

DOI 10.51558/2490-3647.2024.9.1.645

UDK 341.6:341.218.3(497.6:497.5)

Primljeno: 07. 12. 2023.

Pregledni rad

Review paper

Larisa Velić, Aida Mulalić, Enis Omerović

INVESTICIONA ARBITRAŽA: MODEL RJEŠAVANJA IMOVINSKOPRAVNIH SPOROVA NA PRIMJERU BOSNE I HERCEGOVINE I REPUBLIKE HRVATSKE?

Imovinskopravni sporovi između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske realitet su koji opteručuje sveukupnost diplomatskih odnosa između dvije susjedne države iste subregije. Nakon raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) otvorila su se brojna pitanja od kojih su imovinskopravna među najznačajnijima. Republike bivše SFRJ, kao i fizička i pravna lica, imale su svoju imovinu na području cijele Jugoslavije, pa je stoga bilo neophodno da se postojeća prava zaštite na adekvatan način. S tim u vezi su države sljednice SFRJ 2001. zaključile Sporazum o pitanjima sukcesije, u kome su se sporazumjele o pokretnoj i nepokretnoj imovini kroz sedam aneksa. Bosna i Hercegovina (BiH) je pošla od stajališta da je sveobuhvatna provedba Sporazuma o sukcesiji osnov trajnih, stabilnih i prijateljskih odnosa između država ugovornica, te je poduzela sve što je bilo potrebno kako bi vratila imovinu na kojoj su države sljednice polagale pravo. Međutim, Republika Hrvatska nije izvršila povrat imovine na način kako je to uradila BiH, te je prva država krenula kršiti navedeni višestrani međunarodni ugovor. S obzirom na to da Sporazum o sukcesiji ne nudi adekvatna rješenja po pitanju mirnog rješavanja međunarodnih sporova između strana ugovornica, u radu se analizira mogućnost rješavanja navedenih sporova na osnovu investicione arbitraže, koja kao model rješavanja međunarodnih sporova nije instrument koji fizička i pravna lica iz BiH koriste u dovoljnom obimu. Jednako tako, u ovome svjetlu istražujemo pravne mogućnosti zaključenoga Sporazuma o unapređenju i zaštiti investicija između BiH i Republike Hrvatske (bilateralnog investicionog sporazuma) te donosimo prikaz budućnosti investicione arbitraže iz perspektive Europske unije.

Ključne riječi: imovinskopravni spor; imovina; vlasništvo; Sporazum o pitanjima sukcesije; bilateralni investicioni sporazum; investiciona arbitraža; nadležnost *ratione temporis*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Imovina kao i zaštita prava na imovinu su teme o kojima se vrlo često piše pa nije moguće izbjeći ponavljanja o naučnim spoznajama i praktičnim iskustvima vezanim za djelovanje zakonodavne i sudske vlasti s ovim u vezi. Najprije valja poći od tvrdnje da iza međunarodnih normi i praksi nerijetko stoje međunarodne i nacionalne politike sa svojim partikularnim interesima, kao i da se određene političke zamisli vrlo često žele realizirati kroz domaće pravne propise, ali i državnu praksu kroz različita tumačenja pozitivnog prava.¹ Republika Hrvatska i Bosna i Hercegovina (BiH) su odlučile da kroz svoje ustave i ratificiranjem međunarodnih i evropskih konvencija koje tom pravu daju veliki značaj, prihvate najviše standarde vezane za zaštitu prava vlasništva tako da svakako čudi način primjene postojećih zakona i sporazuma, te njihovo tumačenje koje se temelji na ovlaštenjima iz ustava i zakona.

Očito je da u pogledu samog teksta pravnih akata i načina njihovog tumačenja mogu nastati razlike između političke volje i zamisli o primjeni zakona i njegove stvarne primjene. Te razlike su rezultat djelovanja zakonodavne i sudske vlasti u koje je svaka od njih ugradila ono što može u skladu sa ovlaštenjima. Utvrđene razlike između propisanih normi i datog tumačenja, koje se ogledaju u njihovoj primjeni u državnoj i sudskoj praksi, treba analizirati i o njima suditi na temelju općih pravila i normi prihvaćenih na najvišim nivoima. Pravna arhitektura vlasničkih odnosa je prilično jasna u odnosu na naučne debate koje se osvrću na vlasništvo iz različitih perspektiva ubacujući pri tome lične stavove često protkane različitim utjecajima. Nju povezujemo sa hijerarhijom normi, pri čemu pravna nauka govori o višim i nižim pravnim aktima kroz primjenu općeg načela *Lex superior derogat legi inferiori*, prema kojem viši pravni akt odnosno pravna norma, ukida niži pravni akt odnosno normu, a propisi više pravne snage „poništavaju“ propise niže pravne snage.

Na vrhu ove piramide u pravilu stoji ustav, međutim, razvojem općeg međunarodnog prava (ljudskih prava) s jedne, ali i regionalnih međunarodnih organizacija i njihovog prava, poput Evropske unije ili Vijeća Evrope s druge strane, možemo utvrditi da su opća načela međunarodnog prava prihvaćena i nalaze se na vrhu ove piramide pravnih normi. Tako su opća (međunarodnopravna) načela sa-

¹ Bez intencije da ulazimo u narav međunarodnog prava i poretka, ponekada ne možemo a da se ne prisjetimo učenja engleskog pravnika J. Austina iz XIX. vijeka po kome je pravo upravljanje suverena podržano prinudnim sankcijama. Otuda države u međunarodnom sistemu ne priznaju nijedno drugo suvereno tijelo osim njih te moćne države ne mogu biti prisiljene da nešto učine ili da se uzdrže od činjenja protiv njihove volje (Austin 1995; Armstrong, Farrell i Lambert 2007: 9).

držana u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950.² dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine, te joj se u čl. II (2) Ustava BiH (međunarodni standardi) daje prednost u odnosu na domaće pravo.³ I u Republici Hrvatskoj navedena Konvencija i njeni protokoli djeluju kao opći pravni okvir u kojem su definisana osnovna ljudska prava i slobode te način njihove zaštite. S obzirom na to da je Republika Hrvatska također ratificirala Konvenciju, ona shodno čl. 141. Ustava Republike Hrvatske predstavlja dio njezinog unutrašnjeg pravnog poretka.⁴

Protokol I navedene Konvencije u čl. 1. propisuje sljedeće: „Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava“.⁵ Naravno, svakoj državi je prepušteno da za svoj teritorij donosi zakone i, uvjetno rečeno, tumači prethodno preuzete međunarodne

² Stupila na snagu 3. septembra 1953.

³ Čl. II (2) Ustava BiH glasi: „Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svakim drugim pravom“. Ova je država ratificirala odnosni regionalni međunarodni ugovor iz oblasti zaštite ljudskih prava 2002., mada ju je prethodno bez ratifikacije inkorporirala u unutrašnji pravni poredak Ustavom BiH, koji je dio višestranog međunarodnog ugovora iz 1995. (Šire u Vehabović 2006) O nadustavnom karakteru Evropske konvencije o ljudskim pravima u BiH vidjeti Sadiković (2012). Za razliku od svih drugih evropskih država koje su ljudska prava i osnovne slobode Konvencije inkorporirale u vlastiti ustavni i pravni sistem putem ratifikacije, BiH je prava i slobode iz ovog ugovora izravno prihvatila zaključenjem novog, i to Općim okvirnim sporazumom za mir u BiH (Daytonskim mirovnim sporazumom). Upravo zato BiH je država koja je karakteristična ne samo po tome što je Konvenciju prihvatila putem Daytonskog mirovnog sporazuma, nego i zato što je taj Konvenciji dala i nadustavni karakter unošenjem odredbe kojom se propisuje ne samo njena izravna primjena nego – što je još i važnije – njen prioritet nad svakim drugim pravom u toj državi (Sadiković 2012). Poređenja radi, u Republici Hrvatskoj Evropska konvencija o ljudskim pravima ima nadzakonsku snagu, ali je u pravnoj hijerarhiji ispod Ustava. „Naime, čl. 134. Ustava propisano je da međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutrašnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove odredbe mogu se mijenjati ili ukidati samo uz uslove i na način koji su u njima utvrđeni, ili saglasno općim pravilima međunarodnog prava. To konkretno znači da je Konvencija sastavni dio pravnog poretka Republike Hrvatske, bez obzira na to što se radi o međunarodnom pravnom aktu, te da je u hijerarhijskoj strukturi iznad svih zakona, dakle, odmah ispod Ustava. Naime, kao ratificirani i objavljeni međunarodni ugovor, Konvencija, zajedno s protokolima, dio je unutrašnjeg pravnog poretka te se u Republici Hrvatskoj neposredno primjenjuje, što znači da stranke svoje zahtjeve pred domaćim sudovima mogu temeljiti neposredno na Konvenciji i pozivati se na odredbe Konvencije. Pored navedenog, neposredna primjena Konvencije obavezuje sudove da domaće pravo tumače u skladu sa, prethodno navedenim, standardima Konvencije te kada stranka ističe povredu Konvencije, tvrdnje stranke ispituju neposredno primjenjujući Konvenciju“ (Šarin 2014: 85).

⁴ Imovina je zagarantovana i Deklaracijom o pravima čovjeka iz 1789., gdje je proglašena kao „jedno sveto i nepovredivo pravo, kojeg niko ne može biti lišen, izuzev kada to nedvosmisleno zahtijevaju zakonom utvrđene javne potrebe i pod uslovom da se prethodno da pravična novčana naknada“; Univerzalnom deklaracijom o pravima čovjeka iz 1948. u kojoj se utvrđuje da „niko ne smije biti samovoljno lišen svoje imovine“ (čl. 17. st. 2).

⁵ O pravu na imovinu kao ljudskom pravu šire u Komnenić (2018).

norme te, s tim u vezi, i obaveze, što je u pogledu imovinskopravnih odnosa i zaštite vlasničkih prava dovelo do problema na koje ćemo se osvrnuti u nastavku rada.⁶

Navedene poteškoće se odnose kako na djelovanje zakonodavne vlasti, tako i na djelovanje sudske vlasti u pogledu tumačenja nacionalnih i međunarodnih odredaba. Proturječnosti koje su evidentno prisutne zahtijevaju analizu nacionalnog i međunarodnog pravnog okvira, a posebno zaključenih sporazuma. Sadržaj ustava, na koji ćemo se osvrnuti, kao sadržaj Konvencije koja garantuje vlasnička prava je isti bez obzira na to iz kojeg ugla se pravo posmatralo, osim ako polazimo od stajališta da je diskriminacija dozvoljena zavisno od nacije/države nosioca vlasničkih prava. Međutim, bez obzira na praksu koja je zabrinjavajuća, ovaj rad će se zasnivati na spoznaji da nacionalni sistemi postaju dio jedinstvenog normativnog sistema s objektivnim međunarodnim pravom i subordiniranim nacionalnim pravnim porecima.

2. HISTORIJSKI OSVRT NA IMOVINSKOPRAVNE ODNOSU U BIVŠOJ SOCIJALISTIČKOJ FEDERATIVNOJ REPUBLICI JUGOSLAVIJI (SFRJ)

Imovinskopravne odnose u državama bivše SFRJ možemo u potpunosti razumjeti samo ukoliko poznajemo političke i pravne prilike na ovom podneblju koje su uspostavljene krajem četrdesetih i početkom pedesetih godina prošlog vijeka. Naime, u tom periodu uvodi se sistem društvenih i ekonomskih odnosa po uzoru na sovjetski model, svakako sa svojim specifičnostima, čime se odstupilo od već ranije uspostavljenog kontinentalno-evropskog pravnog sistema koji svoj oslonac ima u rimskom pravu. Jugoslovenska koncepcija socijalizma predstavlja poseban društveno-ekonomski model koji uvodi radničko samoupravljanje i društvenu jednakost, te se naročito odrazio na građansko pravo. Jugoslavija je 31. januara 1946. usvojila novi Ustav kojim se redefinira pravo vlasništva. Sredstva za proizvodnju postaju ili općenarodna imovina tj. imovina u rukama države ili imovina narodnih zadružnih organizacija ili privatnih fizičkih i pravnih lica. Općenarodna imovina pri tome stoji pod naročitom zaštitom države, a čine je i sva rudna i druga blaga, vode, sredstva željezničkog i vazdušnog saobraćaja, pošta, telefon itd. Navedenim Ustavom se reguliše i da zemlja pripada onima koji je obrađuju, te da će se donijeti posebni zakoni kojima će se definisati koliko ko može imati zemlje, tj. maksimum privatnog zemljišnog posjeda. Slijedom navedenog donose se brojni zakoni imovinskopravnog karaktera kao što su Zakon o nacionalizaciji (podruštvljavanju), konfiskaciji i

⁶ O pravu na mirno uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava vidjeti Ibidem.

eksproprijaciji imovine, putem kojih se privatno vlasništvo transformiše u državno/društveno vlasništvo. Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta SFRJ iz 1958. (Službeni list FNRJ, br. 52/58) ide se korak dalje te se vrši nacionalizacija zemljišta u gradovima, naseljima gradskog karaktera i ostalim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju, na način koji propisuje da gradsko građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera ne može biti u privatnom, već samo u društvenom vlasništvu, prema čl. 1. navedenog Zakona.

Tako je izgrađeno i neizgrađeno zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera *ex lege* pretvoreno u društveno vlasništvo, a osobe koje su na nacionaliziranim nekretninama polagale ili stekle određena prava dobijaju specifična prava koja su karakteristična za taj pravni sistem, ali sa kojima se susrećemo i danas. Društvena jednakost kao jedan od osnovnih principa socijalizma je prihvaćena dogma koja omogućava oduzimanje i ograničenje prava vlasništva, te se vrši „pravedna raspodjela dobara“. Zakonom se propisuje koliko stanova i koliko zemlje osoba može imati u svom vlasništvu, dok se sve preko dozvoljenog oduzima. Na nacionalizovanim nekretninama, uspostavlja se poseban vlasnički režim tj. društveno vlasništvo na zemljištu povezano sa pravom korištenja⁷, raspolaganja⁸ i/ili upravljanja⁹, pri čemu na objektu ili stanu može egzistirati pravo vlasništva. To je nužno imalo za posljedicu pravno razdvajanje zemljišta i zgrade i time odstupanje od tradicionalnog načela *superficies solo cedit*. Nekretnina više nije zemljišna čestica zajedno sa svim onim što je sa zemljištem trajno spojeno, kako je to ranije bilo definisano na teritoriju bivše SFRJ, već njeni dijelovi postaju samostalni objekti prava. U skladu sa tadašnjom državnom politikom nekretninama se smatraju zemljišta, zgrade, stanovi i poslovne prostorije, kao posebni dijelovi zgrade, kao i

⁷ Pravo korištenja se odnosi na sredstva preduzeća, određena prirodna bogatstva, te gradsko građevinsko zemljište. Ovo pravo je u naš pravni sistem uvedeno Zakonom o poljoprivrednom zemljišnom fondu općenarodne imovine i dodjeljivanju zemlje poljoprivrednim organizacijama (Službeni list FNRJ, broj 22/53), te se dalje razrađuje i potpunije uobličava ustavnim odredbama i brojnim propisima imovinskopravnog karaktera.

⁸ Pravo raspolaganja predstavlja osnovno imovinsko pravo na stvarima u društvenoj svojini uključujući pravo društveno-pravnog lica da u pravnom prometu stiče i otuđuje stvari (kupovinom, prodajom, zamjenom i slično), što je podrazumijevalo da društveno-pravna lica prenose predmete prava raspolaganja između sebe, pribavljaju ih od nosilaca prava vlasništva, otuđuju iz društvenog vlasništva, vrše zamjenu, te raspoložu sa istim kao društvenim sredstvima. Pravo raspolaganja kao osnovno imovinsko pravo na stvarima u društvenoj svojini je imalo mnoštvo ograničenja, počev od onih za organe preduzeća, pa do ograničenja utvrđenih prinudnim normama. Suština predmetnih ograničenja bila je u tendenciji zadržavanja ovog oblika vlasništva, čije otuđenje je u određenim slučajevima u potpunosti bilo isključeno.

⁹ Pravo upravljanja se odnosi na upravljanje državnim privrednim preduzećima koja su na osnovu Osnovnog zakona o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva (Službeni list SFRJ, broj 43/5) transformirana u društvenu svojinu.

drugi građevinski objekti. Pravno jedinstvo nekretnine je bilo moguće samo tamo gdje je zemljište moglo biti u privatnom vlasništvu.

Proces područstvljavanja se nastavio i Zakonom o građevinskom zemljištu iz 1974. i 1986. Nacionalizovano zemljište je ostajalo u posjedu prijašnjeg vlasnika, sve do konačnog izuzimanja od strane same općine ili lica (investitora) kome je ono dodijeljeno u cilju privođenja zemljišta krajnjoj namjeni u skladu sa regulacionim planom. Prava povezana sa zajedničkim vlasništvom razlikuju se zavisno od karakteristika nosioca prava kao i od svrhe u koju je pravo dodijeljeno: raniji vlasnik je mogao imati slijedeća prava: a) privremeno pravo korištenja neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta do njegovog izuzimanja, b) prvenstveno pravo korištenja neizgrađenog gradskog zemljišta radi građenja, c) trajno pravo korištenja izgrađenog gradskog zemljišta sve dok objekat izgrađen na njemu egzistira.

Privatno vlasništvo je, dakle, kroz nacionalizaciju, konfiskaciju, upitnu eksproprijaciju, doživjelo svoj sumrak u korist društvene svojine koja doživljava procvat (Lazić 2011: 217). Reperkusija navedenog danas je vezana za brojne zabrane raspolaganja određenim nekretninama povezane sa zahtjevima za restitucijom, zahtijevajući donošenje određenih zakona, što predstavlja i svojevrsnu poteškoću pri primjeni određenih međunarodnih ugovora.

Početak 1990-tih godina dolazi do raspada Jugoslavije i nastanka novih država koje su u pogledu imovinskopravnih odnosa dijelile istu historiju. Disolucija SFRJ otvara brojna pitanja vezana za podjelu imovine, obaveza, te zaštite i povrata imovine koja se nalazila na teritoriji novonastalih država. Nove države se, pri tome, u potpunosti priznaju i svojim ustavima i zakonima štite pravo vlasništva i druga stvarna prava, štite osnovna ljudska prava i slobode, priznaju princip jednakosti i zabrane diskriminacije, te nude pravnu sigurnost. Jednako tako, vlasništvo označava društveno regulisani i zaštićeni pravni odnos predviđen za prisvajanje, korištenje, raspolaganje i upravljanje dobrima. Socijalističko društveno vlasništvo je abrogirano, a pravo vlasništva je uvršteno u kategoriju osnovnih ljudskih prava. Na stvarima koje su bile u društvenom vlasništvu uspostavljeno je pravo vlasništva države ili drugih pravnih i fizičkih lica na osnovu zakona ili u postupcima privatizacije. Također se uspostavlja pravno jedinstvo nekretnine, a njena horizontalna podjela je moguća samo na osnovu novouvedenog instituta, prava građenja. Garantuju se ljudska prava kao prava svake osobe na temelju činjenice njenog postojanja bez obzira na rasu, boju kože, spol, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, imovinu, rođenje ili drugi status, kao i bez obzira na politički, pravni ili međunarodni status zemlje ili područja kojem osoba pripada.

Međutim, postupci transformacije prava korištenja, raspolaganja i upravljanja u pravo vlasništva nisu išli jednostavno niti su do kraja završeni. Tako se u BiH transformacija vrši zakonima o građevniskom zemljištu i stvarnim pravima, a u Republici Hrvatskoj transformacija je započeta još 1991. godine, a nastavljena je Zakonom o osnovama vlasničkopravnih odnosa.¹⁰ Međutim, za razliku od BiH, koja silom zakona vrši transformaciju navedenih prava u korist nosioca prava korištenja, raspolaganja ili upravljanja, Republika Hrvatska pravi razliku između pojedinih nosilaca tih prava, te transformaciju vrši isključivo u korist fizičkih i pravnih lica koja svoje sjedište imaju u toj državi, te vrši direktnu diskriminaciju ostalih, pa time i fizičkih i pravnih lica iz BiH.

3. SPORAZUM O SUKCESIJI

3.1. Općenito

Iako u pravnoj nauci ne postoji saglasnost niti o definiciji niti o sadržini pojma sukcesije, nesporno je da se sukcesija država pojavljuje u vezi sa prenošenjem prava i obaveza jedne države na drugu (Softić 2020). Kao koncept međunarodnog prava sukcesija država „znači zamjenu jedne države drugom što se tiče odgovornosti za međunarodne odnose nekog područja“.¹¹ Dvije međunarodne konvencije uređuju materiju ovog dijela međunarodnog prava, to su Bečka konvencija o sukcesiji država u pogledu međunarodnih ugovora te Bečka konvencija o sukcesiji država u pogledu državne imovine, arhiva i dugova. Ova je posljednja zaključena 1983. i još nije stupila na pravnu snagu. Iako broji tek sedam država stranaka, mnoge odredbe ovog ugovora „reflektiraju običajno međunarodno pravo“ (Henriksen 2019: 73), budući da praksa država pokazuje i dokazuje opstojnost odredaba navedene Konvencije. Sukcesija država je „stanje (ili novo stanje), nastalo teritorijalnim promjenama na koje se primjenjuju sva postojeća pravila međunarodnog prava“ (Degan 2011: 240). Dakle, „pitanje sukcesije se pojavljuje kada postoji konačna zamjena jedne države drugom u odnosu na suverenost nad datim teritorijem u skladu s međunarodnim pravom“ (Brownlie 2003: 621). Sukcesija država je još uvijek područje prava velike ne-

¹⁰ U Republici Hrvatskoj je još prilikom preuzimanja ZOSPO kao republičkog zakona 1991. izmijenjena odredba čl. 12. (čl. 9. Zakona o preuzimanju ZOSPO) tako što je pravo korištenja zamijenjeno pravom vlasništva, jer je ograničenje vlasništva na vrijeme, dok postoji zgrada, smatrano protivno ustavnoj garanciji vlasništva (više o tome Simonetti 1999 i Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske od 30. novembra 1994., „Narodne novine“, broj 92/94).

¹¹ Čl. 2(1)(b) Bečke konvencije o sukcesiji država u pogledu međunarodnih ugovora, zaključene 1978., stupila na snagu 1996.

sigurnosti i kontroverzi (Ibidem). Nakon promjene suvereniteta nad određenim teritorijem različita se pitanja mogu otvoriti u kontekstu prava države nasljednice, poput sudbine imovine koja prelazi sa države prethodnice na državu nasljednicu, kontinuiteta pravnog sistema, statusa privatne imovine, uključujući i prava koja proizilaze iz ugovora i koncesija koji su zaključeni prema domaćem pravu prijašnje države, pitanje državljanstva, penzija, arhiva, alociranih i nealociranih dugova, sukcesije država u pogledu međunarodnih ugovora, njihovog članstva u međunarodnim organizacijama. (Brownlie 2003; Degan 2011; Shaw 2021).

Slijedom iznijetoga sasvim je bilo prirodno, ali i nužno, da su se nakon raspada SFRJ otvorila brojna pitanja od kojih su imovinskopravna među najznačajnijima. Republike bivše SFRJ, kao i fizičke i pravne osobe, imale su svoju imovinu na području cijele Jugoslavije, pa je stoga bilo neophodno da se postojeća prava zaštite na adekvatan način. Nakon višegodišnjih pregovora, sve bivše republike kao pet suverenih, ravnopravnih država nasljednica SFRJ [BiH, Savezna Republika Jugoslavija (danas republike Srbija i Crna Gora), Republika Makedonija (sadašnja Republika Sjeverna Makedonija), Republika Slovenija i Republika Hrvatska] su u Beču 29. juna 2001. zaključile Sporazum o pitanjima sukcesije¹², u kome su se sporazumjele i uredile mnoga (ali ne sva) pitanja sukcesije država, poput imovine, prava i interesa, kroz sedam priloga (aneksa): u Aneksu A se nalaze odredbe o pokretnoj i nepokretnoj imovini, u Aneksu B odredbe o diplomatskoj i konzularnoj imovini, u Aneksu C se definišu odredbe o finansijskoj aktivni i pasivi, a u Aneksu D je riječ o arhivama. Aneks E sadrži odredbe o penzijama, Aneks F o ostalim pravima, interesima i obavezama, dok Aneks G sadrži odredbe o privatnoj svojini i stečenim pravima.

Prema Sporazumu, prava na pokretnu i nepokretnu imovinu koja se nalazi u nekoj državi sljednici na koju su građani ili druge pravne osobe SFRJ imali pravo na dan 31. decembra 1990. priznat će se, te će biti zaštićena i vraćena od te države u skladu s utvrđenim standardima i normama međunarodnog prava bez obzira na nacionalnost, državljanstvo, mjesto boravka ili prebivalište tih osoba. Mada su odredbe Sporazuma vrlo jasne, čak se čl. 7. Sporazuma propisuje da ovaj Sporazum konačno rješava pitanje zajedničkih prava i obaveza država sukcesora u odnosu na pitanja sukcesije koja su obuhvaćena ovim Sporazumom, taj međunarodnopravni dokument ipak nije u svim državama doživio svoju primjenu. Primjetne su mnoge dvojbe u vezi sa

¹² Stupio na snagu 2. juna 2004. zbog odugovlačenja Sabora Republike Hrvatske da ga ratificira. Predsjedništvo BiH ratificiralo je Sporazum na sjednici od 28. novembra 2001. Objavljen je u Službenom glasniku BiH - Međunarodni ugovori, broj 10/2001. Šire u Softić (2020).

njegovom implementacijom, a osnovna je vezana za pitanje da li se Sporazum primjenjuje direktno ili države stranke na temelju istog moraju donijeti odgovarajući unutrašnji akt o priznavanju prava iz Sporazuma¹³ ili zaključiti posebne dvostrane (bilateralne) sporazume.¹⁴ S ovim u vezi možemo konstatovati da su u pojedinim državama stečena prava, dakle, zaštićena prava (Čolović 2015; Mihaj i Filen 2018), derogirana, ograničena i ostavljena bez pravne zaštite.

3.2. Primjena Sporazuma u BiH

Ova je država pošla od stajališta da je sveobuhvatna provedba Sporazuma o sukcesiji osnov trajnih, stabilnih i prijateljskih odnosa između država ugovornica, te je poduzela sve što je bilo potrebno kako bi vratila imovinu na koju su države sljednice bivše Jugoslavije polagale pravo. Polazeći od navedenog, entiteti i kantoni su donosili svoje propise u pogledu vraćanja imovine, a kasnije je i Vijeće ministara BiH donijelo Odluku o provođenju Sporazuma o sukcesiji (Službeni glasnik BiH, broj 2/04). Na osnovu odluka koje su u ovom kontekstu donesene, gotovo sva imovina je vraćena državama sukcesorima (Velić i Velić 2021). Praksa u drugim državama je različita, a činjenično stanje nije moguće u potpunosti prikazati iz razloga što BiH nema registar državne imovine niti ima pregled stanja u pogledu njene imovine. Međutim, s obzirom na to da Republika Hrvatska nije izvršila povrat imovine na način kako je to uradila BiH, Predsjedništvo BiH je 2018. zadužilo Ministarstvo vanjskih poslova BiH da uputi notu Generalnom sekretaru Organizacije Ujedinjenih nacija, kao depozitaru Sporazuma o pitanjima sukcesije bivše SFRJ, kojom ga obavještava o kršenju Sporazuma o pitanjima sukcesije bivše SFRJ od strane Republike Hrvatske. Do danas po tom pitanju nije ništa dogovoreno, a susjedna država od 2018. već uveliko raspolaže predmetnim nekretninama dajući ih u dugoročni zakup ili najam, na osnovu Zakona o upravljanju državnom imovinom.

¹³ <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/ne-primjena-aneksa-g-ugovora-o-pitanjima-sukcesije-5734>.

¹⁴ To će jednim dijelom ovisiti i od toga da li je unutrašnji pravni sistem neke države u dijelu prihvatanja i izvršavanja međunarodnih obaveza iz međunarodnih ugovora uređen po monističkim ili dualističkim načelima, odnosno da li je u nekoj državi preovladavajući monistički ili dualistički pravni sistem. Kako u Bosni i Hercegovini „nema nijedne riječi o *pretvaranju* međunarodnih sporazuma u pravni poredak Bosne i Hercegovine”, može se zaključiti da je Ustav BiH tipični primjer radikalnog monističkog pristupa u primjeni međunarodnog prava (Vehabović 2006: 50-51). S druge strane, cijenimo da pravni sistem Republike Hrvatske sadrži elemente dualizma. Šire o konceptu međunarodnih ugovora i njihovoj primjeni vidjeti Mulalić i Omerović (2019).

3.3. Primjena Sporazuma u Republici Hrvatskoj

Zbog njenog atraktivnog položaja i mora u Republici Hrvatskoj se nalazi veliki broj odmarališta, luka, vila i drugih objekata na koje pravo polažu države sukcesori. Upravo iz tih razloga vođen je veliki broj postupaka protiv Republike Hrvatske u kojima su tužitelji, pozivajući se na Sporazum o sukcesiji i njegov Aneks G, pokušali realizovati njihovo vlasničko pravo. Prvostepeni sudovi u Republici Hrvatskoj su, pri tome, nakon određenih „lutanja“, zauzeli jedinstvenu praksu i odbili direktnu primjenu Sporazuma. Ta praksa je kasnije potvrđena od strane Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji je odbio tužitelje s tužbenim zahtjevom i tako zauzeo stajalište da se prava iz Sporazuma o sukcesiji ne priznaju neposredno na temelju tog međunarodnog ugovora, te je za njegovu primjenu potrebno zaključivanje posebnog bilateralnog sporazuma.¹⁵ Sam Sporazum o sukcesiji ne predviđa djelotvoran sistem rješavanja sporova, već polazi od toga da razlike u tumačenju trebaju biti riješene sporazumno, te propisuju da se, ukoliko se takve razlike ne mogu prevazići ovim dokumentom, predmet može uputiti nezavisnom licu ili Stalnoj zajedničkoj komisiji ili se pak spor može rješavati u arbitražnom postupku.

Evropski sud za ljudska prava se u predmetu srbijanskog preduzeća *Mladost Turist A. D. protiv Republike Hrvatske*¹⁶ također bavio pitanjem primjene Aneksa G Sporazuma o sukcesiji bivše SFRJ. Predmet je vezan za povrat zemljišta koje se nalazi na teritoriji Republike Hrvatske, a na kojem je navedeno preduzeće imalo pravo korištenja. Hrvatski sudovi su odbili zahtjev sa obrazloženjem da se Sporazum o sukcesiji ne može direktno primjeniti, već da je za njegovu primjenu potrebno donošenje zakona ili zaključivanje bilateralnih ugovora, koji još uvijek nisu zaključeni. Evropski sud za ljudska prava je konstatovao da zahtjev navedenog preduzeća da se proglasi vlasnikom zemljišta ili da dobije odgovarajuću naknadu štete nema dovoljno osnova u domaćem pravu ili međunarodnom ugovoru koji čini dio domaćeg pravnog poretka, te da Republika Hrvatska još uvijek nije donijela zakon ili zaključila bilateralni sporazum sa Republikom Srbijom za provedbu čl. 2. Aneksa G Sporazuma o sukcesiji, pa je Evropski sud stoga zaključio da predmetni zahtjev nema dovoljno osnova u nacionalnom pravu ili međunarodnim sporazumima koji su dio unutarnjeg pravnog poretka.

¹⁵ Odluke Vrhovnog suda - Rev 900/07-2 od 5. marta 2008., Rev 306/08-2 od 17. decembra 2008. i Rev 224/07-2 od 10. oktobra 2007.

¹⁶ ESLJP, "*Mladost Turist*" a. d. v. *Republika Hrvatska*, Application no: 73035/14, Presuda, 30. januar 2018.

Zakonodavac u Republici Hrvatskoj čak ide tako daleko da čl. 71. Zakona o upravljanju državnom imovinom (Narodne novine, broj 52/2018) pravnim osobama koje nemaju sjedište u toj državi negira vlasnička prava regulišući sljedeće:

„Do sklapanja odgovarajućeg međunarodnog ugovora ili do donošenja odluke o izuzimanju od zabrane raspolaganja, Ministarstvo je ovlašteno dati u višegodišnji zakup ili u neki drugi oblik raspolaganja do najviše 30 godina nekretnine koje su u zemljišnim knjigama upisane kao vlasništvo Republike Hrvatske ili koje su upisane kao društveno vlasništvo ili općenarodna imovina s pravom korištenja subjekata koji u Republici Hrvatskoj nemaju sjedište i pravnu osobnost i na koje se primjenjuje zabrana temeljem Uredbe o zabrani raspolaganja i preuzimanju sredstava pravnih osoba na teritoriju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 40/92) odnosno Zakona o zabrani raspolaganja i preuzimanju sredstava određenih pravnih osoba na teritoriju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 35/94) i Uredbe o zabrani raspolaganja nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 36/91)“.

Adekvatno i efektivno rješenje za ovu situaciju očito ne postoji, jer do sklapanja odgovarajućeg međunarodnog ugovora (bilateralnog sporazuma) očito neće doći, a sve i ako bi se zaključio takav sporazum, treća lica su već velikim dijelom uvedena u prava i pitanje je kako bi se novi ugovor odrazio na postojeće odnose. Sporazumom o sukcesiji je predviđena saradnja između stranaka u pogledu promocije i zaštite prava, ali se ne predviđa djelotvoran i detaljan sistem rješavanja sporova, osim što se uređuje da ukoliko spor oko tumačenja ne može biti riješen Sporazumom, predmet može biti upućen, kako smo i prethodno naveli, nezavisnom licu, Stalnoj zajedničkoj komisiji ili na arbitražu (Bungenberg, Bikić i Velić 2019).

4. INVESTICIONA ARBITRAŽA

4.1. Uvod

S obzirom na to da Sporazum o sukcesiji ne nudi adekvatno rješenje predmetnih pitanja, u ovom ćemo dijelu istraživanja analizirati mogućnost rješavanja navedenih sporova na osnovu investicione arbitraže. Investiciona arbitraža kao model rješavanja međunarodnih sporova nije instrument koji fizička i pravna lica iz BiH koriste u dovoljnoj mjeri. Većina primjera arbitraže iz BiH odnose se na trgovačke sporove. Investiciona arbitraža podrazumijeva spor između investitora i države (McLachlan, Shore i Weiniger 2017).

Strana direktna ulaganja su bitna komponenta svjetske ekonomije, a prekogranične investicije imaju vrijednost od preko 1,2 triliona dolara godišnje (Born 2015). Strana ulaganja se, pri tome, manifestiraju kroz različite oblike i to počev od infrastrukturnih i industrijskih projekata preko direktnih finansijskih investiranja do kupovine nekretnina i druge imovine. Međutim, svi oblici investicije su izloženi unikatnom riziku da od strane države u kojoj se investira dođe do miješanja javne vlasti na način da se prava investitora ograničavaju ili čak oduzimaju. Ove vrste državnog djelovanja često su motivirane domaćim političkim ciljevima što može biti u obliku zakonodavne politike ili domaćih ekonomskih interesa. Nivo zaštite stranih investitora je ranije bio dosta nizak, te su oni u nekim slučajevima bili upućeni na diplomatsku zaštitu svoje države koja bi tada „zastupala“ potraživanja svog državljanina protiv druge države. Ovaj oblik zaštite je bio podložan diskreciji države te je sam postupak bio nesiguran i komplikovan. Pokretanje postupaka je zavisilo od drugih interesa kao što su diplomatsko-trgovački odnosi, državna sigurnost i ostale veze i odnosi između država.

Kako bi se ponudio odgovor na ove probleme koji proizlaze iz međunarodnih investicija i kako bi se ponudio stabilan, neutralan i primjenjiv pravni režim za strane investicije, države su zaključile nekoliko specijaliziranih multilateralnih i bilateralnih sporazuma. Primarni sporazumi unutar ovog režima su ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*)¹⁷, Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova) konvencija¹⁸, NAFTA¹⁹, multilateralni sporazumi za pojedine sektore (ekonomsko-industrijske), te ogroman sistem bilateralnih sporazuma (BITs)²⁰. Ovi sporazumi općenito pružaju i supstantivne zakonske standarde za zaštitu stranih investicija i specijalizirane mehanizme za rješavanje sporova, posebno odredbe za investicionu arbitražu. BIT-ovi igraju centralnu ulogu u režimu međunarodne investicije nasuprot ICSID konvenciji i drugim multilateralnim sporazumima. Zapravo, BIT-ovi su međunarodni ugovori između dvije države koji su prilagođeni okolnostima i odnosima između stranaka ugovora. Većina BIT-ova imaju sličnu

¹⁷ Vodeće je međunarodno tijelo unutar Grupe Svjetske banke kao specijalizirane međunarodne organizacije i međunarodne finansijske ustanove za rješavanje i administriranje u međunarodnim investicionim sporovima. Utemeljeno je 1966. ICSID konvencijom. Sjedište mu je u Washingtonu, D. C., Sjedinjene Američke Države.

¹⁸ BiH je 1997. preuzela međunarodne obaveze na temelju ovog međunarodnog ugovora (iste je godine ova država potpisala i ratificirala odnosnu konvenciju). Republika Hrvatska je zaključila ICSID konvenciju 1997., dok je 1998. stupila na snagu za tu državu.

¹⁹ *The North American Free Trade Agreement*. Ovaj je višestrani međunarodni ugovor ustanovio zonu slobodne trgovine na Sjevernoameričkom kontinentu. Zaključen je 1992., a počeo proizvoditi pravna dejstva 1. januara 1994. Sada je to *United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*, međunarodni ugovor koji je stupio na snagu 1. jula 2020. [više na: <https://www.trade.gov/north-american-free-trade-agreement-nafta>; <https://www.trade.gov/usmca> (12. oktobar 2023)]. Usp. Gantz (2020) i Orme (1996).

²⁰ O fenomenu i praksi dvostranih investicionih ugovora u međunarodnom investicionom pravu vidjeti Vandeveld (2010) i McLachlan, Shore i Weiniger (2017).

strukturu i često sadrže slične ili iste odredbe (formularski sporazumi). Većina ovakvih ugovora nudi visok stepen zaštite za investicije od strane investitora jedne države stranke u drugoj državi ugovornici, što podrazumijeva zaštitu od eksproprijacije bez naknade, nepoštenog ili nepravednog tretmana i diskriminacije (Dolzer i Schreuer 2008²¹; Newcombe i Paradell 2009). BIT-ovi u pravilu sadrže odredbe za rješavanje spora koje dozvoljavaju investitorima da pokrenu investicionu arbitražu, osim u slučajevima posebno navedenih izuzetaka. Primjer takvog ugovora u ovoj oblasti predstavlja Sporazum o unapređenju i zaštiti investicija između BiH i Republike Hrvatske.

4.2. Uslovi za primjenu Sporazuma o unapređenju i zaštiti investicija

Da bismo mogli primjeniti navedeni Sporazum u cilju dobivanja naknade za bosanskohercegovačke nekretnine koje se nalaze u susjednoj državi, tj. na hrvatskom teritoriju, te nekretnine moraju biti zaštićene Sporazumom o zaštiti investicija, a to znači da mora postojati “investicija”, odgovarajuće državljanstvo stranaka, te povreda prava.

4.2.1. *Pojmovno određenje investicije*

Iz činjenice da pojam investicije nije pravni pojam, nego je investicija ekonomska kategorija, razvila se i potreba za iznalaženjem načina pravnog reguliranja efekata investicionih odnosa posredstvom posebnog sistema normi nadnacionalnog karaktera koje bi odgovarale ekonomskoj prirodi investicija. Direktne strane investicije se najčešće shvataju kao prenos sredstava ili materijala iz zemlje izvoznice kapitala u zemlju koja kapital uvozi s ciljem direktnog ili indirektnog učešća u dobiti (Sornarajah 2004; Usp. McLachlan, Shore i Weiniger 2017). Treba naglasiti da su direktne investicije predmet zaštite međunarodnog običajnog prava²² dok portfolio investicije nisu, jer ne postoji materijalna veza za utvrđivanje odgovornosti u slučaju nepoštivanja obaveza preuzetih od strane države u koju se investira (vidjeti Sornarajah 2021).

²¹ Za šire vidjeti recentniju građu istih autora u Kriebaum, Schreuer, Dolzer (2022).

²² Međutim, stvaranje jedinstvenih međunarodnih standarda, koje bi sve države svijeta primjenjivale na isti ili sličan način, predstavlja proces koji nije lako postići. Unifikacija domaćih zakona jednim međunarodnim ugovorom zahtijeva vrijeme. Karakteristike ugovora s ovim ciljem su sljedeće: poželjno je da se sklapaju na međunarodnim kodifikacijskim konferencijama na neodređeno vrijeme, da je većina država u međunarodnoj zajednici njima vezana na osnovu ugovora ili običajnog pravila, i, na kraju, da se takav ugovor sastoji od apstraktnih, općih i načelnih odredaba, gdje su komentari i druga pravila potrebni da bi se adekvatno implementirali kroz državnu praksu. (Meškić, Albakjaji, Omerović i Alhoussein 2022; McLachlan, Shore i Weiniger 2017).

U investicionom pravu je vidljiv trend da se odgovornost po osnovu portfolio investicija proširi, bilo kroz bilateralne sporazume ili investicione ugovore.²³ Polazeći, na primjer, od odredbe čl. 25. st. 1. ICSID konvencije da će „... *nadležnost Centra obuhvatati sve pravne sporove koji direktno proizlaze iz investicije između države stranke Konvencije (ili niže političko-teritorijalne organizacije države ili državne agencije koja je kao takva predstavljena Centru) i državljanina druge države...*“ (ICSID, 2006) jasno je otuda da terminološko tumačenje naznačene odredbe ne daje odgovor na pitanje šta se smatra investicijom, nego je to predmet bilateralnih ili drugih sličnih ugovora koji u osnovi imaju investicione odnose.²⁴ Suprotno tumačenje pronalazi argument *a contrario* upravo u činjenici da ICSID konvencija ne sadrži pojam investicije, te prema tome izvor njenog određenja ne može biti Konvencija nego bilateralni investicioni sporazum (BIT) u kojem je sadržan pristanak stranaka na arbitražno rješavanje ovakvih sporova. Osim razlikovanja investicije i trgovačkih transakcija Konvencija ne postavlja ograničenja državam ugovornicama u pogledu kvalifikacije određenih aktivnosti i transakcija kao investicionih (Voss 2011).

Arbitražni se tribunali obično oslanjaju na tipične karakteristike investicije kako bi ispitali vlastitu nadležnost nad investicionim odnosom u konkretnom slučaju. To su: značajan doprinos (tehnički ili finansijski) investicije zemlji u koju se investira, trajanje investicionog odnosa, stepen rizika/očekivane dobiti, značajan doprinos ekonomskom razvoju. Postavljeni kriteriji, međutim, predmet su i ozbiljnih kritika i preispitivanja njihovog legitimiteta.

Ranije je naglašeno da je u svrhu određenja prirode investicija neophodno praviti razliku između direktnih stranih i portfolio investicija. Za razliku od direktnih stranih investicija gdje je učešće u vlasništvu jasno reprezentirano i aktivnim pravom upravljanja ili kontrole od strane investitora, kod portfolio investicija ono je samo pasivno. Ovo razlikovanje pravno je zasnovano na pretpostavci da je direktna upravljačka kontrola temeljna karakteristika investicije. Ona pokazuje stabilan stepen involviranja investitora u ekonomiju zemlje u koju se investira, dok portfolio investicije imaju kraći period trajanja i nužno ne doprinose ekonomskom razvoju.²⁵ Ovakav odmak konstatiran je i od strane nekih međunarodnih organizacija poput MMF-a i OECD-a prema kojima dosadašnji koncept investicija konvergira prema nedefiniranom konceptu trajnog interesa. Prema pomenutom konceptu „direktno

²³ U sporu *Fedax v Venezuela* zauzet je stav o potrebi slobodnijeg tumačenja pojma investicije u smislu čl. 25. ICSID konvencije, odnosno da je diskreciono pravo države da odredi koja vrsta investicionog spora se može smatrati arbitralnim u kontekstu pomenute konvencije. Vidjeti *Fedax N. V. v Republic of Venezuela*, tačka 22.

²⁴ Vidjeti tačka 24. *Fedax N. V. v Republic of Venezuela*.

²⁵ Praksa arbitražnih tribunala u nekim slučajevima ima drugačiji diskurs. Prema Dimopoulos (2011).

strane investicije odražavaju cilj ostvarivanja trajnog interesa investitora u objektu investiranja.“ (OECD 1996; De Vita i Lawler 2004: 14).

Teško da se može govoriti o uniformnosti u domenu definiranja pojma investicije s obzirom na različite pozicije država uvoznica i izvoznica kapitala, ne nužno i s obzirom na njihove interese ako se imaju u vidu bitno izmijenjene geopolitičke okolnosti u kojima ti interesi egzistiraju. Savremeni je međunarodni investicioni ambijent bitno promijenjen, tako da ni smisao razlikovanja „stranih“ i „domaćih“ investicija više nije isti. Rezidenstvo investitora, ako se radi o transnacionalnim kompanijama, nije pouzdan kriterij za pravni tretman ovih korporacija u međunarodnom pravu, a ovakav pristup zaštitu koju pružaju međunarodni investicioni sporazumi ne reflektira stvarni način na koji ove korporacije danas posluju (Lester 2015).

Razlog neujednačenom normativnom pristupu investicijama je nastojanje da se državi dā jedan supervizorski status za razliku od nekadašnjeg dominantno regulatornog i suverenog. Jednako tako možemo se osvrnuti i na određeni stepen ekskludiranja investicionih odnosa iz domena javnog prava u domen transnacionalnog prava, ili, kako se to u literaturi često naziva, danas raspravljamo o internacionalizaciji pojedinih segmenata investiciono-pravnih odnosa (Mulalić 2018).

4.3. Uslovi za iniciranje investicione arbitraže

Conditio sine qua non u ovom smislu jeste pristanak države domaćina koji može biti sadržan u međunarodnim, bilateralnim ili multilateralnim investicionim sporazumima. Nešto rjeđe ovaj uslov može biti sadržan u investicionim ugovorima zaključenim direktno između države domaćina i investitora ili u nacionalnom zakonodavstvu države domaćina.

UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*)²⁶ predviđa čitav spektar instrumenata kojima se olakšava tumačenje gornjeg uslova u smislu pristanka države na pokretanje arbitražnog postupka, koji su kao takvi korisni i trebaju biti konsultirani u slučaju eventualnog spora. Međutim, u ovom kontekstu prepoznata su i sporna pitanja u smislu određenja (tumačenja) aktivne legitimacije za iniciranje arbitražnog postupka u slučaju da ga ne inicira država. Jedno od tih pitanja je inkorporirano u strukturu definicije investitora. I dok je većinom određenje pojma investitora zasnovano na državljanstvu investitora, relevantno državljanstvo u smislu

²⁶ <https://unctad.org/> (23. oktobar 2023). Konferencija Ujedinjenih nacija o trgovini i razvoju pomoćno je tijelo Opće skupštine Ujedinjenih nacija. Osnovana je odlukom ovog organa 30. decembra 1964. Jedan od zadataka joj je promovirati interese država u razvoju u svjetskoj trgovini.

legitimacije za iniciranje arbitražnog postupka jeste državljanstvo investitora fizičke osobe koji može pokrenuti postupak u ime kompanije osnovane u državi domaćinu ili u svoje ime. Koncept investitora kakav je najčešće sadržan u bilateralnim ili multilateralnim investicionim sporazumima ima širok dijapazon, tako da veličina udjela, broj dionica ili postotak učešća u kapitalu kompanije ne igraju bitnu ulogu sa aspekta aktivne legitimacije investitora. Ovo stoga što njihovi udjeli ili dionice ne reprezentiraju stepen kontrole nad kompanijom nego, naprotiv, konstituiraju investiciju (Weber, Muchlinski, Mann 2005).

Drugačija je situacija u slučaju da pokretanje postupka inicira poslovni subjekt koji je pod stranom kontrolom kada se postavlja pitanje njegove aktivne legitimacije kao stranog investitora. Ovo je od posebne važnosti npr. u situaciji kada zahtjev za pokretanje postupka podnosi lokalno inkorporirana podružnica poslovnog subjekta sa sjedištem u državi porijekla investicije. Prema tradicionalnim pravilima diplomatske zaštite takva podružnica ne bi mogla ostvariti zaštitu države porijekla investicije. No, prema pravilima međunarodnog investicionog prava takva potencijalna prepreka može biti prevaziđena. Tako, prema odredbi čl. 25(2)(b) ICSID konvencije, lokalno inkorporirana podružnica može imati status stranog investitora, ako su se strane u sporu sporazumjele da takva podružnica jeste pod stranom kontrolom, odnosno *de facto* stranom kontrolom.

U vezi s pomenutim i kada u pogledu aktivne legitimacije investitora ne postoji dvojba, problem se može javiti u slučaju da takva, uslovno napisano, proširena aktivna legitimacija izazove pokretanje više arbitražnih postupaka po istom činjeničnom i pravnom osnovu. Daljnje konsekvence se mogu ogledati u različitim arbitražnim odlukama i višestrukim troškovima za države domaćina (što je posebno izazovno za zemlje u razvoju). Stoga neka od rješenja koja predlaže UNCTAD jesu konsolidacija (spajanje) postupaka ili uključivanje u međunarodne investicione sporazume klauzule koje bi obavezivalo tribunal da stvar u pitanju pod navedenim okolnostima tretira kao presuđenu stvar (Ibidem).

Dijapazon manifestacije pristanka na arbitražno rješavanje sporova kreće se od jednostavnih preporuka subjektima investiciono-pravnog odnosa da koriste arbitražu kao način rješavanja sporova do nedvosmislenog davanja ovlaštenja investitoru da pokrene postupak pred ICSID tribunalima. U prvom slučaju radi se, utvrdili bismo, o vrsti fakultativne obaveze subjekata na izbor arbitraže. U drugom slučaju, investitoru se daje mogućnost da direktno sudjeluje u postupku protiv države domaćina posredstvom neutralnog foruma, čime se sam proces depolitizira, jer isključuje sudjelovanje države investitora (Sornarayah 2004).

Primjećujemo da se većina odredaba bilateralnih sporazuma koje se odnose na rješavanje investicionih sporova referira na mehanizme predviđene ICSID konvencijom i cilj im je uspostavljanje nadležnosti u ovoj vrsti sporova od strane tribunala u okviru ICSID Centra. Međutim, u tumačenju ovih odredaba potrebno je oprezno pristupiti dijapazonu namjere ugovornih strana da se takva nadležnost u konkretnom slučaju uspostavi.

4.4. Subjekti investiciono-pravnih odnosa

Bilateralne investicione sporazume za subjekte imaju suverene države i zaključuju se s ciljem da pruže stabilno pravno okruženje investicijama kao i s ciljem obezbjeđenja direktnih mehanizama pravne zaštite. Međutim, djelotvornost tih pravnih mehanizama zavisi i od procesnih pravila stavljenih na dispoziciju strankama. Ovo pokazuje da neposredna pravna veza između države u koju se investira i investitora, na nivou bilateralnih sporazuma, nije najjasnija, što može značiti da bilateralni sporazumi iz perspektive investitora imaju karakter adhezionih sporazuma. S druge strane, investicije su višefazni projekti, za koje faze se obično pretpostavlja neka od pravnih formi ugovora. U takvoj konstelaciji odnosa mogu se pojaviti tri dileme o prirodi investicionih prava. Jedna je da li investicioni sporazumi obezbjeđuju materijalna i procesna prava samo subjektima tih sporazuma, a investitori svoja materijalna prava izvode iz materijalnog prava domaće države. Druga je da li su materijalna prava rezervirana su isključivo za države stranke sporazuma, a investitori imaju procesna prava u svrhu implementacije materijalnih prava države. I na kraju, da li investicioni sporazumi neposredno obezbjeđuju investitorima i materijalna i procesna prava.

U pogledu obima i cilja investicionih prava stoga je potrebno investicionopravnom odnosu pristupiti kao tripartitnom odnosu između suverenih država koje su dužne obezbijediti provodiva prava za investitore kao beneficijare tih prava.

4.5. Procesni aspekti investicione arbitraže prema ICSID konvenciji

Nadležnost ICSID Centra određena je čl. 25. ICSID Konvencije prema kojem će se nadležnost Centra protezati na bilo koji pravni spor koji proizilazi direktno iz investicije između država ugovornica (ili neke političko-teritorijalne jedinice ili agencije u okviru države ugovornice koju je država odredila kao legitimnu stranu u sporu) i investitora, ukoliko postoji pismena saglasnost država ugovornica da se spor rješava pred Centrom.

Ono što je moglo izazvati izvjesne nedoumice bila je leksička konstrukcija odredbe st. 1. čl. 25. Konvencije. Naime, prema tumačenju ove odredbe proizlazi da se nadležnost Centra može zasnovati ukoliko se radi o isključivo pravnom sporu i ukoliko taj pravni spor proizlazi neposredno iz investicije. Način na koji su tribunali primjenjivali ovu odredbu postepeno je evoluirao i postao predmetom brojnih debata od kojih je svakako najznačajnija ona vezana za slučaj *Salini*. Prije pomenutog slučaja tribunali ili nisu uopće tumačili pojam investicije ili su ga tumačili shodno konkretnim bilateralnim sporazumima zaključenim između država. Tako su značenje pojma investicije tražili tribunali u dva slučaja: *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela*, (ICSID Case No. ARB/96/3) i *CSOB. v. Slovakia Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), ali nedovoljno detaljno s obzirom na njihov stav kako pojmu investicije sadržanom u čl. 25. Konvencije treba dati široko poimanje.

Odluka u slučaju *Salini Costruttori S.P.A and ITALSTRADE S.P.A v. Kingdom of Morocco* (Decision on Jurisdiction, July 23, 2001) bila je značajna iz dva razloga. Prvi je taj što je tribunal u konkretnom slučaju zauzeo stav da postojanje investicije predstavlja objektivni uslov za uspostavljanje nadležnosti Centra.²⁷ Drugi je što su jasno razdvojeni uslovi za postojanje investicije prema bilateralnim sporazumima i prema čl. 25. Konvencije, pri čemu je ispitivanje postojanja uslova prema BIT-u moralo prethoditi ispitivanju uslova prema čl. 25. navedenog ugovora. U ovom kontekstu napominjemo da pristanak na arbitražni postupak pred Centrom isključuje korištenje drugih foruma i upravnih ili sudskih pravnih sredstava (osim ako država ugovornica zahtijeva iscrpljivanje nacionalnih pravnih mehanizama), na koji način se učvršćuje i naglašava aspekt uzajamnosti pristanka kod određivanja nadležnosti Centra (čl. 26. Konvencije).

Arbitražni proces pokreće se zahtjevom pri čemu stranačku legitimaciju imaju država ugovornica i investitor. Zahtjev registrira generalni sekretar osim u slučaju kada je evidentno da predmet postupka nije u nadležnosti Centra. Nakon provedene registracije konstituiraju se arbitražno vijeće ili tribunal u skladu sa sporazumom stranaka. U nedostatku sporazuma arbitražni tribunal čine tri arbitra – po jedan predložen od svake stranke i predsjednik tribunala kojeg sporazumno određuju obje stranke. U slučaju da se stranke ne mogu sporazumjeti oko imenovanja arbitara predsjedavajući administrativnog vijeća može odrediti arbitre nakon konsultovanja sa strankama (čl. 36-38. Konvencije).

Sam arbitražni postupak provodi se u skladu s odredbama Konvencije i Arbitražnim pravilima osim kada stranke isključe primjenu Pravila. Njima se uređuje

²⁷ Više na <https://www.acerislaw.com/the-salini-test-in-icsid-arbitration/>. (24. oktobar 2023).

unakrsno ispitivanje svjedoka, dokazivanje i jezik postupka [ICSID Rules 35(1) i 33-34]. Strankama je također ostavljena sloboda da biraju materijalno pravo koje će u konkretnom slučaju Tribunal biti obavezan da primjenjuje (čl. 42. st. 1. Konvencije). Prema Konvenciji dozvoljena je i primjena nacionalnog prava države domaćina ukoliko stranke nisu ugovorile primjenu materijalnog prava pod uslovom da je nacionalno pravo države domaćina u skladu sa primjenjivim međunarodnim pravom. Primjena pravila arbitražnog postupka sadržana u Konvenciji i primjena Arbitražnih pravila (pod navedenim uslovima) obavezna je sve do donošenja odluke od strane tribunala. Odluka je obavezujuća za stranke i priznata pred sudovima svih država ugovornica. Ima pravnu snagu konačne i pravosnažne presude (čl. 53. st. 1. i čl. 54. st. 1. Konvencije). Izvršenje se provodi prema pravu države na čijoj teritoriji se izvršenje traži (čl. 54. st. 3. Konvencije). Provođenje arbitražnih odluka u kontekstu investicionih sporova praćeno je izvjesnim problemima, što opet otvara prostor za jedno temeljitije istraživanje, pa ćemo za potrebe ovog rada ostati na onome što je formalno-pravno predviđeno ICSID konvencijom.

5. SPORAZUM O UNAPREĐENJU I ZAŠTITI INVESTICIJA IZMEĐU BIH I REPUBLIKE HRVATSKE (BILATERALNI INVESTICIONI SPORAZUM)

Dvostrani investicioni sporazum između BiH i Republike Hrvatske zaključen je 26. februara 1996. godine, a na snagu je stupio 4. avgusta 1997.²⁸ Sporazum reguliše zaštitu i unapređenje (privatnih) investicija u svakoj od država. Po svojoj sadržini ovaj bilateralni sporazum ne odstupa od drugih sporazuma ove vrste, što se može vidjeti iz odredaba kojima se određuje pojam investicije te status investitora (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine – Međunarodni ugovori, br. 6/96).

Tako čl. 1. Sporazuma određuje da se investitorom smatra fizička ili pravna osoba (državljanin/rezident) jedne od država stranaka, pravni entiteti, uključujući kompanije, korporacije, poslovna udruženja i druge organizacije koje su osnovane ili su većim dijelom organizirane u skladu sa pravom države iz koje investitor dolazi, ili imaju sjedište sa stvarnom poslovnom aktivnošću na teritoriju te države. Investitorom se smatraju i pravni entiteti osnovani prema pravu bilo koje države, ali u kojima većinu vlasničkog udjela imaju državljani/rezidenti neke od država ugovornica Sporazuma. Investitorom se smatraju i pravni entiteti koji imaju sjedište sa stvarnom poslovnom aktivnošću na teritoriji neke od država stranaka Sporazuma.

²⁸ Ugovor između Republike Hrvatske i BiH o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja

Pod investicijom se, a prema odredbi čl. 1. tačka 2. Sporazuma, između ostalog, smatra: pokretna i nepokretna imovina, služnosti, hipoteka, založno pravo, dionice, obveznice i drugi oblici učešća u kapitalu kompanija, novčana i druga potraživanja koja imaju ekonomsku vrijednost. Dakle, radi se o tzv. *non-exhaustive* listi investicija koja omogućava dosta široku interpretaciju pojma investicije u svakom konkretnom slučaju koji bi se eventualno rješavao pred međunarodnim arbitražnim forumima predviđenim u samom Sporazumu.

Prema čl. 7. i 8. ovog Sporazuma otvorena je mogućnost da se spor između ugovornih strana rješava pred Međunarodnim centrom za rješavanje sporova oko ulaganja ili pred *ad hoc* arbitražnim tribunalom, ukoliko nesuglasice ne mogu biti riješene prijateljskim putem u roku od šest mjeseci. Dakle, nakon obaveze mirnog rješavanja spora diplomatskim putem, investitori su, shodno Sporazumu, aktivno legitimirani da po svom izboru traže investiciono-pravnu zaštitu pred nekim od ICSID tribunala ili pred *ad hoc* arbitražnim forumom osnovanim u skladu s UNCITRAL Arbitražnim procesnim pravilima.

Ono što je ostalo neusklađeno u ovom Sporazumu, nakon što su obje države postale članke ICSID Konvencije predstavlja pitanje aktivne legitimacije fizičkih lica da pokrenu spor pred nekim od ICSID tribunala. Naime, iz rakursa međunarodnog prava ovo bi značilo da države članke jedne međunarodne konvencije (kao u slučaju ICSID Konvencije koja aktivnu legitimaciju garantira i fizičkim i pravnim licima) ograničavaju prava na koja su se obavezale da će garantirati i provoditi. Time se onemogućava ostvarivanje *de facto* smisla same ICSID Konvencije, koja predstavlja presedan u međunarodnom pravu, budući da upravo pojedincu omogućava ulogu aktivno legitimiranog subjekta u eventualnom sporu protiv države.

Ovaj se Sporazum u praksi ne primjenjuje ili, pak, vrlo rijetko, bez obzira što svjedočimo faktičkoj eksproprijaciji nekretnina na koja pravo polažu fizička i pravna lica iz BiH. Razlozi mogu biti različiti. Naprimjer, troškovi ovakvih postupaka su vrlo visoki, no s obzirom da ta stavka za pojedine nosioce prava ne može biti ključna, postavlja se i pitanje da li subjekti iz BiH uopće znaju da ovaj Sporazum postoji. Arbitražni postupci garantuju donošenje odluka od strane politički neovisnih arbitara, dakle osoba koje bi garantovale nepristrasnost pri donošenju odluka. Arbitražnu presudu donose tri arbitra od kojih jednog bira investitor, jednog tužena država, a trećeg oba arbitra zajedno, što bi trebalo predstavljati jamstvo političke neutralnosti.

Ukoliko bi stoga, hipotetički posmatrano, arbitražni tribunal utvrdio povredu prava, Republika Hrvatska bi bila u obavezi da kompenzira povrijeđeno dobro, odnosno naknadi štetu, a takva odluka bi bila međunarodno izvršna. Međutim, zbog

visokih troškova, države članice Europske unije (EU) sklopile su međunarodni ugovor kojim ukidaju mogućnost pokretanja investicionih arbitraža EU investitora protiv država članica radi zaštite stranih ulaganja. Preslikano na naš primjer, ukoliko bi se raskinuo navedeni BIT između BiH i Republike Hrvatske, u tom bi slučaju bosanskohercegovački investitori ostali bez imovine koja se nalazi na teritoriju Republike Hrvatske.

Upravo zbog prethodno navedenoga potrebno je tražiti određene nove moduse u cilju zaštite stečenih prava na imovinu. Jedan od načina jeste ekstenzivnije pravno tumačenje (i u tom smislu postavljanje arbitražnog zahtjeva) primjene Sporazuma na pravne odnose nastale prije njegovog formalnog stupanja na snagu, s obzirom na činjenicu da arbitražni tribunali u međunarodnim investicionim sporovima nisu u obavezi da (u cilju uspostavljanja nadležnosti) ispituju postojanje strane investicije, nego postojanje investicije koja direktno proizilazi iz nekog pravnog odnosa. Uz naznačeno, te uvažavajući činjenicu da se radi o uobičajeno dugoročnim pravnim odnosima koji se uz to odvijaju fazno, osnovanim se čini da bi strana koja traži zaštitu mogla dokazati kako aktivnu legitimaciju, tako i kvalifikaciju imovinsko-pravnog objekta kao vrste pokrivena investicije.

U tom smislu potrebno je analizirati određena rješenja sadržana u teoriji međunarodnog običajnog i investicionog prava kao i praksi arbitražnih tribunala vezana za pitanje određenja nadležnosti *ratione temporis* i *ratione materiae*. U praksi međunarodnih tribunala najčešće se koristi princip zabrane retroaktivne primjene bilateralnih investicionih sporazuma (ukoliko sam bilateralni ugovor ne definira drugačije ili iz ugovora proizilazi drugačija namjera njegovih stranaka).²⁹ Pomenuti princip je u nekim sporazumima eksplicitno propisan.³⁰ Dakle, dan stupanja na snagu bilateralnog investicionog sporazuma je svojevrsna kritična tačka u određenju *ratione temporis* arbitražnog tribunala.³¹ Ovaj diskurs je prihvaćen i u odnosu na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja ne poznaje posebna pravila o vremenskoj nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava. Moment za utvrđivanje vremenske nadležnosti jeste moment nastupanja povrede. Stoga, ako je povreda konvencijskog prava ili slobode učinjena prije nego što je Konvencija počela

²⁹ Prema čl. 28. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. Šire o tumačenju ove odredbe vidjeti Dörr i Schmalenbach (2018) i Gallus (2016).

³⁰ Vid. CAFTA Sporazum o slobodnoj trgovini između Dominikanske Republike i Centralne Amerike (CAFTA-DR) od 1. marta 2006., <https://www.trade.gov/us-cafta-dr-free-trade-agreement> (20. januar 2024).

³¹ Upriličje arbitražnim tribunalima u ovom kontekstu su odredbe (posebno čl. 13) Pravila Komisije UN za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela iz 2001. (ARSIWA), kao i navedeni čl. 28. Bečke konvencije o pravu ugovora. Šire u Murphy (2022).

obavezivati tuženu državu prema pravilima općeg međunarodnog prava, to će takve zahtjeve Sud proglasiti nedopuštenim.

Međutim, postoje okolnosti kada odlučujuća činjenica nastupi prije stupanja na snagu Konvencije koja u kontinuitetu traje nakon početka važenja Konvencije za tuženu državu, gdje se radi o trajnim povredama³² koje pripadaju vremenskoj nadležnosti Suda, za razliku od trajnih posljedica povrede (Đajić 2012). Zapravo, da li je riječ o trajnoj ili trenutnoj povredi s trajnom posljedicom zavisice od činjenica, ali i prava na koje se tužilac poziva. Tako u predmetima *Papamichalopoulos et al. v. Grčka*³³ i *Loizidou v. Turska*.³⁴ Sud u Strasbourgu konstatuje da su slučajevi *de facto* lišenja imovine trajne povrede koje mogu premostiti *ratione temporis* prepreku (Ibidem)³⁵. Čini se da postoji osnov u općem međunarodnom pravu utvrditi da „što je više trajnih povreda, brana vremenske nenadležnosti će biti sve slabija“ (Ibidem 182).

U pogledu investicionih sporova u predmetima *Maffezini*³⁶ i *Middle East Cement Shipping*³⁷ čini se da su tribunali retroaktivno primijenili zaštitu BIT, a da se stranke ili tribunal nisu izjasnili da li je to dozvoljeno. U predmetu *Hrvatska*³⁸ većina je arbitara tribunala smatrala bilateralni sporazum između Hrvatske i Slovenije, koji se odnosi na složene finansijske aranžmane za proizvodnju energije u nuklearnoj elektrani (dakle, ne BIT kao takav), kao implicitno uspostavljanje prava za investitore još u 2002., koje je prethodilo stupanju samog sporazuma na snagu 2003 (Murphy 2022).

U kontekstu nadležnosti *ratione temporis* u pogledu materijalnih prava bilateralni investicioni sporazumi obično definiraju da investicije izvršene prije njihovog stupanja na snagu imaju materijalnu zaštitu koja je omogućena i samom investitoru.

³² Prema čl. 14. st. 2. ARSIWA: „Povreda međunarodne obaveze činom države koji ima kontinuirani karakter proteže se kroz cijeli period tokom kojeg se taj čin nastavlja i ostaje biti u nesuglasnosti s međunarodnom obavezom“. Čl. 15. ARSIWA odnosi se na povredu koja se sastoji od složenog čina ili akta države.

³³ ESLJP, Application no. 14556/89, Presuda, 31. oktobar 1995.

³⁴ ESLJP, Application no. 15318/89, Presuda, prethodni prigovori, 23. mart 1995; Presuda o meritumu u istom predmetu, 18. decembar 1996.

³⁵ Usporedbe radi vidjeti ESLJP, *Blečić v. Hrvatska*, Application no. 59532/00, Presuda, 8. mart 2006. Jednako tako, *Šilih v. Slovenija*, Application no. 71463/01, Presuda, 9. april 2009.

³⁶ *Emilio Agustín Maffezini v Kraljevina Španija*, ICSID Case No ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25 January 2000) par. 90–98 (u ovoj je Odluci Tribunal odbio prigovor respondentata da je spor nastao prije stupanja na snagu sporazuma); *Emilio Agustín Maffezini v Kraljevina Španija*, ICSID Case No ARB/97/7, Award (13 November 2000) par. 75–83 (ovom je Odlukom Tribunal našao odgovornost prema BIT za čine koji su nastali ranije u 1992., prije nego je BIT stupio na snagu 28. septembra 1992.).

³⁷ *Middle East Cement Shipping and Handling CoSav Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/99/6, Award (12 April 2002) par. 82, 106–107.

³⁸ *Hrvatska Elektroprivreda dd v Republika Slovenija*, ICSID Case No ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue (12 June 2009) par. 174–176.

U uslovima kada sporazum ne definira ovo pitanje uobičajeno se smatra da su sporazumom obuhvaćene investicije izvršene prije stupanja ugovora na snagu, posebno kada je investicija nastavila postojati i protezati se i nakon datuma stupanja na snagu sporazuma. Međutim, neki su sudovi odbili da slijede ovaj pristup tvrdeći da u nedostatku eksplicitne formulacije u važećem sporazumu investicije stečene ili izvršene prije stupanja na snagu sporazuma nisu zaštićene (Armand 2023), što je, čini se, isuviše restriktivno tumačenje odredaba ovakvih sporazuma, a posebno u slučajevima nepostojanja odredbe o *ratione temporis* primjeni sporazuma.

Dakle, bitno je napraviti distinkciju između ograničenja vremenske nadležnosti s obzirom na vrijeme nastanka spora i s obzirom na vrijeme kada je investicija učinjena. Stalni sud međunarodne pravde (PCIJ) dao je tumačenje u smislu da u slučaju sumnje nadležnost bazirana na međunarodnom sporazumu obuhvata sve sporove koji mogu proizaći iz odnosa definiranih sporazumom od momenta stupanja na snagu sporazuma.³⁹ No, radi se o starom predmetu, prije kodifikacije goleme materije međunarodnih ugovora. Sličan diskurs može se naći i u međunarodnim investicionim odnosima, s obzirom na široku formulaciju čl. 25. ICSID Konvencije koja sugerira da u odsustvu drugačijeg specificiranja u instrumentima pristanka na pokretanje arbitražnog postupka ICSID tribunalni imaju nadležnost *ratione temporis* u svim postojećim i budućim sporovima kao i za postojeća i nova ulaganja (Waibel 2014).

Bilateralni investicioni sporazum između Republike Hrvatske i BiH samo u dijelu koji definira otkazivanje Ugovora propisuje da se na investicije učinjene prije otkazivanja Ugovora primjenjuju njegove odredbe za razdoblje od 10 godina od dana prestanka Ugovora⁴⁰, dok u drugim dijelovima ne sadrži norme o *ratione temporis*. Slijedom konstatacija iz navedenih odluka Suda u Strasbourgu čini se da se može zaključiti u okolnostima kada odlučujuća činjenica nastupi prije stupanja na snagu bilateralnog investicionog sporazuma i koja traje, ne kao jednokratna povreda, već trajna, kontinuirana povreda i nakon što je dvostrani ugovor stupio na snagu i počeo proizvoditi pravna dejstva, da se ovakvo što može tumačiti kao povreda bilateralnog investicionog sporazuma, odnosno da će postojati vjerovatnoća za uspostavljanje nadležnosti *ratione temporis* prije zaključenja bilateralnog investicionog sporazuma u pitanju. Pod ovim okolnostima vjerovatno se radi o nastanku drugačijeg pravnog tretmana koji se shvata kao izuzetak od primjene principa neretroaktivnosti. Opet, opreza radi, tumačenje treba imati korelativnu vezu s čl. 8. bilateralnog sporazuma između Republike Hrvatske i BiH, s obzirom da su države stranke sporazumne bilo

³⁹ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, 1924 P.C.I.J. (ser. B) No. 3 (Aug. 30). Heiskanen (2018).

⁴⁰ Čl. 11. Ugovora između Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Republike Hrvatske o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja („Službeni list RBiH“, posebno izdanje, Međunarodni ugovori, br. 6/1996).

koji spor o tumačenju i primjeni ovog ugovora podvrgnuti arbitraži (ne međunarodnoj arbitraži).⁴¹

U pogledu nadležnosti *ratione materiae* u radu je ranije dato pojmovno određenje investicije kao objekta zaštite međunarodnog investicionog prava kao i osvrt na postupanje arbitražnih tribunala u smislu uspostavljanja nadležnosti ove vrste. Dalje je potrebno ispitati korelativnu vezu između spora/transakcije koji proizilazi iz investicije prema čl. 25. ICSID Konvencije i spora/transakcije koji proizilazi iz investicije onako kako je ista definirana bilateralnim investicionim sporazumom. Naime, investicija ima inherentno značenje bazirano na objektu i svrsi bilateralnog investicionog sporazuma. Investicije karakterizira doprinos, određeno trajanje i stepen rizika.⁴² Za razliku od investicionih ugovora kojima se određena transakcija opisuje kao investicija, bilateralni investicioni sporazumi ne sadrže garanciju da će takve transakcije biti tretirane kao pokrivene investicije jer su pojmovi sadržani u tim sporazumima uglavnom općeniti, kao što su to i kategorije definirane tim sporazumima. Većina bilateralnih investicionih sporazuma sadrži odredbe koje samo ilustriraju formu u kojoj se investicija može pojaviti. Iz aspekta ICSID Konvencije postojanje investicije onda mora biti podržano i drugim kriterijima, jer se kategorije investicija prema bilateralnim sporazumima i prema cilju konvencije ne podudaraju uvijek (*United Nations Conference on Trade and Development* 2003). Osim toga, neki bilateralni investicioni sporazumi predviđaju nadležnost ICSID centra samo za određene kategorije investicionih sporova, što je opet uže definiranje u odnosu na ICSID Konvenciju (*Ibidem*).

Bilateralni investicioni sporazum između Republike Hrvatske i BiH sadrži, kako smo utvrdili, otvorenu listu investicija imanentnu većini bilateralnih sporazuma ove vrste, kao vid forme u kojoj se investicija može pojaviti, što znači da bi dodatni kriteriji mogli biti predmetom ispitivanja u svakom konkretnom slučaju.

6. KRATKI OSVRT NA BUDUĆNOST INVESTICIONE ARBITRAŽE IZ PERSPEKTIVE EU

Iako investiciona arbitraža ima izuzetno bitnu ulogu u kontekstu ekonomskog razvitka i međudržavnih ulaganja, javlja se trend odstupanja od prakse investicione arbitraže,

⁴¹ Stav Komisije UN za međunarodno pravo kroz komentar čl. 28. Bečke konvencije o pravu ugovora glasi: „Kada je klauzula o nadležnosti vezana za materijalne klauzule sporazuma kao sredstvo njihove pravilne primjene, princip zabrane retroaktivnosti može ograničiti *ratione temporis* primjenu klauzule o nadležnosti“ (Murphy 2022: 60).

⁴² *Romak S.A. v. Uzbekistan*, PCA Case No. AA280, Award, 26 November 2009, par. 180. i 207., u Waibel (2014).

konkretno u sferi EU. Dok su razlozi za raspravu o opravdanosti investicione arbitraže mnogobrojni, za njenu budućnost unutar EU presudan je slučaj *Slovačka Republika protiv Achmea B.V.* Unutar ovog slučaja Sud pravde EU je odlukom iz 2018. podržao stav Slovačke Republike da arbitražna klauzula, sadržana u oko 196 dvostranih ugovora o investicijama unutar EU, nije kompatibilna s pravom EU. Ova odluka odgovara dugogodišnjoj tendenciji ove *sui generis* regionalne međunarodne organizacije umanjivanja uloge arbitraže za rješavanje sporova unutar dvostranih i mnogostranih sporazuma. U predmetnoj presudi Sud je istakao da arbitraža nije kompatibilna s nekoliko osnovnih načela EU kao što su autonomija i primat prava EU, te nadležnost institucija država članica EU da pitanja koja izviru iz međudržavnih sporova upute Sudu EU. Stav Suda u ovoj odluci, kao i njena dalekosežnost su potvrđeni i u predmetu *Republic of Moldova v Komstroy LLC* gdje je Sud potvrdio da se nekompatibilnost prava EU i arbitraže proteže i na velike međunarodne sporazume kao što su *Energy Charter Treaty* (ECT), jedan od najvećih investicionih sporazuma u energetsom sektoru, što je za rezultat imalo najave od strane mnogih država članica EU da imaju namjeru da se povuku iz sporazuma. Dok mnogi arbitražni tribunali nisu u potpunosti prihvatili odluku Suda, u smislu da samostalno odbiju vlastitu nadležnost u relevantnim slučajevima, odluka je svakako stvorila atmosferu suzdržanosti u državama EU po pitanju pribjegavanja arbitraži kao rješenju za investicione sporove.⁴³ Iako se odluke Suda odnose samo na sporove i arbitražu između država članica EU⁴⁴, vidljivo je iz zakonodavne politike EU i pravila za državnu pomoć da postoji nezanemariva mogućnost da se ova zabrana proširi i na svaku vrstu investicione arbitraže gdje se kao respondent pojavljuje država članica EU, odnosno u BIT zaključenih između država članica EU i „trećih država“, tj. onih koje nisu u članstvu u ovoj organizaciji (više u Burgstaller 2014). Ovakvo što može predstavljati jasno i nedvosmisleno udaljavanje od dosadašnje prakse investicione arbitraže.

⁴³ Imajući u vidu da je predmet odnosa između subjekata drugačije prirode valjalo bi istaći da je jedan od najefikasnijih foruma za rješavanje međunarodnih sporova u poređenju s drugim institucionalnim mehanizmima unutar drugih međunarodnih organizacija sistem za rješavanje međunarodnih sporova članica Svjetske trgovinske organizacije (WTO) u okviru Organa za rješavanje sporova (*Dispute Settlement Body*). Iako broji svoje nedostatke navedeni sistem može predstavljati primjere dobre prakse i drugim institucionalnim mehanizmima za rješavanje najrazličitijih sporova na međunarodnoj razini. Prema Mulalić i Omerović (2021) i Bilas i Videc (2011).

⁴⁴ O „intra EU“ investicionim ugovorima u Baltag i Stanić (2020).

7. ZAKLJUČAK

Investiciona arbitraža je svojevrsni presedan u vansudskom rješavanju međunarodnih sporova, dijelom zbog subjekata koji su involvirani i s tim povezanim otklonom i nerijetkim kontroverzama generiranim delegiranjem širokih ovlaštenja arbitražnim tribunalima u rješavanju investicionih sporova (Mulalić i Omerović 2019). S druge strane, pravne posljedice arbitražnih odluka u kontekstu javnog interesa uključene države u koju se investira nisu zanemarljive. Otuda i stalno nastojanje relevantnih međunarodnih organizacija i institucija da se iznađe prihvatljiv *modus operandi* kojim bi se izbalansirali po prirodi stvari međusobno isključivi interesi suverena i onih subjekata koji to nisu (Ibidem).

Cijenimo da se može zaključiti da investiciona arbitraža kao model rješavanja imovinsko-pravnih sporova predstavlja novi pristup problemu u pitanju koji proističe iz specifične pozicije Bosne i Hercegovine u historijskom, pravnom i geopolitičkom smislu. Složenost problema vidljiva je i u činjenici da međunarodni investicioni sporazumi nesporno pružaju zaštitu investitorima, ali samo od određenih unilateralnih mjera države u koju se investira (eksproprijacija bez adekvatne kompenzacije, diskriminatorni tretman investitora), te kroz arbitražu na relaciji investitor-država u koju se investira garantiraju izvršenje obaveza preuzetih od strane države. Ono što ostaje nejasno jeste domen zaštite investitora u kontekstu unilateralnih mjera države investitora i posebno, kolektivnih mjera subjekata međunarodnog investicionog sporazuma.

Vidljivo je da ovi sporazumi ne tretiraju opisane korelacije. Navedeno ne treba tumačiti u smislu da bilateralni ili neki drugi sporazumi, koji posredno tretiraju investiciono-pravne odnose, ne mogu biti svojevrsni osnov zaštite imovinskih prava stečenih i prije stupanja na snagu takvih sporazuma, a s obzirom na prirodu investicionih odnosa kao pretežno dugoročnih i višefaznih, tako i s obzirom na ekstenzivan pojam investicije, kakav je prihvaćen u većini bilateralnih investicionih sporazuma.

LITERATURA

1. Armstrong, David, Theo Farrell, Hélène Lambert (2007), *International Law and International Relations*, Cambridge University Press
2. Austin, John (1995), *The Province of Jurisprudence Determined*, W. E. Rumble (ed.), Cambridge University Press
3. Baltag, Crina, Ana Stanić (eds.) (2020), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Wolters Kluwer
4. Bilas, Vlatka, Adela Videc (2001), "Učinkovitost sustava za rješavanje sporova Svjetske trgovinske organizacije", *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, 9(2), 175-194.
5. Born, Gary B. (2015), *International Arbitration: Law and Practice*, 2. izd., Wolters Kluwer
6. Brownlie, Ian (2003), *Principles of Public International Law*, 6. izd., Oxford University Press
7. Bungenberg, Marc, Enes Bikić, Larisa Velić (2019), "Međunarodna zaštita nekretnina u vlasništvu BiH koje se nalaze u Republici Hrvatskoj", *ZIPS*, br. 1413.
8. Burgstaller, Markus (2014), "Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems", *Journal of World Investment and Trade*, 15(3-4), 551-569.
9. Čolović, Vladimir (2015), "Sporazum o pitanjima sukcesije – zaštita privatne svojine", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 5(5), 40-53.
10. De Vita, Glauc, Kevin Lawler (2004), "Foreign Direct Investment and its Determinants: A Look to the Past, A View to the Future", u: H. S. Kehal (ed.), *Foreign Investment in Developing Countries*, Palgrave Macmillan
11. Degan, Vladimir-Đuro (2011), *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb
12. Dimopoulos, Angelos (2011), *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press
13. Dolzer, Rudolf, Christoph Schreuer (2008), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press
14. Dörr, Oliver, Kirsten Schmalenbach (eds.) (2018), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Berlin
15. Đajić, Sanja (2012) *Međunarodno pravosuđe*, Službeni glasnik, Beograd
16. Gallus, Nick (2016), "Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Investment Treaty Decisions", *ICSID Review - Foreign*

- Investment Law Journal*, 31(2), 290- 313.
17. Gantz, David A. (2020), *An Introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement: Understanding the New NAFTA*, Edward Elgar Publishing
 18. Heiskanen, Veijo A. (2018), "Entretemps: Is There a Distinction Between Jurisdiction *Ratione Temporis* and Substantive Protection *Ratione Temporis*", u: Y. Banifatemi (ed.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8, Juris Publishing, 297-320
 19. Henriksen, Anders (2011), *International Law*, 2. izd., Oxford University Press
 20. ICSID (2006), *ICSID Convention, Regulations and Rules*
 21. International Center for Settlement of Investment Disputes, United Nations Conference on Trade and Development (2003), *Dispute Settlement, Requirements Ratione Materiae*, United Nations
 22. Komnenić, Dušanka (2018), *Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava – pravo na mirno uživanje imovine u presudama i odlukama Evropskog suda za ljudska prava donetim u postupcima u kojima su bivše jugoslovenske republike bile odgovorne države*, Službeni glasnik, Beograd
 23. Kriebaum, Ursula, Christoph Schreuer, Rudolf Dolzer (2022), *Principles of International Investment Law*, 3. izd., Oxford University Press
 24. Lazić, Miroslav (2011), "Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 32(1), 215-233
 25. Lester, Simon (2015), "Reforming the International Investment Law System", *Maryland Journal of International Law* 30(1),70-81.
 26. McLachlan, Campbell, Laurence Shore, Matthew Weiniger (2017), *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2. izd., Oxford University Press
 27. Meskic, Zlatan, Mohamad Albakjaji, Enis Omerovic, Hussein Alhusein (2022), "Transnational Consumer Protection in E-Commerce: Lessons Learned from the European Union and the United States", *International Journal of Service Science, Management, Engineering, and Technology (IJSSMET)*, 13(1), 1-15.
 28. Mihaj, Senka, Aleksandar Filen (2018), "Primena priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije", *Pravo i privreda*, 56(4-6), 396-410.
 29. Mulalić, Aida (2018), "Međunarodni kontekst i specifičnosti investiciono-pravnih odnosa", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 11, 91-107.
 30. Mulalić, Aida, Enis Omerović (2019), "Comprehensive Trade Agreement (CETA) – institucionalizirani pristup EU rješavanju međunarodnih

- investicionih sporova”, *Revija za pravo i ekonomiju*, 20(1), 270-287.
31. Mulalić, Aida, Enis Omerović (2021), “Materijalno-pravni i procesno-pravni aspekti korelativnog djelovanja Svjetske trgovinske organizacije i Međunarodnog monetarnog fonda kao međunarodnih organizacija”, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 14(27), 13-35.
 32. Murphy Sean D. (2022), “Temporal Issues Relating to BIT Dispute Resolution”, *ICSID Review*, 37(1-2), 51-84.
 33. Newcombe, Andrew, Lluís Paradell (2009), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International
 34. OECD (1996), *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 3. izd., Organisation for Economic Co-operation and Development
 35. Orme Jr, William A. (1996), *Understanding NAFTA: Mexico, Free Trade, and the New North America*, 2. izd., University of Texas Press
 36. Sadiković, Lada (2012), “Nadustavni karakter Evropske konvencije o ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini”, *Pregled: časopis za društvena pitanja*, 1(1), 57-72.
 37. Simonetti, Petar (1999), “Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 20(2), 487-528.
 38. Shaw, Malcolm N. (2021), *International Law*, 9. izd., Cambridge University Press
 39. Softić, Sakib (2020), *Sukcesija u međunarodnom pravu. Sukcesija SFRJ*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo
 40. Sornarajah, Muthucumaraswamy (2004), *The International Law on Foreign Investment*, 2. izd., Cambridge University Press
 41. Sornarajah, Muthucumaraswamy (2021), *The International Law on Foreign Investment*, 5. izd., Cambridge University Press
 42. Šarin, Duška (2014), “Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kroz odnos Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske na primjeru zaštite ljudskog prava na pristup Sudu”, *Pravni vjesnik*, 30(3-4), 77-100.
 43. Terrien, Armand (2023), “Jurisdiction *Ratione Temporis*”; dostupno na: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-jurisdiction-ratione-temporis>
 44. Vandevelde, Kenneth J. (2010), *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press

45. Vehabović, Faris (2006), *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, ACIPS, Sarajevo
46. Velić, Larisa i Ismet Velić (2021), "Odlaganje radioaktivnog otpada", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 14(29), 13-34.
47. Voss, Jan Ole (2011), *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Studies on the Law on Treaties, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers
48. Waibel, Michael (2014), *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, Legal Studies Research. Paper Series, Paper No. 9/2014, University of Cambridge
49. Weber, Jörg, Peter Muchlinski, Howard Mann (2005), *Investor-State disputes arising from investment treaties: a review*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UN

INVESTMENT ARBITRATION: A MODEL FOR RESOLVING PROPERTY LAW DISPUTES ON THE EXAMPLE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE REPUBLIC OF CROATIA?

Summary:

Property disputes between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Croatia are a reality that burdens the entirety of international diplomatic relations between two neighboring countries of the same subregion. After the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), numerous issues arose, of which property rights are among the most important. The republics of the former SFRY, as well as natural and legal persons, had their property in the entire territory of Yugoslavia, so it was necessary to adequately protect the existing rights. In this regard, in 2001, the Successor States of the SFRY concluded the Agreement on Succession, in which they agreed on movable and immovable property through seven Annexes. Bosnia and Herzegovina (BiH) started from the view that the comprehensive implementation of the Succession Agreement is the basis of permanent, stable, and friendly relations between the Contracting States and took all that was necessary to return the property claimed by the Successor States. However, the Republic of Croatia did not return the property in the way that Bosnia and Herzegovina did, and the first country started to violate the aforementioned multilateral international agreement. Given that the Agreement on Succession does not offer adequate

solutions for the peaceful settlement of international disputes between the Contracting Parties, the paper analyzes the possibility of settlement of said disputes based on investment arbitration, which as a model for the settlement of international disputes is not an instrument used by individuals and legal entities from BiH into a sufficient extent. Equally, in this light, we explore the legal possibilities of the concluded Agreement on the Promotion and Protection of Investments between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Croatia (bilateral investment treaty) and present the future of investment arbitration from the perspective of the European Union.

Keywords: property dispute; property; ownership; Succession Agreement; bilateral investment treaty; investment arbitration; jurisdiction *ratione temporis*

Adrese autora
Authors' address

Larisa Velić
Univerzitet u Zenici
Pravni fakultet
larisa.velic@unze.ba

Aida Mulalić
Univerziteta u Zenici
Pravni fakultet
aida.mulalic@unze.ba

Enis Omerović
Univerzitet u Zenici
Pravni fakultet
enis.omerovic@unze.ba

