Идентично решење садржи Закон о одговорности правних особа за казнена дјела, (Народне новине Републике Хрватске, бр. 151/03, 110/07, 45/11, 143/12). У члану 5. Овог Закона стоји: „*(1) Одговорност правне особо темељи се на кривињи одговорне особе. (2) Правна особа казит ће се за казнено дјело одговорне особе и у случају кад се утврди постојање правних или стварних запрека за утврђивање одговорности одговорне особе*“. Закон преузет са: http://www.zakon.hr/z/110/Zakon-o-odgovornosti-pravnih-osoba-za-kaznena-djela

оптужнице: а) ако је тужилац одустао од оптужбе или је оштећени одустао од предлога за гоњење, б) ако је оптужени за исто кривично дело већ правноснажно осуђен, ослобођен од оптужбе или је оптужба против њега правноснажно одбијена или је поступак против њега правноснажно обустављен, ц) ако је оптужени актом амнестије или помиловања ослобођен од гоњења или се кривично гоњење не може предузети због застарелости или неке друге околности која га трајно искључује (чл. 352., 422. ЗКП). До обуставе поступка долази и услед смрти окривљеног (члан 20. ЗКП).

Имајући у виду случајеве обуставе поступка, односно одбијање оптужбе, неки аутори предметну одредбу става 2. члана 7. ЗОПЛКД тумаче на тај начин да се питање одговорности правних лица не би могло поставити уколико су наведене одлуке према одговорном лицу донете јер дело није кривично дело, или услед недостатка доказа, што значи да тада не постоји ни одговорност правног лица, али да обустава поступка или одбијање оптужбе услед околности које трајно искључују гоњење према одговорном лицу (амнестија, помиловање, застарелост), па чак и његова смрт, не спречавају вођење поступка према правном лицу.[499] При томе, истиче се да одредбом члана 7. став. 2. ЗОПЛКД законодавац није увео „модел аутономне одговорности правног лица, већ се ради о претпостављеној кривици одговорног лица која се урачунава правном лицу“.[500]

Можемо се сложити са изнетим мишљењем у погледу схватања појмова „обустава поступка“ и „одбијање оптужбе“. Такође, сматрамо да одредбом члана 7. став 2. ЗОПЛКД није уведена аутономна одговорност, јер се управо та одредба експлицитно позива на члан 6. истог Закона који установљава модел изведене одговорности. Међутим, *апсолутно је неприхватљива теза о претпостављеној кривици одговорног лица*. Кривица се у кривичном поступку доказује, она се не претпоставља. То је захтев који поставља *пресумпција невиности*, која је прописана како у Уставу,[501] тако и у ЗКП-у.[502] Штавише, ЗКП код неких формалних одлука, као на пример код пресуде којом се оптужба одбија (чл. 422), прописује да ће у образложењу пресуде суд

---

[499] Г. Илић /2009/, 19.

[500] *Ibid.,* 19-20.

[501] Члан 34. став 3. који гласи: „*Свако се* сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда“.

[502] Члан 3. став 1. гласи: „*Свако* се сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда“.

ограничити само на разлоге за одбијање оптужбе. Како онда претпоставити кривицу одговорног лица?

Сматрамо, у ствари, да је одредбом члана 7. став 2. ЗОПЛКД наш законодавац одступио од концепта субјективне одговорности и *прихватио концепт објективне одговорности правног лица*.[503] Према томе, овај Закон познаје како субјективну, тако и објективну одговорност правних лица.

6. У вези са прихваћеним моделом кривичноправне одговорности правних лица, уочили смо и једну противуречност на коју ћемо указати. Наиме, видели смо да је за одговорност правног лица потребно да је кривично дело *учињено у намери да се за правно лице оствари корист* (члан 6. став 1.), односно да је *извршено кривично дело у корист правног лица* (члан 6. став 2.). У сваком случају мора се *поступати у корист правног лица*. Само се тада, уз испуњење осталих услова, кривично дело може приписати правном лицу.

С друге стране, у члану 18. став 1. ЗОПЛКД је предвиђено да се казна престанка правног лица може се изрећи *ако је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела*. Под удар једне овакве казне долазе, на пример, тзв. *фантомска предузећа*. Таква правна лица су, пак, основана да би одговарајућа физичка лица за себе прибавила корист, а не за то правно лице. Како онда једном оваквом предузећу изрећи предметну казну? Наиме, задовољени су услови из члана 18. ЗОПЛКД-а за изрицање казне престанка правног лица, али не и услови из члана 6. ЗОПЛКД, јер се не делује у корист правног лица, што је *condicio sine qua non* одговорности правних лица према том члану. Исти проблем се може јавити код бројних субјеката привредног пословања имајући у виду да је домаћа привреда слабо развијена; да се приватна делатност неретко схвата као лична делатност; нису јасно подвојена власничка од управљачких овлашћења; власник се често поистовећује са предузећем, тако да му оно представља пуко средство за стицање користи (по принципу: „То је све моје, ја могу са тим да радим шта хоћу“) итд. О оваквим случајевима се није водило рачуна приликом доношења ЗОПЛКД.

7. Одговорност за случај стечаја је постављена као и код других кажњивих дела. У том смислу правно лице у стечају одговара за

---

[503] С обзиром да смо се дотакли релације „претпостављена кривица – објективна одговорност“, цитираћемо проф. Чејовића који каже: „Руку на срце, између објективне одговорности и претпоставке кривице – и нема баш неке разлике“. Бора Чејовић /2006/. Нови аспекти субјективног елемента кривичног дела. У: Станко Бејатовић (ред.), *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени*. Београд: Intermex – Удружење за кривично право имкриминологију Србије и Црне Горе, 91.

кривично дело учињено пре покретања или у току стечајног поступка, с тим да му се, уколико се прогласи одговорним, могу изрећи одузимање имовинске користи или мера безбедности одузимања предмета (члан 9. ЗОПЛКД).

8. ЗОПЛКД је наш први пропис који је предвидео одговорност *правног следбеника правног лица*, а по узору на овај Закон то је учинио и ЗП. У члану 8 ЗОПЛКД је прописано да ако правно лице престане да постоји пре окончања кривичног поступка, новчана казна, мере безбедности и одузимање имовинске користи могу се изрећи правном лицу које је његов правни следбеник, ако је претходно утврђена одговорност правног лица које је престало да постоји, док уколико је правно лице престало да постоји након правноснажно окончаног поступка у коме је утврђена одговорност и изречена санкција за кривично дело, поменуте кривичне санкције и мере ће се извршити према правном лицу које је његов правни следбеник. Оно што је речено за исту правну ситуацију поводом прекршаја, важи и у овом случају.

Правно лице које након извршења кривичног дела променило правну форму у којој је пословало, одговара за кривично дело под општим условима за одговорност правног лица из члана 6. ЗОПЛКД.

6. Могућност закључења споразума о признању кривичног дела и прекршаја са правним лицем

1. Српско кривично и прекршајно законодавство од 2009. године познају институт *споразума о признању кривичног дела*,[504] односно *прекршаја*. Сасвим логичним се, тиме, јавља питање *да ли окривљено правно лице може бити „уговорна страна“ код ових споразума*? Питање је, када је реч о нашем кривичном и прекршајном праву свакако актуелно, јер ЗОПЛКД у свом досадашњем постојању, барем колико је нама познато, није заживео, тј. ни један кривични поступак према правним лицима није окончан (питање је да ли се ти поступци уопште и воде), док се, с друге стране, у прекршајном поступку веома слабо прибегава закључивању предметног споразума, не само са правним, већ ни са физичким лицима.[505]

2. Већ је речено да ЗОПЛКД није усклађен са важећим ЗКП-ом. Штавише, ЗОПЛКД је донет годину дана пре него што је у наше

---

[504] До доношења ЗКП из 2011. овај институт се у домаћем законодавству називао *споразум о признању кривице*.

[505] Видети: Николић М., Петровић Ж., Башић С., Драшковић С., Малешић С., Оташевић М. /2014/. *Приручник за примену споразума о признању прекршаја*. Београд: Удружење судија прекршајних судова Републике Србије, 15.

кривичнопроцесно законодавство уведен предметни споразум. Већ из саме те чињенице да се закључити да писци ЗОПЛКД-а нису водили рачуна о овом кривичнопроцесном институту. Имајући у виду да ЗОПЛКД (члан 54.) упућује на сходну примену ЗКП-а, актуелизује се претходно постављено питање могућности примене споразума и према окривљеном правном лицу.[506]

Када се разматра постављено питање, морају се имати у виду и *нека обележја кривичног поступка према правним лицима*. Пре свега, окривљено правно лице у кривичном поступку *заступа представник*, који је овлашћен да у корист окривљеног правног лица предузима *све радње које може предузети окривљени* (члан 37. ст. 1. и 3. ЗОПЛКД).[507] По правилу се против правног лица и одговорног лица спроводи јединствен поступак и доноси једна пресуда (члан 35 став 1. ЗОПЛКД), али одговорно лице у том случају не може би представник правног лица, „осим ако је то лице једино овлашћено за заступање окривљеног правног лица“ (члан 38. став 1. ЗОПЛКД). С обзиром на речено, јасно је да представнику окривљеног правног лица припадају сва она права која има окривљени према члану 68. ЗКП-а. У последњој тачки потоњег члана ЗКП-а је предвиђено да окривљени има право да „*предузима друге радње када је то одређено овим законом*“ (тј. ЗКП-ом, при.аут). У том смислу би представник окривљеног правног лица *имао*, на основу чл. 37. и 54. ЗОПЛКД и сходној примени чл. 68. и 313. став 1. ЗКП-а, *право да закључи споразум о признању кривичног дела*.[508]

---

[506] У Сједињеним Државама тужиоци преферирају закључења споразуме о одложеном гоњењу (*deferred prosecution agreements*), или споразуме о непредузимању гоњења (*non-prosecution agreements*) са окривљеним правним лицима. Током 2001.-2002. године 58% случајева је решено на овај начин. Видети: Garret B. /2014/. *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 13.

[507] У ставу 2. истог члана стоји: „*Представник је лице овлашћено на основу закона, другог прописа или одлуке надлежног органа да заступа правно лице*“.

[508] У члану 313. став 1 ЗКП стоји: „*Споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса*“. Цитирањем ове одредбе стављамо нагласак на дату могућност, чиме се, у ствари, конкретизује поменута тачка 12. става 1. члана 68. ЗКП-а. Овим не улазимо на више пута указани проблем неусклађености ЗОПЛКД и ЗКП, јер се из саме успоредбе концепта кривичног поступка према ЗОПЛКД увиђа његова некомпатибилност са цитираном одредбом ЗКП (формулација „наредба о спровођењу истраге“ никако се не може довести у везу са поступком из ЗОПЛКД из познатих разлога).

Ипак, ова ситуација иако јасна на први поглед, производи неке проблеме. Тако, имајући у виду да се одговорност правног лица темељи на кривици одговорног лица, *да ли то значи да признање кривичног дела од стране одговорног лица повлачи за собом и признање кривичног дела самог правног лица*? Штавише, *уколико је одговорно лице уједно и представник правног лица* (у слаучају када је оно „једино овлашћено за заступање окривљеног правног лица"), *да ли признање одговорног правног лица соспственог кривичног дела претпоставља и признање кривичног дела окривљеног*?

Уколико би се, начелно, ипак прихватило да правно лице може бити страна предметног споразума, поставља се питање како би се ценио квалитет признања, тј. питања његове „*свесности и добровољности*", као и питање свесности окривљеног „*свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума*" (члан 317. став 1. тач. 1. и 2. ЗКП)?[509] Одговор такође може бити начелан: *наведена обележја признања и последица које из тога следе процењују се спрам представника правног лица*. Ипак, да ли би представник могао *без посебног овлашћења* органа који су му надређени (на пример скупштине акционарског друштва или надзорног одбора акционарског друштва) да призна извршење кривичног дела, или да ли је о последицама закључења споразума дужан да обавести те органе, па тек након тога да закључи споразум. Признање, осносно споразум, а потом и одлука донета поводом споразума итеткако може утицати на пословни кредибилитет правног лица које је склопило признање, па је отуда, сматрамо, нужно да се у том сегменту прецизирају овлашћења представника правног лица. Све ово говори у прилог томе да би *према важећој легислативи*, услед постојања бројних отворених питања, *требало у најмању руку избегавати закључење споразума о признању кривичног дела са правним лицима*, али би *де леге ференда* једну такву могућност *требало ваљано уредити*, тим пре што истраживања која су код нас вршена међу носиоцима правосудних функција, указују да је већина њих да се институт споразума о признању кривичног дела примењује и на окривљена правна лица.[510]

---

[509] О наведеним питањима видети: Турањанин В. /2016/. *Споразум о признању кривичног дела*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 211-238.

[510] Према истраживању које је спровео Турањанин 85,9% испитаника је да се овај споразум примењује и у односу на правно лице. Видети: *ibid.*, 444.

3. Као што је познато ЗП садржи како материјалноправне (истина само материја општег дела), тако и процесноправне и извршноправне одредбе. То значи да су, у вези са правним лицима, у истом закону прописане одредбе о одговорности правних лица, али и одредбе о самом поступку против ове категорије окривљених.

Као и у кривичном, тако и у прекршајном поступку окривљено правно лице *представља представник, који има сва права као и окривљени* (члан 120. ЗП). Исто тако, представник правног лица не може бити одговорно лице против кога се води прекршајни поступак за исти прекршај осим ако је то лице једино овлашћено за заступање окривљеног правног лица (члан 123. став 2 ЗП). *Сва питања* која се у вези са реченим јављају *поводом кривичне одговорности правних лица*, јављају се и *у вези са њиховом прекршајном одговорношћу*, што на овом месту нећемо понављати.

Што се тиче *споразума о признању прекршаја* (чл. 233.-238. ЗП), *исти је регулисан на сличан начин као у ЗКП*. Отуда се могу јавити и *иста спорна питања*, на која, због сличности легислативних решења датог института, можемо дати *исте одговоре*. Ипак, наглашавамо да се у одређеним стручним радовима указује на могућности и значај закључења споразума о признању прекршаја, а у вези са прекршајима из Царинског закона, где се као учиниоци јављају, између осталог, и правна лица.[511] Нажалост, у раду није указано на проблематику коју смо претходно поменули, тако да скепса поводом ове проблематике свакако остаје.

7. Закључак

Устав Републике је, сматрамо, прилично *амбициозно поставио захтев за субјективизацином казнене одговорности правних лица* у домаћем правном поретку. Тај концепт, свакако *није спроведен у прекршајном и привреднопреступном праву, док је ЗОПЛКД у том смислу недоследан*, јер стоји на идеји да се одговорност правних лица заснива на кривици одговорних лица, али ипак допушта и концепт њихове објективне одговорности, што смо настојали детаљно да појаснимо. Штавише, отварањем могућности да за прекршај и кривично дело одговара и правни следбеник правног лица, иако то има своје криминално-политичко оправдање, отишло се и корак даље: то не само да *није у складу са принципом индивидуалне субјективне одговорности, већ није у складу са принципом персоналитета*. Колико је питање концепта казнене одговорности правних лица значајно, произилази и из

[511] Николић М. и други /2014/, 29-34.

чињенице његове тесне везе са процесноправним институтом споразума о признању кривичног дела, односно прекршаја.

Имајући у виду да се код нас говори о променама Устава, ако до тог чина већ дође, требало би преформулисати његову одредбу члана 34. став 1., те уместо формулације „...*не може се сматрати кривим*...“ употребити формулацију „... *не може се сматрати одговорним*...“, која је шира од потоње, јер обухвата како концепт субјективне, тако и концепт објективне одговорности, или пак, неку другу формулацију која не би требало да спутавати законодавца у креирању норми нашег казненог права. Исто тако, питање је колико треба инсистирати на субјективизацији одговорности правних лица за казнена дела. Ипак је овим субјектима својственија објективна одговорност. Чини се да је у том смислу новим ЗП учињен добар корак, јер не само да се одговорност правних лица темељи на објективним основама, већ се предвиђа како модел изведене, тако и модел аутономне одговорности правних лица, чиме је овај облик казнене одговорности код нас *најкохерентније постављен*. У сваком случају ЗОПЛКД мора претрпети одговарајуће измене, док је, с друге стране потребно коначно решити статус привредних преступа. Неприхватљиво је да пуних осам година егзистира како кривична, тако и привреднопреступна одговорност. Један од ових облика одговорности је без сваке сумње сувишан, јер је и *привреднопреступка одговорност*, без обзира на све контроверзе овог кажњвог понашања, *не само sui generis облик одговорности, већ посебан облик кривичне одговорности*. Усудићемо се то рећи, јер данас, услед праксе Европског суда за људска права и на њу надовезујуће праксе домаћих судова, више није јасна граница између појединих облика кажњивих дела.

Др Аладин ШЕМОВИЋ, судија
Виши суд у Новом Пазару

КРИВИЧНО ДЕЛО ПОРЕСКЕ УТАЈЕ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКТИЧНЕ ПРОБЛЕМЕ

Апстракт: *Пореска утаја угрожава функционисање државе и зато је њено инкриминисање у чл.229 КЗ од посебне важности за обезбеђивање намирења трошкова државног апарата. Међутим, примена ове инкриминације у пракси изазива одређене проблеме. Разлози за то су бројни: то је кривично дело са бланкетном диспозицијом па се поставља питање различитог тумачења пореских прописа; однос овог кривичног дела са другим из групе кривичних дела против привреде, пре свега са кривичним делом злоупотребе положаја одговорног лица из чл.234 КЗ изазива бројне недоумице; промена и неуједначеност судске праксе у погледу истих чињенично-правних ситуација и примене општих института кривичног права итд. У овом раду даје се преглед неких судских одлука и покушано је да се укаже на најчешће дилеме са којима се практичари сусрећу, а у закључним разматрањима изнета су мишљења у циљу превазилажења тих дилема.*

Кључне речи: *Пореска утаја, судска пракса, порески прописи.*

1. Увод

Кривично дело пореске утаје било је предмет бројних радова, који су се више бавили теоријском анализом, а мање проблемима са којима се практичари свакодневно сусрећу. Међутим, можемо констатовати да је тужиоцима и судијама једна од најапстрактнијих области управо област пореза и кривичних дела у вези са њима. Поред мноштва пореских прописа који се морају познавати за адекватно бављење овом материјом, морају се разумети основе књиговодства и рачуноводства, што правницима није баш јача страна.

Ако узмемо у обзир веома динамичну област јавних финансија, али и промене кривичног законодавства, често долазимо у недоумицу да ли су већ заузети ставови инстанционих судова и даље актуелни, посебно ако се има у виду да су поједини ставови у колизији у погледу истих чињеничних поставки. При том

долазимо до проблема не само како поступити у конкретном случају и којем се ставу приклонити, него како ће то утицати на уједначеност судске праксе на целој територији Србије. У покушају да се нађе одговор у правној доктрини, наилазимо на недоречености и нека компромисна схватања, која приликом примене у пракси још више уносе забуну.

У овом раду бавићемо се анализом неких судских одлука које се односе на актуелна питања са којима се сусрећемо и покушаћемо да укажемо на нелогичности и потребу за преиспитивањем таквих ставова.

2. Законито стечени приходи, као елемент бића кривичног дела пореске утаје

Из самог описа бића кривичног дела пореске утаје из чл. 229. КЗ, произлази да су једино законито стечени приходи ти који могу бити предмет опорезивања и у односу на које се може избећи плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Одавно је и у судској пракси указано да се „кривично дело пореске утаје може извршити само у погледу оних прихода или предмета који су законито стечени“.[512] Међутим, оно што је у пракси остало неразјашњено, то је *шта се све подразумева под законито стеченим приходима*? У покушају да дамо одговор на ово питање, анализирали смо правне ставове дате у неколико судских одлука.

Тако рецимо, „продаја робе на ''црно'' представља продају робе на недозвољен и противправан начин“,[513] те у таквој ситуацији не би постојао законито стечен приход тј. „објект радње кривичног дела пореска утаја“.[514] Мишљење да се у овом случају ради о незаконито стеченом приходу, те да се не може говорити о овом већ о неком другом кривичном делу, можемо наћи и у ранијим ставовима изнетим у пресудама некадашњег Врховног суда Србије.[515]

---

[512] Извор: Бора Чејовић, *Кривично право у судској пракси: Посебни део*, Lion Mark, Крагујевац, 2008, стр. 572.

[513] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 бр. 2666/10 од 07.09.2010. године (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[514] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж бр. 187/14 од 27.02.1014. године (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[515] Пресуда Врховног суда Србије Кзп 283/07 (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

Пошто ни у једном закону или другом пропису није експлицитно наведено шта се сматра законито стеченим приходом, онда се логичким тумачењем рачуноводствених, пореских и других прописа путем метода *argumentum a contrario* долази до тог одговора. То „ће се ценити у сваком конкретном случају, при чему није неопходно да у чињеничним опису дела, у диспозитиву оптужног акта, буде наведено да се ради о законито стеченим приходима, али је нужно да из чињеничног описа произилази да се ради о овим приходима“.[516] Међутим, „такво утврђивање/ доказивање је у пракси ... било скопчано са великим проблемима“.[517] Ово је био разлог да се и Нацртом закона о изменама и допунама Кривичног законика као битан елемент кривичног дела пореске утаје изостави појам „законито“, тако да је као објекат радње овог кривичног дела у нацрту остао само „стечени приход“. Од такве измене се, према ауторима Нацрта, очекује „да ће значајно олакшати доказивање у кривичним поступцима чији су предмет ова кривична дела, која у пракси постају све значајнија“,[518] али до сада као што нам је познато до такве измене није дошло.

Међутим, да је неопходна интервенција законодавца по нашем мишљењу је неспорно. Наиме, уколико упоредимо неке пресуде, можемо уочити нелогичности у погледу тога како је суд на различите начине ценио законитост стечених прихода у сличним ситуацијама. Тако рецимо, у једној пресуди под продајом робе на тзв. „црном тржишту“ сматра се то што је окривљени „легално набавио робу... али да је потом преузету робу продао без евидентирања промета у пословним књигама, при чему се незна којим лицима, физичким или правним, када, на ком месту, под којим ценама и др. ...па се приходи од тако продате робе не могу окарактерисати као законито стечени...“.[519] Насупрот тој пресуди, у другој исти суд цени да окривљени „није пријавио законито стечене приходе...на тај начин што након продаје робе у четири

---

[516] *Одговори Кривичног одељења Апелационог суда у Крагујевцу, усвојени на седници одржаној дана 03.12.2014. године, на спорна правна питања постављена од стране Кривичних одељења Основног суда у Јагодини и Основног суда у Чачку.*

[517] Јанко Лазаревић, Милан Шкулић, „Основне планиране новеле Кривичног законика Србије“, *Билтен Врховног Касационог суда*, бр. 2/2015., стр. 56.

[518] Ibid., стр. 55.

[519] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-362/13 од 06.02.2014 (непубликована одлука).

малопродајна објекта ... новац од продате робе који представља пазар, није уплаћивао на текући рачун предузећа, а што сходно изјашњењу вештака представља узимање из капитала привредног друштва, што подлеже опорезивању по пореској стопи од 20%...“.[520] Очигледно је да је и у овом другом случају, окривљени продавао робу без евидентирања промета у пословним књигама и притом се незна којим лицима и по којим ценама, значи мимо правног промета, али да се ти приходи од тако продате робе ипак сматрају законито стеченим. Приходи су законито стечени по оцени суда и у случају када окривљени „у пословним књигама предузећа није евидентирао остварени промет... који није ни уплатио на рачун предузећа већ га је искористио за своје потребе, што се сматра приходом од капитала на који је био дужан да обрачуна и плати порез на доходак грађана ...“.[521]

Интересанто је и схватање да „уколико се пописом утврди мањак добара, та се чињеница изједначује са прометом добара на који се плаћа ПДВ, али се не може сама по себи сматрати продајом робе на црно, односно за готов новац, а без издавања фискалних рачуна и без уплаћивања пазара на текући рачун, јер за то нема никаквих доказа, већ важи законска претпоставка да се ради о узимању добара која су део пословне имовине пореског обвезника за сопствену потрошњу пореског обвезника, односно личне потребе оснивача и других лица..“[522]. Ово схватање било је засновано на одредби чл. 4. ст. 4. тач. 1. Закона о порезу на додату вредност[523],[524] и чл. 2. ст. 2. Правилника о утврђивању шта се сматра узимањем и употребом добара, другим прометом добара и пружањем услуга, без накнаде, о утврђивању уобичајених количина пословних узорака, рекламним материјалом и другим поклонима мање вредности.[525],[526] Међутим, није јасно како један незаконито

---

[520] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-4088/13 од 18.02.2014 (непубликована одлука).

[521] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1- 249/15 од 16.04.2015. (непубликована одлука).

[522] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-1608/14 од 29.01.2015. (непубликована одлука).

[523]„Службени гласник РС“, бр.84/2004, 86/2004, 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 83/2015.

[524] Са прометом добара уз накнаду изједначава се узимање добара која су део пословне имовине пореског обвезника за личне потребе оснивача, власника, запослених или других лица.

[525] „Службени гласник РС“ бр. 118/12

стечен приход настао пробијањем правне личности привредног друштва,[527] који супротно закону[528] није евидентиран и прокњижен, ипак бива „конвалидиран“ и добија презумпцију законитог, а још је мање јасно како је прехрамбена роба у износу од 18.235.693,32 динара окарактерисана у конкретном случају као роба за споствену потрошњу двојице оптужених за период од 9 месеци, што је наравно питање за законодавца.[529]

Да постоје потпуно различита схватања између апелационих судова у погледу појединих питања везано за ову материју, можемо закључити из следећег. Наиме, према једном мишљењу[530] ако је окривљени лажне рачуне тзв. фантомских привредних друштава неосновано користио као одбитну ставку у виду претходног ПДВ-а, тада се не може говорити о законито стеченом приходу као једном од битних елемената овог кривичног дела, јер промета није ни било. Насупрот оваквом ставу, стоји мишљење[531] да није од значаја чињеница што промета робе није било, јер је окривљени књижећи фалсификоване улазне рачуне, неосновано остварио право на одбитак пореза на основу претходно исказаног ПДВ-а, оштећујући тиме буџет РС. У првом случају дошло је до ослобађајуће пресуде, а у другом до осуђујуће. Значи, у погледу исте чињеничне и правне ситуације имамо два потупно различита става у пресудама различитих апелационих судова, а у овом случају Апелационог суда у Новом Саду и Апелационог суда у Крагујевцу.

Посебан проблем представља одузимање имовинске користи код ових кривичних дела. Наиме, као што смо већ навели, уколико се током кривичног поступка утврди да приход није био законит онда се не може радити о пореској утаји већ о неком другом кривичном делу, у ком случају се тај приход не може опорезовати

---

[526] Сопственом потрошњом сматра се и мањак добара, осим мањка који се може правдати вишом силом или на други прописани начин (елементарна непогода, крађа, саобраћајни удес и др.) утврђен на основу акта надлежног органа, односно организације.

[527] Чл. 18. ст. 2. тач. 2. Закона о привредним друштвима, „Службени гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015.

[528] Чл. 10. Закона о рачуноводству, „Службени гласник РС“ бр. 62/2013.

[529] Напомињемо да се ради о прописима који су актуелни у време писања овог реферата.

[530] Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж 1 – 3055/12 од 14.05.2013. (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[531] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-844/15 од 17.11.2015. (непубликована одлука).

већ се мора одузети.[532] Овде треба узети у обзир и став судске праксе да „пореска обавеза и износ који би био обрачунат и плаћен по основу пореске обавезе не улазе у биће... злоупотреба (злоупотребе службеног положаја из чл. 359 КЗ или пак злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 234 КЗ), у смислу последице предметног дела“.[533] На основу претходно изнетог, то би значило, да примера ради, ако неко лице буде осуђено за кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234. КЗ од њега ће се одузети имовинска корист у висини вредности робе коју је незаконито прибавио од привредног друштва продајући је на „црно“, а не у висини избегнутих пореских обавеза. Ово нас даље води до питања да ли је овим радњама окривљеног оштећено привредно друштво? Ако јесте, онда на основу чл. 93. ст. 1. КЗ, уколико буде усвојен имовинскоправни захтев привредног друштва у висини вредности предметне робе, суд неће моћи изрећи одузимање имовинске користи. Таква ситуација могла би довести до тога да се од окривљеног фактички ништа не одузме, јер је његовом предузећу досуђен имовинскоправни захтев, што би било апсурдно. Овоме можемо додати да у том случају ни привредно друштво не може кривично одговарати према чл. 6. Закона о одговорности правних лица за кривична дела,[534] јер за исто није ни остварена корист, већ за физичко лице које се јавља као власник или директор.

3. Примена института продуженог кривичног дела код пореске утаје

У судској пракси често наилазимо на различита схватања у погледу тога да ли је код пореске утаја могуће применити институт продуженог кривичног дела. Ако се прихвати схватање да износи обавеза чије се плаћање избегава прописани у тежим облицима, представљају „квалификаторну околност (која мора бити обухваћена умишљајем учиниоца) без обзира што је она формулисана на исти начин као и код основног облика[535] ... у том

[532] Решење Апелационог суда у Нишу КжЛ бр.431/10 (преузето из: *Билтен Апелационог суда у Нишу*, бр. 1/2010).

[533] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 362/13 од 06.02.2014. (непубликована одлука).

[534] „Службени гласник РС“ бр. 97/2008.

[535] Код основног облика износ обавезе чије се плаћање избегава представља објективни услов инкриминације.

случају, нема никаквих препрека да се у складу са одредбом чл. 61. став 5. примени та конструкција уколико су за њу испуњени законски услови".[536],[537] Тако „апелациони суд налази да је окривљени више истих кривичних дела извршио у временској повезаности, да иста представљају целину због јединственог умишљаја у односу на обрачун и уплату пореза по одбитку, па како је у две пореске године избегао пореске обавезе које прелазе износ од милион и петстохиљада динара, окривљени је извршио продужено кривично дело пореска утаја из чл. 229. ст. 2. у вези ст. 1. КЗ, у чији састав улази и основни облик из чл. 229. ст.1. КЗ...".[538], [539] Међутим, у неким пресудама се заузима став да се износи утајеног пореза у различитим пореским годинама не сабирају.[540] Из изнетог произилази да је примена чл. 61. КЗ делимична, тј. да судови примењују конструкцију продуженог кривичног дела код пореске утаје, али не примењују ст. 5. тог члана, што објашњавају тиме да се не могу сабирати износи из различитих календарских година и тиме доћи до продуженог кривичног дела у тежем облику.

Што се тиче основног облика овог кривичног дела, имајући у виду да прописани износ обавезе чије се плаћање избегава представља објективини услов инкриминације „битна је сума утајеног пореза у једној календарској години, која представља фискалну односно пословну годину, што произилази из одредбе чл. 41. ст. 3. Закона о пореском поступку и пореској администрацији...те је неприхватљиво да се сабирају износи пореских обавеза чије се плаћање избегава у две календарске године".[541] Овакав став је заузет и од Врховног Касационог суда

---

[536] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012., стр. 678-679.

[537] Одредба чл. 61. ст. 5. КЗ-а гласи: „Ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се да је продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца".

[538] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-4670/10 од 24.09.2010 (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[539] Исти став заузет је и у пресуди Апелационог суда у Крагујевцу Кж1- 4088/13 од 18.02.2014. (непубликована одлука).

[540] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1-249/15 од 16.04.2015. (непубликована).

[541] Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж1-2739/11 од 15.04.2013. (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

поводом одлучивања о захтеву за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца.[542]

Интерсантно је и схватање које полази од тода „да је радња извршења кривичног дела пореске утаје...одређена трајним глаголом „даје"...што значи да радња извршења овог кривичног дела подразумева предузимање како само једне делатности, тако и предузимање више делатности које код овог дела представљају јединствену радњу извршења... те у овом случају није било основа за примену одредаба чл. 61. КЗ, јер поступци окривљеног представљају јединствену радњу, а не самостална посебна кривична дела која би могла да уђу у састав продуженог кривичног дела".[543]

4. Осврт на судску праксу везану за кривично дело неуплаћивање пореза по одбитку из чл.229а КЗ

Новелама Кривичног законика из 2009. године, а потом и из 2012. године, унето је, а потом је добило изглед како и данас има ово кривично дело.[544] Једно од спорних питања које се у судској пракси појавило јесте доказивање намере да се не плати порез по одбитку, доприноси и друге прописане дажбине. Постоји мишљење да „сама чињеница пропуштања уплате пореза, по правилу, указује на постојање ове намере ... изузетно, ако је у питању омашка и сл. не би постојала та намера".[545] Овакво схватање произилази из саме законске формулације којом се подразумева да је извршилац већ обрачунао износ пореза по одбитку, доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку и других прописаних дажбина, али их није уплатио на прописани уплатни рачун јавних прихода. Међутим, на другој страни постоји став да та намера није доказана „пре свега имајући у обзир неспорну чињенцу да су окривљени те пореске обавезе приказали у својим пословним књигама, а што посредно упућује на закључак да их нису сакривали са намером да

[542] Пресуда Врховног Касационог суда Кзз 56/11 од 31.08.2011. (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[543] Пресуда Окружног суда у Нишу Кж 1001/06 (преузето са електронске базе: *Propisi.com*).

[544] У теорији се са пуним правом каже да није имало места увођењу ове инкриминације у основно кривично законодавство, те да је наведене радње пре требало прописати као прекршај. Видети: Наташа Делић, *Нова решења у посебном делу КЗ Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 79.

[545] Зоран Стојановић, op.cit., стр. 681.

их никада не плате ... што евентуално може представљати одређени порески прекршај".[546] На овај начин имамо два потпуно различита приступа утврђивању постојања поменуте намере, као субјективног елемета овог кривичног дела, што ће у будућности сигурно изазвати озбиљне полемике. Иначе, проблематика утврђивања намере код овог и претходног кривичног дела је нешто на шта указују и доктрина и судска пракса. Свакако она се утврђује на основу фактичког понашања извршиоца,[547] односно као и свака друга субјективна чињеница њено доказивање се базира на претходно утврђеним објективним чињеницама.

Код овог кривичног дела, може се као озбиљан проблем поставити и питање непостојања објективног услова инкриминације код његовог основног облика, тако да „висина износа који је обрачунат на име пореза по одбитку, а није уплаћен, за разлику од кривичног дела пореске утаје (члан 229.) ирелеванта је".[548] Међутим, шта чинити у случају да је износ обрачунатог, а неуплаћеног пореза и доприноса мали или безначајан? Неки сматрају да у том случају и при том да „су испуњени и други услови, може доћи до искључења постојања кривичног дела применом инситута дела малог значаја".[549] По нашем мишљењу ово решење је, имајући у виду природу овог кривичног дела, дискутабилно, јер сматрамо да недостаје један од обавезних услова прописаних чл.18 ст. 2 КЗ, а то је да је степен кривице учиниоца низак. Тешко би се намера да се не плати порез по одбитку, доприноси и друге прописане дажбине, могла подвести под ниским степеном кривице. У том смислу прихватљивија би била измена КЗ којом би се за основни облик предвидео објективни услов инкриминације.

---

[546] Решење Апелационог суда у Београду Кж2 137/15 од 03.02.2015 (преузето са: http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/izabrane-sentence/krivicno-odeljenje/, приступ 05.04.2016. године).

[547] Мирко Кулић, Горан Милошевић, „Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011, стр. 332.

[548] Зоран Стојановић, op.cit., стр.680

[549] Ibid.

5. Закључна разматрања

Из претходног излагања произлази да је судска пракса доста неуједначена у погледу примене кривичног дела пореске утаје, што изазива несигурност у поступању носилаца правосудних функција, али и правну несигурност грађана. Проблем је још већи што је и код других тзв. пореских кривичних дела, која се налазе у споредном кривичном законодавству, тачније у одређеним пореским законима, судска пракса неуједначена и неретко противуречна, што још више поткрепљује став који смо претходно изнели.[550] Све то доводи до тога да за исту ствар неко буде ослобођен односно осуђен у зависности на подручју које апелације му се суди. Због тога, прво се морају озбиљно анализирати сва спорна тумачења у погледу ове проблематике, а онда указати на могућа решења, ако не путем судских ставова, онда упућивањем предлога законодавцу за измену прописа. Поменути предлог за „изостављање својства стечених прихода као законитих... по аутоматизму не значи успостављање обавезе плаћање пореза у односу на незаконито стечене приходе, али ће свакако довести до још веће конфузије у пракси“.[551] Зато би по нашем мишљењу било потребно размотрити уз помоћ експерата из области јавних финансија измену пореских закона, којом би се јасније и логичније дефинисале одредбе које се тичу пореских кривичних дела и њихове примене у пракси.

На крају наглашавамо да само државе које имају јасне пореске и друге прописе којима се уређује привредно пословање могу удовољити захтевима привредног развоја, што по природи ствари укључује и привлачење директних страних инвестиција.

---

[550] Детаљно о тим другим пореским кривичним делима у: Гордана Илић Попов, „Пореска кривична дела у српском пореском законодавству“, *Наука-Безбедност-Полиција*, бр. 1/2016, стр. 40-56.

[551] Радмила Драгичевић – Дичић, „У сусрет изменама Кривичног законика“, *Билтен Врховног Касационог суда*, бр. 2/2015, стр. 25.

Аднан БАЋИЋАНИН
Више јавно тужилаштво у Новом Пазару

ЗНАЧАЈ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ЗАБРАНЕ ВРШЕЊА ПОЗИВА, ДЕЛАТНОСТИ И ДУЖНОСТИ У СУЗБИЈАЊУ ПРИВРЕДНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Апстракт: *Устав Републике Србије јемчи слободу предузетништва уједно прописујући разлоге под којима се она може ограничити. Имајући у виду значај кривичних дела против привреде у заштити друштвено економског система наше државе, то је сасвим оправдано да се и на пољу кривичног права прокламована слобода ограничи. У том смислу од посебног значаја је мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности из члана 85.Кривичног законика. Наглашавам да у упоредном праву кривична санкција исте или сличне садржине је неретко прописана и као казна што алудира ка томе да предметна забрана има како превентивне тако и репресивно-ретрибутивне учинке.*

У раду ће се анализирати услови за изрицање наведене мере безбедности из Кривичног законика, да би се видео њен могући домашај у заштити привредно-економских односа. Истина, ова мера безбедности није стриктно везана за привредни криминалитет, али се, како статистички подаци показују, у пракси највише изриче за ту врсту криминалних активности. Наравно, биће указано и на проблематику њеног извршења, јер само судске одлуке које имају ваљан правни оквир за њихову егзекутиву могу удовољити основној функцији кривичног права, а то је заштитна функција.

Имајући у виду наведено, аутор ће у раду, служећи се правно догматским, криминално-политичким, статистичким и другим релевантим методама, покушати да анализира меру безбедности забране вршења позива, делатности и дужности у правцу њеног значаја за сузбијање привредног криминалитета, те ће, водећи рачуна о одговарајућим теоријским и практничним приступима израженим у јудикатури, настојати да да извесне предлоге delegeferenda.

Кључне речи: *Забрана вршења позива, делатности и дужности, привредни криминалитет, криминална политика,*

1. Увод

Република Србија се у последњих двадесетак година налази у поступку транзиције и привредне трансформације, те је услед тога изложена бројним безбедносним ризицима, међу којима посебан значај има привредни криминалитет. О привредном криминалитету се у последње време све више пише као о негативној друштвеној кочници како привредног тако и општег друштвеног напретка.

Уставом Републике Србије[552] је у посебном одељку дефинисано начело слободе предузетништва, где се чланом 83. гарантује да је предузетништво слободно и да се може ограничити само законом, ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије. Имајући у виду, такође уставну одредбу о ограничењу људских и мањинских права, са правом се поставља питање да ли се ограничавањем слободе предузетништва задире у зајемчена људска и мањинска права. Но, како се, између осталог, одредба о слободи предузетништва по систематици не налази у одељку људских и мањинских права, то указује да се не ради о индивидуалној слободи и да се стог разлога иста може ограничити.[553]

Дуалистички систем кривичних санкција нашег позитивног кривичног законодавства омогућује да се поред казни, у циљу заштите друштва од криминалитета, учиниоцу кривичног дела, поводом извршеног кривичног дела, изрекну и мере безбедности и на тај начин учиниоци кривичних дела се лише, односно ограниче одређених слобода и права. Позивајући се на општу сврху изрицања кривичних санкција, законодавац је мерама безбедности дао задатак да се њиховим изрицањем отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела. Говорећи уопштено о свим мерама безбедности које познаје наше кривично законодавство, већ на први поглед је очигледно да су оне по својој садржини и циљу санкције како специјалне то тако и генералне превенције.[554]

---

[552]Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98/2006.

[553] M. Pajvančić, *Komentar Ustava RS*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, str.105.

[554]У литератури се обично наводи да мере безбедности немају генерално-превентивно дејство.Међутим, управо ова мера безбедности, као и друге немедицинске мере безбедности, показују да оне нису лишене и овог дејства.

Имајући у виду чињеницу да је за несметан привредни и општи друштвени напредак сваке државе неопходна правна сигурност, те да привредни криминалитет представља озбиљну кочницу у томе, то сматрамо да у сузбијању привредног криминалитета велики значај има, или би бар требало да има, мера безбедности забрана вршења позива, делатности и дужности. Наиме, иако се ради о мери безбедности која се може изрећи и учиниоцима других кривичних дела, то смо сведоци да се ова мера најчешће изриче за ову врсту криминалних активности.

У редовима који следе ћемо управо говорити о значају ове мере у сузбијању привредног криминалитета, као предуслову правне сигурности и владавине права, о генералној и специјалној превенцији изрицања ове мере, осврнућемо се на услове изрицања, али свакако и проблеме њеног извршења,као и друга спорна питања која прате ову меру безбедности.На крају, анализираћемо и статистичке податке који показују у којој мери се изриче ова мера безбедности, а који подаци ће нам свакако указати на њен тренутни утицај у сузбијању привредног криминалитета и посебно нам могу показати њен евентуални домашај у будућности.

2. О мери безбедности забрана вршења позива делатности и дужности

Од свог појављивања, с почетка 20.века, па све до данас, ова кривична санкција је, како у упоредном кривичном законодавству, тако и код нас, имала различит статус у систему кривичних санкција. Кривична санкција којом се забрањује вршење одређене професионалне делатности негде је дефинисана као главна или допунска казна, негде као посебна мера, а негде као мера безбедности. У домаћем законодавству, све до половине прошлог века, ова санкција се изрицала као споредна казна, а затим је преовладало становиште да се ипак ради о кривичној санкцији код које је основ примене опасно стање изражено у опасности понављања кривичног делаи где је основна сврха изрицања отклањање услова који стимулативно делују на понављање кривичног дела, те је из тог разлога сврстана у систем мера безбедности.[555]

---

[555]Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, СЛ Гласник РС, Београд, 2006, стр. 270.

Ради се о немедицинској мери безбедности која је суплементарног карактера и може се изрећи урачунљивом и неурачинљивом учиниоцу.Урачунљивом учиниоцу се изриче уз казну, условну осуду, судску опомену или уз ослобођење од казне, а неурачунљивом учиниоцу уз мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и обавезног психијатријског лечења на слободи.Оно што је карактеристично за ову меру безбедности јесте да се она не може изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела.Иако смо донекле мишљења да овај изузетак даје разне могућности за злоупотребу малолетника у вршењу разних кривичних дела, а пре свега кривичних дела у сфери привреде, ипак с правом преовлађује став о оправданости овог изузетка.[556]

Садржајни смисао ове забране се односи на забрану, на одређено време, одређеног позива, одређене делатности или свих или неких дужности везаних за располагање, коришћење, управљање или руковање туђом имовином, или за чување те имовине.Дакле, предмет забране не може бити свака делатност, већ само она која се има сматрати одређеним позивом, делатношћу или дужношћу.[557]*Позивом* се сматрају делатности којом се неко лице професионално бави, пошто претходно испуни законом прописане услове за вршење одређене професионалне делатности (лекари, адвокати и др.).[558]*Делатности* најчешће значе вршење неких стручних услуга од стране појединаца и оне се обављају, по правилу, у виду заната (трговци, занатлије, угоститељи и др).[559]Трећи облик забране обухвата *дужности* које се односе на *располагање, коришћење, управљање, руковођење или чување* туђе имовине.Под имовином у том смислу треба схватити како одређене ствари, покретне или непокретне, тако и имовинска права.[560]

---

[556]Неки аутори сматрају да је овај изузетак основан, јер није оправдано малолетницима, који су тек закорачили у живот, ограничавати остваривање права на рад које су стекли нешто пре стицања пунолетства, тачније с навршених 15 година живота.Е.Ђоровић, *Систем кривичних санкција Републике Србије*, Државни универзитет у Новом Пазару, Нови Пазар, 2015, стр. 199

[557]Тако нпр.ако неко изврши кривично дело недозвољеног лова или риболова, не може му се изрећи ова мера, јер се таква делатност не може подвести под наведене категорије. Љ.Лазаревић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник РС, Београд, 2007, стр. 270.

[558]F.Bačić i dr, *Komentar krivičnog zakona Socijalističke federativne republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1982, str.275.

[559]Љ. Лазаревић, op.cit., стр. 270.

[560]Ibid, tr.271

2.1. Услови за изрицање

Уз опште услове за изрицање свих мера безбедности прописане у члану 80.Кривичног законика[561] (у даљем тексту КЗ) које смо напоменули у пријашњем делу текста, неопходно је, пре свега, напоменути још један посебан услов за изрицање ове мере безбедности.Тај посебан услов се тиче могућности да би даље вршење таквог позива, делатности или дужности било опасно.Наиме, у члану 85.став 1. КЗ је прописано да:

„Суд може учиниоцу кривичног дела забранити вршење одређеног позива, одређене делатности или свих или неких дужности везаних за располагање, коришћење, управљање или руковање туђом имовином или за чување те имовине, *ако се оправдано може сматрати да би његово даље вршење такве делатности било опасно*“.

Дакле, као посебан услов за изрицање ове мере безбедности законодавац је прописао оправдано уверење да би вршење такве делатности било опасно. Иако се ради „само“ о једном посебном услову, мишљења смо да је овако дефинисан појам постављен прилично широко и даје могућности за паушално тумачење, што свакако доводи до одређених проблема у практичној примени.

Истина, и као такав, усуђујемо се да оценимо да се ради о бољем законском решењу него што је то било у ранијем законодавству.Наиме, чланом 66.Основног кривичног закона,[562] који је важио све до јануара 2006.године, за изрицање ове мере безбедности је поред општих услова, било неопходно и испуњење једног од два, посебно постављена, алтернативна услова: *1) ако је учинилац злоупотребио свој положај, вршење делатности или дужности ради извршења кривичног дела или; 2) ако се оправдано може сматрати да би његово даље вршење такве делатности било опасно.* Овакво решење се с правом у једном делу стручне јавности критиковало и сматрало неадекватним.Према том решењу, то је значило да се код неких кривичних дела која се према законском опису могу извршити само, или по правилу кроз ту злоупотребу,

[561]Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014

[562]Основни кривични закон, „Службени лист СФРЈ”, бр.44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, „Службени лист СРЈ”, бр.35/92, 37/93, 24/94, 61/01, „Службени гласник РС”, бр.39/03.

први, алтернативно постављени услов за примену ове мере безбедности, је увекбио испуњен.[563]

С друге стране, не могу се оспорити ни критике другог дела стручне јавности, који сматрају да је такво раније законско решење било квалитетније од сада важећег, пре свега из разлога јер важеће законско решење не поставља као услов постојање каузалног односа између извршеног кривичног дела и вршења позива, делатности или дужности, као што се то тражи код свих осталих мера безбедности. Такође, као спорно, истиче се и тумачење самог појма „опасности“ даљег вршења делатности, тј. да ли се има тумачити као опасност од поновног вршења кривичног дела, или је треба узети у ширем смислу, као општу опасност по околину од самог вршења такве делатности.[564]

Имајући у виду општу сврху кривичних санкција (члан 4. став 2.КЗ), а пре свега сврху мера безбедности (члан 78. КЗ), где се има за циљ да се отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела, то смо мишљења да се појам „опасност даљег вршења делатности“ треба тумачити као опасност од поновног вршења кривичног дела. Такође, постојање опасности да неко нестручно врши свој посао или да га аљкаво обавља потпуно је кривично ирелевантно, уколико не значи да постоји вероватноћа да ће поновити кривично дело, те се и стога појам опасности мора просуђивати са аспекта даљег вршења кривичног дела.[565]

У том правцу, мишљења смо да би се проблеми у тумачењу ове правне норме могли решити новим законским решењем где би се прецизно дефинисало да би се оправдано могло сматрати да би учинилац вршењем такве делатности могао поновити кривично дело. Иако је у пракси и стручној јавности готово неспорно да опасност треба схватити у смислу опасности од вршења кривичних дела, ипак измене у том правцу сматрамо пожељним, пре свега због тога што прецизност правне терминологије јесте *condicio sine quanon* за правилно тумачење и примену сваке правне норме.

---

[563]З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, “Службени гласник РС“, Београд, 2006, стр. 272.

[564] Љ. Лазаревић, op.cit., стр. 271-272.

[565] G.Tomašević, *Mjere sigurnosti u krivičnom pravu*, Književni krug Split – Pravni fakultet Split, 1986, str.78.

2.2. Изрицање, извршење и престанак мере безбедности забране вршења позива, делатности и дужности

а) Изрицање

Мера безбедности забране вршења позива, делатности или дужности се може изрећи уз општу претпоставку изрицања свих кривичних санкција, под законом прописаним условима који се односе на изрицање свих мера безбедности из члана 80.КЗ и уз постојање посебног услова прописаног у члану 85.ст. 1. КЗ.

Дакле, ова кривична санкција се не може изрећи самостално већ се, према члану 80.ст. 4. КЗ, ова мера безбедности учиниоцу кривичног дела може изрећи уз казну затвора, условну осуду, судску опомену или уколико је учинилац ослобођен од казне.

Уколико изрекне условну осуду, суд може одредити да ће се та осуда опозвати уколико учинилац прекрши забрану вршења позива, делатности или дужности (члан 85. ст.3. КЗ).У том случају забрана почиње да тече од момента правноснажности одлуке којом је мера изречена. Ако се условна осуда опозове пре истека тог рока, протекло време проверавања не урачунава се у време трајања мере, већ оно почиње када буде издржана казна затвора чије извршење било одложено, но ако се условна осуда не опозове, а за дело извршено у време провере буде изречена казна, време док је трајала забрана урачунава се у њен укупан рок, стим што у њега не улази време проведено на издржавању казне.[566]

Изрицање ове мере је увек факултативно, што подразумева да суд у сваком посебном случају дискрециони цени целисходност њеног изрицања.Оправданост овог решења се огледа у садржини мере, могућности њеног дугог трајања, те економских и друштвено-социјалних последица које услед тога могу настати.Наиме, мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности се изриче у одређеном трајању, које не може бити краће од једне године нити дуже од десет година (члан 85. ст.2.КЗ).Стручна јавност сматра да је максимални рок трајања исувише дуг и неоправдан, па чак и кад су у питању најтежа кривична дела, наводећи да није криминално-политички оправдано ни правично забранити учиниоцу да после издржане казне у тако дугом времену (до десет година) не врши позив,

[566]Ibid, стр.273

делатност или дужност.[567]У прилог томе свакако иду и подаци из судске праксе из којих произилази да се ова мера безбедности не изриче у сувише дугом трајању.

У пријашњем делу рада смо говорили о садржајном смислу ове забране, међутим, и поред тога што је ова одредба децидно одредила садржај ове мере, то се у пракси, код изрицања појављују одређене нејасноће.

Наиме, приликом изрицања ове мере безбедности, у судској одлуци се поред дужине трајања мере, мора конкретизовати који позив, делатност, односно дужност се забрањује.[568]Такође, смисао ове забране није да се забрани вршење позива, делатности и дужности за делатност за коју је, на пример, регистровано одређено предузеће у којем је учинилац извршио кривично дело, већ искључиво за делатност коју је учинилац обављао.[569]

Између осталог, у судској пракси се појављују и нејасноће у том смислу да ли се забрана вршења одређене дужности везане за располагање, коришћење, управљање или руковођење туђом имовином, или за чување те имовине, односи само на обављање те дужности у поименично одређеном субјекту пословања, или се та забрана односи, тј. изриче на забрану обављања уопште. Одговор на ово спорно питање треба тражити у тумачењу последњег дела реченице одредбе из чл. 85. ст. 1. КЗ: „ако се оправдано може сматрати да би његово даље вршење *такве* делатности било опасно“. Сматрамо да тумачењем придева „такве“, који стоји уз именицу „делатности“, указује да се та забрана дужности везана за за располагање, коришћење, управљање или руковођење туђом имовином, или за чување те имовине, односи на забрану обављања уопште. У супротном, уместо придева „такве“, стајао би придев „те“.[570]

---

[567]Ibid, стр.273

[568]„У свакој судској одлуци којом се изриче мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности мора се конкретизовати који позив и која самостална делатност је обухваћена забраном“, Решење Апелационог суда у Новом Саду бр.Кж 1 2420/11 од 08.12.2011.године. Преузето из: *Билтен Вишег суда у Новом Саду*, број 3/2012,

[569]„Одредбе чл.85 КЗ не везују изицање мере безбедности забране вршења позива, делатности и дужности за делатност за коју је регистровано предузеће у којем је окривљени извршио кривично дело, већ везују за делатност коју је обављао окривљени“, Пресуда Општинског суда у Нишу К.бр.253/07 и Пресуда Окружног суда у Нишу Кж.бр.1687/07. Преузето из: *Билтен Окружног суда у Нишу*, број 26/2008,

[570]Пресуда Врховног касационог суда, КЗЗ.бр.49/12 од 20.06.2012.године,

Спорним се јавља и поступање у ситуацијама када је ова мера безбедности изречена уз судску опомену или ослобођење од казне, а учинилац се не буде придржавао забране, те би се и у том смислу требало радити на допуни члана 85.ст. 3. КЗ, на који начин би се јасно дефинисало поступање у случају не придржавања забране.

Поред наведеног, у судској пракси се појавило и спорно питање изрицања мере безбедности у тзв.неправом понављању кривичног поступка. Тачније, уколико су учиниоцу изречене две осуђујуће пресуде, а уз казне су изречене и мере безбедности, неспорно је да се у неправом понављању кривичног поступка, према члану 61.КЗ, изриче јединствена казна затвора, али се поставља питање како приликом изрицања јединствене казне изрећи и јединствену меру безбедности.Стога, неким наредним изменама и допунама законских решења би се требало размишљати и о превазилажењу тих проблема.[571]

б) Извршење

Извршење мере безбедности забране вршења позива делатности и дужности је регулисано Законом о извршењу кривичних санкција[572] (чланови 208 и 209).Суд који је у првом степену изрекао ову меру безбедности доставља правноснажну одлуку органу, предузећу или организацији у којој је лице којем је мера изречена запослено, органу надлежном за издавање дозволе или одобрења за вршење одређеног позива или самосталне делатности, надлежном инспекцијском органу, надлежном органу за вођење привредних регистара и пореској управи.Правноснажна одлука доставља се и полицији у месту пребивалишта, односно боравишта лица према којем се ова мера примењује ради уписа у казнену евиденцију.

Када је вршење позива, делатности и дужности везано за дозволу надлежног органа, ова мера се извршава одузимањем дозволе или забраном њеног издавања, за време на које је мера

[571]Питање стицаја мера безбедности би се могло решити налик на законско решење стицаја заштитних мера у прекршајном праву. Наиме, чланом 67 Закона о прекршајима (Сл.Гласник РС, бр.65/13, 13/16) прописано је следеће " Ако је једном пресудом за више прекршаја утврђено више заштитних мера исте врсте за које је прописано да ће се изрећи у одређеном трајању, изрећи ће се јединствена заштитна мера која је једнака збиру трајања појединачно утврђених заштитних мера, с тим да она не може прећи највишу законску границу трајања те врсте заштитне мере"

[572]Закон о извршењу кривичних санкција, *„Службени Гласник РС"*, број 55/2014,

изречена.Меру извршава надлежна инспекција предузимањем радњи којима се лице према којем се мера примењује онемогућава да се бави вршењем одређеног позива, делатности и дужности.О извршењу мере надлежна инспекција обавештава суд који је меру изрекао у првом степену.[573]

в) Престанак

За разлику од осталих мера безбедности, наше кривично законодавство превиђа могућност да мера безбедности забрана вршења позива делатности и дужности, као и мера безбедности забрана управљања моторним возилом, престане и пре времена на коју је изречена.Наиме, чланом 90.ст. 1. КЗ је предвиђено да суд може одлучити да мера безбедности забрана вршења позива, делатности и дужности престане уколико су протекле три године од њеног примењивања. Спорним се донекле сматра од којег тренутка почиње да тече тај рок од три године, тј.да ли од дана правноснажности судске одлуке, или се под почетком примене узима почетак њеног извршења. Ово друго решење се сматра прихватљивијим обзиром да би се у супротном, у одређеним ситуацијама, могло доћи до престанка мере безбедности а да се није ни почело са њеним извршењем.Стога се почетком примене ове мере сматра даном предузимања потребних радњи од стране органа надлежног за извршење, а о којим радњама смо говорили у пријашњем делу рада.[574]

Обзиром да описани начин престанка мере представља само могућност, то суд приликом одлучивања мора узети у обзир понашање осуђеног после осуде, да ли је накнадио штету проуроковано кривичним делом, да ли је вратио имовинску корист стечену извршењем кривичног дела, као и друге околности које указују на оправданост престанка ове мере. (члан 90.ст.2.КЗ).

Поступак за престанак мере безбедности забране вршења позива, делатности или дужности је регулисан Закоником о кривичном поступку[575] (члан 578 до члана 582). Покреће се по

---

[573]Ђ.Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет у Београду, Београд, 2014, стр. 187.

[574] З.Стојановић, op.cit., стр. 280.

[575]Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, број 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

молби осуђеног или његовог браниоца, о којој одлучује вапретресно веће суда који је судио у првом степену.

Одмах по пријему молбе за престанак мере безбедности веће ће испитати да ли су испуњени законски услови за подношење молбе и решењем ће одбацити молбу ако утврдида је поднета од стране неовлашћеног лица, односно ако од дана примењивања мере безбедности или од дана издржане, застареле или опроштене казне нису протекле три године.Ако не донесе решење којим се молба одбацује, веће може извршити потребне провере, утврдити чињенице на које се позива подносилац молбе и прикупити доказе о свим околностима које су важне за одлуку, а нарочито да ли је осуђени накнадио штету проузроковану кривичним делом и да ли је вратио имовинску корист стечену извршењем кривичног дела. Такође, о понашању осуђеног веће може затражити извештај од полиције на чијем је подручју осуђени боравио после издржане, опроштене или застареле казне, а уколико је мера безбедности изречена уз казну затвора, може такав извештај тражити и од завода у којем је осуђени казну издржао.

О молби се одлучује на рочишту коју је наредбом одредио председник већа, и на коју се позивају осуђени и његов бранилац, ако га има, јавни тужилац који поступа пред судом који одлучује о молби, а по потреби и представник завода у којем је осуђени издржао казну затвора.Рочиште тече изношењем разлога од стране осуђеног или његовог браниоца, а у случају њиховог одсуства, председник већа ће укратко изложити разлоге за подношење молбе, након чега се јавни тужилацизјашњава о молби осуђеног.Ако је на рочиште позван и представник завода у којем је осуђени издржао казну затвора, председник већа ће испитати представника о владању осуђеног за време издржавања казне, о извршавању радних обавеза, с обзиром на радну способност осуђеног, као и о другим околностима које указују на оправданост престанка мере безбедности, односно правне последице осуде.

По окончању поступка, Веће ће одмах решењем одбити или усвојити молбу за престанак мере безбедности, на које жалбу могу изјавити осуђени и његов бранилац, као и јавни тужилац.Ако веће одбије молбу за престанак мере безбедности или правне последице осуде, нова молба се може поднети по истеку једне године од дана правноснажности решења.

Такође, неопходно је и напоменути да се мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности може укинути, или

се време трајања може скратити и актом помиловања. (члан 110. КЗ).

3. Статистички подаци изрицања мере безбедности са акцентом на изрицање мере у области привредног криминалитета

Говорећи уопштено о мери безбедности забрана вршења позива, делатности и дужности истакли смо, између осталог, да се ова мераможе се изрећи урачунљивом и неурачинљивом учиниоцу, да се ради о кривичној санкцији суплементарног карактера, те да се урачунљивом учиниоцу може изрећи уз казну, условну осуду, судску опомену или уз ослобођење од казне, а неурачунљивом учиниоцу уз мере безбедности из члана 81. и 82. КЗ.

Имајући у виду да се садржајни смисао ове забране односи на забрану, на одређено време, одређеног позива, одређене делатности или свих или неких дужности везаних за располагање, коришћење, управљање или руковање туђом имовином, или за чување те имовине, то самим тим произилази да предмет забране не може бити свака делатност, већ само она која се има сматрати одређеним позивом, делатношћу или дужношћу.

Такође, апострофирано је да је изрицање ове мере увек факултативно, што подразумева да суд у сваком посебном случају дискрециони цени целисходност њеног изрицања., те у том погледу, битним сматрамо приказ статистичких података који показују на „учесталост“ изрицања ове мере безбедности.

Обзиром да се статистички подаци о изрицању мере безбедности забране вршења позива, делатности и дужности могу користити за бројна истраживања и анализе, ми смо се за потребе овог рада бавили, најпре, подацима који показују проценат изречених мера у односу на укупан број осуђених лица за кривична дела против привреде (табела 4.1.), затим, подацима који показују проценат изречених мера у односу на укупан број изречених мера из области привредног криминалитета (табела 4.2.), те на крају, подацима који показују проценат изречених мера из области привредног криминалитета у односу на укупан број изречених мера (табела 4.3.). Истраживање је вршено за територију Републике Србије за временски период од 2007. до 2014. године.[576]

[576]Подаци су преузети са интернет странице Републичког завода за статистику, http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=146, приступљено дана 10.04.2016.године.

	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
Број лица осуђених за КД против привреде	1161	1287	1228	589	999	932	1169	1543
Број изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности у привреди	6	10	7	6	23	40	36	35
%	0,51	0,77	0.57	1,01	2,30	4,29	3,07	2,26

4.1. Табеларни приказ броја изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности из области привреде у односу на укупан број лица осуђених за кривична дела против привреде

	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
Број свих изречених мера безбедности за КД против привреде	270	241	273	137	295	283	202	181

Број изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности у привреди	6	10	7	6	23	40	36	35
%	2,22	4,14	2,56	4,37	7,79	14,13	17,82	19,33

4.2. Табеларни приказ броја изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности из области привреде у односу на укупан број изречених мера за кривична дела против привреде

	2007.	**2008.**	**2009.**	**2010.**	**2011.**	**2012.**	**2013.**	**2014.**
Број свих изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности	69	93	66	36	72	79	80	67
Број изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности у привреди	6	10	7	6	23	40	36	35
%	8,69	10,75	10,66	16,66	31,94	50,63	45,00	52,23

4.3. Табеларни приказ броја изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности у привреди у односу на укупан број изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности

Анализирајући наведене податке можемо доћи до неколико евидентних чињеница. Наиме, већ на први поглед је очигледно (табела 4.1.), да се, у односу на укупан број лица осуђених за кривична дела против привреде, у веома малом проценту (од 0,51% до 4,29% у зависности од одређене године) изричу мере безбедности забране вршења позива делатности и дужности. То показује да се у судској пракси крајње рестриктивно примењује дискреционо овлашћење суда да учиниоцима кривичних дела забрани бављење професионалне делатности на одређени временски период.

Такође, истина иако је нешто већи проценат него у претходном (од 2,22% до 19,33%), судови се не могу похвалити ни великим процентом изречених мера забране вршења позива делатности и дужности у привреди у односу на укупан број изречених мера безбедности у кривичним делима против привреде (табела 4.2.)

Но ипак, иако се не ради о изразито великом броју изречених мера забране вршења позива, делатности и дужности, очигледно је да судови, (табела 4.3.) од свих области, меру безбедности забране вршења позива делатности и дужности, најчешће изричу у области привреде (од 8,69% до 52,23%).

Оно што је евидентно, и што из наведеног статистичког истраживања заиста охрабрује, то је да се проценат изречених мера безбедности забране вршења позива делатности и дужности из године у годину повећава.

4. Закључна разматрања

Говорећи о Уставом зајемченим, људским и мањинским правима и праву на слободу предузетништва, у уводним редовима смо истакли да се та права могу ограничити само законом и то под тачно одређеним условима.У том смислу смо детаљно анализирали чланове 80.и 85. КЗ, којим су прописани општи а затим и посебни услови за изрицање мере безбедности забрана вршења позива, делатности и дужности.Обзиром да је на наведени начин

законодавац омогућио да се изрицањем и извршењем ове мере отклоне стања и услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела, то смо указали на одређене недостатке у регулисању ове мере безбедности.Наиме, анализом судске праксе уочено је да постоје одређена спорна питања која се тичу услова за изрицање, начина извршења, али и престанка ове мере безбедности.

Како је циљ овог рада пре свега анализа ове мере безбедности и њен тренутни значај и евентуални домашај у сузбијању привредног криминалитета, то се нисмо детаљно бавили одређеним предлозима за нова законска решења. Но ипак смо, у жељи да се избегну практични проблеми у тумачењу, дали предлог да се, уместо законске формулације „опасност даљег вршења делатности“, неким новим законским решењем, та „опасност“ прецизно дефинише на начин да би се оправдано могло сматрати да би учинилац вршењем такве делатности могао поновити кривично дело.

Представљено је да резултати статистичког истраживања ове мере безбедности у односу на укупан број осуђених лица за кривична дела против привреде, и број изречених мера забране професионалне делатности у односу на укупан број мера безбедности у области привреде, указују на прилично рестриктивну политику судова приликом изрицања ове мере безбедности.

На крају, како смо апострофирали да је за несметан привредни и општи друштвени напредак сваке државе неопходна правна сигурност, те да привредни криминалитет представља озбиљну кочницу у томе, то ћемо закључити да сматрамо, да судови и тужилаштва, као стубови правне сигурности, чешћим изрицањем ове мере безбедности, морају узети знатно већу улогуи одговорност у сузбијању привредног криминалитета.

Adnan Baćićanin
Higher Public Prosecutor in Novi Pazar

THE IMPORTANCE OF THE SAFETY MEASURE OF THE PROHIBITION OF A PROFESSION, ACTIVITY, OR DUTY IN THE FIGHT AGAINST ECONOMIC CRIME

Abstract: *The Constitution of the Republic of Serbia guarantees the freedom of entrepreneurship along with the prescribed grounds under which it can limit such freedom. Given the importance of crimes against the economy in the protection of the social economic system of our country, it is entirely justifiable to limit the proclaimed freedoms in the field of criminal law. In this sense, the safety measure of the prohibition of the exercise of a profession, activity, or duty in Article 85 of the Criminal Code is of special importance. I emphasize that in comparative law, criminal sanctions of the same or similar content are often prescribed as a penalty, which alludes to the fact that the concerned prohibition has both preventive and repressive-retributive effects.*

This paper will analyze the conditions for the imposition of the specified safety measure in the Criminal Code in order to see its potential scope in the protection of commercial-economic relations. It is true that this safety measure is not strictly related to economic crimes, but, as statistics show, it is in practice imposed mostly for this type of criminal activity. Of course, this paper will take into consideration the problems of its enforcement, because only court decisions that have a valid legal framework for their executive can fulfill the basic function of criminal law, and that is the protective function.

Given the above, the author in this work will, using the legal dogmatic, criminal-political, statistical and other relevant methods, attempt to analyze the safety measure of the prohibition of the exercise of a profession, activity, or duty following its importance for the fight against economic crime, and will, taking into account relevant theories and practical approaches expressed in the judicature, attempt to provide certain suggestions de lege ferenda.

Александар БЛАНУША
Судија Апелационог суда у Крагујевцу

УЈЕДНАЧЕНА СУДСКА ПРАКСА КАО ТЕМЕЉ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИИ ПОСПЕШУЈУЋИ ФАКТОР ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ

Апстракт. *Намера је аутора реферата да у најбитнијим цртама, у првом делу реферата, изнесе основне појмове о правној сигурности грађана и правних лица посматрано са позиције уједначавања судске праксе, те у најбитнијем да укаже на факторе који утичу, у позитивном или пак негативном слислу, на судску праксу и правну сигурност, са посебним освртом на највише инстанце правосудних органа и њихову одлучујућу улогу код уједначавања судске праксе.*

Циљ који је постављен пред други део реферата састоји се у приказу конкретних резултата у правцу уједначавања судске праксе, уз напомену аутора да је сходно планираном обиму реферата дат приказ само једног дела усвојених правних ставова са заједничких седница представника кривичних одељења највиших судских инстанци, будући да је, како на тим седницама тако и на седницама кривичних одељења свих апелационих судова, разматрано знатно више спорних правних питања са циљем уједначавања судске праксе и правне сигурности како грађана Републике Србије тако и осталих грађана и правних лица који боравком односно пословањем, поред осталог и ради директних страних инвестициа, на територији Републике Србије подлежу њеним прописима.

1. Уједначена судска пракса и њен утицај на правну сигурност

„Закони једне земље морају да важе једнако за све, осим уколико објективне разлике оправдавају различитост“[577], што подразумева како писање закона тако и њихову примену на ничин који ће све грађане, како те државе тако и стране,али и правна лица, једнако третирати на својој територији.

Основна замисао код уједначавања судске праксе је да судски поступци пред судовима исте државе, у идентичним чињеничним околностима, морају да резултирају истим одлукама код решавања правних питања. То се може обезбедити само дугорочном и доследном применом закона без које нема правне сигурности грађана, не само држављана Републике Србије већ и свакога ко се затекне из било ког разлога на територији Републике Србије, односно територији правно стабилне државе где исход судског спора не смеда зависи од тога који суд или пак судија решава конкретну правну ствар.

Таква правна сигурност неспорно је од великог значаја за привлачење директних страних инвестиција, јер капитал „бежи“ са правно неуређене и правно нестабилне територије.

Међутим, уједначавање судске праксе представља веома захтеван задатак на чије остварење нужно утиче више фактораод којих зависи и да ли ће уједначена судска праксаимати, поред неспорних позитивних ефеката и (евентуалне)контраефекте.

Пре свега, треба решити питање механизма уједначавања судске праксе на свим нивоима правосудних органа, те обавештености судија о пресудама других судија и судова и усвојеним правним ставовимакоји се односе на исте или пак истоврсне правне ствари.

Судији мора да буде на располагању једноставан начин помоћу којег ће у сваком тренутку бити у могућности да дође по податка да ли је и који суд или судија одлучивао у правној ствари која има заједничке елементе, односно правно питање, као и правна ствар коју тај судија решава, те да ли је и на ком нивоу заузет правни став у вези тог спорног питања.

577 Том Бингам, судија, Велика Британија, „Владавина права“.http://www.law.cf.ac.uk/newsandevents/public_lecture_archive.php, март 2016.

Главну улогу у Републици Србији, као и у већини других држава,у уједначавању судске праксе, па и по питању механизма којим ће се остварити тај циљ, имају судови највиших инстанци, пре свега Врховни касациони суд са планом активности за уједначавање судске праксе[578], те апелациони судови са закљученим Споразумом председника апелационих судова о организацији, месту и времену одржавања заједничких седница апелационих судова у периоду до 2018. године(од 16. јануара 2015. године[579]), на којима се разматрају она спорна правна питања за која се оцени потреба уједначавања судске праксе.

Поред активности највиших судских инстанци, од посебног значаја за уједначавање судске праксе су одлуке Европског суда за људска права[580]које су поставиле стандарде којима треба да се воде судије домаћих судова.Ту посебно треба указати на пресуду Живић против Србије[581], где је Европски суд за људска права навео, поред осталог, да у свим случајевима који се односе на исто чињенично стање треба да дође до истог исхода пред судом и да неуједначена судска пракса доводи до повреде права на правично суђење.

Када се реше веома значајна техничка питања у вези механизма уједначавања судске праксе намећу се друга, суштинска, међу која спадају и она која се баве не само позитивним већ и (евентуалним) контраефектима у смислу да ли се уједачавањем судске праксе, које има за циљ отклањање озбиљне недоследности у пракси различитих судова[582] (позитиван ефекат),

---

[578]Начини на које Врховни касациони суд уједначава судску праксу огледају се у следећем:Кроз одлуке које доноси по захтевима за заштиту законитости, усвајањем сентенци из одлука, те правних схватања, ставова и закључака, учешћем на састанцима представника кривичних одељења апелационих судова, стручним надзором и контролом рада апелационих судова, одговорима на спорна правна питања нижестепених судова, одговарајућим публиковањем својих образложених одлука и ставова, и организацијом годишњег саветовања свих судова тзв. „Судијски дан". (Публикација „Уједначавање судске праксе – изазови и могућа решења, Издавач Мисија ОЕБС у Србији, аутори Д. Милојевић, С. Андрејевић, В. Крстајић).

[579]Текст Споразума налази се на сајту Врховног касационог суда, http://www.vk.sud.rs/sr-lat/ujedna%C4%8 Davanje-sudske-prakse, март 2016.

[580]О Европском суду за људска права видети: сајт Савета Европе, Канцеларија Савета Европе у Београду,http://www.coe.org.rs/def/tdoc_sr/council_of_europe/coe_institutions/?conid=18, март 2016.

[581]Текст пресуде налази се на http://www.paragraf.rs/zastupnik/zivic.html,

582 Видети: „Радионица посвећена питањима уједначавања судске праксе", Сајт Врховног касационог суда, http://www.vk.sud.rs/sr/%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%B8%

нарушава независност правосуђа[583] (контраефекат), у вези чегатреба указати на текст Препоруке 2010(12) Савета Европе[584] да „судије морају имати неспутану слободу да доносе пресуде непристрасно, у складу са законом и сопственим тумачењем чињеничног стања“, те да механизам уједначавања судске праксе не сме да угрози ову слободу.

Као даље питање намеће се како спречити да механизам уједначавања судске праксе[585] не осујети њен даљи развој (следећи потенцијални контраефекат), будући да се друштво налази у сталном кретању и мењању па се и поједина тумачења правних норми временом јављају као застарела јер не прате друштвене промене. Ту посебну улогу имају одељења судске праксе у другостепеним и Врховном касационом суду, будући да ниједна одлука не може да изађе из суда ако није прошла кроз ово судско одељење.

Она прате и проучавају судску праксу, уз могућност иницирања преиспитивања раније усвојеног правногставауправо због развоја судске праксе у смислу праћења друштвених кретања,

---

D1%86%D0%B0-%D0%BF%D0%BE%D1%81%D0%B2%D0%B5%D1%9B%D0%B5%D0%BD%D0%B0-%D0%BF% D0% B8% D1%82%D0%B0%D1%9A%D0%B8%D0%BC%D0%B0-%D1%83%D1%98%D0%B5%D0%B4%D0%BD% D0%B0%D1%87%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B0-%D1%81%D1%83%D0%B4%D1%81%D0%BA%D0%B5-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1 %81%D0%B5, март 2016.

583Видети: „Дан опомене за независност правосуђа“,СаопштењеМЕДЕЛ-а (Европско удружењесудијаијавнихтужилацазадемократијуислободе), Сајт Друштва судија Србије, http://sudije.rs/sr/medel-kutak/dan-opomene-za-nezavisnost-pravosudja.

584Друштво судија Србије, Judges' association of Serbia http://www.sudije.rs/files/file/%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%80%D0%B8%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%90%D0%9F%2023/Prilog%20broj%2010_%20o%20obaveznosti%20sudske%20prakse.pdf, март 2016.

585Врховни касациони суд и Мисија ОЕБС у Србији, организовали су Регионалну конференцију „Уједнача-вање судске праксе – искуства из региона“, 19.11.2015. године, где је разматрано и питање механизама уједначавања судске праксе, Видети „Уједначавање судске праксе – искуства из региона“, http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/%D0%A0%D0%B5%D0%B3%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D0%BD%D0%B0%20%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%84%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%BD%D1%86%D0%B8%D1%98%D0%B0%20%D0%A3%D1%98%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B0%D1%87%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D1%81%D0%BA%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%81%D0%B5%20-%2019.11.2015.%20%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%B5%20.pdf, март 2016.

упознају судије и судијске помоћнике са усвојеним правним ставовима, могу да укажу на неправилности у доношењу одлуке али не смеју да наруше независност судија[586].

На правну сигурност, као циљ уједначавања судске праксе, свакако утицаја има и суђење у разумномроку[587] без чега нема ни поштовања права на судску заштиту, јер је немогуће говорити о поштовању овог права ако се суди дуго, споро и толерисањем неажурности странака и других учесника у поступку. То се пре свега чини процесним законима[588] али и одредбама мимо процесних закона[589] у циљу растерећења судова.

Када је реч о кривичној материји треба посебно указати на проблеме судске праксе код раније законске формулације кривичног дела злоупотреба службеног положаја из чл. 359 Кривичног законика и сада код кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234 истог Законика[590]. Различито тумачење ових одредаба Кривичног законика последица је недовољно јасно и прешироко одређеног бића ових кривичних дела, у вези чега је на једном од стручних скупова и стављена примедба да потенцијалном страном инвеститору није јасно шта је, у кривичноправном смислу (када је реч о овим кривичним делима), код нас дозвољено а шта није. У настојању да се прецизније одреди биће овог кривичног дела дошло је до наведене измене Кривичног законика код кривичног дела из чл. 359 и увођења у кривично законодавство новог кривичног дела из садашњег чл. 234, међутим, то би требало да представља само прелазно решење до потпуне измене Главе двадесет друге – Кривична дела против привреде.

---

[586]Регулисано чл. 200 Судског пословника, "Сл. гласникаРС", бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 - ispr. i 39/2016

[587]Видети на сајту Врховног касационог суда „О заштити права на суђење у разумном року – Надлежност Врховног касационог суда у заштити права на суђење у разумном року“ http://www.vk.sud.rs/sr-lat/u-za%C5%A1titi-prava-na-su%C4%91enje-u-razumnom-roku, март 2016.

[588]Законик о кривичном постпку, "Сл. гласникРС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014)

[589]Закон о уређењу судова, "Сл. гласникРС ", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон i 13/2016)

[590]„Сл. гласник РС“ бр. 121/12

Такође, нужна је измена и бића кривичног дела пореска утаја из чл. 229 Кривичног законика[591], будући да из досадашње судске праксе неспорно произилази да је код овог кривичног дела спорнотумачење законске формулације „законито стечени приходи“, што је довело до различитих судских одлука и тиме правне несигурности која може имати негативне последице и у погледу директних страних инвестиција, будући да је реч о једном од најбитнијих кривичних дела која су у вези са привредним пословањем.

2. Конкретни примери уједначавања актуелне судске праксе

У тексту који следи даје се приказнеких спорних правних питања (односно усвојених ставова) по избору аутора реферата, која су била на дневном реду заједничких седница представника Врховног касационог суда и апелационих судова Републике Србије, у циљу уједначавања судске праксе, од почека 2015. године па до дана израде реферата:

На заједничкој седници представника кривичних одељења Врховног касационог суда и апелационих судова, одржаној дана 27.3.2015. године, уједначена је судска пракса у погледу следећих спорних правних питања:

1. Постоји ограничење тужиоца на претресу пред другостепеним судом, у смислу да не може бити измене чињеничног описа кривичног дела у оптужном акту на штету оптуженог, с тим што се појам „у корист оптуженог“ мора тумачити у најширем смислу те речи, па свака измена оптужног акта на начин који није од користи за оптуженог није дозвољена.[592]

2. Као дан упознавања јавног тужиоца са материјалом прикупљеним коришћењем посебних доказних редњи, треба узети дан достављања тог материјала тужиоцу од стране судије за

[591]У току је процедура измене чл. 229 Кривичног законика, где би из текста закона била брисана формулација „законито стечени приходи“, с тим што из тога, ако предлог измене буде усвојен, не треба извести закључак да ће грађани плаћати порез и на „незаконото стечене приходе“, односно бити дужни да пријави криминалну делатност, а тиме и себе као учиниоца, како би на приход из такве делатности био опорезован.

[592]Чл. 450 ст. 5 Законика о кривичном поступку

претходни поступак, па се рок од шест месеци за доношење решења о уништењу тог материјала, рачина од тог дана.[593]

3. Уколико одређена битна повреда одредаба кривичног поступка није истакнута у жалби, првостепена пресуда се не може због те повреде укинути по службеној дужности.[594]

4. Више радњи кривичног дела насиље у породици, извршених према истом оштећеном лицу у одређеном временском размаку, представља једно кривично дело, а не продужено кривично дело.[595]

На заједничкој седници представника кривичних одељења Врховног касационог суда и апелационих судова, одржаној дана 2.10.2015. године, уједначена је судска пракса у погледу следећих спорних правних питања:

1. Чл.79 ЗМ[596] изричито прописује у којим случајевима малолетник може да сноси трошкове поступка, па је без утицаја да ли је бранилац ангажован или је пак постављен по службеној дужности.

2. Код кривичних дела код којих је прописано обавезно одузимање предмета (основ по чл. 87 ст. 3 КЗ)[597], што важи и за кривично дело из чл. 350 ст. 5 КЗ (јер прописује такво обавезно одузимање), предмети који су били употребљени или намењени за извршење кривичног дела ће се одузети, при чему је без утицаја на одлуку питање да ли постоји опасност да ће се конкретни предмет поново употребити за извршење кривичног дела или пак да ли је одузимање неопходно ради заштите опште безбедности или моралних разлога.

---

[593]Чл. 161 ст. 3 Законика о кривичном поступку

[594]Чл. 451 ст. 1 Законика о кривичном поступку

[595]Чл. 194 ст. 1Кривичног законика,"Сл. гласникРС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 -испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014

[596]Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, "Сл. гласник РС", бр. 85/2005

[597]Мисли се на обавезно изрицање мере безбедости одузимање предмета из чл. 87 Кривичног законика

3. Кривично дело недавање издржавања[598] може бити трајно или продужено кривично дело, у зависности од чињеничног описа дела. Трајно кривично дело би постојало у случајевима када се издржавање не даје у континуираном периоду, док би продужено кривично дело постојало у случају понављања радње извршења према истом лицу у различитим временским интервалима, уколико су испуњени остали услови за продужено кривично дело.

На заједничкој седници представника кривичних одељења Врховног касационог и апелационих судова, одржаној дана 4.12.2015. године, уједначена је судска пракса у погледу следећих спорних правних питања:

1. Ако је правноснажном пресудом којом је осуђеном изречена условна осуда изречена и мера безбедности обавезно лечење наркомана[599]или мера безбедности обавезно лечење алкохоличара[600], те одлучено да ће се условна осуда опозвати ако се осуђени не повргне лечењу или га самовољно напусти, суд може под тим условом, у смислу одредбе чл. 534 ст. 1 ЗКП, опозвати условну осуду јер осуђени није испунио обавезе које су му правноснажном пресудом наметнуте уз условну осуду, у смислу одредбе чл. 65 ст. 2 КЗ, а уколико пресудом није одређено да ће се условна осуда по овом основу опозвати мера безбедности се може принудно извршити, у смислу одредаба чл. 83 ст. 6 КЗ или 84 ст. 5 КЗ, а условна осуда не може опозвати.

2. Трошкови[601] се не могу подвести под „обавезе предвиђене кривичноправним одредбама“, у смислу одредбе чл. 46 ст. 3 КЗ, односно под „обевезе предвиђене кривичним законом“, у смислу одредбе чл. 567 ст. 2 ЗКП, па се сходно томе не може у решењу којим се усваја молба за условно отпуштање са издржавања казне затвора одредити да је осуђени дужан да плати трошкове кривичног поступка на чије је плаћање обавезан правноснажном пресудом по којој издржава казну и у вези које је поднео молбу за условни отпуст.

---

[598]Чл. 195 Кривичог законика

[599]Чл. 83Кривичног законика

[600]Чл. 84Кривичног законика

[601]Чл. 261 Законика о кривичном поступку

3. Када нема доказа да је окривљени учинио теже кривично дело, односно дело квалификовано тежом последицом, а у диспозитиву оптужног акта су описани сви битни законски елементи како тог тежег, тако и лакшег кривичног дела, суд је овлашћен да окривљеног огласи кривим за то лакше кривично дело, при чему ће у изреци осуђујуће пресуде[602] изоставити оне елементе тежег кривичног дела који нису доказани и о томе у образложењу пресуде дати разлоге, чиме ће оптужба бити решена у целости.

4. Посебно решење о висини трошкова[603] након одржаног претреса пред другостепеним судом, у смислу одредбе чл. 262 ст. 2 ЗКП, доноси председник већа, а о жалби која је дозвољена на то решење одлучује друго веће истог суда.

5. Првостепени суд није везан предлогом тужиоца из завршне речи[604] у вези врсте и висине кривичне санкције, док другостепени суд нема овлашћења да по жалби овлашћеног тужиоца на одлуку о кривичној санкцији преиначи првостепену пресуду изрицањем казне затвора у дужем трајању од казне која је у жалби предложена.

На заједничкој седници представника кривичних одељења Врховног касационог и апелационих судова, одржаној дана 25.3.2016. године, уједначена је судска пракса у погледу следећих спорних правних питања:

1. Када једно лице осуђено на две или више казни тзв. „кућног затвора“[605] затражи да се на исте примени институт спајања казни[606], ако су испуњени услови из чл. 552 ЗКП, суд ће пресудом преиначити раније пресуде у погледу одлуке о казни и изрећи јединствену казну затвора[607], а уколико та казна прелази

---

[602]Чл. 428 ст. 3 и 5 Законика о кривичном поступку

[603]Када се у тренутку доношења пресуде, или друге судске одлуке, не располаже са подацима од којих зависи висниа трошкова.

[604]Чл. 412 и 413 Законика о кривичном поступку

[605]Чл. 45 ст. 5 Кривичног законика

[606]Чл. 552 Законика о кривичном поступку

[607]Чл. 60 Кривичног законика

једну годину онда се иста може извршити само у пеналним условима, односно у заводу за извршење казне затвора.

2. Када завод у писаном предлогу или представник завода на рочишту за пуштање осуђеног на условни отпуст[608] и даље наводи да код осуђеног постоји средњи степен ризика, али се истовремено наводи и да осуђени треба да буде условно отпуштен са издржавања казне и то детаљно и убедљиво образложи, као и када је у извештају, у суштини, дато позитивно мишљење за условни отпуст, али није изричито предложен условни отпуст већ се одлука оставља суду на оцену, па и када се завод уопште не изјашњава у том правцу, не искључује се могућност суда да донесе позитивну одлуку ако постоје законски услови за пуштање осуђеног на условни отпуст, с тим што ће се то ценити у сваком конкретном случају.

3. Присуство осуђеногради издржавања казне затвора коју ће издржавати у просторијама у којима станује[609], а који је тренутно недоступан, има се обезбедити на исти начин као у ситуацији када осуђени казну затвора треба да издржава у заводу за извршење казне затвора, па се у таквој ситуацији осуђени који треба да издржи казну затвора у кућним условима има привести на издржавање казне затвора у кућним условима, а одредбе чл. 29 ст. 2 и ст. 3 Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера[610] и чл. 45 ст. 6 КЗ односе се само на ситуацију када осуђени након што је већ отпочео са издржавањем казне у просторијама у којима станује самовољно напусти исте, што овде није случај.

4. Другостепени суд не може у седници већа[611], усвајањем жалбе јавног тужиоца, да преиначи првостепено решење тако што би млађем пунолетном учиниоцу кривичног дела уместо васпитне мере била изречена друга одговарајућа кривична санкција која је законом прописана за пунолетне учиниоце кривичних дела, нпр. казна затвора. Првостепа одлука на овај начин може бити

---

[608]Чл. 46 Кривичног законика

[609]Чл. 45 ст. 5 Кривичног законика

[610] "Сл. гласникРС", бр. 55/2014

[611]Чл. 447 Законика о кривичном поступку

преиначена само након одржаног претреса пред другостепеним судом[612].

5. Суд трећег степена[613], независно од тога да ли је у истом предмету првостепена пресуда већ била укидана, овлашћен је да једном укине другостепену пресуду и предмет врати другостепеном суду на поновно суђење, будући да се у овом поступку више не одлучује о првостепеној пресуди.

6. Суд је овлашћен да окривљеног огласи кривим за теже кривично дело[614] у односу на правну оцену дела коју је дао јавни тужилац, уколико су битни законски елементи тог тежег дела садржани у чињеничном опису дела из оптужбе, будући да одредба чл. 420 ст. 1 ЗКП одређује да суд није везан правном квалификацијом кривичног дела из оптужног акта.

[612]Чл. 449 Законика о кривичном поступку

[613]Чл. 463 Законика о кривичном поступку

[614]Критеријуми за оцену „тежине“ кривичног дела су различити, али је најчешће од значаја висина запрећене казне али може бити од значаја и да ли је прописана споредна казна, обавезно изрицање мере безбедности и др.

Оливера БОЈОВИЋ

Судија Апелационог суда у Крагујевцу

ИЗМЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НЕКА КРИВИЧНА ДЕЛА И ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА КАО ФАКТОРИМА СИГУРНОСТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Размишљајући, шта бих, као судија који се дуго бави кривичним правом, могла да напишем о овој теми, наишла сам на тек објављену вест на интернет страници (b92), да је са фирмом „Хачинсон“ (Француска) закључен Уговор око изградње производног погона површине око 6000 м2 за израду црева за расхладне уређаје. Влада Републике Србије је уложила 1.9 милиона евра подстицаја, Локална самоуправа је дала земљиште (7,8 ха) за изградњу производног погона и приступне саобраћајнице. Господин Шато представник фирме „Хачинсон“ је изјавио да се фирма одлучила за директна улагања у Републици Србији због квалитета и расположивости људског ресурса. (Уговорено је да се на овај начин запосли 200 радника). Вредност инвестиција је 7.3 милиона евра.

Када се говори о страним директним инвестицијама, оне подразумевају дугорочне стране инвестиције које врши правно лице у односу на друго правно лице у другој држави. Стране директне инвестиције имају, осим директног утицаја на правно лице у које се улаже нови капитал, и на укупну привреду једне земље. Стране директне инвестиције омогућавају трансфер технологије, менаџментских вештина и знања, подстицање конкуренције у земљи и приступ новим тржиштима.

Стране директне инвестиције се могу поделити на оне извршене у нова правна лица (енг. greenfield) и у већ постојећа правна лица (енг. braunfield).

Значајни фактори за стране директне инвестиције су величина тржишта, трошкови радне снаге, политичка стабилност, у случају европских земаља чланство односно статус у вези са чланством у Европској унији, субвенције по основу страних директних инвестиција и то како на нивоу државе, тако и на локалном нивоу.

Осим фирме „Хачинсон“, поменула бих још неке од највећих страних директних инвестиција: „Теленор-мобтел“ Београд, „Газпром Нефт-Нис“ Нови Сад, „Фиат аутомобили“ – Крагујевац, „Philip Morris“ –

ДИН Ниш, „Стада-Хемофарм“ Вршац, „Хенкел“- Крушевац и многе друге.

На овом месту се нећу бавити укупним обимом страних директних инвестиција, у последњих 15 година, детаљима погодности које пружа Република Србија, јер то није област којом се ја бавим, али као правник и грађанин, свакако сматрам да је у интересу Републике Србије и њених грађана интезивирање страних директних инвестиција због великог значаја за нашу привреду, а нарочито повећање запослености, те да им треба обезбедити правну сигурност.

Стога бих се вратила на терен правне регулативе, а посебно кривичног законодавства. Како је већ речено стране директне инвестиције се могу улагати у нова правна лица и у већ постојећа правна лица, па бих се прво кратко осврнула на Закон о привредним друштвима којим се уређује правни положај привредних друштава, а нарочито њихово оснивање, управљање, статусне промене, промене правне форме, престанак и друга питања од значаја за њихов положај, као и правни положај предузетника.

Одредбе овог закона примењују се и на облике обављања привредне делатности који су основани и послују у складу са посебним законом, осим ако је тим законом другачије прописано (чл. 1 Закона).

Према чл. 2 овог закона, привредно друштво је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити. Правне форме привредног друштва регулише чл. 8 Закона и то су: ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Закон о привредним друштвима садржи 14 делова и 600 чланова:

Део први Закона регулише основне одредбе, предмет закона, основне појмове и оснивачки акт; статут и уговоре у вези са друштвом; одговорност за обавезе друштва; седиште друштва и пријем поште, пословно име; заступање и заступнике; имовину и капитал друштво, посебне дужности према друштву и право на информисање чланова друштва.

Део други носи назив „предузетник“ детаљно регулише појам предузетника, имовину, седиште и остала права и обавезе.

Део трећи – правне форме привредних друштава, подељен је на четири главе. Глава прва регулише ортачка друштва (чл. 93-124); глава друга командитно друштво (чл. 125-138); глава трећа друштво са ограниченом одговорношћу (чл. 139-244) и глава четири акционарско друштво (чл. 245-469).

Из овог кратког приказа структуре Закона о привредним друштвима може се несумњиво закључити да је посебна пажња

посвећена и да је најдетаљније разрађена и регулисана правна форма-акционарског друштва.

Део четврти регулише стицање и располагање имовином велике вредности; део пети посебна права несагласних акционара; део шести промену правне форме; део седми регулише статусне промене; део осми принудни откуп акција и право на продају акција; део девети ликвидацију друштва; део десети регулише повезивања привредних друштава; део једанаести огранак привредног друштва и представништво страног привредног друштва; део дванаести пословна удружења; део тринаести садржи казнене одредбе.

Део тринаести има три главе:

-прва која предвиђа четири кривична дела: кривично дело давање изјаве неистинитог садржаја (чл. 581); закључење правног посла или предузимање радње у случају постојања личног интереса (чл. 582); повреда дужности избегавања сукоба интереса (чл. 583) и кривично дело повреда дужности заступника да поступа у складу са ограничењима овлашћења за заступање (чл. 584 Закона о привредним друштвима);

-друга глава регулише привредне преступе, а глава три прекршај физичких лица.

Као што је наведено Закон о привредним друштвима детаљно регулише, основне појмове, правне форме друштва и друга важна питања пословања правних лица и предузетника што представља један од фактора правне сигурности страних директних инвестиција.

Оно што сматрам врло интересантним за правну сигурност и подстицајни фактор за директне стране инвестиције су и измене нашег Кривичног законодавства, посебно Кривичног законика.

На овом месту се нећу бавити свим кривичним делима која би могла бити од значаја, већ бих се задржала на кривичном делу злоупотреба службеног положаја, које је у последњих неколико година знатно измењено.

Наиме, у нашем Кривичном законодавству кривично дело злоупотреба службеног положаја (чл. 359 Кривичног законика „Службени гласник РС“ број 85/05) није ново кривично дело и сврстано је групу кривичних дела против службене дужности. Према Кривичном законику који је почео да се примењује од 01.01.2006. године ово кривично дело из чл. 359 је имало четири става: став 1. службено лице које искоришћавањем свог службеног положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог службеног овлашћења или не вршењем своје службене дужности прибави себи или другом какву корист, другом нанесе какву штету или теже повреди права другог, казниће се... Ставови 2 и 3 су предвиђали два тежа облика због висине

прибављене користи односно причињене штете (тзв. користољубива злоупотреба службеног положаја) и ст. 4. одговорно лице у предузећу, установи или другим субјекту које учини дело из ст. 1. до 3. овог члана казниће се... Према радњи извршења ово дело се може појавити у три облика: искоришћавањем службеног положаја или овлашћења, прекорачењем граница службеног овлашћења и не вршењем службене дужности. У погледу одговорности и кажњивости са службеним лицем је било изједначено одговорно лице у предузећу, установи или другој организацији (ст. 4.).

Према чл. 112 истог Законика, осим значења израза службено лице (ст. 3.) у ставу 5. је било предвиђено да се одговорним лицем сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу, установи или другом субјекту којем је, с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења, поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова. Одговорним лицем сматрало се и службено лице кад су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у овом законику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица.

Напомињем да су наведене одредбе чл. 112 Кривичног законика тзв. интерпретативне њима се одређује или допуњује садржина појединих термина или појмова употребљених у законику и обавезни су за суд који примењује одредбу овог члана законика у коме су употребљене.

Кривични законик („Службени гласник РС“ број 85/05 и др.) измењен је и допуњен Законом о изменама и допунама („Службени гласник РС“ бр. 72 од 03.09.2009. године) тако да је чл. 359 сведен на три става. Овде нам је интересантан став 1. службено или **одговорно** лице које искоришћавањем свог службеног положаја и овлашћења, прекорачењем границе свог службеног овлашћења или не вршењем своје службене дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу какву корист, другом нанесе какву штету или теже повреди права другог, казни ће се..., јер је одговорно лице пребачено из става 4. у став 1., док су став 2. и 3. тежи облици, који се строжије кажњавају и нису мењани у погледу висине прибављене имовинске користи и прописаних казни.

Након ове измене донет је Закон о изменама и допунама кривичног законика („Службени гласник РС“ број 121/2012), који је ступио на снагу 01.01.2013. године, изузев чланова 21 и 35 за које је

било предвиђено да ступају на снагу дана 15.04.2013. године. Овде су нам интересантни чланови 12, 21 и 35.

Наиме, чланом 21. измењен је раније постојећи члан 234 КЗ, тако што се наслов изнад овог члана мења и гласи: „злоупотреба положаја одговорног лица“, а нови чл. 234 КЗ предвиђа у ставу 1. „одговорно лице које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог овлашћења или не вршењем своје дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, казниће се... Чланови 2. и 3. су тежи облици због висине прибављене имовинске користи и запрећене казне;

Док је чланом 35 предвиђено да се у члану 359 став 1 КЗ речи „или одговорно“ бришу.

Шта се у ствари изменило?

Прво, кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица (садашњи чл. 234 КЗ) сврстан је у групу кривичних дела против привреде. То више није кривично дело против службене дужности, затим измењен је и појам одговорног лица. У том смислу занимљив је члан 12 став 2 Закона о изменама и допунама кривичног законика, којим је прописано да се у члану 112 став 5 мења и гласи: „одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова. Одговорним лицем сматра се и службено лице кад су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у овом законику нису предвиђена у глави о кривичним делим против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица“.

У том смислу нам је интересантна одлука Врховног касационог суда Кзз-ОК-3/2013 од 04.04.2013. године. „...Изменом Кривичног законика, одговорним лицем у правном лицу више се не сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања, осим уколико му је на основу закона, прописа или овлашћења поверено вршење одређених послова управљања, надзора или других послова из делатности правног лица или их он фактички обавља. То значи да власник субјекта привредног пословања које има статус правног лица, само када има овлашћење за вршење, или фактички врши управљачке, надзорне или друге послове из делатности тог правног лица – има статус одговорног лица када су у питању кривична дела чији извршилац може бити одговорно лице у правном лицу... за стицање статуса одговорног лица небитно је на основу чега је ово овлашћење стечено, већ је битно да оно постоји. Такво овлашћење може

проистећи из формалног акта као што је оснивачки акт правног лица, уговор и слично, а може и без таквог акта бити фактички поверено... дакле, чињеница да власник правног лица, само по том основу, у смислу одредбе члан 112 став 5 КЗ, више није одговорно лице, не значи да ни у ком случају не може имати такав статус. Свако лице, па и власник правног лица, уколико на основу закона, прописа или овлашћења, има овлашћење да фактички врши управљачке, надзорне или друге послове из делатности правног лица – може се сматрати одговорним лицем. То значи да власништво над правним лицем не искључује апсолутно такво лице као могуће одговорно лице у смислу одредбе члана 12 став 2 Закона о изменама и допунама Кривичног законика.

Финална јавна расправа Нацрта Закона о изменама и допунама кривичног законика одржана је дана 28.05.2015. године. Чланом 23 Нацрта мења се глава XXII важећег Кривичног законика која се односи на кривична дела против привреде. Дата је нова систематика кривичних дела против привреде, према њиховој сродности и уместо 25 кривичних дела колико их у овој глави има према важећем Кривичном законику, Нацрт закона предвиђа 33 кривична дела.

Посебно када је реч о кривичном делу злоупотреба положаја одговорног лица (члан 234 важећег Кривичног законика) у пракси и даље постоје неке дилеме и недоумице у пракси судова. С тога је и на финалној јавној расправи констатовано, а препоручено је и у Образложењу нацрта да је неопходно да се у закону изричито предвиди да је ово кривично дело супсидијарно. У Нацрту закона кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица (као члан 229) у ставу 1. предвиђа да одговорно лице које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или не вршењем своје дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела, казниће се... док су став 2. и 3. као тежи облици остали неизмењени. Оваква формулација овог кривичног дела, ограничава његову примену само на оне случајеве када је то заиста нужно, односно само уколико криминална зона ниједног другог кривичног дела не може да заштити привредни систем. Другим речима, интенција законодавца је да се кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица, постепено изостави из кривичног законодавства.

Нацртом Закона о изменама и допунама кривичног законика из неких кривичних дела избачен је појам одговорног лица као што је то случај са кривичним делом злоупотреба овлашћења у привреди (по важећем кривичном закону члан 238, док је у Нацрту закона члан 228).

У образложењу уз Нацрт закона констатовано је да осим преиспитивања постојећих, постоји и потреба увођења нових кривичних дела против привреде. Тако је и неопходно предвидети кривично дело преваре у обављању привредне делатности (члан 223 Нацрта) кривично дело злоупотребе заступања у обављању привредне делатности (члан 226 Нацрта) и кривично дело злоупотребе у поступку приватизације (члан 230а Нацрта). Измене и допуне у Посебном делу кривичног законика односе се на високо-технолошки криминал, а чланом 27 Нацрта закона предлаже се адекватнија формулација код кривичног дела трговине утицајем, а посебно се прописују и кривична дела проневере у привредном пословању, као давање и примање мита у привредном пословању.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Несумњиво је да су дугорочне стране инвестиције обострано корисне, како за земљу у чију привреду се улаже (утицај на укупну привреду земље, већу запосленост, конкурентност и др.) тако и за стране инвеститоре (расположивост радне снаге, проширење тржишта, субвенције државе у коју се улаже и др.).

Међутим, регулисање наведених и сличних питања је у надлежности других субјеката.

Оно што као судија могу да подвучем као важан предмет интересовања страних инвеститора је управо правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције.

У том смислу могу да истакнем, да постоји потреба за још већим бројем интервенција у Посебном делу кривичног законика, нарочито у групи кривичних дела против привреде. Неке од интервенција се заснивају на потреби усаглашавања са релевантним документима Европске уније и Савета Европе, као и са прихваћеним стандардима у кривичном законодавству Европских земаља, што је и констатовано у образложењу Нацрта Закона о изменама и допунама кривичног законика.

Већ је речено да је измењен појам одговорног лица, а у Нацрту закона се код неких кривичних дела одустаје од појма одговорног лица, предвиђа се увођење нових кривичних дела против привреде, а врши се и адекватнија формулација неких постојећих.

Република Србија и њени грађани, желе модерно уређену, правну државу, која ће бити привлачна за дугорочне стране инвестиције и стога предузима неопходне кораке како би им обезбедила правну сигурност као поспешујући фактор.

Јелена ДЕРЕТИЋ,
Министарство правде Републике Србије

САЖЕТ СЕЛЕКТИВНИ ПРИКАЗ ПОЈЕДИНИХ КЉУЧНИХ НОВИНА НОВОГ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

***Апстракт**. Аутор у овом раду износи кључне новине новог Закона о извршењу и обезбеђењу које се тичу проблема идентификације имовине извршног дужника, нерешеног питања конкурентног односа вансудског поступка намирења продајом непокретности утврђеног Законом о хипотеци и судске продаје непокретности утврђене Законом о извршењу и овезбеђењу, проширеног круга извршних исправа, боље заштите имовинских права трећих лица са посебним освртом на редефинисан статус извршитеља и јачање њихове одговорности. Сва наведена питања обрађена са аспекта компаративне анализе важећег и новог Закона о извршењу и обезбеђењу који ступа на снагу 1. јула 2016. године.*

1. Уводна разматрања

Неспорно је да су одредбе важећег Закона извршењу и обезбеђењу ("Сл. гласник РС", бр. 31/11, 99/11 - др. закон, 109/13 - одлука УС, 55/14 и 139/14) – у даљем тексту : Закон) у одређеној мери допринеле повећању ефикасности у спровођењу поступака извршења и обезбеђења, но таква ефикасност успостављена релативним запостављањем Уставом прокламованог права на једнаку заштиту права и на правно средство.

Остали недостаци у тексту Закона огледају се у непрецизним и непотпуним одредбама Закона, и то у сва три његова сегмента, процесном, материјалном али и статусном, који регулише положај извршитеља, те су наметнули потребу ревидирања многих важећих решења.

2. Проблем идентификације имовине извршног дужника

Повериоци се, у случају изостанка добровољног извршења обавеза од стране дужника, а у намери да принудно наплате своје потраживање, суочавају са проблемом проналажења имовине

дужника односно потенцијалних предмета извршења. Неспорно је да је важећи Закон увео нови механизам идентификације имовине као одговор на овај проблем. У конкретном случају ради се о подношењу захтева за добијање изјаве о имовини извршног дужника, што ипак није створило значајнији помак у пракси, упркос прописаној претњи новчаним кажњавањем. С тим у вези, нови Закон о извршењу и обезбеђењу потпуно редефинише механизам проналажења имовине извршног дужника и то кроз прописивање дужности државних органа, ималаца јавних овлашћења, других правних лица и предузетника да суду, јавном извршитељу и извршном повериоцу односно адвокату као пуномоћнику изршног повериоца, на поднети захтев, бесплатно доставе податке о таксативно набројаним потенцијалним предметима извршења. У овом делу новог закона прописују се елементарни докази који се уз захтев прилажу. Уколико је подносилац захева јавни извршитељ уз захтев прилаже решење о извршењу на основу извршне односно веродостојне исправе или решење о извршењу на основу веродостојне исправе ради намирења потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности. С друге стране, поверилац који располаже извршном исправом је такође легитимисан да код горе наведених адресата поднесе захтев, како би у предлогу за извршење односно обезбеђење определио предмет подобан за извршење односно обезбеђење. Предложена решења су усаглашена са Законом о заштити података о личности, али и са Директивом о заштити подаката о личности 95/46/ЕЗ, те је употреба односно обрада добијених података изричито ограничена и заштићена од злоупотреба, у смислу да исти могу служити искључиво за утврђивање имовине извршног дужника и спровођење извршења. Употреба података, прикупљених на овај начин, од стране извршног повериоца је шире постављена. Наиме, извршни поверилац податке који се односе на правне послове и радње предузете од стране извршног дужника, може користити и за побијање тих правних послова/радњи у сврхе спровођења извршења. Омогућавање повериоцу да бесплатно добије податке о правним пословима и радњама извршног дужника, је помак који ће имати дугорочне позитивне ефекте како на наплату потраживања физичких лица, тако и на наплату потраживања правних лица, јер значајно доприноси правној сигурности. Ово због тога што је проблем са коришћењем установе „actio pauliana“ у нашем правном систему непостојање ефикасног механизма на основу којег

поверилац, као треће лице изван правног посла, може да дође до података о правним пословима/радњама предузетим од стране дужника. Новим законом је прикупљање ових података ограничено на правне послове/радње, теретана и бесплатна располагања, закључене до истека рокова застарелости за подношење паулијанске тужбе који су прописани Законом о облигационим односима.

Посебно је важно осврнути се на штедни улог дужника као један од алтернативно прописаних предмета извршења, који је у пракси изузетно ретко коришћен, те су фактички прикривена средства дужника остајала нетакнута и то са следећих разлога. Прво, према садашњем решењу извршни поверилац који предлаже извршење ради наплате на штедном улогу дужан је да наведе број и назив огранизације код које се налази улог. Друго, ако му број рачуна штедног улога није познат дужан је да организацију код које се налази улог наведе у предлогу, како би даље суд односно извршитељ затражили детаљне податке. Ради се о апсолутно непримењивим нормама, јер је сав терет трагања за овим подацима на повериоцу, којем садашњи закон не пружа алат којим се може користити ради стицања ових сазнања.

На основу изнетог, решава се један од основних недостатака система принудног намирења потраживања у нашем правном систему, а то је трагање за имовином односно потенцијално подобним предметом извршења, због чега су многи повериоци додатно оптерећени предујмом трошкова, оклевали у погледу покретања поступка сумњајући, и то са разлогом, у његов неизвестан исход.

3. Нерешено питање конкурентног односа вансудског поступка намирења продајом непокретности утврђеним Законом о хипотеци и судске продаје непокретности утврђеном Законом о извршењу и овезбеђењу

У вези са наплатом потраживања обезбеђеног уговорном хипотеком, хипотека установљена на основу уговора о хипотеци односно једностраних заложних изјава, важећи Закон не регулише питање конкурентности вансудске реализације хипотеке као средства обезбеђења, с једне стране, и продају непокретности као средства извршења с друге стране, када различити повериоци паралелно воде поступак вансудског и судског намирења на истој непокретности. Наиме, ни последњим изменама Закона о хипотеци

("Сл. гласник РС", бр. 115/2005, 60/2015 и 63/2015 - одлука УС), није регулисано ово питање, иако постоје одређене новине које се огледају у ороченом периоду трајања започетог вансудског поступка намирења, по чијем се истеку хипотекарни поверилац даље може намирити искључиво у поступку судске продаје. У конкретном случају ради се о забрани даљег вођења вансудског поступка намирења, уколико хипотекована непокретности остане непродата 18 месеци почев од дана правноснажности решења о забележби хипотекарне продаје, када се активира супсидијарна примена Закона о извршењу и обезбеђењу, те се даље намирење спроводи по одредбама потоњег Закона.

Нови закона о извршењу и обезбеђењу коначно решава однос два поступка намирења потраживања, и то у више сегмената. Најпре, нови закон јасно предвиђа диспозицију хипотекарног повериоца који може да отпира између вансудског поступка продаје утврђеног Законом о хипотеци и судског поступка продаје које регулише Закон о извршењу и обезбеђењу, при чему избор једног поступка намирења од стране повериоца искључује могућност касније промене избора поступка. Тренутно хипотекарни поверилац чије је потраживање обезбеђено уговорном хипотеком нема могућност избора, јер је судска продаја супсидијарног карактера и истој поверилац нужно прибегава, тек уколико уговорна хипотека не испуњава услове за извршну вансудску хипотеку предвиђену чланом 15. Закона о хипотеци.

Друго, када се пак ради о различитим повериоцима који управљени на продају исте непокретности, намиријy своја потраживања, један путем вансудског поступка продаје, други путем судске продаје, кључно питање је на основу ког Закона ће се започети поступци окончати, с обзиром на то да се два паралелна поступка не могу водити. Важећи Закон садржи решење за само један случај евентуалног паралелног вођења поступка и то оног који се тиче редоследа намирења, где је одредбом члана 9. став 1. прописано да се више извршних поверилаца који остварују своја новчана потраживања према истом извршном дужнику и на истом предмету извршења, намирују оним редом којим су стекли право да се из тог предмета намире, осим када је овим законом другачије прописано. Ставом 2. истог члана прописан је редослед поступања у смислу да, ако се у горе наведеном случају истовремено води извршни поступак и пред другим државним органом, на основу прописа о предности извршења пред одређеним органом суд, односно извршитељ ће прекинути извршни поступак. У потоњем

случају, ради се о упућујућој одредби, која није конкретизована у другим прописима, те су повериоци и надлежни судови у пракси суочени са недостатком прописа који регулишу предност извршења, створили различита тумачења. Одредбом члана 21. новог закона регулисано је питање предности у случају истовременог вођења два поступка, где је као једини критеријум према којем се одређује надлежност за даље спровођење, одређено питање који је орган први донео решење, и то Служба за катастар непокретности Решење о забележби хипотекарне продаје, односно суд или јавни извршитељ Решење о извршењу (јавни извршитељ доноси Решење о извршењу о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради намирења новчаног потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности).

4. Потреба проширења круга извршних исправа и непостојање одредаба о надлежности за укидање потврде о извршности

Ваћежи Закон у делу у којем се таксативно наводе извршне исправе, као основ за одређивање извршења, не предвиђа поједине јавнобележничке исправе које према одредбама Закона о јавном бележништву ("Сл. гласник РС", бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 - др. закон, 93/14 - др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15) могу стећи својство извршности, али ни споразум о посредовању. Нови закон проширује круг извршних исправа, те су у том смислу нови правни основи за подношење предлога за извршење јавнобележничке исправе које имају снагу извршне исправе, али и споразум о решавању спора путем посредовања, који испуњава услове одређене законом којим се уређује посредовање у решавању спорова.

Код увођења јавнобележничких исправа као нових извршних наслова, ван система одлука донетих од стране управних органа, односно судова опште и посебне надлежности, није се водило рачуна о укидању неосноване потврде извршности, те је и тај недостатак новим законским решењем превазиђен. Такође, укидање потврде извршности са конкретно опредељеном надлежношћу за овај поступак и у погледу судских и других одлука, тек је сада изричито дефинисан новим законом.

5. Нужност упостављања боље заштите имовинских права трећих лица на начин који не успорава извршни поступак

Учесник у поступку који тврди да на предмету извршења има право које спречава спровођење извршења према новом закону ужива јаснији облик заштите у односу на важећи Закон, при чему се поступак принудног извршења истовремено убрзава. Ово због тога што сувласник чији удео на покретној ствари не прелази половину њене вредности, не може захтевати да се извршење на ствари у погледу његовог удела прогласи недозвољеним, али он има право избора да захтева или исплату дела цене из износа који се добије продајом ствари, а који је сразмеран његовом уделу и то пре свих других лица која имају право на намирење и пре намирења трошкова извршног поступка, или право да му се ствар уступи ако положи јемство у висини удела извршног дужника на ствари. Заштићен је и положај сувласника у случају продаје непокретности чији је удео у сусвојини извршног дужника, у смислу да се уз њихову сагласно цела непокретност може продати другом лицу или неком сувласнику. Тада исти имају приоритет намирења из продајне цене пре трошкова извршног поступка, сразмерно висини сувласничког дела.

6. Нејасан процесни и статусни положај извршитеља, потреба прецизног разраничења тренутног паралелизма надлежности и проширење њихове одговорности

Нови закон редефинише услове за именовање јавног извршитеља у смислу да су сада пооштрени чиме се постиже највиши степен стручности носилаца ове правосудне професије, што има корективни ефекат на поступак и пре самог покретања. Сходно њиховом положају према којем су јавни извршитељи носиоци јавних овлашћења, сада се ради очувања непристрасности и објективне улоге овог актера, са циљем заштите процесних права извршног повериоца, али и извршног дужника, предвиђа примена установе изузећа. Један од разлога неједнакости у поступању у предметима од стране извршитеља, јесте и недостатак механизма који би омогућио искључење из поступка у случају постојања разлога којима се угрожава непристрасност.

Како садашње одредбе не регулишу прецизно могућност одбијања поступања у одређеном предмету од стране извршитеља, то је новим законом предвиђена обавеза спровођења извршења уз два изузетка према којима у случају спречености јавни извршитељ у кратком року мора да обавести извршног повериоца и позове га да назначи другог повериоца.

Поступак надзора над радом јавних извршитеља је новим законом ојачан, и предвиђа дуалну контролу коју врше с једне стране, Министарство правде, а с друге стране Комора као професионално удружење у чији састав улазе сви јавни извршитељи. Овакав начин надзора ствара чврст систем мониторинга, односно ефикасно праћење рада носилаца ове правосудне професије, који сада подлежу како редовној, тако и ванредној контроли.

Процесна недисциплина извршитеља сада није адекватно санкционисана, из разлога што је круг тежих дисциплинских повреда штуро прописан тако да кршење Закона у многим случајевима не повлачи дисциплинску одговорност. Прописивањем нових дисциплинских повреда штите се, поред осталог, правила о стварној и месној надлежности извршитеља, потом се спречава злоупотреба могућности неприхватања спровођења извршења, и осигурава поштовање закона код нове обавезе извршитеља у погледу достављања.

Укида се паралелизам надлежности између суда и јавних извршитеља у домену спровођења извршења, те се уводи искључива подела надлежности на начин наведен у члану 4. новог Закона о извршењу и обезбеђењу.

7. Циљ који се жели постићи новим законом

Сврха извршног поступка је уподобљавање фактичког правном стању, односно принудно извршење доспеле обавезе садржане у исправи којој закон признаје својство извршне или веродостојне исправе, а сврха обезбеђења је да извршном повериоцу осигура остваривање потраживања у будућности, у случају када постоји опасност да би извршни дужник могао осујетити или знатно отежати остваривање потраживања, или када постоје неке друге нарочите околности које оправдавају обезбеђење.

Циљ овог закона суштински одговара циљу реформе правосуђа, а то је побољшање квалитета правде, ефикасности и

ефективности правосуђа, како би се правда приближила грађанима и успоставило поверење у правосудни систем. Тендеција је да се, унапреди систем остварења потраживања у Србији, уз поштовање гарантије окончања поступка у примереном року која се прожима и на извршни поступак, као завршну фазу у процесу заштите субјективних права. Наведено се постиже свеобухватним преуређењем процесних, материјалних и статусних одредаба Закона, битним проширењем надлежности извршитеља, редукованим увођењем жалбе, уопште узев, систематичнијим законом у целини, који у пракси не оставља простора за различита тумачења и недоумице у погледу одређених решења, а што ће као крајњи домет произвести стварање предвидивог привредног окружења које ће Републику Србију учинити конкурентнијим инвестиционим амбијентом.

Проф. др Драган БАТАВЕЉИЋ

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

УСПОСТАВЉАЊЕ ПОРЕТКА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

- КЉУЧНИ УСЛОВ ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ -

Апстракт. *Аутор у раду указује на значај поштовања уставности и законитости, који представљају суштину правне државе, као и на потребу постојања одговарајућих уставом утврђених механизама за њихову заштиту. Такође, посебна пажња у тексту који се бави овим, изузетно значајним, питањима посвећена је анализи Критеријума из Копенхагена, које кандидати за улазак у Европску унију морају претходно да испуне. Ту мислимо, пре свега, на политички критеријум, у оквиру кога постоји концепт владавине права, као категорије која је најзначајнија (фундаментална) вредност сваког уставног поретка. Отуда, и важећи Устав Републике Србије из 2006. године, наводи на самом почетку (члан 1.) да је наша држава заснована на владавини права и социјалној правди, док у члану 3. стоји да је владавина права основна претпоставка Устава. У најужој вези са остваривањем владавине права јесте прилив страног капитала у оквиру директних инвестиција, тако да се даље инвестирање у Републику Србију може очекивати само обезбеђивањем владавине права и омогућавањем стварања правне државе. На крају рада, аутор указује на бројне позитивне ефекте страних директних инвестиција, али пружа и одређена упозорења на основу искуства земаља у окружењу (а, и шире), које су већ прошле транзициони процес.*

Кључне речи: *владавина права, правна држава, Република Србија, Европска унија, страни капитал, директне инвестиције, привреда, индустрија*

1. Владавина права и правна држава

Када је реч о остваривању принципа владавине права (правне државе), треба рећи да је неспорно постојање узајамне везе, тј. међусобног утицаја између овог принципа и организације државе, па отуда устави (највиши општи правни акти једне земље) садрже одредбе о облику владавине[615], слободама и правима човека и грађанина[616], економском, политичком и друштвеном уређењу, као и одредбе о организацији државе и вршењу њених функција. Појмови "владавина права" и "правна држава" се веома често употребљавају као синоними, иако је опште познато да између њих постоји разлика која није само терминолошке природе. Наиме, ако упоредимо ова два појма, уочићемо да многи теоретичари сматрају да владавина права представља нешто више од правне државе, јер по њиховом мишљењу владавина права има дубље, тј. натправно значење. Наравно, овде треба имати у виду да и разумевање самог концепта "владавине права" није ишло, нимало, лако, с обзиром да се овом појму приступало са различитих позиција. У мноштву тих бројних приступа, издвојићемо два најважнија, и то: 1) формалистичко-позитивистички (традиционални) приступ и 2) материјалистички (садржински) приступ.

Ово прво, традиционално, разумевање владавине права је било формално, што значи да је за овакав приступ била битна само форма, која се састојала у томе да извршна власт (државна администрација) буде обавезана законом и да се она понаша у складу са тим позитивно-правним законским прописима. За овакав формалан приступ, није била од значаја садржина важећих прописа, а овакво схватање је било заступљено током читавог XIX века. Међутим, већ на самом почетку XX века, дошло је до промене и прихватања схватања према коме уместо форме, треба обратити пажњу на садржину, те да је дотадашњи чисто формалистичко-позитивистички приступ био погрешан и да га треба заменити

615 Устави у самој преамбули или у основним начелима садрже одредбе о томе да ли је у односној држави

прихваћена република, монархија итд.

616 Ове одредбе се, између осталог, односе на врсте, остваривање и заштиту људских права.

материјалистичким. Основа таквог схватања је била у томе што се дошло до закључка да није довољно само да позитивно право (законски прописи који су на снази) обавезује извршну власт, него је од пресудног значаја чињеница да одлуке законодавне и судске власти не смеју бити лоше по народ, тј. не сме доћи до кршења основних људских права. Зато се мора обратити пажња на њихову садржину, а не само да ли они формално постоје и, као такви, обавезују државну администрацију.

На самом почетку анализе ове, изузетно значајне, проблематике, указаћемо на чињеницу да између *владавине права (правне државе)* и *демократије* постоји знак једнакости. Наравно, њих је могуће остварити само у вишепартијским системима. Без демократије и поштовања људских слобода и права, нема ни владавине права (правне државе). У политичким круговима је већа употреба термина "правна држава", али ми сматрамо да, уопштено говорећи, више одговара термин "владавина права", јер је он обухватнији[617] и, као такав, означава, не само ограниченост државе правом, него подразумева у себи и поштовање права. Због тога је владавина права садржајно богатија, па сматрамо да је овај термин прикладнији за употребу, и то - како држави, тако и појединцу. Наиме, када говоримо о овом другом приступу разумевања концепта владавине права, треба рећи да се он везује, пре свега, за име *Фридриха фон Хајека*[618], према чијем схватању, владавина права претпоставља, не само пуну законитост, него и више од тога. Као што смо претходно навели, владавина права захтева да важећи закони буду у складу са одређеним начелима, како би ови акти били добри за народ и како би омогућили поштовање слобода и права човека и грађанина. То значи да за владавину права није битна само **форма** (владавина закона), него **садржина** (владавина онога што закон треба да буде). Тиме је напуштено схватање *Роберта фон Мола*[619], коме се приписује заслуга да је био један од првих, који је употребио израз "владавина права", тј. "Rechtsstaat". Овај термин "правна држава" ("Rechtsstaat"), употребљен је у једном од његових најпознатијих дела, као антипод

---

617 *Владавина права*, поред два принципа које обухвата правна држава (поштовање, тј. супрематија закона и поштовање људских слобода), подразумева и трећи принцип - ограничење власти.

618 Аустријски либерални економиста и политички филозоф, који је живео и радио током целог XX века

(1899-1992).

619 Немачки професор правних и политичких наука (1799-1875).

"полицијској држави", у којој је државна администрација (извршна власт) кршила основна људска права и имала скоро потпуну контролу над свеукупним животом грађана.

Поред тога, наведене чињенице указују и на различито порекло ова два појма, с обзиром да "правна држава" ("Rechtsstaat") представља дело немачких филозофа и правника, док појам "владавина права" ("Rule of Law"), означава део енглеске уставности и традиције. Тако, основ постојања правне државе, према схватању немачких теоретичара, јесте природна веза између државе и права, док насупрот овом гледишту, енглеска теорија и пракса, у борби законодавне и судске власти против извршне власти (монарховог апсолутизма), такву везу уопште не помиње (чак је пориче)[620]. Отуда се може закључити да постоји недвосмислена разлика између владавине права и правне државе, тако да се, временом, концепт правне државе претварао само у један формалан појам (без садржине), што је довело до стварања одређеног јаза у односу на концепт владавине права. Врхунац овог њиховог међусобног удаљавања је достигнут током XX века, с тим што је, захваљујући чињеници да се оба ова појма заснивају на сличним начелима, крајем XX и почетком XXI века је дошло до њиховог значајног приближавања. Наиме, то је потпуно разумљиво, имајући у виду да оба концепта почивају на мање-више истим (сродним) тежњама, па се, данас, правна држава све више схвата као држава која почива, управо, на владавини права.

2. Критеријуми из Копенхагена

Кандидати за чланство у Европској унији, морају да испуне одређене услове (критеријуме), на основу којих се оцењује њихова политичка, економска и административна зрелост да постану део ове велике европске породице. Наиме, 1993. године у Копенхагену је одржан Самит Европског Савета, на коме је усвојен документ који садржи, три групе критеријума који су потребни за улазак у Европску Унију. То значи, да свака европска држава, која поштује начела демократије и слободе, људских права и владавине права, може да затражи пријем у пуноправно чланство Уније[621]. У ове

[620] Правна држава је, отуда, у XX веку доживела одређену врсту назадовања или, боље рећи, декаденције, тј. опадања нивоа културе, док је концепт владавине права задржао своје изворно значење и вредност која траје све до данашњих дана.

[621] Батавељић, Д., Војводић, А., *Европски федерализам на почетку XXI века*, Задужбина Андрејевић, 2009, стр. 69.

критеријуме, који су познати под називом "Критеријуми из Копенхагена" спадају политички, економски и административни критеријум.

За потребе нашег рада, ограничићемо се само на анализу политичког критеријума, као првог услова, који је неопходно испунити да би се, уопште, приступило преговарању. Кандидат за пријем у чланство Европске Уније мора, пре свега, у потпуности да испуни групу политичких услова, тј. потребна је стабилност институција државе кандидата које осигуравају правну државу, демократију и поштовање људских права и мањина. То, најпре, значи да се ради о демократском политичком режиму, чија је стабилност осигурана ефикасним функционисањем државних институција и у коме је организација власти извршена на основу принципа поделе власти. У оквиру овог политичког критеријума[622] постоји концепт "владавине права". С обзиром да је последњих неколико година, као и у времену које је пред нама, проширивање Европске уније усмерено ка земљама Југоисточне Европе[623], где спада и Србија, указаћемо на чињеницу да, данас, све државе овог дела Европе у својим уставима садрже одредбе о "владавини права", признајући ову категорију као најзначајнију (фундаменталну) вредност свог уставног поретка[624] или као најзначајнију вредност своје државе.

Наиме, Устав Републике Србије из 2006. године, на самом почетку, у члану 1. Првог дела, који носи назив "Начела устава", прописује да је "Република Србија држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским

---

[622] http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm

[623] У земље Југоисточне Европе, која је географски и геополитички део Европе, а која се налази у источном делу Балканског полуострва и на обали Црног мора, најчешће се убрајају: Албанија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Црна Гора, Македонија, Румунија и Србија (укупно 8), а уз њих се ређе убрајају и Грчка, Молдавија, Хрватска, Словенија и Турска (Источна Тракија).

[624] Поред Србије и Босне и Херцеговине, Хрватска и Македонија, својим уставним одредбама признају владавину права, као основне вредности свог уставног поретка. Тако, на пример, Устав Републике Хрватске из 2001. године, у свом члану 3. утврђује да су, између осталог, "владавина права и демократски вишепартијски систем највеће вредности уставног поретка Републике Хрватске". Такође, Устав Републике Македоније из 2006. године у свом члану 8. наводи да је, поред осталих вредности, владавина права фундаментална вредност уставног поретка Републике Македоније ("...владеењето на правото").

правима и слободама...", док у члану 3. став 1. стоји да је "владавина права основна претпоставка устава и почива на неотуђивим људским правима". Такође, ставом 2. овог члана је предвиђено да се "владавина права остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону". Такође, даље треба указати на чињеницу да, поред наведених "Критеријума из Копенхагена", постоје и критеријуми правне државе (владавине права), без чијег постојања не може бити говора о постојању "државе владавине права" ("Rechtsstaat"). Постоји читаво мноштво ових услова, али ћемо ми указати на неколико најважнијих, у које спадају: 1) уставност и законитост; 2) подела власти; 3) независност судства; 4) гаранције слобода и права човека и грађанина; 5) забрана ретроактивног законодавства.

Уставност и законитост представљају суштину правне државе, тј. "нервни систем" унутрашњег јавног права, а суштина овог начела легалитета лежи у владавини објективне воље, изражене у уставу и законима, који искључују самовољу појединца и волунтаризам, што значи да правила важе за све грађане подједнако. Аристотел се залагао за безличну владавину закона (права), док је Ајвор Џенингс истицао да је начело легалитета синоним за право и правни поредак. *Уставност (у* ширем *смислу)* подразумева да у једној држави постоје основна друштвена правна правила утврђена уставом, као највишим правним актом те државе. Она обезбеђује да се државна власт организује и врши објективно, на основу тих правила. *Уставност (у ужем смислу)* представља сагласност свих појединачних правних прописа (закона, уредби, одлука и друго) и општих правних аката нижих од устава са уставом. *Законитост (у ширем смислу)* означава поступање свих на основу и у оквиру закона (принцип легалитета). *Законитост (у ужем смислу)* подразумева да сви правни акти нижи од закона, као што су уредбе, одлуке, правилници, наредбе, решења и други морају бити у складу са законом.

Свака држава утврђује својим уставом механизме заштите уставности и законитости, које чине судови и други органи правосуђа, а ради потпуније заштите, установљавају се и посебни органи, као што је, на пример, уставни суд[625]. Ови органи отклањају

[625] Овај суд се, у правном систему једне државе, не налази у систему правосуђа као редовни суд, већ је то посебан државни орган, који има уставом утврђене функције и надлежности (он функционише по посебном, уставом и законом утврђеном, поступку).

неуставне, односно незаконите правне акте њиховим укидањем, односно поништењем. Суштина *"принципа (начела) владавине права"* је у томе што оно означава "такве међусобне односе, у којима нико нема више права (субјективних права), него што му даје право (објективно право)"[626]. Међутим, треба указати на чињеницу да обе ове категорије (уставност и законитост), ни у ком случају не могу да се поистовете са простим постојањем устава и закона. Напротив, оне морају да представљају "обавезу свих и свакога да се у доношењу правних аката и предузимању материјалних радњи, придржавају устава и закона"[627].

Други услов (критеријум) за постојање владавине права без кога нема демократије, јесте ***подела власти***, која обезбеђује њену равнотежу, као и успостављање владавине закона, а не владавине људи. Под термином "подела власти"подразумевамо "такву хоризонталну организацију власти, у којој се све три функције власти – законодавна, извршна и судска, налазе у равнотежи, спречавајући да се једна функција постави изнад друге и контролишући се међусобно"[628], што онемогућава концентрацију власти код једног органа и самовољу те власти. У веома тесној вези са претходним начелом је ***независност судства***, која је због свог значаја била гарантована и чувеним средњовековним правним актом – Душановим закоником (члан 171. и 172.), донетим 1349, а допуњеним 1354. године. Наиме, законодавна и управна власт не могу и не смеју да се мешају у специфичан рад судства, тј. у одлучивање о појединим судским предметима[629], а овај принцип се уставно успоставља и гарантује низом одредби (одредбама о уставности и законитости, одредбама о ограничењу власти и о људским слободама и правима, њиховој уставној заштити, као и самом институцијом независног судства). Независност судства значи да је суд независан од свих врста утицаја у вршењу своје судске функције и да суди само и искључиво на основу закона.

Трећи критеријум правне државе представљају ***гаранције слобода и права човека и грађанина*** су средство ограничавања и контроле државне власти, јер ова права представљају непри-

---

[626] Фира, А., *Уставно право*, Друго измењено и допуњено издање, Привредни преглед, Београд, 1979, стр. 305.

[627] *Исто.*

[628] Фира, А., *Уставно право*, Привредни преглед, Београд, 1978, стр. 35.

[629] Независност судства значи и независност судија, која се обезбеђује посебним системом избора и сталношћу судија.

косновену сфера у коју државна власт не сме да задире. Наиме, људска права су природна, неотуђива права, која припадају сваком човеку као људском бићу, па је, зато, уставом неопходно установити њихово непосредно остваривање и заштиту. Поред гаранције слобода и права човека и грађанина, као четврти критеријум владавине права, наводи се ***забрана ретроактивног законодавства*** (забрана повратног дејства закона), која је предвиђена и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године, која допушта кажњавање само на основу закона, прописујући да се нико не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело, по унутрашњем или међународном праву (члан 7. став 1.).

3. Владавина права у Републици Србији

Правни поредак Србије, земље у којој ми живимо, ни у ком случају не представља владавину права, иако он садржи одређена правила, која су међутим, међусобно неусклађена. Посебан пример је и сам уставни поредак, који пати од неразрешених противуречности између својих појединих одредаба. Од масовних демонстрација 2000. године, које су кулминирале 5. октобра исте године, објективно је доведено у питање поштовање Устава Републике Србије из 1990. године и свих његових каснијих измена. Већ у првим часовима петооктобарских демонстрација, отворено је питање легитимитета, па и легалности власти, најпре, председника СР Југославије, а затим и свих других органа власти, и то, како на нивоу Србије, тако и на нивоу СР Југославије.

Владавина права и правна држава у развијеној форми су производ модерног конституционализма, односно производ победе писане уставности и судске контроле уставности. Појам владавине права је дело англоамеричке уставне теорије, а родно место, као што смо рекли, Енглеска, док је појам правне државе производ европско-континенталне правне мисли, а родно место је Немачка и то у XIX веку. Владавина права и правна држава нису идентични појмови, иако имају много тога заједничког. Појам владавине права се највише заснива на природном праву, а појам правне државе се заснива, пре свега, на теорији позитивног права. Владавина права је савремени појам и заснива се на слободи човека и његовом праву да развија своје способности уз помоћ правног поретка, с тим што је овај појам тесно повезан са слободом човека и

његовим животом у организованом друштву, као слободном друштву. Оно што је карактеристично овде напоменути јесте чињеница да се владавина права, у таквом контексту, појављује не као облик за потчињавање човека државној власти (или било којој другој сили), већ се јавља као облик утемељивања слободе човека, као његовог основног људског права, стеченог самим рођењем. Управо, због тога, треба нагласити да се у једном друштву не може обезбедити владавина права, уколико се не поштује на одговарајући начин природно-правна теорија.

Поставља се оправдано питање које су главне предности ограничавања државне власти. Пре свега, треба рећи да постојање такве власти значи постојање власти у границама права, а то даље значи да се државна власт ставља под сталну судску контролу. Устав и закон као највиши општи правни акти утврђују правне границе власти, али ову контролу врши, или редовно судство, или уставни судови, као специјализовани органи[630]. Поред тога, онемогућавање концентрације власти у рукама једног лица или једног органа, врши се применом начела поделе власти на законодавну, извршну и судску, као и њихово међусобно контролисање и узајамно балансирање. На тај начин се врши спречавање да једна државна власт, која је правно ограничена, постане монополска и тиранска[631], јер су улоге (надлежности) у таквом односу снага подељене: један орган доноси законе, други их извршава, а трећи решава спорове у вези њиховог остваривања у пракси. Управо, због свега тога, у сваком друштву је неопходно (сагласно његовој снази и потребама) да постоји подела власти (чврћа или флексибилнија, ригиднија или еластичнија и слично), при чему посебно треба нагласити да независно и непристрасно судство (трећа власт), има изузетно важну улогу у афирмацији владавине права. То је због тога што судије најбоље познају право, с тим што само независност судске власти у односу на друге гране власти (законодавну и извршну), као и сталност и непокретност судија, могу да обезбеде непристрасно судство. За обезбеђивање таквог судства, потребна је морална храброст судија да спорове решавају на основу објективног права, а не на основу пријатељства, мржње или сажаљења на било коју странку. Кључну улогу за

[630] Државну власт уставни судови контролишу преко система судске оцене уставности закона и других прописа и општих аката.

[631] Досадашње искуство кроз историју је показало да свака власт постаје деспотска власт, ако је целокупна власт концентрисана само у једном лицу или органу.

постојање независног и непристрасног судства имају морални интегритет и професионална савест судија, као и квалитетни закони, развијена правна свест и повољни материјални услови.

Немачки теоретичар Робер Фон Мол (R. von Mohl) је почетком XIX века први увео термин "правна држава" (Rechtsstaat). Он је то учинио под утицајем енглеске теорије владавине права, а сам термин "правна држава" је, гледајући са етимолошке стране, настао инверзијом термина "државно право" (Staatsrecht). Данас, међутим, правна држава доживљава својеврсну метаморфозу, јер се дефинише као држава права, а не као држава чији је циљ остваривање њене функције на штету слободе и права човека и грађанина. Када је реч о Републици Србији, треба рећи да се она, данас, налази у веома тешкој ситуацији, што се посебно изразило у последњој деценији XX века. Много тога се очекивало после петооктобарске револуције 2000. године, али је ситуација далеко од задовољевајуће, с обзиром да је, данас, више него икад, потребно присуство делотворних правних ограничења неограничене државне власти. Таква свемоћна, свеобухватна и неограничена државна власт постојала је у тоталитаризму и представљала је изопаченост политичког и правног поретка. Ради очувања неприкосновених слобода и права човека и грађанина, тј. ради очувања људске безбедности неопходно је постојање уставности. Због значаја ових слобода и права, треба рећи да и важећи Устав Републике Србије из 2006. године овој области посвећује велику пажњу, тако да се према уставном тексту од људских и мањинских права може одступити само у ванредном и ратном стању (у циљу очувања и гарантовања људске безбедности). Према наведеном Уставу, уколико се прогласи ванредно или ратно стање, може се одступити од људских и мањинских права зајемчених Уставом, али само у обиму у којем је то потребно и неопходно, с тим што наведене мере одступања, ни у ком случају нису дозвољене у погледу одређених права зајемчених Уставом Републике Србије, и то: чланом 23. (Достојанство и слободан развој личности), чл. 24. (Право на живот), чл. 25. (Неповредивост психичког и физичког интегритета), чл. 26. (Забрана ропства, положаја сличног ропству и принудног рада), чл. 28. (Поступање са лицем лишеним слободе), чл. 32. (Право на правично суђење), чл. 34. (Правна сигурност у казненом праву), чл. 37. (Право на правну личност), чл. 38. (Право на држављанство), чл. 43. (Слобода мисли, савести и вероисповести), чл. 45. (Приговор савести), чл. 47. (Слобода изражавања националне припадности), чл. 49. (Забрана изазивања

расне, националне и верске мржње), чл. 62. (Право на закључење брака и равноправност супружника), чл. 63. (Слобода одлучивања о рађању), чл. 64. (Права детета) и чл. 78. (Забрана насилне асимилације).

4. Однос директних страних инвестиција и владавине права

Република Србија се налази у процесу транзиције (нажалост, доста дуже него што смо планирали), с обзиром да је попут многих постсоцијалистичких транзицијских држава одлучила да крене радикалним путем у трансформацији привреде, али уз веома брзе и, често, доста сумњиве приватизације великих државних предузећа . Земље које се налазе у процес транзицији, суочавају се са смањеним бруто друштвеним производом (БДП), а самим тим и са смањеним животним стандардом својих грађана. Свакако, ове земље су зависне од директних страних инвестиција[632], па се, отуда, отварају према свету, тј. отварају своју привреду за улазак транснационалних компанија. Управо се сматра да такво оптимално приступање проблемима и отварање домаћег тржишта капитала међународним тржиштима, представљају неопходан услов за наставак започетих реформи у Републици Србији[633]. Међутим, треба рећи да су ове транснационалне компаније, као наднационалне мегакорпорације најразвијенијих земаља света, средином XX века креирале међународне финансијске институције (на пример, Међународни монетарни фонд, Светску банку, Међународну банку за обнову и развој и друге), тако да преко њих веома значајно (да не кажемо, пресудно) утичу на сам ток међународних економских односа. Њихова тако велика моћ се заснива на изузетно великој економској снази и на активностима у светским размерама, монополу и контроли над светским изворима сировина и енергије, централизованом одлучивању и слично, што све доводи до јачања њихове друштвене и политичке моћи.

Као што смо навели, смањивање бруто друштвеног производа доводи до бројних последица, али овај утицај БДП-а на

[632] Ова зависност потиче, пре свега, од тога што су наведене земље у транзицији доста ослабљене лошим приватизацијама и последицама глобалне економске кризе.

[633] Јакопин, Е., *Ефекти економске кризе на регионални развој Србије*, Зборник радова "Регионални развој и демографски токови земаља југоисточне Европе", Економски факултет, Ниш, 2009.

националне привреде зависи од много фактора, пре свега, од мотивације инвеститора, могућности трансфера технологије и апсорпције супериорних технологија, типа улагања у људски капитал, мотивације државе домаћина, склоности ка предузетништву и слично. Због тога се слободно може рећи да су стране директне инвестиције један од основних облика међународног кретања капитала и један од најзначајнијих облика међународне сарадње. Наравно, веома је значајно питање обезбеђивање реализације страних директних инвестиција, тако да се ова реализација може остварити на више начина: оснивањем сопствених предузећа у иностранству у виду филијала, представништава, самосталних предузећа и слично. Многобројне су користи директног финансирања, јер се њиме осигуравају велики профити и бројне друге директне користи (ту, пре свега, мислимо на заобилажење царинских баријера, коришћење јефтине радне снаге и слично)[634].

Због свог значаја (за стране директне инвестиције се често пута каже да су оне много више од међународног кретања капитала), над овим инвестицијама се обезбеђује одређена контрола. Такође, чињеница је да су наведене инвестиције веома динамичне, а главна заслуга за то лежи у њиховим главним носиоцима – транснационалним компанијама. Ове компаније изазивају бројне промене у глобалном пословном окружењу. Најприхватљивија дефиниција страних директних инвестиција јесте она, која под овим инвестицијама подразумева оне облике улагања, код којих улагач обезбеђује право својине, контроле и управљање фирмом (у ову фирму се улажу средства, ради остваривања неког економског интереса). Оно што је посебно важно за наш рад, јесте чињеница да ниво реализованих страних директних инвестиција у једној земљи у развоју, зависи, по схватању многих теоретичара, од њеног географског положаја, квалификоване и јефтине радне снаге, институционалне изграђености и слично[635]. Међутим, овај ниво инвестиција највише зависи од стабилности земље у коју се инвестира и улаже, њеног окружења, степена гарантовања и остваривања политичких и

---

[634] Гргуревић, Н., *Утицај директних инвестиција на земље у транзицији*, Анали пословне економије, Година V, Свеска 1, број 8, Универзитет за пословни инжењеринг и менаџмент, Бања Лука, 2013, стр. 17-24.

[635] Le Manh, V. i Terukazu, S., *Foreign direct investment, public expenditure and economic growth: the empirical evidence for the period 1970-2001*, Applied Economics Letters, Taylor&Francis Group Ltd, 2005.

економских слобода и права, правне сигурности инвестирања што, у преводу значи нивоа остваривања владавине права.

Међународно кретање капитала се може појавити у више облика, али су најпознатија три и то: 1) међународно кредитирање (зајмовни капитал и његово улагање у друге државе); 2) међународно *portfolio* инвестирање (скуп финансијских средстава, која су у власништву или којима управља инвеститор, на пример: акције, обвезнице, готовина...) и 3) директно инвестирање у иностранству. Оно што трена нагласити, јесте чињеница да су се улога и значај ових облика мењали кроз историју, тако да је, данас, значај овог последњег (трећег по реду) постао неприкосновен. Отуда постоје настојања бројних теоретичара да пронађу најадекватнију (најприхватљивију) дефиницију страних директних инвестиција (*foreign direct investments* - FDI), које се крећу од схватања да оне представљају директно инвестирање у предузеће у иностранству, ради стицања трајне контроле над производњом, трговином и финансијама предузећа у које се улаже[636], до схватања да ове инвестиције укључују дугорочне односе и одржавају трајне интересе и контролу домаће фирме у коју се улаже. Оно што смо већ навели тиче се трајног интереса и вечите тежње за профитом, тако да се једна транснационална компанија одлучује на пласирање сопственог капитала у неку иностранну државу у облику директних инвестиција, пре свега, ради омогућавања лакшег освајања иностраног тржишта и обезбеђивања бољег приступа жељеним ресурсима.

Када је реч о класификацији страних директних инвестиција и њиховом разликовању, треба рећи да постоје бројни критеријуми за њихово класификовање, али ћемо се ограничити само на пар најзначајнијих подела ових инвестиција. Тако, на пример, ако се за критеријум разликовања узме мотивисаност (мотиви) инвеститора, онда разликујемо: 1) инвестиције мотивисане ширењем тржишта; 2) инвестиције мотивисане коришћењем нових ресурса (када инвеститор жели да у земљи домаћина добије ресурсе); 3) инвестиције мотивисане повећањем ефикасности и 4) инвестиције инспирисане креирањем стратешке имовине[637]. Свако

---

[636] Јовановић Гавриловић, П., *Међународно пословно финансирање*, Економски факултет, Београд, 2004, стр. 182.

[637] О овоме видети више: Ђорђевић, М., *Привредна сарадња Србије са земљама југоисточне Европе*, Зборник радова "Регионални развој и демографски токови земаља југоисточне Европе", Економски факултет, Ниш, 2009.

повезивање са страним фирмама води ширењу пословне активности посматраног предузећа и глобализацији, у чему стране директне инвестиције могу много да помогну. То значи да ове инвестиције имају позитивне ефекте на све државе, а посебно на оне које се налазе у процесу транзиције. Међутим, треба рећи да се могу појавити и одређени негативни утицаји ових инвестиција, тако да је неопходно указати на обе врсте ових утицаја у анализи која следи. Пре наведене анализе, указаћемо само на чињеницу да су бивше социјалистичке земље прошле веома различите фазе у погледу односа према улагању страног капитала у облику директних инвестиција. Тако је, најпре, било сумњи, а затим се ушло у еуфорију, да би данас, опет, већина тих земаља запала у сумњу у погледу улоге и значаја страних директних инвестиција за развој националне привреде.

5. Позитивни и негативни ефекти страних директних инвестиција

Пре свега, прилив додатне акумулације из иностранства и стварање могућности за додатно инвестирање, представљају неке од најзначајнијих позитивних ефеката, поред омогућавања веће стопе раста продуктивности и запослености. Услед економског пораста, свакако долази и до побољшавања спољно-трговинског биланса, с обзиром да се, услед прилива страног капитала, омогућава смањивање увоза и повећање извоза. Такође, стране директне инвестиције представљају значајан основ за финансирање дефицита платног биланса, примену нових технологија и знања, обнову и развој инфраструктуре, повећање производње, као и омогућавање пласмана услуга и производа на страном тржишту. Стране директне инвестиције подразумевају покретање потпуно нових послова у земљи у којој се врши прилив овог капитала. Све то заједно значајно утиче на раст буџетских прихода и доприноси јачању конкурентности државе у коју се сливају наведене инвестиције, а што је, свакако, резултат стварања и креирања адекватног инвестиционог амбијента, уз формирање одговарајућих институција. Из овога произилази да су стране директне инвестиције, данас, кључни развојни фактор обезбеђивања несметаног пословања предузећа и бржег економског развоја многих земаља, тј. да су оне покретачи привредног развоја земаља у развоју и држава у транзицији. То је, пре свега, због тога што оне не изискују враћање главнице и камата

(за разлику од зајмовног капитала), а доприноси стабилизацији инфлације и побољшању платног биланса.

Када је реч о методама уласка страних директних инвестиција у привреде транзиционих земаља, треба рећи да процес приватизације ту игра централну улогу. Без остваривања процеса приватизације у привредама у транзицији, тржишна економија не може да се реализује, јер стране директне инвестиције могу да утичу на формирање приватне структуре власништва у наведеним земљама на директан и индиректан начин. На директан начин, ове инвестиције обезбеђују неопходна финансијска средства за куповину државних предузећа, а на индиректан начин, тако што њихово само присуство у економији (која се налази у транзицији), подстицајно делује на развој приватног предузетништва. Ове инвестиције утичу на процес транзиције ка тржишној економији и то, како на директан, тако и на индиректан начин. Директни утицаји су везани за економски раст у најважнијим индустријским гранама, трговину, трансфер технологија и слично, док се индиректни утицаји огледају у изградњи институционалних система тих земаља, подстицању процеса приватизације, стварању услова конкуренције и слично[638]. Уколико страни капитал уђе у неку индустријску грану одређене транзиционе земље, тада она постиже пословне резултате, а самим тим, делује подстицајно и на укупан економски опоравак земље. На јачање трговинских веза утиче повезивање западних и источних компанија и слично.

Међутим, стране директне инвестиције, које представљају облик улагања страног капитала у једну земљу, могу да имају и супротне ефекте од наведених, тј. могу да негативно утичу на државу у коју се врши прилив овог капитала. Ови негативни утицају се огледају, пре свега, у стварању одређене зависности од страних инвестиција, као и да постоји опасност од тога да овај капитал не оде тамо где је потребнији, тј. у мање профитабилне сегменте домаће привреде. Наиме, може се десити да наведене стране директне инвестиције буду уложене у развијање оних подручја која одговарају потребама страног инвеститора, тј. у она подручја где се очекује већи профит. То може да створи могућност за диспропорцију и неравномеран развој одређених грана привреде, као и да деформише привредне структуре. Чињеница је

[638] Тодоровић, Ј., *Стратегијски менаџмент*, Економски факултет, Београд, 2008, стр. 16.

да се такво инвестирање од стране иностраног улагача не врши без икаквог интереса (стварање профита)[639], али уколико дође до претераног одлива створеног вишка вредности и сувише великог искоришћавања (исцрпљивања) ресурса домаће производње, то може да угрози развој домаће привреде у будућности и да утиче на његову одрживост. Одлив тог чистог добитка (зараде), тј. позитивне разлике у односу уложено-добијено, доводи до тога да се део бруто друштвеног производа губи, а уз то се искоришћава домаћа инфраструктура и нарушава суверенитет земље (како економски, тако и политички).

Наравно, треба рећи да, када је реч о земљама које се налазе у процесу транзиције, коришћење њихових ресурса није било довољно за успешан излазак на међународно тржиште и обезбеђивање потребне конкурентности на њему. Зато је овај прилив страног капитала, кроз процесе приватизације и либерализације, у наведеним земљама остварио значајне учинке, који су, додуше, различити. Тако, на пример, у неким земљама, које су транзициони процес прошле доста брже, стране директне инвестиције су послужиле за јачање конкурентности на страном тржишту, повећање извоза и брже укључивање технолошке и производне токове на међународном плану. С друге стране, код неких земаља је прилив страног капитала у облику директних инвестиција имао супротне ефекте и послужио за финансирање бројних форми домаће потрошње (дезинвестирање), бржи раст увоза од извоза и довео до платно-билансних и спољно-трговинских дефицита. Наиме, веома је битно да државе које представљају крајње "станице" (дестинације) улагања страног капитала, морају да буду доста опрезне и да воде рачуна о томе да постоје и негативни ефекти, тј. последице процеса интернационализовања пословања (глобализације, како се то, данас, популарно назива). Зато постоје и ставови антиглобалиста, који су против прилива овог капитала и који наводе да, притом постоји *бескрупулозна експлоатација радне снаге*[640]. Поред тога, страни инвеститори не воде рачуна о националним циљевима друштвеног и економског развоја, већ само о сопственим

[639] Тако, на пример, индустријски развијене земље могу да избегну отварање својих тржишта добрима из земаља у развоју, истовремено захтевајући да те исте земље отворе своја тржишта за робу из ових богатијих, индустријски развијених, земаља.

[640] Ова експлоатација настаје због чињенице да ове компаније, по правилу, пласирају свој капитал у државама са најнижим радничким платама, у којима није уређено, тј. у којима се не примењује радно право.

интересима и потребама, тако да се може десити да се домаћа привреда развија према потребама странаца, који инвестирају у нашу земљу.

Такође, веома је значајно да државна управа и бројна владина тела обезбеде транспарентност тржишта, да се онемогући конкуренција економски моћних компанија у почетку њиховог пословања и искоришћавање њиховог доминантног положаја на тржишту. Велики проблем представља и *трансфер профита* у матичну компанију из филијале, на основу чега долази до тзв. преливања акумулације земље домаћина у иностранство, чему доста доприноси и *експлоатација природних ресурса* земље домаћина у земљу која врши директно инвестирање (пословање ван националних граница представља прилику за наведену експлоатацију и један од кључних мотива страних компанија за такво пословање). Неспорно је да страни капитал у облику директних инвестиција има веома значајну улогу за унапређивање економског раста једне земље, али треба нагласити да они који су задужени за креирање економске политике своје земље, морају да буду свесни чињенице да сувише велики издаци у области јавне потрошње, могу да спречавају остваривање позитивних ефеката страних директних инвестиција. Ово наглашавамо, пре свега, због ситуације у којој се налази наша земља, с обзиром да Влада Републике Србије веома много улаже у јавну потрошњу, тако да ова напомена може да буде једно значајно упозорење за нашу извршну власт. Наиме, сам појам потрошње објаснићемо тако што ћемо рећи најкраће да је то облик економске активности, током које се троше резултати производње и задовољавају људске потребе, а у зависности од тога, да ли се троше средства за живот или средства за производњу, разликују се: 1) непроизводна и 2) производна потрошња. Непроизводна потрошња се састоји од личне и јавне потрошње. За нас је на овом месту интересантно да укажемо на чињеницу да јавна потрошња представља задовољавање оних људских потребе, које није могуће задовољити на индивидуални начин, тј. то су трошкови који се направе за школовање, разне врсте забава и спорта, развој науке, културе и уметности и слично (значи, овом потрошњом се финансира задовољење духовних, образовних и културних потреба људи). Коначно, у оквиру јавне потрошње спада и финансирање многих других неекономских и друштвених потреба (на пример, финансирање бројних државних органа, војске, полиције, судских, административних и других јавних институција).

Скоро пуне три деценије Србија пролази кроз веома тешко период, чему је посебно "допринео" распад СФРЈ (формално започет средином 1991. године), "потпомогнут" санкцијама Уједињених нација (од маја 1992. до октобра 1996. године) и НАТО бомбардовање (од 24. марта до 9. јуна 1999. године). Све земље које су промениле облик друштвеног уређења и из социјализма прешле у капитализам, морају да прођу тзв. процес транзиције, тј. процес у коме се привреда мења из планске (договорне), на слободно тржиште, тако да она пролази кроз економску либерализацију, где тржиште формира цене уместо државе[641]. Добро је када овај процес почне одмах и не траје сувише дуго, као што је то био случај са постсоцијалистичким земљама Централне и Југоисточне Европе. Наша земља је, нажалост, почела са закашњењем од једне деценије у односу на ове земље, чему треба додати и последице светске економске кризе изазване 2008. године, као и рецесиони сценарио настао после тога, изазван (између осталог) смањеним приливом средстава из иностранства, падом кредита, домаће тражње и привредне активности. Који је обим и какав значај имају директне стране инвестиције за нашу земљу, може се видети из податка да је Србија привукла у 2006. години 4,97 милијарди, 2009. године 1,92 милијарди, а 2011. године 2,34 милијарди долара. При томе, највећи инвеститори су Теленор, Гаспром Нефт, Фијат, Делхазе група, Филип Морис, Штада-Хемофарм и други.

Неспорно је да државе које се налазе у процесу транзиције, услед недостатка сопствених финансијских средстава, застареле технологије, недовољног организационог знања и мањкавости производних ресурса имају велике потребе за приливом страног капитала у облику директних инвестиција. Ово инвестирање им је потребно ради њиховог интегрисања у светске економске токове, повезивања националних привреда са међународним тржиштем, стицања нових знања, едукације запослених, увођења нових технологија и нових производних програма, ширење искуства и креирање новог пословног амбијента. Међутим, треба рећи да су земље у транзицији, најчешће, имале рестриктиван став према страним директним инвестицијама, јер је, по њиховом схватању, то

[641] Када је реч о привреди у транзицији, треба рећи да се у њој уклањају организационе и трговинске баријере, врши се либерализација економије, приватизација државних предузећа и ресурса и стварање приватног сектора, како би се олакшало кретање приватног капитала (настају нове институције, отвара се већи број приватних предузећа, држава се демократизује, укида се монопол у различитим секторима привреде и ствара конкуренција на светском тржишту).

доводило до кључне позиције страних инвеститора, а управо таква позиција ових инвеститора је угрожавала домаће компаније (оне нису биле у могућности да конкуришу иностраним компанијама).

6. Закључак

Стране директне инвестиције имају изузетно велики значај за повећање конкурентности транзиционих земаља на међународном тржишту, с обзиром да њихова технологија, знање и капитал који поседују нису на нивоу земаља инвеститора. Наравно, уколико у некој од ових земаља дође до одређених девијантних понашања противних институционалном економском пословању, сигурно долази и до негативних трендова (попут дезинвестирања). Међутим, оно што је веома значајно на овом месту рећи и посебно нагласити, јесте чињеница да такви трендови, најчешће, настају у земљама у којима није обезбеђена владавина права. Зато се, као једно од кључних питања, која и даље стоје пред земљама у региону и од којих се очекује њихово брзо решавање), поставља отклањање слабости у примени владавине права (на пример, ефикаснија борба против организованог криминала, спречавање корупције у свим земљама и слично).

На крају овог рада, указаћемо и на чињеницу да се Република Србија, данас, суочава са јаком конкуренцијом у области остваривања политике стварних инвестиција. То је због тога што је већина транзиционих земаља учинила изузетно значајан напредак, када је реч о свеукупним реформама њихових привреда до 2010. године, пре свега, у области промоције улагања, оснивањем одговарајућих агенција са потребним маркетиншким и секторским стручним знањем. Оне су развиле индустријске паркове за нове инвеститоре, а у већини њих су развијени механизми помоћу којих приватници и општинске власти могу да обезбеде земљиште и услуге, што наша држава, још увек, није урадила у потребном обиму и на одговарајући начин. Страни инвеститори, све чешће, захтевају потребу другачијих решења у области радних односа, дозвола за оснивање предузећа, једноставнију процедуру царињења, редуковање такси и слично. Уколико се све ово оствари, често провејавају мишљења одређених теоретичара да се од страних инвеститора могу очекивати укупна улагања од вредности од скоро милијарду евра, која би се употребила за изградњу и реконструкцију нових болница и верских објеката, опремање постојећих школа, факултета и других научних установа, као и

изградњу нових. Отуда се могу чути све чешће најаве значајних улагања и инвестирања у различите области, као сто су – саобраћајна инфраструктура, регионални развој, енергетика, пољопривреда, култура, спорт, заштита животне средине и друге области друштвеног живота. Очекујемо да тако и буде!?

Др Нина ПЛАНОЈЕВИЋ,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ФУНКЦИОНИСАЊЕ КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ КАО УСЛОВ СИГУРНОГ ИНВЕСТИРАЊА

Апстракт: *У раду аутор указује на везу између сигурног инвестирања у финансијски сектор и доброг функционисања регистара права на непокретностима. Наиме, ако нема поузданог и ажурног регистра нема ни хипотеке, која је за повериоца најважније средство обезбеђења; а без хипотеке нема ни кредита, као најважније банкарске услуге – па је јасно да неадекватан регистар може да заустави овај вид инвестирања. Пошто је Србија увела нов регистар права на непокретностима – катастар непокретности – различит од земљишних књига и осталих регистара који постоје у свету, аутор указује на потребу да се страни инвеститори упознају са његовим одликама и да се отклони њихово неповерење, као кочница за нова улагања. Стога рад представља кратак приказ структуре, начела, предмета, услова и врста уписа у катастар непокретности, уз компарацију са земљишним књигама, као странцима познатог регистра. Аутор износи не само сличности и разлике између ових регистара, већ нарочито њихове предности и недостаке с тачке гледишта која је за страног инвеститора најважнија: поузданост, ажурност и ефикасност сваког од њих. Коначно, аутор катастар непокретности начелно оцењује као добро замишљену евиденцију која има шансе да, са своје стране, обезбеди сигурно инвестирање у финансијски сектор домаће државе.*

Кључне речи: *стварно право, катастар непокретности, врсте уписа у катастар, инвестирање у финансијски сектор.*

1. Увод

За сиромашне државе попут Србије, чија се привреда због финансијских тешкоћа и недовољних улагања споро развија, стране инвестиције су од велике важности. Зато наша држава настоји да створи повољан амбијент, који би је могао учинити

атрактивнијом за стране улагаче[642]. Једна од најзначајнијих одлика таквог амбијента је свакако правна сигурност; а један од важних аспеката правне сигурности је и добро функционисање регистра права на непокретностима. То је од посебног значаја за разне облике страних улагања у финансијски сектор, нарочито када је у питању банкарство. Иако веза између сигурног инвестирања у финансијски сектор и доброг функционисања регистра права на непокретностима није видљива на први поглед, она је изузетно значајна[643]. Наиме, ако нема поузданог и ажурног регистра нема ни хипотеке[644], која је за страног повериоца најважније средство обезбеђења потраживања; а без хипотеке нема ни кредита, као тренутно најважније банкарске услуге у нашој држави – па је јасно да неадекватан регистар може да заустави овај вид улагања.

Код нас је по овом питању ситуација посебно осетљива, јер је Србија увела нов регистар права на непокретностима - катастар непокретности - који је различит од земљишних књига и осталих регистара који постоје у свету. Пошто је реч о регистру чије су одлике страним инвеститорима непознате, јасно је да то код њих може створити неповерење, што може бити кочница за улагања и разлог за преусмеравање капитала на друга места. Имајући све то у виду, наш циљ је да у раду прикажемо структуру, начела и уписе катастра непокретности, уз истовремену компарацију са земљишним књигама као странцима познатог регистра. Кроз указивање на сличности и разлике, као и предности и недостаке сваког од ових регистара на крају рада извешћемо закључак о томе да ли страни инвеститор има разлога за неповерење у катастар непокретности и да ли са овим

---

642 О овој теми видети и код: Д. Медић, Н. Планојевић, Странци као власници непокретности у Србији и Републици Српској, Правни живот, 5-6/2013, стр. 17-32; Н. Планојевић, Својинско-правни статус грађевинског земљишта и положај страних субјеката. У: СТОЈКОВ, Борислав (ур.), Грађевинско земљиште у урбанистичком плану локалне самоуправе, Београд, 1999, стр. 27-33.

643 Као једна од функција регистара права на непокретностима у литератури се, поред осталих (настанак и публиковање права на непокретностима, функционисање хипотекарног права, лакше доказивања права, правна сигурност итд.), наводи и сигурност правног промета и кредитних односа. Више о томе: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, Стварно право, Ниш, 2004, стр. 394.

644 О овој теми: Н. Планојевић, Право страног правног лица на хипотеку, Правни живот,10/2006, стр.537-559; З. Рашовић, Право обезбјеђења потраживања, Подгорица, 2010; Д. Стојановић – Б. Павићевић, Право обезбеђења кредита, Београд, 1997; М. Лазић, Права реалног обезбеђења, Ниш, 2009.

регистром добија или губи у односу на земљишне књиге - пре свега с тачке гледишта поузданости и ажурности, која је за њега и најважнија. На тај начин добићемо и одговор на питање да ли наш нови регистар права на непокретностима позитивно или негативно утиче на правну сигурност, а тиме посредно и на обим страних улагања у нашу привреду.

2. Регулатива катастра непокретности и земљишних књига

1. *Катастар непокретности* је нова евиденција у нашем праву, чије је устројавање започело још 1988. године[645] са доношењем Закона о премеру и катастру и уписима права на непокретностима[646] и још увек траје, мада је овај процес на самом крају[647]. Он је данас на нов начин регулисан Законом о државном премеру и катастру из 2009. године[648] (у даљем тексту: Закон). Катастар непокретности треба да замени све постојеће евиденције непокретности и права на њима у Србији[649], а његово увођење изазвало је у стручној јавности оштре полемике око питања да ли је то прави пут[650].

---

[645] Прве идеје о успостављању јединствене евиденције фактичких и правних података о непокретностима на овим просторима јавиле су се још 1919. године, а њихови носиоци биле су геодете. Више о томе: S. Georgievski, Jedinstvena evidencija nekretnina i prava na nekretninama, Правни живот, Копаоничка школа цивилног права «Својински односи у правном поретку», I том, Београд, 1991, стр. 371, фуснота 5.

[646] Први закон у овој области у Србији био је Закон о премеру и катастру и уписима права на непокретностима из 1988. (Сл. гласник СРС 17/88, 28/90, Сл. гласник РС 13/90). Затим је 1992. донет Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, који је више пута мењан и допуњаван (Сл. гласник РС 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 34/01, 25/02, 101/05).

[647] Према подацима из 2009. у преко 88% катастарских општина био је основан и потврђен катастар непокретности. Подаци преузети из: Р. Цветић, Савремена евиденција непокретности, Нови Сад, 2009, стр. 99.

[648] Сл. гласник РС 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015, 96/2015.

[649] У различитим деловима Србије је у једном тренутку паралелно функционисало пет различитих регистара непокретности и права на њима: 1) катастар земљишта; 2) земљишне књиге; 3) тапијско-интабулациони систем; 4) катастар непокретности; 5) књига станова у друштвеној својини продатих на отплату.

[650] Велики број правних писаца изнео је многобројне аргументе у прилог земљишних књига, а против катастра непокретности. О томе више: Зборник радова «Увођење и обнављање земљишних књига – Предлог за најпогоднију врсту јавних регистара непокретности у Србији за 21. век», Анали Правног факултета у Београду, Београд, 2000/1-6.

2. На *земљишне књиге* се, под условима из чл. 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације[651], примењују правна правила предратног права из Закона о земљишним књигама[652], Закона о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига[653] и Закона о земљишнокњижним деобама, отписима и приписима[654]. На поједина питања везана за ову материју примењују се и правна правила из Грађанског законика за Краљевину Србију (пар. 292, 298…). Реч је о старим и обимним законским текстовима, чија је регулатива врло детаљна, што је њена добра страна, али је чињеница да је савременом читаоцу тешка. За разлику од катастра непокретност, чије је устројавање на територији целе држава на самом крају, земљишне књиге су од 1930. године па до почетка увођења катастра непокретности биле устројене једва на трећини територије Србије[655].

3. Имајући све ово у виду, можемо закључити да већ на првом кораку поређења катастра непокретности са земљишним књигама предност припада катастру: прописи којима је регулисан су савременији и знатно лакши за употребу и разумевање, а за његово устројавање је очигледно било више воље него за устројавање земљишних књига, шта год био разлог за то. Морамо констатовати да је регистар који постоји, какав год био, због саме чињенице да га има увек бољи од оног који никада до краја није устројен; а даље анализе даће нам одговор на питање да ли је постојећи регистар и суштински бољи од досадашњег.

3. Појам катастра непокретности и земљишних књига

1. *Катастар непокретности* представља јавну евиденцију фактичких и правних података о непокретностима, коју у електронском облику води орган управе – Републички геодетски завод (у даљем тексту: РГЗ). Он се води комбинацијом реалних и

[651] Сл. лист ФНРЈ 86/46, 105/46, 96/47.

[652] Сл. новине Краљевине Југославије 146/30, 281/31.

[653] Сл. новине Краљевине Југославије 146/30 .

[654] Сл. новине Краљевине Југославије 62/31.

[655] Податак преузет од: О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1994, стр. 320.

персоналних фолија - што значи да се уписи спроводе и с обзиром на непокретност, као објекат права; и с обзиром на имаоца права. Уписи података врше се како на захтев заинтересованих лица, која имају не само право, већ и законску обавезу да такве захтеве поднесу; тако и по службеној дужности.

2. *Земљишне књиге* су јавни регистри непокретности и правних података о њима, које ручном техником воде судови, али уписе у њих не врше по службеној дужности, већ на захтев заинтересованих лица, по правилима ванпарничног поступка. Воде се по систему реалних фолија. Пошто се земљишне књиге воде на основу катастра земљишта[656], који представља регистар фактичких података о непокретностима, ове две евиденције се називају земљишно-књижним системом и сматрају се његовим елементима.

3. На основу дефиниција регистара о којима је реч можемо закључити да они имају само једну заједничку карактеристику: да су оба регистра јавна. Разлике између њих су, међутим, бројне: а) у погледу органа који их води; б) података које садрже; в) начина уписа података; и г) технике вођења регистра. Анализираћемо наведене разлике како бисмо утврдили који од ова два регистра по сваком од тих питања има предност с тачке гледишта индивидуалног интереса његовог корисника, али и интереса државе.

а) Катастар води орган управе, а земљишне књиге суд. Последица ове чињенице је да се уписи у катастар врше по правилима управног, а у земљишне књиге по правилима ванпарничног поступка. По неким правним писцима, по овом питању предност је на страни земљишних књига, јер се, сматрају они, начелно веће поверење може имати у рад суда због његове посебно гарантоване независности, него у рад извршних органа. С друге стране, чињеница је да у свету постоје и неки други, по општем мишљењу изузетно ефикасни регистри, које воде управни органи - попут Торенсовог система[657] – чију поузданост и непристрасност нико не доводи у питање.

---

[656] Катастар земљишта уређен је Законом о премеру и катастру земљишта и Уредбом о посебном начину обраде података садржаних у катастру земљишта за Аутономну покрајину Косово и Метохија.

[657] О овој теми више: Ђ. Крстић, Евиденција права на непокретностима – упоредни приказ, Београд, 1972.

б) У погледу садржине, тј. врсте података који се у регистар уписују, несумњива предност припада катастру. У њему се на једном месту могу наћи и фактички и правни подаци о непокретностима, за шта је у земљишнокњижном систему било потребно консултовати два регистра (катастар земљишта, који садржи фактичке податке и земљишну књигу, која садржи правне податке), које су водила два различита органа, која су се налазила и на различитим локацијама: орган управе и суд. Оваква организација земљишнокњижног система значила је не само губитак времена за заинтересованог субјекта, већ је раздвајање фактичких од правних података стварало и конфузију код лаика, којима је било тешко објаснити да је упис у катастар земљишта ирелевантан за стицање права на непокретностима.

в) Начин уписа у одговарајући регистар има два аспекта. Први аспект се односи на питање да ли се подаци воде по систему реалних или персоналних фолија; а други да ли се уносе на захтев странке или по службеној дужности.

У вези првог аспекта начина уписа и разлике која у том погледу постоји између регистара чија својства анализирамо предност такође припада катастру, јер се он води и по систему реалних и по систему персоналних фолија - по чему је јединствен, савршенији од других система и кориснику пружа више информација и могућности.

Што се тиче чињенице да се уписи у катастар врше и на захтев странке и по службеној дужности, док за вођење земљишне књиге важи начело диспозиције – коментар ове разлике даћемо у наредном делу рада код обраде начела обавезности уписа, које и узрокује ову разлику.

г) Коначно, у погледу технике вођења, предности катастра који се води у електронском облику, очигледне су у односу на застарелу ручну технику којом се воде земљишне књиге.

На основу поређења елемената који чине појам катастра непокретности и земљишних књига можемо констатовати да катастар кориснику, укупно гледано, пружа веће погодности од земљишних књига и да је једина разлика између ових регистара у погледу које би предност можда могла да припадне земљишној књизи у томе што је води суд.

4. Структура катастра непокретности и земљишних књига

1. Структура *катастра непокретности* се по Закону из 2009. године много више разликује од структуре земљишних књига, него што је то био случај по ранијим законима који су регулисали ову материју. Његови саставни делови данас су: елаборат премера, збирка исправа и база података.

а) Елаборат премера је скуп докумената и података насталих у поступку пројектовања и реализације катастарског, комасационог или постојећег премера, на основу којих се оснива или обнавља катастар непокретности. Катастарска општина је основна јединица за коју се врши катастарски премер и оснива, обнавља и одржава катастар. Основна катастарска територијална јединица је, међутим, катастарска парцела[658], а највећа катастарски срез. Као што се из изложеног види, елаборат премера обухвата податке и документа који се односе на фактичку евиденцију непокретности.

б) Збирка исправа је, као и код земљишних књига, скуп јавних и приватних исправа на основу којих је извршена било која врста уписа или брисање уписа у катастар.

в) База података представља скуп (гео)просторних и других података о непокретностима и стварним правима на њима. Приказује комплетно фактичко и правно стање непокретности и израз је нове концепције овог регистра у односу на земљишне књиге, као јединствене евиденције која обухвата све податке о непокретности. Садржи податке о: парцелама, објектима, посебним деловима објеката и имаоцима стварних права на њима, као и адресни регистар и регистар просторних јединица. Из базе података на захтев заинтересованог лица издају се катастарски план и лист непокретности, који представља основни документ о непокретностима и стварним правима на њима и издаје се за непокретност или имаоца права. Лист непокретности је заправо пандан земљишно-књижном улошку земљишних књига, али се од њега по одредбама новог закона разликује много више него раније, како по форми и садржини, тако и због чињенице да се води комбинацијом реалних и персоналних фолија.

---

[658] Она представља део земљишта у катастарској општини, одређен границом и означен јединственим бројем, на коме постоји право својине.

2. *Земљишну књигу* чини: а) Једна или више главних књига, које се воде по систему реалних фолија и које су скупови земљишно-књижних уложака. Сваки уложак се води за једно земљишно-књижно тело и састоји се из: два одељка пописног, власничког и теретног листа. Земљишно-књижно тело је правна целина и основна јединица земљишних књига, коју може чинити једна или више катастарских парцела. б) Збирка исправа на основу којих се врше уписи у главну књигу, сложених хронолошким редом. в) У ширем смислу земљишну књигу чине и збирка катастарских планова, стварни регистар, именик и помоћна евиденција, чији је циљ да олакшају њено коришћење.

3. Структура сваког од ова два регистра одраз је његове садржине, као и других својстава. С обзиром на то да је катастар непокретности регистар који садржи и фактичке и правне податке о непокретности, његова садржина је богатија, а структура сложенија од структуре земљишних књига. Такође се број и врста исправа које издаје катастар (катастарски план и лист непокретности) разликују од исправа које се могу добити у земљишној књизи. У погледу осталих саставних делова, ови регистри се битније не разликују.

5. Начела катастра непокретности и земљишних књига

Катастар непокретности се темељи на осам начела[659] која су дефинисана Законом. То су начела: државног премера, уписа, обавезности, јавности, поуздања, законитости, првенства и одређености.

Земљишне књиге се такође воде применом неколико начела, око чијег броја правна теорија нема јединствен став. Сагласност углавном постоји[660] око пет начела, која се сматрају најважнијим. То су начела: уписа, јавности, поуздања, законитости и првенства. У прописима који уређују материју земљишних књига, за разлику од актуелног закона који регулише катастар непокретности, нису посебно набројана и именована сва начела, па је то разлог за различита мишљења и тумачења.

---

[659] О овој теми више: Н. Планојевић, Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској, Правна ријеч, 32/2012, стр. 165-180.

[660] Поред наведених, у правној теорији се говори и о начелу стварности, потпуности, одређености, прегледности…

Као што се из наведеног може закључити, катастар непокретности и земљишне књиге темеље се на пет истих начела, с тим што за катастар непокретности важе и три нова начела. То су начела: државног премера, обавезности и одређености. У складу са нашим циљем да утврдимо предности и недостатке катастра непокретности у односу на странцима познате земљишне књиге, у даљем тексту пажњу ћемо посветити првенствено разматрању три начела која земљишне књиге не познају. Код начела која су заједничка и катастру и земљишним књигама ћемо се, након дефинисања, задржати само на евентуалним разликама у њиховој регулативи, схватању или примени у оквиру ова два регистра.

5. 1. Заједничка начела катастра непокретности и земљишних књига

Заједничка начела катастра непокретности и земљишних књига су начела: уписа, јавности, поуздања, законитости и првенства.

а) *Начело уписа* значи да се на тај начин стичу, преносе, ограничавају и престају стварна права на непокретностима (конститутивни карактер уписа); а за сва уписана права оно обезбеђује публицитет и апсолутно дејство (укључујући и облигациона права и оригинарно стечена стварна права - за која је упис декларативног карактера). Упис у оба регистра је каузалан, па сам за себе не може произвести правно дејство, већ само уколико је заснован на пуноважном правном основу. Између катастра непокретности и земљишних књига нема никакве разлике у регулативи, схватању или примени овог начела.

б) *Начело јавности* у најкраћем значи: - да је комплетна садржина регистра доступна свакоме, без доказивања правног интереса за увид или извод; - да га води орган јавне власти. Наведени аспекти називају се и формалним и материјалним аспектом начела јавности[661] и важе за оба регистра права на непокретностима.

Одређене разлике између катастра непокретности и земљишних књига ипак постоје када је реч о формалном аспекту начела јавности, односно доступности свих података из регистра свакоме у облику извода. За разлику од земљишних књига,

[661] Т. Јосиповић у: Земљишне књиге, N. Gavella и др, св. 1, Загреб, 2007, стр. 290

начело јавности катастра непокретности није неограничено. Оно не важи у потпуности за лист непокретности за имаоца права, који се може издати само имаоцу, лицу које докаже правни интерес и државном органу ради вођења поступка из његове надлежности, покренутог по службеној дужности. Само издавање листа непокретности за непокретност може захтевати било које лице[662]. Наведено ограничење начела јавности катастра непокретности је, међутим, само привидно и оно ипак не значи да је његова примена у катастру ужа него у земљишним књигама. Пошто се земљишне књиге воде по систему реалних фолија, извод из њих није ни могуће дати за имаоца права, већ само за непокретност. Зато је начело јавности у овом облику неприменљиво на земљишне књиге и може важити само за катастар непокретности, који се води и по систему реалних и по систему персоналних фолија. То што се лист непокретности за имаоца у катастру може издати само у три случаја, а не свакоме ко то затражи не значи дакле мању него већу примену начела јавности у катастру него у земљишним књигама, јер се таква врста извода у земљишним књигама уопште не може добити, па приступ тим информацијама не можете имати нико. Пошто смо утврдили да наведена ситуација са начелом јавности не значи недостатак катастра непокретности у односу на земљишну књигу, додали бисмо да примену начела јавности на лист непокретности за имаоца само на наведена три случаја сматрамо адекватним решењем, због заштите приватних података о појединцима које садржи ова евиденција (колико непокретности и која права на њима ко има).

Друга специфичност катастра непокретности у вези овог начела је да компјутерско вођење катастра може појачати начело јавности због могућности лаког приступа подацима из њега (чак и преко интернета[663]).

в) *Начело поуздања* значи да се савесно треће лице може ослонити на то да је садржина регистра истинита и потпуна, чак и када није тако (да је оно што је уписано тачно и да оно што није уписано не постоји). У погледу примене овог начела такође

[662] Чл. 173, ст. 3 Закона.

[663] По чл. 173 Закона, увид у податке геодетско-катастарског информационог система и документацију у аналогном облику, може се извршити непосредно у просторијама РГЗ-а или путем интернета. Видети и чл. 158.

постоје одређене разлике између земљишних књига и катастра непокретности.

У земљишнокњижном систему савесност трећег се претпоставља, с тим што она код нас мора постојати како у погледу књижног, тако и у погледу евентуалног одступања ванкњижног (фактичког) стања од књижног - што води суженој примени овог начела пре свега у случају вишеструког отуђења непокретности. Савестан трећи, који се поуздао само у књижно стање, неће стећи право уписом, ако је знао или могао знати да је друго лице пре њега прибавило правни основ стицања или правни основ и државину ствари. Овакво схватање начела поуздања код нас по општем мишљењу значи његово слабљење и разликује се од начина на који се оно примењује нпр. у немачком, па и аустријском праву[664].

Када је у питању начело поуздања у катастру непокретности, законски текст је остао недоречен у вези два питања. Прво је: да ли ово начело важи за свако треће лице или само за савесно треће лице? Иако на основу формулације начела о коме је реч[665] изгледа да се савесност трећег не тражи, ми бисмо рекли да се она ипак подразумева, јер правни поредак штити само понашања која нису противна начелу савесности и поштења[666].

У том случају отвара се друго питање: шта треба да буде предмет савесности трећег - само књижно или и ванкњижно стање непокретности, како је ово начело, као што смо објаснили, схватала наша досадашња судска пракса када је у питању вишеструка продаја непокретности у земљишнокњижном систему? На основу формулације чл. 63 Закона рекли бисмо да предмет савесности трећег треба да буде само књижно стање непокретности, тј. лице је савесно ако није знало нити је могло знати да подаци уписани у катастар непокретности нису истинити и потпуни. Исправним сматрамо мишљење[667] да је, у циљу искорењивања досадашњег става судске праксе који се формирао у вези овог начела код земљишних књига, можда

---

[664] О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1994, стр. 332-339.

[665] Чл. 63 Закона гласи: «Подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности су истинити и поуздани и *нико не може сносити штетне последице* због тог поуздања.»

[666] Исто мишљење: Р. Цветић, нав. дело, стр. 129.

[667] Р. Цветић, нав. дело, стр. 129 – 130.

требало новим законом и изричито искључити потребу постојања савесности трећег у погледу ванкњижног (фактичког) стања када је у питању катастар непокретности.

Ако пођемо од оваквог виђења начела поуздања у катастру непокретности, за шта, као што смо нагласили, у Закону има основа, онда је несумњива предност у погледу важења овог начела и правне сигурности на страни катастра непокретности.

г) *Начело првенства* уређује ранг уписа према правилу да раније уписана ограничена стварна права[668] (истородна или разнородна) имају предност над касније уписаним, а истовремени уписи имају исти ранг. Време се рачуна астрономски, а дејство уписа почиње од часа подношења захтева.

Пропуст у вези регулативе овог начела код катастра непокретности је у томе што није предвиђено шта бива када је више захтева за упис својине или ограничених стварних права на истој непокретности примљено истовремено. Према правилима земљишнокњижног права, ред првенства оваквих захтева је једнак, независно од тога да ли се та права међусобно искључују или не, а надлежни орган ће извршити све тражене уписе уз забележбу истовремености захтева. Ако се стварна права, чији упис истовремено затраже различита лица на истој непокретности, узајамно искључују (нпр. две својине) она се уписују као права са истим рангом, а заинтересована лица спор решавају у парници. Тако би требало да поступи и катастар непокретности ако се оваква ситуације догоди, што је могуће пре свега када су захтеви послати поштом.

д) *Начело законитости (легалитета)* значи да орган који води регистар по службеној дужности испитује испуњеност: - формалних услова за упис, прописаних посебним законом; и - материјалних услова, предвиђених осталим прописима позитивног права[669]. Када је реч о катастру непокретности, сматра се[670] да је одредба која регулише начело законитости сувише уопштена и да је требало прецизније и конкретније прописати шта у поступку уписа треба да утврди и провери орган који га води, баш као што је то учињено правилима

---

[668] У колизији два стварна права сукоб се решава на основу права првенства, а у колизији стварног и облигационог права предност има стварно право.

[669] Државни орган по службеној дужности води рачуна нпр. о постојању разлога за ништавост правног посла који је основ за упис.

[670] Р. Цветић, нав. дело, стр. 132.

земљишнокњижног права, са чим се морамо сложити. Наведени пропуст предност у регулативи овог начела даје земљишнокњижним прописима.

5. 2. Начела катастра непокретности

Следећа три начела познаје само катастар непокретности. Анализираћемо у кратким цртама значење сваког од њих.

а) *Начело државног премера* значи да се катастар непокретности заснива на подацима добијеним државним премером, односно да се фактичко стање непокретности утврђује искључиво на тај начин. Подаци државног премера су једини званични и поуздани подаци о непокретности, па се правни опис непокретности у било којој исправи мора вршити на основу њих[671]. Државни премер обухвата: катастарски премер, комасациони премер, премер водова, топографски премер и премер државне границе. Наведено начело сматрамо прикладним и оно је последица чињенице да катастар, поред правних садржи и фактичке податке о непокретностима. Ови подаци у земљишнокњижном систему налазе се у катастру земљишта, па начело о коме је реч није могло важити за њихово вођење.

б) *Начело обавезности уписа* је најважније ново начело катастра непокретности, које није важило у земљишнокњижном систему. Уписи у земљишне књиге вршили су се само на захтев заинтересованог лица, које није имало обавезу да такав захтев поднесе, па је тачност и ажурност овог регистра зависила искључиво од воље појединаца. Иако је тражење уписа било у њиховом инетересу, јер стварно право на непокретности без тога није могло бити пуноважно ни стечено ни укинуто, титулари права често такве захтеве нису подносили, без икакве санкције за то. Разлога за то има пуно[672] - почев од лоше економске ситуације до менталитета наших грађана[673] – али је последица била иста:

---

[671] О томе више: Р. Цветић, нав. дело, стр. 114 – 115.

[672] О томе више: О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1994, стр. 362-363.

[673] О овој теми више: Н. Планојевић, Упис етажне својине у земљишну књигу и катастар непокретности, У: ОРЛИЋ, Миодраг (ур.), Земљишне књиге и јединствена евиденција: зборник реферата и законски текстови, (Анали Правног факултета у Београду), Београд, 2003, стр. 189-221.

нетачност, непотпуност и неажурност земљишних књига, које су полако постајале неупотребљиве.

Начело обавезности уписа катастра непокретности требало је да значи решење проблема нетачност, непотпуност и неажурност земљишних књига. По њему, уписи података у катастар врше се како на захтев заинтересованих лица, која имају не само право, већ и законску обавезу (уз претњу новчаном казном) да такве захтеве поднесу; тако и по службеној дужности. Као што се види, оно представља ограничење аутономије воље и одступање од начела диспозиције у вршењу и заштити грађанских права, па је зато било предмет полемика. Пошто се катастар непокретности не води само у приватном, него и у општем интересу[674], ради обезбеђења уредне и ажурне евиденције непокретности и права на њима, преовлађује став да ово начело ипак има друштвеног оправдања[675].

По њему, титулар права на непокретности обавезан је најпре да поднесе захтев за упис непокретности и права својине на њој у поступку *оснивања катастра*[676]; као и да, ако дође до промена на непокретности у року од 30 дана од тог момента поднесе захтев и исправе за њихово евидентирање у циљу *одржавања катастра* – што је од посебног значаја за његову ажурност. Закон садржи екстензивну листу случајева који се сматрају променом на непокретности и за које постоји ова обавеза. Једном речи, одлука о томе да ли ће уписати податке о непокретностима и стварним правима на њима у катастар више није ствар воље лица којима те непокретности и права припадају, као у земљишно-књижном систему, већ њихова законска обавеза. Такође су и сви државни органи и правна лица дужни да надлежном органу доставе податке о непокретностима које имају у својим евиденцијама, како у поступку оснивања, тако и ради одржавања катастра. Непоштовање обавезе пријављивања промена прописано је као прекршај, за који се може изрећи новчана казна[677]. Уписе и праћење промена на непокретностима

---

[674] Чл. 6 Закона.

[675] Р. Цветић, нав. дело, стр. 119.

[676] Ова обавеза за имаоце права предвиђена је чл. 61, као и чл. 92, ст. 3 Закона (код оснивања катастра). Ради одржавања катастра она је предвиђена чл. 117.

[677] Новчана казна за непријављивање промена на непокретности за физичко лице креће се у распону од 10000 до 30000, а за правно лице од 30000 до 250000 динара (чл. 184 – 185 Закона).

Републички геодетски завод врши и по службеној дужности. Сматра се да ће потреба за начелом обавезности у будућности нестати ако се у потпуности буду поштовала начела уписа и поуздања, а ванкњижни промет који није праћен уписом остављао без правног значаја - што у досадашњој судској пракси није доследно спровођено.

Имајући у виду судбину коју су земљишне књиге доживеле у нашем праву, претварајући се од успешног у неажуран, непотпун и неупотребљив регистар, мишљења смо да је најважнији узрок таквог стања менталитет нашег човека, који ако нешто не мора да уради, то неће ни урадити, посебно ако му не прети казна. Зато начело обавезности, без обзира на све његове мане, ипак сматрамо најпозитивнијом новином катастра непокретности, која ће отклонити проблеме са којима су се сусретале земљишне књиге.

в) *Начело одређености* значи да садржина сваког уписа мора бити потпуно одређена у погледу: непокретности, врсте уписа, права и других чињенице које се уписују, субјекта уписа, редоследа првенства уписа и исправа на основу којих је упис извршен.

О значају овог начела не треба посебно говорити. Иако у земљишнокњижним прописима оно није било именовано, као што је случај у закону који регулише функционисање катастра непокретности, јасно је да су се и уписи у земљишне књиге спроводили у складу са њим и да је без њега незамисливо вођење било ког регистра. Зато је добро што га прописи којима је уређен катастар посебно издвајају и дефинишу.

6. Уписи у катастар непокретности и земљишну књигу

6. 1. Предмет уписа

1. Предмет уписа у *катастар непокретности* су фактички и правни подаци о непокретностима. Конкретно, то значи да се у катастар уписују: 1) непокретности и фактички подаци о њима; 2) стварна права на непокретностима; 3) законом одређена облигациона права; 4) изузетно, државина непокретности; 5) одређене чињенице које су од значаја за заснивање, измену, престанак или пренос стварних права на непокретностима.

2. Предмет уписа у *земљишну књигу* су правни подаци о непокретностима. То су тзв. земљишнокњижна права (стварна

права и законом одређена облигациона права) и одређене чињенице које су од значаја за заснивање, измену, престанак или пренос стварних права на непокретностима.

3. Из наведеног се може закључити да је предмет уписа у катастар непокретности шири: поред података који се уписују у земљишну књигу, у катастар се уписују још и фактички подаци о непокретностима и државина непокретности. У даљем тексту размотрићемо податке, који се уносе само у катастар непокретности; и покушати да проценимо да ли њихов упис представља предност или недостатак овог регистра у односу на земљишну књигу.

а) Поред законом одређених права, предмет уписа у катастар су и *непокретности и фактички подаци о њима*, под којима се по слову закона подразумевају: 1) катастарске парцеле пољопривредног, шумског, грађевинског и другог земљишта; 2) надземни и подземни грађевински објекти; 3) посебни делови објеката који чине грађевинску целину (стан, пословни простор, гаража).

Упис наведених података је израз нове концепције катастра непокретности као регистра који садржи и фактичке и правне податке о непокретностима. Зато је логично да предмет уписа буду и подаци, који су се у земљишнокњижном систему уписивали у катастар земљишта. Мишљења смо да је овакво проширење предмета уписа адекватно, јер омогућава заинтересованом субјекту да на једном месту добије све информације о непокретности која га занима и да оно значи предност катастра непокретности над земљишним књигама.

б) За разлику од земљишних књига, предмет уписа у катастар може бити и *државина непокретности*. Државина непокретности се не уписује редовно у катастар, већ само изузетно, из посебних разлога и у посебним ситуацијама предвиђеним законом. Ово проширење предмета уписа у катастар изазива највише полемика у стручној јавности, јер државина није право[678], већ фактичка власт на ствари, која се као таква не уписује у регистре права на непокретностима готово нигде у свету. У даљем тексту ћемо изнети ситуације у којима се државина може уписати у катастар, како бисмо утврдили разлоге

[678] О државини више: N. Gavella, Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990; Н. Планојевић, Државина у нацрту Европског грађанског законика и у преднацрту Грађанског законика Србије, Правни живот, 10/2014, стр. 343-358.

за ово неуобичајено проширење предмета уписа. На основу тога, покушаћемо да изведемо закључак о оправданости уноса ових података и о томе да ли ова разлика између катастра и земљишних књига представља предност или недостатак катастра непокретности.

Држалац непокретности у катастар може бити уписан у три случаја. *Први случај* је везан за катастарске општине у којима не постоји ни једна правна евиденција непокретности и права на њима, већ само фактичка евиденција - катастар земљишта. Када у време оснивања катастра непокретности није могуће према постојећој фактичкој евиденцији, а на основу критеријума предвиђених законом, утврдити ко је ималац права својине на непокретности о којој је реч, ко ће у катастар бити уписан као држалац зависи од тога која је врста непокретности у питању: парцела, грађевински објекат или његов посебан део[679].

Други случај је када у време оснивања катастра није било могуће према постојећој правној евиденцији у одређеној катастарској општини, а на основу критеријума предвиђених законом, утврдити ко је ималац права својине на непокретности о којој је реч. Тада се као држалац на објекту или посебном делу објекта (као и парцели) уписује лице које је у његовом поседу и има исправу која води стицању својине. На непокретностима које нису уписане у неку од правних евиденција упис се врши применом одредаба о уписима према подацима фактичке евиденције.

Трећа ситуација у којој је могућ упис држаоца тиче се поступка одржавања катастра. Када нема услова за упис стварног права, дозволиће се упис држаоца приликом провођења промене настале изградњом, реконструкцијом, доградњом, деобом или спајањем објеката, односно посебног дела објекта. Такође је могућ и упис даље промене држаоца под законом предвиђеним условима.

Посебно је важно истаћи да се државина овако уписаних лица по закону сматра законитом и савесном од дана уписа и да

---

[679] Ако је у питању *парцела*, као њен држалац биће уписано лице које је последње уписано у катастар земљишта, ако је парцела у његовом поседу. Ако таквог лица немакао држалац уписаће се лице које није уписано у катастар земљишта, ако се утврди да је парцела у његовом поседу. Ако је реч о *грађевинском објекту,* као његов држалац биће уписано лице које је градитељ објекта или држалац парцеле; или лице коме је издата грађевинска дозвола за градњу објекта привременог карактера. Ако је у питању *посебан део објекта*као његов држалац биће уписано лице које је у поседу посебног дела.

може да доведе до стицања права својине протеком рока од 5 година од почетка примене катастра. Наиме, *након протека овог рока* на захтев уписаног држаоца или његовог правног следбеника доћиће до брисања државине и уписа својине на парцели, објекту или његовом посебном делу у његову корист, под условом да треће лице дотад не поднесе захтев за упис својине са потребном исправом. И *пре истека рока* од 3 године држалац може захтевати упис својине, уколико достави исправу за упис; а може се захтевати и упис промене држаоца, на основу исправа прописаних законом.

Колико год да је могућност уписа државине у катастар непокретности била критикована у стручној јавности, могућност њеног претварања у својину протеком кратког рока изазвала је још веће негодовање. Решење о коме је реч окарактерисано је од стране многих правних писаца као противно начелу правичности и стварноправним прописима уопште[680].

Морамо признати да је могућност уписа државине заиста необична, али само на први поглед. Да је катастар непокретности регистар искључиво правних података о непокретностима, упис било чије државине из било ког разлога био би неприхватљив. Али, пошто је катастар непокретности регистар и фактичких и правних података, није нелогично да се у њега у одређеним ситуацијама уписује и државина, као фактичка власт на ствари. То нам се и код оснивања и код одржавања катастра чини бољим решењем од остављања одређене непокретности без икаквих података о субјекту који је користи, ако он већ постоји. Из ситуација у којима је могућ упис државине у поступку оснивања катастра види се да су такви случајеви у пракси заиста изузетни. Пошто је оснивање катастра окончано, таквих случајева више неће бити. Што се тиче могућности уписа државине у поступку одржавања катастра, чини се да ће и такве ситуације с временом потпуно нестати, јер су прописи из области изградње објеката веома пооштрени. Бесправно грађени и нелегализовани објекти који нису порушени биће права реткост – што је практично једина ситуација у којој је могућ упис државине у поступку одржавања катастра. Коначно, могућност претварања државине у својину под законом прописаним условима последица је намере

[680] Р. Чогурић, Критички осврт на Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, Анали правног факултета у Београду, бр. 1-6/2000, стр. 80; Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, Стварно право, Ниш, 2004, стр. 416.

законодавца да обезбеди не само потпуност и ажурност катастра непокретности, већ и сагласност фактичког и правног стања – чему се не може приговорити, нарочито када држалац поднесе исправу за упис својине. Зато смо мишљења да се наведена решења, иако радикална, не могу оценити као неприхватљива. Она решавају проблем неажурности регистра, па је корист од њиховог прихватања већа од евентуалне штете.

6. 2. Услови за уписе

У погледу услова за уписе нема веће разлике између катастра непокретности и земљишних књига. Код оба регистра и за све врсте уписа мора постојати: 1) уписана непокретност; 2) уписани претходник – при чему је упис изузетно дозвољен и против лица које није уписани претходник, ако се докаже правни континуитет између њега и уписаног претходника; 3) приватна или јавна исправа, која је по форми и садржини подобна за упис. За приватну исправу то значи да је сачињена у писаној форми, уз оверу потписа странака, и по правилу са дозволом уписа (цлаусула интабуланди) која није условљена ни орочена. У катастру непокретности набројани услови не морају бити испуњени само за једну врсту уписа - упис непокретности, што је логично решење.

На основу поређења решења о катастру непокретности и земљишним књигама можемо закључити да је предност прописа којима је регулисан катастар у томе што решавају дилему која постоји у земљишнокњижном праву у вези питања чији потпис треба да буде оверен на приватној исправи: оба уговарача или само лица које се правним послом обавезује – у корист прве опције. Предност земљишнокњижних прописа је у томе што, за разлику од прописа који уређују катастар, прецизирају ко може бити давалац цлаусуле интабуланди[681]. За катастар треба узети да је то свакако лице чије се право ограничава, оптерећује, преноси или престаје[682]. Прописи о катастру не предвиђају ни могућност да предходник буде истовремено уписан са следбеником. У теорији се сматра да се ради о пропусту

[681] О земљишним књигама детаљније: Ф. Чулиновић, О земљишнокњижним уписима, Загреб, 1930.; Ф. Чулиновић, Земљишнокњижно право, Београд, 1933.; Ф. Чулиновић, Коментар земљишнокњижних закона, Београд, 1931.

[682] Н. Планојевић, Стварно право у пракси, Крагујевац, 2012, стр. 511.

законодавца и да треба узети да је то могуће као и код земљишних књига или код уписа непокретности у катастар[683].

6. 3. Врсте уписа

Катастар непокретности и земљишне књиге познају три исте врсте уписа[684]. То су: 1) *Укњижба*, којом се коначно стичу или губе стварна права на непокретностима. Разлика је једино у томе што се код катастра укњижба назива уписом стварних права. 2) *Предбележба*, којом се права на непокретностима стичу, преносе, ограничавају или губе под условом да она буде оправдана. Једина значајнија разлика између предбележбе у катастру и земљишним књигама је у погледу рока: прва се уписује на рок до 90 дана (или на рок према исправи), а друга важи у року од 15 дана од доставе одлуке о њеном дозвољавању. 3) *Забележба*, којом се уписују чињенице од значаја за заснивање, измену, престанак или пренос стварних права на непокретностима (иако не доводе до њих) или о личности титулара. Морамо констатовати да прописи о катастру не регулише забележбу онако детаљно како су је регулисали земљишно-књижни прописи, већ само набрајају чињенице које се њоме уписују.

У катастар непокретности је могућа још једна врста уписа – упис непокретности[685], што је последица нове концепције катастра као јединствене евиденције фактичких и правних података о непокретностима.

7. Закључак

На основу свега изнетог можемо закључити да катастар непокретности и земљишне књиге имају готово исти број сличности и разлика. Пошто су за тему нашег рада важније

---

683 Р. Цветић, нав. дело, стр. 149.

684 О овој теми: Д. Бркић, Непокретности, стварна права на непокретностима, промет права на непокретностима и упис у јавне књиге, Београд, 2009.

685 Овом врстом уписа се у катастар уносе фактички подаци о: парцели, објекту и посебним деловима објекта. Када за објекат није издата грађевинска или употребна дозвола, као и када је објекат изграђен прекорачењем овлашћења из грађевинске дозволе или је привремен, уз упис објекта уписује се и забележба о томе.

разлике између ових регистара, у даљем тексту извршићемо њихово сумирање и процену да ли оне представљају предности или недостатке катастра у односу на странцима познате земљишне књиге.

Најпре морамо констатовати да су прописи који регулишу катастар савременији и лакши за употребу и разумевање од правних правила земљишнокњижног права, као и да је за његово устројавање очито било више воље него за устројавање земљишних књига. Регистар који постоји, какав год био, због саме чињенице да га има увек је бољи од оног који никада до краја није устројен.

И у погледу садржине и у погледу технике вођења несумњива предност такође припада катастру. У њему се на једном месту могу наћи и фактички и правни подаци о непокретностима, за шта је у земљишнокњижном систему било потребно консултовати два регистра - што је било веома непрактично. Због богатије садржине, катастар непокретности има и другачију, сложенију структуру од земљишних књига, а из њега се може издати и више врста исправа. Вођење катастра у електронском облику неупоредиво је са застарелом ручном техником вођења земљишних књига. И у погледу начина уписа података предност је на страни катастра, који се води и по систему реалних и по систему персоналних фолија - по чему је савршенији од других система, јер кориснику пружа више информација и могућности.

У погледу начела која познају и земљишне књиге и катастар непокретности углавном нема битније разлике између ових регистара, изузев што су нека од њих прецизније дефинисана у катастру. То се посебно односи на начело поуздања катастра, према коме је потребна савесност стицаоца само у погледу књижног стања; и на формални аспект начела јавности, према коме се у одређеним ситуацијама могу добити подаци и за имаоца права, а не само за непокретност. За катастар непокретности, међутим, важе и три нова начела, од којих је најважније начело обавезности уписа, које у потпуности мења физиономију катастра у односу на земљишну књигу. Пошто се катастар непокретности не води само у приватном, него и у општем интересу, мишљења смо да ово начело има друштвеног оправдања и да оно представља решење за проблем нетачност, непотпуност и неажурност претходног регистра, који је узрокован пре свега менталитетом нашег човека. Начело

обавезности сматрамо најпозитивнијом новином катастра непокретности.

Различитост катастра од земљишних књига постоји и у погледу предмета уписа, па између осталог то може бити и државина непокретности, што је новина која је изазвала највише полемика у стручној јавности. Пошто је упис државине могућ у малом броју ситуација које нису тако честе, а циљ законодавца је да обезбеди потпуност и ажурност катастра и сагласност фактичког и правног стања –мишљења смо да се ово решење, иако радикално, не може оценити као неприхватљиво, а могуће је пре свега захваљујући новој концепцији катастра као регистра фактичких и правних података о непокретностима.

У погледу врста уписа и услова који се за њих траже нема значајнијих разлика између ова два регистра, изузев што катастар познаје једну нову врсту уписа - упис непокретности, што је опет последица његове садржине.

Једина значајнија предност земљишних књига у односу на катастар је у томе што га води суд, у чији рад се по многим мишљењима може имати веће поверење него у рад органа управе. Ипак, морамо рећи да је чињеница да у свету постоје изузетно ефикасни регистри, које воде управни органи - попут Торенсовог система – чију поузданост и непристрасност нико не доводи у питање.

Коначно, на основу компарације катастра непокретности и земљишних књига закључили бисмо да страни инвеститори немају разлога за неповерење у катастар непокретности и да са овим регистром добијају на поузданости и ажурности у односу на земљишне књиге, а самим тим и на правној сигурности. Овај регистар ће функционисати добро, а тиме посредно позитивно утицати и на обим страних улагања у нашу привреду.

THE FUNCTIONING OF THE REAL ESTATE REGISTER AS THE PRECONDITION FOR SAFE INVESTING

Abstract: *In this paper the author underlines the connection between the safe investing into financial sector and good functioning of the real estate register. Namely, if a reliable, up-to-date register does not exist, there is no mortgage which is the most important means of assurance for creditors. The absence of mortgage means no loans which represent the most important banking service and it is evident that an inadequate register can stop this type of investments. Since the Republic of Serbia introduced a new method of real estate registering – the real estate cadaster which is different from real estate and land registers that exist in other countries, the author points to the need that foreign investors should be acquainted with its characteristics. Well placed information will eliminate any distrust that might be an obstacle for new investments. Therefore, this paper, in this context represents a review of the structure, principles, objects, conditions and types of these entries comparing them with those that exist in other countries. The author underlines their similarities and differences, but also their advantages and disadvantages from the point of view of a foreign investor – reliability, efficacy and up-to date information. Finally, the author concludes that the real estate cadaster represents a well-designed means of evidence that may ensure safe investing into a country's financial sector.*

Key words: *property law, real estate register, type of entries, investment in financial sector.*

Проф. др. Џевад ДРИНО,
Правни факултет Универзитета у Зеници

Виша ас. Бењамина ЛОНДРЦ, МА,
Правни факултет Универзитета у Зеници

ХИСТОРИЈСКО- ПРАВНИ АСПЕКТИ ИСЛАМСКОГ БАНКАРСТВА

Апстракт. *Исламска економска мисао развијала се у оквиру fikha- исламске јуриспруденције, унутар заокруженог шеријатско-правног оквира чији су главни извори Kur'an (књига Објаве), sunnet (пракса Посланика), idžma (консензус), te kijas или правна аналогија, док су секундарни извори у домену обичаја и судске праксе. Сам појам исламског финансијског свијета настаје средином осамдесетих година прошлог вијека и чини га исламско банкарство, исламско осигурање (tekaful) и тржиште капитала. Однос религије и економије има јасно изражени хисторијско-правни аспект и у јеврејској, хришћанско/кршћанско/протестантској традицији, па се и у овом случају питамо да ли конституисање и употреба појма исламског банкарства представља „шеријатско шминкање" конвенционалног банкарског система или нову заокружену економско-правну цјелину? Или, другим ријечима, није ли то уобичајени начин прихватања економских законитости и праксе, али заогрнут плаштем религијских вреднота и назора с циљем помирбе тржишне праксе и религијске норме, тако омиљеном у цјелокупном развоју lex mercatoria.*

Кључне ријечи: *банкарство, ислам, шеријат, традиција.*

1. Увод

Република Србија је земља са далеко највише улагања исламских држава у региону, али без концепта исламског банкарства, оно постоји у Босни и Херцеговини, уводи се у Хрватску још одавно, занимљиво, на потицај папе Бенедикта XVI, а као

теоријска дисциплина или изборни колегиј постоји на економским факултетима у регији- опет не и у Србији. Радови у српској научној мисли из ове области су ријетки,[686] а с обзиром на величину и значај ове области изненађујуће слабо обрађени- по мишљењу проф. др. Алмира Чолана, професора исламског банкарства на Универзитету Ла Тробе у Мелбурну, процјена величине овог тржишта сматра се више до 1.000 милијарди долара, а преко 5.000 милијарди долара (по агенцији MOODYS) у скоријој будућности.[687] Оно се сматра главном одбраном против похлепе банкара, па данас у свијету постоји 325 исламских банака највише у Сједињеним Америчким Државама 38, Великој Британији 23, Аустрији 2, док је у Југоисточној Европи једина исламска банка Bosnia Bank International у Сарајеву, и њихов раст је по званичној оцјени ММФ-а *„крајње импресиван“*.[688] Очито је да је исламска финансијска индустрија, да употијебимо овај назив за цјелокупан систем, доживјела реалан успон и свој развој како у исламским, тако и земљама ван исламског хисторијског круга, па заслужује истражити њене основе, начела и принципе рада и могуће правце даљег развоја у циљу сагледавања опште користи за привреду и друштво Србије али и шире. Ово тим прије што је глобална финансијска криза уздрмала и још тресе цјелокупан међународни финансијски систем, па се у тражењу адекватних одговора темељитије сагледава феномен исламског банкарског система у свјетлу нових теорија и хипотеза.[689]

2.

Принципи исламског банкарства и уопће исламских финансија стари су као и религија, премда је ислам најмлађа међу монотеистичким религијама, његов утјецај на формирање посебне економске теорије је, занимљиво, понајвећи. Вјероватан је разлог

---

[686]У моменту писања овога рада наишли смо на изванредно документован рад др. С. Маринковића са Економског факултета у Нишу (“*Исламско насупрот конвенционалног банкарства*”, часопис Банкар, 3/2013., те више квалитетних радова са Интернационалног Универзитета у Новом Пазару.

[687]Види: Australian Centre for Islamic Finance-auscif.com, посјета 14.04.2016.

[688]ИзвјештајММФ-аза 2013. годину, видина web страници Министарства финансија и трезора Босне и Херцеговине-www.mft.gov.ba- приопћење Босдом од 14.04.2016.

[689]Као нпр. популарна хипотеза Минскога о финансијске нестабилности (financial instability hypothesis),види у: Minsky,H.P., *Stabilizing an Unstable Economy*, New York,McGraw Hill, 2008.

што је и сам вјеровјесник, посланик Мухамед био *mudarib*-трговачки повјереник богате удовице Хатиџе, па је током 23 године објаве, уз религијске норме, пренио и основна начела економије и финансија. Сама Мека је у то доба била средиште трговине из Индије и Кине, па су се за финансирање каравана користила два облика-*mušareka и mudareba*, који су под називом коменда присутни и у Западној Европи.[690] Финансије се развијају унутар исламског, шеријатског права (ар. пут, стаза), док је термин *Iktisad (*арапски-економија), настао у модерном периоду, мада се раније развијала у оквирима *fikha*- исламске јуриспруденције, пресудан је утјецај оснивања чувеног Универзитета Ел Азхар у Каиру, те учења знаменитог Ибн Халдуна (1332-1406.).[691] Теоретичари скрећу пажњу на мисао Ел Газалија (1055-1111.) да слова служе за конструисање ријечи, а новац служи за конструисање робне размјене. Главни извори шеријата су Кур'ан и сунет (ар. *обичај, пракса),* док тек након њих слиједе консензус исламских правника (*idžma)* и правна аналогија (*kijas).* Ислам као религијски систем, а посебно финансије и банкарство, залажу се за стриктно поштовање власничких права истичући јасне етичке стандарде при диоби ризика *(risk sharing).*

При томе се као специфичности истичу:

- Забрана плаћања и пријема камате (*Riba)*
- Забрана прекомјерног ризика и неизвијесности (*Garera)*
- Забрана коцкања *(Mejsira).*

Ове религијско-правне одреднице, наравно нису никаква новост:

Још Стари Завјет, Деутеронум XX,19-20. изреком забрањује Јеврејима наплату камате од "*браће"*, али дозвољавају од странаца, па многи сматрају да је ова одредница дала печат јеврејској примјени камате и њиховом профилирању као најбољих банкара и трговаца старог свијета.[692] Рано кршћанство изричито забрањује камату; Јеванђеље по Луки, VI,35 *"Дајте у зајам не надајући се ничему"*- па многи су склони каснију појаву прихватања камате тумачити капитулацијом хришћанства пред капиталом, попут Макса Вебера (*Протестантска етика и дух капитализма),* да би

---

[690]Дрино, Џ., *Компаративна правна хисторија*, Зеница, 2016., поглављеШеријатскоправо 147-153.

[691]КонсултујизврснустудијуСмоло, Е., *Увод у исламску економију и финансије-теорија и пракса*, Сарајево, 2013.

[692]Zimmerman, R., *The Law of Obligations*, Roman Foundations of the civilian tradition, Oxford university Press 1996, 706.

луцидни Славој Жижек нагласио да би се данас требала писати, *"Конфучијанска етика и дух капитализма"*, алудирајући очито на нову кинеску предузетност у свијету.[693]

Религијски утицај на економију појашњава и теоретичар Адам Смит у свом назначајнијем дјелу *„Богатство народа"*, кроз појаву *„невидљиве руке"* (*invisiblehand*), координатора независних одлука учесника на тржишту, директно указујући да тржиште и није тако слободно него да указује на дизајн *„великог своритеља".*[694]

Конкретно, 275-ти ајет друге суре Кур'ана (*El Bekare)* проглашава уговор о трговини (*bej)* дозвољеним, а онај каматни (*riba)* забрањеним (*haram)*. При том се допушта генерисање прихода кроз подјелу ризика и користи између страна, прецизирајући ризик као економски и други, као личне околности (болест, повреде, смрт). Исламски приступ камати се исказује слично античком- неодговорни клијенти за случај кашњења уплаћују уговорени износ у добровољни фонд који се троши у хуманитарне сврхе, дозвољено је судско гоњење дужника као и продаја заложене имовине. Неоправдано кашњење је насиље (*zulum*), па га је дозвољено казнити, при чему се најчешће цитира Кур'анска сура Ел- Маиде: *„О вјерници, испуњавајте уговоре!".* Иако су принципи исламских финансија практицирани вијековима у исламском свијету, појмовна изградња је релативно млада, па данас исламски финансијски систем сачињавају исламско банкарство, исламско осигурање и тржиште капитала.

Свјетско тржиште са шеријатски сагласним производима је јасно, док се допушта генерисање прихода кроз подјелу ризика и користи између страна, изричито је забрањено финансирање алкохола, духана, коцке, порно индустрије и проституције, али и војне индустрије!

Укупно узевши, појам исламских финансија дефинишемо као финансијске активности вођене учењем шеријата односно исламског права и рекосмо, релативно је млад појам на свјетској економској сцени;

- прва исламска банка (*Mit Ghamr*) настаје тек 1963. године у Египту,

- прва међународна конференција о исламској економији одржана је у Меки (Саудијска Арабија) 1976. године, а Исламска

---

[693]Дрино, Џ., Да ли је Рем био атеиста? У зборнику *Драматичност а/теистичке позиције*, Зеница 2010., 40-47.

[694]Smith,A., *The Theory of Moral Sentiments*,Mineola, New York, 2006.

банка за обнову и развој (*Islamic Development Bank)* установљена је 1975. године у Џеди (Саудијска Арабија), док је највећи теоријски допринос дала ISRA (Интернационална академија за шеријатска истраживања у исламским финансијама) са сједиштем у Малезији. Ова земља је "азијски тигар" у цјелокупној економији, али се на Исламском Универзитету у Куала Лумпуру највише истражују и сви облици исламске финансијске индустрије.

Модалитети исламских финансија су:

- *Kard hasan*- добронамјерни, бескаматни кредит
- *mušareka*- активно партнерство,блиско модерном појму *joint - venture*
- *mutenakisa*- умањујуће партнерство
- *mudareba*- пасивно партнерство
-*murabeha*- купопродајни уговор
- *selem*- будућа испорука
- *idžara*- најам(обухвата и лизинг)
- *istisna*- наручена производња
- *sukuk*- исламски цертификати и обвезнице.[695]

Исламско уговорно право познаје разрађене елементе уговора (ар. *Akd-„свезати у чвор"),* којем претходи понуда *(idžab)* те прихват (*kabul)* уз јасно одређену форму (*siga)*, а будући изазови су му свакако стандардизација и рјешавање накнаде за кашњење при исплати (*garama)*.. Све то доводи до појма *ISLAMIC WINDOWS* као исламски прихватљив банкарски производ заснован на бескаматном, етички и религијски дозвољеном начину рада, што представља апсолутни изазов модерном свјетском банкарству.

3. Закључак

Исламско банкарство представља дио савременог међународног банкарског система заснованог на прописима исламског права (*шеријата),* са коријенима у основним изворима шеријатског (исламског) права, оно нипошто није непрофитно него профит не остварује путем банкарске камате већ кроз пословање по основу своја три извора капитала:

[695]Ayub,M., *Islamic Finance*, West Susex,England, 2007., Chapra,M.U., *The Future of Economics: An Islamic Perspective*, Leichester, 2000., Kahf,M., *Islamic economics*,Kuala Lumpur, 1989., Kharofa, A., *Transactions in Islamic Law*, Kuala Lumpur, 2004.

1. Власнички 2. Трансакцијски депозити 3. Инвестицијски депозити, који су увијек главни извор капитала сваке исламске банке.

Укључивање у систем исламског банкарства свакој држави је донио нови прилив капитала, а данас се семинари са цертифициране банкаре исламског банкарства одржавају у Словенији, Хрватској и однедавно у Босни и Херцеговини (на Економском факултету Универзитета у Сарајеву), док је далеко најбоља теоретска наобразба на Универзитету Куала Лумпур. За републику Србију исламско банкарство представља изазов са којим се већ сусреће, поред регулаторних и правних прописа неопходних за његову примјену, свакако је потребно радити на освјетљавању теоријске подлоге и финансијске праксе, стандардизацији или барем хармонизацији финансијских и других докумената, што доноси неопходно прилагођавање финансијским тржиштима. Јер, циљ је један и савршено јасан-у питању је укључивање у глобални процес који доноси и јасан профит.

Prof. dr. Dževad Drino, Faculty of Law,
University of Zenica

Senior teaching assistent Benjamina Londrc, LLM,
Faculty of Law, University of Zenica

HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS OF ISLAMIC BANKING

***Abstract**. Islamic economic thought has been developed in the framework of fikh- Islamic jurisprudence, within the rounded Sharia legal framework whose main source is the Quran (the Book of Announcement), Sunnah (practice of the Prophet), ijma (consensus) and qiyas or legal analogy, while secondary sources are in the area of customs and jurisprudence. The term of the Islamic financial world was created by the mid-eighties and consists of Islamic banking, Islamic insurance (tekaful) and capital markets. The relationship between religion and the economy has a clearly expressed aspects in the historical and legal Jewish, Christian/Protestant tradition, but in this case we ask whether the establishment and use of the concept of Islamic banking is the "Sharia makeup" of the conventional banking system or a new self-contained economic and legal entity.*

***Keywords:** banking, Islam, sharia, tradition.*

Доц. др Маша АЛИЈЕВИЋ
Доц. др Аида МУЛАЛИЋ
Правни факултет у Зеници

КОНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ДИРЕКТНИХ СТРАНИХ УЛАГАЊА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И ПРАВНИ РИЗИЦИ

Апстракт. *Широк је дијапазон правних ризика иманентних дирекним страним улагањима. Генерално се правни ризици могу класифицирати на: опће, ризике сецифичне за одређене пословне трансакције и посредне правне ризике. Даље се опћи правни ризици могу подијелити на субкатегорије ризика инхерентних конкретном правном систему и ризике ефикасног управљања истим. С обзиром на наведену подјелу, кршење принципа правне сигурности могли бисмо уврстити међу правне ризике карактеристичне за конкретан правни систем заједно са ризицима који деривирају из непоштивања принципа владавине права и из прешироког тумачења правних норми.*

Принцип правне сигурности, поготово у контексту унапређења ефекасности директних страних улагања, не може се посматрати самостално већ у корелацији са принципом владавине права. Наведено пак не значи нужну условљеност посљедица које може произвести непоштивање једног или другог правног принципа. Дата теза сматрамо да је доказива у уставно-правном систему какав је у Босни и Херцеговини. Стога је задатак нашег истраживања испитати тачност наведене поставке тумачењем друге и треће алинеје Преамбуле Устава Босне и Херцеговине.

Анализирањем националног нормативног оквира директних страних улагања, те компарацијом са нормативним рјешењима каква постоје у Европској унији, ослањајући се и на рјешења судске праксе овдје, настојимо указати на комплексност проблема у питању. Даљњем усложњавању проблема доприноси дисперзиран приступ заштити дирекних страних улагања, а с обзиром на одсуство својеврсне кодификације праксе држава у овом домену.

Кључне ријечи: *правни ризици, директна страна улагања, владавина права, слобода, капитал, власништво*

• Увод

Организирање сваке економске активности захтијева релативно стабилан и предвидљив правни и регулаторни оквир. Конкретније, такав правни оквир који обезбјеђује уредно извршење преузетих уговорних обавеза, приватно власништво и инвестиције, јасну интерпретацију права, стабилно монетарно окружење и механизме за ублажавање тржишних несавршености.

Принципи владавине права и правне сигурности тако су у служби економске ефикасности, а значај наведених принципа препознат је и на међународном нивоу. Примјера ради, билатерални и мултилатерални инвестициони споразуми гарантирају фер и једнак власнички третман држављанима земаља потписница. Или, стипулирање клаузуле најповлашћење нације је стандард у уговорима WTO, или клаузуле фер тржишног натјецања у домену интелектуалног власништва (TRIPS), услуга (GATS) и пољопривреде. С регионалног аспекта, Европска унија је заједница базирана на принципу владавине права, који заједно са принципом правне сигурности чини корпус опћих правних принципа ЕУ.[696]

Ризик правне непредвидљивости један је од најчешћих у дугорочним инвестиционим уговорима који се манифестира или у измјенама постојеће легислативе или у различитој интерпретацији нормативних аката. Како су готово сви аспекти инвестиционих пројеката подложни неком облику правног регулирања, то и промјене у том смислу могу значајно утицати на проток капитала.[697] На примјер, промјене у домену уговорног права могу резултирати у непроводивости неких одредби садржаних у раније закљученим уговорима; промјене у домену права конкуренције могу резултирати повећањем конкуренције и смањењем добити; промјене у домену порезног права могу утицати на смањење нето добити; промјене у домену радног законодавства, здравственог осигурања или околишног законодавства могу повећати оперативне/трошкове извођача радова, и сл.

Уговорне стране у инвестиоционим уговорима не могу потпуно искључити правни ризик који деривира из нарушавања

[696] Према P. Mäntysaary, *The Law of Corporate Finace: General Priniples and EU Law, Volume II: Contracts in General,* Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, 50-51.

[697] Ibid., 54.

принципа правне сигурности, али могу преклудирати његове ефекте овисно о врсти трансакције у питању.

1. Конституционални аспект и извори дирекних страних улагања

Уставни принципи[698] се могу дефинисати као као општи уставноправни ставови којима су постављене смјернице за уобличавање и организацију државе, као директиве које прописују начин вршења државне власти или понашање државе.[699] Ова дефиниција обухвата све нормативне ставове о темељним правилима државне организације а ту спадају и структурни принципи као што је владавина права али и општи правни принципи као што је правна сигурност.[700] Уставни принципи као што су правна сигурност, подјела власти, заштита људских права, праведност, уставност, законитост су интегрални дио принципа правне државе[701] и владавине права те представљају темељне услове за привредни развој и привлачење страних инвестиција.

Наиме темељни садржај принципа владавине права, између осталога, чини и сигурност правног субјекта у своју правну позицију, посебно уколико је верифицирана одређеним појединачним актом.[702] Правни субјекти би требали бити у могућности да предвиде будуће услове дјеловања[703] сигурни у његове правне посљедице. То значи да у неријешеним правним

---

[698] Принципи се разликују од општих циљева, вриједности, програмских задатака, постулата, других права и прописа јер су апстрактног садржаја како би у што већем обиму обухватила могуће животне ситуације и уставне вриједности. A. Jakab, „Prinzipien“, Rechtshtheorie 37, 2006, 49,56 u Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, GIZ: Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu- pravna reforma, Sarajevo 2012, 41.

[699] Према Е. Шарчевић (ур.), *Правни принципи*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2014, 14.

[700] Ibid.

[701] Види више: З. Мешкић/Д. Самарџић (2012), 39-75.

[702] Према И. Везмар Барлек, „Примјена начела легитимних очекивања у пракси Управног суда Републике Хрватске“, *Зборник Правног факултета у Ријеци,* Ријека 1/2011, 570.

[703] Идеал предвидљивости будућих услова живота јест оно што се назива „вриједност сигурности“. Према Н. Висковић, *Држава и право*, Студентска штампарија Универзитета, Сарајево 1996, 131.

ситуацијама, правни субјекти очекују рјешење ситуације према пропису који је важио у вријеме започињања њиховог дјеловања, а да се о евентуалној повреди начела владавине права може говорити уколико се на започети правни однос примијене прописи или мјере које нису биле на снази у вријеме подузимања дјеловања.[704] Заправо, правна сигурност значи да сви правни акти који регулишу нашу правну позицију и односе у друштву морају бити написани на приступачан, предвидив, процјенљив и разумљив начин.[705]

Јасно је да је један од веома битних елемената владавине права задатак државних власти да својим грађанима гарантују правну сигурност која је такође и битан принцип босанскохерцеговачког правног система. Принцип правне сигурности се изричито не спомиње у Уставу БиХ, него тумачи као саставни дио принципа владавине права из члана I/2 Устава БиХ који говори о БИХ као о демократској држави.[706] Прописујући да је БИХ демократска држава која функционише на принципима владавине права и слободних и демократских избора, подразумијева се прихватање највиших међународних демократских стандарда и правних стандарда у овој области. Према томе, члан I/2 Устава БиХ који прописује принцип владавине права инкорпорише у себи и принцип правне сигурности.[707]
Наравно да капитал и инвестиције воле стабилност, те је стога важно да национална држава гарантује права страних улагача међу којима доминира право на правну сигурност што значи да страни улагачи имају једнак положај, права и обавезе као и домаћа физичка и правна лица.[708]

Директна страна улагања зависе од много фактора као што су: лоцираност земље, величина тржишта, квалитет радне снаге, квалитет инфраструктуре, политичка стабилност, али засигурно је

---

[704] Према Н. Побрић, „Примјена принципа Европског управног простора – услов за пријем у Европску унију“, *Свеске за јавно право*, број 17, годиште 5, септембар 2014, 49.

[705] Према C. Steiner/N. Ademović, *Ustav BiH: komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010, 69.

[706] Види: Члан И/2 Устава БиХ.

[707] Види више C. Steiner/N. Ademović (2010), 160-161.

[708] Види чл. 4., 5. и 6. Закона о страним улагањима Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ“ број 61/01, 50/03 и 77/15.

стабилност и предвидивост закона тј. правна сигурност уз квалитет судског система међу факторима од којих у БиХ зависи побољшање пословног амбијента.[709] А то значи наставак реформских процеса као што су хармонизација прописа на нивоу државе и реформа у области правосуђа, привреде и спољнотрговинског пословања.

Однос директних страних улагања и уставног права можемо посматрати као однос општег и посебног јер уставно право прописујући основе за функционисање државног апарата даје и оквир за директна страна улагања. Ефекти директних страних улагања на привредни развој државе зависе од тога да ли држава има одговарајућу стратегију, али и одговарајући степен законодавне стабилности.[710] Занимљиво је да се конституционални оквир директних страних улагања, у свјетлу већ наглашене потребе обезбијеђивања правне сигурности у БиХ може поставити узимајући у обзир неколико алинеја из преамбуле Устава БиХ.

Преамбула Устава БиХ са својих десет алинеја представља набрајање основних вриједности и циљева међународног и уставног права, те друштвених вриједности и циљева који би требало да дају трајан печат Уставу и будућности земље.[711] Но, када су у питању уставни принципи којима су прожете одредбе преамбуле, Уставни суд БиХ се позива на једну одлуку канадског Врховног суда: „Ови уставни принципи поткрепљују и одржавају уставни текст: они су виталне неизречене претпоставке на којима је текст утемељен... Принципи помажу у тумачењу текста и описивању сфера овласти, досега права и обвеза, и улоге наших политичких институција. Преамбула није само кључ за тумачење изричитих одредби Акта о Уставу, већ такође омогућава употребу организацијских принципа ради попуне празнина у изричитим терминима уставне схеме. Она је средство којим логика у позадини Акта може добити нормативну снагу“.[712] Иако је одлуком Уставног

---

[709] Стране директне инвестиције у БиХ: Постојеће препреке и нужни кораци, преузето: *http://www.frontal.ba/novost/75599/strane-direktne-investicije-u-bih-postojece-prepreke-i-nuzni-koraci* (10.04.2016.)

[710] Према И. Велагић, „Ефекти директних страних улагања на економију земље домаћина“, *Транзиција*, часопис за економију и поитику транзиције, година ХИИИ, Тузла-Травник-Загреб-Београд-Букурешт, 2011., Бр. 27.

[711] Преузето: C. Steiner/N. Ademović (2010), 36.

[712] Види: Одлука Уставног суда БиХ број U 5/98-III, tačka 23; C. Steiner/N. Ademović (2010), 36.

суда БиХ (број U 5/98 од 01. јула 2000. године) утврђена нормативна природа текста Преамбуле, што је за Устав БиХ веома значајно, ипак нема свака алинеја преамбуле исту нормативну вриједност.[713]

Прва алинеја преамбуле Устава БиХ говори о основним вриједностима у држави, међу којима се истиче и једнакост. Принцип правне сигурности подразумијева једнакост законског третирања. Различито законско третирање захтијева разумно оправдање. То важи чак и када је оспоравана одлука законита и уставна, а различита у односу на друга лица у истој ситуацији, пошто нико нема право да захтијева једнакост у неправедном третману.[714]

Друга алинеја је усмјерена на изградњу унутрашњег мира у држави јер посвећеност миру, правди, толеранцији и помирењу је елементарни принцип да нема државе без унутрашњег мира.[715] Мир је елементарна вриједност правног поретка који је претпоставка да би настало право и највиши правни принципи.[716] Друга алинеја има функцију помоћи при тумачењу јер није директно примјењива.[717] И трећа алинеја преамбуле је формулисана као циљ да се путем демократских органа власти и правичних процедура успоставе мирољубиви односи и то у плуралистичком друштву.[718]

Као и претходне алинеје, трећа алинеја Преамбуле Устава БиХ доприноси одређивању уставноправних вриједности које су формулисане као одређено убјеђење које се односи на циљеве и средства.[719] Претпостављени циљ је успостављање мирних

---

[713] Види више: М. Алијевић, „Текст преамбуле као помоћна метода тумачења устава“ (283-300), *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, број 10, година 5, Зеница 2012.

[714] Према C. Steiner/N. Ademović (2010), 90.

[715] Према М.Алијевић (2012), 294.

[716] Правни принципи су шири појам од уставних принципа, јер нису сви правни принципи уставни. Но, највиши правни принципи несумњиво су и уставни. Према В. Петров/С. Манојловић, „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, Е. Шарчевић (ур.), *Правни принципи*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2014, 74-76.

[717] Према C. Steiner/N. Ademović (2010), 41.

[718] Према М.Алијевић (2012), 295.

[719] Према C. Steiner/N. Ademović (2010), 43.

друштвених односа, и то у плуралистичком друштву чему треба да допринесу демократски органи власти и правичне процедуре. Према томе, ову алинеју треба разумијевати првенствено као стварање мирног и плуралистичког друштва, које обухвата државне институције као најадекватнији инструмент за остварење тога циља.[720]

И шестом алинејом, која спомиње суверенитет, територијални интегритет и политичку независност, успоставља се амбијент за остварење владавине права и правне сигурности. Овдје се ради о два принципа: принцип унутрашње и принцип вањске суверености према којима држава има искључиву овласт да ствара највише правне норме којом једино она располаже и обавезује све субјекте на њеном територију и то чини независно тј. без притисака других држава.[721] То даље значи да држава на тај начин обезбјеђује правну сигурност у успостављене правне позиције, тј. примјену оних прописа који су били познати и на снази у вријеме покретања одређеног поступака изузев ако је супротно прописано законом и то у јавном интересу.

Принцип правне сигурности као дио ширег принципа владавине права је састављен од неколико смјерница, а то су: јасноћа и транспарентност права, континуитет права, забрана ретроактивне примјене кривичног закона, дјелотворна правна заштита, обавезно образложење одлука које доносе надлежни органи.[722] Овај принцип, према мишљењу Венецијанске комисије, помаже осигурању мира и реда у одређеном друштву; доприноси законској ефикасности, с обзиром на то да појединцима омогућава њихово упознавање са законом у мјери довољној како би га могли поштовати; пружа појединцу средство којим може мјерити да ли је у вршењу државне власти посриједи произвољност; помаже појединцу да организује свој живот тако што му омогућава прављење дугорочних планова и формулисање легитимних очекивања.[723] Можемо закључити да без напријед обезбијеђених

---

[720] Ibid.

[721] Према М.Алијевић (2012), 296.

[722] Према Н. Адемовић/Ј. Марко/Г. Марковић, *Уставно право Босне и Херцеговине*, Konrad Adenauer Stiftung, Сарајево 2012, 68-71.

[723] Мишљење бр. 648/2011, документ CDL-AD(2012)014, тачка 24 у А. Ханушић, „Мишљење Венецијанске комисије о правној сигурности и независности правосуђа- приказ“, *Свеске за јавно право*, бр. 10, година 3., децембар 2012, Мишљење бр. 648/2011, документ CDL-AD(2012)014, тачка 24.

услова нема ни неопходних страних инвестиција које се могу реализовати само у условима правне сигурности на темељу владавине права. За БиХ је важно нагласити да правна сигурност подразумијева и законодавство усаглашено са европским стандардима чији процес усклађивања још траје.

Иако још увијек се не може говорити о потпуно уређеном систему норми у домену директних страних улагања одавно постоји тренд да се успостави својеврстан конституционални модел примјерен слободном протоку роба, услуга, капитала и људи, модел ослобођен територијалних ограничења. За промоцију оваквог једног модела нарочито су заслужне водеће земље чланице OECD те неке земље у развоју и мање развијене земље.[724] Своју материјализацију модел је добио кроз институционалне инструменте за промоцију и заштиту директних страних улагања, као то су они установљени на Уругвајској рунди преговора (GATT), у поглављу о инвестицијама NAFTA споразума, те великом броју билатералних инвестиционих и уговора о слободној трговини. Промовисан је и кроз нову агенду Америчког споразума о слободној трговини (FTAA), те неусвојеном приједлогу Мултилатералног споразума о инвестицијама (MAI).[725] Сви поменути инструменти имају за циј генерирање мреже правила којима би се лимитирао утицај државе у сферу тржишта.[726]

Импетус својеврсној кодификацији у домену директних страних улагања дат је након Другог свјетског рата у форми опћег мултилатералног инструмента-Повеље Међународне трговачке организације (ITO). Привредни споразум из Боготе други је документ у овом домену, потписан на IX Међународној конференцији америчких држава, а садржавао је опће међународне стандарде за заштиту страних улагања и капитала. Међутим, ови рани покушаји уједначеног нормативног приступа у области SDI нису заживјели у пракси.[727] Нешто касније донешене су и

---

[724] Према D. Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization, Investments Rules and Democracy˙s Promise, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2008., 2.

[725] Ibid.

[726] Ibid.

[727] У А. Мулалић, „Инструменти за заштиту и подстицање директних страних инвестиција у Босни и Херцеговини“, *Анали Правног факултета у Зеници, 6/2010*, 213.

резолуције у циљу обезбјеђења фер и правичног третмана према страним улагачима (попут UNGA Резолуција из 1954., 1962., 1974.), затим Декларација GS UN о успостављању новог међународног економског поретка и истоимени Програм акције из 1974. и мултилатералне конвенције (на примјер, Конвенција о рјешавању инвестиционих спораова између држава и држављана других држава из 1965, те Конвенција о мултилатералној агенцији за гарантовање инвестиција из 1987.), које заједно са мултилатералним и билатералним споразумима.,[728] међународним обичајним правом,опћи правним принципима и судском праксом чине изворе инвестиционог права.

2. Проблем дистинкције дирекних и индиректних улагања у контексту правне сигурности

У Босни и Херцеговини у области директних страних улагања легислативни оквир задовољава основне међународно-правне стандарде посебно оне који се односе на поштивање државног правног поретка, суверенитета над добрима од опћег интереса, правичну накнаду у случају експропријације и других видова одузимања и ограничавања права власништва у јавном интересу, национални третман улагача, слободу трансфера унесеног и касније стеченог капитала и сл.[729] Овом свједочи и чињеница да је у БиХ по основу FDI уложено закључно са 31.12.2014. 11.6 милијарди КМ.[730] Сматрамо како овакав оквир ипак није нормативно довољно прецизан.

Директним страним улагањем сматра се улагање"... *у новоосновано привредно друштво или улагање у постојеће домаће привредно друштво, као и улагање у новоосновану установу или постојећу установу, које може бити у новцу, стварима и*

UN Conference on Trade and Employment, Final Act and Related Documents-Havan Charter (1948). Према W. Friedman, *Legal Aspects of Foreign Investments*, Stevens and Sons Limited, London, 1959., 702.

[728] Ibid., 214.

[729] Ibid., 230.

[730] Према подацима Агенције за унапређење страних инвестиција у Босни и Херцеговини,

http://www.fipa.gov.ba/informacije/statistike/investicije/default.aspx?id=180&langTag=bs-BA

правима".[731] Оваква законска дефиниција сматрамо да је непотпуна. У пракси и теорији прави се јасна разлика међу наведним облицима инвестирања. Тако, на примјер *Sornarajah* под дирекним страним улагањима сматра улагања која укључују трансфер материјалне или нематеријалне имовине из једне земље у другу с циљем кориштења исте у земљи у коју се улаже ради промицања благостања, која имовина је под потпуном или дјеломичном контролом инвеститора.[732] С друге стране, према истом аутору, портфолио инвестиције представљене су кроз трансфер новца у сврху прибављања дионица или других вриједносних папира у правном субјекту који је основан или који има сједиште у страној земљи. Дакле, основни дистинктивни елемент наведене подјеле је јасно раздвајање управљања и контроле од власничког удјела у правном субјекту у који се инвестира. Тако, у случају портфолио инвестиција инвеститор сноси пуни ризик инвестирања и за разлику од директних страних улагања, ове нису објект заштите међународног обичајног права усљед одсуства везе природе имовине у сулкусу портфолио инвестиција са циљем који прокламирају начела дипломатске заштите и одговорности државе у овом домену. Правну заштиту портфолио инвестиције имале би само ако су експлицитно обухваћене дефиницијом која је као таква стипулирана у међународном уговору.[733]

Потреба да се међу наведеним формама улагања направи јасна дистинкција нарочито долази до изражаја код портфолио инвестиција када се вриједносни папири, на примјер, држе на рачунима посредника.[734] У циљу изналажења рјешења којима би се регулирало питање права мјеродавног за вриједносне папире које

---

[731] Одредба члана 2. Став 2. Закона о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини, "Службени гласник БиХ" бр. 17/98;48/10;13/03 и 22/15.

[732] M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2004., 7.

[733] Ibid., 7-8.

[734] Према одредби члана 1., тачка ц Конвенције о праву мјеродавном за одређена права у погледу вриједносних папира које држе посредници, посредник је:" је особа која, у оквиру пословања или друге редовне дјелатности, води рачуне вриједносних папира само за друге или и за друге и за свој рачун, и у том својству дјелује." Према И. Кунда, неслужбени превод текста наведене Конвенције, *http://www.hcch.net/upload/text36_hr.pdf*,

држе посредници, 27.01.2002. усвојена је Конвенција о праву мјеродавном за одређена права у погледу вриједносних папира које држе посредници (Конвенција PRIMA „*Place of the Relevant Intermediary Approach*“).[735] Већ у Преамбули Конвенције се истиче потреба јачања правне сигурности и предвиљивости за субјекте учеснике прекограничних трансакција, а у погледу права мјеродавног за вриједносне папире који се држе посредством система клиринга и поравнања или посредством других посредника. Питање права власништва, прецизније питање права располагања дефинирано је као било који безусловни пренос права власништва или пренос из наслова осигурања потраживања, као и било које заснивање права ради осигурања потраживања, без обзира на то укључује ли оно предају у посјед или не.[736] Конвенцијом се одређује мјеродавно право за питања правне природе права која произилазе из уписа вриједносног папира на рачун вриједносног папира и ефекте тих права према посредницима и трећим особама; питања правне природе располагања вриједносним папирима које држи посредник и ефекте тих располагања према посреднику и трећим особама; услове за перфекцију располагања вриједносним папирима које држи посредник;[737] питања о томе да ли право неке особе над вриједносним папирима које држе посредници има ефекат гашења права друге особе или предност над правом друге особе; питања која се односе на обавезе посредника према особи различитој од имаоца рачуна, а која истиче право над вриједносним папирима које држи посредник, које право је у супротности са правом имаоца рачуна или друге особе; питања о условима у вези са остварењем права у погледу вриједносних папира које држе посредници; питања располагања правом на дивиденде, приходе или друге видове расподјеле, исплату, накнаду за пренос и друге исплате.[738] Значајно је да је поље примјене Конвенције проширено на аспект

---

[735] Потписнице Конвенције су Швицарска, Маурициус и Норвешка. Оригиналан текст исте доступана на *http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72*

[736] Одредба члана 1, тачка x) Конвенције. Према И. Кунда.

[737] Под перфекцијом се подразумијева окончање свих радњи које су потребне да би располагање производило правне посљедице према свим особама које нису стране у располагању, како је прописано одредбом члана 1., тачка i) PRIMA Конвенције. Према ibid.

[738] Ibid., одредба члана 2., тачке a) do g).

одређења мјеродавног права за сва наведена питања у вези са располагањем или правом на вриједносне папире које држи посредник, чак и у случају када су права која произилазе из уписа вриједносних папира на рачун вриједносних папира, уговорне природе.[739]

У међународном приватном праву се принцип *lex rei sitae* сматра основним правилом код одређења мјеродавног права примјењивог на питања залоге и преноса вриједносних папира. Према овом принципу, за располагање је мјеродавно право мјеста у којем се заложена или пренесена имовина налази. Будући да су вриједносни папири имовина у дематеријализираном облику, судови су посегнули за прихватљивом замјеном у погледу дефинирања локације за ову врсту имовине. Тако се мјеродавним правом у случају располагања вриједносним папирима сматра право мјеста у којем се налази потврда о власништву над вриједносним папиром на доносиоца или мјеста у којем су вриједносни папири регистровани.[740] Наведено правило непримјењиво је, међутим, за вриједносне папире чији трансфер укључује посреднике. Рјешење није нађено нити у прилагодби овог принципа кроз тзв. „*look-through*“ приступ према којем се међу различитим „редовима“ посредника мјеродавним има сматрати или право према којем је извршено оснивање издаваоца вриједносног папира, или право мјеста његове регистрације или право мјеста гдје је издата потврда о власништву над вриједносним папиром. Стога PRIMA Конвенција представља алтернативно рјешење ових практичних питања на начин да се мјеродавним правом сматра право мјеста посредника код којег је првобитно отворен рачун на којем се вриједносни папири воде као потраживање власника вриједносног папира.[741]

Ради појашњења послужићемо се сљедећим примјером.[742] Претпоставимо да компанија *Illionis Inc.,* основана у *Illinois*-у, САД,

---

[739] Ово је значајно будући да се одредбе Конвенције не примјењују на права и обавезе (уговорне или личне природе) из уписа вриједносних папира на рачун вриједносних папира, уколико иста нису у вези са располагањем или у вези са правом на вриједносне папире које држи посредник. Вид. ибид., став 2., члан 2..

[740] R. Potok, „The Hague Security Convention-Closer and Closer to Reality,“ *Journal of Banking and Finance Law and Practice,* 15/2004, 60.

[741] Ibid., 61.

[742] Ibid., 58-59.

емитира 5.000.000 обичних дионица представљених у облику збирне потврде и депонираних код депозитне институције (DTC). Дионице *Illionis inc*. регистриране су у *New Jersey*-у, а компанија *Cede &Co* као представник депозитне институције је регистрирани држалац свих 5.000.000 дионица. Како одредити мјеродавно право по питању власништва над дионицама страног инвеститора који има 500.000 дионица *Illionis inc* и при томе намјерава исте заложити код Лондонске банке у сврху добијања кредита, те како осигурати потраживање Лондонске банке? Власнички удио страног инвеститора у поменутој компанији изражен је као потраживање на рачуну отвореном код канадске банке (рачун А), пословница у *Sydney*-у, *Ontario*, која оконост канадску банку чини једним од посредника. Осим потраживања страног инвеститора, канадска банка на посебном рачуну води потраживања осталих клијената, која такођер репрезентују дионице *Illionis inc*., а које дионице (њих 1.000.000) у име и за рачун канадске банке на свом рачуну држи депозитна институција (DTC) (рачун Б). Страни инвеститор залаже своје дионице у сврху добијања кредита од лондонске банке, а на уговорне аспекте овог правног посла примјењује се право Енглеске. Залог се води на посебном рачуну канадске банке (рачун Ц) уз истовремено задуживање рачуна А страног инвеститора код исте банке у корист лондонске банке. С правног гледишта, и рачун Ц потпада под право округа *Ontario*, једнако као и рачун А. Како залагањем не настају промјене на рачунима DTC нити у регистру емитента у *New Jersey*-у, то би се питања власништва над дионицама у конкретном случају, према PRIMA конвенцији имала разматрати према праву које се примјењује у Канади, округ *Ontario*.[743]

Дакле, Конвенција обезбјеђује правну сигурност на начин да мјеродавним означава право једне државе чак и у оним ситуацијама када портфолио емитента укључује вриједносне папире из више различитих држава. Међутим, правна природа Конвенције и њена оријентираност ка питањима рјешавања сукоба закона у предметној области, била је разлог за доношење Женевске конвенције о материјалном праву мјеродавном за интермедијарне вриједносне папире 2009. године.[744] Циљеви којима је био опредијељен процес доношења овог међународног акта траба да

[743] Ibid., 59.

[744] *UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities*, *http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm*,

осигурају: унутрашњу стабилност финансијских система на који начин би се остварила заштита инвеститора; конвергенцију и довољан степен компатибилности различитих правних система у домену пословног права и финансијског надзора када су у питању прекограничне финансијске трансакције; ваљаност рачуна књижења како би се отклонила свака сумња у погледу ефикасности и коначности намире потраживања из вриједносних папира; „минималистички“ приступ у провођењу регулаторне интервенције и то само у областима у којима је неусклађеност евидентна и које представљају потенцијални извор системског финансијског ризика; усклађивање са правом ЕУ и другим међународним правним правилима.[745] Женевском конвенцијом предвиђа се њено нешто шире подручје примјене у поређењу са другим међународним конвенцијама и међународним меким правом на пољу финансијске регулације, који обично садрже уопћену дескрипцију материје на коју се примјењују уз упућивање на елементе иностраности. Како међусобна повезаност савремених финансијских тржишта чини сувишним разликовање између „националног“ и „интернационалног,“ то Женевска конвенција оптира могућности постајања дијелом материјалног права државе уговорнице. Стога, када је право државе уговорнице мјеродавно за питања која су предметом ове Конвенције, примјењују се одредбе Конвенције.[746]

Кључни појмови дефинирани одредбама Конвенције су појмови посредничких вриједносних папира, посредника и рачуна вриједносних папира. Посреднички вриједносни папир је свака дионица, обвезница или други финансијски инструмент или неки облик финансијске имовине подобан да буде потраживање које се може стицати и којим се може располагати у складу са одредбама Конвенције, те права или камате као споредна потраживања по основу вриједносних папира која произилазе из главног потраживања.[747] Рачун вриједносних папира је рачун на којем се

---

[745] J.A. Estrella-Faria, “Sphere of Application of the UNIDROIT Convention on Substantive Rules regarding Intermediated Securities and Future Work by UNIDROIT on a Legislative Guide for Emerging Financial Markets,” *Uniform Law Review, 15/2010*, 257-365 u M.B. Beroš, „Reflections on the Securities Holding System in Croatia in Light of the UNIDROIT`s Convention on Intermediated Securities,“ *Ekonomska istraživanja,* 4/2011, 182.

[746] Ibid., 183.

[747] Одредба члана 1. тачке а) и б) Женевске конвенције о материјалном праву мјеродавном за...

воде потраживања и дуговања по основу вриједносних папира од стране посредника.[748] Посредник је правно лице код којег се у оквиру пословне дјелатности истог, води рачун вриједносних папира, у име другог лица или у име другог лица, а за свој рачун.[749]

Иако је поље примјене Конвенције с обзиром на врсту вриједносних папира одређено генерално, ипак се може закључити на које вриједносне папире се не примјењују одредбе ове Конвенције. То су цертифицирани вриједносни папири који су физички у посједу инвеститора те вриједносни папири регистрирани непосредно од стране емитента у име инвеститора.[750] Битно је нагласити и то да Женевска конвенција не даје дефиницију појма емитента, чија интерпретација није једноставна ако се имају у виду финансијски производи сложене структуре. У том смислу, за земље које одлуче ратификирати Конвенцију припремљен је сет смјерница које ће олакшати инкорпорацију одредби Конвенције и интеграцију у националне правне системе.[751]

С обзиром на регулаторну димензију Женевске конвенције постоји становиште да је иста првенствено инструмент приватног права, односно да се њена основна функција концентрира на уређење односа између физичких и правних лица као приватноправних субјеката.[752] На овај закључак упућују одредбе којима се уређују питања првенства у остварењу власничких захтјева по основу посредничких вриједносних папира и питања стицања у доброј вјери.[753] Исти смисао имају и одредбе којима се регулирају односи између посредника и држалаца рачуна вриједносних папира будући да се њима установљавају права једног субјекта, те кореспондирајуће обавезе другог субјекта на

---

[748] Ibid., одредба члана 1. тачка ц).

[749] Ibid., одредба члана 1. тачка д). Конвенцијом су у круг овлаштених посредника укључене централне депозитне институције.

[750] Према М.Б. Берош, 183.

[751] Accession Kit to the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities ("Geneva Securities Convention"), *http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study78b/s-78b-cem01-03-e.pdf*.,

[752] Вид. C.W. Mooney, Jr., „Private Law and the Regulation of Securities Intermediaries: Perspective under the Geneva Securities Convention and the United States Law," *Unification Law Rewiev 2010.*, 801-813.

[753] Вид. одредбе чланова од 17. до 20. Женевске конвенције.

начин иманентан уређењу приватноправних односа. Јавноправни аспект конвенције садржан је у преамбули у којој се истиче да се Конвенцијом не ограничава право државе уговорнице да регулира и надзире посјед и располагање посредничким вриједносним папирима, уколико таква регулација и надзор нису у супротности са одредбама Конвенције.[754] Међутим, Конвенција не обавезује на поменуту регулацију. Јавно-правна димензија видљива је и у одредби члана 5. Конвенције према којој држава уговорница има право ограничити примјену Конвенције само на посреднике чије пословање подлијеже ауторизацији, регулацији и надзору од стране јавне власти, те на централну банку.

Без обзира на мали број земаља које су досад ратифицирале Женевску конвенцију, не може се занемарити значајан утицај који је иста имала на смјер правних реформи и процес усклађивања права у домену финансијских тржишта, с обзиром на чињеницу да тржишне структуре и правна традиција немају исти темпо развоја и прилагодбе новим друштвеним односима.[755]

Јасну интенцију за разграничавањем директних од портфолио инвестиција налазимо и у Смјерницама за дефинирање директних страних инвестиција OECD-а према којима: *"Директне инвестиције јесу категорија прекограничних инвестиција учињених од стране резидента једне земље с циљем успостављања дугорочног интереса у правном субјекту (резиденту друге земље) у који се инвестира. Основни мотив инвеститора треба да буде стратегијска дугорочна веза са субјектом инвестирања како би се осигурао значајан степен утицаја инвеститора у управљању субјектом у који улаже. Дугорочни интерес постоји ако инвеститор располаже власничким удјелом у субјекту инвестирања у проценту од најмање 10%..."*[756]

Иако је у питању нека врста традиционалног разграничења, лимитирање ове врсте није у цјелости подржано, посебно у пракси међународног инвестиционог права. Посредством ове гране права проширио се дијапазон инвестиционе заштите, те многи

---

[754] Ibid., Преамбула Женевске конвенције.

[755] Вид. члан 28. Женевске конвенције који се може сматрати крајње смисленим, практичним и иновативним приступом проблему одређења мјеродавног права.

[756] OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment: 1.4. An overview of foreign direct investment concepts, 4th edition, 2008., 17., *https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf*

билатералани и интернационални инвестициони уговори укључују ширу, на имовини засновану дефиницију инвестиција која очито није ограничена на директне стране инвестиције већ укључује и портфолио улагања.[757]

Упоредо су и међународни арбитражни трибунали надлежни за рјешавање инвестиционих спорова изнашли начине како да се тумаче јурисдикциони захтјеви везани за инвестиције у смислу члана 25. ICSID Конвенције, тако да се сада и зајмови, промисорне ноте могу супсумирати под појам инвестиција који појам је остао недовољно дефиниран и у самој Конвенцији.[758]

3. Директна страна улагања у праву Европске уније и судској пракси

За разлику од међународног инвестиционог права, у праву Европске уније није био јасно објасњен појам директних страних улагања. Појам у питању није се појављивао у примарном праву ЕУ све до ступања на снагу Уговора о функционирању Европске уније, чак нити у унутареуропским инвестиционим односима. Ни међународни уговори ЕУ у овом домену експлицитно нису дефинирали директна страна улагања, мада су за предмет имали исте. Одредба члана 207 важећег TFEU јасно реферира на дирекна страна улагања што опет не треба схватити на начин да сам концепт и прије његовог ступања на снагу није био препознат. Управо супротно, тумачењем циља и садржаја примарног и секундарног права ЕУ, те садржаја уговора Уније у овом домену,

[757] На примјер, одредба члана 1 US Model BIT 2004 прописује: " *Под инвестицијама подразумијева се свака врста имовине која је у власништву инвеститора или којом инвеститор директно или индиректно управља, а која има карактеристике инвестиције што подразумијева на пример ангажирање капитала или других извора, очекивање добити или преузимање ризика...*" Према: A. Reinisch, "The Division of Powers between the EU and It`s Member States After Lisbon", u: M. Bungeberg/J. Griebel/S. Hindelang (eds.), *International Investment Law and EU Law*, European Yearbook of International Economic Law, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011., 48.

[758] Одредба члана 25. Ст. 1. Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава прописује: "*Надлежност Центра за рјешавање међународних инвестиционих спорова обухвата свако правно питање које директно произилази из инвестиционог односа између државе уговорнице и држављанина друге државе уговорнице уколико су стране у овом односу дале писмену сагласност за рјешавање спора пред овим тијелом.*" У: ibid.

посредно се да закључити да ови извори реферирају на директна страна улагања, што је сада *eksplicite* садржано у члану 207.[759] Сада имамо ситуацију да портфолио и улагања друге врсте нису прецизно детерминиране, односно да одређене одредбе TFEU посредно служе њиховој детерминацији и регулирању.[760]

Ранија пракса Европског суда правде била је на дискурсу "гравитирања ка центру" по питањима давања преференција слободи пословног настана и слободи кретања капитала у подручју дирекних страних улагања, односно преференција економској активности или степену утицаја који трзисни субјекти имају над удјелом у субјекту инвестирања.[761] На овај начин се сузио обим застите страних инвеститора из трећих земаља с обзиром на поменуте примијењене критерије.

Рецентнија судска пракса, иако и даље фокусирана на застити фундаменталних слобода, поциње рационализирати често нелиберални смисао мјера нацоналних законодавстава, а у духу правог циља одредби TFEU којима се у односима између ЕУ и трећих земаља настоји обезбиједити застита улагања ових посљедњих.[762]

---

[759] Разлози наведеном леже у питањима компетенција у домену страних улагања које су биле делегиране државама чланицама, различитој терминологији која се користила, те оријентацији ЕУ права ка регулирању слободе уласка и пословног настана страних инвеститора на тржиште ЕУ у већој мјери него регулирању њихове заштите. A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law,* Oxford university Press, Oxford, 2011., 36.

[760] Тако на примјер, одредбе чланова 49-55 TFEU о слободи пословног настана или одредбе чланова 63-66 о слободи кретања капитала.

[761] Пресуде ECJ, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue, [2006] ECR I, p. 11753 (paras. 36 et seq.). 10ECJ, C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue, [2007] ECR I, p. 2107 (para. 27 et seq.); ECJ, Case C-492/04, Lasertec Gesellschaft f€ur Stanzformen mbH/Finanzamt Emmendingen, [2007] ECR I, p. 3775 (paras. 19 et seq.). 11ECJ, Case C-157/05, Winfried L. Holb€ock/Finanzamt Salzburg-Land, [2007] ECR I, p. 4051 (para. 23). 12ECJ, C-182/08, Glaxo Wellcome GmbH & Co./Finanzamt M€unchen II, [2009] ECR I, n.y.p. (paras. 40, 47 et seq.). 13ECJ, C-284/06, Finanzamt Hamburg-Am Tierpark/Burda GmbH, [2008] ECR I, p. 4571 (paras. 68–73). 14ECJ, C-311/08, Socie ´te ´de Gestion Industrielle (SGI)/Belgian State, [2010] ECR I, n.y.p. (paras. 23–36). 15ECJ, C-531/06, Commission of the European Communities/Italian Republic, [2009] ECR I, n.y.p. (paras. 40–42). 16ECJ, Joined Cases C-439/07 and C-499/07, [2009] ECR I, n.y.p. (paras. 68–73). Prema: S. Hindelang/ N. Maydell, „'The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots', u M. Bungeberg/J. Griebel/S. Hindelang (eds.), 4.

[762] Вид. пресуду ECJ, C-338/11 - Santander Asset Management SGIIC

4. Закључак

Овим радом настојали смо указати да је правна сигурност поспјешујући фактор за директне стране инвестиције. Само држава која обезбјеђује ефикасну правну заштиту и адекватно законодавство као и механизме за његову примјену може створити амбијент за економски раст и развој. Директне стране инвестиције конститутивни су елемент бруто друственог производа и генератор привредног раста, те би и имплементација принципа правне сигурности била у функцији истог. Медјутим, у питању су правни односи са интернационалним елементом који дозивљавају експанзију у свом развоју са дугороцним посљедицама посебно на земље у развоју и неразвијене земље. Стога су правне форме, попут принципа правне сигурности, примјењиве унутар и изван дрзава, својевстан симбол за јацање и унапредјење прихватљивог кодекса понасања дрзава у амбијенту неизбјезне економске глобализације.

Конституционални оквир за директне стране инвестиције у БиХ налази упориште у неколико алинеја преамбуле Устава БиХ и пружа довољан основ за економски раст и прилив средстава путем директних страних инвестиција. Но, пред БиХ је важан задатак-усклађивање домаћег законодавства са правном стечевином Европске уније. За тему је посебно важно усклађивање БиХ законодавства са поглављима 4. и 24. правне стечевине, која говоре о слободном кретању капитала и правди, слободи и сигурности. Иако напредак БиХ према ЕУ због недостатка политике воље стагнира то не значи да институције БиХ не треба да раде на усаглашавању домаћег законодавства са европским стандардима.

Проф. др. Енес БИКИЋ
Правни факултет Универзитет у Зеници

Доц. Др. Дубравко ГРГИЋ
Правни факултет Универзитет у Зеници

НОТАР, ПОУЗДАНА ТРЕЋА СТРАНА

Апстракт*. У посљедње вријеме све су чешће идеје либерализације правне професије уопће, укључујући и нотаријат. Основни циљ либерализације је повећање квалитета путем конкуренције на тржишту нотарских услуга. Потпуна либерализација нотарске службе би значила укидање начела нумерус цлаусус, неограничен број нотара, да се укине забрана обављања службе изван службеног подручја, да нотари слободно одлучују о висини цјена услуга у складу са законитостима тржишта. Вјерујемо да питање либерализације професије нотарске службе отвара читав низ проблема, које би требало претходно додатно истражити. Иницијатива консолидовања би требала тежити регулативи која се темељи на значају заједничког тржишта и реформи нотарске службе у вези са хармонизацијом прописа којима се јача улога нотара и значају нотара у друштвеној заједници. Основ ове иницијативе би требао бити улога нотара у јачању правне сигурности, заштитих слабијих и мање стручних субјеката корисника нотарских услуга, побољшати ажурирање јавних регистара. Дакле, нужно је очувати повјерење у рад нотара и нотарску службу, давањем акцента на јавну службу у односу на слободно занимање.*

Кључне ријечи*: правна сигурност, заштита слабијих, мање стручни субјекати, нотарске услуге, ажурирање јавних регистара, увјети обављања професије, јавни интерес, правни систем.*

- **Потреба (разлози) за интервенцијом треће стране?**

- **Друштвени разлози**

Већа правна сигурност је несумњиво у свакој држави фактор који поспјешује инвестиције, па самим тиме и стране инвестиције.

Земље у транизицији су у сталном реформском процесу своје легислативе, а честе измјене закона не доприносе јачању правне сигурности. Код измјене закона и прилагодбе домаће легослативе се мора водити рачуна о потребама и квалитети нове правне регулативе, али такођер и о хисториском насљеђу, традицији и правној култури државе која врши те измјене.

Технолошки напредак и нова средства комуникације омогућавају правним субјектима лако и брзо ступање у различите приватне и друштвене односе, а што уједно доприноси веома динамичном животу сваког човјека данас. Овакав економски и друштвени развој са собом неминовно доноси и одређене проблеме, а поготово оне везане за правне односе између појединаца, друштва и појединца односно појединца и друштва. Правни проблеми у савременим друштвеним односима, више него икада прије, захтијевају обезбјеђење правне сигурности, правне одговорности, постојаност и заштиту правних аката, а све то у првом реду због брзине и бројности настанка односа између правних субјеката.

- Потреба за грађењем веза од повјерења

Из сачуваних извора мезопотамске цивилизације на посредан начин се могло утврдити да је град-држава писменим појединцима, у које је имала повјерења, давала у надлежност да воде одређене послове правног живота и промета, контролирајући те сегменте, а истовремено као помоћ неуким и неписменим појединцима. На тај начин избјегавани су конфликти и спорови, а тиме и мања ангажираност града-државе у рјешавању тих спорова. Они исправама, које ови писари сачињавају, дају један значај који ће бити пресудан за даљи развој нотаријата, а то је јавна доказна снага тих исправа.

Римско право у свом скоро хиљаду година дугом развоју није познавало нотаре у данашњем смислу ријечи, већ је изњедрило професије које су у свом постојању и функционирању садржавале препознатљиве карактеристике савременог нотаријата. Лица од посебног повјерења (табелионе) су била обавезна да сачињени документ прочитају странкама и да их питају да ли написано одговара њиховој вољи. Након потписивања морали су документ предати странкама. Овакав документ имао је већу доказну снагу него приватне исправе. Ове исправе никада нису добиле аутентичност и апсолутну снагу јавне исправе, али имају свакако

извјесне елементе који ће касније обиљежити нотаријат. За табелиона су могли бити бирани само најугледнији и најчаснији слободни људи, који су истовремено били и добри познаваоци права.
У средњем вијеку нотаријат је наставио с још бржим темпом развоја с посебним карактеристикама и формама, чиме служба добија на значају. Управо у средњем вијеку нотарска исправа добија значај јавне исправе тј. *фидес публица*. Овакав значај нотарској исправи даје држава прописујући услове за обављање нотарске службе, надлежности нотара као и поступак код сачињавања ових јавних исправа. Појединци који су на основу повјерења остварили одређена овлаштења у друштву морали су да имају морална својства, стручност и повјерење код грађана које је улијевало сигурност у савјесно обављање посла. Сачињена документа од овлаштених лица имала су већу доказну снагу него обичне приватне исправе. Све су ово препознатљиве карактеристике савременог нотаријата који се развијао упоредо с правном праксом, трговинским односима као и стварањем и јачањем уређених правних система.[763]

1.1.1. Правна сигуроност

Модерни правни поредак карактеризира склапање правних послова у правилу на неформалан начин. Од овог начина неформалности друштвена заједница одустаје у случајвеима када процијени да је неки правни посао од изнимне важности не само за уговорне стране него и за само друштво. Поред тога, успоставља се одређена форма и за правне послове који су комплексни или јако важни и за саме уговорне стране, односно када је предмет правног посла јако важан за субјекте односно цјелокупну дрштвену заједницу. До почетка рада нотара (јавних бележника, јавних биљежника) за склапање уговора о промету непокретности била је

[763] Енес Бикић, Мелиха Повлакић, Сефедин Суљевић, Маринко Плавшић, „Нотарско право“, Deutsche Gesellschafür Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Сарајево 2013, стр. 1-12.

предвиђена форма јавне овјере приватних исправа, коју је вршио суд.[764]

Постоје ситуације у којима важност која се даје покретној и непокретној имовини превазилазе интересе самих уговорних страна. Нпр. куповина куће или стана није свакодневни посао нити купца нити продавца. Купац не постаје власником тако што добије кључ од стана. Да би постао власником купљеног стана мора се уписати у земљишне књиге. Између склапања уговора о куповини и уписа промјене власништва потребно је још пуно тога подузети. Купопродајни уговор предвиђа, а у сврху заштите продавца и купца, одређене сигурности како би настао ефекат "новац за ствар". Веома је тешко данас купити кућу или стан без кредита од банке. У правилу се због тога оптерећује сама некретнина. То се одвија кроз *стварна права* као што су хипотека или земљишни дуг. Купац би требао на вријеме утврдити финансијски план са својом банком. Након тога уговорне стране могу предлагати одговарајуће уговорне рокове плаћања. Када банка достави нотару потребне податке значајне за хипотеку, нотар може све припремити да потребна осигурања испуњења буду потписана у истом термину када и нотарски обрађени купопродајни уговор. Хипотека не настаје само договором између двије заинтересиране стране, него је неопходно да то буде нотарски обрађено и уписано у јавне регистре.

1.1.2. Опћи интерес

Неједнакост или неравнотежа међу уговорним странама, било економска или стручна, није изузтак него правило током настанка одређеног правног посла. Поред постојања правних правила којима се регулирају питања положаја појединца у друштвеним скупинама, намеће се као неминовност питање постојања професије која ће бити окосница заштите положаја и статуса појединаца односно правних субјеката. Хисторски посматрано, могло би се рећи да на једној страни појавом писмености долази до организирања владајућег слоја друштва и доминацијом појединаца над скупином, док се на другој страни истовремено појављују појединци од угледа који су писмени, који уживају поштовање и повјерење, који су у стању да забиљеже

[764] Дејан Ђурђевић, „Јавнобележничка делатност", Досије студио, Београд 2014. године, стр. 26-28.

правне трансакције, да сачине признаницу или чак да изнесу одређену чињеницу о којој имају лична сазнања.

Купац жели да плати купопродајну цијену тек кад је сигуран да ће добити власништво и то како је договорено. Нотар познаје све претпоставке и предлаже одговарајуће уговорне клаузуле. Када се пред нотаром налазе сви документи, обавјештава о томе странке. Купопродајна цијена се може уплатити на посебни рачун нотара. Нотар обавјештава странке на савјетодавном разговору да ли је то нужно или не, и какаве су предности повјереничког рачуна нотара за странке. Сматрамо да би се потпуном либерализацијом квалитет нотарских услуга погоршао, обзиром да би нотари, усред смањења цијена услуга, скраћивали вријеме предвиђено за савјетовање странака, те би због тога трпио квалитет пружених услуга, а отворио пут нелојалне конкуренције.

1.2. Законски разлози

Нотари својим и радом и вршењем јавних овлаштења из оквира својих надлежности доприносе актуелној и законитој ажурности јавних регистара, а у сачињавању извршних нотарских исправа поједностављују и убрзавају поступке заштите субјективних права. Нотаријат се као институција у свом досадашњем функционирању показао као корисна и поуздана професија која задовољава сталну потребу људи за правном сигурношћу и већом слободом.

1.2.1. Надлежност и одговорност нотара

У пракси странке приликом кориштења услуге нотара изражавају вољу за закључење правног посла и циљ који желе постићи тим правним послом. У већини случајева странке не знају на који начин га остварити, односно не познају довољно законске одредбе. Зато нотар као стручно лице има задатак да, на основу чињеница из предочених јавних исправа, те имајући у виду изјављену вољу странака, пронађе форму, у законом дозвољеним облицима, и начин на који ће се постићи циљ који странке желе. Поред поучавања и упозорења о конкретном правном послу које је обавезно, а који је изузетно важан дио у поступку нотарске обраде, некада странке траже савјет и мишљење нотара о конкретном правном послу. Код давања савјета у дијелу испитивања воље странака нотар мора бити посебно обазрив, јер код овог облика

односа нотара и странке ствара се повећана одговорност нотара за насталу штету као посљедица погрешног савјетовања.

Правни послови којима се вријеђају прописи императивне природе, који су противни јавном поретку или добрим обичајима ништави су, не производе правно дејство као да нису закључени, односно то су апсолутно ништави правни послови. На ову врсту ништавости може се позвати свако заинтересирано лице, а суд и други државни органи на то пазе по службеној дужности, чак и кад странке прикривају узроке ништавости. Истицање узрока ништавости није везано за рок и накнадни споразум странака, не може се оснажити, отклонити узрок ништавости, конвалидирати овај уговор. Овако усвојени принципи неморалних и апсолутно ништавих уговора обавезују нотара да приликом сачињавања свих изјава воља странака, води рачуна о дозвољености располагања и закључења правног посла. У случају да се покаже да је правни посао којим странке желе постићи циљ противан принудним прописима, добрим обичајима или јавном поретку, нотар мора странке упозорити на такве посљедице и мора одбити закључење таквог правног посла. Поставља се питање зашто закључивати правни посао који је унапријед одређен као ништав и који не може произвести правне посљедице, то спрјечава нотар.

1.2.2. Значај докумената која имају доказну вриједност

Нужно је законски уредити надлежност дјеловања као и поступак нотара у вези са чињеницама, вољом уговорних страна, потребним типом уговора, односно како на најбољи начин омогућити странкама да постигну жељени циљ. Нотарске исправе, с обзиром на врсту, немају исти степен доказне снаге јавне исправе. Постоје три врсте нотарских исправа, и то: нотарски обрађене исправе, нотарске потврде и нотарске овјере.[765] Нотарски обрађена исправа, коју је нотар сачинио у границама својих службених овлаштења у прописаној форми, има пуну доказну снагу јавне исправе о изјавама датим пред нотаром. Нотарске овјере и потврде имају доказну снагу јавне исправе о чињеницама о којима се у њима

[765] Члан 4 Закон о нотарима Републике Српске (Службени гласник РС број 86/2004, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 и 20/14) у даљем тексту ЗНот РС; Закон о нотарима Федерације БиХ (Службене новине Федерације БиХ број 23/2004) у даљем тексту ЗНот ФБиХ; Закон о нотарима Брчко Дистрикт БиХ (Службени гласник БД БиХ број 09/2003) у даљем тексту ЗНот БД БиХ.

свједочи. Дозвољено је само доказивати да је изјава нетачно нотарски обрађена, односно да су посвједочене чињенице нетачне.
Све нотарске исправе (акти), под законом прописаним условима, имају формалну доказну снагу јавних исправа (да је нотарску исправу издао нотар у оквиру својих овлаштења и да су испуњени законом прописани елементи форме). Међутим, све нотарске исправе немају исти степен доказне снаге. Степен доказне снаге нотарских аката зависи од њихове врсте, а у чему је пресудна форма и поступак за њихово састављање, односно издавање. Нотарски обрађене исправе спадају у групу јавних диспозитивних исправа, јер се оне састављају о правним пословима и другим изјавама воље странака у сврху конституирања одређених субјективних грађанских права и обавеза. Под нотарски обрађеном исправом подразумијева се исправа која је у цијелости сачињена од стране нотара, у складу с одредбама закона које регулирају форму и поступак састављања и у оквиру надлежности нотара, а за предмет има правни посао или друге изјаве воље које су странке дале пред нотаром, те које су записане у исправи и које су странке одобриле својим потписом.[766] Из назначене дефиниције нотарске обраде исправа видљиво је да та дјелатност не значи пуко писање текста исправе и овјеравање потписа, већ укључује и законом одређену строгу форму и поступак нотарске обраде исправа.

Нотарски обрађеној исправи законом је дата пуна доказна снага јавне исправе о правном послу који садржи или о другим изјавама воље странака датих пред нотаром. То значи да нотарски обрађена исправа, поред формалне доказне снаге јавне исправе (да ју је нотар издао у прописаном облику и у оквиру својих надлежности), има и материјалну доказну снагу која се односи на истинитост њене садржине (правног посла или неке друге изјаве странака). Нотарске потврде и овјере имају само доказну снагу јавне исправе о чињеницама о којима се у њима свједочи.[767] Нотар саставља биљешку о потврди и овјери. Овјере потписа и преписа имају формалну доказну снагу јавне исправе и то у дијелу овјере аутентичности преписа односно потписа, док се овјеравањем не потврђује истинитост садржаја исправе. Тако приватна исправа на

[766] Члан 65, чланови 70 до 84 ЗНот РС; Члан 70, чланови 74 до 89 З Нот ФБиХ.

[767] Члан 4, став 5 ЗНот РС/ФБиХ.

којој је нотар овјерио потпис, остаје и даље приватна исправа, док само биљешка о овјери потписа има својство јавне исправе.[768]

1.2.3. Недостатак правне сигурности и безбједности

Увођењем нотаријата као професије постављен је задатак да се повећа и осигура правна сигурност у друштву уопће. Стручност нотара уз законом прописану независност и непристрасност с обавезом подучавања, упућивања па у крајњој линији и савјетовања, довољна су гаранција да се увођењем института нотаријата осигурава повећана правна сигурност. Ову функцију нотари остварују на два начина. Први се огледа у томе што нотар приликом обављања своје дјелатности испуњава основни циљ, а то је подучавање странака и појашњавање о дометима правног посла који желе закључити код нотара, а друго у истовременом испитивању воље странака да ли уопће желе закључење таквог правног посла који ће произвести жељене посљедице или не. На овај начин нотар предупређује настанак спорног односа, као и евентуалног спора међу странкама, јер појашњава правне ситуације, и све правне недоумице и препреке које би могле бити на путу остваривања очекиваног правног учинка. У том испитивању и подучавању странака нотар не смије наметати своју вољу, али својим стручним објашњењима и поукама нотар мора посавјетовати странке у ком правцу би се могла реализирати њихова воља и на који начин би могли најцјелисходније остварити свој циљ, а све у складу са законским рјешењима.

1.2.4. Потреба за извршењем

Нотарска извршна исправа је највећи домет нотарске дјелатности, а тиме и нотарске службе. Извршна нотарска исправа је изједначена с осталим извршним исправама, у првом реду с правоснажном и извршном одлуком суда, извршним судским поравнањем, извршном одлуком донесеном у управном поступку и поравнањем у управном поступком, када гласи на испуњење новчане обавезе, те другом исправом која је законом одређена као извршна исправа. Нотарским законима је одређено да за извршност нотарски обрађене исправе није потребна никаква даља

[768] Мелиха Повлакић у: Мелиха Повлакић/Christoph Schalast/Весна Софтић, Коментар Закона о нотарима у Босни и Херцеговини, Њемачка организација за техничку сарадњу (GTZ), стр. 126–129.

активност извршног суда, а што значи да на основу ње, као и код осталих извршних исправа, извршни суд на основу поднесеног приједлога за извршење проводи извршни поступак. Извршни суд поводом приједлога за извршење, на основу извршне нотарске исправе, доноси одлуку о одређивању извршења на исти начин као и на основу извршне судске пресуде. Када извршни суд донесе рјешење о извршењу странке могу подносити правни лијек тј. да се рјешење о извршењу може побијати као и све друге извршне исправе по правилима извршног поступка.[769] У законодавству БиХ које уређује извршни поступак, нотарска извршна исправа је изричито одређена као извршна исправа.

Према важећем праву у БиХ нотарска исправа подобна је за извршење, ако су испуњени услови прописани законом, и то: када се ради о нотарски обрађеној исправи; када је нотарски обрађена исправа састављена о неком праву потраживања, које има за предмет плаћање неке одређене суме новца, или давање одређене количине других замјенљивих ствари, или вриједносних папира, или када је предмет заснивање хипотеке у сврху осигурања новчаног потраживања; када је дужник у нотарски обрађеној исправи изричито пристао на извршење без одлагања (*цлаусула еxеqуенди*). Нужан услов за извршност нотарски обрађене исправе је сагласност дужника на извршење без одлагања, а у састављању ове исправе није неопходно учествовање повјериоца. Међутим, сагласност о пристајању на извршење не може се једнострано опозвати. Поред тога, пристајање на извршење без одлагања може се односити само на један дио обавезе садржане у нотарској исправи. Поред наведених услова потребно је да су у извршној нотарској исправи наведени: повјерилац (нпр. код извршног уговора о заснивању хипотеке, то је хипотекарни повјерилац; код уговора о продаји за износ неплаћене цијене, то је продавац итд.); извршни дужник (нпр. код уговора о заснивању хипотеке, то је заложни дужник итд); предмет, врста, обим и вријеме испуњења обавезе. Доспјелост обавезе наведене у нотарски обрађеној исправи такође је један од нужних услова за извршност такве исправе.

Услови за извршност нотарске исправе су кумулативно постављени. Потребно је да се ради о нотарски обрађеној исправи; да је нотарски обрађена исправа састављена о неком праву

[769] Члан 85, став 3 и члан 86 ЗНот РС; члан 90, став 3 и члан 91 ЗНот ФБиХ; члан 64 и 65 ЗНот БД БиХ.

потраживања, које има за предмет плаћање неке одређене суме новца, или давање одређене количине других замјенљивих ствари, или вриједносних папира, или да је предмет заснивање хипотеке или земљишног дуга у сврху осигурања новчаног потраживања; да је дужник у нотарски обрађеној исправи изричито пристао на извршење без одлагања (*цлаусула ехеqуенди*). Ако се она даје преко пуномоћника или којег другог заступника, овлаштење за заступање мора изричито садржавати могућност подвргавања непосредном принудном извршењу (специјална пуномоћ). Дакле, нужан услов за извршност нотарски обрађене исправе је ваљана сагласност дужника на извршење без одлагања, а у састављању ове исправе није неопходно учествовање повјериоца.[770]

Када се издаје отправак у сврху извршења, нотар ће на посебном листу који се јемствеником накнадно пришива уз изворник или залијепи као посљедња страница, сачинити посебну забиљешку о томе коме и када је издао отправак у сврху извршења. Ту забиљешку потписује нотар, а сматрамо корисним да је потпише и лице којем је издат отправак у сврху извршења, а за лице којем је поштом послат отправак у сврху извршења, потребно је да пријем отправка буде забиљежен у доставној књизи или на доставници која се улаже у спис, односно увезује уз изворник. Ово је важно из разлога што се у правилу може издати само један отправак у сврху извршења и тачно одређеним лицима.[771]

1.3. Економски разлози

Тежња сваког друштва је брже и ефикасније остваривање субјективних права и овлаштења. Много је разлога који оправдавају увођење нотаријата у оквир правног система. Прије свега, увођењем нотаријата правна сигурност у правном промету подигнута је на виши ниво, дошло је до растерећења судова било делегацијом судских надлежности, или конкурентским обављањем јавних овлаштења нотара и суда, и на крају трајним пријеносом јавних овлаштења с државних органа на нотара. Кроз економичан и ефикасан рад

[770] Тако и М. Повлакић, Извршење на основу нотарске исправе, Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, број 5, Мостар 2007, стр. 334.

[771] Члан 102 ЗНот РС; Члан 106 ЗНот ФБиХ; члан 63 Правилника о раду нотара ФБиХ.

нотарске службе субјективна права и овлаштења остварују се брзо, с минималним трошковима.

1.3.1. Могућност праћења трансакција

Развој друштвено-економских односа довео је до потребе евидентирања трансакција и промјена у јавним регистрима, а што захтијева посебно знање и стручност, те стварање посебне правне професије. Питање да ли нотаријат треба да доведе до бржег, ефикаснијег и јефтинијег поступка, није и једино код увођења нотаријата. Не смијемо изгубити из вида битан сегмент нотаријата, а то је питање именовања и вршења службе нотара. Вођење других јавних регистара, као нпр. регистра правних субјеката, такође се код нас прије увођења нотаријата у досадашњој пракси показало неефикасним. Примјер тога су тзв. фантомске фирме.

Нотар је дужан поучавати странке о могућностима осигурања извршавања уговорених обавеза, а једна од могућности је и подвргавање извршењу без одлагања. Када се ради о подвргавању дужника извршењу без одлагања, уговорну странку која се подвргава извршењу нотар је дужан поучити о свим посљедицама подвргавања и извршности нотарског акта. Колико ће поуке и упозорења бити детаљна овиси о конкретној чињеничној и правној ситуацији. Ради лакшег доказивања у случају спора, пожељно је да поуке и упозорења буду што прецизније и конкретније. Поуке и упозорења о посљедицама подвргавања дужника извршењу без одлагања могле би се односити на то, да се може покренути извршни поступак без вођења парничног поступка, да ће нотар издати отправак у сврху извршења на захтјев повјериоца без сагласности дужника, да се извршење може побијати по правилима извршног поступка итд. На овај начин странке бивају упознате о свим правно релевантним чињеницама које се могу пратити. Реализација наведених трансакција се у правилу врши преко нотара, тако да је могуће у сваком тренутку имати увид код нотара о посматраном правном послу. Осим тога, нотар је дужан провјеравати оправданост и испуњеност правних претпоставки за подузимање одређених правних радњи које се од њега у конкретним случајевима захтијевају.

1.3.2. Механизам који гарантује поштовање дужности

Наравно, и нотари су само људи, због тога је држава и успоставила механизме контроле њиховог рада, а што је искључива надлежност државе. За евентуалне грешке нотара мора постојати и њихова одговорност, те би се на нотаре требало гледати с великом дозом повјерења, а на њихове се евентуалне грешке без одлагања требају примијенити ефикасне мјере. Поред државне контроле рада нотара, неопходно је развити и унутрашњу струковну контролу, која се треба базирати на професионализму рада нотара и успостављању високог кодекса понашања самих нотара. Све ово треба да прати стручна јавност како би се постигао што већи степен квалитета пружања нотарских услуга. Свака грана права регулира одређене друштвено-правне односе, а предмет уређења нотарског права односи се на различите карактере друштвених односа. Због свега тога, и учинци рада нотара видљиви су у различитим сферама друштвеног живота уопће. Нотар је обавезан на непрестану обуку и едукацију, како би био у стању испунити законске обавезе и постављене циљеве, како према заједници, тако и према корисницима услуга.

Гарант успјешног рада нотара је његова професионалност, стручност, непристрасност и независност у пружању услуга, односно предузимању службених радњи. С обзиром на то да су на нотаре пренесене одређене надлежности државе (јавне службе), нотари су дужни поступати на начин да се постигну одређени ефекти према заједници, а који су у интересу свих грађана. Најзначајнији допринос и учинци нотаријата могли би се сагледати у више сегмената пружања јавне услуге, као што су нпр. правосуђе, јавни регистри и ефикасност у дјеловању нотара. Чување изворника (оригинала) нотарских аката у архиву нотара такође доприноси јачању правне сигурности, јер се у свако вријеме може доћи до аутентичног акта о правном послу.

2. Повјерење у рад нотара?

2.1. Повјерење

Поступак састављања нотарских исправа је строго формалан. Поузданост која је понуђена странама као резултат његових/њених личних квалитета (именовање, независност, интегритет, поштење и транспарентност) би требала бити основ повјерења. Састављање нотарских исправа није механичко писање текста и овјеравање,

него је нотар као независан, неутралан и стручан носилац јавне службе, дужан у састављању нотарских исправа поступати у границама својих службених овлаштења и придржавати се прописане форме и поступка. Све то скупа чини да нотарска исправа има својство јавне исправе, односно разликује нотарски акт, као јавну исправу, од приватних исправа које састављају неке друге правничке професије. Тако је Закон о нотарима[772] прописао права и дужности нотара у подузимању службених радњи и правила поступка нотарске обраде којег можемо назвати нотарски поступак. Природа нотарског поступка условљена је положајем, надлежностима и задацима нотарске службе као јавне службе, односно нотара као носиоца те службе. Нотарска служба је јавна служба јер је држава на нотара законом пренијела јавна овлаштења у оним областима права за које је то сматрала цјелисходним са становишта јавног интереса, правне сигурности, растерећења судова итд. Нотар је лице од јавног повјерења, те независни, неутрални и стручни носилац те службе, коју врши искључиво као занимање. Нотарске исправе су, под законом прописаним условима, јавне исправе, а нотарска служба има задатак да пружи правну заштиту физичким и правним лицима у остваривању субјективних грађанских права и обавеза на начин превентивног спречавања спорова. Све напријед назначено, сврстава нотарски поступак у групу поступака који за предмет имају правну заштиту у грађанскоправним односима.

Сматрамо корисним и потребним да одговарајуће поуке и упозорења нотар унесе у изворник и у случајевима када то законом није изричито прописано, а у зависности од конкретног случаја. Ово је значајно за сигурност нотара и странака, а нарочито са становишта доказивости односно терета доказивања датих поука и упозорења која нису унесена у изворник. На нотару је терет доказивања да је дао поуке и упозорења, те ће му бити тешко доказати ако их није унио у изворник. Оно што треба истаћи јесте чињеница да се поучавање и упозоравање странака у пракси нотара недовољно врши када је то неопходно, а често се неселективно користи и тамо гдје не треба или се не смије користити.

Савјетовање, односно поучавање не смије прећи у наметање воље странкама од стране нотара, посредовање нотара међу странкама, нити смије угрозити законом прописану аутономију воља странака. Такође, не смију се предузимати службене радње и

[772] Чланови 75 до 84 ЗНот РС. Чланови 80 до 89 ЗНот ФБиХ.

састављати нотарски акти који нису допуштени, односно који су ништави, јер поучавање и упозорење странкама у оваквим случајевима нема никаквог ефекта и смисла (нпр. продаја непокретности која је ван промета, сачињавање тестамента од лица које нема тестаментарну способност итд.). Нотар тада мора одбити подузимање службене радње.[773] Строга правила форме и поступка нотарске обраде исправа не могу бити предмет воље странака и нотара, него се морају поштивати и примјењивати.

2.2. Јавна служба

Нотар је дужан поступати независно и штитити јавне интересе како би очувао јавно повјерење у свом раду. Нотар мора обезбиједити повјерљивост и дискрецију у погледу странака и пословне трансакције или извршења уговора. Ова дужност огледа се у чињеници да је нотар, иако је постављен од државе која врши надзор над његовим радом, дужан да врши нотарску службу и предузима послове из своје надлежности искључиво у складу са законом и прописима.[774] Нотарска служба је дефинирана као јавна служба коју обављају нотари као самостални и независни носиоци те службе, професионално и у виду занимања, у складу са законом о нотарима и прописима донесеним на основу тог закона. Закон о нотарима је дефинирао нотара као лице које ужива *јавно повјерење*, те је, као такав, дужан да у вршењу послова из своје надлежности поступа савјесно и поштено према свим странкама у поступку на једнак начин, у складу са законом и прописима.

Нотар је дужан обављати своју службу на начин како би штитио јавни интерес односно повјерење у своју стручност. Због тога је и једна од главних обавеза у раду нотара да он поступа у извршењу својих обавеза као непристрасна страна. Да би дјеловао као непристрана страна, нотар је дужан, у складу са законом, на једнак начин штитити интересе свих странака, истражити њихову вољу, савјетовати их и подучавати, те упозорити на мањкавост и евентуалне штетне посљедице намјераваног правног посла. Поред тога, закон прописује разлоге за изузеће нотара, као и санкцију да су службене радње ништаве ако су подузете када постоји сумња у

[773] Члан 48 ЗНот РС Члан 53 ЗНот ФБиХ.

[774] Чланови 2 и 3 ЗНот РС. Чланови 2 и 3 ЗНот ФБиХ.

непристрасност нотара или сумња о томе да ли постоје разлози за изузеће нотара.[775]

2.3. Стручност и специјализовано знање

Нотарски поступак се заснива на одређеним начелима парничног и ванпарничног поступка, уз одређена прилагођавања, те на одређеним специфичним начелима код израде нотарске исправе, као што су: начело официјелности и начело непосредности.[776] Свакако да техничко или специјализовано знање у великој мјери гарантује ефикасност пословне трансакције или закљученог уговора.
Начело официјелности. Нотар је дужан савјесно и поштено, у складу са законом, по захтјеву странке, предузети службену радњу из своје надлежности. Од тог правила постоје изузеци када нотар мора одбити предузимање службене радње из своје надлежности, и то само у случајевима одређеним законом о нотарима.[777] Странка у тим случајевима има право да поднесе притужбу надлежним министарствима, а у неким правним системима нотарској комори, због одбијања подузимања службене радње, када надлежни орган може наредити нотару да подузме тражену службену радњу у одређеном року, а нотар је дужан поступити по акту надлежног органа.[778] Закон о нотарима је изричито прописао случајеве када је нотар овлаштен, те случајеве када је нотар дужан одбити предузимање службене радње. Када нотар не би одбио предузимање службене радње у законом прописаним случајевима, поступао би мимо својих службених овлаштења и тиме учинио повреду службене обавезе, а што би даље могло довести до губитка аутентичности нотарског акта, тј. губитка својства јавне исправе. Због напријед назначене повреде службене дужности, нотар би могао одговарати материјално и дисциплински. Нотар је дужан одбити предузимање службене радње у случајевима постојања сумње у његову непристрасност као и сумње у постојање разлога за изузеће нотара, када је службена радња, односно правни посао незаконит (по закону недопуштен или забрањен), када постоји пословна неспособност странака итд.

---

[775] Члан 46 ЗНот РС. Члан 52 ЗНот ФБиХ.

[776] Милена Трговчевић-Прокић, Овлашћења јавног бележника, Београд 2007, стр. 124–132.

[777] Чланови 45 до 48 ЗНот РС. Чланови 51 до 53 ЗНот ФБиХ.

[778] Члан 106 ЗНот РС. Члан 110 ЗНот ФБиХ.

Начело непосредности. У поступку састављања нотарски обрађених исправа ово начело изражено је тиме што је нотар дужан прије састављања исправе испитати вољу странака, провјерити њихову способност и овлаштења, провјерити да ли је правни посао законом забрањен, поучити странке правним посљедицама посла и дати им упозорење, а потом, када изјаве странака буду унесене у изворник, нотар је дужан те изјаве прочитати странкама, унијети евентуалне поуке и упозорења у изворник и непосредним питањима увјерити се да ли садржај нотарског изворника одговара вољи странака. На крају поступка састављања нотарског изворника странке и други учесници потписују изворник у присуству нотара.[779] Сходно начелу непосредности и правној природи поступка нотарске обраде условљеног напријед назначеним обавезама нотара, странка мора бити пред нотаром непосредно, а у случају кад се ради о двостраном правном послу, нужно је истовремено присуство странака пред нотаром приликом састављања, читања и потписивања нотарског акта.

3. Зашто нотар?

Обавеза поучавања и упозоравања странака јесте једна од централних дужности нотарског поступка обраде исправа, јер задире у саму суштину нотарске дјелатности у домену састављања нотарски обрађених исправа. Од квалитетне примјене овог начела у пракси нотара у доброј мјери зависи један од основних циљева нотарске службе, а то је превентивна правна заштита странака у грађанскоправним стварима.[780] Нотар је дужан, прије састављања нотарског изворника, поучити странке о правним посљедицама и домету намјераваног правног посла. Суштина овог начела је да нотар поучава странке материјалном праву и даје им упозорења у вези с тим, у смислу пословних ризика који су повезани с правним послом (нпр. исплата цијене код уговора о продаји прије уписа права власништва).

[779] Члан 75 ЗНот РС. Члан 80 ЗНот ФБиХ.

[780] Детаљније видјети код Милена Трговчевић-Прокић, нав. дјело, стр. 128–132.

3.1. Непристрасност у односу са странама

Нотар поучава и упозорава странке и на све правне претпоставке за ваљаност правног посла. Овим се не нарушава начело аутономије воља него се жели странкама указати на евентуалне штетне посљедице и тиме спријечити давање исхитрених и штетних изјава воља. Стога се може рећи да нотар је у служби закона, а не у служби страна. Нотар мора водити рачуна и о подобности неке обавезе на коју дужник може изјавити пристајање на извршење без одлагања, водећи рачуна и о одредбама материјалног права. Тако нпр. споразум странака о висини уговорне казне садржан у нотарској исправи може изазвати проблеме у погледу извршности, јер суд може умањити висину уговорне казне.[781] Како је нотарски обрађена исправа о неком правном послу, односно облигационоправном уговору, којим се стварају обавезе, по својој правној природи слична поравнању пред судом, у којем странке диспонирају својим правима пред нотаром с дејством јавне и извршне исправе, то се приликом давања изјаве о пристајању на извршење без одлагања мора водити рачуна о правима којима странке не могу диспонирати. Пристајање на извршење без одлагања не може бити супротно јавном поретку (принудним прописима и моралу).782 Тако нпр. клаузула о уговорној казни за извршење новчане обавезе је противна принудним прописима или када је предмет уговора о продаји некретнина која је ван промета.

Такође се мора водити рачуна о манама воље, јер се правни посао у нотарској извршној исправи може побијати ако су изјаве дате у заблуди, под утјецајем принуде, присиле или преваре. Нотарски обрађена исправа, па тако и нотарски извршна исправа, може се побијати због битних повреда одредаба поступка нотарске обраде. Непоштивање процедуре може довести до тога да нотарска извршна исправа изгуби својство јавне исправе. Странке се могу позивати на то да је изјава нетачно нотарски обрађена односно да

---

[781] Члан 274. Закона о облигационим односима Републике Спске (објављен у "Службеном листу СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службеном гласнику РС", бр. 17/93, 3/96, 74/04) у даљем тексту: ЗОО РС члан 274 Закона о облигационим односима и члан 274 Закона о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине (објављен у "Службеном листу СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службеном листу РБиХ", бр. 2/92, 13/93, 13/94, "Службеним новинама Федерације БиХ", бр. 29/03, 42/11) у даљем тексту: ЗОО ФБиХ.

[782] Члан 103 ЗОО РС/ЗОО ФБиХ ,Члан 89, став 2 у вези с чланом 3, став 2 Закона о парничном поступку РС/ФБиХ.

није испоштована процедура, при чему сносе терет доказа (нпр. изостале поуке, изостало лично присуство и потпис пред нотаром итд.).

3.2. Свједок трансакције

Посебна улоге нотара као свједока трансакције произилази из обавезе која захтијева нотарски чин за поједине правне послове. *Нотар је дужан утврдити иднетитет и праве воље странака.* Нотар је дужан да испита вољу странака и чињенично стање, те да праву вољу странака преточи у нотарски акт, потпуно, јасно и одређено. Ако нотар сматра да су изјаве странака нејасне, неразумљиве и двосмислене, а желе, и поред упозорења нотара, да се унесу у акт, нотар то може учинити, само уз обавезу уношења и упозорења у нотарски акт.[783] У супротном, нотар би учинио повреду службене дужности утврђивања праве воље странака.

Када странке наступају у законским границама аутономије воља, поред поучавања правним дометима намјераваног правног посла, нотар је дужан странке упозорити на правне посљедице, пословне ризике и евентуалне мањкавости правног посла, а нарочито ако сматра да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве и двосмислене, и ако могу довести до спорова и штета. Ако и након поуке и упозорења нотара, странке и даље остану при својим изјавама, нотар може одбити подузимање службене радње или ће у нотарски акт унијети њихове изјаве, али и чињеницу да их је поучио и упозорио на посљедице таквих изјава. Нотар је дужан поуке и упозорења унијети у изворник исправе и у свим другим случајевима када је то законом о нотарима или у неком другом закону прописано. У супротном, нотарска исправа може изгубити аутентичност тј. својство јавне исправе и може се поништити као свака приватна исправа, а нотар може учинити повреду службене дужности савјетовања, поучавања и упозорења странака. Исто тако, нотар би могао одговарати дисциплински као и за штету која настане усљед повреде ове службене дужности.

3.3. Ефикасност обављања повјерене трансакције

Полазећи од тога да је нотарски обрађена исправа по правној природи слична поравнању, а ради избјегавања нејасноћа у пракси

[783] Чланови 75 и 76 ЗНот РС. Чланови 80 и 81 ЗНот ФБиХ.

извршења нотарских исправа, у извршном праву БиХ су у току законодавне активности на јаснијем дефинирању извршне нотарске исправе. Дефинира се да је нотарска исправа извршна исправа, уколико је сачињена у форми нотарски обрађене исправе и уколико је дужник у њој пристао на непосредно извршење обавезе о којој странке могу закључити поравнање (чињење, давање, пропуштање или трпљење). На извршност нотарске исправе ће се на одговарајући начин примјењивати одредбе Закона о извршном поступку које важе за извршност поравнања. Такође је изричито одређено да извршна нотарска исправа не мора бити снабдјевена потврдом о извршности.

Како је већ напријед назначено, извршна нотарска исправа има снагу извршног наслова као и судска пресуда или судско поравнање. На основу отправка у сврху извршења извршне нотарске исправе, странка може захтијевати од суда принудно извршење чинидбе, на коју према садржају извршне нотарске исправе има право.

Као и судско поравнање, извршност нотарске исправе може се побијати тужбом у парничном поступку због мана воље дужника у погледу давања пристанка на извршење без одлагања. Судско поравнање се може побијати тужбом због мана воље у року од три мјесеца од дана сазнања за разлог побијања (субјективни рок), а најкасније у року од пет година од дана закључења судског поравнања (објективни рок).[784] Видљиво је да Закон о парничном поступку није усвојио рокове за побијање (поништење) због мана воље одређене у Закону о облигационим односима. Сматрамо да код побијања нотарски обрађеног уговора због мана воље треба прихватити рокове прописане облигационим правом, а то је субјективни рок од једне године и објективни рок од три године.[785] За побијање извршности нотарског акта због мана воље, ако се прихвати да се у погледу његове извршности сходно примјењују одредбе о извршном судском поравнању, треба примијенити рокове прописане за побијање судског поравнања.

Поред мана воље, извршност нотарског акта може се побијати такође тужбом код суда, ако се сматра да извршна нотарска исправа нема својство јавне исправе или нема дејство извршне исправе, а из разлога да је исправа нетачно нотарски обрађена

[784] Члан 92 ЗПП РС/ФБиХ.

[785] Члан 117 ЗОО РС/ФБиХ.

односно да није испоштована процедура нотарске обраде (тзв. битне повреде нотарског поступка). Које су то повреде суд ће цијенити у сваком конкретном случају, а то могу бити: изостанак потребних поука, изостанак личног присуства и потписа пред нотаром, изостанак читања, постојање разлога за изузеће, противност принудним прописима и јавном моралу итд. Терет доказивања је на странци која захтијева побијање. Тужбу за побијање могу поднијети странке или свако треће лице које има правни интерес.

3.4. Брзина и флексибилност поступака.

Сврха прописивања строге форме је у обезбјеђењу доказа о постојању правног посла и његовој садржини, заштити воље од непожељних других утицаја, спречавању доношења одлука набрзину и недовољно промишљених одлука. Све то омогућује да учесници у правном послу своју вољу јасније и прецизније изразе, а јавним властима обезбјеђује лакши увид у правни промет и економске токове.[786] Стога, сматрамо да тврдње појединих аутора[787] да разне овјере, формалности публицитета[788], таксативна набрајања и сл. доводе до раскорака између животног и формално правног акта, нису основане. Јавна исправа и начело публицитета служе: сигурности правног промета; упису стварних права у земљишну књигу / катастар непокретности; јавном повјерењу, које је у интересу свих грађана, а посебно савјесним трећим, који имају конкретан правни интерес. У судској пракси је у појединим случајевима заузет став да "кад потписи уговарача на уговору о купопродаји непокретности нису овјерени код суда, онда такав уговор не садржи битан конститутиван елеменат,

[786] Обрен Станковић / Владимир Водинелић, Увод у грађанско право, Београд 1996, стр. 165.

[787] Слободан Перовић, Филозофско правне расправе, Београд 1995. год. стр. 392.

[788] Формалности публицитета нису облици испољавања воље већ мјере које имају за циљ да заштите трећа савјесна лица која могу имати неки правни интерес. Тако нпр., уговор који има за предмет непокретност пуноважан је и производи правна дејства, иако нису извршене формалности публицитета, тј. упис у катастар непокретности. Формалности нису уопште потребне за настанак уговора. С. Перовић, Облигационо право, Београд 1980. год. стр. 341. Фн. наведена према Игор Вујовић, нав. дјело, стр. 637.

чије одсуство чини уговор неважећим”[789]. Сматрамо да у вези са питањем брзине и флексибилности поступка би требало поступати опрезно, јер су пуно важнија питања сигурности и *заштите воље од непожељних утицаја, спречавању доношења одлука набрзину и недовољно промишљених одлука, која чине темеље рада нотара.*

3.5. Одговорност нотара

Јавна овлаштења обављања одређених службених радњи из нотарске службе за собом повлаче и одговорност уколико нотар приликом обављања тих радњи повриједи заштићено добро и тиме проузрокује штету другоме. Када говоримо о овим врстама одговорности, онда мислимо искључиво на нотара као службено лице с јавним овлаштењима које због повреде службене дужности одговара за учињено. Постоји поред грађанске одговорности (обавеза накнаде штете), такђер и кривична односно дисциплинска одговорност нотара у његовом/њеном раду.

Код противзаконитог поступања у вршењу службене дужности нотар је извршилац кривичног дјела и његова функција као носиоца јавног овлаштења је конститутивно обиљежје ове врсте кривичних дјела која се квалифицирају као дјела: злоупотреба службеног положаја, фалсифицирање службене исправе, проневјера у служби, несавјестан рад у служби и слично.

Повреда службене дужности која има обиљежја и других кривичних дјела се такође појављује, а радња извршења кривичног дјела може се манифестирати у разним облицима нотарског поступања у обављању нотарске функције, тако да је могуће да је службено лице извршилац кривичног дјела предвиђеног и у другим главама кривичног закона.

Нпр., ако нотар у исправу или у пословне књиге унесе неистините и важне податке, те такав неистинит садржај овјери својим потписом и службеним печатом, чини кривично дјело фалсифицирања службене исправе за које је такође прописана казна затвора. Истоврсно кривично дјело је учињено, напримјер, ако нотар изврши преправку, измијени чињенице у сачињеној, странкама прочитаној, и од истих потписаној нотарској исправи, и да с тако сачињеном исправом произведе друге правне посљедице које се разликују од изјављене воље странака, а да странке на то

[789] Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1602/79, Младен Косовац, Уговорни односи кроз судску праксу, Београд 1991. год. стр. 45.

нису пристале у складу с одредбама закона о нотарима који регулира начин сачињавања исправке нотарских исправа. Дакле, свака радња нотара предузета у циљу извршавања службене дужности, а која је противна било закону о нотарима или другим позитивним прописима, и којом је проузрокована повреда заштићеног добра у границама прописаним кривичним законом, представља кривично дјело. Треба напоменути да се ове врсте кривичних дјела у правилу могу извршити само с умишљајем.

Нотар при обављању своје службе мора поступати у складу са законом о нотарима, правилником о раду нотара и кодексом нотарске етике. Нотар мора да пази на углед и част професије. Свака радња супротна томе повлачи за собом одговорност нотара за учињену повреду ако је учини својом кривицом. Нотар неће дисциплински одговарати за покушај повреде службене дужности, већ само за радњу, односно повреду која је већ почињена. Закон о нотарима прецизно прописује које повреде службене дужности нотар може да почини, а да представљају основ за вођење дисциплинског поступка.[790] Законом о нотарима, али ни правилником о дисциплинској одговорности нотара, није дефинирано које од наведених повреда се квалифицирају као лакше, а које као теже. С тим у вези, није ни децидно одређено које ће се прописане дисциплинске санкције примијенити за коју врсту повреде. Тренутна правна празнина у овом сегменту препуштена је дисциплинским комисијама које у складу с околностима предметног случаја изричу санкције.

За покретање дисциплинског поступка потребно је да се поднесе иницијатива коју може поднијети било која од страна чије је право повријеђено, као и нотарска комора која има сазнања о учињеној повреди. Поступак у Републици Српској покреће министар правде који доставља акт о покретању дисциплинског поступка Дисциплинској комисији првог степена. У Федерацији Босне и Херцеговине поступак покреће Кантонални орган за управу, а поступак проводи Нотарска комора ФБиХ, док у Брчко дистрикту БиХ поступак покреће Правосудна комисија. Наведеним прописима којима се регулира ова област није предвиђена нити захтијевана претходна провјера поднесене иницијативе за покретање дисциплинског поступка, односно њена основаност, што би била обавеза дисциплинског тужиоца у претходном

[790] Види члан 116 ЗНот РС који је истовјетан с чланом 120 ЗНот ФБиХ и чланом 94 ЗНот БД БиХ.

поступку чије постојање и улога такође нису регулирани на адекватан начин. Дисциплински поступци првог и другог степена воде се пред комисијама чије чланове бира нотарска комора из реда својих чланова и по поступку који прописује нотарска комора.[791] Овакво законско рјешење о саставу дисциплинских комисија (само из реда чланова нотара), да се поступак води по правилима која прописује нотарска комора и сам поступак одлучивања о покретању поступка, није дало очекиване резултате.[792]

4. Гаранција повјерења?

4.1. Са стране грађана и привредних друштава

4.1.1. Транспарентност у именовању

Повјерење у рад нотара се базира у транспарентности и легитимност његовог/њеног именовања. Да би се постало нотаром законодавац се опредјелио за једно веома добро и напредно рјешење, као нпр. посебан стручни испит, начин организовања испита, оцјењивање резултата, увјети за именовање објективно одређени (висина оцјене), увјети за обављање службе. Основ нотарске службе је двојако повјерење. С једне стране од државе, јер нотари имају моћ сачинити јавну (извршну) исправу, и с друге стране од грађана, јер добивају квалтитетну правну услугу према тачно законом утврђеној процедури. Нотари у свом раду морају свакодневно оправдавати указано повјерење својим активностим. Ово повјерење није поклон него дужност која се мора извршавати, у противном губљењем повјерења у рад нотара неизоствно би требала слиједити санкција према таквом нотару одузимањем службе нотара. За правилно обављање службе нотара стара се држава, нотарска комора и грађани појединци.

Законска одредба о избору нотара је децидна и прописује да се за нотара могу изабрати само кандидати који су по својим радним и људским квалитетима достојни угледа нотарске службе.

---

[791] Види члан 116. ЗНот РС; члан 122, став (3) и (4) ЗНот ФБиХ, члан 94 ЗНот БД БиХ.

[792] Маринко Плавшић у Енес Бикић, Мелиха Повлакић, Сефедин Суљевић, Маринко Плавшић, „Нотарско право“, Deutsche Gesellschafür Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Сарајево 2013, стр. 63-78.

Између више кандидата који конкурирају за једно нотарско мјесто, за нотара одређеног службеног сједишта, биће изабран кандидат који је постигао бољи успјех на нотарском испиту.[793] Поступак избора нотара почиње расписивањем јавног конкурса за избор нотара који у Републици Српској организира и проводи Министарство правде, у Федерацији кантонални орган управе, а у Дистрикту Брчко Правосудна комисија. Формира се конкурсна комисија која поред вршења техничких послова око избора има и задатак сачињавања листе кандидата, односно давања приједлога за избор нотара. Избор нотара између пријављених кандидата у вези је с испуњавањем услова предвиђених у закону о нотарима.[794]

4.1.2. Лични и професионални квалитети нотара

Без стабилно уређеног правног система нема ни заштите основних људских права, а ни одговарајуће правне заштите потрошача. Нотаријат је један од носећих стубова правне сигурности у правном систему друштвене заједнице. Правна сигурност, сигурност имовине, сигурност података, су значајне људске сигурности које се неизоставно налазе управо у нотарској служби и ту су најбоље похрањене или заштићене. Најефикаснији начин заштите сваког грађанина је сигурна јавна исправа. Исправа која се трајно чува у нотарским архивима, коју је немогуће фалсификовати, која документује и производи права, неприкосновени је гарант правне сигурности.

Треба напоменути да само особе чији је морал неупитан и које ће поступати с чашћу, те независно и непристрасно обављати нотарску службу, како би се грађанима осигурала већа правна сигурност, могу конкурирати на мјесто нотара. Будући нотари морају бити спремни пружити ваљан правни савјет странкама, односно морају испунити улогу превентивног судије, а њихов значај се огледа и у доказној снази нотарске исправе. Нотар се не смије истовремено бавити неком другом приватном или јавном службом за плаћу, напримјер не смије се бавити адвокатуром, нити бити политички ангажиран. Изузетак је да нотари могу да се баве научном и умјетничком дјелатношћу напримјер као предавачи на универзитету.

---

[793] Члан 23, став (1) и (2) ЗНот РС и члан 29, став (1) и (2) ЗНот ФБиХ и члан 8, став (1) и (2) ЗНот БД БиХ.

[794] Члан 20 ЗНот РС; члан 26. ЗНот ФБиХ и члан 5. ЗНот БД БиХ.

4.1.3. Аутономија и независност

Све државе које су увеле латински тип нотаријата, у који спада и наш нотаријат, посебно регулирају да је нотар независни и непристрасни носилац јавне функције, али није орган власти нити је државни службеник. Таква дефиниција и позиционирање нотарске службе и нотара има консеквенце и на законско одређење вршења надзора над радом нотара у вршењу јавне службе. У том смислу Кодекс нотарског права ЕУ из 1995. године је на сљедећи начин дефинирао нотара: "Нотар је носилац јавне функције. Њему држава преноси овлаштење да саставља јавне исправе. На овај начин се осигурава повољнија доказна снага и могућност извршења оваквих исправа". Према нашем законодавству у области нотарског права на нотарску службу као јавну службу чији су самостални и независни носиоци нотари, држава је пренијела јавна овлаштења да састављају и издају нотарске исправе као јавне исправе, те да могу вршити и друге послове одређене законом, а нарочито повјерене послове од стране суда или другог органа власти и доносити акте као и ти органи. Аутономија и независност нотара мора постојати vis-à-vis према странама у питању као и према самој држави.

Нотар има јавноправни статус, јер овлаштење за састављање исправа не заснива се на приватноправном послу (нпр. уговор о налогу или пуномоћ као што је случај код адвокатске професије), већ на основу јавноправних овлаштења пренесених законом на нотарску службу и нотаре. Странке се обраћају нотару као носиоцу јавних овлаштења са захтјевом да обави неку службену радњу (нпр. да састави купопродајни уговор о пријеносу власништва на некретнинама) која спада у његову надлежност.[795] У погледу назначеног нотар има статус судије у парничном или ванпарничном поступку или као службено лице органа управе, које рјешава управну ствар у управном поступку. Јавноправни статус нотара огледа се и у домену његовог именовања и разрјешења, у домену одређивања нотарских мјеста и њиховог територијалног распореда, у домену одређивања тарифе о наградама и накнада за рад нотара, у надлежности за покретање дисциплинског поступка, у домену надзора над радом нотара. Наведене карактеристике

[795] Види више, Драгор Хибер, Јавнобележничко право, Београд 2006, Александар Јакшић, Нотаријат као јавна служба, стр. 90 и наредне.

израз су суверене власти државе која има право и дужност предузимати напријед назначене радње и поступке у односу на рад нотара и нотарску службу. Нотар је дужан суздржати се од било којих злоупотреба у обављању своје службе. Дјелотворан и непоткупљив нотаријат штити правни поредак, те самим тиме позитивно утјече на развој демократије.

4.1.4. Дискреција и професионална тајна

Нотар је у правилу обавезан на чување тајне. Суштина ове обавезе састоји се у прописаној дужности нотара, као и лица запослених код њега, да као службену тајну чува све оно што је сазнао у вршењу својих послова. Од овог правила постоје изузеци, тако да нотар није дужан чувати тајну ако из закона, воље странака или садржине правног посла произлази нешто друго. У супротном, нотар би учинио повреду обавезе чувања службене тајне, која постоји и након престанка службе нотара.[796] Законом о нотарима и правилником о раду нотара прописано је коме се могу издавати отправци и преписи нотарског изворника, а посебним законима је одређено када нотар мора достављати одређене податке из службене дјелатности (нпр. порезни прописи, спречавање прања новца и финансирање тероризма итд.).

4.2. Са стране државе

4.2.1. Ефикасност у пружању услуга.

Могућност извршности нотарских исправа је једна од најзначајнијих позитивних новина у овом дијелу правног система, јер се извршном нотарском исправом постиже већи степен сигурности, ефикасности и економичности у правном промету у корист субјеката тог промета, а такође се директно растерећују судови. Извршним нотарским исправама избјегавају се дуготрајни и скупи парнични спорови, који у веома великом броју не представљају спорове које странке иницирају у доброј вјери, већ им је повод избјегавање обавеза плаћања од стране дужника према повјериоцима. У Босни и Херцеговини се годишње сачини око десет хиљада извршних нотарских исправа, а најчешће су то уговори о заснивању хипотека. Извршна нотарска исправа добива све више

[796] Члан 49 ЗНот РС. Члан 54 ЗНот ФБиХ.

на значају, а нарочито у правним пословима робног промета. Поступци који се воде пред судовима за наплату потраживања у највећем броју случајева не представљају спор о постојању потраживања, већ су резултат одуговлачења или избјегавања извршења обавеза или неликвидност привредних субјеката. Путем извршне нотарске исправе уштедјело би се вријеме и новац, а повјериоци би постигли брже и ефикасније остварење субјективних права и овлаштења. Тиме се постижу и опћи друштвени циљеви и користи.

4.2.2. Руковање и систематизација докумената

Ова материја о правилном руковању и систематизацији докумената регулирана је законом и у правилнику о раду нотара. Чување нотарских изворника и других исправа утјече на повећање правне сигурности у областима за које су надлежни нотари. За разлику од тога, приватне исправе уговора подложне су губитку и уништењу, фалсифицирању итд. Нотарски спис се састоји од нотарског акта у изворнику с прилозима као и другим исправама од значаја за важење или провођење нотарске исправе у оригиналу или овјереном препису. Тако се нпр. чувају исправе или списи који се по закону морају приложити нотарском акту, овлаштења, пуномоћја, налази и мишљења вјештака и други списи настали приликом састављања нотарског акта, препис трошковника и подаци о издатим отправцима и овјереним преписима и лицима којима су издати. Поред тога чувају се споредни списи који чине сва остала писмена и прилози из списа, као што је преписка са странкама, државним органима и судовима.[797]

Нотарски архив се састоји од збирке исправа, која се трајно чува, и архиве споредних списа, која се чува три године[798]. Када се службена радња за коју је формиран спис у потпуности заврши, нотар на омоту списа, по претходној провјери да је спис завршен и да се у њему налази све што треба, ставља ознаку да је предмет за архивирање (нпр. а/а), рок чувања списа и свој потпис. Потом нотар архивира спис и то тако што се из списа издвоји изворник акта,

[797] Члан 99 ЗНот РС. Чланови 55 до 59, Члан 9 и чланови 12, 16 Правилника о раду нотара у поступку састављања и издавања нотарских исправа РС, Упутство о вођењу пословних књига и начину формирања и архивирања списа РС; члан 103 ЗНот ФБиХ; члан 63 Правилника о раду нотара ФБиХ.

[798] У ФБиХ се споредни списи чувају десет година.

односно потврда с прилозима, као и другим исправама од значаја за важење или провођење нотарске исправе у оригиналу или овјереном препису, те с подацима о наплаћеним накнадама и издатим отправцима и овјереним преписима, који се могу залијепити као посљедња страница или спојити јемствеником с исправом која се чува (изворником или отправком који га мијења у архиви). Такав предмет се улаже у збирку исправа, док се остали поднесци и прилози задржавају у омоту списа и чине споредни спис.

За архивирање нотарских изворника и потврда, у збирци исправа формирају се регистратурне јединице. На предњој страни регистратурне јединице уписује се скраћена ознака пословне књиге, те први и посљедњи број нотарског изворника односно потврде, који се налазе у тој регистратурној јединици. Збирку исправа и пословне књиге нотар чува у свом нотарском уреду у погодним ватроотпорним ормарима који у том погледу одговарају стандардима прописаним за архивску грађу, док се споредни списи могу чувати и на други одговарајући начин. Споредни списи се архивирају на начин који осигурава да не дође до губитка садржаја. Нотарска комора може одредити и друге начине чувања у складу с прописима за архивску грађу. Овјере потписа и преписа се не архивирају.

Трајност нотарске исправе настоји се осигурати и прописивањем обавезе да се пише на папиру стандардног формата А4 и таквог квалитета који гарантира трајност. Приликом израде нотарске исправе мора се водити рачуна и о сигурности од фалсифицирања, па због тога: празна мјеста у тексту нотарске исправе могу бити испуњена цртама; бројеви који се односе на новчане износе, као и остали важни бројеви и бројке морају бити исписани цифрама и словима (новчани износи се увијек пишу цифрама и словима, а шта се сматра осталим бројевима и бројкама препуштено је на оцјену нотару у сваком конкретном случају, при чему се мора водити рачуна да се избјегну нејасноће, могуће злоупотребе и фалсифицирања у том погледу); забрањена је употреба скраћеница, осим оних које су уобичајене и опћепознате; ријечи и знакови се не смију писати изван текста. На изворнику нотарске исправе се на првој страници у горњем лијевом углу као заглавље, један испод другог ставља назив државе, ентитета или Брчко дистрикт БиХ, ознака нотар име и презиме / презиме и име, те назив општине односно града службеног сједишта нотара, а у горњем десном углу ставља се ознака “Изворник”, а када се ради о отправку ставља се ознака “Отправак изворника”, код преписа ставља се ознака “Препис”, те код отправка у сврху извршења

ставља се ознака "Отправак изворника у сврху извршења". Нотар може за назначене ознаке, као и за друге ознаке нпр. отправак дијела изворника односно отправка у изводу, користити штамбиље које сам осигурава.

Ако се нотарска исправа састоји од више страница, онда нотар мора поступити на сљедећи начин: на првој страници стављају се ознаке како је већ напријед наведено, а свака наредна страница означава се ознаком и бројем из одговарајућег уписника и бројем календарске године, те редним бројем странице; све странице с прилозима који се прилажу уз нотарску исправу, или нотарска исправа од једне странице с прилозима, спајају се јемствеником, тако да се оба краја јемственика причвршћују утисним печатом нотара (печат за сухи отисак). За ове потребе може се користити печатни восак или љепљива трака. Нотарска исправа од више листова мора бити увезана јемствеником (службеним концем) који се сухим печатом мора учврстити да се не може извући и да се листови нотарске исправе не могу одвојити, те да одстрањивање печата без видљивих трагова не смије бити могуће. Ако се прилози не могу спојити с нотарском исправом из техничких разлога, на крају изворника, а прије потписа странака, других учесника и нотара, исписује се текст о броју, садржини, ознакама и датуму издавања приложених исправа, а прилози се чувају у омоту списа као саставни дио нотарске исправе. Овакво рјешење предвиђено је у упоредном праву, те сматрамо да је прихватљиво и у раду наших нотара.

4.2.3. Поузданост информација

Разборито кориштење и руковање информацијама добијеним од државних институција у извршењу својих дужности (грађански сектор, некретнине, регистри привредних друштава, итд.) је обавеза нотара. Улога нотара кроз поступак оснивања привредних друштава се огледа у заштити јавних интереса цјелокупне друштвене заједнице (државе), јер се на овај начин избјегавају порезне преваре, прање новца, настанак фантомских фирми итд. Питање уношења, односно уплата основне главнице (основног капитала) је други битни елемент који мора да буде испуњен да би се основао овај тип друштва. Основни капитал овог друштва утврђује се оснивачким актом и статутом друштва у складу са законом, те уписује у судски или регистар друштава.

Специјалним односно посебним законом може бити одређен и већи износ основне главнице, начин уплате и врсте улога (нпр. законски минимум основног капитала у погледу оснивања друштва за управљање фондовима износи 1 милион КМ). Овај тип друштва је правно основан онда када је уписан у регистар и тог момента стјече правну и пословну способност, а затим, да би отпочео с обављањем регистриране привредне дјелатности у одређеним врстама дјелатности сагласно позитивним прописима тражи се испуњење и неких додатних услова (нпр. технички, хигијенски, здравствени, еколошки итд.).

4.2.4. Сигурност у извршењу обавеза

Нужно је обезбиједити ефикасно прикупљање и одговарајући сигурни трансфер средстава треће стране који су нотару повјерена. *Нотарски повјеренички рачун за друга лица* је веома значајан механизам заштите продавца и купца у погледу исплате цијене и сигурног пријеноса права власништва, а предвиђен је у закону о нотарима и у правилнику о раду нотара.[799] Овдје могу доћи у обзир и други елементи којима ће се условити исплата цијене с нотарског рачуна за странке на рачун продавца, нпр. упис предбиљежбе, предаја у посјед и сл. *"Цјелокупни износ цијене доспијева за исплату депонирањем на нотарски повјеренички рачун за друга лица у одређеном року од дана закључења уговора, с тим да саме странке дају налог нотару да до тада не издаје отправке и преписе који ће садржавати сагласност продавца за пријенос власништва. Такође је могуће да исплату цијене с тог рачуна нотар изврши на рачун продавца у неком року од дана када заприми рјешење о упису у земљишну књигу пријеноса права власништва на име купца."*

5. *Закључак*

Учешће нотара при састављању правних аката потврђује истинитост садржаја тих аката, а његово пирисуство гарантује квалитет, прецизност, правну заштиту, као и законитост, због чега је нотар означен као превентивни судија, а нотарски поступак превентивни пут заштите, односно поступак спријечавања настанка спора између странака кроз превенцију нарушавања и

[799] Члан 109 ЗНот РС; члан 113 ЗНот ФБиХ; члан 87 ЗНот БД БиХ.

повреде субјективних грађанских права. Растерећење правосуђа, као посљедица дјелатности нотара, остварује се на неколико начина: превенцијом настанка спорова, убрзавањем правног промета, преношењем одређених послова са других правосудних органа у надлежност нотара, те могућношћу повјеравања послова од стране судова и органа управе.

Проф. др. Енес БИКИЋ,
Правни факултет Универзитета у Зеници

Доц. др. Алаудин БРКИЋ,
Економски факултет Универзитета у Зеници

НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ УСВОЈЕНОГ МОДЕЛА УРЕЂЕЊА ПОСЛОВА ЛИЗИНГА У ПРАВУ МОБИЛИЈАРНИХ ОСИГУРАЊА БИХ

Апстракт. *У пракси је постало већ одавно јасно да одређени уговори, као што су продаја са задржавањем права власништва, финансијски лизинг и комисион могу задовољити сами по себи и функцију осигурања потраживања. У овим пословима је иначе карактеристично и унаточ њиховом различитом дизајну да се повјериоци користе фомалним концептом права власништва у сврхе осигурања потраживања према својим дужницима на различитим робама или имовинским објектима. Том логиком се издашно руководе и даваоци леасинга прије него што дођу у сукоб са повјериоцима корисника леасинга на изфинансираним и уредно испорученим објектима леасинга од стране добављача. Иако је леасинг специфичан метод осигурања инвестираног капитала за даваоце леасинга, неријетко према њима мисле и корисници леасинга да ће присвојити себи у свему улогу коју имају и наспрам даваоца новчаних кредита. Међутим, оваква очекивања с не наилазе и на подршку оних система осигурања који су обликовани под утицајем дугогодишње праксе кориштења класичних инструмената осигурања. Уређење лизинга у ове или неке друге мобилијарне сврхе је ништа мањи проблем и у другим државама са недовољно прилагођеним моделима осигурања финансирања, јер и оне стоје пред сличним изазовима пружања јасних одговора на отворена питања оснивања, регистрације, приоритета и извршења права даваоца лизинга. У оба случаја укључивање лизинга у мобилијарне сврхе је данас могуће извршити са или без рекарактеризације права власништва даваоца лизинга (унитарни или неунитарни модел), у свим (оснивање, регистрација, приоритет и извршење) или само појединим смјеровима (регистрација и*

приоритет). Из овог угла проматрања се управо у овом раду изводе и одређени закључци у погледу усвојеног модела уређења леасинга у праву мобилијарних осигурања БиХ. За те сврхе аналогно регистрованој залози узима се оправданом до одређене тачке и зацртана анализа стадија оснивања, регистрације и приоритета на посебно власничко право даваоца лизинга у праву мобилијарних осигурања БиХ.

***Кључне ријечи**: унитарни и неунитарни модел, security interest,рекарактеризација, attachment, perfection, посебно власничко право, приоритет и регистрација.*

- **Модели уређења лизинга као мобилијарног права осигурања**

Разоткривање и укоричење функције финансирања иманентне пословима (финансијског) лизинга, комисиона и продаја са задржавањем права власништва је оптерећујући задатак за већину законодаваца у моделирању новог или осавремењавању постојећег система мобилијарних осигурања.[800] Од мноштва различитих модела који се нуде данас националним реформаторима на усвајање успио се већ одавно снагом прагматичности наметнути унитарни амерички модел двостепеног оснивања права осигурања који заговара Article 9 (*Secured Transactions*) Једнобразног трговачког законика САД (*Uniform Commercial Code,* скраћено: Article 9 UCC).[801] У овом моделу сви послови које служе осигурању

[800] Bar, C., Drobnig, U.: The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study, Sellier *European Law* Publishers, München, *2004, s. 332;* Повлакић, М.:[1] Модерне тенденције у развоју средстава обезбјеђења потраживања с посебним освртом на беспосједовну (регистрирану) залогу, Сарајево, 2001, s. 246-247; Kieninger, E.M., Graziadei, M.: Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, 2004, s. 648 i 654.

[801] У САД-у најважнији подухват остварен на путу постепене кодификације трговачког права је UCC, који представља заједничко дјело Националне конференције повјереника за једнообразне државне законе (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) и Института за америчко право (*American Law Institute*). Након дуготрајне расправе и извјесног допуњавања Нацрт UCC-а је био усвојен од стране поменуте двије организације 18. маја 1951.г. У изради цјелокупног корпуса UCC-а најзначајнију улогу су одиграли *Karl N. Llewellyn-u* i *Soia Mentschikoff,* с тим да је материја мобилијарног

се неовисно о облику или статусу странака доводе у исту раван, те подређују примјени истовјетних правила у погледу оснивања, приоритета и извршења за те сврхе специјално установљеног права осигурања „*security interest*“.[802] С друге стране, овај амерички појам

осигурања у Article 9 UCC настала као резултат антологијског рада надарених америчких генералиста *Allison Dunham-a* i *Granta Gilmora* (v. Pound R.: Jurispudencija, knjiga II, (prevod: Krstić, Đ., Vračar, S.), Службени Лист СРЈ, Београд, 2000, с. 380 i 385; usp.: Kettering, K.C.: Harmonizing Choice of Law in Article 9 with Emerging International Norms, Gonzaga Law Review, vol.46/2010-11, s. 235-236; Maggs, G.E.: Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, University od Colorado Law Review, Vol.71, No.3/ 2000, s. 542; Kamp, A.R.: Downtown Code: A History of the Uniform Commercial Code 1949-1954, Buffalo Law Review, Vol. 49/2001, s. 359-475; Röver, J.H.:[1] Comparative Principles of Security Interests: Secured Debt and Charged Property, King's College London, 2004, s. 42-44). Правила о пословима мобилијарног осигурања у Article 9 UCC су први пута измијењена 1972.г. То се десило још у два наврата 1999. и 2010. г., с циљем осавремењавања појединих секција у складу с модерним кретањима на тржишту. Ове измјене UCC-а се настоје приказати у неким радовима и да су дјело надарених специјалиста (v. Kettering, K.C.: o. c., 236; Brinkmann, M.: Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, Mohr Siebeck , 2011, s. 353; McCormack, G.:[1] Secured Credit under English and American Law, Cambridge University Press, 2004, c. 66; Тешић, Н.:[1] Регистрована залога, „Службени гласник“, Београд, 2007, с. 32; Чулиновић Херц, Х.: Уговорно осигурање тражбина залагањем покретних ствари без предаје ствари у посјед, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 1998, с. 15). У првом дијелу Article 9 UCC-а су садржане опће дефиниције и концепти, те одредбе о његовој примјени. Други дио регулира оснивање права осигурања (тзв. *attachment*), те права и обавезе које за странке из тога произилазе. Трећи дио регулира положај осигуране странке према трећима посебно корисницима осигурања на начин да се постављају она правила када једно право осигурања има приоритет у односу према другим правима осигурања и када се оно евентуално губи према трећим лицима у доброј вјери. На то се надовезују још и одредбе о тзв. *perfection* права осигурања. У четвртом дијелу се налазе одредбе које регулирају права трећих лица. Пети дио садржи правила о поступку регистрације (*filing*) права осигурања. И коначно, шести дио садржи одредбе којим се регулирају поступак намирења на предмету осигурања.

[802] Ове америчке појмове би било погрешно изједначити и са дејством права осигурања *inter partes* и *erga omnes* на којем инсистирају земље *civil-law-a*. Док повјерилац перфектног права осигурања ужива потпуну заштиту према трећим лицима, дотле и повјерилац раније “*attached*“ право осигурања ужива заштиту наспрам неосигураних повјерилаца или само „*attached*“ права осигурања. Полазећи од прагматичне анализе дејстава и недостајуће отпорности „*attached*“ права осигурања у стечају, постаје неупитном и оцјена да се оно не може изједначити са европским појмом стварног права. Свака даљна анализа, са циљем приближавања америчког концепта двостепеног оснивања права осигурања, постаје сувишном, јер се конфликти између различитих повјерилаца не рјешавају према стварном карактеру њихових права, него на

има мало тога заједничког и у успоредби с европскоконтиненталним појмом стварног права, јер основано право осигурања *(attachment)* не дјелује само између странка, већ и према трећим лицима, иако му се пуна дјелотворност ускраћује све до извршења и прописане методе префекције (*perfection*) за поједине врсте предмета осигурања (најчешће је то регистрација).[803] То свакако важи и за одређене структуре послова

темељу просудбе конкретно тангираних интереса (v. Gilmore, G.: Security Interests in Personal Property, Little Brown, Boston, 1965, part IV, s. 435-436; Brinkman, M.: o. c., s. 353 i 363; Müller, W.: Das U.S.-amerikanische Leasingrecht nach Art. 2A Uniform Commercial Code, Gabler Verlag, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 1995, s. 21; McCormack, G.:[1] s. 130*;* Tešić, N.:[1] o. c., s. 71-72; Čulinović Herc, H.: o.c., s. 120; Sigman, H.C., Kieninger, E.M.: Introduction, in: Sigman, H.C., Kieninger, E.M. (eds.), Cross-Border Security over Tangibles, Sellier European Law Publishers, München, 2007, s. 36-37; Várady, E.: Secured Transactions and the Leasing Industry – A comparative analysis of the US and Serbian Leasing Industry and Legal Framework, Central European University Budapest, 2009, s. 19; Rakob, J.: Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland: Substitutionsfragen am Beispiel des US-amerikanischen Sicherungsrechtes nach Artikel 9 UCC, Universitätsverlag C. Winter Heidelberg, 2001, s. 89-90; Spiedel, R., Summers, R.S., White, J.J.: Sales und Secured transactions*: teaching materials* (5th ed.), *West Publishing* Co, *1993,* s. 4-7 i 62; White, J.J., Summers, R.S.:[1] *Uniform Commercial Code,* (2d ed.) St Paul, Minn., *West Publishing* Co*, 1980, § 1, s. 1-6 i* § 23-1, s. 902; Lawrence, W.H., Henning, W.H.: Understanding Sales and Leases of Goods, Lexis Nexis Group, 1996, § 1.02, s. 2-3.

[803] Амерички појам права осигурања *security interest* „интерес на особној имовини или припацима који осигурава плаћање или извршење обавеза“ је био садржан у одјељку 1-201 (37) UCC iz 1972.g., а критерији за примјену униформних правила постављени у § 9-102 УЦЦ-а на начин који је остао до данас непромијењен. За ове критерије није било релавантно да ли је трансакција намијењена осигурању, већ да ли је намијењена оснивању *security interest-а* на особној имовини или припацима, као и да ли је споразум о осигурању намијењен осигурању, ако није управљен и на оснивање *сецуриту интерест-а* (в. Peden, J. R.: The Treatment of Equipment Leases as Security Agreements Under the Uniform Commercial Code, 13 Wm. & Mary L. Re 110 (1971), s. 135; White, J.J., Summers, R. S.:[2] Uniform Commercial Code, 5th end, St Paul, Minn., West Group 2000, s. 716. Међутим, под покровитељством NCCUSL1999.г. је извршена и значајнија измјена UCC, као и саме дефиниције *security интереста* из 1972. г., с тим да је иста ступила на снагу тек 1. јула 2001. г. Након тога, ранија дефиниција *security interest*-а из § 1-201 (37) је премјештена у нови § 1-201 (35). Тиме је учињен и један прави заокрет, јер је субјективни стандард намјере странака одређеног посла на који указује још увијек одредба § 9-109 (1) (a) UCC потиснут из америчке праксе, а што је имало свог одраза и на дискутабилно питање разграничења послова леасинга од послова осигурања (в. Duncan, R.F., Lyons, W.H.: The Law and Practice of Secured Transactions: Working with Article 9, Law Journal Seminars Press, 1987,§ 1.04 (2A), s. 1-29; Athanas, J.S., Reckler, C.A., Warren, M.L.: Preventing Economic Harm from the Miscalculation of

оперативног (*true lease*) или финансијског лизинга (*true finance lease*) ако су супротне регулаторним циљевима Article 2A UCC (*Lease of Goods*), односно прерушене у послове осигурања („*lease an intended as security*" или „*security interest finance lease*").[804] Стављање

Risk in Equipment Leases, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 87/2013,s. 412-413; Rakob, J.: o. c., s. 99-100; *Abatemarco, M.J,* Sabino, A.M.: *True Lease Versus Disguised Security Interest: Is the United Trilogy Truly the Last Stand?*, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol. 40, N. 4, Spring 2008, s. 449; Várady, E.: o. c., s. 28; Müller, W.: o. c., s. 18-20; Ihne, R.W.: Seeking a Meaning for "Meaningful Residual Value" and the Reality of "Economic Realities"-An Alternative Roadmap for Distinguishing True Leases from Security Interests, The Business Lawyer, Vol. 62, 2007, s. 1439-1465; V.Lawrence, L., Bradley, H.L.: Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code Third Edition, Volume 4C §§ 2A-101 to 2A-407, *Thomson* West, 2010, § 2A-102:7-8, s. 13.

[804] Свака расправа о прошлости ствара нелагоду за америчку леасинг индустрију, јер су послови леасинга прије усвајања UCC били под кишобраном *bailment*-а (група разноврсних уговора у којим се ствари у бити препуштају другоме на кориштење са или без накнаде), а након тога доспјели у средиште тегобне дискусије о разграничењу с пословима обичног закупа и осигураног закупа *„security lease"*. С обзиром на хетерогене поставке изражене у многим судским одлукама с ранијим позивом на неадекватна правила о продаји из Article 2 (Sales) или правила о пословима осигурања из Article 9 UCC пристигли су већ рано и захтјеви даваоца лизинга да се законски одговори на изразите потешкоће са којим су они били суочени у случају неиспуњења обавеза корисника лизинга (*default*). Иако су обрасци лизинг уговора 70-тих година били знатно различити по свом облику и суштини у пракси, даваоци лизинга су редовито настојали избјећи да они падну у канџе Article 9 UCC. То је ипак често било неизбјежно па се изгубила предвидљивост даваоца лизинга када један чињенични догађај могу са поузданом сигурношћу сматрати финансијским лизингом. Поменути разлози правне несигурности проузроковани нејасноћама судске интерпретације случајева финансијског лизинга, као и њиховог разликовања од послова обичних закупа који су управљани *common law* заповједима или осигураних закупа уређених Article 9 UCC-а су, најзад, приморали и америчког законодавца да 1987.г. усвоји Article 2A UCC са циљем свеобухватне регулације уговорних аспеката различитих послова финансијског лизинга (в. Paglia, L.J.: U.C.C. Article 2A: Distinguishing Between True Leases and Secured Sales, St. John's Law Review, Vol. 63, Iss. 1., 1988, Art. 3, s. 69; Schrot, P.W.: Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States, Uniform Law Review, Vol. 16, Issue 1-2/2011, s. 440; Heermann, P.W.:[1] The Structure of Lessees and Lessors Remedies Regarding Finance Leases of Equipment and Personal Property under United States and German Law, 15 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Re 307, 1993, s. 311; usp.: Contino, R.M.: Complete Equipment-Leasing Handbook: A Deal Maker's Guide with Forms, Checklists, and Worksheets, Amacom, 2002, s. 207-209; Müller, W.: o. c., s. 5; Lawrence, L., Bradley, H.L.: o. c., § 2A-102:1., s. 9; Bayer, R.M.: Personal Property Leasing: Article 2A of the Uniform Commercial Code, The Business Lawyer, Vol. 43, 1988, s. 1491-1493; Heermann, P.W.:[2] Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage

економске суштине неког посла у први план је ништа мањи повод да се осим послова пријеноса права власништва и уступања потраживања у сврху осигурања, јединствена схема правила о оснивању, приоритету и извршењу права осигурања из Articla 9 UCC примјене са присутном рекарактеризацијом пуног права повјериоца у ограничено стварно право (*security interest*) и на послове леасинга, комисиона или продаје са задржавањем власништва.[805] Од овог приступа се битно удаљавају европски регулативни концепти, са окошталим ставом о успостављању једне јасне линије разграничења између осигурања *lata sensu* и осигурања *stricto sensu,* као што су послови лизинга, комисиона и продаје са задржавањем права власништва. Међутим, за њих присутно разликовање између кредита који се одобрава купцу од стране продавца и зајмодавца у сврху финансирања набавке је неријетко озбиљан проблем, а све због изостанка и одговарајућег модела постизања функционалне еквиваленције између различитих облика осигурања.[806] За те потребе њима се ипак

---

deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen *Mohr Siebeck*, 1998, s. 40; Lawrence, F.F. II.: Article 2A—Leases, The Business Lawyer, Vol. 44, 1989, s. 1501-1503). Иако је био стављен на усвајање савезни државама потпуно нов законски оквир, не треба заборавити да су многе одредбе Article 2 UCC посуђене у Article 2A, јер су послови лизинга, по свом духу и облику, били најближи пословима продаје (в. Heermann, P.W.:[1] o. c., s. 312-313; Bayer, R.M.: o. c., s. 1493-1494). Окосницу детерминације подручја примјена Article 2A UCC-а представља дефиниција закупа (*lease*) под којим се подразумијева временски ограничен пријенос права на посједовање и кориштење добра (*goods*), укључујући и припатке уз одређену накнаду (v. § 2A-103 (1) (h) i (j) UCC). Из овог одређења се чини да је подручје примјене Articla 2A UCC-а преширoко постављено. Међутим, даљња анализа открива супротно, дефиницијом закупа čç није обухваћена продаја (§ 2-106 (1) UCC), нити задржавање или оснивање „*security interest-a (v.* § 9-102 i 1-201 (37) UCC) Полазећи од овог ограничења, Article 2A UCC-а налази примјену на послове оперативног лизинга или правог закупа (*true lease*), индиректног или правог финансијског лизинга (*true finance lease*) и потрошачког лизинга (*consumer lease*), док су изузети од тога послови леасинга из прве двије категорије ако економски по својој суштини испуњавају осигуравајућу сврху, јер се тада ради о *security interest-у* који је подвргнут примјени Article 9 UCC-а. Овај амерички приступ у којем поменути послови леасинга могу доћи под удар примјене Article 2, 2A i 9 UCC-ŕ ĽÍ číňÍďĺńŕíňŕí č ďî ňîěÍ řňî ňî ďîâěŕ÷č не тако безначајне правне посљедице у односима између самих странака и према трећим лицима.

[805] Bazinas, S.:[3] Law Applicable to Security Rights in Movable Assets under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Banking & Financial Services Policy Report, Vol. 30, n. 6 /2011, s. 7.

[806] Водич пар. 74, с. 336.

великодушно данас ставља у изглед и референтна упоредна осигуравајућа пракса из Законодавног Водича о правним пословима осигурања (*Legislative Guide on Secured Transactions*, скраћено: Водич) који је усвојен 2007.г под покровитељством Комисије УН за међународно пословно право (*The United Nations Commission on International Trade Law*-UNCITRAL).[807] Овај међународни инструмент „soft law"у својим препорукама инсистира од почетка на усвајању унитарног америчког приступа (опцију А),[808] који познаје само једно право осигурања и који суперприоритетом снабдијева само аквизициона права финансирања.[809] И поред тога, он је отворен и према европским правним уређењима, јер им ставља на диспозицију и супротне препоруке о разради неунитарног приступа (опција Б). У овом моделу уређења аквизиционих средстава финансирања (*acquisition finance devices*) је иначе присутно разграничење између права осигурања новчаних повјериоца код финансирања набавке дужникових ствари или инвентара и оних права аквизиционих осигурања која прискрбују себи даваоци леасинга или продавци у пословима који носе традиционалну ознаку задржавања права власништва.[810] При томе, рекарактеризација пуног права даваоца леасинга или продаваца у ограничено стварно право на предметима осигурања је искључена насупрот унитарном моделу, иако је наглашено да за све групе финансијера требају важити иста правила у погледу оснивања, приоритета и извршења аквизиционог права осигурања.[811] У неунитарном приступу, као и унитарном приступу, оснивање аквизиционог права осигурања даваоца леасинга је изједначено са поступком оснивања других права осигурања. Споразум о оснивању аквизиционог права

---

[807] Комисија UNCITRAL-а је на 34. засједању одржаном 2001.г. формирала радну групу којој је био повјерен задатак да изради модеран и учинковит режим за послове осигурања у форми Законодавног водича. Препоруке израђеног Водича су одобрене на 39. сједници одржаној 2006.г., али је он у цјелини гледано усвојен тек на настављеној 40-тој сједници Комисије UNCITRAL-а која је одржана 14. децембра 2007.г.

[808] Водич, препорука 178.

[809] Водич, пар. 75, с. 336-337.

[810] Водич, препорука 187.

[811] Водич, препорука 188; Garro, A.M.:[2] The Creation of a Security Right and its Extension to Acquisition Financing Devices, Uniform Law Review, vol. 15, Issue 2/2010, с. 388-389.

осигурања даваоца леасинга је учинковит под претпоставком да је закључен у писменом облику прије него што је корисник леасинга стекао посјед на предмету леасингу.[812] Међутим, да би право даваоца леасинга апсолутно дјеловало према трећим лицима (*perfection*), нужно је извршити и његову регистрацију у општем регистру осигурања или специјалном регистру за поједине врсте предмета осигурања.[813] Од овог правила ипак постоји и један значајан изузетак код финансирања потрошачких добара. Тада право даваоца леасинга дјелују према трећим лицима и без регистрације. Овај изузетак међутим, не треба схватити и дословно, јер нерегистрирани даваоци леасинга остају без приоритета у сукобу са повјериоцима и неаквизиционих права осигурања на потрошачким добрима, ако их они упишу у специјално за те сврхе основаним регистрима.[814] И поред тога, важно је разумијети да су потрошачи у свим другим случајевима ослобођени од провјере регистра прије стјецања одређених права на потрошачким добрима.[815]

Као што је претходно речено, државе које усвоје неунитарни приступ на аквизиционе послове финансирања, потребно је да дизајнирају такав режим у којем ће постојати функционална еквиваленција између права даваоца леасинга и продаваца који задржавају право власништва с једне стране, те права аквизиционих осигураних повјерилаца с друге стране. За те сврхе на продавце са задржавањем права власништва и даваоце леасинге, оне могу усвојити модел уређења који је већ доступан аквизиционим осигураним повјериоцима,[816] или на аквизициона права осигурања усвојити модел који је већ доступан повјериоцима који задржавају право власништва.[817] С обзиром да је комплицирано осмислити скуп правила која би зајмодавце третирао власницима, Водич и преферира усвајање првог модела с

[812] Водич, препорука 189.

[813] Водич, препоруку 32, 37 и 38.

[814] Водич, препоруку 179 и 181.

[815] Ratio овог правила је првенствено руковођен потребом да се олакша промет на добрима широке потрошње (в. Bazinas, S. V.:[4] Acquisition Financing under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Uniform Law Revew, vol. 16, Issue 1-2/2011, с. 489.

[816] Ibidem.

[817] Водич, пар. 81, с. 338.

циљем постизања функционалне еквиваленције.[818] То надаље значи да се пуно право продаваца са задржавањем права власништва и даваоца леасинга у оквиру неунитарног модела не игнорише ни изблиза, као што је то случај у унитарном моделу.[819] Осим тога, примјетно је да овај двоструки приступ третирања аквизиционих средстава финансирања усваја и пројекат израде Европског грађанског законика (*Draft Common Frame of Reference*, скраћено: DCFR) у својој књизи IX „*Proprietary security rights in movable assets*", на средства задржавања права власништва, тј. на продавце из уговора о продаји са задржавањем права власништва, закуподавце из уговора о закуп-куповини, даваоце леасинга из уговора о финансијском леасингу и добављаче из уговора о консигнацији у осигуравајуће сврхе.[820] С друге стране, специфичност регулације DCFR-а у поређењу са европским (националним) леасинг прописима ипак настаје и у књизи IV, поглавље Б (*Leases of Goods*) гдје се третирају уговорни аспекти финансијског леасинга. Како су одредбе типичне за закуп проширене и на финансијски леасинг,[821] то ствара снажан дојам да је усвојени метод регулације остао и даље недовољно прилагођен специфичностима триангуларног односа у пословима финансијског леасинга.

Широк распон понуђених могућности у Водичу је ништа мањи повод и за изношење одређених критика на његов рачун. Тако се истиче да је разрадом неунитарног приступа у Водичу са прећутном сагласношћу да државе оптирају за двоструко третирање послова у којима се задржава право власништва, отворен један сувишан простор и за конфронтацију појединих сегмената унутар овако одабраног и дизајнираног система мобилијарних осигурања.[822] Међутим, изнесену критику треба држати и са једном значајном резервом, јер она долази од заговорника унитарног (америчког) модела. Модел Article 9 UCC данас многи покушавају копирати, што потврђује његову вриједност, али то вуче за собом и мноштво ризика, јер аутори који

---

[818] Водич пар. 82, с. 338-339.

[819] Brinkman, M.: о. с., с. 430.

[820] IX.- 1: 103-104 DCFR.

[821] IX.- 1:101 (4) DCFR.

[822] Raymond, A.H.: Cross Border Secured Transactions: Ongoing Issues and Some Possible Solutions, Elon Law Review Vol. 2, Issue 1 87-107/2011, с. 100.

долазе из других држава дивећи се умјетности оргиналног приступа тешко проналазе пут након одбацивања традиционалних концепата сликарства да сачувају своју правну традицију и минималну супстанцу домицилног (националног) система мобилијарног осигурања.[823] Иако је прошло више од пола стољећа након усвајања UCC-а, још увијек се, по већини правних теоретичара осјећа снажан утјецај и опћа прихватљивост модела „фундаменталног и концептуалног звука“[824] у инструментима његове језгре и филозофије „*substance over form*“.[825] За неке ауторе домаћих успјех UCC-а у смислу правног уједињења трговачког права у САД-а је био јасан позив за сличним уједињењем и на међународној разини кроз стварање тзв. „Међународног јединственог трговачког законика.“[826] Иако ова предвиђања звуче „пророчански“ и тешко остварљивим у скоријој будућности, то ипак није спријечило и процесе његовог вирусног ширења.[827] Идеје

---

[823] Не треба тежити ка томе да се изгради концептуални оквир коме би се дивили филозофи, него олакшати кредитну доступност у реалном свијету. Аутори ових закона, као што нам то говори *Gilmore* требају настојати да прецизно утврде стварни свијет праксе, а не да он буде изворан (в. Sigman, H.C.:[1] The Case for Worldwide Reform of the Law Governing Secured Transactions in Movable Property, in: Ziegel, J.S., Shalom, L (eds.), New Developments in International Commercial and Consumer Law Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Hart Publishing Oxford, England, 1998, c. 229).

[824] Davies, W.: Romalpa thirty years on – still an enigma? Hertfordshire Law Journal, vol. 4, no. 2/2006, c. 15.

[825] Аутори Article 9 UCC виде своје дјело као модел за реформе и усклађивање закона у државама САД-а. Ипак, концептуални приступ регулације садржан у Article 9 UCC-а се гледа према већем броју реформатора као основа за модернизацију националних закона и у системима изван САД-а (в. Cuming, R.C.C.:[4] Modernizing the Secured Financing and Lease Financing Laws of Developing Nations, with Particular Focus on the West Bank and Gaza, in: Ziegel, J.S., Shalom, L (eds.), New Developments in International Commercial and Consumer Law Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Hart Publishing Oxford, England, 1998, s. 193; Sigman, H.C., Kieninger, E.M.:[1] o. c., s. 36 i 44).

[826] Boss, A.H.: The Future of the Uniform Commercial Code Process in an Increasingly International World, *Ohio State Law Journal,*Vol. 68:349, 2007, c. 349-352.

[827] Ово је трећа ознака која се често поред хармонизације и трансплантације користи у научним радовима за промовисање размјене идеја (v. Macdonald, R.A.: “Three Metaphors of Norm Migration in International Context” Brook. J. Int'l L., Vol. 34:3/2009, c. 603).

функционализма и *notice filing-а*[828] су прокрчили свој пут у законским текстовима држава које припадају различитим правним културама,[829] али снажно утицале и на Европску банку за обнову и развој (*The European Bank for Reconstruction and Development*, скраћено: *EBRD*) у изради њеног Модела закона о пословима осигурања (*Model Law on Secured Transactions, скраћено: Модел закон*) из 1994.г.,[830] затим UNIDROIT у изради Конвенције о

---

[828] Bridge, M., Macdonald, R.M., Simmonds R.L., Walsh C.: Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions, 44 McGill L.J., 1999, s. 570; *Cuming,* R.C.C.:[2] "The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny", in Cranston, R (ed.), Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode, Clarendon Press, Oxford, 1997, s. 501.

[829] Први показатељи могућег међународног утјецаја су дошли с одлуком неколико канадских *цоммон лаw* провинција да усвоје нови систем осигурања финансирања по узору на модел Article 9 UCC-а (в. Cuming, R.C.C.:[4] о. с., s. 193).

[830] EBRD након што је основана 1991.г., узела је на себе, уз финансирање од стране јапанске владе, израду једног модел закона о пословима осигурања. За те сврхе је била формирана и посебна радна скупина на чијем челу се налазио њемачки одвјетник *Jan Hendrik Röver* и енглески одвјетник *John L. Simpson*. У овом подухвату значајну подршку је дао и савјетодавни одбор од 20 еминентних стручњака из 15 различитих држава (в. Nussbaumer, M., Dahan, F.: Promoting Legal Reform in Eastern Europe: The EBRD approach, in: Jessel-Holst, C, Kulms, R, Trunk, A (ed.), Private Law in Eastern Europe, Autonomous Developments or Legal Transplants? Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 50), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 22; Dahan, F.: McCormack, G.: International influences and the Polish law on secured transactions : Harmonisation, unification or what? Uniform Law Review, Vol. VII, 3/2002, s. 720-721; usp.: Röver, J.H.:[1] о. с., s. 54-56; Garro, A.M.:[1] Harmonization of Personal Property Security law, Uniform Law Review, Vol. VIII, Issue 1-2/2003, s. 365; Buxbaum, H.L.: Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform, Re dr. unif. 2003-1/2, s. 332-333; Goode, R.:[6] Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional, vol. VIII, No. 1/2, *2003*, s. 342). Након опсеженог рада EBRD је објавио 1994.г. Модел закон 1994.г., а затим 1997.г. и девет Водећих начела за развој регистра залога (*Guiding Principles for the Development of a Charges Registry*), којим се наглашава публицитет беспосједовних осигурања, те регистрација кроз једноставан и јавности доступан електронски регистар. Модел закон EBRD-а одступа од традиционалних европских регулативних концепата и слиједи у великој мјери Article 9 UCC (в. Röver, J.H.:[2] The EBRD's Model Law on Secured Transactions and its Implications for an UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Uniform Law Review, vol. 15, Issue 2/2010, s. 482; Mäntysaari, P.:[2] The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law, Volume II: Contracts in General, Springer, 2009, s. 338). Наслањајући се на право осигурања из Article 9 UCC-а одлучује се за „*lien theory*" и ускраћује пуном праву дејство осигурања (v. Rott, T.: Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten Möglichkeiten und Grenzen im Kollisions,

уступању потраживања у међународној трговини (*Convention on the Assignment of Receivables in International Trade)* из 2001. г.,[831] као и на Међународни институт за уједначавање приватног права са сједиштем у Риму (*International Institute for the Unification of Private Law*, скраћено: UNIDROIT) у изради Кејптаун Конвенције о међународним осигурањима на покретној опреми (*Convention on International Interests in Mobile Equipment*) из 2001. г.[832]Амерички

Europa-, Sach-und Vollstreckungsrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Systems der Kreditsicherheiten, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, s. 94). За овај пројекат се тврди да је утицао и на доношење модерних закона о пословима осигурања у државама средње и источне Европе, као што су Пољска, Словачка и Мађарска итд (в. Röver, J.H.:[2]o. c., s. 485-487). Иако Модел закон EBRD-а није примарно управљен ка уједначавању права на цијелом европском простору, ово дејство му се може у најмању руку приписати посредно (в. Rott, T.: o. c., s. 92-93; usp.: Garro, A. M.:[1]o. c., s. 361; Röver, J.H.:[1] o. c., s. 61-62; Nussbaumer, M., Dahan, F.: o. c., s. 21;). Реформски процеси који су се одиграли у државама Средње и Источне Европе били су концептуално различити да је довољно узети за примјер само Пољску у којој је доношењем Закона о регистрованој залози и регистру залоге 1996.г. (ступио на снагу 1.1.1998.г.) успостављен такав хибридни систем који се заснива на комбинацији елемената предкомунистичког уређења, донекле обогаћеног појмовима из англоамеричке праксе (в. Dahan, F.: McCormack, G.: o. c., s. 716).

[831] Под окриљем UNCITRAL-а донесена је 2001.г. Конвенција о уступању потраживања у међународној трговини која се бави аспектима уступања међународних потраживања и међународног уступања потраживања. У чл. 45. Конвенције је предвиђено да она ступа на снагу након истека шест мјесеци од дана полагања пете исправе о ратификацији, прихвату, одобрењу или приступу код депозитара. До 10.3.2016.г. Конвенцију су потписале Либерија (и ратифицирала), Луксембург, Мадагаскар и САД (в. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables_status.html). И поред тога, мале су шансе да она ступи на снагу у скорије вријеме (в. Bazinas, S. V.:[2]*An International Legal Regime for Receivables Financing: UNCITRAL's contribution*, Duke Journal of Comparative & *International* Law, Vol. 8/1998, s. 315-327.

[832] Након готово десетљећа студиозног рада у оквиру UNIDROIT-а, на дипломатској конференцији одржаној 16.11.2001. г. у Кејптауну (*Cape Town*) усвојена је Конвенција о међународним осигурањима на покретној опреми (*Convention on International Interests in Mobile Equipment*) и Протокол о авионима (*Aircraft Equipment Protocol*). За ступање на снагу Конвенције било је ипак нужно сачекати да ступи на снагу и један од релевантних протокола (в. čl. 49 (1) Konvencije). То се напокон десило 1.3.2006.г, када је ступио на снагу Протокол о авионима. До 10.3.2016.г. Конвенцију је ратифицирало 59 држава (в. http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-convention.pdf.), а Протокол о авионима 53 државе (в. http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-aircraftprotocol.pdf).Овај дугоочекивани тренутак је битно ублажен са накнадно пристиглом подршком коју она данас ужива у већини индустријских

развијених држава, укључујући и ЕУ (Sl. N. EU, br. L/121, s. 25). Међутим, тешко је прогнозирати какав ће бити њен исход у односу на друге категорије опреме, с обзиром да се још увијек на чекању налази усвојени Протокол о опреми за жељезнички превоз (*Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock*) из Луксембурга од 23.2.2007. г. и Протокол о сателима (*Space Protocol*) из Берлину од 09.03.2012.г.. За разлику од Конвенције из Отаwe, Конвенција из Кејптауна је управљена на хармонизацију материјалних правила у подручју послова осигурања, како би се олакшало financирање и леасинг покретне опреме, те трансфер технологије, која доноси значајне економске користи свим државама, а нарочито оним у развоју (в**.** Goode, R.:[5] Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol on Matters Specific to Railway Rolling Stock, Rome, UNIDROIT, 2008, Rn. 2.1, s. 10;Vilus, J.:[2] Кејптаун конвенција о међународним осигурањима на покретној опреми, Правни живот, бр. 11/2011, с. 280-281). Овим инструментом „*hard law*" се успоставља свеобухватна схема за успоставу међународног стварноправног осигурања на опреми умјесто правила за признавање права осигурања основаних на темељу постојећих националних права (в. Buxbaum, H. L.: o. c., s. 330-331.).Осим правила о оснивању права осигурања, Конвенцијом се успостављају и јасна правила о приоритету између повјерилаца, као и електронски вођен међународни регистар. При томе, она слиједи контуре Articla 9 UCC-а, али са једном важном разликом: не признаје постојање и само једног права осигурања какво је *security interest* (v. Leduc, A.: De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ? Université de Montréal, 2011, s. 154). Затим, највеће достигнуће Конвенције се може представити и у односу њених одредби са релвантним одредбама појединих протокола (в. Goode, R.:[4] The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment : a Driving Force for International Asset-Based Financing, Uniform Law Review, 2002-1, c. 7; Akseli, N.O.: International Secured Transactions Law: Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments, London, Routledge, 2011, s. 14.). Како Конвенција налази примјену на ону државу која ратифицира и одговарајуће протоколе, тим постаје од почетка упитном и њена самосталност (в. Sundahl, M. J.:[2] The Cape Town Approach: A New Method of Making International Law, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 44/2006, c. 358-359; усп.: Honnebier, B.P.: The Convention of Cape Town on International Interests in Mobile Equipment: The Solution of Specific European Property Law Problems 10 European Review of Private Law, 3/2002, s. 380-381.). Од овог је ипак много важније разумјети да одредбе Конвенције налазе примјену све док не буду измијењене и релевантним протоколима, јер тада они имају предност (в. чл. 6. Конвенције). Овај приступ, двојног инструмента, на којим почива Конвенција, осигурава висок степен уједначености између три одвојена режима правила уз истовремену еластичност да се одређена правила прилагоде и специфичним захтјевима различитих индустрија (в. Sundahl, M. J.:[2] o. c., s. 359). Док је Конвенција са овим методом регулације постала јединствен примјер у хисторији трансанционалног приватног права (в. **Goode, R.:[5]o. c., s. 1.), дотле је она од** неких еуропских аутора виђена и успјешним моделом за успоставу еуропског права осигурања „ESR" (в. *Kieninger, E.M.:[1]o. c., c.*123-124).

модел је своје плодно тло нашао и у неким *common law* уређењима, нпр. Новом Зеланду, и Аустралији, па чак и у Квебеку који припада француској грађанскоправној традицији.[833] Осим тога, он је издашно утицао и на израду Модел закона о пословима осигурања (*Model Inter-American Law on Secured Transactions*) Организације Америчких држава (Organization of American States, скраћено: OAS) из 2002. г.[834] Међутим, неки аутори сматрају да је „изостанак

---

[833] Dahan, F., McCormack, G.: o. c., s. 715-716; Bridge, M., Macdonald, R.M., Simmonds R.L., Walsh C.: o. c., s. 569-570; *Kieninger,*E.*M.:[1]o. c., s.*126; Röver, J.H.:[1] o. c., s. 44 (fn. 101); Raymond, A.H.: o. c., s. 99; Veneziano, A.:[1] A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditor's Enforcement Rights, Juridica International, University of Tartu-Estonia, XIV/2008, s. 90-91; Beale, H.:[2] Secured Transactions, Juridica International, University of Tartu-Estonia, XIV/2008, s. 97-98.

[834] Опћа скупштина Организације америчких држава (OAC) је 1996.г. сазвала шесту Интер-Америчку конференцију о међународном приватном праву (CIDIP-VI), чији је дневни ред укључивао модернизацију закона о пословима осигурања. Пројект израде модела закона је еволуирао изван Националног Правног Центра за Интер-Америчку слободну трговину успјешном иницијативом за реформу мексичког закона о осигурању кредита. Основни мотиви за израду овог модел закона су били руковођени потребом снажнијег економског раста у Средњој и Јужној Америци, стварањем тзв. „регионалног тржишта кредита западне хемисфере". На завршетку пленарне конференције CIDIP-VI, одржане у фебруару 2002.г., модел закон је одобрен и достављен на усвајање OAC државама чланицама (в. Wilson, J.M.: Secured Financing in Latin America: Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol. 33 : 43 /2000, c. 61-65; Buxbaum, H.L.: o. c., s. 333; Burman, H.S.: The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law, *Uniform Law Review*, vol. VIII, No. 1/2, *2003,* s. 347-348). Модел закон QAS усваја алтернативни приступ: јединствени регистар и систем приоритета. Тако државе могу задржати условну продају или задржавање права власништва, и све друге традиционалне технике финансирања, с тим да сва средства осигурања морају бити уписана на исти начин, на истом мјесту и уз поштовање принципа *prior tempore potior iure,* осим у случају кад закон одређује нешто друго. Овај приступ на којем почива Модел QAS одражава начелно стајалиште да елиминисање правних фигура са дугогодишњом традицијом, као што су залог, закуп, условна продаја, није могуће спровести без озбиљнијих потешкоћа у пракси (в. Wilson, J. M.: o. c., s. 65-69; Raymond, A.H.: o. c., s. 99).Неки аутори сматрају да је извор инспирације у изради OAS Модела био и Модел закон EBRD-а. Иако се одузима овакав допринос Модел закону EBRD-а, успоредна анализа открива да начела и правила у ова два модела показују више додирних тачака, него разлика. Већина од 72 члана OAS Модел закона слиједи линију исте политике надахнуте израдом и 35 одредби Модел закона EBRD-а. Међутим, између ова два текста постоје и неке значајне разлике. Модел закон EBRD-а разликује три врсте права осигурања - регистрирано право осигурања (*rigistered charge*), право осигурања

жељеног успјеха OAS Модел закона потврдио дугогодишње сумње да трансплантација није исправан пут и за креирање идеалног пословног окружења у домаћим условима“.[835] И поред наведених примјера, још увијек постоје снажни отпори ка усвајању унитарног модела којег пропагира Article 9 UCC. Они највећим дијелом долазе од држава које припадају еуропскоконтиненталној правној традицији, али ништа мањег интензитета нису и у неким државама *common law* традиције. То најбоље показује примјер Енглеске у којој заговорници америчког модела нису успјели ни до данас промијенити формалистички став енглеског законодавца о уређењу материје мобилијарног права осигурања.[836] Осим тога, Model Article 9 UCC није поштеђен од одређених критика и у својој колијевци. Све су гласнији амерички подузетници, али и адвокати у изношењу оцјена да је UCC неразумљив, као и да његова недавна „брушења“ нису успјела задржати корак с временом.[837] Они сматрају да је ера „романтизама“[838] започета кодификацијом трговачког права у САД-у досегла свој врхунац и да је неопходно да услиједи рекодификација појединих структура UCC-а, јер су постале гломазне, инертне и међусобно супростављене. Тиме се потврдио и „*паундовски рационализам*“ с краја 60-тих година прошлог вијека и за то вријеме изнесена изјава: „Покушаји да се од сваког пословног човјека, банкара и произвођача начини адвокат у малом и за сопствене потребе, само могу изазвати забуну и довести до потешкоћа које ће бити несразмјерно велике у односу на евентуално добре резултате који су замишљени“.[839] Из европске перпспективе надолазећа аргументација против усвајања унитарног модела је сасвим другачија, јер је заснована на досљедном поштивању правне традиције, а што најзад потврђује и

ненамиреног продавца (*unpaid vendor's charge*) и посједовно право осигурања (*possessory charge*), док OAS Модел закон разликује само посједовна и безпосједовна права осигурања (в. Garro, A.M.:[1] o. c., s. 366).

[835] Предности OAS Модел су највећим дијелом искористиле стране мултинационалне компанија у Латинској Америци (в. McCormack, G.:[2] American Private Law Writ Large?: The UNCITRAL Secured Transactions Guide, International and Comparative Law Quarterly, 60, 2011, c. 603).

[836] Davies, W.: o. c., c. 15.

[837] Davies, W.: o. c., c. 17

[838] White, J.J., Summers, R.S.:[1] o. c., § 6, c. 20.

[839] Pound, R.: o. c., s. 386.

од ње јасно отпослата порука да су знатно већи изгледи за успјешном хармонизацијом мобилијарног права осигурања ако се пажња од почетка усмјери ка разради неунитарног модела.

1. Позадина утицаја Article 9 UCC на систем моблијарних осигурања у БиХ

Модеран концепт развоја приватноправних односа у БиХ започиње са аустроугарском анексијом на темељу чл. 25. Берлинског уговора.[840] Осим рудиментарног и фрагментарног уређења појединих аспеката грађанског права у османском периоду неспорно је да су правноцивилизацијске тековине грађанско правног уређења у БиХ изграђиване и дограђиване на темељима аустријског права, нарочито Општег грађанског законика (*Österreichische Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, скраћено: ABGB; OGZ).[841] Изнесену оцјену не умањује ни период у којем је такав утицај био дјелимично обеснажен доношењем „Закона о неважности правних прописа донесених прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације“.[842] На основу чл. 4. поменутог прописа сви затечени прописи су наставили и даље своју примјену на оне односе који нису, а требали су бити уређени, и то под условом да нису били у супротности са начелима уставног поретка тадашње Федеративне Народне Републике Југославије (ФНРЈ).[843] Након овог пријелазног периода, у СР БиХ започиње

[840] На сам дан потписивања уговора, 13. 7. 1878.г., османски делегати су послије упорног инсистирања, успјели да од аустроугарских представника добију писмену изјаву да “суверена права“ Султана на покрајину БиХ неће претрпјети никакве повреде фактом окупације и да ће се она сматрати привременом (в. Имамовић, М.: Хисторија Бошњака, Препород, Сарајево, 1997, с. 348.)

[841] V. Povlakić, M.:[3] Property Law in Bosina and Herzegovina, in: Jessel-Holst, C, Kulms, R, Trunk, A (ed.), Private Law in Eastern Europe, Autonomous Developments or Legal Transplants? Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 50), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010,s. 210.

[842] “Службени лист ФНРЈ“, бр. 86 од 25. октобра 1946. г.

[843] У вријеме настанка Државе Срба Хрвата и Словенаца 1918. г., постојао је изразити партикуларизам у готово свим областима права. На територији Србије (и данашње Македоније), примјењиван је Српски грађански законик из 1844. г.; у Црној Гори је важио Општи имовински законик за књажевину Црну Гору из 1888. г.; у Словенији и Далмацији примјењиван је OGZ са тзв. ратним новелама из 1914, 1915. и 1916. г.; у Хрватској (без Далмације) и

друга етапа грађанскоправног развоја коју карактерише једна сасвим другачија оријентација - супституција приватноправних односа концептом друштвеног власништва и планске економије - инспирисана иделогијом социјализма.[844] Ова фаза је трајала све до

Славонији у примјени је био неновелирани OGZ; у БиХ је у области облигационог и стварног права примјењиван такође OGZ, док су у домену породичног и насљедног права за кршћане важили црквени канони и обичајна правила, а за муслимане - шеријатско право (о томе шире: Гавела, Н.:[2] Грађанско право у Хрватској и припадност правног поредка континенталноеуропском правном кругу, у: Гавелла, Н., Алинчић, М., Кларић, П., Сајко, К., Тумбри, Т., Стипковић, З., Јосиповић, Т., Глиха, И., Матановац, Р., Ернст, Х.: Теоријске основе грађанског права - Грађанско право и припадност хрватског правног поретка континенталноеуропском правном кругу (ур. Гавела, Н.), Правни Факултет Свеучилишта у Загребу, 2005, с. 42-43; Николић, Д.: Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе, Будимпештански симпозијум-допринос реформи стварног права на простору Југоисточне Европе, *Edition Temmen, 2002, с.* 204-205; усп.: Спаић, В.: Грађанско право-општи дио и стварно право, Правни факултет у Сарајеву, 1971, с. 69-75; Josipović, T.:[2] Property Law Reform in Croatia, in: Jessel-Holst, C, Kulms, R, Trunk, A (ed.), Private Law in Eastern Europe, Autonomous Developments or Legal Transplants? Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 50), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 172-173; Кларић, П., Ведриш, М.: Грађанско право, Народне новине, Загреб, 2009, с. 19-20; Попов, Д.: Грађанско право, шесто издање, Нови Сад, 2009, с. 42-50; Станковић, О., Водинелић. В.: Увод у грађанско право, Номос, Београд, 1996, 29-31; Повлакић, М.:[3] о. ц., с. 210-211; Бабић, И.:[3] Грађанско право, Књига 1., Увод у грађанско право, Правни факултет у Бања Луци, 2011, с. 48-49).

[844] Неки аутори сматрају да је мисао о кодификацији материје из области грађанског права била зачета већ са доношењем „Закона о неважности...“ (в. Ведриш, М.: Уводне одредбе Закона о основним власничко-правним односима, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1-2, Загреб, 1981, с. 5.) Иако је одређени степен подршке уживао пројекат израде јединственог грађанског законика 30-тих година прошлог вијека, од почетка је ипак постало јасно да се материја грађанског права може успјешно само парцијално уредити (в. Гавелла, Н.:[2] о. с., с. 44-49). То показује да је након почетног успјеха и доношења Закона о насљеђивању СФРЈ („Сл. л. *СФРЈ“,* бр. 20/55. од 11. 05. 1955. ступање на снагу: 12.07.1955.г.) који је био готово па пресликан у каснији Закон о насљеђивању СРБИХ (Сл. л. СР БиХ, бр. 7/80. и 15/80), требало сачекати и више од двије деценије пажљивог мукотрпног рада да се, осим уговорне кодификације из 1978.г., то деси и у области стварног права - Закон о основним својинскоправним односима од 18.2.1980.г („СИ. л. СФРЈ“, бр. 6/1980.). И поред успјеха ових кодификаторских подухвата, бројна питања су ипак остала неријешеним у пракси. Из тих разлога, продужен је и живот чл. 4 „Закона о неважности ..“ У недостатку правила ЗОО (1978) на уговор о поклону, посудби и ортаклуку су могла бити примијењена само правила из OGZ-а (то стање још траје). Исти случај је био и са нерегулараним питањима у области стварног права (о томе: Повлакић, М.:[3] о. с., с. 212-213; усп.: Гавела, Н.:[2] о. ц., с. 58 и даље;

дисолуције Југославије, када је започет један опсежан процес трансформације материје грађанског права и напуштања тековина некадашњег социјалистичког уређења.[845] Стартне позиције новонасталих држава су ипак биле различите, тако да су неке (нпр. Р. Словенија и Р. Хрватска),[846] успјешно завршиле овај процес и данас су чланице ЕУ, док у другим које су на том путу (нпр. БиХ, Р. Србија и сл.) реформски процеси још трају или су окончани на такав начин да нису резултирали стварањем и учинковитог система грађанског права. Са највећим потешкоћама у овом процесу се ипак суочила БиХ, јер су ратна дешавања резултирала успостављањем сложене уставне структуре у којој су реформске патње изградње система грађанског права постале највећим дијелом овисне о међународним утицајима, а тек у мањем обиму ослоњене на домаћу правну струку.[847]У реформисању појединих сегмената грађанског права значајну подршку су пружиле и различите међународне организације, као што су Америчка агенција за међународни развој (*United States Agency for International Development,* USAID), Њемачка заклада за међународну правну сурадњу (*Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, IRZ*), Њемачка организација за техничку сарадњу (*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit* – GTZ, која дјелује сада у оквиру Њемачке фондације за међународну правну сарадњу, *Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit* - GIZ), Америчка адвокатска комора (*American Bar Association,* ABA-CELLI*), итд.* Међутим, да су поједини реформски пројекти данас постали могући и без неке значајније стручне подршке поменутих организација, то најбоље илуструју усвојени Закони о стварним правима у РС и ФБиХ (скраћено: ЗСП РС/ФБиХ) којим се област стварног права уређује на један конзистентан начин у оба ентитета

Попов, Д.: о. с., с. 50-52; Станковић, О., Водинелић, В.: о. ц., с. 31-34; Бабић, И.:[3] о. ц., 49-51.)

[845] Повлакић, М.:[3] о. ц., с. 220-221.

[846] Јосиповић, Т.:[2] с. 174-180.

[847] Устав БиХ је саставни дио (Anex IV) Дејтонског мировног споразум, који је парафиран 21. новембра 1995.г. у америчком граду Дејтону, а потписан 14. децембра 1995. г. у Паризу. У складу са Анексом IVДејтонског мировног споразум, БиХ је одређена као сложена држава у којој постоје два ентитета - ФБиХ и РС. Након одлуке Међународног арбитражног суда која је донесена 8.4.2000.г. успостављен је и Дистрикт Брчко као посебна административна јединица локалне самоуправе под суверенитетом БиХ.

БиХ.[848] Иако је ЗСП РС усвојен 27.12.2008.г., а његова примјена отпочела тек 1.1.2010.г.,[849] у ФБиХ са незнатним одступањима је усвојен истомени пропис тек 28.8.2013.г. С обзиром да је примјена ЗСП ФБиХ била одгођена за шест мјесеци,[850] од 5.3.2014.г. је званично престао важити и Закон о основним власничко-правним односима из 1998.г. (скраћено: ЗОВО ФБиХ).[851] Осим ЗСП ФБиХ/РС који је ослоњен на ЗВСП РХ, а овај израђен по узору на рјешења аустријског стварног права,[852] не треба заборавити ни Дистрикт Брчко у којем је још увијек на снази Закон о власништву и другим стварним правима из 2001.г.[853] И поред овог успјешног примјера стварноправне регулације, враћање у не тако далеку прошлост обиљежену спољним утицајима на поједине реформске процесе ипак намеће оправданим и питање: којој правној традицији припада данашњи систем грађанскоправног уређења у БиХ? И одговор да припада европскоконтиненталном није погрешан, али се као такав без једне суштински значајне корекције не може држати ни апсолутно тачним. Са увођењем мобилијарних права осигурања знатно се промијенила представа о ранијем доминантном утицају аустријског права. Међутим, нужно је пружити и једно знатно шире објашњење о околностима под којим се овај процес одиграо у државама некадашњег социјалистичког правног круга. Налазећи се пред изазовом реформисања социјалистичког система кредитирања и права осигурања у којем су осигурања беспосједовног типа била права непознаница, неке државе су остале вјерне аустријској правној традицији, док су друге модел уређења подредиле вањским утицајима. Са сличним процесом прилагођавања се данас суочавају и неке европске државе, иако имају богато развијену пракса тржишног привређивања, јер су се реформатори и у њима код

[848] Сл. гл. РС“ бр. 124/08; и „Сл. нов. ФБиХ“, бр. 66/13.

[849] У чл. 357. ЗСП РС је било предвиђено да ће он ступити на снагу 1.1.2009. Како нису биле створене нужне претпоставке за његову примјену, законодавац је ипак интервенисао Законом о измјенама Закона о стварним правима и продужио овај рок до 1.1.2010.г („Сл. гл. РС“ бр. 58/09).

[850] В. чл. 374. ЗСП ФБиХ.

[851] Концепцијски гледано, ЗОВО (објављен у: „Сл. нов. ФБиХ“, бр. 6/98, 29/03) представља донекле освјежену верзију ЗОСПО из 1980.г.

[852] Јосиповић, Т.:[2] о. с., с. 180-184.

[853] „Сл. гл. ДБ“, бр. 11/2001.

осавремењавања постојећих структура мобилијарног осигурања стављени пред искушење одлуке о избору дивергентних националних или међународних извора регулације (*soft* или *hard law)*.[854] Ипак, било каква расправа о садашњости нема исти призвук и са оним реформским процесима који су се одиграли у државама некадашњег социјалистичког правног круга, јер су они неријетко били попраћени и економском присилом Свјетске банке и Међународног монетарног фонда.[855] То открива позадину и зашто су национални реформатори усвојили такав систем мобилијарног права осигурања који пропагира Article 9 UCC-а.[856] Од тога уосталом није остала поштеђени ни БиХ у којој је сасвим неочекивано 2004.г. извршена сложена операција трансфера цјелокупне мреже правних појмова из Article 9 UCC-а којом су поткопане премисе дугогодишњег стварноправног уређења оријентисаног ка аустријском праву.[857]

Овај процес је окончан доношењем Оквирног закона о залозима (скраћено: ОЗЗ БиХ)[858] који нажалост представља један од ријетких материјалних прописа из области стварног права на нивоу БиХ.[859] Том приликом државни законодавац је закорачио стазом у

---

[854] Garro, A.M.:[1]o. c., s. 359.

[855] САД у највећем дијелу контролирају, дјеловање тих међународних финансијских институција и преко постављања услова за одобравање међународних кредита шире утицај америчког права у појединим државама (в. McCormack, G.:[2] o. c., s. 602).

[856] Cohen, N.B.: Internationalizing The Law od Secured Credit: Perspectives form the U.S. Experience, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 20, n. 3, 1999,s. 423-442; Повлакић, М.:[4] Стварноправна средства осигурања на покретним стварима у земљама насљедницама бивше СФРЈ, Будимпештански симпозијум- допринос реформи стварног права у земљама Југоисточне Европе, Edition Temmen, 2003, s. 221-222.

[857] Овај модел реформе мобилијарног права осигурања се знатно разликује од оног који је предлаган 2002. г.на нивоу ентитета БиХ. Узор у изради ових закона је био пољски модел права који на срећу није заживио, јер је сматрано ирационалним увођење три одвојена регистра на једном таком малом простору каква је БиХ (в. Повлакић, М.:[4] с. 221).

[858] „Сл. гл. БиХ“, бр. 28/04, 54/04.

[859] Из материје грађанског права међу ријетким прописима су нпр. Закон о ауторском и сродним правима из 2010.г. (“Сл. гл. БиХ“, бр. 63/10) који дерогирао ех Закон о ауторском праву и сродним правима из 2002.г. (“Сл. гл. БиХ“, бр. 7/02 и 76/06); Закон о заштити потрошача из 2006.г. (“Сл. гл. БиХ“, бр. 25/06 и 88/15) итд.

непознато и трансплантацијом дизајнирао модел мобилијарних осигурања који судска пракса није била спремна прихватити, нити је систем привређивања успио пронаћи у овом моћно оружје за потврду своје успјешности. Накнадна искуства су потврдила да је правна традиција жртвована у већој мјери од очекиваних користи након трансплантације (нпр. систем регистрације функционише само и спорадично за случајеве регистроване залоге). То показује да трансплантација страних правних норми или цјелокупних закона ствара „погрешан утисак о успјешности националних реформских пројеката, јер практична примјена трансплантираног материјала у сасвим новом правном окружењу редовито води ка једном другачије узгојеном праву“.[860] И она трансплантација која је успјешно обављена такођер ствара „погрешну слику да трансплантирани материјал након једне такве комплициране операције остаје идентичан са самим собом и да у новом окружењу игра исту улогу“.[861] У процјепу правне традиције земље донора и реципиента, тешко је за очекивати да се постигне аутохтони развој трансплантираног материјала, уколико је он иритантан за правну културу земље реципиента. Како систем осигурања финансирања сажима у себи правно-културне ставове, свака одлука о замјени националних одредби повлачи за собом и одређени степен одбацивања државно-хисторијског наслијеђа.[862] С друге стране постоје и супротна мишљења да систем мобилијарног права осигурања дијели мање или више идентичне вриједности (нпр. пружање сигурности, предвидљивости, провјери постојеће и олакшању развоја нове пословне праксе, итд.).[863] Из овог угла проматрања износе се осуде да је правна традиција и инсистирање на „локалном окусу“ озбиљна пријетња за постизање и мање или више слично оријентисаних вриједности.[864] Тако се савремена кретања не водећи довољно рачуна о економским условима појединих држава покушавају приказати заједничким проблемом у оправдању унифицираних одговора.[865] Резултанта таквих кретања

[860] Campo, F.G.: Neue Vertragsformen als Rechtstransfer? Zum Topos der angloamerikanischen Provenienz des Leasing-Rechts Rg 7/2005, s. 50.

[861] Campo, F.G.: o. c., s. 50.

[862] McCormack, G.:[2] o. c., s. 600.

[863] Sigman, H.C.:[1] o. c., s. 231.

[864] Sigman H.C.:[1] o. c., s. 231.

[865] Leduc, A.: o. c., s. 128; Tešić, N.:[1] o. c., s. 37.

данас оправдава и накнадне оцјене како је некритичка и селективна трансплантација правних института из различитих правних култура произвела и хроничну неконзистентност правног поретка БиХ.[866]

2. Подручје примјене ОЗЗ БиХ

Из угла знатижељног домаћег правника ствара још увијек нелагоду било какав додир са усвојеним појмовима ОЗЗ БиХ, као што су посебно власничко право, сродно право или стварно право засновано у другој држави.[867] Међутим, то се не би десило да је законодавац институте ионако супротне правној традицији, прилагодио на језик разумљив домаћем пословном свијету. Иако сажет, неразумљив говор законодавца је допринијео да овај пропис задржи до данас неприкосновен статус странца у пословној, али и судској пракси. Након отежаног закључка да ОЗЗ БиХ под појмом „залог“ подразумијева уговорно заложно право на стварима, али и правима, долазимо до оног, много једноставнијег да је само овај облик мобилијарног осигурања потпуно регулисан - оснивање, приоритет и извршење.[868] Надаље, неуобичајеном законском одредницом „посебно власничко право“ одобрава ОЗЗ БиХ и једну додатну категорију заложних повјерилаца која користи власништво као механизам осигурања, али само у сврхе регистрације и одређивања приоритета.[869] Овај контроверзан генерички појам за домаће стварноправно уређење се може

[866] Повлакић, М.:[5] Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини, Правни Факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2009, с. 4.

[867] Повлакић, М.:[6] Регистрована залога у БиХ, Зб. радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Мостар, бр, 6/2008, с. 379-380.

[868] Тако чл. 4. ОЗЗ БиХ по узору на § 9-203 (1) UCC одређује претпоставке које се кумулативно морају – без редослиједа - испунити за оснивање уговорног заложног права, и то: а) да постоји регистрација у регистру која се односи на залог; б) да су лица означена као заложни дужник и заложни повјерилац у регистрацији закључила уговор о залогу; ц) да је заложни дужник означен у регистрацији власник ствари која је уговором о залогу одређена као осигурање; и д) да је лице означено као заложни повјерилац у регистрацији дало или је обавезно дати кредит лицу означеном као заложни дужник у регистрацији или трећем лицу.

[869] Чл. 1. ст. 1. ц) ОЗЗ БиХ.

представити као један плус на онај догматски препознатљив појам формалног власништва. Према ОЗЗ БиХ носиоцима посебног власничког права се сматрају продавци код уговора о продаји са задржавањем права власништва; закуподавци код уговора о дугорочном закупу; цесионари код продаје потраживања; и комитенти код уговора о комисиону под условом да је пословна дјелатност не само комисионара, него и комитента везана за промет ствари по основу уговора о комисиону.[870] За исте сврхе ОЗЗ БиХ у своју схему увлачи и сродна права под којим се мисли на законска и судска заложна права,[871] као и она права основана у иностранству која би се сматрала посебним власничким правом да су основана у нашем праву.[872] При томе, не улазећи у питање ваљаности основаног страног права на увезеном тјелесном предмету осигурања у БиХ, постаје јасно да ОЗЗ БиХ усваја принцип транспозиције у дијелу у којем истиче да се страно право у сврху регистрације, одређења права првенства и извршења, сматра залогом, односно посебним власничким правом насталим у БиХ.[873] То ипак захтијева и једну краћу напомену: ранг првенства иностраних права није подвргнут примјени опћег правила о тренутку уписа у регистар залога, с обзиром да се извршена регистрација у року од 15 дана, након увоза предмета, сматра извршеном на дан самог увоза у БиХ.[874] Одмицањем од овог питања, функција поменутог уписа мобилијарних осигурања (*notice filing*) је најјаснији доказ утицаја Article 9 UCC на ОЗЗ БиХ.[875] Кратким подсјећањем на амерички концепт *attachment* и *perfection*, и упис мобилијарних осигурања у регистру какав је осмишљен у ОЗЗ БиХ нема конститутивни, него декларaторни учинак. У нашем ближем окружењу национални законодавци имају различит поглед

---

[870] Чл. 2. ст. 1. ОЗЗ БиХ.

[871] Чл. 2. ст. 4. ОЗЗ БиХ

[872] Чл. 2. ст. 3. а) ОЗЗ БиХ.

[873] Чл. 35. ст. 3. ОЗЗ БиХ.

[874] Чл. 35. ст. 4. ОЗЗ БиХ.

[875] Такве карактеристике се могу пронаћи и у мобилијарном праву осигурања Црне Горе и Албаније (в. Повлакић, М.:[7] Оснивање између уговорних страна и дејство према трећима, првенствени ред- компаративноправни преглед земаља – Албанија, Црна Гора, Хрватска, Македонија, Србија, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу - Избор радова и анализа, књига ИИ, Прва регионална конференција Цавтат, 2010, с. 311-312).

на амерички концепт двостепеног оснивања права осигурања. Он је нпр. усвојен у мобилијарном праву осигурања РЦГ[876] насупрот мобилијарном праву осигурања РХ и РС у којем се инсистира још увијек на правној традицији са супротним предзнаком.[877] Са овим крутим инсистирањем, устројство хрватског Уписника судских и јавнобиљежничких осигурања (скраћено: Уписник) и вршење у њему одговарајућих уписа мобилијарних осигурања подсјећа на једна блиједу копију система вођења земљишних књига.[878] И енглеско право, између осталог, одређује да упис има конститутивно дејство у односу на мобилијарна осигурања која су предвиђена у одјељку 861 (7) Закона о привредним друштвима из 2006.г. Иако је енглески систем *transaction filing* супротан оном којег заговара ОЗЗ БиХ, од њега ипак не одустаје и Модел закон ЕБРД-а.[879] Овако приказано подручје примјене ОЗЗ БиХ даје на

---

[876] В. чл. 5 ст. 1. и 2 у вези с чл. 9. ст. 2. Закона о залози као средству обезбјеђења потраживања РЦГ („Сл. лист РЦГ", бр. 38/02). У даљњем тексту: ЗЗСОП РЦГ.

[877] У хрватском праву мобилијарног осигурања не постоји дистинкција између оснивања заложног права *inter partes* и *erga omnes*, па се захтјеви за дјеловање према трећима поклапају са оним који постоје за дјеловање између странака. Према чл. 17. и 18. Закон о уписнику судских и јавнобиљежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима - скраћено: ЗУ РХ (НН, бр. бр. 121/05), одређено је да упис има конститутивно дејство код судског и јавнобиљежничког заложног права на темељу споразума странака закљученом у складу с одредбама Овршнога закона – скраћено ОЗ РХ (НН, бр. 112/12) и код пријеноса или задржања права власништва и других права, дионица, удјела и пословних удјела. С друге стране, упис је декларатoран само код задржавања права власништва и већ основаних добровољних осигурања која се публицирају (в. Ернст, Х.:[1]Безпосједовна средства осигурања на покретним стварима у Републици Хрватској,у: Форум за грађанско право за Југоисточну Европу - Избор радова и анализа, књига ИИИ, Прва регионална конференција Цавтат, 2010, с. 176-179). И србијанско право не познаје разликовање између дејства заложног права *inter partes* и *erga omnes* сукладно чл. 4. ст. 1. Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар („Сл. гласник РС", бр. 57/2003, 61/ чл 2005 и 64/2006).У даљњем тексту: ЗОЗП РС.

[878] Тако нпр. странке подносе захтјев уз пратећу документацију Служби уписа која на основу правила ванпарничног поступка доноси о томе одговарајући закључак (чл. 22-28 ЗУ РХ). На овај закључак странке могу уложити и приговор надлежном суду (чл. 30-31 ЗУ РХ).

[879] Оснивање регистарског права осигурања (*registered charge*) се увјетује уписом у регистар осигурања (не и у случају посједовног права осигурања),тако да регистрација није само претпоставка за дјелотворност у

знање и не тако безначајна одступања од извора своје инспирације. Концепцијски гледано, ОЗЗ БиХ не познаје само једно право осигурања какво је *security interest* у Article 9 UCC, јер искачу насупрот уговорном заложном праву са себи својственом регулацијом посебна власничка права, законска и судска заложна права у дијелу оснивања и извршења. Тако се нпр. посебно власничко право даваоца лизинга оснива по Закону о лизингу ФБиХ и Закону о лизингу РС (скраћено: ЗЛ ФБиХ/РС),[880] а регистрира и стиче ранг првенства с позивом на ОЗЗ БиХ. Од UCC-а одступа ОЗЗ БиХ у дијелу у којем инсистира и на регистрацији потрошачких послова финансирања. У поређењу са UNCITRAL Водичем, примијетно је да ОЗЗ БиХ усваја неунитарни приступ (опција Б), док у погледу функционалне еквиваленције на посебно власничко право даваоца лизинга и продаваца код продаје са задржавањем права власништва проширује примјену модела који је већ одобрен заложним повјериоцима код регистроване залоге, али само у ограничене сврхе: регистрација и приоритет. Овај концепт двоструког третирања претпоставља да давалац лизинга није само у позицији власника предмета лизинга, него и осигураног повјериоца наспрам корисника лизинга и трећих лица. И поред тога, функционалистичка основица разграничења између заложних повјериоца и даваоца леасинга као власника предмета леасинга је постављена тако чврсто да је нереално очекивати у будућности икакво приближавање унитарном моделу кроз редизајнирање власничког концепта и у свим за послове финансијског леасинга повезаним подручјима.

3. Посебно власничко право даваоца лизинга (финансијски и оперативни лизинг)

До доношења ОЗЗ БиХ највеће потешкоће у одвијању послова лизинга је представљао мањак публицитета власничког положаја даваоца лизинга на предметима лизинга. Искривљена предоџба, коју је раније стварао непосредан посјед корисника лизинга на предметима лизинга у очима трећих лица, отклоњена је публицитетном функцијом уписа посебног власничког права

стечају, него и саставни дио настанка уписаног осигурања (в. чл. 6.7. и чл. 10.). Дакле, Модел закон EBRD-а усваја систем *transaction filling-а*.

[880] „Сл. н. ФБиХ" бр. 85/08, 39/09 и 65/13; и „Сл. л. РС" бр. 70/07, 116/11.

даваоца лизинга на предметима лизинга.[881] У сврхе регистрације и одређивања ранга приоритета ОЗЗ БиХ умјесто појма лизинга усвојио је појам „закупа“ који у себи садржи све констелације мобилног финансијског лизинга на којим ЗЛ ФБиХ/РС допушта оснивање посебног власничког права даваоца лизинга.[882] При томе, појам закупа је подвргнут и једној садржајној редукцији путем даљњег појма „дугорочног закупа“, у којем стоји да минимално вријеме трајања мора бити дуже од 6 мјесеци.[883] У настојању да ублажи овај став, ОЗЗ БиХ је дозволио и регистрацију уговора о финансијском лизингу закључених на краћи период, али под претпоставком да је уговорено аутоматско продужење основног периода трајања, или на захтјев једне или друге стране, које премашује у коначници прописани рок од шест мјесеци.[884] Иако ОЗЗ БиХ на овом мјесту задире и у питање оснивања посебног власничког права, ЗЛ ФБиХ је ипак устрајан на минималном року трајања уговора о финансијском лизингу од шест месеци.[885] Што се тиче горње границе трајања уговора о финансијском лизингу, она у лизингу пракси ФБиХ обично варира од 5 до 7 година.[886] С друге стране ЗЛ РС заговара још радикалније рјешење да минимални рок трајања уговора о финансијском лизингу не може бити краћи од двије године.[887] У настојању да спријечи пореску евазију и царинске преваре закључењем фиктивних уговора о финансијском лизингу, ЗЛ РС је ипак испустио из вида и надолазеће посљедице драстичног ограничења аутономије воље.[888] Након увођења

---

[881] У чл. 58. ст. 2. ЗЛ ФБиХ и чл. 56. ст. 1. ЗЛ РС се упућује на правила ОЗЗ БиХ о регистрацији посебног власничког права даваоца лизинга у регистру залога.

[882] Чл. 2. ст. 5. ОЗЗ БиХ.

[883] Чл. 2. ст. 5. а1) ОЗЗ БиХ.

[884] Чл. 2. ст. 5. а2) ОЗЗ БиХ.

[885] Чл. 36. ст. 1. тач. е) ЗЛ ФБиХ.

[886] http://www.s-leasing.ba/?con=38;http://www.asa-aleasing.ba/kalkulator; http://www.nlbleasing.ba/vprasanja/cesta-pitanja/304

[887] Чл. 9. ст. 1. тач. д) ЗЛ РС.

[888] И унаточ озбиљном ограничењу аутономије воље постоје залагања и да уговори закључени у краћем временском трајању остану на снази, по сили закона, док прописани рок не истекне (Ђурђевић, М.: Правне карактеристике и битни елементи уговора о финансијском лизингу, Правни живот, бр. 11/2002, с. 556; Перовић, Ј.:[2] Коментар Закона о финансијском лизингу, Глосаријум, Београд, 2003, с. 28-31).

минималног (принудног) рока трајања уговора, трошкови финансирања ситне опреме, инвентара и потрошачких добара су значајно поскупљели у поређењу са финансираном куповином путем банкарског кредита. Довођењем различитих предмета лизинга у исту раван са аспекта амортизације трошкова финансирања, на неким од њих су, сасвим непримјерено, постали корисници лизинга спријечени да изврше и пријевремену исплату, тј, пријенос права власништва прије истека минималног рока трајања уговора. То сувишно инсистирање ЗЛ ФБиХ, а нарочито ЗЛ РС је потпуно непознато и Закону о лизингу РХ (скраћено: ЗЛ РХ),[889] као и Закону о финансијском лизингу РС (скраћено: ЗФЛ РС).[890]У циљу реафирмације сектора потрошачког леасинга, поменута ограничења би требало што прије укинути и у ЗЛ ФБиХ/РС, као и ОЗЗ БиХ.

На основу даљњег разоткривања конструкције посебног власничког права даваоца лизинга, постаје јасно да су регистрацијом обухваћени послови финансијског и оперативног лизинга, а искључени послови закупа у којима је закуподавац правно лице које се не бави изнајмљивањем ствари у виду своје пословне дјелатности.[891] С друге стране, ОЗЗ БиХ предвиђа статусно ограничење и код послова комисиона, с тим да је оно постављено знатно строжије, јер се тражи да су обје странке у статусу правног лица регистриране за обављање комисионих послова. Међутим, статусно ограничење на страни закуподаваца се надовезује и на оне интенције ОЗЗ БиХ да се финансирајући карактер публицираног посла потисне у други план, јер упис посебног власничког права могу извршити и закуподавци који су регистрирани нпр. да изнајмљују возила (renta-car) или рабљене машине. Из овог слиједи да регистар залога није доступан физичким лицима која се појављују као закуподавци код обичног закупа и правним лицима која нису регистрована за обављање послова закупа, док је доступан правним лицима која обављају послове закупу у општем статусном режиму који се односи опћенито на сва привредна друштва или посебном статусном

[889] „НН, бр. 141/13.

[890] У ех чл. 3 ЗФЛ РС из 2003.г. („Сл. гласник РС “бр. 55/2003.) је био, такођер, одређен минимални период трајања уговора о финансијског лизинга од двије године, али је исти укинут измјенама ЗФЛ РС из 2011 („Сл. гласник РС “ бр. 31/2011).

[891] Чл. 2 ст. 6. б1) ОЗЗ БиХ.

режиму који се примјењује искључиво на лизинг друштва. На овом мјесту је ипак нужно дати одговор и на једно питање: да ли је уведено статусно ограничење у служби публицитета ако се ради о правним или физичким лицима која изнајмљују спорадично и непрофесионално вриједније покретне ствари?

Претпоставимо да је Фирма А купила нову машину и након пет година одлучила да је замијени новом и савременијом. Фирма А је набавку нове машине финансирала путем кредита, док је Банка уписала регистровану залогу на купљеној машини у регистру залога. Затим, Фирма А даје у закуп Фирми Б ранију (половну) машину и - животни вијек трајања је 5 година - кроз износе примљене закупнине у претежном дијелу отплаћује рате кредита за куповину нове машине. Док је Банка уписала регистровану залогу на новој машини у односу на Фирму А, дотле је ова ускраћена и да оснује и регистрира посебно власничко право на половној машини према Фирми Б. На тај начин Фирма А постаје лишена предности у заштити свог значајног извора прихода за отплату кредита у односу на трећа лица.

Овако конструисан проблем треба довести у везу и са регистрацијом посебног власничког права продавца код уговора о продаји са задржавањем права власништва или цесионара на кога је пренесено једно или више потраживања путем обичне цесије или факторинга. Без сумње, продавац не мора бити правно лице, а допуштено му је да региструје посебно власничко право на продатој и предатој роби купцу, као и цесионар, иако цесија или факторинг не врше икакву функцију осигурања потраживања на предметима осигурања који су бестјелесне ствари.[892] С циљем постизања већег степена заштите, Фирма А у датом случају може искористити и оне системске предности које јој пружа продаја са задржавањем права власништва. Међутим, то занемарује једну важну чињеницу да можда не желе ни Фирма А, нити Фирма Б закључити овакав уговор који у коначници има стварноправне учинке. Како обични закуп није ништа друго до оперативни леасинг, оправдано би било проширити круг титулара посебног власничког права, осим даваоца леасинга *lata sensu,* и на обичне закуподавце. То се може постићи тако да се умјесто постојеће у ОЗЗ

[892] У САД и Канади се, такођер, захтијева регистрација послова уступања потраживања регистрација (*notice filing)* за постизање дејства *erga omnes* тј. одређивање ранга приоритета (в. Brinkman, M.: o. c., s. 358; Bazinas, S. V.:[2] o. c., s. 347).

БиХ уметну двије алтернативно постављене појмовне конструкције: „*посебно власничко право закуподавца код уговора о закупу*“ и „*посебно власничко право даваоца лизинга код уговора о лизингу*“. Овај захват на први поглед има скромно значење, међутим, искључивањем одредбе о статусним ограничењима постиже се укључивање и послова обичног закупа вреднијих покретних ствари у схему посебног власничког права, али истовремено наглашава и специфичност посебног власничког права које настаје из леасинг послова. Код укључивања класичних послова закупа на покретним стварима у схему ОЗЗ БиХ могло би се размислити и о увођењу опционог филинг-а или минималног времена трајања уговора о закупу (нпр. једна или двије године). То рјешење се чини оправданим из разлога што су осим послова продаје потраживања функционалистичке поставке ОЗЗ БиХ већ пробијене и код послова закупа у односу на регистриране закуподавце. Међутим, оно ипак не наилази и на подршку Article 9 UCC који је извор инспирације ОЗЗ БиХ. Без обзира на проблем привидног власништва, Article 9 UCC одустаје од публицитетних захтјева за послове обичног закупа, иако предвиђа опциони филинг за послове праве консигнације.[893] У коначници, залагање да се усвоји предложено рјешење није усамљен примјер, јер то показује и приступ канадских провинција које су нашле оправданим да прошире примјену правила о регистрацији и приоритету на тзв. праве закупе, за разлику од осигураних закупа, с обзиром на

[893] UCC одређује регистрацију за послове консигнације који служе осигурању („*consignment intended as security consignment*“) на које се примјењује Article 9 UCC, али омогућава и „превентивну“ регистрацију за послове праве консигнације (*true consigment*). Међутим, у пракси постоје још увијек нејасноће у погледу разграничења између праве консигнације и - примјену налази Article 9, уколико Article 2 на то упућује – консигнације која је у стварности средство за финансирање инвентара (в. Rakob, J.: o. c., s. 101; Brinkman, M.: o. c., s. 358). Осим тога, одређени послови консигнације се могу наћи и изван ове дискутабилне линије разграничења, а што показује случај *In re Greenline Greenline equipment, Inc*. (390 B.R. 576 - Bankr. N.D. Miss. 2008), у којем је роба била испоручена консигнатару за привремено складиштење, а не за продају. Овај трансфер између уговорача је окарактерисан *bailment*-ом, а не консигнацијом, тј. да консигнатар на роби није стекао право власништва нити консигнант *security interest*. И најзад, важно је истаћи да су трговачки консигнанти изузети од подручја примјене Article 9 UCC ако је њихов консигнатар опћенито познат повјериоцима да се бави продајом робе за друге сукладно § 9-l02 (a) (20) (A) (iii) UCC.

практичне потешкоће утврђивања стварне намјере странака (*true lease or lease an intended as security*).[894]

4. Систем регистрације посебног власничког права даваоца лизинга

Недавне реформе у појединим државама, као и приједлог реформе у Европи,[895] свједоче да су све гласнији заговорници усвајању система *notice filing-а* којег пропагира Article 9 UCC.[896] У европским оквирима *notice filing* је успио задобити становито повјерење првенствено због баштињења логике сиромашно доступних информација трећим лицима о упису одговарајућег права осигурања.[897] Овај систем регистрације краси једноставност функционисања, јер странке на мјесто споразума о осигурању подносе само финансијску изјаву скромног информативног садржаја једном од надлежних органа (уреда) за регистрацију.[898]

---

[894] Veneziano, A.:[1] o. c., 92.

[895] IX–3:325(1) u vezi sa 3:307(b) DCFR.

[896] Језгра европског пројекта хармонизирања ће бити усаглашавање око уједначавања захтјева публицитета за послове осигурања. Овај консензус би се могао састојати у успостављању националног централног регистра за мобилијарна осигурања. Као што је познато у Низоземској су 90-тих година, а недавно и у Француској, извршене реформе, док се приједлози реформе у Аустрији дискутирају (в. Veneziano, A.:[2] Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmenim: Schmidt-Kessel, M. (eds), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht, Sellier European Law *Publishers,* München, 2009, s. 129).

[897] Sigman, H.C.:[2] Some Thoughts about Registration with Respect to Security Rights in Movables, Unif. L. Rev., Vol. 2/2010, s. 509; McCormack, G.:[1] o. c., s. 131; Gilmore, G.: o. c., § 15.3., s. 471-472.С обзиром на освоје очигледне предности, систем *нотице филинг-а* је као пионирски подухват најприје усвојен у провинцијама Канаде доношењем нових *Personal Property Security Act-а* (PPSA), а затим и Новом Зеланду доношењем *Personal Property Securities Act-а* (1999) - ступањем на снагу 1. маја 2002. г. замијењено је мноштво до тада постојећих регистара (в. Beale, H.:[2] o. c., s. 102). У коначници доживио је своју експанзију и на простору латиноамеричких земаља нпр. Чиле, Гватемала и Перу (в.Dubovec, D.: *UCC Article 9 Registration System for Latin America*, Arizona Journal of International & Comparative Law Vol. 28, No. 1/2011, s. 117).

[898] Прије Article 9 UCC -а постојали су одвојени системи уписа за поједина средства осигурања који су механизам кредитирања учинили неучинковитим и знатно скупљим за даваоце кредита (в. Gilmore, G.: o. c., § 15.1, 462-463).

При томе, прави се значајна разлика и између два одвојена документа, од којих је један конститутиван (споразум о осигурању), али није регистриран, и други који је регистриран (финансијска изјава), али није конститутиван, него је значајан за одређивања приоритета.[899] Међутим, залагање твораца да се овакав систем регистрације моблијарних права осигурања устроји у САД на савезном нивоу није остварено,[900] јер су понуђене опције у Article 9 UCC максимално искористиле савезне државе.[901] Тако на америчком простору данас дјелује већи број централних уреда и локалних уреда (више од 4200) појединих савезних држава који се разликују међусобно чак и по степену информатичке опремљености и накнадама које наплаћају за пружене услуге.[902] Са европске тачке гледишта постоје различити одговори на питање да ли мобилијарна осигурања заслужују публицирање с ослонцем на *notice filing*. У неким европским државама још увијек нису ослабљени ни изблиза отпори за увођењем оваквог система регистрације, па мобилијарна осигурања функционирају без икаквог публицитета (нпр. Њемачка, Аустрија, Низоземска, итд.), док у другим постоје одређени захтјеви и регистрације, иако су они ограничени само на заложна права *lata sensu* (нпр. Енглеска, Француска, итд.).[903] У ову слику се не уклапа и систем регистрације

---

[899] Према § 9-502 (a) UCC-а финансијска изјава мора садржавати: 1) име дужника; 2) име осигуране странке или заступника осигуране странке; и 3) опис предмета осигурања.

[900] Gilmore, G.: o. c., § 15.1, 464-465.

[901] Модел Article 9 UCC -а је понудио државама на усвајање три алтернативе система регистрације. Прва алтернатива предвиђа локалне регистре само за права осигурања чврсто везана за некретнине као нпр., за права осигурања на необореном дрвећу, на унапријеђеним сировим материјама, као нпр. уље и гас или на саставним дијеловима земљишта (fixtures). Друга алтернатива проширује локалну регистрацију на права осигурања која су везана за пољопривредна и потрошачка добра, док се остала права осигурања требају уписати у један централни регистар за цијелу земљу. И трећа алтернатива захтијева, поред локалних регистрација, да се права осигурања уписују не само централно, него додатно и у округу дужника. Због неопходне двоструке регистрације, ова алтернатива је свакако најзахтјевнија (в. Spiedel, R, Summers, R.S., White, J.J.: o. c., s. 67; Rakob, J.: o. c., s. 122).

[902] LoPucki, L. M.: Computerization of the Article 9 Filing System: Thoughts on Building the Electronic Highway, Law & Contemporary Problems. Summer Vol. 55/1992, s. 16.

[903] Sigman, H.C., Kieninger, E. M.:[1] o. c., s. 36.

мобилијарних осигурања који дизајнира ОЗЗ БиХ, јер овај показује у себи мноштво ситних детаља који су преклапајући са оним идејама на којим почива и амерички систем *notice filing-a*. Према ОЗЗ БиХ, успостављен је један централизиран и електронски вођен регистар у који се уписују све врсте мобилијарних осигурања неовисно о основу њиховог настанка, укључујући и квази осигурања која се означавају једним генеричким појмом „посебна власничка права". Вођење регистра је повјерено Уреду за регистар који се налази у саставу Министарства правде БиХ, док је начин његовог рада поближе уређен Правилником о залозима (скраћено: ПЗ).[904]

Регистар залога пружа децентрализиран приступ за вршење различитих уписа, али у оквиру седмичног радног времена, док се претраге истог могу вршити без икаквих временских ограничења.[905] Приступ код уписа и претрага, као и издавања потврда о регистрацији (ИРЗ) је омогућен путем рачунарског система регистра залога (СРЗ) или јавног даваоца услуга (ЈДУ).[906] У оба случаја неопходно је да лица имају отворене корисничке рачуне са довољним износом средстава за плаћање одговарајуће таксе на име тражених услуга.[907] Она лица која желе провјерити или добити само извод из регистра о томе да ли је неки објект из имовине дужника већ предмет осигурања, могу отворити ЈДУ кориснички

---

[904] В. чл. 16. и 17. ОЗЗ БиХ у вези с чл. 3. ст. 1. ПЗ („Сл. гласник БиХ", бр. 53/04). У хрватском праву код уписничког заложног права, надлежни орган који води регистар је финанцијска агенција (ФИНА) као самостална агенција основана Законом о финанцијској агенцији (НН, бр. 117/01, 60/04, 42/05).

[905] В. чл. 3. ст. 2. ПЗ.

[906] В. чл. 3. ст. 1. ПЗ.

[907] Износ појединачног депозита, који треба да уплати власник корисничког рачуна на један од банковних рачуна регистра залога, не може бити мањи од 200 КМ (чл. 5. ст. 1. у вези с чл. 7. ст. 1. ПЗ). У чл. 24. ст. 4. ПЗ прописани су износи таксе које плаћају корисници рачуна за одговарајуће услуге које пружа регистар залога. Код регистрације се плаћа основна накнада у износу од 6 КМ и један додатни износ који се одређује према трајању саме регистрације (нпр. она која траје од једне до пет година подлијеже плаћању 2 КМ; од шест до десет година 4 КМ, итд), субјектима регистрације (за сваког од њих накнада износи 3 КМ) и предмету осигурања (опис опште имовине-за сваку групу од 1-200 знакова је 1 КМ, док је за специфичну имовину по јединици 3 КМ). Исто тако одређене су и таксе за продужење регистрације (крећу се од 2 до 50 КМ зависно о времену продужења регистрације), брисање у цијелости или по појединим ставкама (нпр. субјекти регистрације, предмет осигурања, итд.). И коначно, ИРЗ потврда о регистрацији или резултату претраге се плаћа у износу од 4 КМ.

рачун или кориснички рачун тип 2.[908] С друге стране, банке или леасинг куће требају отворити кориснички рачун тип-1,[909] јер само на овај начин долазе у прилику да изврше упис и добију ИРЗ која има својство извршне исправе.[910] Овако понуђене опције у сваком случају остављају довољно простора да се субјекти одлуче, зависно од својих комерцијалних или приватних потреба, који ће тип корисничког рачуна отворити. Како приступ и одржавање регистра залога изискује одређене трошкове, то је неријетко истицан аргумент у другим европским државама и против увођење икаквог система регистрације моблијарних осигурања, а нарочито америчког *notice filing-a*.[911] Међутим, да је оправданост такве аргументације с позивом на трошкове постала данас и више него упитном, довољно је узети у обзир практична искуства са функционисањем регистара у Канадским провинцијама или Новом Зеланду.[912] У овим државама се показало да су знатно мањи трошкови одржавања електронски вођеног регистра наспрам

---

[908] Чл. 5. ст. 2. тач. б) и ц) ПЗ.

[909] Чл. 5. ст. 2. тач. а) ПЗ.

[910] Својство извршности потврде о регистрацији, осим чл. 26. ст. 1. ОЗЗ БиХ наглашава и чл. 56. ст. 2. ЗЛ РС. То питање је једном доспјело и пред Уставни суд БиХ у предмету везаном за поступак извршења уговорног заложног права (бр. АП 1825/11, од 8. јуна 2011.г). Тада је одбачена као недопуштена апелација ЗПР „ЕУРО СМЕЛ“ Босански Петровац поднесена против рјешења Кантоналног суда у Бихаћу бр. 17 0 Ип 012027 10 Пж од 31. марта 2011. године, рјешења Општинског суда у Бихаћу бр. 17 0 Ип 012027 09 Ип од 21. децембра 2010. године и рјешења Општинског суда у Бихаћу број 17 0 Ип 012027 09 Ип од 9. марта 2010. године. У рјешењу Кантоналног суда је истакнуто да је предметно извршење одређено на основу исправе (потврда о регистрацији залога покретних ствари) која представља извршни наслов у складу са одредбом чл. 26. ст. 1. ОЗЗ БиХ.

[911] Осим Њемачке и Енглеска оправдава одбацивање напора ка увођењу система регистрације са позивом на потешкоће и трошкове да странке обнове своје већ постојеће структуре (в. Ернст, Х.:[3] Перспективе реформе њемачког права мобилијарног осигурања, Нова правна ревија (НПР), Часопис за домаће, њемачко и европско право, вол. 34, бр. 1/2012, с. 40; Raymond, A.H.: o. c., s. 105).

[912] V. Veneziano, A.:[2] o. c., s. 133. Тако истицани аргументи су знатно изгубили на снази развојем модерних система обраде података и могућности да се регистрација и увид у регистар изврше децентрализирано путем интернета (в. Lenhard, A.: Die Vorschläge zur Reform des englischen Mobiliarkreditsicherungsrechts: Ein Wegweiser für eine europäische Harmonisierung? Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 352).

прихода остварених убирањем скромних износа таксе на име извршених регистрација и претрага.

Усвојени приступ ОЗЗ БиХ да се посебно власничко право наведених категорија повјериоца уписују у општем регистру залога има, концепцијски гледано, највећи додир са црногорским правом мобилијарног осигурања.[913] Међутим, разлика настаје код вођења регистра мобилијарних осигурања у који се уписују послови финансијског леасинга, јер њега, супротно ОЗЗ БиХ, води Регистратор који је дио Привредног суда у Подгорици. На сасвим другој страни се налазе системи регистрације које заговара мобилијарно право осигурања РХ и РС.[914] У хрватском праву финансијски лизинг није предмет уписа у Уписнику, него у Регистру објеката лизинга који води Хрватска агенција за надзор финанцијских услуга (ХАНФА).[915] Упис финансијског лизинга у овом регистру је декларатoран,[916] као и упис задржавања права власништва у Уписнику.[917] У србијанском праву, такође, финансијски лизинг није предмет уписа у регистру моблијарних осигурања, него се публицира у специјалном за те сврхе успостављеном регистру који води Агенција за привредне регистре.[918] У правилу регистар залога није успостављен према реалним фолијама, као нпр., земљишна књига, него персоналним фолијама, тј. корисницима лизинга.[919] Ништа другачији није ни

---

[913] В. чл. 21. ЗФЛ у вези с чл. 3. ст. 9. ЗЗСОП РЦГ.

[914] В. чл. 1. Уредбе о оснивању регистра залога РЦГ („Сл. лист РЦГ, бр. 31/03“).

[915] В. чл. 1. Правилника о начину и облику вођења регистра објеката леасинга (НН, бр.113/2011). У даљњем тексту: ПВРЛ РХ.

[916] В чл. 66. ст. 6. ЗЛ РХ.

[917] Задржавање права власништва се може уписати у Уписник само под претпоставком да траје дуже од годину дана (в. чл. 6. тач. 7. ЗУ).

[918] Вођење регистра финансијског леасинга од стране Агенције за привредне регистре је предвиђено у чл. 4. тач. 3) Закона о Агенцији за привредне регистре **(**“Сл. гл. РС”, бр. 55/2004, 111/2009 и 99/2011) док је поступак уписа детаљније прописан Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре („Сл. гл. РС“, бр. 99/2011) и Правилником о садржини Регистра финансијског **лизинга („Сл. гл. РС“,**бр. 31/2013). И овдје учинак уписа права даваоца **лизинга** на одређеном објекту **лизинга** има декларатoран учинак (в. чл. 48. ст. 3. ЗФЛ РС).

[919] Ово се намеће као фактичка нужност, јер је немогуће успоставити регистар за све покретне ствари а посебно ствари одређене по роду или потраживања (в. Ленхард, А.: о. ц., с. 353).

приједлог успоставе европског регистра власничких осигурања.[920] Од тога се ипак разликује и Конвенција из Кејптауна, јер она дизајнира међународни регистар осигурања који се води према објектима међународних осигурања. Међутим, потребно је разумјети да регистар залога у БиХ није једини медиј за публицирање послова финансијског лизинга, јер постоје и специјални регистри у којим се уписују право власништва и други терети на одређеним категоријама предмета леасинга (нпр. возила, бродови, авиони, итд.).[921] Тако нпр. евиденцију и регистрацију возила, која су узета на лизинг, обављају организационе јединице Министарства унутрашњих послова појединих кантона у ФБиХ према мјесту пребивалишта или сједишта корисника лизинга.[922] У овим регистрима је упис, аналогно земљишним књигама, одређен да има конститутивно дејство за стјецање одговарајућих оптререћења, што представља и суштинско одступање од регистра залога у којем упис мобилијарних осигурања, укључујући и посебног власничког права даваоца леасинга има декларатoран карактер. Овакво одређено дејство уписа ипак не треба схватити и у смислу да је то начин стјецања права власништва на моторним возилима. Како се право власништва на покретним стварима стиче предајом стјецатељу у самосталан посјед, упис моторног возила у регистру моторних возила није претпоставка стјецања права власништва, него је искључиво везан за његову употребу у сабраћају. Након извршеног уписа у регистру моторних возила, власницима се издају у правилу два одвојена документа: потврда о власништву и потврда о регистрацији (саобраћајна дозвола).[923] Одступање од овог правила постоји у случају финансијског лизинга, јер се давалац лизинга, као власник моторног возила, уписује у потврди о власништву, док се корисник лизинга уписује у потврди о регистрирању.[924] Раздвојеност власничког и

[920] IX. – 3:302 (1) и (2) DCFR.

[921] В. чл. 58 ст. 3. ЗЛ ФБиХ; и чл. 52. и 57. ЗЛ РС.

[922] Ово је логичан изузетак од општег правила из чл. 3. Правилника о регистрирању возила („Сл. гл. БиХ“, бр. 22/07, 41/07, 54/07), у којем стоји да се поступак евиденције и регистрације возила обавља према мјесту пребивалишта или сједишта власника моторног возила.

[923] Чл. 13. ст. 2. Правилника.

[924] Поступак регистрирања возила узетих на леасинг се одвија сукладно чл. 13. ст. 1. Правилника, тако да корисник лизинга подноси захтјев надлежном тијелу у мјесту пребивалишта/сједишта корисника лизинга и прилаже

корисничког положаја се може промијенити тек истеком уговора или извршењем опције купње када корисник лизинга, уз дозволу даваоца лизинга, може захтијевати промјену уписаног власништва у регистру и у потврди о власништву.[925]

5. Публицитетна функција уписа посебног власничког права

У поређењу са системом публицирања стварних права на некретнинама гаранције публицитета које пружа регистар залога су знатно скромнијег значења.[926] Упис у регистар залога насупрот система земљишних књига не гарантира трећим лицима да давалац осигурања на уписаном предмету осигурања има право власништва нити да је давалац леасинга стварни власник на уписаном предмету лизинга у случају накнадних располагања. Како упис мобилијарних осигурања нема конститутивно, него декларативно дејство, регистар залога не познаје ни гаранције позитивног публицитета.[927] Од самог почетка је важно разумјети, као и код Кејпатун конвенције, да регистрација није гаранција постојања уписаног права осигурања, нити да је ИРЗ доказ његовог

одговарајуће исправе, и то: a) доказ да је давалац лизинга регистрован за обављање дјелатности лизинга возила; b) уговор о лизингу возила; c) рачун овлаштеног продавца о продаји возила лизинг кући, изузев за возила која већ посједују потврду о власништву возила издату на даваоца лизинга; d) рачун лизинг куће кориснику лизинга; e) овлаштење лизинг куће да корисник лизинга може регистровати возило; f) овлаштење кориснику леасинга за кориштење возила; и g) доказ о идентитету корисника лизинга као физичког лица (тражи се: лична карта за држављане БиХ, лична карта за странце - за странце са одобреним сталним боравком, овјерена копија путне исправе и рјешење о одобреном боравку - за странце са одобреним привременим боравком) или правног лица (тражи се: овјерена копија рјешења са посљедњим измјенама о упису у судски регистар за правна лица или другог регистра, осим ако се важеће рјешење о упису у судски регистар већ налази у евиденцији надлежног тијела).

[925]Корисник ёčçčíăа уз поднесени захтјев треба приложити потврду даваоца ёčçčíăа да је уредно измирио обавезе из ёčçčíăа и потврду о власништву возила (чл. 14. ст. 2. Правилника).

[926]Шире: Јосиповић, Т.:[3] Начело публицитета, начело повјерења и виндикацијско начело, Зб. ПФЗ, 45 (4-5), 1995, с. 465-476.

[927] Wilmowsky, P.: o. c., s. 157.

постојања.[928] То не би требало посебно ни наглашавати да ОЗЗ БиХ садржи одредбе о начелу јавности и посљедицама које погађају трећа лица која пропусте остварити увид у регистар залога.[929] Међутим, овај пропуст је накнадно отклоњен и у ЗСП ФБиХ/РС са увођењем необориве претпоставку да су трећа лица знала, или могла знати, да постоји посебно власничко право даваоца лизинга, ако је оно претходно било уписано и у регистру залога или другим специјализираним јавним регистрима (нпр. регистар моторних возила).[930] Са тачке гледишта истраживача, регистрација у СЗР је само један облик упозорења да даваоци леасинга имају, или намјеравају стећи посебно власничко право на одређеним предметима лизинга.[931] То значи да се истраживачи, као потенцијални финансијери корисника леасинга не могу поуздати у то да ли постоји и какве је садржине уписано посебно власничко право даваоца лизинга. За њих регистар залога дјелује напросто

---

[928] В. чл. 18. ст. 4 ОЗЗ БиХ; исто одређује и чл. 48 ст. 3. ЗФЛ РС у односу на регистар финансијског ёčçčíǎa

[929] У хрватском праву, дејство уписа мобилијарних осигурања према трећим лицима која се уписују у Уписник су одређена у чл. 21. ст. 4 ЗУ РХ. За те сврхе је и уведена претпоставка којом се трећа лица не могу позивати на то да нису знала за постојање уписа. С друге стране, регистар објеката ёčçčíǎa пропагира начело формалног публицитета одредбом да је то јавни регистар који је доступан свим заинтересираним лицима. Иако се истиче да регистар објеката ёčçčíǎa не одговара за истинитост и тачност уписаних података (чл. 23. ст. 2 ПВРЛ РХ), то ипак није појашњено и у односу на трећа лица која пропусте остварити у њега увид. Назнаке дејства уписа се дају у чл. 185. ст. 5 ЗВСП РХ који истиче да права трећих лица не престају ако је стјецатељ у тренутку стјецања власништва знао или морао знати да она постоје. Овом одредбом се ипак не даје одговор и на друга располагања корисника ёčçčíǎa према трећим лицима. У сваком случају, изједначавање конститутивног дејства уписа мобилијарних осигурања у Уписнику и декларативног дејства уписа права даваоца леасинга у регистар објеката леасинга, не гарантира, као у случају земљишних књига, да су заложни дужници или даваоци ёčçčíǎa власници на уписаним покретним стварима. Ова питања се налазе изван система регистрације и на њих одговор даје ЗВСП РХ.

[930] В. чл. 10. ст. 4. реч. 2. у вези са чл. 111. ст. 5. реч. 3. и ст. 6. реч. 2. ЗСП ФБиХ/РС. Необорива претпоставка о знању уписа права даваоца ёčçčíǎa је такође предвиђена и у чл. 48. ст. 1. ЗФЛ РС.

[931] Овако одређен домашај публицитетне функција уписа је одлика и регистра међународних стварноправних осигурања (в. Sanam, S.: Security interests under the UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment 2001, Dissertation, University of Nottingham, 2012, s. 147; Sigman, H.C.:[2] o. c., s. 508).

као једна огласна плоча која их усмјерава ка даваоцима лизинга како би прикупили од ових све релевантне информације о стварном стању уписаних права на одређеним предметима лизинга.[932]

У европским националним расправама је то аргумент одлучујућег значења против усвајања оваквог система регистрације мобилијарних осигурања. Међутим, таква стајалишта често истицана у њемачким и енглеским дискусијама још увијек нису успјела оспорити вриједности публицитета за које се залаже систем *notice filing-a*.[933] Доводећи то у везу са њемачком позицијом безпублицитетних права осигурања, чини се неупитном оцјена да нису остварени ни приближно исти учинци публицитета логиком њемачког унутрашњег тржишта да трећа лица морају унапријед рачунати на то да је сваки вреднији комад опреме купљен на кредит или заложен или да на њему постоји задржано право власништва.[934]Свако настојање да се прикаже како њемачки модел у европским оквирима може успјешно замијенити функцију регистра је већ обезвриједио DCFR неовисно о томе што је његова судбина данас сведена на чисто академске расправе.[935] Иако регистар залога не пружа гаранције позитивног публицитета, он

---

[932] То је поставка која важи без разлике за сва уписана оптерећења и у америчком систему *notice filing-a* (v. Gilmore, G.: o. c., § 15.3, s. 470; Wilmowsky, P.: Europäisches Kreditsicherungsrecht : Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag, Beiträge zum ausländischen und Internationalen Privatrech 60, Tübingen : J.C.B. Mohr Paul Siebeck, 1996, s. 156; Sigman, H.C., Kieninger, E.M.:[1] o. c., s. 44 i 48; Beale, H.:[2] o. c., s. 101-102; Sigman, H.C.:[1] s. 232; Rakob, J.: o. c., s. 121).

[933] McCormack, G.:[2] o. c., s. 612-613; Ernst, H.:[3] o. c., s. 40; Sigman, H.C.:[2] o. c., s. 509; Lenhard, A.: o. c., s. 352; Sigman, H.C., Kieninger, E.M.:[1] o. c., s. 36.

[934] V. Brinkman, M.: o. c., s. 387; Franck, L.: Les contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droits français et allemand comparés, Nancy, 2011, s. 257. У једном овако затвореном тржишту кредита, водеће кредитне банке имају детаљне информације о финансијском понашању и кредитним потребама пословања што је много мање вјеројатно у глобалном тржишту кредита с финансијским институцијама, које дјелују изван националних граница. Уколико финансијске институције покушавају ући на ова затворена тржишта кредита, тада се више морају ослонити на препоруке кредитних агенције које дјелују мање транспарентно, него систем *notice filing-a* (v. McCormack, G.:[2] o. c., s. 613).

[935] V. Veneziano, A.:[2] o. c., s. 134. У Њемачкој садашње правно стање првенствено погађа њемачке извознике, који показују све већи интерес ка удаљавању од њемачког система беспублицитетних права осигурања (в. Lenhard, A.: o. c., s. 352; Ernst, H.:[3] o. c., s. 39).

ипак развија огромну вриједност у супротном смјеру, јер посједује негативни публицитет у смислу да на једној ствари не може постојати мобилијарно осигурање са правом првенства ако претходно није било уписано и на одговарајући начин у регистру залога. То је, заправо, најсигурнији пут да пуно право даваоца лизинга у свом неизмијењеном облику постигне и један знатно већи степен заштите наспрам трећих лица која су ступила у одређене односе са корисником лизинга на предметима леасинга. С друге стране, давалац лизинга који остане у позицији обичног власника је изложен ризику да изгуби битку и у сукобу приоритета са раније уписаним повјериоцима корисника лизинга или савјесним купцима предмета лизинга.[936] Међутим, и овај исход не мора увијек бити исти, јер посебно власничко право само *attached* на одговарајућим предметима лизинга није сметња да се давалац лизинга дјелотворно, до одређене временске тачке, са позицијом обичног власника супротстави и оним повјериоцима који имају касније „*attached*“ право осигурања.Како регистар залога пружа гаранције негативног публицитета тако престаје и дугогодишња бојазан даваоца лизинга од публицитетних учинака непосредног посједа корисника лизинга, јер се трећа лица снажно оријентишу на провјеру стања у регистру прије куповине одређеног комада опреме којег корисници лизинга, као продавци стављају у промет ван оквира своје регистроване привредне дјелатности. Међутим, гаранције негативног публицитета нису дизајниране тако да не трпе и одређене изузетке. У правилу оне могу бити апсолутно и релативно искључене. Ако се деси у пракси да треће лице прибави неки предмет лизинга од корисника лизинга у оквиру његове регистроване привредне дјелатности, тада неће негативно на њега дјеловати и изостанак претходне провјере регистра, јер су гаранције негативног публицитета у овом случају апсолутно искључене.[937] Претпоставимо да је корисник лизинга регистрован за обављање послова продаје и сервисирања рачунарске опрему, и да се на његовом складишту налази извјестан број рачунара изфинансираних путем леасинга. Како је необорива претпоставка о знању уписа посебног власничког права даваоца лизинга тада искључена у корист бестеретног стјецања трећих лица,[938] то је

[936] Чл. 9. ст. 2. ОЗЗ БиХ.

[937] Чл. 9. ст. 4. ОЗЗ БиХ.

[938] Чл. 111. ст. 6. реч. 3. ЗСП ФБиХ/РС.

нужно да давалац лизинг регистрацијом, осим рачунара, поименице обухвати и приходе које ће корисник леасинга остварити њиховом продајом.[939] И унаточ расположивом осигурању на приходима од продаје предмета лизинга, оваква пракса још увијек није наишла и на одобравање даваоца лизинга, јер они редовито у обрасцима својих леасинг уговора уносе клаузулу о генералној забрани располагања под пријетњом истицања и одштетног захтјева против корисника леасинга. Насупрот томе, гаранције негативног публицитета су релативно искључене у оним случајевима кад посебна власничка права постају перфектним, мада се то не може закључити из провјере самог регистра залога. Тако давалац лизинга може имати супеприоритетан статус PMSI (*purchase money security interest*) повјериоца наспрам раније регистрираних повјериоца на предмету лизинга под условом да је регистрацију посебног власничког права извршио прије предаје предмета лизинга у посјед кориснику лизинга.[940] Такође, суперприоритет без регистрације имају и иностранa права даваоца лизинга или заложних повјериоца и то у року од 15 дана након дана увоза предмета осигурања у БиХ.[941] Од овог приступа ОЗЗ БиХ се ипак одваја Модел закон EBRD-а који предвиђа привремену перфекцију за осигурање потраживања ненамиреног продавца у трајању од шест мјесеци,[942] али и DCFR који снабдијева суперприоритетом сва аквизициона средстава финансирања под условом да су регистрована у року од 35 дана након предаје ствари.[943] Томе треба придодати и Article 9 UCC који одступа од ОЗЗ БиХ, јер елиминише потребу *filing-а* и за потрошачку робу,[944] као и DCFR у случају кад је кредит на испорученој роби потрошачу осигуран аквизиционим средством

---

[939] Чл. 12. ст. 5. ПЗ.

[940] Чл. 8. ОЗЗ БиХ.

[941] Чл. 35. ст. 4. ОЗЗ БиХ.

[942] Док је нерегистровано осигурање потраживања ненамиреног продавца временски ограничено у трајању од шест мјесеци, дотле се оно у било којем тренутку може претворити и у регистровано право осигурања (чл. 9.3 и чл. 8.2.).

[943] IX.-3:107 (2) DCFR. У противном приоритет аквизиционог средстава осигурања се одређује према датуму регистрације, а не оснивања (IX.-3:107 (3) DCFR).

[944] § 9-309; и изузеци § 9-311 UCC.

финансирања (*acquisition finance devices*).[945] И поред поменутих изузетака, гаранције негативног публицитета и даље остварују запажене резултате на пољу правне сигурности и ослобађању од трансакцијских трошкова, јер истраживачи не морају предузимати додатна истраживањима на оним предметима лизинга који подлијежу регистрацији, ако иста не постоји и у регистру залога или другим специјализираним јавним регистрима.

6. Закључак

Реформа мобилијарног права осигурања у БиХ је извршена доношењем посебног државног закона (ОЗЗ) који слиједи у мноштву ситних детаља интенције Article 9 UCC, а што је иначе супротно дотадашњој правној традицији орјентираној ка аустријском праву по којем је недавно извршена и реформа ентитеског стварног права. Уређење леасинга у ОЗЗ БиХ има за свој ослонац функционалистичке идеје из унитарног модела Article 9 UCC, али то ипак не мијења и суштину да он није његова вјерна репродукција. За разлику од регистроване залоге која је регулирана на једном мјесту и у свим тачкама (оснивање, приоритет и извршење), као што је то случај и у Article 9 UCC, послови финансијског лизинга у ОЗЗ БиХ су ипак ограничени само на тачку уписа посебног власничког права даваоца лизинга у регистру залога. Ова тачка је иначе круцијална и за одређивања ранга приоритета између свих других конкурирајућих мобилијарних осигурања на истом предмету осигурања. За те сврхе по узору на Article 9 UCC је усвојен и концепт двостепеног оснивања мобилијарних осигурања, али без рекарактеризације даваоца лизинга у осигуране повјериоце, јер се они у схему посебног власничког права увлаче у ограничене сврхе, тј. публицирање и прибављање ранга приоритета. При томе, функционалистичке поставке ОЗЗ БиХ су дизајниране тако да се у његову схему увлаче и неки други послови у којим се повјериоци такођер сматрају титуларима посебног власничког права на одговарајућим предметима осигурања (нпр. продаја са задржавањем права власништава и комисон). Међутим, то не значи и да је функционализам као идеја до краја спроведен у ОЗЗ БиХ, јер се он дјеломично занемарује са даљњим укључивањем и послова продаје потраживања у схему посебног власничког права. Иако је неспоран

[945] IX.-3:107 (4) DCFR.

и у овом дијелу утицај Article 9 UCC модел уређења лизинга, продаје са задржавањем права власништва, комисиона и послова продаје потраживања као мобилијарних осигурања власничког типа је ипак много више остао по свом тону и боји ослоњен на неунитарни приступ који заговара Законодавни Водич о правним пословима осигурања. Задржавање поменутих средстава осигурања која се управљају различитим правилима у тачци оснивања и извршења, а тек публицирају у регистру залога у сврху одређивања приоритета, је неспорно и веће одступање од унитарног концепта *security interest-а* у којег се увлаче и ови послови, али са неизбјежним нуспојавама рекарактеризације. Осим тога, важним се чини додати и да функционализам како га интерпретира ОЗЗ БиХ није идентичан са оним којег заступа Article 9 UCC, јер се у схему посебног власничког права увлаче и послови оперативног леасинга. Како они не испуњавају икакву осигуравајућу функцију, то није ништа друго и до вјешто заобилажење функционализма. Тим поводом настало одступање од Article 9 UCC је корисно, али оно ипак није учињено и тако широко како би то требало бити, јер уведена статусна ограничења спречавају регистрацију, а тиме и оснивање посебног власничког права у оним пословима закупа у којим закуподавци у својству физичких лица или правних лица изнајмљују спорадично и непрофесионално одређене покретне ствари. Како је регистрација допуштена *rent-a car* друштвима, као и лизинг друштва друштвима, иако и она закључују класичне уговоре о закупу, оправданим се показује и да државни законодавац уложи један додатни напор за укидањем поменутих ограничења. Након тога, он би могао размислити о томе да дозволи и превентивни упис за све друге категорије закуподаваца који се не баве професионално пословима закупа, а спорадично закупцима препуштају на кориштење мање или више вриједније покретне ствари у једном краћем или дужем временском периоду. Додатни проблем код регистрације посебног власничког права уосталом представља и уведено временско ограничење у ОЗЗ БиХ да послови лизинга не смију бити закључени у краћем трајању од шест мјесеци. Док се ово ограничење поклапа са оним у ЗЛ ФБиХ, од њега ипак изразито одступа и ЗЛ РС, јер усваја забрану оснивања посебног власничког права и за послове лизинга који нису закључени у трајању дужем од двије године. И ова ограничења би такође требало што прије искључити из ОЗЗ БиХ, али и ентитеских лизинг прописа, јер се истим спречава не само пријевремена исплата дугорочних обавеза из уговора о лизинга,

него и оснивање посебног власничког права даваоца лизинга у оним уговорима који су закључени на један релативно краћи временски период. У посљедњем случају, изостанак публицитета због немогућности оснивања и регистрације посебног власничког права даваоца лизинга у регистру залога је један од кључних разлога и зашто је до сада остварен скроман развој сектора потрошачког лизинга у БиХ.

Упис посебног власничког права даваоца лизинга у централном и електронски вођеном регистру залога у којем се уписују и сва друга мобилијарна осигурања је изузетно значајан ради прибављања ранга приоритета у односу на конкурентне повјериоце корисника леасинга на предмету леасинга. Осим тога, упис је максимално поједностављен и није повезан са неким знатнијим трошковима у односу на оне користи које пружа даваоцима леасинга. Организација и функционирање регистра залога је повјерена Уреду регистра који се налази у саставу Министарства правде БиХ. У мноштву ситних детаља регистар залога показује да је организиран по узору на амерички систем *notice filing-a*. Како упис није претпоставка постојања посебног власничког права нити је потврда о регистрацији доказ његовог постојања, то је значајно одступање од система публицирања стварних права на некретнинама. Полазећи од тога да упис посебног власничог права у регистру залога нема конститутивно, него декларативно дејство чини се јасним и зашто регистар залога не пружа гаранције позитивног публицитета. Истраживачи се не могу поуздати у то да ли постоји и какве је садржине уписано посебно власничко право, јер регистар залога напросто дјелује као једна огласна плоча која их упозорава на то да се требају обратити и даваоцу леасинга како би прикупили од овог све релевантне информације о стварном стању извршеног уписа. У ОЗЗ БиХ нису садржане одредбе о учинцима уписа, начелу публицитета и посљедицама неизвршеног увида у регистар залога, али је зато у ентитеским стварноправним прописима отклоњен овај пропуст са увођењем необориве претпоставке о знању извршеног уписа. И поред тога, корисно би било да то учини и државни законодавац накнадним измјенама ОЗЗ.

Доц. др сц. Спахија КОЗЛИЋ

Универзитет у Зеници, Правни факултет

МОЖЕ ЛИ ЕУ УЧИТИ ОД АРИСТОТЕЛА? ИЛИ: АРИСТОТЕЛОВО РАЗУМИЈЕВАЊЕ ПРАВЕДНОСТИ КАО МОГУЋА ПРОПЕДЕУТИКА ЗА РАСПРАВУ О ЕТИЧКО-ПРАВНИМ ТЕМЕЉИМА ЕВРОПСКОГ (КОЗМО)ПОЛИСА

Сажетак: *Када је Имануел Кант у својим практичко-филозофским списима пледирао на успоставу јединственог европског политичко-правног простора као да је био инспириран Аристотеловом оригиналном доктрином о праведности као нечему што нема трансцендентни, него искључиво иманентни карактер. За овог старогрчког перипатетичара праведност је карактерна врлина и она је је, при томе, друштвена постојаност која коригује и упозорава на страсти, нагоне и неумјереност било које врсте; она је могућа као избор или опредјељење (стгр. προαίρεσις, prohairesis) између крајности. Избор је тиме живјети у слободи (стгр. σχολάζειν, sxolazein) да се човјек свагда опредјељује због оног σχολή (sxole – dokolica) будући да не постоји присила у ономе што човјек одлучује. За њу, то јест за σχολή, потребно је бити грађанин у правом смислу те ријечи, а он јест такав (као слободан да располаже својим временом) тек у полису које треба бити мјесто отворено за заједништво које је нарав људског бића. Из тог разлога ваља подвући да је живот у битном једна пракса, јер се испуњава у слободи да се дјелује у заједници.*

При томе је, што је од изнимне важности за расправу о праведности код Аристотела, праведност највиша од свих етичких врлина, јер она попут савјести стоји изнад свих наведених, посебно оних којима се одређује мјера пожуде и нагона. Аристотел хоће рећи да је тежња добру једно посебно дјело или активност, јер нико по нарави није добар. Добар се постаје практичким понашањем које одговара норми. Зато се злим постаје по избору будући да је човјек слободан да бира. Добро није по нарави, али ни против ње, природно је добра само тежња ка њему и срећи, па се зато добро морално дјеловање ствара и искуствено учи и практицира. Политика и

право су код њега дио такозваних практичких знања која свој смисао имају управо у дјеловању или људској активности у заједници. Однос етике и политике је на овај начин однос између двије сфере које се само увјетно могу одвајати. С тим у вези, праведност постоји тамо гдје међу људима има закона, сматра Аристотел, а закон је ондје гдје међу људима има неправде, па тако праведност јест разликовање неправедног од праведног. Тамо гдје је неправда, ту је и неправедно дјеловање или чињење неправде. Она је присутна у ситуацијама када појединац себи узима превише онога „што је за све добро", а премало онога што је у заједници лоше. Из тих разлога, децидан је Аристотел, у држави треба владати начело, а не човјек, јер он често доноси одлуке за себе, а не за полис и тако врло лако постаје тиранин.

Кључне ријечи: *праведност, право, политика, етика, држава, слобода, умјереност.*

• Увод

На самосвојан начин и под „слоганом" *драг ми је Платон, али ми је истина још дража,* Аристотел[946] отпочиње филозофско

[946] Како свједочи Диоген Лаертије, Аристотел (стгр. Ἀριστοτέλης, Aristotélēs: Стагира у Тракији, 384. п. н. е. – Халкида, 322. п. н. е.) је рођен у Стагири од оца Никомаха и мајке Фаестиде. Према његовом писању за свог живота Аристотел је написао укупно 445.270 редова текста. У својој *Хисторији филозофије* Хегел дијели мишљење да је Аристотел био један од највећих генија који су се појавили у повијести. Такву оцјену он има захвалити, између осталог, и томе што је својим филозофским интересом обухватио готово све области живота – од логике и метафизике, преко природних наука, практичке филозофије (етике, политике, права, економије) па до списа о умјетности. „Он је тако обиман и спекулативан као нико други." (Видјети: G. W. F. Hegel, *Istorija filozoije, 2,* BIGZ, Beograd, 1983., str. 243.). Његови списи су, према неким тврдњама, тестаментом остављени Теофрасту и мало њих је објавио за свога живота. Теофраст је касније те списе оставио извјесном Нелеусу од кога су касније доспјели у руке неуким људима који су их наводно закопали у један подрум гдје су лежали пуних 130 година.

Овдје ваља истаћи да се Аристотелови списи дијеле у егзотеричке и езотеричке или акроаматичне; први (који су изгубљени односе се мање-више на забиљешке за предавања широј публици, док су ови други писани за ужи круг оних који су у стању читати филозофске текстове. Неки сматрају да не треба превише жалити што егзотерички списи нису сачувани јер су они само популарнија верзија онога што је сачувано. А то што је сачувано у форми *Corpus Aristotelicum* у Риму је приредио скоро три стотине године послије Аристотелове смрти једанаести „декан" његове Школе Андроник с Родоса. Од њега потјече класификација списа на логичке, научно-теоријске, природнонаучне,

приповиједање критиком софистичког релативизма, Парменидове онтолошке закочености и недовршеног метафизичког дуализма и политичко-правног утопизма Платоновог. Израз којим Стагиранин на извјестан начин отпочиње своје непоновљиво мисаоно путовање може се свести на став како се о битку треба говорити многоструко чиме филозофију отвара слободи разумијевања свијета. Ипак, то га није спријечило да у својим метафизичким списима утемељи оно најпостојаније од чега све почиње, али на потпуно нов начин којим је надишао свог учитеља. Ова се оригиналност очитује у надопуни питања о томе шта *јест* битак нечега, те интересом за начин како се битак може *изрећи* и модусима научног *допирања* до њега. Тиме се биће доводи у директнију везу с језиком, односно оним изричајним о самом бићу чиме Аристотел наступа с позиција онтолошког монизма. То значи да су појмови *бити* и *бити изговорен* узајамни и међузависни. Дакако, овакве расправе су некада директно, некада посредно, отворене већ у његовим логичким списима.

Овдје треба кратко споменути да у *Органону* двије *Аналитике* директније садрже логичку тематику, посебице расправе о силогизму[947], *Топика* се тиче рефлексије на

метафизичке и филозофско-практичке што је углавном задржано као принцип и данас. Додајмо томе и податак да *Метафизика* и *Физика* нису дјела у класичном смислу, већ скупљена цјелина расправа из назначених области која је настала у различитим временима.

Укратко, *Corpus Aristotelicum* чине сљедећа Аристотелова дјела: у првом реду, то су логички списи под заједничким насловом *Органон*; потом природно-филозофски *Физика*, *О небу*, *Парва натуралиа* и *О души*; слиједи *Метафизика* те расправе о етици, праву и политици у књигама *Никомахова етика*, *Еудемова етика, Устав атински* и *Политика*, потом *Реторика* и *Поетика*. Овдје ваља напоменути да постоји веома велики број различитих издања којима су мањи списи некада објављивани засебно, а некада као једна цјелина што се посебно односи на логичке списе. Прво модерно издање изворног старогрчког текста приредио је 1831. године Аугуст Имануел Бекер.

Ваља рећи да је ова, 2016. година од стране UNESCO-а проглашена годином рођења Аристотела чиме је одато посебно признање овом увијек актуелном филозофу.

[947] Латински *syllogismus*, а стгр. συλλογισμός, значи логички закључак, то јест форма дедуктивног логичког закључивања. У силогизму се иначе могу изоставити неке премисе, па говоримо о такозваном скраћеном силогизму или *ентимему* – у Аристотеловој *Реторици* се разматра у оквиру политичког говора – а може се повезати и силогизам на силогизам, па тада говоримо о сложеном силогизму или *полисилогизму*. Поред тога, силогизам може бити *категорички* (у

дијалектичку методу у комуникацији, док су *О тумачењу* и *Категорије* нека врста компилације „класичне“ логике, прве филозофије (онтологије) и филозофије језика у ужем смислу.

Логички списи су, дакле, обједињени под заједничким насловом *Органон,* а сама формална логика свакако јест један од најзначајнијих његових доприноса у западноевропској култури. То се види одмах у томе што Перипатетичар мишљење истражује како према садржају, тако и према форми. При томе је појам на првом мјесту зато што свака ријеч која се изговори без веза с другом јест или супстанција, или квантитет, или квалитет, или релација, или вријеме, или мјесто, или положај, или имање, или дјеловање, или трпљење. Ради се, дакако, о познатих десет Аристотелових категорија (стгр. κατηγορία – предикат, ознака).

Наравно, ријечи не постоје самостално, него се везују у реченице које обично зовемо судовима, а када њих повезујемо добијамо силогизам који се састоји најчешће од двије премисе које генерирају закључак. Ланац пореданих закључака у правилу чини доказ за одређену тврдњу па тада говоримо о дедукцији или дедуктивној методи (лат. *deductio* - извођење). Дедукција је закључивање из општег ка посебном, то јест појединачном, а овај логички поступак се проводи тако да се из једне или више тврдњи као премиса изводи нова тврдња која нужно слиједи из тих претпоставки. Ослонац дедуктивне методе Аристотел налази у полазишту како све што постоји нужно се изводи из једног узрока (стгр. ἀπόδειξις – извођење). Насупрот дедукцији стоји индукција (стгр. επαγωγή, лат. *inductio*: увођење), а она је, како то записа Аристотел у *Топици*, напредак од појединачног ка општем; њен је циљ изнаћи заједничко унутар неког рода, а подјела свега онога што постоји омогућава дефиницију (стгр. χωρισμός). Дефиниције, опет, омогућавају разграничење или разликовање појмова те се тиме омогућава говор као фундаментална одредница човјека. Тиме се жели рећи да свијет постаје у коначници оним што јест тек путем језика и говора којим безоблични хаос (стгр. χάος: празнина, неомеђеност) постаје космос (стгр. κόσμος: ред, накит, свемир).

Будући да је битак многострук, те да је контингентност једна од његових битних манифестација, било је готово логично да ће се Аристотел у писању *Реторик*е највише позивати на традицију старогрчке софистике. Међутим, такво је позивање код њега с ону

судовима је садржана безувјетна тврдња), *хипотетички* (увјетна) и *дисјунктивни* (тврдња неколико могућности које се међусобно искључују).

страну било каквог некритичког апологирања и усмјерено је ка реафирмацији *диа-логоса*. То је постало очито још у *Метафизици* у којој се види захтјев за разграничењем онога што је према нужности од ствари које су према могућности, јер је реторичко умијеће аргументацијске природе пред којег се не поставља захтјев аподиктичности, него оно служи најширем простору аргументације и она не припада ни миту, ни знању у ужем смислу.[948]

За разлику од својих претходника и савременика који су знања или филозофске дисциплине у правилу дијелили на логику, физику и етику, Аристотел примјењује један знатно другачији критериј за класификацију знања који самим концептом указује на ширину и дисциплинарност људског спознавања свијета. Будући да је човјек истовремено биће спознаје, дјелујуће биће и биће стваралаштва, тако се и знања (стгр. ἐπιστήμη, *episteme*) о свијету дијеле на три скупине. Ова трихономна подјела знања изгледа овако:

Прва су знања *теоријска* (стгр. θεωρια, *theoria*: гледање, мотрење свијета у духовном смислу те ријечи) и то су „знања ради знања“, то јест полазишне фундаменталне и онтолошке спознаје о свијету. Оне се истражују путем прве филозофије, односно метафизике или теологике. Поред метафизике као теоријско знање је и физика која се, за разлику од данашњег дефинирања, односи на спознаје природе појавног свијета, јер, све што јесте, има узрок у себи (природне ствари) или у човјеку (творевине човјека). Треће теоријско знање је математика (стгр. μάθησις, *mathesis*: сазнавање), опет не у ужем значењу математике као рачунања, него дисциплине која поучава сазнавању.

Друга знања су, према Аристотелу, дјелујућа или *практичка* (стгр. πρᾶξις, *praxis*) знања и она су знања ради дјеловања, то јест ради друштвене праксе или учешћа у заједници. Ова знања чине етику (ст. ἦθος, *ethos*: боравиште, завичај, карактер, обичај),

---

[948] Код Аристотела је видљиво да – зависно од циља који се жели постићи – постоје четири врсте аргументације. Прва је научна и у оквиру ње је силогизам састављен од премиса које су истините; друга је дијалектичка и темељи се на силогизму с могућим премисама; трећу чине еристички силогизми, који почивају на могућим премисама које то у ствари нису и које резултирају лажним закључцима; док је четврта аргументација реторичка и она почива на два специфична поступка – ентимему и примјеру. (*Уп.* Спахија Козлић, *Реторички „троножац“: софисти, Платон, Аристотел и савремена позиција говора*, у: *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 13, год. 7., (2014), Зеница, стр. 34-50.)

политику (стгр. πολιτική, politikḗ) и економију (стгр. οἰκονομική, *oikonomike*). Прва пропитује и установљава вриједности моралног дјеловања у циљу остварења среће, друга се односе на друштвено дјеловање у заједници како би заједница била сретна, а трећа говоре о нормама доброг вођења кућанства или економисања у полису.

Трећа знања су *стваралачка* или поиетичка (стгр. ποίησις, *poiesis*) и путем њих се истражују сва она стваралаштва која су у нарави човјека и његова потреба. То су: поезија, реторика (стгр. ῥητορική, *rhētorikē*) и техника (стгр. τέχνη, *technē*). Прва се баве умијећем стварања у оном написаном кроз пјесме и сличне форме писаног израза, друга се занима за оно изречено, то јест комуникацију у ширем смислу, а трећа свој интерес усмјерава ка анализи свега онога што је произведено људском руком. Овдје ваља напоменути како практичка и поиетичка знања заједно припадају подручју онога што није нужно, то јест што може бити, али и не бити. За разлику од ових знања која су, дакле, по могућности, теоријска се тичу онога нужнога.

1. Аристотелова херменеутика етичког и политичког

За Аристотела су етика и политика као практичка знања јединство онога што он подводи под филозофију о људским стварима (стгр. φιλοσοφία περὶ τὰ ἀνθρώπινα, *philosophia peri ta anthropina*). То су, дакле, она знања која се исцрпљују у дјеловању, праксису (стгр. πρᾶξις). При писању етичких списа он се врло јасно дистанцира од Платоновог поимања добра, односно његовог свођења на идеју јер идеја, упркос Платоновом становишту, није на такав начин доступна човјеку и није на овај начин иманентна његовој нарави. „Ако чак и постоји једно Добро које се опћенито придаје другима те бива засебито и посебито, јасно је да такво човјеку није ни оствариво ни достижно.“[949] Морално дјеловање јест по својој суштини људско практичко знање и његова моћ да властити живот у заједници усагласи с другима према нормама које у њој јесу укоријењене. Зато предмет етике није и не може бити некакво добро по себи, него добро путем којег човјек остварује срећу у заједници.

Практичка знања и у њима етика, дакле, имају више значајки која их разликују од, примјерице, теоријских. Прва је у томе што у

[949] Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988., str. 8. (1096б)

практичком знању учествује и осјетилност, жудња и нагон, јер је за Аристотелова само на тај начин могућа вољa или хтијење, па би без тога оно практичко остало само пуко мотрење којег ништа не подстиче на дјеловање. Овај (неразумни, стгр. άλογον) дио душе, упркос различитим отпорима могуће је водити путем ума (λόγον), односно путем умног дијела душе чиме се конституира практичко знање или филозофија о људским стварима у оквиру које се жудња или нагон „едуцира“ да буде вођена умом у циљу ћудоредног понашања и дјеловања. Други је карактер практичког знања тај да му је предмет оно промјењиво у човјеку, јер свако људско биће дјелује према могућности да буде сретан из чега произлази да је практичко дјеловање усмјерено ка будућности, односно ка још неоствареном циљу који је, као његова нарав – могућност. То је, стога, што „нитко не промишља о ономе што се догодило, него о ономе што је будуће и које је могуће; док оно што се већ догодило, не може да се није догодило“[950]. Прошлост се на тај начин не може ни узети другачије него тако, па је циљ оног дјелатног покушати досећи циљеве који се намећу као могућност. Простор таквог дјелујућег знања јест заједница, полис, а полазиште за њега није ништа друго него ћудоредност и срећа којој се тежи.

Врлина је, при томе, друштвена постојаност која коригује и упозорава на страсти, нагоне и неумјереност било које врсте; она је могућа као избор или опредјељење (стгр. προαίρεσις, *prohairesis*) између крајности. Избор је тиме живјети у слободи (стгр. σχολάζειν, *sxolazein*) да се човјек свагда опредјељује због оног σχολή (*схоле* – доколица) будући да не постоји присила у ономе што човјек одлучује. За њу, то јест за σχολή, потребно је бити грађанин у правом смислу те ријечи, а он јест такав (као слободан да располаже својим временом) тек у полису које треба бити мјесто отворено за заједништво које је нарав људског бића. Из тог разлога ваља подвући да је живот у битном једна пракса, јер се испуњава у слободи да се дјелује у заједници.

Додатно свјетло на етичка питања, додуше посредно, баца и Аристотелова подјела душе на вегетативну или биљну, животињску или осјетну и умску која је присутна у људима. Биљкама тако припада храњење, животињама осјећања и просторна покретљивост, док је уму или човјеку иманентна духовна дјелатност. С тим у вези, душа је највиша енетелехија тијела и ум у њој заузима најистакнутије мјесто. Његова је улога

[950] *Ibid.*, стр. 119. (1139б)

двострука: ум је трпни (рецептивни) и дјелатни (стваралачки); први се односи на могућност или потенцију, а други на форму или актуелност. Овакав се однос „преноси“ и на поље моралног дјеловања, јер је етика простор праксе који је другачији од чисте теоријске или прве филозофије која пропитује оно вјечно. У човјеку због такве његове нарави почива могућност да буде моралан, односно да се реализира као човјек будући да тежи срећи или блаженству (стгр. εὐδαιμονία, eu̯dai̯monía).

Сами почетак *Никомахове етике* упућује на то да ће појам среће бити окосница расправе о моралности. То се види у Аристотеловом принципијелном утврђивању како било које умијеће, истраживање и дјеловање теже добру. Потом се разграничавају релативна појединачна добра од најопћенитијег, највишег добра, за којим се тежи због њега самога и такво добро за Аристотела је *срећа или блаженство*. Срећа је највише добро једноставно због тога што она представља оно довршено и себи довољно, а нипошто као некакав збир појединачних добара. Она је, свакако у вези с уживањем, али не у смислу крајности које је Аристотел затицао у теоријама киничке и Киренаичке школе, него у смислу тежње човјека да буде лишен било каквог бола.

Морална врлина се састоји у једном умском најбољем поступку у односу на уживање и бол, она је утемељена на тежњи за правим уживањем а оно настаје на основу дјелатности. Тиме су код Аристотела нераздвојни дјеловање и уживање. Дакако, просто повезивање дјеловања и уживања не могу указати на то шта је *добро* морално дјеловање, а које је дјеловање лоше и морално неприхватљиво. Тражећи одговор на ово питање Аристотел се враћа односу између двије моћи код човјека – једна је умност, а друга хтијење или воља. Будући да је добар човјек како по примјени умских принципа доброг, тако и по свакодневном практичком добром дјеловању произлази да се врлине могу подијелити у двије категорије: умске или дијаноетичке и карактерно-практичке или етичке. Иако је савршена срећа могућа једино у контемплативном живљењу које се ослања на теоријску примјену ума, човјек је и биће воље и нагонско биће и од таквог свог карактера не може побјећи. Зато је нужно наћи морални принцип у оквиру практичког свакодневног чињења како би човјек остварио срећу и у оквиру њега. Ова је практичка врлина (карактерна моралност) у бити мјера која човјека чини умјереним и она је средина између два порока или двије крајности; прва је крајност сувишак, а друга мањак. Укратко, полазећи од нарави

човјека да тежи срећи и добру, еудаимониу треба тражити у оном умском, али и вољно-пожудном, то јест срећа је како у мишљењу, тако и у практичком дјеловању човјека. Врлину Аристотел дефинира на једном мјесту овако: „Дакле, крепост је стање с избором, заправо средност у односу према нама, а одређена начелом, наиме оним којим би је одредио разборит човјек. Она је средност између обају порока, онога према сувишку и онога према мањку; а и због тога што пороци или не достижу или премашују потребну мјеру у чувствима и дјелатностима, док крепост и налази и изабире средину. Отуда, према бивству те одредби која говори што је она у бити, крепост је средност, али према најбољем и праведном, она је крајност.“[951]

С тим у вези он врлине које човјека чине сретним дијели на дијаноетичке и етичке. Најважније умске врлине (дијаноетичке) јесу: мудрост (стгр. σοφία), знање (стгр. ἐπιστήμη), умијеће или вјештина (стгр. τέχνη) и разборитост (стгр. φρόνησις). У карактерне или практичко-етичке спадају све оне радње и поступци који не припадају крајностима и у којима доминира средина (стгр. μεσοτεσ), као што су, напримјер, штедљивост као средина између шкртости и расипништва; храброст као средина између кукавичлука и срљања, праведност као средина између наношења и трпљења неправде и тако даље. Оваква средина, дакако, није аритметичка која се може измјерити, него се ради о томе како треба и како је право, и ради се о индивидуалном избору да се чини оно што је по нарави, али и, што је важније, оне се стјечу навиком у оквирима заједнице и друштвених норми. О томе Аристотел каже: „А и крепост се дијели према тој разлици; те једне крепости називамо умнима а друге ћудореднима; мудрост, расудност и разборитост умне су крепости, а племенитост и умјереност ћудоредне.“[952]

При томе је, што је од изнимне важности за расправу о праведности код Аристотела, *праведност највиша од свих етичких врлина*, јер она попут „савјести“ стоји изнад свих наведених, посебно оних којима се одређује мјера пожуде и нагона. Аристотел хоће рећи да је тежња добру једно посебно дјело или активност, јер нико по нарави није добар. Добар се постаје практичким понашањем које одговара норми. Зато се злим постаје по избору

[951] *Ibid.*, стр. 32. (1107a)

[952] *Ibid.*, стр. 22. (1103a)

будући да је човјек слободан да бира. Добро није по нарави, али ни против ње, наравна је добра само тежња ка њему и срећи, па се зато добро морално дјеловање ствара и искуствено учи и практицира. То значи да човјек не постаје добар тако што чита књиге о добру и зна његову дефиницију јер такво знање није теоријско, него практичко и црпи се управо путем моралног дјеловања. Аристотелова етика не очекује никаквог искупитеља и априорно не очекује ништа попут напретка у оном моралном. То је зато што је, попут цјелокупне збиље у цјелини, човјечанство у једном вјечном, континуираном постајању.

Политика је, рекосмо, као и етика и економија, дио такозваних практичких знања која свој смисао имају управо у дјеловању или људској активности у заједници. Однос етике и политике је на овај начин однос између двије сфере које се само увјетно могу одвајати. Чврсто стојећи на „емпиријским ногама“ Аристотел своју политичко-правну теорију темељи на врло обимној и минуциозној анализи постојећих државних уређења и оних о којима је постојао писани траг. Такво је истраживање обухватило сто педесет и осам различитих грчких и негрчких држава и њихових уставних текстова[953]. *Устав атински*[954] (као дио обимног списа *Устави*) је, чини се, најјаснији примјер анализе једног нормативног поретка што се може примијетити одмах у његовој структури. Писан је у два дијела. Први је повијесни и у њему је изложена хисторија атинског устава од најранијих времена па све до Аристотела; други дио се односи на систематски приказ нормативног уређења атинског полиса у вријеме живота Аристотеловог. За овај први, хисторијско-правни дио, користио је изворне текстове, углавном дјела Антроитона, Херодота, Тукидида, Солона и Критије. Други дио је писан с ослонцем на властита непосредна сазнања о правно-политичким рјешењима појединих сегмената друштвеног живота.

Ово дјело је својеврсни предложак за касније анализе свих оних битних питања која су у средишту Аристотелове политичко-правне филозофије. Ако је држава једини оквир друштвености, а то сугерира овај филозоф, политичко (друштвено) дјеловање и

---

[953] Неки аутори спомињу сто седамдесет, па чак и двјесто педесет устава. То је у сваком случају тешко процијенити будући да је обимно дјело *Устави* (*Политије*) сачувано само фрагментарно.

[954] *Уп.* Aristotel, *Ustav atinski*, Plato, Beograd, 1997.

трагање за практичким ослонцима добра јесу својеврсна онтологија политичког. Овдје ваља имати на уму да је полис Аристотеловог времена био у значајној кризи као резултату удара (за тај простор) глобалнијих политичких кретања. Овоме је погодовао и Пелопонески рат који је значајно исцрпио виталост старогрчког свијета и тиме друштвена збивања „населио“ неизвјесношћу и неспокојем који је, на извјестан начин, у својим забринутошћу обликованим комедијама осликао Аристофан. Из наведених разлога јавља се потреба преиспитивања и поновног нормативно-политичког осмишљавања полиса и напор у том правцу су највише усмјеравали Сократ, Платон и Аристотел. Након Сократове трагичне судбине и Платоновог разочарења у могућност озбиљења идеалне државе, Аристотел ће минуциозним анализама друштвених поредака и ранијих нормативних уређења покушати разумјети и објаснити смисао и темеље полиса. Зато је анализирао раније и постојеће уставе.

Аристотел је живио у вријеме врло интензивног писања најразличитијих текстова о нормативно-политичком уређењу атинског друштва. Они су били резултат различитих мотива, а главни је свакако захтјев да се уреди атинско друштво које је у то вријеме било разбијено грамзивошћу, економском неједнакошћу, интересима појединих друштвених група и социјалном неправдом. Као што се то види у *Политици*, Аристотел напушта Платонов политички идеализам апсолутистичког типа и у одговору на питање о реалном државном уређењу трага дубоким анализама реално-конкретног свијета држава у окружењу, њихове правно-политичке повијести и збиље. Истина, његов учитељ га је, својим ставовима изреченим у *Законима* (у којима дјелимично коригира искључиве ставове у *Држави*) и разочаравајућом изреком како не постоји праведна држава, него само мање или више неправедна, већ дјелимице преусмјерио с поља дедуктивно-идејног концепта државе на реални конструкт државног уређења.

Његова је методологија сљедећа: „Будући су дакле првашњи мислиоци оставили неистраженим оно што се тиче законодавства, можда је боље да те ствари сами промотримо, и опћенито о државном поретку, како бисмо колико је могуће употпунили знанствено истраживање о људским стварима. Стога, ако су ишта према појединoм дијелу прикладно изрекли наши претходници, покушајмо то развидјети, а затим из прикупљених устава појединих држава покушајмо проучити које ствари одржавају а које разарају државе, и које су оне у одношају на поједине уставе, те

због којих се узрока једнима државама управља складно а другима обрнуто. Пошто се те ствари проуче, можда ћемо боље увидјети и који је државни поредак најбољи те како се сваки мора установити и којим се законима и обичајима мора послужити.“[955]

Људска природа се у потпуности може развити тек у заједници, како она морална, тако и политичка, те су, с тим у вези, етика и политика у таквом односу да етика утврђује моралност индивидуе, а политика уређује односе којима се озбиљује колективно добро „па иако је пожељно и добро само за појединца, љепше је и божанскије постићи га народу и државама“ (*Никомахова етика* 1094б). То је, стога, што је човјек по нарави друштвено (политичко) биће. *Anthropos physei zoon politikon* (стгр. ἄνθρωπος φύσει ζῷον πολιτικόν: човјек је по нарави (природи) друштвено биће), каже Аристотел у својој *Политици* коју, као што је познато, почиње ријечима да свака заједница настаје ради неког добра, „а највише пак, и оному које је најпоглавитије од свих (добара) оно заједништво које је од свих најпоглавитије и у себи задржава сва остала. А то је оно названо *држава и државно заједништво*“ (курзив С. К.)[956].

Нарав је човјека, дакле оно *physei*, *physis* (φύσις), да тежи добру, односно срећи и блаженству. Таква је интенција видљива и у његовој *Никомаховој етици* јер прва реченица овог списа почиње ријечима да „свако умијеће и свако истраживање, те слично дјеловање и потхват, теже, чини се, неком добру“[957]. Уђе ли се дубље у ова два Аристотелова дјела из домена практичких знања, а право то свакако јесте, онда се може видјети како је полазна претпоставка друштвености љубав, односно солидарност или пријатељство, оно старогрчко *phylia* (φιλία) на којем почива и сама филозофија. Наравно, љубав је оквир друштвености и, као таква, недовољна је за коначну друштвену организацију каква је држава. Држава као озбиљење идеје добра, могућа је, сматра Стагиранин, тек путем њеног духа, а њен дух је *nomos* (νόμος) у најширем смислу. Номос је, тако, закон, морал, писани и неписани обичај и

---

[955] Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988., str. 242-243. (1181б 13)

[956] Aristotel, *Politika*, prev. Tomislav Ladan, Globus, Liber, Zagreb, 1988, str. 1. (1252a)

[957] Aristotel, *Nikomahova etika*, prev. Tomislav Ladan, Globus, Liber, Zagreb, 1988, str. 1. (1094a)

сваки вид традиције, па је зато циљ државе и њених закона остварење оног највишег – среће. Да закони требају бити механизам остварења добра показује и његова симбиоза политичког, правног и моралног, те је, тако, праведност (*dikaion, стгр. δίκαιον*) врлина (*arethe, стгр. ἀρετή*) као средина између двије крајности – трпљења и наношења неправде, а средина, односно умјереност или *mesotes (стгр. μεσότης* - једнакост) треба бити темељ државног уређења.

Заједница (стгр. κοινωνία) свој основни облик има у породици а најпотпунији у држави. Држава није потребна једино боговима и звијерима, децидан је Аристотел, јер се оно људско може испољити тек у заједници с другима под увјетима који заједницу чине нормативно-политичким субјектом званим држава. Да је човјек по нарави биће заједнице показује већ прва друштвена форма колективитета – породица и она се на темељима љубави и солидарности формира између мушкарца и жене. Аристотел сматра да у свакој заједници, па тако и у породици, мора да постоји однос надређености и подређености и такав је однос природан. Из породице и домаћинства се јасно виде познати Аристотелови односи вођења (управљања) и слушања (подређивања). То су однос између господара и роба, мужа и жене, оца и дјеце, посједника и посједа. Више породица или домаћинстава (стгр. οἰκία, *oikia*) чини насеље или село (стгр. κώμη, *kōmē*), а заједницом мноштва насеља формира се град или држава (стгр. πόλις, *polis*). Овдје се види да је држава посљедица заједнице појединаца, домаћинстава и насеља, но у његовом је концепту држава ипак првобитнија од ових претходних јер је цјелина надређена својим дијеловима. Циљ полиса по Аристотелу је обезбјеђење и побољшање како голе опстојности, тако и моралног живота својих грађана: „Потпуна заједница од више села која је, да тако кажем, постигла највиши степен самодовољности јесте држава; она настаје ради одржавања живота, а постоји ради срећног живота.“[958]

Већ је речено да Стагиранин одбацује Платоново инсистирање на идеализирању друштвености и окреће се реалнијем посматрању државних уређења како би се конципирала држава у складу с природом човјека. С тим у вези, форме државе могу бити конципиране на бази владавине *једног* човјека, *неколицине* или *већине*. Но, сва три концепта се могу засновати на добрим или лошим намјерама и поступцима. Како би то разјаснио

[958] Aristotel, *Politika*, BIGZ, Beograd, 1984., str. 4. (1252б)

до краја Аристотел приступа типологизацији државних облика, непоновљивој у повијести политичко-правне филозофије. Дакле, када државом управља један човјек, пожељан и ваљан (стгр. ορθή, orthi) је државни устрој који он назива *монархијом или краљевином* (стгр. βασιλεία) и он, као најврснији, влада за добро свих грађана. Када државом управља неколицина коју одликује изврсност и крепост онда се она зове *аристократија* (стгр. ἀριστοκρατία, *aristokratía*), а када је на челу ње већина онда се она зове *република* или *политеја* у ужем смислу (стгр. πολιτεία). Изопачени облик владавине појединца је *тиранија* (стгр. τυραννία), аутократска самовољна власт једног човјека; *олигархија* (стгр. ὀλιγαρχία) је изопачена форма владавине неколицине најбогатијих, док је *демократија* (стгр. δημοκρατία) тирански облик владавине већине. Ове негативне друштвене форме Аристотел је врло једноставно резимирао у једној реченици своје *Политике*: „Јер тиранида је монархија која има у виду само интересе монарха, олигархија интересе богаташа, а демократија интересе сиромаха“[959].

У вредновању различитих државних форми Аристотел показује сву дубину политичко-правне анализе, а сугестијама о најбољем уређењу на најдиректнији начин повезује своју етику с политиком. Државни облици се требају, тако, процјењивати на основу три основна критерија: апсолутно најбољем мјерилу, релативно најбољем мјерилу и ономе које је просјечно. При томе је апсолутно најбоља владавина она у којој оснивачу државе припадају најбољи људи, средства и земљиште и то у неограниченој мјери; релативно најбољи облик се може видјети тамо гдје је број грађана државе који га усвајају и желе његову трајност већи од оног који га не желе. Из ових расправа Аристотел закључује како је најтрајнија и тиме релативно најбоља она држава која је умјерена и у којој је средњи друштвени слој најзадовољнији чиме директно повезује етичке принципе с политичким. Тиме он жели рећи како су савршени државни облици само хипотетички, тиме теоријски, и идеални.

С тим у вези, за Аристотела је најреалнија и релативно најбоља република која је по свом карактеру средина између олигархије и демократије. Њен је карактер тај да средњи сталеж има доминацију, па, уколико је он задовољан, држава је трајнија и мање изложена унутрашњим сукобима. С обзиром на његов етички императив о умјерености као средини између крајности, средина

[959] *Ibid*., стр. 65. (1279б)

између крајности у друштвеном уређењу јест пожељна јер се тиме промовира праведност о којој интензивно пише Аристотел у *Никомаховој етици*.

2. Аристотелово поимање праведности

Појмови праведности и правичности данас изазивају бројне несугласице, а најприсутнија је она да су ови термини истовјетни о чему говори мноштво написаних уџбеника, ауторских текстова, те позитивноправних прописа и њихових коментара. Истина, у литератури на појединим језицима постоји прецизна дистинкција ових појмова мада она није често удомаћена у правним текстовима.[960] Но, чини се да је управо Аристотел примјер разграничења између ових фундаменталних филозофскоправних топоса. Праведност постоји тамо гдје међу људима има закона, сматра Аристотел, а закон је ондје гдје међу људима има неправде, па тако праведност јест разликовање неправедног од праведног. Тамо гдје је неправда, ту је и неправедно дјеловање или чињење неправде. Она је присутна у ситуацијама када појединац себи узима превише онога „што је за све добро", а премало онога што је у заједници лоше. Из тих разлога, децидан је Аристотел, *у држави треба владати начело, а не човјек*, јер он често доноси одлуке за себе, а не за полис и тако врло лако постаје тиранин.

Брига за позицију хеленског свијета и његове нарушене вриједности код Платона се слути као експлицитна намјера да се државно уређење креира према строгој хијерархији оног душевног и таква је експлицитна аналогија душе, организма и државе видљива готово на сваком мјесту *Државе*. За разлику од њега, Аристотел хеленско друштво ка правди жели имплицитно усмјерити путем дубоке емпиријске анализе присутног номоса у најширем смислу и нарави човјека као *zoon politikona*. У том смислу је појам праведности за Стагиранина у директном односу спрам дјеловања, што ће рећи да је праведан онај који *чини* праведна дјела

[960] Напримјер, на латинском језику праведност је *iustitia*, а правичност *aequitas*; на енглеском је праведност *justice*, док је правичност најчешће *equity*. И у њемачком језику поменути се појмови разликују, па је *Gerechtigkeit* праведност, а *Biligkeit* правичност. Међутим, у нашим јужнославенским језицима постоји становито „изједначавање", па се негдје *праведност* поистовјећује с *правичношћу* (словеначки језик), док се на српском језику за *праведност* врло често користи израз *правда*. Упркос томе, готово је правило да се израз *праведност* односи на позитивну правну норму, односно на законе које доноси законодавац.

као што човјек постаје умјерен на умјереним *поступцима*. Међутим, овдје ваља нагласити како се праведност као средина између трпљења и наношења неправде нипошто не треба третирати као осредњост. На такву могућност скреће пажњу и Жељко Калуђеровић подвлачећи како је таква средина уствари једна посебна врста аксиолошког мјерења „према стандарду шта је умерено, прикладно, правовремено или потребно“[961].

Готово цијела пета књига *Никомахове етике*, као што је познато, посвећена је појму, дефиницији и расправи о различитим аспектима праведности. С тим у вези, Аристотел се у првом дијелу ослања на Платоново разумијевање праведности као „кровне“ врлине али, реферирајући се на конкретне социјалне односе у Атини, настоји путем овог појма упутити етичке поруке како је она, као највиша врлина, претпоставка истинског праведног дјеловања, те је тиме праведност истовремено једна посебна врста знања и могућности да се она озбиљи у конкретним друштвеним односима. Осим што је савршена, праведност је и највећа врлина; она није дио врлине „него је цијела крепост, док опречна неправедност није дио порока, него је цијели порок“[962].

Они који се баве филозофским рефлектирањем појма праведности знају да готово свака расправа о праведности и правичности почиње и неријетко завршава с овим перипатетичарем. При томе се, у правилу, аутори најчешће реферирају на пету књигу његове *Никомахове етике* и, наравно, *Политику*. У анализама овог фундаменталног филозофскоправног појма полази се од Аристотеловог дефинирања праведности као карактерне врлине која, као умјереност, стоји између двије крајности – наношења и трпљења неправде. На овај начин је *праведност моралност која изједначава*, то јест која настоји поништити оно што је, као неморално, неприхватљиво и непожељно у полису. Но, Аристотелова оригиналност се види у дистингвирању двије врсте праведности: *дистрибутивне* (стгр.δίκαιον διανεμητικον, *dikaion dianemetikon*, lat. *iustitia distributiva*) і *комутативне* (стгр. δίκαιον διορθωτικον, *dikaion diorthotikon*, lat. *iustitia commutativa*). Прва је геометријске нарави и видљива је у друштвеним поступцима награђивања грађана према заслугама и достојанству, те је, као таква, присутна превасходно у

[961] Жељко Калуђеровић, *Хеленско поимање правде*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2010., стр. 242.

[962] Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988., str. 90. (1130a8-13)

подручју политичког дјеловања у ситуацијама када најзаслужнијим грађанима треба одати највиша друштвена признања. Другу врсту праведности Стагиранин назива аритметичком или изједначавајућом и она полази од принципа да је праведно једнако, а неправедно неједнако. Она је присутна, мање-више, у кривичним поступцима када осуђени оштећеном треба надокнадити вриједност отуђене или оштећене ствари. У питању је начело узајамних поступака „дајем да ми даш“, „ја теби – ти мени“ (лат. *do ut des*).

Дакле, да резимирамо, дистрибутивна праведност је по својој нарави диобена, раздјељујућа, јер се она односи на расподјелу угледа, новца и свега онога што је предмет друштвеног дијељења, то јест дистрибуције. Она нужно говори о могућностима да неки имају једнаког, а неки неједнаког удјела, с тим да неједнакост те врсте не упућује на неправедност него на сразмјер сходно заслузи. Комутативна праведност се односи, дакле, на исправљање, поправљање, поравнање и односи се на сразмјер. Овдје се види да путем дистрибутивне праведности Аристотел хоће установити принцип осигурања коректности и непристрасности у одређеној области, док је „функција комутативне праведности поновно успостављање еквилибрија, ако је био нарушен, у истој сфери међуљудског саобраћања“[963].

И ова је праведност, наравно, вид једнакости, али не геометријског него аритметичког типа. У њој се не полази од угледа или заслуге, него судија у ситуацијама спора настоји утврдити компензацију која одговара учињеној штети или неправеди, то јест судија установљава средину као једнакост између штете и одштете, нанесене неправде и казне за њу. При томе поступак утврђивање праведног нипошто не смије бити мотивиран било којим парцијалним интересима, то јест судац нужно треба одредити „свакоме једнако према сразмјери“ (Аристотел) јер праведност као таква егзистира тамо гдје влада начело, а не неки појединачни човјек или група њих.

Но, Аристотел увиђа како опће правне норме не могу предвидјети сваки појединачни правни случај и, с друге стране, свако друштвено дјеловање није сводиво на правну норму у ужем смислу, па оригинално тврди да је идеал праведности недостижив, сократовски тврдећи да је праведно оно што је законито. То је,

---

[963] Жељко Калуђеровић, *Хеленско поимање правде*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2010., стр. 251.

између осталог, и због тога што су позитивни закони често непотпуни и нормативно ограничени па је, због његове моралне димензије, често потребно радити корекције с акцентом на појединачне случајеве. Начин да се то учини јест *правичност* (стгр. ἐπιείκεια, *epieikeia*) која се треба разумијевати као корекција или поправак норме. Она је тиме *праведност појединачног случаја* или, како то пежоративно записа Хегел у *Основним цртама филозофије права*, правичност код Аристотела је „крњење" формалног права које се збива из моралних или других обзира[964]. Хегел као да је овакав свој став заузео ослањајући се на Аристотелову опаску да је судија неопходан „како би правичност могла превагнути" јер она представља „флексибилност" у процјени праведности која се, за разлику од праведности која наступа од опће норме према индивидуалном чину, креће од појединачног случаја ка општем начелу. Тиме се сугерира да је правичност животно-морално употпуњавање општег (некада крутог) разумијевања и провођења праведности.

„Бити правичан значи показати се благ према људским слабостима и обазирати се не на закон, већ на законодавца, не на слово закона, већ на законодавчеву намеру. Правичан човек нема на уму дело него намеру, не део него целину, и не гледа какав је ко у датом тренутку, већ какав је био током целог или већег дела живота. Радије се сећа добара која је примио, него зала што их је претрпео; радије доброчинстава што их је примио, него оних што их је другоме учинио. Правичан човек стрпљиво подноси нанету неправду и настоји да до правде дође радије споразумом него парницом. На крају, више жели да спор изглади пред изабраним судијом, него да на суду води парницу, јер онај гледа шта је правично, а судија искључиво закон. Баш зато је и уведен изабрани судија како би правичност могла да превагне."[965]

Према Joachimu Ritteru Аристотелово право у смислу закона, те тиме и праведност, у правилу почива на многострукости свега онога што је у полису уврије́жено као номос у најширем смислу. „У

---

[964] *Уп.* G. W. F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, „Veselin Masleša", Sarajevo, 1964. На сличан начин резонира и Густав Радбрух у својој „аксиолошкој фази" филозофскоправног теоретизирања, јер напомиње да „праведност и правичност нису различите вредности, него различити путови да се дође до јединствене правне вредности", јер „правичност је правда појединачног случаја". (*Уп.* Густав Радбрух, *Филозофија права*, Центар за публикације, Београд, 2006, стр. 41.)

[965] Aristotel, *Retorika*, Plato, Beograd, 2000., str. 99. (1374б)

смислу високе врлине и прикладности они одређују што у животу грађана треба да вриједи као право."[966] Ритер хоће рећи да је право код Аристотела фундирано у обичајима и институционализирано је мноштво позитивних норми у полису; зато га он и назива етичким јер припада етхосу као обичајном животном поретку у заједници и оно као такво путем закона повратно утјече и одређује понашање појединаца. С тим у вези, он наглашава како код Аристотела није могуће говорити о дистинкцији између природног и позитивног права што ће бити предмет каснијег говорења.

Покушајмо на крају резимирати Аристотелову херменеутику практичког ума, то јест његов поглед на етику и политику, њихову узајамност те, у оквиру њих, појам праведности. Када се дубље промисли накана практичке филозофије, праведност је за овог „старогрчког Хегела" добро за оног другог у заједници, тиме и за мене. Она подразумијева управо то – својеврсну бригу за другога, то јест његову добробит, јер ваља поћи од тога да, за разлику од Платона, „људи треба по природи да буду једнаки и да међу њима нема разлике"[967]. Она се треба као једнакост наћи на средини између мене и тебе као слободних грађана полиса, јер се највеће неправде дешавају из жеље да се онај други надмаши, те је зато праведност специфична врста узајамности као *sine qua non* не само политичког дискурса, него и трајања, то јест опстанка државе.

Из тога слиједи да праведност треба његовати будући да она подразумијева узимање у обзир како властите добробити, тако и добробити другог који је нама равноправан. Оваква солидарност је друштвена φιλία која треба чинити окосницу било које друштвене групе (κοινωνία) укључујући и саму државу (πολις) чији је дух номос (νόμος) као начело и гаранција њеног опстанка. Зато сви грађани државе имају право на добробит и срећу (εὐδαιμονία), па је тиме добро другог манифестација општег добра и праведности који постају управо то – начела слободе и узајамне једнакости. При томе ваља имату на уму да је овакав друштвени поредак људски поредак, никако божији како се то могло примијетити у ранијим концептима државног устроја што, дакако, важи и за законе. Они немају полазиште у било чему трансцендентном као што је то, примјерице, случај с Платоновим покушајем „политичког трансцендирања" људске конкретне друштвене збиље јер, децидан

[966] Joachim Ritter, *Metafizika i politika*, Informator, Zagreb, 1987., str. 161.

[967] Aristotel, *Politika*, BIGZ, Beograd, 1984., str. 19. (1259б)

је први патетичар, политику и право не креирају ни богови ни апстрактне идеје, него искључиво практички ум који сугерира да човјек срећу треба тражити искључиво у сретној заједници дјелујући по начелу узајамне добробити или солидарности.

Закони, моралне норме и обичаји, јесу искључиво политичке (друштвене) творевине као манифестација заједничке тежње да се остваре циљеви који су у нарави људских бића – сретан и задовољан живот. При томе је, наравно, полис фундаментални модус људске егзистенције, па дјеловати политички значи дјеловати људски. Из тог разлога Аристотел и јест преокупиран расправама о том истом политичком. Разрјешење овог важног филозофско-практичког питања увјет је оздрављења болесног атинског друштва у Аристотелово вријеме и таква је брига видљива у готово сваком параграфу *Никомахове етике* и *Политике*. Појмови дистрибутивне и комутативне *праведности,* те оригинално тумачење и давање важности термину *правичности* у правно-судском и политичком праксису јесу од круцијалне, готово аксиоматске важности за моралан, праведан и сретан живот у заједници. Појам правичности, као уникатни Аристотелов изум, резултат је његовог цјеловитог разумијевања нарави човјека и дубоког анализирања друштвених поредака његовог времена. Њиме Стагиранин упозорава како је тешко, па и готово немогуће, непоновљиво појединачно дјеловање уређивати општом правном нормом. С друге стране, што је из етичке перспективе значајније, судац при доношењу пресуда свагда мора имати на уму да норме нису сводиве искључиво на писани закон, то јест приликом свог одговорног посла треба просуђивати и према моралној норми по оној познатој да је „право морални минимум“.

3. Могући утјецај Аристотела и Канта на Хабермасов поглед на међународно право у свјетлу расправа о уставу Европе

Помно студирајући стање међународних односа у Европи након Другог свјетског рата, Jürgen Habermas, у својим посљедњим списима, горљиво се бави конституционализирањем међународног права са жељом да развије, како он каже – „једну нову увјерљиву нарацију“. Ради се о његовом оптимизму у случају Европске уније која се може узети као примјер и један важан искорак ка „политички осмишљеној свјетској заједници“. Одмах се види, а Хабермас то и не крије, да он ово реактуелизирање идеје козмополитске заједнице црпи из Кантових правно-политичких

списа, посебице списа *Према вјечном миру,* као и других његових радова који третирају успоставу међународног полиса на идеји превазилажења природног стања међу државама, те фундаменталне етичко-политичке идеје Аристотела. Хабермас уочава да је Европска унија у расправама о њеном уставу запала у ћорсокак, односно да је „изгубила дах“ и увукла „главу међу рамена“ у моменту када је требало пријећи с економског ка политичком уједињењу Европе.

Разлог за то је, сматра овај франкфуртовац, што су неки европски умови заробљени догмом из 19. стољећа по којој тамо гдје нема конститутивног народа, нема ни државе, па, према тој логици, европска држава не може постојати јер не постоји европски народ. Овој анахроној аргументацији Хабермас супротставља једну другу путем које је могуће избјећи политичку парцијализацију у свијету. Наиме, „непрестана политичка фрагментација у свијету и у Европи стоји у супротности са системским израстањем једне мултикултурне свјетске заједнице и кочи напредовање у уставноправном цивилизирању државних и друштвених односа власти“[968]. Овај став Хабермас аргументира позитивним примјером озакоњења права које је прелазило државне границе формирањем Уједињених нација након Другог свјетског рата и доношењем међународних конвенција које су биле наднационалног карактера. Ова је интенција посебно добила на снази након краја Хладног рата, јер су тада биле присутне тенденције пацификације државе које су отвориле могућност наднационалног дјеловања како би се, прије свега, обуздале „анархичне конкуренције моћи“ и иницирала сарадња међу државама. „Јер само се са оваквим, новим наднационалним способностима дјеловања могу укротити *друштвене* (курзив Ј. Х.) природне силе које су транснационално разузданe, то јест систематски притисци који неспутано продиру преко националних граница (данас, прије свега, притисци глобалног банкарског сектора).“[969]

Двије су могућности такве транснационализације народне суверености. Прва је та да се националне државе *подређују* „наднационално утврђеном праву“, а друга је могућност да се *дијели* уставотворна власт међу оним државама које су добиле мандант од својих народа да учествују у формирању такве

---

[968] Jürgen Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, Centar za javno pravo, Sarajevo, 2011., str. 43-44.

[969] *Ibid.*, стр. 46.

наднационалне заједнице. *Подређивање* једном праву или *подјела* уставотворне власти тако су двије могућности успоставе једне глобалне политичке заједнице. Ове двије идеје су створиле и два различита табора у живом дијалогу о уставу Европе с краја 20. и почетком 21. стољећа, а ради се о такозваним *интегристима* и *интергаверменталистима*. Из Хабермасове теоријско-правне визуре ради се о избору између транснационалне демократије и постдемократског егзекутивног федерализма.

Актуелни дискурс о европском полису све се више ограничава на модалитете изласка из банкарске кризе при чему се очито занемарује политичка димензија проблема и стјече утисак да се ради о опасном економистичком сужавању перспективе, наводи Хабермас у *Огледу о уставу Европе,* питајући се при томе који су стварни разлози кризе Европске уније. Првобитни ентузијазам о наднационалном устроју Европе, који, и поред повремених песимистичких опаски, доминира у есејистичкој дисперзији Хабермасове мисли, као да губи дах. То је, дакле, видљиво у све чешћем редуцирању проблема на економске категорије и занемаривању, како то примјећује Хабермас, „увећане социјалне разлике и статусне несигурности“. Европске владе показују недостатак храбрости, оне се „беспомоћно копрцају у безизлазности ситуације, приклијештене на једној страни императивима великих банака и агенција на *rating*, а на другој властитим страхом од запријеченог губитка легитимације пред властитим, фрустрираним народом. Обезглављена трка за растом указује на непостојање једне широко отворене перспективе.“[970]

Проблем је утолико већи што се „приватизам грађана државе појачава захваљујући обесхрабрујућем губљењу образовања мишљења и воље“[971], а он је посљедица немогућности да тржиште

---

[970] *Ibid.*, стр. 41.

[971] J. Habermas, *Dijalektika sekularizacije – o umu i religiji*, prev. Dragan Stojanović, Dosije, Beograd, 2006., стр. 23. Наиме, ради се о разговору између Хабермаса и Josepha Ratzingera који је, на позив Баварске католичке академије, вођен 19. јануара 2004. године у Минхену. У дијалогу ова два „интелектуална антипода“ Хабермас пита о претполитичким основама демократске правне државе – посебно након очитог позитивирања цјелокупног права и „неметафизичког оправдања политичке власти“, односно умског, либералног оправдања темеља демократске уставне државе (кантовске провенијенције) – које стоје насупрот религијским учењима о природном праву. Конкретније, да ли секуларна држава може живјети „од нормативних претпоставки које она сама не може да гарантује“? Осим овог питања које смјера на помало изненађујући позив филозофији да буде спремна учити из религијске традиције, „религиозно

буде демократизирано по узору на државне институције. Оно зато тежи примјени и у оним областима живота које су прије биле везане другачијим нормативним везама, па је оријентација ка тржишном успјеху постала дио готово сваког субјективног дјеловања.

Он упозорава, директно или индиректно, на неолиберализам као идеолошки и практични тоталитаризам, односно тежњу за потпуним овладавањем приватном и јавном сфером. За разлику од класичних облика тоталитаризма у виду, примјерице, фашизма, националсоцијализма или стаљинизма, који се темеље на непосредној репресији и терору, неолиберализам примјењује посредне методе манипулације. Она почиње широким спектром медијског „размекшавања“, потом прелази готово непримјетно у политички, прецизније страначки простор и, наравно, на крају, завршава се у оквирима легалне нормативне моћи или, како то рече Деррида, у *Сили закона*, „овлашћене силе, силе која се оправдава и која се оправдано примјењује, чак и ако то оправдање може, с друге стране, да се процијени као неоправдано и неоправдиво“[972].

Такозвани класични и неолиберални тоталитаризам разликују се и по томе што је субјект класичног тоталитаризма неки девијантни облик државне творевине, док неолиберализам има мрежни карактер. Он је по својој нарави уперен против полиса у његовом најширем значењу и тиме разара „демократско ткиво“ и изворне – аристотеловски мишљено – јавне функције. Он у бити тежи затирању државе схваћене као *res publica* и њеном претварању у инструмент неолибералног интереса, те директно утјече на духовност тако што затире креативност и критичност надомјештајући је диктатом приватизације јавних добара, чиме се уништава идеја универзитета, хуманих циљева науке и културе у цјелини.

немузикални“ франкфуртовац – како Хабермас назива самог себе – пледира за постсекуларно враћање и другим изворима западне културе, укључујући чак и могућност да „религиозним уверењима буде признат епистемски статус који није напросто ирационалан“. Додуше, овим он жели подвући потребу неутралности државне власти да на принципијелно једнакој равни гарантира и „потенцијал истинитости“ религијских свјетоназора и то тако што ће секуларна јавност уложити напор да се религијски прилози свијету преведу на „јавно приступачан језик“.

[972] Jackuess Derrida, *Sila zakona: mistični temelj autoriteta*, Svetovi, Novi Sad, 1995., str. 8.

Такве интенције, чини се, све су очитије и у домену споменутих актуелних јавних расправа о устроју Европе. Неолиберални концепт редуцирања и усмјеравања политичког на институције, односно на кибернетичке процедуре – што је видљиво у данашњем устроју Европске уније и њеном свођењу свеколиког друштвеног искуства на експертизе – резултат је, с једне стране, сцијент(е)олошког захтјева за мјерљивошћу који свој коријен има у основном позитивистичком захтјеву за објективизирањем животног свијета, те, с друге, позивом на свеколику окупацију јавних добара.

На овом мјесту корисно је проблематизирати и за расправу понудити Хабермасов став о такозваном распрснућу неолиберале илузије којег је, како то он записа у *Огледу,* подстакло „схватање да финансијска тржишта, односно опћенито функционални системи свјетског друштва који прелазе преко националних граница, стварају проблеме које више не могу савладати поједине државе или коалиције држава“[973]. Због тога он говори да политика опћенито стоји под изазовом регулације, па се, категоричан је, интернационална заједница држава мора развити у козмополитску заједницу држава и заједницу грађана свијета.

Тешко је отети се дојму како је Хабермас мјестимице непотребно уопћен, јер проблем неолиберале идеологије, односно глобалне окупације јавних добара, жели свести на „суху“ политичку регулацију кроз недоречени, готово утопијски концепт козмополиса, а да се при томе малтене не доводи у питање сама идеологија. На овакав закључак нагони нас и његов став изречен у *Расцијепљеном Западу*. Он тамо каже да „нови устав треба продубити интеграцију, ојачати колективну способност дјеловања Уније и смањити демократски дефицит на који се надалеко чују притужбе. Владе би чак могле сам устав искористити као инструмент за образовање европског идентитета, ако се упусте у промјену свог досадашњег политичког стила, у промјену која свакако није без ризика и у сваком случају изискује вријеме.[974]“

---

[973] Jürgen Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2011., str. 10.

[974] Jürgen Habermas, *Rascijepljeni Zapad*, Rabic, Sarajevo, 2010., str. 80.

4. Закључак

У елаборацији о спору између интегриста и интергаверменталиста, који је доминантан у текућем дискурсу о будућности Европе, требају се далеко више узимати у обзир потребе коегзистенције битно различитих култура које почивају на језичкој, обичајној, аксиолошкој, укратко духовној разноликости, и то је данас животно питање не само Европе, него, дакако, и свијета у цјелини. У том смислу ваља примијетити да разноликост Европе омогућује суживот којег савремена филозофија, посебице херменеутичка – схваћена у смислу Аристотеловог *philosophiae anthropinae* – види као хоризонт за једну бесконачну задаћу човјека.

У циљу лакшег разумијевања оваквог животног свијета, потребно је каткад вратити се и у ранији политички свијет који се – за разлику од данашњег захтјева за епистемолошким установљавањем опћенитих, свима наметнутих судова о јединству свијета – мање-више темељи на коегзистирајућем феноменалном интересу многих, односно њиховом плуралном животном свијету, који – зашто то не рећи – почива и на тако омраженом појму *доха*, односно *мнијења*. Ова разлика између *епистеме* и *доха,* коју најрадикалније оцртава Платон, код његовог перипатетичког ученика изражава се разликом између *phronesis* и *sophia*, те, што је од пресудног значаја, њиховом повезаношћу с битно различитим начином озбиљења највишег политичког добра *као људског добра* и, надаље, тежњи за знањем *као божанском добру*.

CAN THE EU LEARN FROM ARISTOTLE? OR: ARISTOTLE'S UNDERSTANDING OF EQUITY AS POSSIBLE PROPEDEUTICS FOR DISCUSSION OF ETHICAL AND LEGAL BASIS OF EUROPEAN (KOZMO) POLICY

Summary. *When Immanuel Kant in his practical-philosophical writings pleaded for the establishment of a single European political and legal space he was inspired by Aristotle's original doctrine of justice as something that does not possess transcendent, but only immanent character. For the ancient Greek peripatetic scholar justice is a virtue and it is, therefore, social stability which corrects and draws attention to the passions, impulses and excesses of any kind; it is possible as a choice or*

commitment (προαίρεσις, prohairesis) between the extremes. The choice is thus to live in freedom (Σχολάζειν, sxolazein) having in mind that a man always opt for σχολή (sxole - leisure) since there is no compulsion in what man decides. Therefore it is necessary to be a citizen in the true sense of the word, which is the case only in the polis as the place open to the community and related to the nature of human beings. For this reason, it should be emphasized that life is essentially a practice, because it realizes the freedom to act in the community. In doing so, it is of paramount importance for the debate on justice in Aristotle, justice is treated as the highest of ethical virtue, because of its similarity with the conscience which stands above all other virtues, in particular above those governing the measure of desire and natural impulses. Aristotle claims that the pursuit of goodness is a particular work or activity as no one by nature is good. Human beings become good through practical behavior that conforms to certain norms. That is why evil becomes optional since the man is free to choose. Good is not in accordance to human nature neither against it; only striving for moral values and happiness is natural. Therefore morally acceptable actions are creates through experiential learning and practicing. Aristotle accepts politics and law as expressions of the so-called practical knowledge which meaning is visible in the human activity within the social context. Thus the relationship between ethics and politics is the relationship between the two spheres that only conditionally could be separated. In this respect, fairness exists where the people respect the law and the law exists if there is injustice among people (justice implies difference between injustice and justice). Where there is injustice, there is also unjust action or committing injustice. It is present in situations when an individual assumes too much of "what is good for all," and too little of what is wrong in the community. For these reasons, the state should be ruled by the principle, not by the man, because he often makes decisions for himself and not for the polis and so easily becomes a tyrant.

Keywords: *justice, law, politics, ethics, government, freedom, moderation.*

Др Димитар ГЕЛЕВ,
Редовни Професор Правног Факултета "Јустинијан Први", Скопље, Македонија
Др Биљана ПЕТРЕВСКА,
Доцент Правног Факултета "Јустинијан Први", Скопље, Македонија

ПРАВНА СИГУРНОСТ КАО ПОДСТИЦАЈНИ ФАКТОР ЗА ДИРЕКТНЕ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У МАКЕДОНИЈИ

Апстракт.*Основни циљ овог рада је да анализира правну сигурност која укључује идеју јасноће, разумљивости, доследности, предвидљивости и кохерентности закона. Овај рад се састоји из пет делова.Први део овог рада је увод у коме се објашњава предмет истраживања, тачније Појам и карактеристике правне сигурности, иу овом делу рада детаљно се објашњава концепт правне сигурности и његове функције кроз законе и правила чије одлике треба да буду стабилност, јасноћа, једнообразност, имплементација, транспарентност, и предвидљивост. Други део носи наслов Правна сигурност у Македонији као фактор за инвестиције – од прошлости до данас,и објашњава преглед законодавства и политике за привлачење страних директних инвестицијау Македонији, почевши од периода транзиције па све до данас.У овом делу рада истиче се да упркос постојању правног оквира за директна страна улагања у Македонији, неопходно је данас да се ојача владавина закона који повећава правну сигурност, подстиче и штити инвестиције и значајно доприноси подршци економском развоју и конкурентности. У трећем делу овог рада анализира се (Не)постојање правне сигурности као фактора за привлачење инвестиција у Македонији. Наиме, показујемо како се закони у Македонији доносе брзо, и они се често мењају, а то подрива правну сигурност земље.Македонија има правни систем који је неопходан за функционисање тржишне привреде, али слабост у виду дугих процедура, извршење уговора, и корупције, руше начин на који овај правни систем функционише у пракси. Четврти део овог рада је под именом:Домаће у односу на стране инвестиције у Македонији – дали постоји дискриминација у пракси? И у њему се анализира дали*

постоји неједнакост у третманустраних и домаћих инвеститора у Македонији. У оквиру овог дела детаљно објашњавамо своје аргументе за неједнакост која верујемо да постоји у Македонији, и теоријски и емпиријски показујемо присутност дискриминације домаћих инвеститора у Македонији. Коначно, пети део овог рада је Закључак у којем се дају закључна разматрања овог рада.

Кључни термини: *инвестиција, стране директне инвестиције, домаће инвестиције, правна сигурност*

1. Увод – Појам и карактеристике правне сигурности

Једна од основних функција закона је да обезбеди да *правни оквир* који се односи на све друштвене односебуде*предвидљив, кохерентан, конзистентан и ефикасан у пракси*. Све ове карактеристике закона узете заједно називају се **правна сигурност**. У традиционалним приступима појму - правне сигурности, право се сматра за хијерархијски систем *правила чије су одлике стабилност, јасноћа, једнообразност, имплементација у пракси, транспарентност, и предвидљивост*. Међутим, у овом тренутку реалност показује да национални правни системи нису више изоловани, него су на различитим нивоима, уз правила која су утврђена на међународним и регионалним нивоима, директно примењива и на националне правне системе.[975]

Фокус на индивидуална права указује на важне аспекте изградње *правне сигурности као карактеристике правног поретка*. *Прво*, дискурс индивидуалних права истиче да се правна сигурност може постићи ако су права појединаца vis-a`-vis државе заштићена у оквиру правног поретка[976]. *Друго*, примарни фокус је на обезбеђивању права појединца у оквиру јавног права[977]. *Треће*, правна сигурност сматра се гаранцијом правног система и зато је

[975]Nupur Chowdhury, (2014), "European Regulation of Medical Devices and Pharmaceuticals – regulate expectations of legal certainty", Springer 2014., pp.v.

[976]Gribnau H (2013),"Equality, legal certainty and tax legislation in the Netherlands fundamental legalprinciples as checks on legislative power: a case study", Utrecht Law Rev 9, pp.52–74.

[977]Tridimas T (1999),"The general principles of EC law", Oxford University Press, Oxford, U.K, p 163.

дужност државе да осигура и њено поштовање. *Четврто*, законодавство и административне мере су два аспекта правног система који подлежу контроликод пружања правне сигурности. И *пето*, с обзиром да је правна сигурност изражена у сфери индивидуалних права, постоји претпоставка, да поштовање права у правосудном систему представља доказ правне сигурности (и одсуство правне несигурности) у оквиру правног поретка.[978] Заштита индивидуалних права је примарни *принцип правне сигурности*, а судови имају обавезу да примењују права на основу *принципа једнаког третмана и обавезу транспарентности*.[979]

Из наведеног се може разлучити специфични појам правне сигурности. Он укључује идеју јасноће, разумљивости, доследности, предвидљивости и кохерентности. Исто тако, постоје *два главна извора кршења правне сигурности*. *Прво,* је текст закона - законодавних и регулаторних одредби. Стога, наглашава се да административне институције треба да обезбеде тачност текста, прецизност, јасноћу и доследност.*Друго,* је питање о функционисању административних институција, и ове институције морају да примењују регулаторне одлуке на транспарентан, доследан и предвидљив начин. Наиме, у свакој савременој земљи или у сваком модерном тржишном економском систему, ***правна сигурност*** представља основно окружење за њихово постојање, а она *се реализује кроз усвајање и имплементацију закона и прописа*.

Поред горе поменутих карактеристика правног оквира, при стварању модерног законског оквира тржишног економског система, морају се поштовати одређена *правила и прописи*.[980]Наиме, постоји широко распрострањено мишљење да су *најбољи регулаторни системи они који стварају мало, а не превише закона*. Постојање великог броја закона има негативан ефекат у смислу њиховог непоштовања од стране грађана. Добро и успешно развијен регулаторни систем је први предуслов за убрзање економских активности и постизање економског развоја сваке земље, и притом мора постојати и добар правни оквир. Овде се ради о томе да закони, подједнако као и укупни регулаторни оквир,

---

[978]D'Amato A (2010),"Legal uncertainty" Faculty Working Papers, Northwestern University Schoolof Law Scholarly Commons.

[979]Judgement of the Court on 16 February 2012 in Joined Cases C-72/10 and C 77/10, MarcelloCosta and Ugo Cifone, not published in ECR, para 92.

[980]Braithwaite J (2002), "Rules and principles: a theory of legal certainty", Aust J Legal Philos 27, pp. 47–82.

треба да буду у складу са основним моралним друштвеним нормама које су универзални по свом карактеру.[981]

Коначно, то само по себи значи да је *поштовање законитости*, неизбежан део *доброг управљања* у свакој земљи[982], што заузврат значи спровођење закона на потпуно јединствен начин, без фаворизовања или дискриминације. То заправо представља практичну примену принципа*недискриминаторног пословног окружења*, односно стварање једнаких могућности за све субјекте који учествују на тржишту у земљи. У економском смислу, поштовање законитости пре свега обухвата: заштиту имовине и уговорних права, поштовање имовинских и уговорних обавеза, заштиту људских права, наплата пореза, одговорна јавна потрошња и елиминација корупције.[983]

2. Правна сигурност у Македонији као фактор за инвестиције – од прошлости до данас

У време заједничке државе Југославије, страни инвеститори су се бојали да улажу у организације удруженог рада јер су им такве организационе форме биле сасвим непознате. Међутим, деведесетих година прошлог века, са распадом Југославије, дошло је до промена у организацији и функционисању економског система и економске политике, и до промене правних институција и њиховог законског регулисања.Организација фирми у привреди је почела да добија препознатљиве карактеристике за стране инвеститоре. Међутим, да би се један систем декларисао као тржишни и да би приватна имовина имала своју економску логику, неопходно је било да се омогући већа слобода *уговарања и појачати владавину права, односно афирмисати владавину правне државе*.

---

[981]Suchman MC, Edelman LB (1996), "Legal rational myths: the new institutionalism and the law and society tradition", Law Soc Inq 21, pp. 903–941.

[982]Упоредна анализа извештаја Европске Комисије 2012-2015, Фондација Отворено Општество – Македонија, Македонски центар за европско образовање, Новембар 2015, стр.32-59.

[983]Извештај Комисије до Европском парламенту, Савјету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона (2015), Превод стратегије проширења ЕУ, Парламент у Републици Македонији 2015., стр.1-57.

Транзиција економског система у Македонији је започела креирање *новог правног оквира*, и обухвата следеће законске акте: (1) регулација имовинских права (материјалне и интелектуалне својине); (2) размена или трговина имовинским правима; (3) организација и рад предузећа (Закон о трговачким друштвима, закони из области банкарства, страних инвестиција, уређивање радних односа, итд); (4) излаз из пословне сфере, односно тржиште (Закон о стечају и ликвидацији); (5) закони и прописи против ограничења конкуренцијеи спречавање злоупотребе доминантног положаја на тржишту.

Основни закони који данас у Македонији регулишу пословање и привлачење директних страних инвестиција су: *Закон о девизном пословању и Закон о трговачким друштвима*. Поред тога, инвестициони услови за страна правна и физичка лица су дефинисани и регулисани и у другим законима и прописима, као што су: *Закон о хартијама од вредности, Закон о заштити конкуренције, Закон против нелојалне конкуренције, Закон о технолошким индустријским развојним зонама, Закон о контроли државне помоћи, Законе о порезу, Закон о банкама, Закон о облигационим односима, Закон за изградњу инвестиционих објеката, Закон о грађевинском земљишту, Закон о власништву и другим стварним правима*, итд. Међутим, *донесени закони треба да остану стабилни и да се често не мењају*.

Поред закона и прописа Република Македонија на билатералној основи закључује и *споразуме о унапређењу и узајамној заштити улагања, водећи се основним принцип о "правичном и једнаком третману" и "пуном заштитом и сигурношћу" страних улагања у земљу домаћина.*[984]Такође, правни оквир за стране директне инвестиције у Македонији је одређен и одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом.[985]

Али упркос постојању правног оквира за привлачење страних директних инвестиција у Македонији, неопходно је данас да се ојача владавина права која повећава правну

---

[984]- Surya P. Subedi (2011), "International Investment Law – Reconciling policy and practice", Oxford 2008, pp.55 -74.

- Dimopoulos A. (2011), "EU Foreign Investment Law", Oxford, 2011., pp.58-65.

[985]Тодорова С., Узунов В., Петревска Б., (2015), "Примењена Економија", Скопље, Култура, стр.292,293.

сигурност, подстиче и штити инвестиције и значајно доприноси подршци економског развоја и конкурентности. Јачање владавине права остаје кључни изазов за већину земаља у процесу проширења Европске уније, посебно у погледу побољшања функционисања и *независности судства*, који и данас наставља да буде нарушен примерима селективне правде и политичког мешања у судску власт.[986]

Такође у последњих неколико година, као и у великом броју држава чланица Европске уније, наш је регион био и остао под утицајем феномена страних терориста и повећању радикализацију, као и избегличке кризе, што се одражава на правну сигурност.

Правна сигурност, функционални независни правосудни систем за спровођење основних права, укључујући право својине, функционалне јавне администрације и јединствену примену правила у Македонији, као и у било којој другој земљи, су предуслов за привлачење инвеститора и подстицање економског раста и креирање нових радних места.Транспарентност у употреби јавних средстава и стабилни систем јавног приступа информацијама су превентивне алатке које се могу искористити у потпуности.[987]Дакле, правна сигурносткао независнистандард значи да држава треба да стави на располагање свој правосудни и административни систем да би инвеститор био у стању да заштити своје интересе, и овај *стандард о пуној заштити и сигурности утиче на инвестициону климу у Македонији данас*.[988]Слабости у владавини права, примена правила о конкуренцији, управљање јавним финансијама и честе променекод издавања дозвола и пореза, повећава ризик од корупције, што негативно утиче на инвестициону климу.

[986]Извештај Комисије Европском парламенту, Савјету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона (2015), Превод стратегије проширења ЕУ, Парламент у Републици Македонији 2015., стр.5.

[987]Ibid, стр.35.

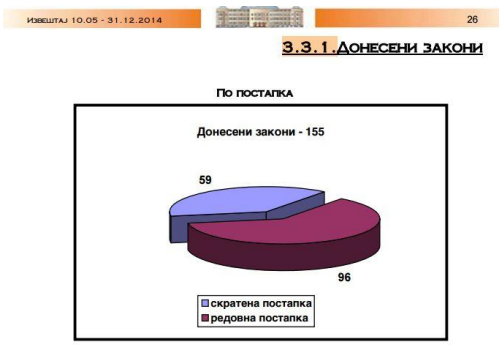
[988]Рајниш Аугуст, (2008), "Стандарди за заштиту инвестиција", Превод Владе Републике Македоније, 2008, стр.144.

3. (Не)постојање правне сигурности као фактор за привлачење инвестиције у Македонији

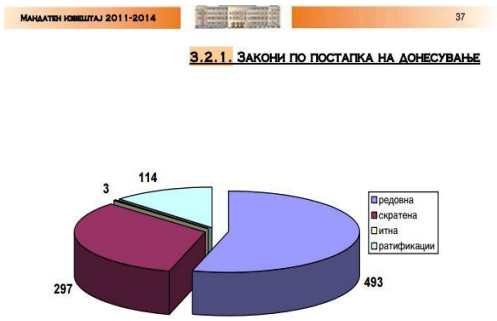
Све направљене реформе у Македонији у последњих неколико година углавном су задовољавајући "на папиру", али и даље постоји велики јаз између теорије и праксе. Наиме, ***страни инвеститор мора да буде уверен да се закон који је усвојен у земљи, примењује у пракси ефикасно***.

Ако анализирамо *Извештај Скупштине Републике Македоније за свој рад у 2014 години*, који се односи на период од 10.05 до 31.12.2014 године, под ставком"Усвојени закони" можемо видети графички приказ укупног броја закона и процедура које су усвојене у Македонији. Па, тако може да се установи да у поменутој години, када у Скупштини нису присуствовали изабрани представници опозиције, јер су одбили да признају резултате ванредних избора у Македонији, **усвојени су укупно 155 закона**. Осим тога, у **редовном поступку** Скупштина је усвојила **96 закона**, а у **скраћеном поступку 59**. То значи да су по скраћеном поступку усвојени**око 40 одсто закона** у 2014 години и то само за период од маја до децембра,што обухвата доношење или измене закона без јавне расправе током једне седнице на којој се друго и треће читање врши у истом дану,уз гласање на пленарној седници.

Слика 1: Укупан број закона и процедура које су усвојене у Македонији у периоду 10.05 - 31.12.2014 години



Слика 2: Укупан број закона и процедура које су усвојене у Македонији у периоду 2011 - 2014 години



Велики је проценат донесених закона у скраћеном поступку и у периоду од 2011 до 2014 године.Од**преко 900 закона**који су усвојени у овом периоду (907), трећина њих су донесени у скраћеном поступку. У **редовном поступку** усвојена су **493 закона**, по **скраћеном поступку 297**, и по хитном поступку 3 закона.Донесени су и 114 закона о ратификацији споразума. Ако из укупног броја искључимо 114 закона о ратификацији, који су се односили на међународне уговоре и конвенције, или на споразуме о удруживању на иностраним тржиштима(који се обично доносе у редовном поступку), чини се да је **око 60 одсто закона** у току тог мандатног периодадонесено по скраћеном поступку. *На пример, Закон о технолошким индустријским развојним зонама, који је врло важан за привлачење страних инвестиција, је био усвојен 2007 године, и од тада скоро сваке године пролази кроз измене и допуне, па је до сада мењан седам пута.*

Дакле, можемо закључити да се закони у Македонији доносе брзо, и често се мењају, а то подрива правну сигурност земље. Наш закључак је у складу са закључком међународних представника у Македонији, који кажу да се"демократија у Македонија изгубила", и нажалост то одражава реалност нашег законодавног процеса и представља јасну слику улоге Скупштине Републике Македоније у подели власти у земљи.

Осим тога, ако погледамо процедуре у Македонији за улазак на тржиште (оснивање нових фирми), морамо истаћи да је од 2006 године у Македонији уведен такозвани **једношалтерски систем**, а институција одговорна за његово управљање је Централни регистар Републике Македоније. Али, ***слабости у поступцима стечаја и ликвидације остају значајна препрека за добро***

функционисање македонске економије. Обзиром на то да квалитет регистра имовинских права има велики утицај на пословно окружење и инвестициону климу, Македонијаје спровела реформе у к**атастару(земљишним књигама).***Али, Извештај Европске Комисије за 2015 годину, наводи да би Катастар требао да буде много активнији у исправљању недостатака који су направљени на административном нивоу, да би се обезбедила правна сигурност права становања.*

Такође, регулисање конкуренције у Македонији је далеко од задовољавајућег нивоа. То је нарочито тачно у погледу стварне процене злоупотребе доминантног положаја на тржишту и процене реалних штета од концентрације. Овде постоји јасно изражена (политичка) селективност од стране Комисије за заштиту конкуренције.

Анализа и искуство показују да, у циљу јачања поверења у институције, олакшавање уласка страних инвестиција и убрзања развоја приватног сектора, судство у Македонији још увек треба да прође кроз дубоке реформе. Македонија има правни систем који је неопходан за функционисање тржишне економије, али *слабости у погледу дуготрајних процедура, извршења уговора и корупције* уништавају начин на који он функционише. *У најновијем Извештају Европске Комисије о напретку Македоније је напоменуто да су честе промене у законима, неједнако примењивање закона и тешко спровођење споразума, и даље терет пословања у Македонији.*[989] Још увек се није побољшала **правна сигурност у Македонији** у области законодавства које је поништено због неуставности, и на тај начин често се стварају празнине у законском оквиру. Извршна и законодавна власт треба да обезбеде систематски процес праћења и спровођења закона. Правни систем за постојање функционалне тржишне привреде је у великој мери постављен у Македонији, али неефикасност се јавља у пракси због дуготрајних процедура које отежавају њихову примену. Честе промене закона стварају правну несигурност.[990]

Такође, критикован је и неравноправни третман домаћих и страних инвеститора или тихо фаворизирање

---

[989]European Policy Institute, EPI (2015), Анализа Извештаја Европске Комисије о напретку Републике Македонија за 2015, Замрзнута препорука", Новембар2015, стр.12

[990]European Commission, (2014), “The former Yugoslav Republic of Macedonia Progress Report, October 2014., pp.5-20.

страних инвеститора у односу на домаће.Осим тога, константо мешање Владе Македоније у привреду путем закона или субвенција је проблем који спречава правилан и бржи економски развој. Закључци овог поглавља које се годинама понављају, сада су добили нову и побољшану димензију, а то је - *корупција је широко распрострањена*, и да је борба против ње изузетно селективна. Стога, је Европска Комисија поново потенцирала да у Македонији постоје закони, али нема спровођења тих закона у пракси.[991]

4. Домаће у односу на стране инвестиције у Македонији – дали постоји дискриминација у пракси?

На почетку овог дела поставља нам се питање: Дали је потребно да режими који важе за домаће инвеститоре треба да буду исти и за стране инвеститоре, или па страни инвеститори треба да имају бољи третман? Одговор је врло јасан: режим треба да буде исти за домаће и стране инвеститоре, јер повољнији третман страних у односу на домаће инвеститоре уништава правни режим у земљи, и присиљава домаће инвеститоре да прерасподеле капитал у иностранству. Такође, могући је феномен "путовање са повратном картом (round-tripping)" и притом домаћи капитал излази из земље и врати се "преправљен" као страни капитал, да би имали приступ бенефицијама у земљи. Међутим, најозбиљнија могућа последица је *обесхрабрење домаће инвестиције*.

Иако су домаће и стране компаније у Македонији формално и правно једнаки, још увек верујемо да овај аргумент о декларативној правној једнакости домаћих и страних инвеститора се често користи за **скривање де факто неједнакости која реално постоји**. Наиме, подстицаји за стране инвеститоре су главно средство за привлачење инвеститора у Македонији, и дате су за одређену врсту инвестиција, обично у *производњи, за Greenfield инвестиције,у извозно-оријентисаним секторима и секторима који се базирају на савременим технологијама*.

[991]Упоредна анализа Извештаја Европске Комисије 2012-2015, Фондација Отворено Општество – Македонија, Македонски центар за европско образовање, Новембар 2015, стр.59.

Главне политике и мере за привлачење страних директних инвестиција у Македонији су[992]**:**

- Равна пореска стопа од 10%;
- Пореска олакшица – не постоји порез добитка на реинвестирање нето добитка пре опорезивања;
- *Инвестиције у технолошко индустријске развојне зоне (ТИРЗ) нуде шеме државне помоћиу виду регионалне државне помоћи, и то*:

- Ослобађање од пореза на личну и корпоративну добит у првих 10 година;
- Ослобађање од пореских и царинских дажбина на додату вредност за робу, сировине, опрему до 500 хиљада еура као субвенцију за подстицање потрошње, у зависности од вредности инвестиције и броја запослених;
- Закуп земљишта од 99 година;
- Бесплатни прикључак на природни гас, воду, струја;као и
- Ослобађање од плаћања општинских пореза локалној општини и накнада за грађевинске дозволе, као и зелених царинских канала за добра.

Сви корисници *технолошке индустријске развојне зоне (ТИРЗ)* добијају цео пакет користи за остваривање инвестиције. Неке од ових компанија су добиле и додатна средства као бесповратна средства, али су износи донације остале тајна. Познато је само да је Кемет добио 2.050.000 еура помоћи и додатни пакет користи. С обзиром да је компанија требала да запосли 500 људи, испоставило се да је за отварање једног радног места у земљи, Македонија платила 4.100 еура.

Дајући **користи само страним компанијама**, влада Македоније дискриминише домаће инвеститоре, наиме **недовољно пажње се посвећује домаћим инвеститорима** (и они не могу добити помоћ у решавању заједничких, мањих проблема). **Страни инвеститори су плаћени од новца који на основу пореза и доприноса пада на терет домаћих компанија**, док су стране компаније ослобођени од ових накнада. Због тога сматрамо да у Македонији постоји **дискриминација домаћих инвеститора**.

У Македонији постоји *нетранспарентност и недостатак података и информација о трошковима за субвенционисање страних директних инвестиција, као и неусаглашеност са европским регулативама о транспарентности државне помоћи*.

[992]http://www.investinmacedonia.com/.

Наиме, Влада Македоније не објављује уговоре закључене са компанијама које улажу у технолошке зоне индустријског развоја. На пример, у Србији са објављивањем инвестиција, објављује се и колико је држава дала новаца за помоћ инвеститору, које пореске олакшице он има, као и друге привилегије и погодности. У Македонији, међутим, споразуми између Владе и инвеститора се третирају као строго поверљиви. Ова чињеница доводи до сумње о корупцији између владе и предузећа у технолошким зонама индустријског развоја. У Закону о контроли државне помоћи у Македонији, наводи се да Агенција за страна улагања Републике Македоније подноси Скупштини и Дирекцији за технолошке индустријске развојне зоне информације о укупној додељеној државној помоћи у прошлој години. Али за сада нема јавних података шта је написано у уговорима са било којом компанијом у зонама. Такође постоји *неблаговремено извештавање о инвеститорима, недостатак критеријума за избор и уговарање директних страних инвестиција, непотпуно планирање средстава у буџету Републике Македоније, али и недостатк мониторинга и евалуације остварених исхода.Бруто додата вредност предузећа у технолошким индустријским развојним зонама (ТИРЗ) је уз одгођени временски ефекат и позитиван ефекат до сада имају три од седам компанија.* **Пореске олакшице и донације, у апсолутном смислу износе 56,58 милиона еура. Државна помоћ додељена корисницима у технолошким индустријским развојним зонама је значајан финансијски утицај на одлуку да се инвестира у Македонију, али одрживост улагања на дуги рок и након периода пореског ослобођења је контроверзан.** Одлазак након периода у којемкористе субвенције,након десете године, довело би до изласка капитала, отпуштања запослених људи, и потребу за другим инвеститорима у технолошким индустријским развојним зонама (ТИРЗ).*Компаније у ТИРЗ, углавном се финансирају кроз обавезе са повезаним лицама* (предузећа мајке) и, у мањој мери кроз докапитализацију, а компаније у ТИРЗ плаћају расходена основу камата, и то доводи до смањења профита, смањења расподеле добити и потенцијално смањење пореза на добит на дистрибуцију профита. **Укупан просечни трошак одређене субвенције и пореских олакшица изражена кроз запошљавање остварено у периоду, износила је 21.454 ЕУР.***Просечне нето зараде исплаћене запосленима у предузећима у просеку се налазе на нивоу националног просека, али то није случај за већину предузећа, па континуирано унапређење јефтине радне снаге*, и у исто време и политика за

привлачење развијеније технологије, се не огледа у трошковима рада, који *негира ефекат преношења знања и преливања знања у другим компанијама из сектора*. Потенцијална корист од позитивних спољашњих утицаја као што је преливања знања је очекивана, али се суочава са тешкоћама с обзиром да су сектори који генеришу нова знања и преношење или преливање знања(истраживање и развој, маркетинг, продаја) задржани код компаније мајке или код регионалних центара, и тако *ограничавају фактор преливања знања као аргумент за привлачење директних страних инвестиција у Републици Македонији*.[993]

Функционисање технолошких индустријских развојних зона у Македонији је тачка раздвајања од економског развоја који је типичан за земаље чланице Европске уније. У суштини ради се о одвајању домаћих од страних инвеститора. У македонским технолошким индустријским развојним зонама (ТИРЗ), страни инвеститори се подстичу и стимулишу тако што имају много више опција које су доступне на начин који није доступан домаћим инвеститорима. У том контексту супериорност дискреционих привилегија који је искључиво утврдила Влада, поред домаћих правних лица, посебно су погођени појединци који су запослени у предузећима из технолошких индустријских развојних зона (ТИРЗ).[994]

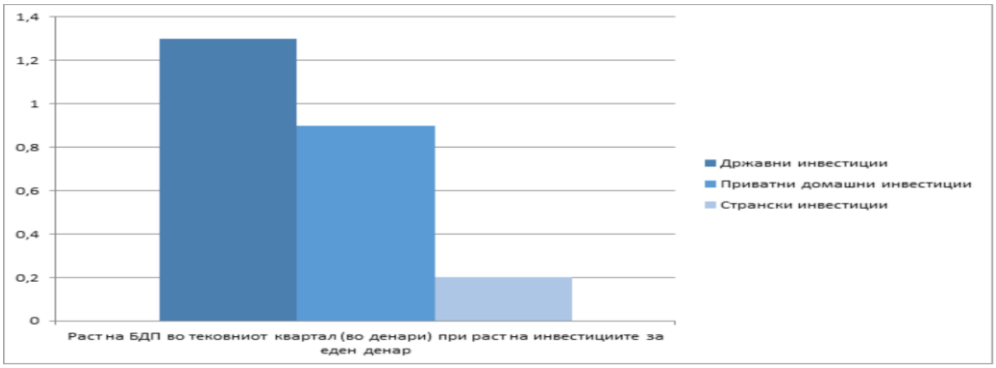
Народна банка Републике Македоније је објавила податак да током целе 2015 године у Македонијује ушло укупно 157 милиона еура страних инвестиција. Ова цифра је мања него 2013 и 2014 године, када су стране компаније уложиле 252 односно 205 милиона еура. Статистика ипак показује да су у 2014 години, домаћи бизнисмени уложили у економију земље 965.2 милиона еура, што је двоструко више него бруто страних инвестиција у истом периоду.Анализа кварталних података за период 2008-2015 године, за то како стране инвестиције, домаће приватне инвестиције и јавне државне инвестиције утичу на бруто домаћи производ у Македоније, приказана је на слици испод. Може се закључити да 1 денар стране директне инвестиције повећава бруто домаћи

[993]ЦЕА (2016), "Користи и трошкови директних страних улагања у технолошке индустријске развојне зоне, Случај: Македонија у периоду 2007-2014 године", Истраживање, ЦЕА, Скопље, Јануар 2016, стр.2-3.

[994]Macedonian Centre for European Training, (2015), "Квалитет послова који нуди компанија основана у технолошке индустријске развојне зоне", Јануар 2015, стр.1.

производ у истом кварталу за 0,2 денара, 1 денар уложен од стране домаћих приватних инвеститора доводи до повећања бруто домаћег производа за 0,9 денара, док 1 денар уложен од стране државе доводи до повећања бруто домаћег производа за 1,3 денара. **То значи да би јавни државни новац који је био потрошен на привлачење страних инвестиција имао много већи утицај на привредни раст економије уколико би се потрошио на директне државне инвестиције**.[995]

Слика бр.3. Компаративна анализа ефеката страних, домаћих приватних и јавних инвестиција на бруто домаћи производ у Македонији



5. Закључак

Резултати су показали да упркос свим предностима за стране инвеститоре на македонском тржишту, неефикасност правног система, укључујући: честе измене закона, споре законске процедуре, недостатак заштите имовинских права и корупције, је допринело креирању неатрактивне инвестиционе климе, и то је главни проблем у даљем функционисању постојећих, као и у привлачењу нових страних инвестиција. Да би имали више инвестиција потребно је повећати правну сигурност и владавину права.

995- ЗМАИ, Удружење младих аналитичара и истраживача, "Утицај владиних субвенцијана директне стране инвестиције, упркос њиховом утицају на економски раст", УСАИД, Скопље, Септембар 2015, стр.1-16.

- ЗМАИ, Удружење младих аналитичара и истраживача, "Ефекат субвенционисаних директних страних инвестиција на македонску економију" - Брошура 2, Скопље, Фебруар 2016, стр.1-16.

Формално правно изједначавање домаћих и страних инвеститора није довољно да се елиминише осећај неједнаког третмана. **То захтева ефикасну демонстрацију стварне равноправности домаћих и страних инвеститора у погледу приступа погодностима инвестирања, односно могућност домаћих предузећа да добију једнако, а можда и више користи од страних инвеститора, под једнаким условима. Кључни предуслов за то је већа транспарентност у управљању користима од директних страних инвестиција.**

Упркос *принципу једнаког третмана домаћих и страних инвеститора, правна сигурност за инвеститоре* је друга погодност у земљи која "a priori", подстиче инвестиције. Правна сигурност за инвеститоре у земљиће бити осигурана кроз реформе у правосуђу, промоцији арбитражног или вансудског решавања спорова, ефикасније кредитирањеи обезбеђивање одговарајућихобезбеђења плаћања и стварање законских услова за коришћење имовине страног инвеститора. Највише што можемо да урадимо за побољшање инвестиционе климе је повећање**поузданости правног система**. Страним инвеститорима је веома важно дали је *правосуђе независно и дали закони важе за све људе подједнако*. Стога, сматрамо да Влада Македоније треба да се фокусира на *стварање сигурнијег пословног окружења, ефикасне администрације, да смањи простор за корупцију, да смањи укупне административне процедуре и законска оптерећења и реструктуирање образовног система у Македонији, како би се створила квалитетна и стручна радна снага*. *Ово је неопходно за предвидљив пословни амбијент, чиме би се привлачили и задржали страни инвеститори.Потребно је и напустити праксу честих законских промена у Македонији.*

LEGALCERTAINTYAS A FACTORFOR FOREIGNDIRECTINVESTMENTINMACEDONIA

Summary.*The main objective of this paper is to analyze the legal certainty which includes the idea of clarity, understandability, consistency, predictability and coherence of the law. It consists of 5 parts. The first part of this paper is an introduction to the framework that explains the subject of research, namely the characteristics of legal certainty, and in this part of the paper we explain in detail the concept of legal certainty and its functions through laws and policies that should be characterized with stability, clarity, uniformity, implementation, transparency, and predictability. The second part is titled Legal certainty in Macedonia as a factor for investment - from the past to the present, and explains the review of legislation and policies for foreign direct investments in Macedonia, starting from a transition period until today. In this part of the paper we explain that despite of the existence of a legal framework for foreign direct investments in Macedonia, it is necessary today to straighten the rule of law that increases legal certainty, and increase and protect investment and also support the economic development and competitiveness. The third part of this paper analyzes the (no) existence of legal certainty as a factor for attracting investments in Macedonia. Specifically, we show how the laws in Macedonia are made quickly, and they hest change, and it undermines legal certainty for the country. Macedonia has a legal system that is essential for the functioning of the market economy, but weakness in terms of lengthy procedures, contract enforcement, and corruption, turf the way that the legal system works in practice. The fourth part of this paper is called: Domestic relative to foreign investment in Macedonia –is there discrimination in practice? And it is analyzed whether there is inequality of treatment of foreign and domestic investors in Macedonia. In this part we explain in detail our arguments for inequality that we believe that exists in Macedonia, both theoretically and empirically we demonstrate the presence of discrimination against domestic investors in Macedonia. Finally, the fifth part of this paper is the conclusion which consists of the final conclusions that arise from this paper.*

Keywords: *investment, foreign direct investment, domestic investment, legal security*

Александар АНТИЋ,

Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ИНВЕСТИРАЊЕ У ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНО ПОСЛОВАЊЕ У ЦИЉУ ЗАШТИТЕ СОЦИЈАЛНО УГРОЖЕНИХ

Апстракт. *Аутор у раду анализира инвестирање од стране привредних субјеката у друштвено одговорно пословање у циљу заштите социјално угрожених. На почетку, аутор врши појмовно одређење друштвено одговорног пословања. Потом, анализира разлику између друштвено одговорног пословања и социјалног предузетништва. Након тога, аутор утврђује који разлози, поред алтуристичких, утичу на одлуку привредних субјеката да инвестирају у друштвено одговорно пословање. Ради заштите социјално угрожених, држава предузима бројне активности које заједно чине њену социјалну политику. Друштвено одговорно пословање, као метод који треба да допринесе заштити социјално угрожених, није део државне социјалне политике. Стога аутор утврђује, у којој мери ова врста активности привредних субјеката може допринети заштити социјално угрожених лица и какви су њени резултати у пракси. На крају се врши компаративна анализа друштвено одговорног пословања и његовог домашаја у заштити социјално угрожених у државама, које су предмет компаративне анализе.*

Кључне речи: *друштвено одговорно пословање, заштита социјално угрожених лица, социјално угрожена лица, социјално предузетништво, инвестиције*

1. Увод

Модерна друштва карактерише пораст социјално угоржених група. Круг лица која можемо означити као социјално угрожена, се увећава из разлога повезаних са политичким, економским и друштвеним узроцима. Капитиластички начин привређивања у себи саджи догму о повећању профита, као јединому циљу ка коме треба да теже сви привредни субјекти.

Привредна делатност сваког субјекта са собом носи мноштво позитивних, али и негативних утицаја на друштво и државу. Друштвено одоворно пословање је један од метода који треба да служи привредним субјектима за помирење супростављених интереса и то приватног, на страни привредног субјекта и општег, на страни друштва и државе.

Циљ друштвено одговорног пословања је дистрибуција дела остварене добити друштвеној заједници, ради решавања одређених социјалних проблема, при чему међу најзначајније спада побољшавање положаја социјално угрожених група и њихова заштита. Држава кроз инструменте који спадају у оквир социјалне политике, треба примарно да се стара о заштити угрожених категорија становништва, али као допунска мера може служити друштвено одговорно пословање.

Између друштвено одговорног пословања и социјалног предузетништва, као и између привредног субјетка који послује на комерцијални начин и социјалних предузећа постоје сличности и разлике. Сличности се огледају у нужности примене одређених економских законитости ради позитивног и успешног пословања, али је разлика суштинска и огледа се у циљу социјалног предузетништва и социјалног предузећа, који је превасходно усмерен ка остварењу одређеног општег интереса као основне делатности, па тек онда ка стварању профита, а што није случај код осталих привредних субјекта, ни код друштвено одговорног пословања, с обзиром да је она допуснка делатност субјеката који је предузимају.

Разлози за друштвено одговорно пословање не морају се нужно огледати у жељи за задовољењем општег интереса, већ у себи могу садржати отворене или прикривене комерцијалне циљеве, од којих је најзнчајнија жеља за даљим увећањем профита. Међутим, ако у одређеној активности означеној као „друштвено одговорно пословање“ нису претежни комерцијални разлози, упркос њиховом постојању, предузету делатност можемо означити као друштвено одговорно пословање.

Србију, упркос дугој традицији, карактерише недовољна развијеност друштвено одговорног пословања. Разлози су бројни, али најбитнији се огледају у недовољној информисаности грађана и привредних субјеката о његовом значају и одсуству планске акције и подстицајних средстава државе, који треба да допринесу његовом даљем развоју.

2. Општи осврт на друштвено одговорно пословање

Капиталистички начин привређивања, са максимизацијом профита као основном идејом, последњих деценија доживљава промене чији су циљ његова хуманизација. Једно од средстава којим се претходно наведени облик привређивања прилагођава новонасталим друштвеним и политичким околностима је и друштвено одговорно пословање. Њиме се ублажавају бројне негативне последице које са собом носи капитализам. Уједно, друштвено одговорно пословање, може бити и метод за ублажавање социјалних неједнакости између власника капитала и оних који то нису, као и средство за помоћ социјално угроженима.

Друштвено одговорно пословање, или корпоративна филантропија, је облик делатности привредних субјеката чији циљ није стварање профита, већ враћање једног дела остварене добити друштвеној заједници у оквиру које он врши своју привредну активност. Друштвено одговорно пословање почива на идеји да приватни сектор, поред јавног, мора учествовати у решавању друштвених проблема и помоћи социјално угроженим слојевима становништва.[996]

Дугорочно гледано, понашање предузећа које у свом основу има само сопствени интерес, наноси штету друштву, држави и осталим привредним субјектима, те стога активност привредних субјеката не сме бити вођена само њиме. Друштвено одговорним пословањем, између осталог, субјекти у привреди и отклањају или ублажају бројне проблеме настале њиховом привредном делатношћу (незапосленост, загађење животне средине, сиромаштво...).[997] Део остварене добити привредни субјекти путем друштвено одговорног пословања, користе како за развој друштвене заједнице, тако и за отклањање или ублажавање (непосредно или посредно) проблема које су произвели својом привредном активношћу у њој. Дакле, разлози за инвестирање у друштвено одговорно пословање, нису нужно алтуристички.

Друштвено одговорно пословање претходних деценија у економски развијеним земљама доживљавало је константан раст.

---

[996] M. Givel, *Modern Neoliberal Philanthropy: motivations and impact of Pfizer Pharmaceutical's corporate social responsibility campaign*, Third World Quarterly, Vol. 34, No.1, 2013, стр. 173.

[997] М. Ивановић-Ђукић, *Промовисање друштвено одговорног пословања предузећа у Србији*, Социологија, Vol. LIII (2011), N° 1, стр. 26.

Често се, уз мере социјалне политике које предузима држава, користи и као допунски метод за помоћ социјално угроженим слојевима становништва. Међутим, појава економске кризе је негативно утицала на даљи развој претходно наведене делатности привредних субјеката. Да би они друштвено одговорно пословали неопходно је да остварују одређену добит**,** чији ће део инвестирати у заједницу. У ситуацији када бројне фирме и предузетници својом привредном активношћу једва подмирују и сопствене трошкове, долази и до смањење обима инвестиција заснованих на друштвено одговорном пословању.[998]

Облици кроз које се одвија друштвено одговорно пословање привредних субјеката су бројни. Они се крећу од планираних и континуираних до *ad hoc* активности. Неки од субјеката који друштвено одговорно послују оснивају фондације чија се делатност заснива на овој активности а њихова средства у претежном делу потичу од оснивача. Други пак инвестирају део добити у своје производне капацитете како би што мање или нимало наносили штету животној средини. Поједини субјекти немају план на основу кога спроведе активности путем којих друштвено одговорно послују, већ повремено издвајају део добити за решавање одређених проблема појединаца, друштвених група или друштва (нпр. уплата новчаних средстава неопходних за лечење одређених појединаца, донације за изградњу грађевина неопходних заједници, плаћање стипендија, студијских и путовања на такмичење ђацима и студентима, новчана помоћ социјално угроженима...). Такође, приметан је како у Србији, тако и у осталим земљама, тренд једног новог облика друштвено одговорног пословања који се заснива на хуманом и заштитничком односу према запосленима, као и на радном ангажовању социјално угрожених категорија становништва уз зараде изнад националног просека за врсту послова које обављају претходно наведена лица.[999]

---

[998] L. Urriolagoitia and A. Vernis, *May the Economic Downturn Affect Corporate Philanthropy? Exploring the Contribution Trends in Spanish and U.S. Companies*, Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly 41(5), стр. 769,

[999] *CSR у Србији - Анализа стања и примери добре праксе*, USAID Србија, Београд, 2014 год., стр. 19-31.

3. Разлика између социјалног предузетништва, социјалног предузећа и друштвено одоворног пословања

Економска криза која траје већ известан број година генерисала је мноштво проблема од којих су најзапаженији незапосленост, сиромаштво, велика диспропорција између најбогатијих и осталих слојева становништва, преоптерећеност пензионих фондова и све тежа инклузија друштвених група које се налазе на маргинама заједнице. „Незапосленост и неактивност становништва су углавном највећи проблем са којима се Србија данас суочава.“[1000]

У основи свакога хуманог друштва и државе благостања је брига о најугроженијим и најрањивијим слојевима становништва. Многобројни су предлози решења која треба да омогуће решавање нагомилених друштвених проблема. Грађанска друштва у земљама Европе одговорила су на ове проблеме успостављањем многобројних организација са социјалном оријентацијом и све већим мешањем у привредне активности.[1001]

Бројне су дефиниције социјалног предузетништва и социјалног предузећа. О њима се последњих година много говори али њихово свеобухватно и прецизно појмовно одређење и дефинисање је тешко и неуниверзално.

Многобројне организације, које за свој превасходни циљ имају решавање мноштва друштвених проблема, кроз обављање одређене привредне делатности, у виду производње одређених добара или пружања услуга, а не стицање профита, означавају се појмом социјална предузећа а начин привређивања карактеристичан за њихов рад социјалним предузетништвом. Социјално предузеће настоји да произведе позитивне социјалне ефекте који могу бити економски, социолошки, културни, институционални, еколошки или технолошки.[1002] Социјално

[1000] Р. Брковић, *Социјално предузетништво – могућности и перспективе*. Радно и социјално право, бр. 1/2014, стр. 144.

[1001] Ј. Ђуран, *Социјално предузетништво у земљама Европске уније и могућности социјалног предузетништва у Републици Србији*. Пословна економија, Година VI, број I, 2012, стр. 219.

[1002] G. Manetti, *The Role of Blended Value Accounting in the Evaluation of Socio-Economic Impact of Social Enterprises.* International Society for Third-sector Reseaerch, Vol. 1., 2014, p. 449.

предузетништво се, пак често дефинише и као „бизнис по мери човека“.[1003]

Социјална предузећа могу егзистирати кроз бројне правне форме, као друштва са ограниченом одговорношћу, задруге, удружења грађана, предузетничке радње. У појединим земљама постоји посебна правна форма за социјална предузећа, а што у Србији није случај.[1004]

Карактерише их демократичност у управљању, настојање да се оствари социјални учинак за друштво или угрожену друштвену групу кроз делатност социјалног предузећа, запошљавање припадника маргинализованих група, аутономност у односу на државу или привредно друштво које послује по чисто тржишним и економским принципима, и оно што је најважније, циљ социјалног предузећа није максимализација профита. Социјално предузеће користи остварени профит за решавање одређеног друштвеног проблема. Кроз привредну делатност стичу новчана средства и на тај начин постају независна у односу на донаторе, при чему се често наводи да ће ови ентитети бити ефикаснији у постизању њихове социјалне мисије од традиционалних непрофитних организација (невладиних организација) .[1005]

Када се ради о Србији истичемо да не постоји посебан Закон којим је социјално предузетништво регулисано. Правне форме у оквиру којих препознајемо социјална предузећа у Србији су бројне и различите и крећу се од удружења грађана, задруга, предузећа за запошљавање особа са инвалидитетом, друштава са ограниченом одговорношћу, агенција за развој малих и средњих предузећа и пословних инкубатора, при чему је највећи број социјалних предузећа организован виду задруга.[1006]

[1003] Група 484, *Социјално предузетништво*. Електронски билтен о социјалном предузетништву, бр. 1/2010, стр.3.

[1004] У земљама у којима је предвиђена посебна правна форма за социјална предузећа (Италија, Белгија, Пољска, Шпанија Шведска), тај облик организовања и унутрешњег уређења је насличнији задругама. Види више: З. Павловић, В. Раичевић, Р. Гломазић, *Правни оквир за социјална предузећа у Европи*, Пословна економија, бр. I, Година VI, 2012, стр. 203-221.

[1005] A. Page, R. Katz*, Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?,* Seattle University Law Review Vol. 34, 2011, p. 1375.

[1006] В. Раичевић, Р. Гломачић, *Значење и облици социјалног предузетништва*, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG, Београд, 2012, стр. 95.

Код законске регулације социјалног предузетништва и предузећа стало се на предлогу Закона о социјалном предузетништву[1007], коме се замера да ова два феномена посматра само са аспекта запошљавања, те га представници стручне јавности означавају пре као закон о социјалном запошљавању.[1008]

Разлика између интервенције у заједницу ради отклањања друштвених неједнакости посредством социјалног предузетништва, социјалног предузећа и друштвено одговорног пословања огледа се у томе што привредна друштва која друштвено одговорно послују своје активности обављају примењујући правила заснована на капиталистичкој докрини и циљ им је максимизација профита, а што није случај са социјалним предузећима, односно са делатношћу социјалног предузетништва. Не можемо пренебегнути чињеницу да је привредним друштвима, која друштвено одговорно послују, на првом месту и даље стварање профита, а онда друштвено одговорно пословање.[1009] Међутим, са социјалним предузећима то није случај. Њима, као што смо већ навели, стварање позитивних промена у друштву и помоћ угроженим друштвеним групама није секундарни, већ примарни циљ.

4. Разлози за инвестирање у друштвено одговорно пословање

Иако је основни разлог за друштвено одговорно пословање, најчешће алтуристичке природе, он често није једини покретач претходно наведене активности привредних субјеката. Највећи број радњи које чине друштвено одговорно пословање, се предузимају због жеље за ублажавањем или решавањем одређених друштвених проблема у оквиру заједнице у којој своју делатност врше

[1007] Предлог закон о социјалном предузетништву. Преузето са: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1688-13Lat.pdf.

[1008] Више о замеркама упућеним на предлог Закона о социјалном предузетништву у: Република Србија Народна скупштина, Одбор за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, *Информација о јавном слушању одбора за рад, социјална питања, друштвену укљученост и смањење сиромаштва, одржаном 19. Јуна 2013. године*, , Београд, 17. Бр: 06-2/231-13, 25. јун. 2013. године.

[1009] R. Rogers, *Why the Social Sciences Should Take Philanthropy Seriously*, Society. Dec2015, Vol. 52 Issue 6, p. 535.

предузећа или предузетници. Међутим, приметно је да често у основи друштвено одговорног пословања "леже" и одређени комерцијални пориви, тј. жеља за даљим увећањем профита.

Делатност друштвено одговорност пословања представља одличну рекламу привредним субјектима који је предузимају. Дакле, друштвено одговорно пословање има и своју маркетиншку димензију и види се као трошак пословања чији је циљ побољшање заступљености производа и услуга привредног субјеката на тржишту. Друштвено одговорно пословање може бити маркентишки алат чији је циљ утицај на одговарајуће кориснике добара и услуга конкретног привредног субјекта.[1010]

Уколико потенцијални купци добара и услуга препознају једног привредног субјекта на тржишту као појединца коме стицање профита није једини циљ, већ и једна шира друштвена акција, која треба да умањи или отклони одређене друштвене проблеме, то ће свакако утицати на резултате његовог пословања. Посредством друштвено одговорног пословања привредног субјекта, потрошачи повезују добра и услуге које производи једно привредно друштво са позитивни емоцијама, а све то утиче на његово позиционирање на тржишту и самим тим и на профит који он остварује.[1011] На тај начин друштвено одговорно пословање постаје само један од маркетиншких алата субјекта који га предузима, а не средство за производњу позитивних промена у друштву. У претходно наведеном случају друштввено одговорно пословање представља само једну од инвестиција чији је циљ максимизациј профита, а не враћање дела добити у заједницу, ради између осталог и помоћи социјално угроженима.

Такође, одређене акције привредних субјеката, посебно у образовним установама свих нивоа образовања, имају у својој позадини и профитну логику и димензију. У САД-у у појединим основним, средњим и високошколским установама заступљена је сарадња између привредних друштава и управа образовних установама, која се често заснива и на донацији одређених производа. Циљ целокупне сарадње, као и донација, је производња

[1010] D. Meggy Hubak, *Marketinška dimenzija društveno odgovornog poslovanja, Serija članaka u nastajanju*, ЊИМEkonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 5.

[1011] W. Y., Y. Hur, M. Sung, *Happy to support: Emotion as a mediator in brend building through philantropic corporate sponsorship*, Social behavior and personality, 2015, 43(6), p. 979.

лојалности код деце и тинејџера, као будућих купаца и стварање доживотне оријентисаности ка одређеним брендовима, а што садашње генерације чини најизложенијима у историји отвореном и прикривеном маркетингу.[1012]

Циљ појединих активности из којих се састоји друштвено одговорно пословање је и утицај на субјекта који је прималац донације. Уколико опет узмемо као пример високо образовање у САД-у приметно је да сваки од факултета ради на образовању базе свршених студената и чак прати њихова достигнућа и финансијске резултате њиховог рада како би, их користио као потенцијалне донаторе. У зависности од висине донација високошколска установа им омогућава већи или мањи утицај на свакодневно функционисање факултета, при чему се он огледа од позива на свечане догађаје и израде захвалница, до давања назива одређених делова факултета (библиотека, читаоница...) по донаторима, давању назива читавих зграда по донаторима, па до избора у одређена управљачка тела која касније могу утицати на избор наставног кадра, заузимање одређених ставова у јавности (најчешће позитивних у односу на донатора) и на резултате изабраних студената.[1013]

Дакле разлози због којих одређени привредни субјект друштвено одговорно послује у својој позадини могу имати профитну природу и бити део пословне стратегије. Међутим, морамо признати да у свету капитала одређена активност може само изузетно бити апсолутно доброчина. Сходно томе, у случају друштвено одговорног пословања треба водити рачуна о томе шта је претежније, да ли жеља да се профит увећава или намера да се произведе одређена позитивна друштвена промена, у нашем случају да се заштите социјално угрожени. Ако је доброчина намера претежнија у односу на жељу за максимизирањем профита, онда одређену активност можемо означити друштвено одговорним пословањем привредног субјекта, уколико није, онда нема друштвено одговорног, већ класичног облика пословања, без обзира на форму у којој се одвија.

[1012]A. Kayoko Peralta, *Corporate-School Partnerships and Neoliberal Influences on Students as Future Participants in the Labor Market*, Brigham Young University Education & Law Journal. 2015, Issue 1, pp. 299- 300.

[1013] C. Lara, D. Johnson, *The anatomy of a likely donor: econ ometric evidence on philanthropy to higher education*, Education Economics, 2014 Vol. 22, No. 3, p. 293-294.

5. Друштвено одговорно пословање у Србији

Друштвено одговорно пословање у Србији има изузетно традицију у виду задужбинарства народу и држави, давању стипендија за школовање у земљи и иностранству, изградњи школа, болница, културних установа, народних домова, донација образовним установама, новчаној помоћи..., коју су раније вршили богатији појединци .[1014] Могли бисмо рећи да друштвено одговорно пословање код нас није нешто ново што је преузето из земаља западног света.

Данас се у Србији друштвено одговорно пословање најчешће одвија у оквиру следећих тема: тржиште, радно окружење, животна средина и лоакална заједница.[1015] У оквиру сваке од претходно наведених тематских области, непосредан или посредан циљ може бити и заштита социјално угрожених у виду континуиране и планиране или *ad hoc* делатности. У циљу заштитите социјално угрожених, као и ради испуњења осталих циљева, друштвено одговорно пословање може имату своју интерну и екстерну димензију.

Интерна димензија подразумева да је друштвено одговорно пословање привредног субјекта усмерено ка његовој организацији, тј. најчешће према његовим запосленима. Оно се најчешће огледа у радном ангажовању социјално угружених, повећању зараде онима који већ раде, побољшање заштите и безбедности на раду, стварању позитивне и конструктивне радне околине, давању новчане помоћи и сл. Екстерна димензија друштвено одговорног пословања ради заштите социјално угрожених запажамо у активностима које су усмерене ван организације, која друштвено одговорно послује. Као пример бисмо могли навести изградњу школа, болница, кућа, путева, паркова, давање стипендија, донација и новчане помоћи за покретање сопсевеног бизниса, куповину лекова и лекарских помагала и сл.

[1014] Као пример друштвено одговорног пословања у ранијим епохама можемо узети Капетан Мишино здање у коме је данас смештен Ректорат Београдског Универзитета, а које је овај богати трговац који је до новца дошао на основу монопола на трговину сољу у време кнеза Милоша оставио своме „отечеству“. Више на: https://www.rastko.rs/istorija/zaduzbinari/msofronijevic1995/02.html - приступљено 06.09.2016. године.

[1015] У. Атанацковић, *Друштвено одговорно пословање као савремени концепт бизниса*, Школа бизниса, 1/2011, стр. 144-146.

Оно што је у Србији приметно је недовољна развијеност концепта друштвено одговорног пословања у целини, па и оног које је усмерено ка било ком виду помоћи социјално угроженима. Разлог се, поред недовољно новчаних средстава опредељених за друштвено одговорно пословање због ниске добити коју остварују сви привредни субјекти у Србији, огледа и у недостатку информисаности о користима друштвено одговорног пословања по субјекта који га предузима, али и по саму државу и друштво, како на страни грађана и потрошача, тако и на страни менаџера који руководе пословањем привредних субјеката. Због тога се код нас од стране управљачких тела привредних субјеката друштвено одговорно пословање посматра искључиво кроз маркетиншку димензију (и најчешће огледа у разним спонзорствима), а потрошачи и корисници услуга не знају да препознају корист од улагање одређеног дела профита привредног субјекта ради остварања циљева повезаних са општим интересима.[1016]

Културу друштвено одговорног пословања у Србији данас нажалост развијају углавном стране мултинационалне компаније и привредни субјекти чији је оснивач јавноправно тело (најчешће јавна предузећа). Компаније у страном власништву су почеле да друштвено одговорно послују због притиска који су на њих вршили потрошачи и владе из њихових матичних земаља.[1017] Што се тиче привредних субјеката чији је оснивач држава, аутономна покрајина или локална самоуправа, разлог њиховог друштвено одговорног пословања огледа се у одређеним политичким активностима и проценама али и у већој количини новчаних средстава којима располажу. Ситуација у погледу развијености друштвено одговорног пословања није на завидном нивоу и у земљама региона, а посебно у државама, које су заједно са Србијом биле део бивше Југославије.[1018] Међутим ограничени простор у раду нас

[1016] М. Ивановић-Ђукић, *op. cit.*, стр. 34-35.

[1017] *Увод у друштвено одговорно пословање и корпоративну филантропију*, Центар за развој непрофитног сектора, Београд, 2010, стр. 13.

[1018] Више у: *Друштвено одговорно пословање – Приручник за мала и средња предузећа*, Министарство одрживог развоја и туризма Владе Црне Горе, Подгорица, 2013;Anja Glavočević, *Društveno odgovorno poslovanje i CRM kao način integriranja društvene odgovornosti u marketinške aktivnosti*, Oeconomica Jadertina 2/2013, str. 28-49.; Miroslav Ante omazić i saradnici, *Zbirka studija slučaja društveno odgovornog poslovanja u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski poslovni savjet za održvi razvoj, Zagreb, 2012; Adisa Delić, *Društvena odgovornost preduzeća*, Pregled, God. LIV, br. 1 (2013), str. 233-251.

онемогућава да се детаљније осврнемо на специфичностима поезаним са друштвено одговорним пословањем у свакој од њих.

Међутим, морамо приметити да се стање у Србији поправља. Круг компанија које друштвено одговорно послују се шири. Такође, њихове активности су све чешће усмерене ка помоћи социјално угроженима на свим пољима (социјална инклузија, запошљавање, здравствена нега, решавање стамбеног питања...), а и свест грађана о значају друштвено одговорног пословања се појачава, што ће свакако имати значај на будућа деловања привредних субјеката.[1019]

Како би се овај позитиван тренд наставио, мора се и даље радити на обавештавању и образовању грађана и управљача привредних субјеката, о значају друштвено одговорног пословања. Такође, држава мора предузети активнију улогу и промовисати друштвено одговорно пословање, како маркетиншки, тако и одговарајућим пореским олакшицама, пошто друштвено одговорно пословање несумњиво може бити допунска мера за помоћ социјално угроженима, поред основне оличене у социјалној политици.

6. Закључак

Капиталистички начин привређивања неублажен одређеним државним интервенцијама и делатношћу организација цивилног друштва изазива велику неједнакост и раслојавање становништва у две класе, класу богатих и класу сиромашних. Капитализа и друштвена солидарност нису нужно неспојиви елементи. Као једну од њихових спона, могли бисмо означити и друштвено одговорно пословање.

Ниједан привредни субјект није изолован од друштвене заједнице у којој врши своју делатност. Они утичу једно на друго, при чему тај утицај не мора бити увек позитиван. Враћање дела профита друштву, кроз друштвено одговорно пословање може бити један од метода за уклањање и ублажавање друштвених проблема. Од активности привредних субјеката повезаних са друштвено одговорним пословањем бенефите могу имати и социјално угрожени.

Држава се примарно мора борити за побољшање положаја социјално угрожених кроз мере социјалне политике, али свакако

[1019] Више у: *ЦСР у Србији - анализа стања и примери добре праксе*, Форум за одговорно пословање, Смарт колектив, Београд, 2014.

сваки вид помоћи је користан. Стога и друштвено одговорно пословање не може бити основни већ допунски метод за помоћ социјално угроженима.

Између друштвено одговорног пословања и социјалног предузетништва има сличности и разлика. Привредни субјекти који послују друштвено одговорно и даље као свој циљ имају максимизацију профита, а један његов део, ако га има, одваја се за друштвено одговорно пословање. Са социјалним предузетништвом и социјалним предузећима то није случај, с обзиром да њихов циљ није стицање профита, већ одређени позитиван утицај на отклањање и ублажавање друштвених проблема.

Друштвено одговорно пословање се не мора нужно вршити из алтуристичких разлога. Субјекти који га предузимају, могу га отворено или прикривено користити за остварење свог основног циља, тј. увећање профита. Међутим, све док је увећање профита споредни, а помоћ друштву и социјално угроженима основни циљ, одређену активност привредног субјекта можемо означити као друштвено одговорно пословање.

У Србији и земљама региона, друштвено одговорно пословање још увек није развијено у пуној мери. Разлози су углавном повезани са недовољном информисаношћу о значају претходно наведене активности за друштво и државу, како на страни привредних субјеката, тако и на страни грађана. Међутим, приметно је да се стање поправља, а даљи развој може додатно убрзан и организован акцијом државе.

INVESTMENT IN CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY IN ORDER TO PROTECT SOCIAL VUNERABLE GROUPS

Abstract. *The author analyzes investment by business entities in corporate social responsibility in order to protect the socially vulnerable persons. At the beginning, the author performs conceptual definition of corporate social responsibility. Then, analyzes the difference between corporate social responsibility and social entrepreneurship. After that, the author sets out what the reasons, in addition to altruistically, influence the decisions of economic operators to invest in a socially responsible business. To protect the socially vulnerable, the state undertakes a number of activities that together make up its social policy. Corporate social responsibility, as well as methods which should contribute to the protection of vulnerable, is not part of government social policy. Therefore, the author determined to what extent this kind of activity of business entities can contribute to the protection of vulnerable persons and what are its results in practice. At the end of the paper is carried out comparative analysis of corporate social responsibility and its reach to protect the socially vulnerable in countries, which are the subject of comparative analysis.*

Keywords: *corporate social responsibility, protection of socially vulnerable persons, socially vulnerable persons, social entrepreneurship, investments*

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

346.543(497)(082)(0.034.2)
339.727.22(497)(082)(0.034.2)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције (2016 ; Крагујевац)
Зборник радова [Електронски извор] / [Међународни научни скуп] Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције, Крагујевац 13-14. април 2016. године ; [уредници Станко Бејатовић, Радован Вукадиновић, Вељко Турањанин]. - Крагујевац : Правни факултет Универзитета, 2017. - текст, слика. - 1 електронски оптички диск (CD-ROM) ; 12 cm

Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Abstracts.

ISBN 978-86-7623-075-4

а) Иностране инвестиције - Правна заштита - Балканске државе - Зборници
COBISS.SR-ID 234258700